

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

RAUL MARQUES LINHARES

O FUNCIONALISMO PENAL COMO TENTATIVA DE APRIMORAMENTO DA
DOG MÁTICA FINALISTA:
das Proposições Teóricas à Prática Jurisdicional Brasileira

SÃO LEOPOLDO
2017

RAUL MARQUES LINHARES

O FUNCIONALISMO PENAL COMO TENTATIVA DE APRIMORAMENTO DA
DOGMÁTICA FINALISTA DO DIREITO PENAL:
das Proposições Teóricas à Prática Jurisdicional Brasileira

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Profº Drº André Luís Callegari

São Leopoldo

2017

L755f

Linhares, Raul Marques.

O funcionalismo penal como tentativa de aprimoramento da dogmática finalista: das proposições teóricas à prática jurisdicional brasileira / Raul Marques Linhares. – 2017.

188 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2017.

“Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari”

1. Neokantismo. 2. Funcionalismo – Direito penal. 3. Finalismo – Direito penal. I. Título.

CDU 343.2.01

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**O FUNCIONALISMO PENAL COMO TENTATIVA DE APRIMORAMENTO DA DOGMÁTICA FINALISTA: das Proposições Teóricas à Prática Jurisdicional Brasileira**" elaborada pelo mestrando **Raul Marques Linhares**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de janeiro de 2017.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

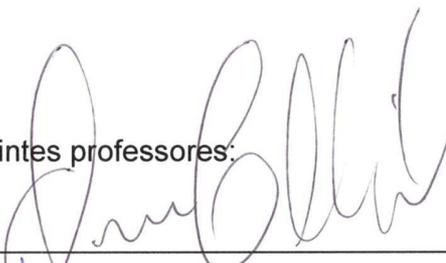
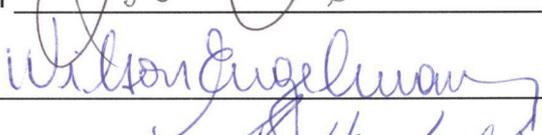
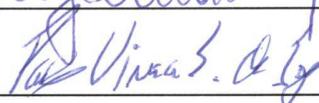
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. André Luís Callegari

Membro: Prof. Dr. Wilson Engelmann

Membro: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Aos maiores amores da minha vida:

Meus pais, Luiz e Neiva

Meus irmãos, Mateus e Vitor

Minha parceira, Laura.

AGRADECIMENTOS

Talvez, a realização de uma pesquisa seja muito menos resultado do trabalho do pesquisador e muito mais o resultado de influências diversas *no* pesquisador. Afirmino isso com a convicção de que não me encontraria vivenciando tantas experiências acadêmicas gratificantes, nesse princípio de estudo do Direito Penal, se não fosse a influência de meu orientador, a quem considero determinante para a conclusão deste trabalho.

Por isso, agradeço especialmente ao **Prof. Dr. André Luis Callegari**: pela atenção, oportunidade e confiança, durante a graduação, quando me encontrava na iniciação científica; pelo estímulo, apoio e conselhos no curso do mestrado; pela honestidade acadêmica cada vez mais alvo de minha admiração; mas, acima de tudo, na contramão de uma sociedade cada vez mais apegada ao efêmero, pela amizade sólida e sincera que me enche de alegria e que me conforta em um ambiente acadêmico nem sempre confortável.

Ao **Prof. Dr. Wilson Engelmann**, também destinatário da minha admiração desde a iniciação científica e corresponsável direta e indiretamente por esta pesquisa. Se mesmo antes de iniciado o mestrado eu já desejava tê-lo como participante desse momento de encerramento de ciclo acadêmico, não foi sem razão. Por isso, afirmo, sem dúvida alguma, que permanecerei considerando-o um exemplo a ser seguido.

A todos os **integrantes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, nas pessoas de **Vera Loebens** e **Ronaldo Cezar Rodrigues**, com os quais mais mantive contato direto, pelo companheirismo em todos os momentos.

Aos queridos amigos que comigo compartilharam maravilhosos momentos na academia e que contribuíram, cada qual à sua maneira, com essa dissertação: **Bárbara Jossana Costa**, **Bárbara Paties**, **Bernardo Costa**, **Daniela Scariot**, **Fabiano Müller**, **Gustavo André Olson**, **Paulo Junior Trindade dos Santos**, entre tantos outros aos quais tenho tanto carinho.

Aos meus colegas de escritório e grandes amigos, **Ruiz Ritter** e **Luíza Richter**, que tornam cada dia de trabalho mais prazeroso e que comigo dividem as angústias e conquistas da advocacia.

À COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES, pelo auxílio decorrente da bolsa de mestrado, o que me permitiu realizar essa importante etapa.

“Poderia me dizer, por favor, que caminho devo tomar para ir embora daqui?”

“Depende bastante de para onde quer ir”, respondeu o Gato.

“Não me importa muito para onde”, disse Alice.

“Então não importa que caminho tome”, disse o Gato.

“Contanto que eu chegue a *algum lugar*”, Alice acrescentou à guisa de explicação.

“Oh, isso você certamente vai conseguir”, afirmou o gato, “desde que ande o bastante.”

(Lewis Carroll)

RESUMO

Esta pesquisa está centrada no estudo dos principais paradigmas metodológicos empregados ao longo da história da teoria geral do delito, bem como do contemporâneo paradigma funcionalista nas propostas de Claus Roxin e de Günther Jakobs, concluindo-se pela verificação de que essa nova corrente dogmática já se faz presente na prática jurisdicional brasileira. Para a realização desse trabalho, os primeiros capítulos são construídos por meio de pesquisa bibliográfica, para viabilizar a construção teórica dos principais pontos dos paradigmas causalismo, neokantismo, finalismo e funcionalismo da dogmática penal, fazendo-se referência aos autores clássicos de cada paradigma, tendo se elegido como vertentes do funcionalismo a serem examinadas as propostas de Claus Roxin e Günther Jakobs, considerados os principais representantes dessa corrente de pensamento. Após isso, finaliza-se a pesquisa com a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, selecionados unicamente com a finalidade de se demonstrar que o funcionalismo penal já se faz presente na aplicação da teoria geral do delito no Brasil. Dessa forma, mesmo que diante da recente prevalência do finalismo na dogmática jurídico-penal nacional (ou que se afirme ser esse paradigma ainda absolutamente vigente na teoria do delito), se está já diante da adoção de pontos específicos da proposta funcionalista, o que pode significar a existência de uma fase de transição de paradigmas dogmáticos.

Palavras-chave: Direito penal. Causalismo. Neokantismo. Finalismo. Funcionalismo.

ABSTRACT

This research is focused on the study of the main methodological paradigms employed throughout history of the general theory of crime, as well as the contemporary functionalist paradigm in the proposals of Claus Roxin and Günther Jakobs, concluding by the verification that this new dogma chain is already present in the Brazilian jurisdictional practice. In order to accomplish this work, the first couple chapters are constructed through bibliographic research, to enable the theoretical construction of the main points of the causalism, Neo-Kantianism, finalism, and functionalism paradigms of criminal dogmatic, making reference to the classical authors of each paradigm, having been elected as strands of functionalism to be examined the proposals of Claus Roxin and Günther Jakobs, considered the key representatives of this school of thought. After that, we conclude the research with the analysis of trials of the Superior Court of Justice, selected solely with the purpose of demonstrating that the criminal functionalism is already present in the application of the general theory of crime in Brazil. This way, even before the recent prevalence of finalism in the national Criminal Law dogmatic (or else that one might claim that this paradigm is still absolutely valid in the theory of crime), we are already before the adoption of specific points of the functionalist proposal, which can mean the existence of a transitional phase between dogmatic paradigms.

Keywords: Criminal Law. Causalism. Neo-Kantianism. Finalism. Functionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	17
2.1 A teoria do delito	17
2.2 O sistema causalista ou naturalista	23
2.2.1 Breves reflexos na teoria do delito	28
2.2.2 Críticas formuladas ao causalismo.....	38
2.3 O sistema neokantiano ou neoclássico	46
2.3.1 Breves reflexos na teoria do delito	57
2.3.2 Críticas formuladas ao neokantismo	63
2.4 O sistema finalista	66
2.4.1 Breves reflexos na teoria do delito	70
2.4.2 Críticas formuladas ao finalismo	79
3 UM NOVO SISTEMA DO DIREITO PENAL: O FUNCIONALISMO	86
3.1 O funcionalismo no Direito Penal	93
3.1.1 A teoria da imputação objetiva	103
3.2 O Direito Penal funcionalista em Claus Roxin	114
3.2.1 A função do Direito Penal.....	118
3.2.2 A finalidade da pena.....	121
3.2.3 Breves reflexos na teoria do delito	124
3.3 O Direito Penal funcionalista em Günther Jakobs	130
3.3.1 A função do Direito Penal.....	132
3.3.2 A finalidade da pena.....	136
3.3.3 Breves reflexos na teoria do delito	139
3.4 Algumas críticas ao funcionalismo penal	143
4 O FUNCIONALISMO PENAL NA PRÁTICA JURISDICIONAL BRASILEIRA: SOMOS, MESMO, FINALISTAS?	149
4.1 A responsabilização penal da pessoa jurídica	149
4.1.1 Recurso especial nº 622.724.....	149
4.1.2 Recurso Especial nº 610.114	151
4.1.3 AgRg no recurso em mandado de segurança nº 48.085.....	155
4.2 Recurso especial nº 753.943: a aplicação do princípio da insignificância.	156

4.3 Recurso especial nº 1.485.830: o artigo 310 da Lei 9.503/97 como crime de perigo abstrato	159
4.4 Teoria da imputação objetiva	161
4.4.1 <i>Habeas corpus</i> nº 68.871	161
4.4.2 <i>Habeas corpus</i> nº 46.525	165
4.4.3 Recurso especial nº 822.517.....	168
5 CONCLUSÃO	171
REFERÊNCIAS.....	177
REFERÊNCIAS DE JULGADOS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1 INTRODUÇÃO

A dogmática do Direito Penal envolve uma infinidade de problematizações, considerando-se a amplitude de seus desdobramentos, desde questões envolvendo a concepção geral de delito (majoritariamente referido como fato típico, antijurídico e culpável, apesar de existirem outras propostas), até discussões referentes a especificidades presentes dentro de cada um dos elementos do delito (como a definição de ação, a árdua questão da relação de causalidade, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, etc.).

Essa constelação de problematizações se insere em uma temática geral que serve como pressuposto para essas discussões e que exerce influência direta nas respostas a serem formuladas no âmbito da dogmática jurídico-penal. Essa temática geral diz respeito à metodologia a ser aplicada para a construção do sistema jurídico-penal.

Ao longo da história da teoria do delito, alguns paradigmas metodológicos se destacaram, costumando-se apontar como os principais paradigmas clássicos o causalismo (ou naturalismo), o neokantismo (ou sistema neoclássico) e o finalismo, cada qual com características próprias e vivenciados sucessivamente, como uma linha evolutiva. Assim, as categorias tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que tradicionalmente compõem o conceito de delito, foram estruturadas de formas mais ou menos distintas em cada paradigma. Complementando essa tríade de métodos da teoria do delito, atualmente se concebe o paradigma funcionalista, que propõe algumas alterações na concepção dos elementos da teoria do delito, das quais se destaca a pretensão de se estabelecer um sistema dogmático aberto a valorações político-criminais.

É nesse contexto que a pesquisa que aqui se apresenta está inserida, destinando-se a verificar se, na linha sucessiva de paradigmas dogmáticos do Direito Penal, o Brasil permanece fiel aos postulados do finalismo ou se a proposta funcionalista, construção teórica mais moderna, já se faz presente na prática jurisdicional brasileira. Estabelece-se, nesse ponto, o problema de pesquisa a ser respondido com este estudo, o qual poderia ser sintetizado no seguinte questionamento: o Brasil já adota o paradigma funcionalista da teoria do delito ou, diferentemente, segue aplicando o paradigma finalista?

Apesar do direcionamento principal desta pesquisa, voltada ao Direito Penal, se insere ela em um âmbito de análise que ultrapassa essa matéria. Isso se deve ao fato de a evolução do Direito Penal não ser decorrente de fatores exclusivamente internos e isolados, mas que se insere em um contexto histórico-social amplo, sendo influenciada pelo desenvolvimento do Direito como um todo e em relação com o meio externo no qual se insere, com isso se reconhecendo o caráter transdisciplinar dessa problemática.

Admite-se, contudo, que é destacadamente no Direito Penal que esta pesquisa exerce suas principais influências. A importância da pesquisa do tema aqui proposto é percebida já no início desse trabalho, no qual se propõe a reconstrução cronológica dos principais paradigmas que fundamentaram a dogmática penal, com a consulta aos autores responsáveis por tais construções jurídico-penais, possibilitando-se uma compreensão sistemática do tema e permitindo que se desfaçam eventuais enganos relacionados com a matéria.

Nesse sentido e para que se alcance a resposta ao problema de pesquisa a ser enfrentado, em um primeiro momento, a pesquisa se voltada ao estudo teórico dos paradigmas fundamentais que se destacaram no desenvolvimento histórico da dogmática jurídico-penal, reconstruindo-se as suas bases de pensamento, bem como se apontando alguns reflexos de cada um desses paradigmas nas categorias da teoria geral do delito, sem deixar de se contemplar as principais críticas direcionadas a cada uma dessas concepções.

Realizada a reconstrução dos paradigmas acima mencionados, em um segundo momento, passa-se ao estudo do moderno paradigma funcionalista da dogmática penal, também se estabelecendo seus principais postulados e alguns reflexos nas categorias da teoria do delito. Adverte-se que, por haver uma diversidade de propostas funcionalistas no Direito Penal, serão desenvolvidas as duas principais construções teóricas desse paradigma, quais sejam a de Claus Roxin e a de Günther Jakobs, por serem considerados os principais expoentes dessa corrente de pensamento,¹ cada qual com divergências pontuais em suas proposições.

¹ MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 2, 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Estabelecidas as bases teóricas para que se possa compreender a relação entre os paradigmas dogmáticos, especialmente com referência ao paradigma funcionalista, será realizado estudo de casos demonstrativos, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, para que se possa estabelecer se o funcionalismo já não está sendo aplicado no Brasil - o que, por si só, já demonstra a relevância prática da discussão teórica a respeito dos paradigmas da teoria do delito.² Salienta-se que não se está a propor uma análise exaustiva de todos os casos julgados relacionados com a matéria em estudo (o que inviabilizaria a realização dessa pesquisa). Serve o estudo de casos como complemento à compreensão do conjunto teórico desenvolvido e, principalmente, como forma de se constatar se o Direito Penal brasileiro, na prática jurisdicional, permanece atrelado à teoria do delito finalista ou se já se encontra em aplicação o paradigma funcionalista.

Adverte-se que não se pretende com o presente trabalho esgotar o estudo das diversas ramificações dos elementos da teoria do crime. Conhecendo-se o universo de elementos que compõem cada categoria do delito (tipo, antijuridicidade e culpabilidade, na divisão mais difundida), o esgotamento dessa matéria inevitavelmente se constitui em um objetivo inalcançável para a extensão dessa pesquisa.

Todavia, sabendo-se que a adequada compreensão da problemática a ser analisada passa, inevitavelmente, por suas repercussões práticas na teoria do delito, se mencionarão alguns reflexos perceptíveis em determinados institutos da teoria do delito em cada paradigma examinado.

Das afirmações feitas acima se pode extrair o principal objetivo almejado com a realização dessa pesquisa, qual seja o de verificar se, no Direito Penal brasileiro, já se encontra em aplicação a teoria do delito funcionalista. Ao lado desse objetivo principal, pretende-se alcançar outros resultados específicos com o desenvolver desse trabalho, destacando-se os seguintes: (a) construir o caminho histórico

² Utiliza-se, aqui, das palavras de Fabio Roberto D'Avila, que claramente demonstra a importância do estudo dos paradigmas metodológicos e dos caminhos do Direito Penal: "[...] o fato é que não se trata, definitivamente, e como pensam alguns, de uma discussão meramente acadêmica, mas de compreensões que determinam toda e qualquer forma de expressão da normatividade penal, com incontáveis repercussões práticas. E, se isso é verdade, furtar-se a um diálogo jurídico-penal de tal dimensão é o mesmo que se furtar à própria discussão acerca dos rumos do direito penal contemporâneo. Mas não só. É também desprover a ordem jurídico-penal brasileira de elementos capazes de fundamentar, de forma lúcida e crítica, tanto uma eventual recepção teórica, quanto até mesmo a sua completa rejeição." (D'AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 179, p. 20, 2007).

percorrido pela dogmática penal, com o estudo das principais correntes da teoria geral do delito e dos seus principais autores; (b) contribuir para a compreensão dos limites de abertura e fechamento da dogmática penal em relação à inserção de valores em sua estrutura, especialmente de ordem político criminal; (c) desenvolver os aspectos fundamentais da teoria do funcionalismo penal, com destaque para as propostas teóricas de Claus Roxin e de Günther Jakobs.

Pela primeira aproximação realizada em relação ao tema deste trabalho, necessária para se fazer possível o direcionamento e a delimitação da pesquisa, adotou-se como hipótese a de que o paradigma funcionalista da teoria do delito já se encontra em aplicação crescente no Direito Penal brasileiro, com isso se indicando a possibilidade de que, futuramente, venha a se estabelecer como metodologia substitutiva do finalismo.

No que se refere à metodologia empregada no desenvolvimento dessa pesquisa, será levada em consideração a abordagem hermenêutica, pautando-se pela revisão crítica dos conhecimentos produzidos na historicidade da dogmática penal, assim não se descuidando da própria tradição inerente ao processo de conhecimento, bem como não se desconsiderando a possibilidade de reconstrução do conhecimento posto.

Insero nesse referencial, será realizada, primeiramente, pesquisa eminentemente bibliográfica, com a consulta aos autores clássicos da dogmática penal, responsáveis pelas principais construções dos paradigmas dogmáticos de destaque, bem como com a comparação com a doutrina mais contemporânea. Após isso, proceder-se-á da mesma forma (pesquisa bibliográfica) para a estruturação das bases teóricas da teoria do funcionalismo penal, levantando-se como contraponto as críticas principais formuladas contra essa teoria. Por fim, em um último momento, será realizado estudo de julgados demonstrativos de eventual aplicação do funcionalismo penal pelo Judiciário brasileiro, limitando-se o campo de pesquisa ao Superior Tribunal de Justiça, por se constituir de uma corte de uniformização de entendimentos em relação aos órgãos jurisdicionais de instância inferior, bem como por possuir uma maior amplitude de competências e maior quantidade de julgados do que o Supremo Tribunal Federal.

Salienta-se, também, que essa pesquisa possui vinculação com a linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de

Pós-Graduação, na medida em que se propõe à revisão crítica de paradigmas teórico-penais clássicos, em comparação com os novos aportes apresentados pela doutrina penal contemporânea do funcionalismo, examinando-se a sua aplicação pelo Judiciário brasileiro, como tentativa de se alcançar respostas adequadas às necessidades sociais, jamais se descuidando do respeito às balizas constitucionais impostas ao Direito Penal.

Portanto, a presente pesquisa se propõe à adoção de uma postura crítica diante do objeto de estudo, procurando-se o afastamento da mera repetição de conceitos e a verificação das bases da teoria do Direito Penal acolhida pelo Direito brasileiro no tocante à dogmática jurídico-penal, com a análise da ainda em desenvolvimento teoria do funcionalismo penal, propondo-se, também em relação a ela, uma postura crítica.

Como condição de possibilidade ao alcance do objetivo principal deste projeto, se fará necessária a apropriação do conceito hermenêutico de tradição, procedendo-se a uma revisão do discurso jurídico relacionado à dogmática do Direito Penal, com a construção dos conceitos fundamentais desenvolvidos na historicidade jurídico-penal, permitindo-se, assim, a compreensão do estado atual da teoria do delito.

Nesse momento de apresentação desta pesquisa, considera-se relevante destacar uma conhecida passagem da obra “Alice no país das maravilhas”, de Lewis Carroll, utilizada como epígrafe deste trabalho por sua relação, em um sentido amplo, com esta pesquisa. Trata-se do diálogo estabelecido entre os personagens Alice e Gato de Cheshire, no qual a primeira inicia questionado:

“Poderia me dizer, por favor, que caminho devo tomar para ir embora daqui?”

“Depende bastante de para onde quer ir”, respondeu o Gato.

“Não me importa muito para onde”, disse Alice.

“Então não importa que caminho tome”, disse o Gato.

“Contanto que eu chegue a *algum lugar*”, Alice acrescentou à guisa de explicação.

“Oh, isso você certamente vai conseguir”, afirmou o gato, “desde que ande o bastante.”³

³ CARROLL, Lewis. **Alice**: aventuras de Alice no país das maravilhas & através do espelho. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 51

Inicialmente, a situação na qual se encontra a personagem Alice pode ser relacionada com o sistema jurídico-penal, que incessantemente se modifica ao longo da história sem que se saiba bem em direção a que ou, ainda, sem que se saiba o que está por vir, com isso se desejando chegar a algum lugar, mesmo que não se possa afirmar com segurança qual o melhor caminho para tanto. Acredita-se ser esse o embate entre os paradigmas causalista, neokantiano, finalista e funcionalista, cada qual priorizando caminhos diferentes em prol de certos objetivos reputados mais importantes; mas, como condição ínsita a todo conhecimento humano, cada proposta que surge parece trazer consigo um prazo de validade não declarado, do qual se seguirá a sua superação por uma teoria mais ou menos diversa. Nisso se constitui a incerteza do caminho e do destino da teoria do delito.

Por fim e sob outro aspecto, a condição da personagem Alice no diálogo acima transcrito pode, também, ser relacionada à condição do próprio mestrando responsável por esta pesquisa, que, traçando os primeiros passos no estudo da imensidão de detalhes que compõem a dogmática penal, objetiva deixar o “local” no qual se encontra, de inquietações resultantes do problema de pesquisa que aqui se apresentou. Para isso, caminha sem pensar tanto em onde chegar, mas com grande preocupação em caminhar o bastante para que se consiga chegar a algum lugar.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Para que se possa compreender o que é (e como é) a dogmática penal moderna, é necessário que se compreenda, antes, o que foi a dogmática penal e qual o caminho tomado para que se chegasse ao seu atual estado. Por isso a importância do estudo histórico, que aqui se justifica como um conhecimento necessário para que se possa prosseguir em direção à compreensão da moderna configuração da teoria do delito.

Diante disso, a seguir se promoverá uma breve construção teoria a respeito da teoria do delito em um sentido amplo, passando-se, posteriormente, à construção dos principais paradigmas clássicos que exerceram influência no desenvolvimento histórico da dogmática penal: o causalismo, o neokantismo e o finalismo.

2.1 A teoria do delito

Inicialmente, em dado momento, o Direito Penal era desprovido de considerações científicas elaboradas, passando a ser objeto de estudos sistemáticos com o movimento da Codificação,⁴ o que permitiu o nascimento da especialidade da ciência penal conhecida como dogmática jurídico-penal,⁵ responsável pelo estudo do delito e da pena sob o seu aspecto normativo.⁶

Para Jesús María Silva-Sanchez, não se consegue estabelecer com clareza o que se deva entender por dogmática jurídica, constituindo-se uma matéria pluridimensional, adotando diversas perspectivas e conceitos a depender da área do Direito da qual se trate e do momento histórico em relação ao qual se esteja

⁴ O movimento codificador se constitui em uma inovação histórica no Direito, verificada na Europa, entre os séculos XVIII e XIX, com a elaboração de códigos de leis (destacadamente, o *Corpus Juris* e o *Code Civil*), até então estranhos na prática jurídica. Tratavam-se de escritos sistematizados, os quais eram consultados por meio do método exegético para a aplicação do Direito, constituindo-se na “razão escrita” da ciência jurídica. A legislação produzida na Revolução Francesa foi a maior expressão desse movimento, objetivando conferir segurança jurídica a partir da codificação e servir de garantia da igualdade e de proteção contra o Judiciário e os detentores de determinados cargos, que dominavam a prática jurídica até então desprovida de limitações precisas. (CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 87-88 e 106-107).

⁵ Se voltará ao estudo da dogmática penal, com mais algumas especificações, em momento posterior deste trabalho (início do capítulo 3).

⁶ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 69.

referindo.⁷ Mas, mesmo com essa dificuldade conceitual, pode-se afirmar que, tradicionalmente, a base da dogmática se constitui na elaboração e integração de conceitos em um dado sistema, voltados à solução de problemas jurídicos. Trata-se de um sistemas de enunciados complementares aos enunciados legais, que objetivam contribuir para a fundamentação de decisões, para que se compreenda quais casos são diferentes e quais são iguais, adotando-se o tratamento mais adequado a cada um deles.⁸

Em linha semelhante, na síntese de Santiago Mir Puig, a dogmática jurídico-penal, também chamada pelo autor de ciência do Direito Penal, pode ser concebida como o estudo normativo do Direito Penal.⁹

Relacionada a esse conceito se encontra a teoria do delito, considerada o núcleo da moderna dogmática penal¹⁰ e o meio técnico-jurídico que possibilita estabelecer a quem deve ser imputado determinado fato e quem deve responder pessoalmente por ele¹¹ ou, em outras palavras, trata-se da construção teórica concebida com a função de determinar o “sim” ou o “não” do delito (sua ocorrência ou não).¹²

Enrique Bacigalupo afirma que a teoria do delito pode ser considerada uma teoria da aplicação da lei penal; ou seja, trata-se de um instrumento conceitual destinado a possibilitar uma aplicação racional da lei a um determinado caso.¹³ Também em relação a esse conceito, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend mencionam que a teoria geral do delito se preocupa com a construção de pressupostos jurídicos gerais para se estabelecer a punibilidade de uma conduta.¹⁴

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 48-49.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 49-50.

⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 59.

¹⁰ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. **Aequitas**, Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75, 1964. Disponível em: <<http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 199.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, p. 2, 2007. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 203.

¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 209. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de

Trata-se, então, de estabelecer os aspectos gerais do conceito de delito comuns a todos os fatos puníveis (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, além de seus inúmeros desdobramentos¹⁵). Nesse sentido, deve-se compreender o fato de que os principais elementos constitutivos do crime não se encontram nos tipos penais incriminadores, mas são fruto do intento da teoria do delito de compreender a ação punível como um todo.¹⁶

Como síntese do caminho realizado pela teoria do delito para alcance de sua função, torna-se possível comprovar que alguém se comportou da mesma maneira prevista em lei, que este comportamento não estava autorizado nas circunstâncias específicas do caso e que o responsável pela conduta possui as condições pessoais para ser responsabilizado pelo que realizou.¹⁷

Essa construção teórica, constituída em um processo concatenado de aplicação de categorias próprias, representa o conceito analítico do crime, composto pela ação típica, pela antijuridicidade e pela culpabilidade. Tomando essa construção como fundamento, possibilita-se a conceituação geral do crime como “[...] qualquer fato humano lesivo de interesses penalmente tutelados pelos quais se possa censurar o seu autor.”¹⁸

Como referido, toda essa formulação do conceito de crime não se encontra de maneira sistemática na legislação penal, pois se trata de uma construção teórica da dogmática penal.¹⁹ Por isso se diz que a dogmática penal constitui a Ciência do

Janeiro: Renovar, 2002. p. 187. Em Winfried Hassemer, se encontra a referência à teoria do fato punível como uma construção geral, esquemática e justa. (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 277).

¹⁵ Algumas questões afeitas à teoria do fato punível são apontadas por Winfried Hassemer: “Isto começa com a relação entre o Direito Penal material e o formal, segue com a distinção entre a parte geral e a especial do Direito Penal material, as justificantes, as exculpantes e as causas de exclusão da punibilidade [...]” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 277).

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 210.

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 203-204.

¹⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 275.

¹⁹ Ou, em uma perspectiva diferente, a teoria do delito (ou sistema do fato punível) se constitui em um complemento à dogmática jurídico-penal, tornando essa última mais complexa, completa e permitindo sua aplicação prática. (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 276).

Direito Penal por excelência, juntamente com outras disciplinas como a Criminologia, a Política Criminal e a Vitimologia.²⁰

Assim sendo, a teoria do delito preocupa-se em reunir em um único sistema os elementos comuns a todos os crimes ou a certos grupos de crimes, de acordo com o marco inicial do Direito Positivo. Mas, o Direito Positivo apenas estabelece um marco a partir do qual deve ser construída a teoria do delito, com uma certa margem de liberdade nessa criação, desde que não extrapolados certos limites.²¹ Nessa relação entre as categorias da teoria do crime e o conjunto normativo do Direito Penal, as inúmeras categorias desenvolvidas pela teoria do delito se voltam a conferir maior segurança²² e uniformidade na aplicação do Direito Penal a casos específicos tratados como delituosos por tipos penais incriminadores. Nesse sentido, tanto haveria insegurança jurídica no caso de inexistência da teoria do delito, como no caso perigoso de uma dogmática penal demasiadamente abstrata, a permitir que o aplicador do Direito Penal se distancie dos conceitos teóricos formulados.²³

Nessa mesma lógica, Jesús-María Silva Sanchez defende que, seja qual for a concepção de dogmática adotada, se considere a elaboração categorial e a integração de diversos conceitos jurídico-penais como uma forma de se proporcionar uma segurança jurídica inexistente por outro modo. Essa preocupação com a segurança jurídica confere à dogmática a competência para limitar intervenções ideológicas, reafirmando a ideia de Estado de Direito.²⁴ Por isso, a dogmática penal pode ser considerada o núcleo duro da ciência do Direito Penal.²⁵

Essas concepções referidas permitem que se perceba a teoria do delito como uma construção teórica fruto do conhecimento humano e, como tal, é inafastável a

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 45.

²¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 143.

²² Segurança jurídica que se destina ao cidadão, no entendimento de Diego-Manuel Luzón Peña. (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 10).

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 211.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 44.

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 46.

conclusão de que, como acontece com o próprio conhecimento humano, a teoria do delito se desenvolva ao longo da história com reformulações em suas categorias.²⁶

Nesse sentido, Antonio Hernández Gil expõe o processo histórico de revisão e crítica a que foi (e continua a ser) submetida a ciência do Direito, em razão dos diversos enfoques metodológicos conflitantes, desde a crítica ao formalismo, em prol de conhecimentos realistas, teleológicos e valorativos, até o desenvolvimento de formulações rigorosas e de acordo com exigências da lógica formal.²⁷

No que se refere à ciência do Direito (e, conseqüentemente, do Direito Penal), deve-se assumir a inevitável mobilidade do conhecimento humano, para que se abandone a crença sempre fadada ao fracasso de que se chegou ao conhecimento final e incontestável.²⁸ Nesse contexto se insere a referência de Santiago Mir Puig de que a metodologia da teoria do delito se encontra historicamente vinculada a dois fatores em sua evolução: às ideias políticas e às transformações no campo filosófico-científico.²⁹

Assentada a eterna transformação da ciência do Direito Penal, acompanhando o conhecimento humano que igualmente sofre transformações, é necessário se estabelecer qual a problemática que envolve esse campo do saber, possibilitando-se o estudo direcionado da sua história e a continuidade de seu desenvolvimento.

Em relação à teoria do delito, essa problemática se encontra no saber o que se deve considerar para a comprovação das categorias que compõem o conceito de delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e como devem ser essas categorias configuradas. Por exemplo, em relação à tipicidade, a dúvida reside em saber se será preciso considerar, para afirmá-la ao caso concreto, apenas uma

²⁶ Como é salientado por José de Faria Costa: “Não há, nem haverá nunca uma doutrina que feche definitivamente a ordenação desta matéria. O que há são sempre explicações, mais ou menos conseguidas que levam dentro de si o efêmero e a relatividade do seu tempo histórico.” (COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 195).

²⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 102.

²⁸ Conforme destaca Fernando Hernández Gil: “Así como el orden político no hay que identificarle con un inmovilismo inmodificable por cuanto elemento constitutivo del mismo es la transformación, así también el orden científico –mucho más aún– exige una constante acción revisora que, en último término, es reflejo de la incesante movilidad de lo existente.” (HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 12-13).

²⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 275.

relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, ou se será necessário considerar também a vontade do agente dirigida a uma determinada finalidade – questão cerne envolvendo a discordância entre causalistas e finalistas (que será abordada no decorrer deste trabalho). Respondido isso, ainda se deve desmitificar como esses elementos devem se configurar: se fundados em um sentido ontológico ou se em dados normativos.³⁰

Ou seja, está-se diante de um questionamento a respeito da forma ideal de configuração da teoria do crime, da metodologia mais acertada para a construção das categorias do delito. Carlos Fontán Balestra se refere ao problema da relação ou independência entre as categorias da teoria do crime e, também, da eleição do método aplicado na teoria do delito,³¹ problemáticas que receberam diferentes respostas ao longo da história da dogmática jurídico-penal, o que confirma o que antes foi mencionado sobre a transformação constante da ciência do Direito Penal.

A evolução da dogmática penal é sintetizada por Jesús-María Silva Sánchez em três fases clássicas, representando, respectivamente, os pensamentos formalista, neokantiano e finalista: “Derecho positivo, esfera axiológica, esfera ontológica [...]”.³² Essa mesma classificação tripartida é encontrada em Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, que analisam historicamente o desenvolvimento da moderna teoria do delito alemã dividida entre o conceito clássico de delito, o neoclássico e o conceito desenvolvido pelo finalismo.³³

Exemplificativamente, essa classificação em três paradigmas clássicos da teoria do crime (formalismo, causalismo e finalismo) pode ser também encontrada em Hans Welzel,³⁴ Hans Joachim Hirsch,³⁵ Claus Roxin,³⁶ Giuseppe Bettiol,³⁷ Jorge de Figueiredo Dias,³⁸ Luís Greco,³⁹ entre outros.

³⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 204.

³¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. **Aequitas**, Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75, 1964. Disponível em: <<http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 62.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 214.

³⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

³⁵ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 5-28, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Esse processo evolutivo da teoria do delito é retratado por Santiago Mir Puig como decorrência da evolução geral das ideias,⁴⁰ traçando-se como caminho dessa evolução o positivismo científico (do último terço do século XIX até o começo do século XX), o neokantismo (do começo do século XX até os anos 20), o ontologismo fenomenológico (dos anos 30 até os anos 60) e o funcionalismo (dos anos 70 até a data de hoje)⁴¹ – este último se constituindo em um recente paradigma incorporado, nessa linha histórica, aos outros três paradigmas clássicos.

Deve-se destacar, contudo, que nenhuma das teorias do delito superou por completo as anteriores, sendo que, atualmente, convivem ideias procedentes das três fases⁴² - ou quatro fases, a considerar também o funcionalismo, paradigma dogmático de recente construção e matéria a ser tratada no decorrer deste trabalho. Por esse motivo, pode-se afirmar com Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábel Malarée que, nessa evolução da teoria do crime, os elementos ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade sempre se fizeram presentes, mas retratados com diferentes conteúdos.⁴³

Considerando-se essa separação tripartida da evolução da teoria do delito moderna, torna-se necessário iniciar o estudo a respeito da evolução da dogmática jurídico-penal pela mais antiga dessas três concepções: o causalismo.

2.2 O sistema causalista ou naturalista

O positivismo científico do século XIX (não apenas o jurídico) representa a sobreposição da ciência à religião, à política, à moral, à filosofia etc., acreditando-se

³⁷ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

³⁹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 120-163, 2000.

⁴⁰ Concepção encontrada em Claus Roxin, ao relacionar a evolução da teoria do crime ao desenvolvimento da filosofia e da história das ideias. (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 201).

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 144.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 215.

⁴³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 129.

na capacidade da ciência como ferramenta de explicação totalizante do mundo.⁴⁴ O paradigma positivista defende, assim, a identidade entre ciência e conhecimento.⁴⁵

Essa corrente de pensamento procurou restringir o mundo da ciência aos fatos e às leis relacionadas a esses fatos, em uma visão propriamente empírica do conhecimento. Nesse esquema, são objeto de conhecimento científico os fatos e as leis que se manifestam nos fatos, percebendo-se, nesse pensamento, um destaque para a lei geral da causalidade, presente em todos os fatos e determinando que tudo o que acontece, necessariamente, deve possuir uma causa anterior.⁴⁶

Hans Welzel refere que o positivismo se caracterizou como uma proposta de redução da razão, entendida como o que capta e interpreta as impressões sensíveis ao entendimento. Com o positivismo científico, o homem se limitava àquilo que se considerava perceptível à observação empírica – fatos e relações causais entre os fatos.⁴⁷ Nesse raciocínio, falta uma problematização a respeito do conhecimento, considerando-se evidente que o sujeito é capaz de apreender tudo à sua volta, pois se acredita que os objetos lhe são dados em sua essência (o que será questionado com o desenvolvimento dos problemas a respeito do processo e das possibilidades da cognição).⁴⁸

Esse positivismo apenas considerava como objeto de análise científica a realidade suscetível de aplicação dos métodos das ciências naturais. Apenas os conceitos originados da experiência e perceptíveis aos sentidos eram considerados científicos.⁴⁹

A preocupação do positivismo científico com o fato e as relações causais entre os mesmos direcionou a atenção da teoria jurídica para o Direito positivo,

⁴⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 21-22.

⁴⁵ WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 46-47.

⁴⁷ WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Tradução de Felipe González Vincén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971. p. 191.

⁴⁸ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 29.

⁴⁹ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 74.

criado por um órgão competente, desimportando o valor desse Direito⁵⁰ – basta a existência de uma lei, mesmo que se venha a considerá-la censurável.⁵¹

Sob a influência do positivismo, a ciência jurídica passou a ser identificada com as ciências da natureza,⁵² única forma possível de ciência de acordo com o pensamento da época, desprovida de qualquer juízo mítico ou ideológico.⁵³ Todo esse ideal positivista das ciências em geral influiu de maneira significativa na evolução da ciência penal,⁵⁴ ficando esse paradigma conhecido como causalista, formalista ou, também, naturalista.⁵⁵

No Direito Penal, o causalismo é representado, sobretudo, pelos autores alemães Franz von Liszt e Ernst von Beling⁵⁶ e foi fundado nos postulados metodológicos do positivismo⁵⁷ aqui delineado, criado por Auguste Comte, matemático francês com rigorosas pretensões científicas que procurou desenvolver leis imutáveis que regessem a sociedade, dando início à sociologia.⁵⁸

⁵⁰ Essa corrente chega a identificar o Direito com o conjunto de leis, acreditando ser possível se resolver os problemas jurídicos sem o emprego de juízos valorativos, somente com o recurso à lei. (JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 74 e 106).

⁵¹ WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Tradução de Felipe González Vincén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971. p. 192.

⁵² Com a exaltação das ciências como a Física, a Biologia e a Psicologia, para que o Direito pudesse também ser digno do título “ciência”, deveria construir seus conceitos também a partir do método empírico e avalorativo das ciências naturais. (GRECO, Luís. **Imputação objetiva: uma introdução**. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10).

⁵³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 21-22.

⁵⁴ Nessa mesma época, surge, juntamente com o positivismo jurídico (dogmático), o positivismo criminológico, centrado no estudo das realidades naturais que acompanhavam o delito. (JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 73-74; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. **Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal**. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 50, mês 1-3, p. 189, 1997. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1997-10018500210_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Las_revoluciones_cientificas_del_Derecho_Penal:_Evoluci%F3n_y_estado_actual_de_la_dogm%E1tica_jur%EDdico-penal>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁵⁵ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. *Fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 186; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 20.

⁵⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 198.

⁵⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. **Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções**. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 147, 2014.

⁵⁸ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 96-97, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Com a fundamentação dessa teoria causalista na visão do positivismo científico, procurou-se solucionar os problemas do Direito com argumentos sistemático-conceituais, deixando de fora da dogmática jurídica os conhecimentos filosóficos, psicológicos e sociológicos.⁵⁹ Reflexo disso é a afirmação de Rocco, por volta de 1910, quando acolhe, na Itália, a metodologia positivista de Franz von Liszt, de que o Direito Penal deveria ter por objeto o direito positivo carente de qualquer contaminação antropológica, sociológica ou política.⁶⁰

Conforme defendido por Franz von Liszt, a política criminal, campo do conhecimento de caráter social, deveria se preocupar com as ciências do ser (da realidade), enquanto a ciência do Direito Penal deveria se preocupar com as questões do dever-ser, distinção que tornava imprópria a introdução de conhecimentos político-criminais na ciência do Direito Penal.⁶¹

Percebe-se, com isso, o objetivo do positivismo em realizar uma clara distinção entre os planos do ser e do dever-ser, conduzindo o Direito Penal a considerar o crime como algo que é, ausente de valorações transcendentais e separado da política criminal. Assim surge a doutrina causalista do delito, desprovida de considerações valorativas.⁶²

Todo esse pensamento presente na concepção da dogmática jurídica do século XIX, reflete a crença em um sistema conceitual acabado, capaz de abarcar todos os fenômenos jurídicos em seu interior, inclusive capaz de resolver novos dilemas por meio de operações lógicas.⁶³ Para os autores dessa concepção, apenas o Direito Positivo seria o objeto de análise e sistematização da dogmática.⁶⁴

Sob esse raciocínio, considerava-se o texto legal como a própria realidade da qual se retiravam os conceitos e princípios básicos do sistema jurídico. Ou seja, por ter sido o Direito Penal fixado pelo legislador (como Direito positivo), passa-se a

⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 218.

⁶⁰ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 76.

⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 23-24.

⁶² DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 97, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 313.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 51.

considerá-lo como se fato fosse, possibilitando que fosse equiparada a atuação do jurista no exame desse “fato” ou dessa “realidade” à atuação do cientista das ciências naturais.⁶⁵

Duas manifestações distintas desse positivismo na dogmática penal alemã são indicadas por Santiago Mir Puig. Em um primeiro momento, nos anos setenta do século XIX, o positivismo verificou-se como normativismo, não apenas se apresentando como o estudo do direito positivo, apesar de também negar a introdução de juízos valorativos ou referências à realidade metajurídica na dogmática. Nesse sentido, o positivismo se apresenta como um normativismo formalista ao se limitar ao exame da ligação lógico-formal entre os conceitos jurídicos positivados, objetivando alcançar um sistema conceitual completo.⁶⁶

O positivismo normativista é encontrado nas lições de Karl Binding,⁶⁷ caracterizado por tomar como referência o Direito Positivo e não a lei. Admitia, portanto, para além da crença na completude e aplicação isolada da lei, a utilização de normas que podem ser escritas ou não, aceitando-se construções analógicas e, por esse caminho, praticando de algum modo uma política criminal encoberta por meio da dogmática (método denominado dogmático teleológico).⁶⁸

Após o domínio do positivismo formalista nos anos setenta do século XIX, nos anos oitenta – especialmente após a publicação do “Programa de Marburgo” de Franz von Liszt em 1882 – se desenvolveu uma nova concepção igualmente baseada no positivismo científico, conhecida como positivismo naturalista, caracterizado pela transferência do método das ciências empíricas à ciência do Direito Penal.⁶⁹ Dessa forma, também a teoria do fato punível se objetivou construir com base em realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis.⁷⁰

⁶⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 75.

⁶⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 188-189.

⁶⁷ Apesar de não se poder afirmar que esse autor tenha compartilhado dos extremismos formalistas presentes em alguns positivistas da época, especialmente por afirmações suas no sentido de que se deveria buscar o espírito que inspira a lei, fruto do espírito popular. (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 193).

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 52.

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 196.

⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 194-195.

Nessa corrente, Franz von Liszt compreende o sistema dogmático não como um sistema teleológico, mas como um sistema lógico, vinculado à lei. A problemática a respeito de um “Direito correto”, para esse autor, seria uma tarefa política afeita ao legislador, não competindo essa discussão ao juiz ou ao dogmático.⁷¹

2.2.1 Breves reflexos na teoria do delito

Esse pensamento mecanicista dominante no final do século XIX, proveniente das ciências da natureza, produziu na ciência do Direito Penal um tratamento da ação (como elemento do crime) de uma maneira bipartida, com um processo causal externo de um lado (objetivo) e um conteúdo da vontade de outro lado (subjetivo).⁷²⁻

73

Estabelecia-se, nesse sistema clássico, a cisão entre as características causal-objetivas (pertencentes ao injusto) e as características psíquico-subjetivas (atribuídas à culpa – em sentido lato) do delito. Assim, formulava-se um primeiro grupo, representado pelo acontecimento caracterizado pelo processo causal externo e um segundo grupo, consistente na relação psíquica do agente com o resultado.⁷⁴

Na parte objetiva do delito, essa concepção incluía elementos como a ação, a tipicidade e a antijuridicidade, enquanto a parte subjetiva se ocupava da culpabilidade,⁷⁵ formulando-se a clara separação entre o injusto e a culpabilidade,

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 52.

⁷² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 49-50.

⁷³ Tamanha era a distinção estabelecida entre as faces objetiva e subjetiva do delito que os autores clássicos Paul Johann Anselm von Feuerbach e Francesco Carrara consideravam o delito de maneira bipartida, composto apenas por culpabilidade e antijuridicidade. Posteriormente, no ano de 1906, Ernst von Beling desenvolve o conceito de tipo (se voltará a isso adiante), que passa a integrar o conceito de delito. (ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal**: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1, p. 235 e 309).

⁷⁴ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 19.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 198; COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 187; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. **Aequitas**, Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 76, 1964. Disponível em: <<http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693>>. Acesso em: 13 jan. 2017; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195; WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 97; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 24, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

sem a existência de comunicação entre ambos.⁷⁶ Ilustrativa dessa racionalidade é a referência de Ernst von Beling, promovendo a clara distinção entre face objetiva e face subjetiva do delito: “Los elementos externos caracterizan el ‘*tipo de ilicitud*’ de cada caso y los internos las particularidades de la *culpabilidad* que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito.”⁷⁷

Também reforçando essa racionalidade, encontra-se a distinção rigorosa promovida por René Garraud entre elemento material do delito, comparada a um “corpo de delito” (nas palavras de Günther Jakobs, trata-se da concepção de tipo proveniente da “doutrina do *corpus delicti*”⁷⁸), no qual analisa eminentemente as fases de execução do crime⁷⁹ e o elemento moral do delito, pelo qual se atribui a responsabilidade pelo delito ao agente, analisando-se o grau da moralidade da infração (dolo e culpa), a capacidade de discernimento do agente.⁸⁰ Da mesma forma, a afirmação de Eugenio Cuello Calón⁸¹ de que não basta, para a configuração do crime, que o indivíduo seja seu autor material (pratique um ato típico e antijurídico), sendo necessário que seja, também, seu autor moral (que seja culpável).⁸²

Também fica clara a racionalidade positivista presente no Direito com a proposta de Franz von Liszt de um modelo metodológico específico desse

⁷⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 14.

⁷⁷ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 43. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

⁷⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 188-189.

⁷⁹ Por mais que, nesse estágio (do elemento material), o autor faça referência também à fase psicológica do crime, apenas o faz para determinar o momento de início da execução e a impossibilidade de punição em razão do pensamento ou da vontade, centrando-se não em um critério subjetivo do crime, mas mantendo a natureza material desse estágio. (GARRAUD, René. **Compendio de direito criminal**. Tradução de A. T. de Menezes. Lisboa: Livraria Classica, 1915. v. 1, p. 168-169).

⁸⁰ GARRAUD, René. **Compendio de direito criminal**. Tradução de A. T. de Menezes. Lisboa: Livraria Classica, 1915. v. 1, p. 164-239.

⁸¹ Mesmo se fazendo essa referência nesse momento, acredita-se que esse autor possa ser incluído com maior adequação na doutrina neokantiana. Contudo, deve-se ter sempre presente que todos os paradigmas dogmáticos desenvolvidos no presente trabalho não se apresentam como uma ruptura completa em relação ao paradigma predecessor. Eles se configuram como uma reformulação de alguns postulados, juntamente com a manutenção de outros. Por isso, a referência a alguns autores pode se apresentar compatível com dois ou mais paradigmas da dogmática penal. Nesse aspecto, José de Faria Costa, ao tratar dos atuais caminhos da teoria do delito, considera algumas conquistas das concepções neoclássica e finalista como pilares necessários a partir dos quais se deve caminhar. (COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. *Fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 195).

⁸² CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. 10. ed. Barcelona: Bosch, 1951. t. 1, p. 381.

pensamento: primeiramente, o jurista deve recolher seu objeto de exame (normas jurídicas), passando a deduzir dessas normas jurídico-penais os conceitos ali presentes, concluindo seu trabalho com a construção de um sistema alcançado por juízos de abstração de conceitos mais especiais aos mais gerais (exemplificativamente, a partir dos conceitos de roubo, homicídio, estupro etc., o jurista alcança o conceito de delito).⁸³

Sintetizando a estrutura tripartida da teoria do delito desenvolvida pelo formalismo, Gustav Radbruch aponta que se acreditou ter se reunido na tipicidade os elementos descritivos e objetivos do crime; na antijuridicidade, os elementos normativos e objetivos; e, na culpabilidade, os elementos subjetivos e descritivos.⁸⁴

A base de sustentação do conceito dogmático-causalista do crime foi atribuída à ação. A doutrina penal moderna sempre se preocupou em explicar o que se deve entender como um conceito penal de ação, para, a partir de então, estabelecer todos os demais elementos do delito. Nesse sentido, o conceito de ação é considerado um ponto de partida para todas as demais discussões sobre a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.⁸⁵

Tamanha é a importância do conceito de ação que deve possuir todos os requisitos necessários para acolher as condutas consideradas relevantes para o Direito Penal, sejam dolosas ou culposas, comissivas ou omissivas etc., assim como deve ter capacidade para excluir a incidência do Direito Penal de condutas que não apareçam como puníveis, evitando que se necessite recorrer aos demais elementos do delito para tanto.⁸⁶

A concepção causal-naturalística de ação estabeleceu seu conceito como um movimento corporal voluntário produtor de consequências no mundo exterior, não se indagando a respeito do sentido desse acontecimento.⁸⁷ Bastava, portanto, a

⁸³ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 75.

⁸⁴ RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 5, 2010. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017. Em sentido idêntico: GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 120-163, 2000.

⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 233-234.

⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 234.

⁸⁷ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 19.

subsunção formal da ação ao tipo de crime, desimportando qualquer referência a valores ou a seu sentido.⁸⁸

Por se configurar como uma teoria do delito desprovida de juízos valorativos, o causalismo concebeu o autor do crime como mero “causador”,⁸⁹ percebendo-se, então, que o núcleo essencial desse conceito de ação era a causalidade.⁹⁰ O impulso da vontade apenas importava para esse conceito enquanto causa do movimento externo, não se conferindo importância ao conteúdo da “direção final” da ação.⁹¹

No que se refere à “direção final” da ação, Roberto Lyra Filho referia que o conceito de ação que englobasse tanto o comportamento externo quanto o ato interno da vontade tumultuaria a separação analítica dos elementos do delito, defendendo que até mesmo o exame da voluntariedade da ação se referiria ao elemento subjetivo, que para o autor não integra o conceito de ação.⁹²

Percebe-se, desse modo, que a teoria causal de ação a conceituava como um comportamento humano dominado pela vontade causador de uma determinada consequência no mundo exterior, podendo essa consequência se configurar como o próprio movimento corporal (delitos de atividade),⁹³ ou propriamente uma modificação externa (delitos de resultado).⁹⁴ Nesse sentido, dando destaque para essa relação de causação de um resultado, é a referência de Franz von Liszt de que

⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195.

⁸⁹ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 97, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 76.

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 20-21.

⁹¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuervo Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 160; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 183.

⁹² LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 113-114.

⁹³ É esclarecedora a referência de Juarez Tavares de que o resultado, na teoria causal, era concebido como elemento integrante da ação, podendo ser confundido com a mesma. Assim, em delitos formais ou de mera conduta, o resultado será a própria conduta do agente, como movimento corpóreo modificador do mundo exterior, resultado não considerado em um sentido natural, mas jurídico. (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 131-132).

⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 234-235.

inexiste ação para fins penais se não houver um resultado, entendido como mudança operada no mundo exterior.⁹⁵

Assim, desenvolveu-se uma relação entre os elementos exteriores do conceito de ação, consistentes no movimento corporal e na modificação do mundo exterior, relacionados por um nexó de causalidade, complementado pelo elemento subjetivo da voluntariedade,⁹⁶ entendendo-se por voluntariedade o requisito de que a ação tivesse sido realizada de maneira livre de pressões mecânicas ou psicológicas.⁹⁷

Também Vincenzo Manzini apontava que o fundamento da imputação penal era retirado do princípio da causalidade voluntária, segundo o qual é imputável (em sentido amplo, não se referindo à imputabilidade como elemento da culpabilidade⁹⁸) pela prática de um fato o indivíduo dotado de capacidade jurídico-penal, quando representar a causa eficiente física e psíquica, material e moral do crime.⁹⁹

O mecanicismo desse conceito de ação fica evidenciado em Franz von Liszt, quando se refere a esse conceito como um movimento corpóreo voluntário consistente na tensão dos músculos, efetuada pela inervação dos nervos motores.¹⁰⁰ Nesse mesmo caminho, Ernst von Beling adotava também um conceito de conduta de caráter naturalista, conceituada como um movimento corporal voluntário, seja um “fazer algo” (no caso de ação positiva), seja um “não fazer algo” (no caso de uma omissão),¹⁰¹ conceito defendido no Brasil, por exemplo, por José Frederico Marques.¹⁰²

⁹⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 193.

⁹⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 148, 2014.

⁹⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 197.

⁹⁸ Nesse sentido, Vincenzo Manzini diferenciava a imputabilidade em sentido amplo em condição material (imputabilidade física) e psíquica (imputabilidade moral) para que uma pessoa capaz possa ser considerada causa eficiente da violação concreta de um preceito penal. (MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto penale italiano**. 4. ed. Itália: CEDAM, 1930. p. 63).

⁹⁹ MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto penale italiano**. 4. ed. Itália: CEDAM, 1930. p. 63.

¹⁰⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 198.

¹⁰¹ Nas palavras do autor, considera-se ação como “[...] un ‘comportamiento corporal voluntario’, consistente ya en un ‘hacer’ (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un ‘no hacer’ (omisión), ello es, distensión de los músculos.” (BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 19-20. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*).

¹⁰² MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 65.

O conceito de ação, em Ernst von Beling, apresenta-se mais pontual do que em Franz von Liszt, na medida em que o primeiro apenas se refere à ação como um fazer ou um não fazer, desprovido de elementos como o resultado e a causalidade, examinados em um momento diverso.¹⁰³

Em relação à omissão, Ernst von Beling pretendeu equiparar seu conceito ao de ação, conferindo-lhe certa fisicalidade e definindo a omissão como um processo de distensão dos músculos que conduziriam à ação,¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ conceito também presente em José Frederico Marques de forma marcante.¹⁰⁶

Desse modo, a ação em sentido amplo abarcava tanto o conceito de comissão, verificada quando um resultado no mundo exterior fosse causado voluntariamente, quanto o conceito de omissão, consistente no não impedir, voluntariamente, a alteração no mundo exterior.¹⁰⁷ Ou seja, trata-se de uma mera conduta exterior humana consistente em um fazer ou em um omitir.¹⁰⁸

Sendo constatada a presença de uma ação de acordo com o conceito estabelecido, passa-se a verificar a presença dos elementos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, se fazendo presente, nessa teoria, conforme já mencionado, uma distinção rigorosa entre os elementos objetivos e os elementos subjetivos do delito. A face objetiva do delito era localizada nos requisitos de

¹⁰³ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 148, 2014.

¹⁰⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 20. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

¹⁰⁵ Esse conceito de omissão de Ernst von Beling recebe a crítica de Giuseppe Bettiol, para quem o autor deturpa a realidade com a justificativa de fundamentar o caráter físico do conceito de ação. Em suas palavras, “Sem querer negar a utilidade deste processo sistemático convém advertir que não se justifica violentar a realidade para fazê-la entrar a todo custo num esquema.” (BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 322).

¹⁰⁶ Nas palavras do autor: “A falta ou ausência de um ato pode não ter a mesma existência física que o tem a ação propriamente dita; no entanto, daí se não deve concluir que o ‘non facere’ não seja um trecho do mundo real perceptível pelo espírito humano através da observação. [...] Quem vai negar que na estiagem prolongada, a ‘ausência de chuva’ é algo de real, de tão real quanto as águas pluviais que caíssem do céu por entre relâmpagos e trovoadas?” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 76-77).

¹⁰⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 193. Nesse sentido se manifesta de Fabio Roberto D'Avila, para quem, em Franz von Liszt, o resultando tanto abarcava aquilo causado pelo agente, como aquilo que não é impedido. (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 254).

¹⁰⁸ BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Tradução de Paulo José da Costa e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 171.

tipicidade e antijuridicidade, ao passo que a face subjetiva do delito se relacionava com a culpabilidade.¹⁰⁹

No tocante à tipicidade, para distingui-la da antijuridicidade e da culpabilidade, Ernst von Beling¹¹⁰ referia que o tipo,¹¹¹ considerado a pedra angular do Direito Penal,¹¹² não continha nenhum juízo valorativo e estava desprovido de qualquer elemento subjetivo-anímico,¹¹³ pensamento decorrente da separação rigorosa entre os elementos objetivos e subjetivos do delito.¹¹⁴ Nesse autor, portanto, os “delitos-tipos” possuíam caráter puramente descritivo, sendo que a adequação típica e a antijuridicidade se apresentariam como dois círculos secantes.¹¹⁵

Evidencia-se, no causalismo, a função basicamente descritiva do tipo penal,¹¹⁶ função desenvolvida de maneira eminentemente objetiva e neutra,¹¹⁷ pois o fato-típico desenvolvido por Ernst von Beling se constituía na mera descrição natural

¹⁰⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 217.

¹¹⁰ Como já referido, criador do conceito de tipo, o que se deu no ano de 1906. (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 193).

¹¹¹ Conhecido pela expressão alemã “Tatbestand”, que, conforme refere Diego-Manuel Luzón Peña, em verdade, não se traduz por “tipo”, mas por “suposição de fato” (“Tat= hecho, Bestand= existencia, estado, componentes o elementos integrantes.”), sendo mais próxima à tradução adequada a expressão italiana “fattispecie”. Todavia, na teoria do delito, optou-se por essa tradução por brevidade e praticidade. (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 17).

¹¹² D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 258.

¹¹³ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 78; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 167.

¹¹⁴ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 27, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹⁵ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 55. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*. Nesse mesmo sentido: ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal**: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1, p. 309.

Diego-Manuel Luzón Peña esclarece, a esse respeito, que o fato de uma conduta estar prevista em um tipo penal não determinaria uma valoração negativa sua ou mesmo positiva, pois poderia se verificar uma causa de justificação a retirar a antijuridicidade e, conseqüentemente, um eventual desvalor. (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 21).

¹¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 130; DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 97, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 217.

¹¹⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 131.

do fato, fornecendo-se com isso o conteúdo material do delito (o “corpo” do delito).¹¹⁸ Essa concepção meramente formal do tipo era relacionada com a exigência da tipicidade clássica inerente ao Estado de Direito.¹¹⁹

Deve-se destacar que o signo “Estado de Direito” possui amplas variações de significado no decorrer da história do pensamento político.¹²⁰ No contexto aqui referido, trata-se da concepção inicial de Estado de Direito, surgida no início do século XIX, significando a limitação do Estado em benefício da autodeterminação das pessoas.¹²¹ Nessa concepção, destacou-se a importância da lei¹²² na significação do Estado de Direito, a qual é considerada como elemento de vinculação e limitação da atividade estatal.¹²³

Já em se tratando da antijuridicidade como elemento do delito, era ela considerada como decorrência da tipicidade e apenas não se faria presente por uma excepcionalidade, quando verificada alguma causa justificante.¹²⁴

Em Franz von Liszt, a antijuridicidade aparece como a transgressão de uma norma do Estado voltada à proteção jurídica de interesses, apenas por causas especiais e excepcionalmente se podendo considerar lícita a lesão a esses interesses.¹²⁵

O seu conceito nessa teoria é encontrado também em Ernst von Beling, para quem a antijuridicidade se constitui em contrariedade à ordem jurídica,¹²⁶ tomada

¹¹⁸ BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Tradução de Paulo José da Costa e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 162.

¹¹⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 79.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 789. No mesmo sentido: ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 96-97.

¹²² É essa uma possível resposta ao questionamento histórico retomado por Norberto Bobbio a respeito da relação entre poder e direito: “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 95-96).

¹²³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 23.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195.

¹²⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 219-221.

¹²⁶ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 23. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

por um viés formal¹²⁷ que fica destacado na referência de Eugenio Florian de que se considerava a antijuridicidade como contrariedade ao direito objetivo.¹²⁸

A culpabilidade, elemento que completa a tríade do conceito de delito (como conduta típica, antijurídica e culpável) recebeu um conceito psicológico, surgido na metade do século XIX, que se fazia plenamente compatível com o pensamento metodológico naturalista prevalecente no pensamento positivista da época.¹²⁹

Para Franz von Liszt, a culpabilidade era composta de imputabilidade do agente e imputação ao resultado (dolo ou culpa).¹³⁰ Aqui, a imputabilidade significa que apenas pode ser responsabilizado o agente mentalmente desenvolvido e mentalmente são.¹³¹ Essa imputabilidade (capacidade de culpabilidade), em Ernst von Beling, decorria do poder de autodeterminação do agente – seu ato deve ser expressão de sua espontaneidade.¹³²

Nessa corrente, a culpabilidade era considerada o elemento da teoria do crime que reunia todos os processos espirituais e morais que ocorriam interiormente no autor do crime.¹³³ Diferentemente da antijuridicidade, análise externa do fato como contrário à ordem jurídica, competia à culpabilidade um juízo interno, espiritual, subjetivo da ação.¹³⁴

Com essa concepção, a culpabilidade se configura como a relação psicológica entre o agente e o fato,¹³⁵ reduzida pelo pensamento mecanicista desse

¹²⁷ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 28, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹²⁸ FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale**: dei reati e delle pene in generale. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1. p. 239. Da mesma forma: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 130.

¹²⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 13; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 29, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 249-250.

¹³¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 257.

¹³² BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 31. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

¹³³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 218.

¹³⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 30. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

¹³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 130; WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral.

período a um simples nexos causal subjetivo ou nexos psicológico.¹³⁶⁻¹³⁷ Assim, na culpabilidade, se busca reconstruir o nexos causal subjetivo (assim como no injusto se busca a reconstrução do nexos causal, mas material) em um processo próprio das ciências naturais. Percebe-se que se pretendeu explicar a culpabilidade de maneira puramente descritiva, como esclarecimento da relação anímica existente entre o agente e o fato praticado.¹³⁸

Nesse sentido, destaca-se a distinção presente na obra de Vincenzo Manzini entre a essência física do delito (causalidade material) e a face subjetiva do delito (causalidade voluntária).¹³⁹ Dessa pretendida relação psicológica entre o agente e o fato objetivo decorre a nomenclatura pela qual ficou conhecida essa teoria – concepção psicológica da culpa.¹⁴⁰

No causalismo, o dolo e a culpa eram localizados na culpabilidade, por serem considerados elementos da vontade e, por isso, não compatíveis à tipicidade descritiva.¹⁴¹ Essa teoria considerou o dolo e a culpa, então, como formas da culpabilidade.¹⁴² Reinhard Frank referia, em sua época, que era dominante esse

Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 85; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 209; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [197?]. v. 1. t. 1. p. 247; CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 336-337.

¹³⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 23; CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

¹³⁷ Defendendo a culpabilidade como causalidade psíquica: LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 155-156; BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Tradução de Paulo José da Costa e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 217 e 249.

¹³⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Abozo e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 14-15.

¹³⁹ MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto penale italiano**. 4. ed. Itália: CEDAM, 1930. p. 64 e 97.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195.

¹⁴¹ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 98, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴² FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale**: dei reati e delle pene in generale. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1. p. 305; WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 86; PETIT CANDAUDAP, Celestino Porte. **Programa de la parte general del derecho penal**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968. p. 559 e 589; LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 162-168; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [197?]. v. 1. t. 1. p. 247.

entendimento que considerava o dolo e a culpa como conceitos em espécie pertencentes à culpabilidade, essa última sendo um conceito genérico.¹⁴³

Inserido nesse contexto, Ernst von Beling destacava dois graus de culpabilidade. O mais grave, se referia ao caso no qual o agente possuísse consciência da ilicitude da ação e, ainda assim, prosseguisse em seu agir ao menos com indiferença, conformando-se assim o dolo. O grau menos reprovável da culpabilidade se referia ao agente que não agisse com o oportuno cuidado quando, se houvesse agido cuidadosamente, tivesse desistido da conduta, caso no qual ocorre a culpa.¹⁴⁴

Assim, o dolo e a culpa foram concebidos como espécies ou classes da culpabilidade; o estado de necessidade como causa de exclusão da culpabilidade; a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade (apesar de alguns autores discordarem dessa visão à época).¹⁴⁵

2.2.2 Críticas formuladas ao causalismo

O pensamento positivista e classificatório desse paradigma recebe a crítica de Claus Roxin, para quem esse modo de concepção da dogmática como um sistema fechado afasta a própria dogmática da realidade social, ao se estabelecer um sistema fundado em abstrações desprovidas de valorações político-criminais.¹⁴⁶

Adentrando na teoria do delito, o pensamento de Franz von Liszt e Ernst von Beling em relação à ação, especialmente como movimento corpóreo produtor de uma modificação causal no mundo exterior perceptível pelos sentidos, não permitia a explicação adequada da omissão.¹⁴⁷ Na omissão, tomada a concepção causalista, não é ocasionado pelo agente qualquer curso causal em razão de seu

¹⁴³ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 27. Defendendo esse posicionamento: BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal: parte geral**. Tradução de Paulo José da Costa e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 217.

¹⁴⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 35-36. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

¹⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 218.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 22-23.

¹⁴⁷ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. *Fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 188; JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 35; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 207.

comportamento,¹⁴⁸ sendo o comportamento omissivo relacionado a um elemento estranho à concepção causalista, fundamentada que foi no mundo do ser, qual seja o dever de agir.¹⁴⁹

Santiago Mir Puig refere que a essência da omissão não é negativo-naturalística, mas negativo-normativa, o que demonstra sua incompatibilidade com o paradigma positivista.¹⁵⁰ Por isso, Eduardo Correia refere que “[...] o nada só se pode reduzir ao nada.”¹⁵¹ Além de não se poder falar em atividade na omissão, também de vontade, em seu conceito mecânico-causal (acontecimento por meio do qual o agente produz o resultado), não se poderá falar.¹⁵²

Apesar das críticas, Franz von Liszt já havia esclarecido que o conceito de omissão não se relaciona com o conceito de causação, pois admitia o autor que a omissão não pode conduzir a um resultado, esse produzido pelas forças naturais. Diante disso, esse autor defendeu a impropriedade de se questionar a respeito da natureza causal da omissão, destacando que se deve perquirir quando o não impedir o resultado pode ser equiparado a causá-lo ou simplesmente quando a omissão é ilegal.¹⁵³

Contudo, essa advertência de Franz von Liszt destoava do inicial conceito de omissão formulado pelo paradigma causalista e já se apresentava em desconformidade com as bases dessa corrente de pensamento. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend consideram que, ao compreender a omissão como uma modalidade de movimento para fins penais, socialmente considerada, como uma ação que o ordenamento jurídico espera do agente, Liszt estava já abandonado o conceito naturalístico de ação.¹⁵⁴

Também em relação à ação, refere-se que a concepção do comportamento voluntário como simples processo causal não é capaz de conceber a verdadeira essência do comportamento humano como voltado a objetivos, elemento que deve

¹⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 235.

¹⁴⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 149, 2014.

¹⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 208.

¹⁵¹ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 200.

¹⁵² CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 200.

¹⁵³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 212-213.

¹⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 217.

ser levado em consideração para um adequado conceito de ação para fins penais; trata-se da finalidade, a capacidade humana de conformar o curso causal a um determinado objetivo.¹⁵⁵

A ausência de conceitos como esse, impedido de valoração pela concepção causalista da ação, produz como defeito a possibilidade de adoção de um processo mental de regresso *ad infinitum*, por meio do qual todas as condutas anteriores ao fato que com ele possuam alguma relação podem ser consideradas causa do resultado (por exemplo, o próprio nascimento do assassino, causa para o assassinato).¹⁵⁶ Trata-se do resultado obtido pela adoção da fórmula causal da *conditio sine qua non*.¹⁵⁷

Hans Welzel ainda adverte que a concepção causal da ação não é capaz de explicar o crime tentado, pois não se trata de um processo causal que não produz um resultado, mas de uma conduta que aponta para um resultado intencionado previamente pelo agente; ou seja, uma ação que possui a vontade como um elemento constitutivo.¹⁵⁸ Na referência de Heleno Cláudio Fragoso, o caso do crime tentado deixa evidente a “separação do inseparável” promovida pela concepção clássica de ação¹⁵⁹ - pois desprovida do caráter subjetivo, localizado na culpabilidade.

Em relação ao concurso de agentes também se encontram limitações na teoria causalista. Luis Enrique Romero Soto destaca que o conceito naturalista de ação não é capaz de justificar a punição do copartícipe que apenas atua nos atos preparatórios, adiantando que, em razão desse problema (e de outros referidos pelo

¹⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 235.

¹⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 235.

¹⁵⁷ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 97, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵⁸ Exemplificando, nas palavras de Hans Welzel: “¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar a un hombre?” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 52). Também nesse sentido: ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal**: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1, p. 260.

¹⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 166. O autor cita o seguinte exemplo: “Se, por exemplo, o agente dispara arma de fogo contra a vítima, sem atingi-la, isto será a conduta típica de homicídio (tentado) ou de perigo de vida (CP, art. 312) consumado, dependendo do dolo com que tenha atuado.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 170).

autor), se deve ser mais ou menos finalista (“mais ou menos” pois não concorda com todas as teses defendidas por Hans Welzel).¹⁶⁰

Diante de questões como essas, Gustav Radbruch chega a concluir que o conceito naturalista de ação de Franz von Liszt – como movimento corporal voluntário produtor de modificações no mundo exterior – não se mostrava apropriado para servir de pedra angular de todo o Direito Penal. Exemplificando com o caso da injúria, afirmava que conceber esse delito como meras movimentações da laringe, ondas sonoras, estímulos auditivos e processos cerebrais resulta em renegar à margem desse conceito o sentido linguístico e a significação social que possui.¹⁶¹ Não se deve, portanto, compreender esse delito e todos os outros como fenômenos eminentemente naturalistas, mas como acontecimentos da vida social¹⁶²⁻¹⁶³ - já se demonstrando, nesse ponto, o que viria a ser defendido por Gustav Radbruch, autor inserido no paradigma neokantiano de introdução dos valores na teoria do delito, conforme será desenvolvido adiante.

Alguns dos problemas que recaíam sobre a ação se encontravam, também, na tipicidade, dada a íntima relação desses dois conceitos da teoria do delito. No que se refere à tipicidade, compreendida como mera subsunção lógico-formal da conduta ao tipo de crime,¹⁶⁴ conduziria ao equívoco de equiparar tipicamente a conduta do cirurgião que salva vidas e a conduta do faquista que se vingava da vítima esfaqueando-a¹⁶⁵ - decorrência da falta do exame da direção final da ação.

¹⁶⁰ ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1, p. 260.

¹⁶¹ Esse mesmo exemplo fornecido por Franz von Liszt e utilizado aqui como crítica à restrição do conceito de ação promovida pela concepção clássica do delito é encontrado também em: WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 51; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 196.

¹⁶² RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 4, 2010. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁶³ Endossando essa advertência, Fabio Roberto D’Avila conclui que um dos equívocos do conceito causal de ação, entendida como realidade psicofísica, é acabar por retirar do delito o seu sentido social. (D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 149, 2014).

¹⁶⁴ O que, por si só, já representa um problema, em razão da crença na completude da lei, apenas devendo-se adequar de maneira desvalorada e automática a realidade à lei. (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 124, 2000)

¹⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 196.

Também reflexo desse equívoco é o exemplo da pessoa que, em um estabelecimento de venda de roupas, pega uma jaqueta com o intuito de experimentá-la no provador da loja e, posteriormente, efetuar a compra. Esse ato, objetivamente analisado, já se constituiria na realização do tipo penal de furto.¹⁶⁶

Já em relação à concepção mecanicista de antijuridicidade, é formulada crítica por Giuseppe Bettiol, quando refere que se acreditava, nessa teoria, em uma espécie de relação entre o fato e a norma. Em suas palavras, retratando esse pensamento exageradamente formalista: “[...] o fato viola a norma, a norma reage e reintegra com a pena a lesão infringida ao direito.”¹⁶⁷

No tocante à concepção de culpabilidade como relação entre o subjetivo (psicológico) e o fato, um apontado defeito produzido por essa concepção foi a sua impossibilidade de explicar a culpa inconsciente, já que inexistia relação psicológica entre o agente e o fato.¹⁶⁸

Além disso, outra problemática envolvendo o crime culposo na teoria causal da ação se refere ao fato de que, para essa teoria, o elemento essencial de análise do crime culposo era o resultado produzido por um ato voluntário (desvalor do resultado). Entretanto, Hans Welzel afirmava que o que importa no delito culposo é a ação defeituosa (desvalor da ação).¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ Assim, pelo raciocínio da teoria da ação

¹⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 131.

¹⁶⁷ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 360. Esse esquema se diferencia do funcionalismo de Jakobs (desenvolvido no capítulo 3), quando este último atribui à pena a função de reafirmação da norma. Na referência de Giuseppe Bettiol, trata-se de relação meramente formal entre o ato proibido e a norma violada, servindo a pena de reafirmação da própria norma. Em Jakobs, se insere a expectativa normativa da sociedade, conferindo-se a essa relação entre fato e norma uma natureza eminentemente comunicativa e social: a pena não reafirma unicamente a norma, mas se dirige às expectativas sociais a respeito da norma. (JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 18).

¹⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 209; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 196; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 211; CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

¹⁶⁹ Esse problema é melhor compreendido pelo exemplo citado por Hans Welzel: “[...] los coches de A y B –que circulan en direcciones contrarias– chocan en una curva sin visibilidad: A y B resultan con lesiones corporales. Cada uno de ellos ha causado aquí, sin duda, mediante un acto voluntario (el conducir su coche) la lesión del otro; lo ‘esencial’ para el delito culposo no consiste, sin embargo, en la mera causación de la lesión del otro, sino en las características de las acciones realizadas por A y B. [...] La acción de A era *antijurídica*, porque su forma de conducir no correspondía al cuidado necesario en el tráfico, mientras que la acción de B era *jurídica* por la razón inversa.” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 55).

causal, analisando-se a ação como mero processo causal, alguns casos (como o exemplo de Hans Welzel citado na nota de rodapé supra) levariam à conclusão equivocada de que o agente teria causado antijuridicamente um resultado, para apenas haver a exclusão da culpabilidade pela falta da violação do cuidado devido.¹⁷¹ Isso se deve ao fato de que a concepção causal da ação apenas exige que haja ação voluntária produtora do resultado, não especificando, contudo, que tipo de ação.¹⁷²

Além disso, a teoria psicológica da culpabilidade se viu incapaz de explicar a exclusão da culpabilidade em um agir doloso no caso de estado de necessidade exculpante.¹⁷³⁻¹⁷⁴ Pertinente aqui a crítica de Reinhard Frank, para quem o conceito de culpabilidade composto por dolo e culpa não é adequado com o estado de necessidade como causa de exclusão dessa mesma culpabilidade,¹⁷⁵ pois, nesse caso, o agir doloso se faz presente.

Compatível com todas essas insuficiências desse sistema formalista é a crítica formulada por Giuseppe Bettiol à separação total de cada elemento do crime, destacando que se haverá de falar, para superar essas críticas, em elementos normativos do fato, bem como elementos subjetivos da antijuridicidade.¹⁷⁶ Por isso

¹⁷⁰ Também fazendo essa correção da concepção de crime culposo: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 237-238. Ainda, essa concepção da culpa é encontrada em Santiago Mir Puig, quando refere que o cerne do delito culposo não é a relação psicológica eventualmente existente entre agente e fato, senão o momento normativo da infração de uma norma de cuidado, sendo a culpa sempre um conceito normativo. (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 210).

¹⁷¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 55-56.

¹⁷² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 61.

¹⁷³ O estado de necessidade exculpante, assim como o estado de necessidade justificante, ocorre em situações de conflito de interesses. Entretanto, ao contrário do segundo, nesse caso, a conduta do agente é desaprovada socialmente, pois resolve o conflito dando prevalência ao bem jurídico de menor valor, sacrificando o interesse mais relevante, sendo considerada uma conduta antijurídica e restando excluída a culpabilidade pela desnecessidade de pena. (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 896).

¹⁷⁴ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 86.

¹⁷⁵ “Si el concepto la culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia – y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado –, podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace.” (FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 30).

¹⁷⁶ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 272-273.

se refere que, diante das diversas insuficiências apontadas à teoria causalista do delito e da necessidade de se superar essas críticas, promoveu-se a descoberta de elementos normativos (que se acreditava pertencerem apenas à antijuridicidade)¹⁷⁷ no tipo penal (até então apenas composto por elementos descritivos), motivo pelo qual o limite determinista entre tipicidade e antijuridicidade tornou-se problemático.¹⁷⁸

Ainda, na relação entre antijuridicidade (até então, integrada por elementos normativo-objetivos) e a culpabilidade (composta por elementos descritivo-subjetivos), também se apresentou a crítica a essa exagerada separação, verificando-se a existência de “elementos subjetivos do injusto”, bem como pela descoberta do conceito normativo de culpabilidade¹⁷⁹ - desenvolvido em ponto específico deste trabalho.

Igualmente, a relação entre tipicidade e culpabilidade também se apresentou como um problema, na medida em que se constataram elementos subjetivos¹⁸⁰ no tipo, como em delitos de intenção ou mesmo o tipo penal da tentativa, bem como a existência de elementos objetivos na culpabilidade.¹⁸¹

Com o passar do tempo, abandonou-se a premissa básica desse pensamento formalista de que o objeto da ciência jurídica está contido unicamente no Direito Positivo.¹⁸² Essa metodologia positivista pressupõe que o intérprete do Direito realize sua função sem qualquer interferência de pré-conceitos ideológicos, o que é impossível. O trabalho do intérprete, portanto, não deve partir da lei positivada, como

¹⁷⁷ Na referência de Johannes Wessels, os elementos normativos do tipo são aqueles que dependem de um complemento de valor. (WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 33).

¹⁷⁸ RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 5, 2010. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁷⁹ RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 6, 2010. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁸⁰ Os quais Johannes Wessels conceitua como circunstâncias pertencentes ao mundo psíquico-espiritual e de representação do agente. (WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 34).

¹⁸¹ RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 6, 2010. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017. Nesse último ponto, Johannes Wessels cita como exemplo de condição objetiva da não punibilidade o cometimento do fato antijurídico em estado de embriaguez completa (WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 38).

¹⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 54; COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 189.

apontado por Franz von Liszt, mas pela busca aos axiomas nos quais a lei positiva encontra seu fundamento.¹⁸³

Manuel Jaén Vallejo refere que, no desenvolvimento de seu trabalho, o dogmático penal necessita tomar decisões interpretativas que nem sempre podem ser extraídas do texto legal. Exemplificativamente, aponta as decisões a respeito de se determinada pessoa deva ser considerada autora ou partícipe do delito (problema da coautoria antes referido), de a partir de qual momento se deve considerar iniciada a execução de um delito (problema da tentativa anteriormente mencionada), de qual o conceito de patrimônio para um juízo de configuração do crime de furto etc. Ao final, conclui o autor que casos como esses contradizem a afirmação presente em Franz von Liszt de que a teoria do delito deve ser deduzida da lei.¹⁸⁴

Além disso, Johannes Wessels adverte que o ser humano porta consigo uma imagem de mundo tomada por representações valorativas, sendo capaz de realizar configurações sensíveis de seu meio. Por esse motivo, é incapaz de compreender corretamente o significado social e pessoal da ação humana, motivo pelo qual a concepção puramente causal acaba por fracassar.¹⁸⁵

Superada a crença na completude da lei, a distinção decidida entre ser e dever-ser do causalismo e, a partir disso, a separação entre Direito Penal e política criminal não podem garantir que o Direito Penal cumpra com os fins sociais que o legitimam.¹⁸⁶ Por isso, Enrique Bacigalupo considera uma conclusão equivocada a tomada por Franz von Liszt de que o sistema de conceitos da dogmática não deveria sofrer a influência da política criminal, pois, afirmada a inegável condição valorativa do juízo humano, os sistemas tradicionais continham implicitamente decisões político-criminais.¹⁸⁷ Ou seja, essa relação ocorria, quer fosse admitida ou não.

Todavia, adverte-se que, mesmo para a concepção formalista da ciência penal, a política criminal influenciava na aplicação do Direito Penal; contudo, isso se

¹⁸³ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 77.

¹⁸⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 70.

¹⁸⁵ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 21.

¹⁸⁶ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 98, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 24.

dava de forma parcial. Nesse sentido, Franz von Liszt distinguiu dois momentos de aplicação do Direito Penal: o primeiro, referente à afirmação do princípio *nullum crimen sine lege*, foi concebido como o momento de comprovação do cometimento do delito, com a aplicação de todos os princípios jurídicos, momento no qual a política criminal nada teria a fazer; o segundo momento, relacionado com a realização do princípio *nulla poena sine lege*, voltado à determinação da penalidade a ser aplicada, sua espécie e quantidade, concebia-se como o momento no qual o julgador se utilizaria de considerações político-criminais.¹⁸⁸

Ainda assim, as críticas antes referidas (e tantas outras não mencionadas aqui) permaneciam sem solução pelo sistema causalista da teoria do delito, motivo pelo qual algumas reformulações se fizeram necessárias nas concepções dos elementos do delito, o que conduziu o desenvolvimento da dogmática penal a um novo paradigma.

2.3 O sistema neokantiano ou neoclássico

O pensamento próprio do positivismo, anteriormente delineado, foi abandonado no Direito Penal no começo do século XX,¹⁸⁹ dando lugar a novos pensamentos aplicados à teoria do delito. Essa etapa da teoria do delito pode ser designada como conceito neoclássico de delito, pois não se trata de uma substituição da visão anteriormente dominante, mas de uma reformulação da mesma.¹⁹⁰ Ficou também conhecida essa teoria como neokantiana, na medida em que se defendeu um retorno à doutrina de Immanuel Kant,¹⁹¹ ficando destacadamente conhecido por esse intento, no campo jurídico, Gustav Radbruch.¹⁹²

¹⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 24.

¹⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 207; JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 108.

¹⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 219.

¹⁹¹ WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹² GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 262, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Assim, considerando-se, por vezes, que o pensamento kantiano serve de base para toda a filosofia moderna, o neokantismo não é visto como uma ruptura com a doutrina de Immanuel Kant, mas como uma releitura sua; uma concepção que toma as premissas kantianas como base, mas que cria uma filosofia própria.¹⁹³ A compreensão do sistema neokantiano passa, portanto, pela compreensão prévia de parte da teoria desenvolvida por Kant.

Immanuel Kant, filósofo que viveu até o ano de 1804, centrava suas preocupações e investigações especialmente em duas problemáticas. Uma delas, em relação ao conhecimento e suas possibilidades, limitações e esferas de aplicação.¹⁹⁴ Outra grande problemática enfrentada por esse filósofo se referia à ação humana, a como deveria agir o homem em relação aos demais indivíduos, a como se comportar para que fosse atingido o bem supremo ou a felicidade.¹⁹⁵ No que se refere à primeira problemática enfrentada por Kant (a respeito do conhecimento humano e suas possibilidades), alguns pontos específicos devem ser abordados para a clara compreensão da matéria que aqui se propõe desenvolver.¹⁹⁶

É na obra “Crítica da razão pura” que Kant estrutura sua teoria a respeito de uma filosofia transcendental, ou seja, referente ao modo pelo qual se desenvolve o conhecimento humano em relação aos objetos, pretendendo apontar os limites da ciência e sua distinção com uma pseudociência.¹⁹⁷ Nesse ponto, a ciência ficou estabelecida por Kant no caso da matemática e daquelas áreas que possuem por objeto um material sensível, como no caso das ciências naturais. Fora desses casos, onde não são aplicáveis de maneira sensível os princípios do entendimento e

¹⁹³ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 249-250, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹⁴ Inclusive sendo referenciado como o fundador da teoria do conhecimento. (HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15).

¹⁹⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores). p. VIII do prefácio; SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento em Kant: o idealismo transcendental. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 19, n. especial, p. 35, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10053/15383>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹⁶ Considerando-se a extensão e importância histórica da obra desse autor, adverte-se que os pontos aqui desenvolvidos apenas objetivam facilitar o entendimento do paradigma neokantiano da dogmática penal, necessário para compreender também suas críticas e as razões que conduziram ao atual estágio da teoria do crime. Portanto, apenas se propõe, nesse momento, o estudo de proposições básicas de uma pequena parte dos extensos estudos de Immanuel Kant.

¹⁹⁷ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 208.

se contente com o fato de alcançar o verossímil ou o mais provável, inexistente espaço para o científico, mas para a metafísica.¹⁹⁸

Nessa construção, Kant considera que a afirmação de que todo o conhecimento comece *com* a experiência não significa que todo o conhecimento comece *da* experiência, iniciando aqui a distinção que realiza entre conhecimentos empíricos e conhecimentos *a priori*.¹⁹⁹

Os conhecimentos empíricos possuem suas fontes *a posteriori*, nascidos da experiência e a partir dela adquiridos pelo homem. Os conhecimentos *a priori* são absolutamente independentes de qualquer experiência,²⁰⁰ consistentes em juízos retirados pela capacidade cognitiva de si mesma, sendo os fundamentos de todo o conhecimento humano.²⁰¹

Esses conhecimentos *a priori* são sempre necessários e rigorosamente universais. Na experiência (de onde se retiram os conhecimentos *a posteriori*), a universalidade é somente uma elevação arbitrária da validade, estendida à maioria dos casos.²⁰² Os juízos *a priori* são chamados por Kant de “formas”, sendo que, em parte de sua obra, conhecida como “estética transcendental”, as formas são as representadas pela intuição do espaço e do tempo.²⁰³ Nesse caso, o homem, possuindo sensibilidade, conhece a realidade que lhe é dada por meio das formas *a priori* de espaço e de tempo.²⁰⁴

Ao lado das formas acima apontadas (elementos *a priori* da capacidade cognitiva humana), tem-se em Kant a “matéria”, conteúdo bruto da impressão sensível, que é então elaborada pela aplicação da forma *a priori*²⁰⁵ - ou seja, as formas *a priori* são juízos previamente existentes na cognição humana e que

¹⁹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. La ciencia y el derecho en la concepción de Immanuel Kant. **Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada**, Madrid, n. 11, p. 110, 2005. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A82/A82-2.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores). p. 23.

²⁰⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores). p. 23-24.

²⁰¹ HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1960. p. 268.

²⁰² KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores). p. 24.

²⁰³ HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1960. p. 268.

²⁰⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. La ciencia y el derecho en la concepción de Immanuel Kant. **Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada**, Madrid, n. 11, p. 108, 2005. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A82/A82-2.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰⁵ HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1960. p. 269-270.

condicionam toda a capacidade cognitiva, aplicáveis à matéria do conhecimento (coisas) e, por isso, possibilitando toda a percepção sensível das coisas.

Dessa forma, o conhecimento, mesmo aquele proveniente da experiência, nunca se dará de maneira neutra, considerando-se a inafastável aplicação das formas *a priori* da sensibilidade e do entendimento.²⁰⁶

O feito copernicano de Kant (porque promoveu uma revolução na concepção da teoria do conhecimento) foi conceber que não é o nosso conhecimento que se regula pelos objetos, mas os objetos que se regulam pelo nosso conhecimento, pela incidência das formas *a priori*. Considerando que essas formas *a priori* já se encontram inseridas na capacidade cognitiva humana (anteriormente à análise de qualquer objeto, as formas *a priori* já estão presentes), concluiu-se que o homem possui conhecimento sobre os objetos antes mesmo de os objetos serem apresentados ao homem.²⁰⁷

Em Kant, os objetos são, para o homem, combinações de representações.²⁰⁸ Nesse sentido, Kant defendia que o objeto é dado ao homem não como é em si mesmo, em sua essência como coisa, mas como fenômeno fruto da representação sensível,²⁰⁹ estabelecendo-se, com isso, um dualismo entre “coisa em si” e “fenômeno”.

Com esse pensamento, realizava-se um diálogo entre duas teorias até então antagônicas: ao admitir que a origem do conhecimento seja a experiência, Kant acolhia a premissa básica do empirismo; contudo, essa origem do conhecimento era condicionada pelo autor a certas condições *a priori* que possibilitam as impressões sensíveis se transformarem em conhecimento, introduzindo aqui a perspectiva própria do racionalismo.²¹⁰

²⁰⁶ SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento em Kant: o idealismo transcendental. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 19, n. especial, p. 28, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10053/15383>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰⁷ HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1960. p. 270-271.

²⁰⁸ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 252, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores). p. 133.

²¹⁰ SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento em Kant: o idealismo transcendental. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 19, n. especial, p. 36, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10053/15383>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Esse pensamento de Kant serviu de base para a tentativa de superação do positivismo até então implementado no Direito Penal, procurando-se qualificar como científicas também as disciplinas relativas à conduta humana, sem a necessidade de se atribuir a elas as características das ciências propriamente positivistas.²¹¹

Foi quando a concepção historicista passou a ser alvo das críticas do positivismo que Wilhelm Windelband procurou responder a essas críticas abandonando a metodologia própria do historicismo e promovendo, então, um retorno a Kant. Com isso, o que Kant havia realizado com a matemática e com as ciências naturais, Wilhelm Windelband pretendeu realizar com as ciências humanas, conferindo-lhes um tratamento teórico aproximado ao rigor do método científico. Em última análise, para Wilhelm Windelband, a ciência não deveria apenas se preocupar com os problemas de fato (como pensava o positivismo), mas também com os problemas de dever, relacionados a valores.²¹²

A pretensão de retorno ao pensamento kantiano se desenvolveu já no século XX, defendendo-se o abandono de um método puramente formalista, assim como a adoção da classificação do Direito como uma das ciências do espírito, na qual se deveria proceder metodologicamente pelas tarefas de compreender e valorar (introdução de considerações axiológicas no Direito).²¹³

Essa premissa (de utilização de um método específico para as ciências do espírito, diferente do método das ciências naturais) seguiu duas linhas de desenvolvimento na Alemanha, uma pela escola de Marburgo e outra pela escola sudocidental alemã (ou escola de Baden).²¹⁴ A escola de Marburgo não exerceu grande influência na metodologia jurídico-penal, ao contrário da escola sudocidental alemã, que conduziu a uma reformulação da teoria do delito²¹⁵ e que possui, como

²¹¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 211.

²¹² WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 175-176, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹³ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 108.

²¹⁴ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch. **Universitas**: Revista de filosofía, derecho y política, Madrid, n. 6, p. 33, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 25; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 212-213.

seus maiores expoentes, o já referido Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert e Emil Lask,²¹⁶ juntamente com Max Ernst Mayer e Gustav Radbruch.²¹⁷

Tanto a Escola de Marburgo quanto a Escola sudocidental manifestavam a intenção de transcender a Kant, alcançando níveis de reflexão mais elevados (apesar da existência de diversas diferenças entre elas).²¹⁸ Ambas as escolas concordam em relação ao cerne do pensamento neokantiano: partem do dualismo entre “coisa em si” (não suscetível de apreensão pelo conhecimento humano) e fenômeno (aquilo apreendido pelos sentidos humanos).²¹⁹ Assim, a “coisa em si” apenas é apreendida pelo conhecimento humano enquanto fenômeno em sua manifestação espaço-temporal. Esse fenômeno apreensível pelos sentidos fornece apenas a matéria (dado empírico espaço-temporal) do conhecimento, que necessita da complementação de formas *a priori*, que são as categorias do entendimento. Com essa combinação do *fenômeno às categorias do entendimento*, surge o conhecimento da realidade empírica – processo de conhecimento considerado tanto por Kant quanto pelos neokantianos como necessário e suficiente para as ciências positivas.²²⁰

A ideia dominante do neokantismo reside na afirmação de que o objeto do conhecimento (a natureza, no caso das ciências naturais) é sempre fruto de um método de conhecimento aplicado. Ou seja, a realidade não pode ser reproduzida em si, como é, em sua totalidade; mas, apenas pode se empreender uma elaboração de parcela da realidade. Assim, constata-se que as ciências da natureza não são capazes de abranger a realidade em seu todo.²²¹

²¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 197.

²¹⁷ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas: Revista de filosofía, Derecho y política**, Madrid, n. 5, p. 25, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁸ PORTA, Mario Ariel González. **Estudios neokantianos**. São Paulo: Loyola, 2011. p. 75; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 250, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁹ Conforme refere Kant, deve-se admitir que “[...] a nossa representação das coisas como nos são dadas se regule não por estas como coisas em si mesmas, mas antes que estes objetos como fenômenos se regulem pelo nosso modo de representação [...]” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores). p. 133).

²²⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 213.

²²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 127.

A distinção entre neokantianos e Kant reside em um ponto específico da lógica do conhecimento acima referida: para o segundo, fora das ciências positivas (lógica, matemática e ciências experimentais) não há lugar para o pensamento científico, apenas para a metafísica;²²² diferentemente, os neokantianos buscaram incluir como forma de conhecimento científico as ciências do espírito.²²³

Especificamente para a escola sudocidental alemã do neokantismo, Wilhelm Windelband entendia que Kant tinha acertado em utilizar a matemática como medida da ciência, já que as ciências como a sociologia e a história ainda não se apresentavam bem desenvolvidas. Contudo, depois das contribuições de autores como Savigny, Humboldt, entre outros, essas ciências alcançaram o desenvolvimento necessário para, na opinião de Wilhelm Windelband, integrar o rol do conhecimento humano.²²⁴

Wilhelm Windelband é considerado, por isso, o principal filósofo dessa Escola neokantiana de Baden (ou sudocidental) e procurou esclarecer os problemas que o próprio Kant e a Escola de Marburgo não haviam desenvolvido expressamente: os problemas envolvendo as ciências da cultura.²²⁵ Assim, com a referência de Wilhelm Windelband de que o homem é o animal que possui história e que todas as criações humanas recebem essa característica histórica, o neokantismo sudocidental se centrou em formular uma “crítica da razão histórica”.²²⁶

O pensamento de Wilhelm Windelband teve continuidade em seu desenvolvimento com o seu discípulo Heinrich Rickert.²²⁷ Na época dessa construção teórica, o positivismo havia assentado como únicas formas de ciências (à exceção da lógica e da matemática, que se submetiam a outro método, mas também

²²² VALLET DE GOYTISOLO, Juan. La ciencia y el derecho en la concepción de Immanuel Kant. **Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada**, Madrid, n. 11, p. 110, 2005. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A82/A82-2.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²²³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 213.

²²⁴ WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 177, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²²⁵ GÓMEZ ROMERO, Isidro. Concepto y método de la historia de la filosofía en la obra de Wilhelm Windelband. **Anales del seminario de historia de la filosofía**, Madrid, n. 1, p. 220, 1980. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/view/ASHF8080110219A>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²²⁶ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 255, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²²⁷ WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

eram consideradas científicas) as disciplinas que se utilizavam dos métodos das ciências naturais (pesquisa causal, por observação, experimentação e reconhecimento dos fatos). Todavia, mesmo com esse conceito, ainda persistia a pergunta de se com esse método das ciências da natureza se conseguiria compreender o conjunto da realidade suscetível de experiência.²²⁸

Em se respondendo negativamente a questão acima formulada, justificava-se, então, a necessidade de outra espécie de ciência, bem como de outro método científico, o que se formulou como uma “ciência do espírito”, na qual se inserem as disciplinas não compatíveis com o limitado conceito de ciência do positivismo – essas disciplinas seriam a linguística, a história da arte, a filosofia, a literatura etc.²²⁹

Essa resposta negativa à questão acima foi desenvolvida pelo neokantismo sudocidental alemão, especialmente por Heinrich Rickert, ao investigar as bases epistemológicas e metodológicas das ciências históricas e da ciência da cultura.²³⁰ Rickert objetivou primordialmente o desenvolvimento de um método específico para as ciências do espírito, nas quais incluía o Direito. Assim, estabeleceu algumas diferenciações entre as ciências do espírito (histórico-culturais) e as ciências naturais.²³¹ Nesse caminho, Rickert afirma que as ciências naturais operam por meio de generalizações na formação de conceitos, pela busca daquilo que os objetos possuem em comum com os outros, resultando na obtenção de leis gerais válidas para o maior número de objetos.²³²

Esse método, contudo, não se dá conta do caráter individual da realidade. Para tanto, deve-se recorrer às ciências históricas, que não buscam o geral entre os objetos, mas suas individualidades, o fato histórico enquanto único em suas características fundamentais que o fazem relevante²³³ – não todas as suas

²²⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 125.

²²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 125-126.

²³⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 125-126.

²³¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 216.

²³² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 25; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 216.

²³³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 25.

características únicas, mas aquelas consideradas fundamentais, que são selecionadas pelo historiador.²³⁴

Nesse sentido, Felipe González Vicén refere que, ao contrário do esquema generalizador das ciências naturais, que tomam os objetos como “exemplares”, a ciência cultural se volta a analisar o irrepetível na realidade, o objeto em sua individualidade, o que é ignorado pelas ciências naturais.²³⁵

Dessa forma, o pensamento neokantiano atribuía o caráter científico ao Direito, assim como às demais ciências do espírito, em razão da utilização de um método específico, distinto do método próprio das ciências positivas. As ciências do espírito e as ciências naturais (essa última a única forma de ciência aceita pelo paradigma positivista) não se distinguem, nesse caso, em razão de seu objeto (matéria fenomênica em ambas),²³⁶ mas de seu método (diferentes categorias *a priori* por meio das quais o homem alcança o conhecimento).²³⁷

As ciências históricas, em sentido diferente das ciências da natureza, não se ocupam tanto de conhecimentos decorrentes de repetições, quanto de pessoas. Contudo, assim como o cientista da natureza, o historiador realiza seleções no conjunto de singularidades em seu objeto de conhecimento (não se ocupa de tudo em absoluto). A diferença essencial com o investigador da natureza reside na forma como o historiador seleciona essas singularidades (os pontos de um todo dos quais vai se ocupar): não lhe interessa tanto aqueles traços de seu objeto presentes no maior número de objetos idênticos; interessa-lhe aqueles traços ou singularidades que o próprio historiador reconhece como significativos, em um juízo valorativo que realiza. Desimportando aqui se saber de qual valor se está a falar, o que importa é se perceber a inserção de valores na ciência da história. A essa construção de

²³⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 216-217.

²³⁵ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 255, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁶ Em sentido contrário, contudo, Manuel José Arias Eibe, fazendo referência a Diego-Manuel Luzón Peña, refere que não só em relação ao método, mas também no tocante ao objeto as ciências naturais e culturais se diferenciavam. Enquanto as primeiras possuíam um objeto físico-material, as ciências culturais se voltavam às ações e características do espírito humano. (ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas: Revista de filosofía, Derecho y política**, Madrid, n. 5, p. 26, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

²³⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 212.

conceitos referida a valores Heinrich Rickert se refere como uma “construção de conceitos teleológica”.²³⁸

O conceito de valor é, então, desenvolvido por Heinrich Rickert para possibilitar que se responda a pergunta de como as características (as unidades do todo) são selecionadas pelo historiador (“quando uma característica pode ser considerada fundamental?”): o historiador deve selecionar fatos e aspectos que possuam relevância desde uma perspectiva valorativa, fundamentada em valores dotados de validade fáctica na comunidade cultural na qual se insere o historiador (não meros valores subjetivos, portanto).²³⁹

Ou seja, enquanto as ciências experimentais requerem a aplicação à matéria empírica de específicas categorias do conhecimento, às ciências do espírito se aplicam categorias *a priori* diversas e especiais a essa ciência, percebendo-se com isso que as ciências experimentais e as ciências do espírito, conforme mencionado acima, não se distinguem tanto por seus objetos, mas pelas categorias *a priori* aplicadas no processo de conhecimento.²⁴⁰

Com esse pensamento, Heinrich Rickert introduziu a ideia de valor na metodologia das ciências do espírito, apresentado o valor como um *a priori* epistemológico compatível com o paradigma neokantiano.²⁴¹ Pode-se perceber que tanto Wilhelm Windelband quanto Heinrich Rickert pretenderam desenvolver um conceito de ciência que reconhecesse a importância dos valores,²⁴² destacando-se que para Heinrich Rickert, a distinção entre as ciências naturais e as ciências culturais reside justamente nessa referência a valores.²⁴³

Para os adeptos dessa corrente, conforme a referência de Manuel Jaén Vallejo, enquanto as ciências naturais seriam capazes de captar a realidade empírica de forma neutra e objetiva, as ciências do espírito (classificação na qual foi

²³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 128-129.

²³⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 217.

²⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 213.

²⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 129.

²⁴² WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁴³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 217.

inserido o Direito²⁴⁴) se desenvolviam por meio de valorações – método valorativo, portanto.²⁴⁵ Tanto a História quanto a própria Ciência cultural, nesse sentido, passam a ser consideradas como dotadas de rigor científico e como sendo o caminho de acesso ao reino dos valores,²⁴⁶ abandonando-se o anterior enfoque naturalista para se conferir destaque ao axiológico, valorativo, normativo.²⁴⁷

É nesse paradigma que a dogmática passa a ser construída normativamente.²⁴⁸ Considera-se que a dogmática jurídica sempre se volta a fatos referidos a valores – as normas jurídicas –, pensamento que foi impulsionado pela aplicação do ponto de vista da Escola sudocidental ao Direito por Emil Lask e, também, por Gustav Radbruch.²⁴⁹

Inicialmente, foi com Emil Lask que se aplicou a metodologia desenvolvida para as ciências do espírito à ciência jurídica. Dizia ele que o Direito pode ser concebido de duas maneiras: como um fator real da cultura (o que resulta na “teoria social do Direito”) ou como um complexo de significações normativas desligado da realidade (o que se conheceu como “Jurisprudência dogmática”). A dogmática seria concebida, portanto, como um instrumento voltado a organizar sistematicamente o conteúdo de pensamento das normas, conteúdo resultante da referência a valores e fins socialmente reconhecidos.²⁵⁰

Nessa divisão entre “teoria social do Direito” e “ciência dogmática do Direito”, Emil Lask descobriu o método específico da dogmática jurídica ao perceber o

²⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 197.

²⁴⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 108.

²⁴⁶ GÓMEZ ROMERO, Isidro. Concepto y método de la historia de la filosofía en la obra de Wilhelm Windelband. **Anales del seminario de historia de la filosofía**, Madrid, n. 1, p. 220-221, 1980. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/view/ASHF8080110219A>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁴⁷ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas: Revista de filosofía, Derecho y política**, Madrid, n. 5, p. 26, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁴⁸ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 217-218.

²⁵⁰ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch. **Universitas: Revista de filosofía, derecho y política**, Madrid, n. 6, p. 35, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; LARENZ, Karl. **Metodología da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 131.

caráter teleológico dos valores aos quais se refere o Direito – concebe que a formação dos conceitos jurídicos se dá sempre teleologicamente.²⁵¹

Assim, Emil Lask afirmava que tudo o que é criado no Direito necessariamente se relacionará com valores, entendimento que é desenvolvido, posteriormente e de maneira destacada, por Gustav Radbruch.²⁵² Após relacionar a ideia de valor com a ideia de fim, Gustav Radbruch entende que, sendo o Direito um fenômeno cultural, somente pode ser concebido quando relacionado a um valor, consistente na realização da justiça.²⁵³ Em suas palavras: “El concepto de derecho es un concepto cultural, o, lo que es lo mismo, un concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. [...] La idea del derecho no puede ser otra que la justicia.”²⁵⁴

Com a filosofia dos valores, enquanto os objetos da ciência eram considerados carentes de valor, os objetos culturais aparecem como inteligíveis por meio dos valores. A aplicação desse pensamento à ciência jurídica faz com que se descubra uma dimensão axiológica até então monopolizada pelo Direito natural.²⁵⁵ Diante disso, passando o Direito a ser concebido como uma ciência do espírito, pertencente ao mundo de referências a valores, promoveu-se a inserção de conceitos valorativos na teoria do crime, como, por exemplo, a consideração da ilicitude como danosidade social e a culpa como censurabilidade.²⁵⁶

2.3.1 Breves reflexos na teoria do delito

No âmbito da teoria do delito, Jesús-María Silva Sánchez refere que essa corrente dogmática permitiu a introdução de elementos valorativos na causalidade

²⁵¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 218.

²⁵² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 132.

²⁵³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952. p. 11-12; RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch. **Universitas**: Revista de filosofía, derecho y política, Madrid, n. 6, p. 36, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952. p. 44.

²⁵⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 25.

²⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 197; COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 190; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 77.

antes estritamente física, de elementos subjetivos no tipo até então objetivo, de considerações materiais na antijuridicidade antes considerada basicamente formal e de considerações normativas à culpabilidade entendida anteriormente como relação de causalidade psicológica.²⁵⁷

Substituindo a lógica formal da teoria anterior, desenvolveu-se um conceito de delito de acordo com os fins perseguidos pelo Direito Penal²⁵⁸ e os juízos de valor que lhe servem de base, o que pode ser designado como teoria teleológica do delito.²⁵⁹ Com base nisso, afirma-se que o injusto (fato típico antijurídico) se configura nessa teoria como objetivo-valorativo e a culpabilidade como um critério subjetivo-valorativo.²⁶⁰

Com a influência da filosofia neokantiana e sua orientação por valores, percebe-se uma sistematização do Direito Penal mais aberta, o que permitiu um certo afastamento da separação determinista entre ser e dever ser (no causalismo, o crime era concebido como algo que é, desprovido de juízos axiológicos) e uma aproximação entre o sistema penal e suas finalidades político-criminais.²⁶¹

Esse pensamento voltado a valores e a flexibilização do rigor do causalismo fica visível em Eduardo Correia, quando se refere à alteração promovida no conceito de ação: “A acção não mais deveria considerar-se como mera *modificação do mundo físico exterior, ligada causalmente à vontade, cega e indiferente a valores, mas na sua especificidade normativa, como negação de valores pelo homem.*”²⁶²⁻²⁶³

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 57.

²⁵⁸ Gustav Radbruch exemplifica a importância da finalidade do Direito para a sua análise: “[...] una mesa es una tabla con cuatro patas. Contra una definición semejante se levantaría en seguida la objeción de que hay mesas con tres patas, con dos y hasta plegables sin ninguna, que, esencial a la mesa, sólo sería, pues, la tabla. La tabla de una mesa es como otro ensamblaje cualquiera de tablas, sólo diferenciables entre sí por su respectiva finalidad; de modo que sólo se alcanza una determinación conceptual cuando se dice que la mesa es un mueble en el que colocar algo para los que en torno se sienten. Una consideración ciega para el fin, es decir, para el valor, es, pues, imposible ante una obra humana, y por consiguiente también, una consideración ciega al valor del derecho o de cualquier fenómeno jurídico aislado.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952. p. 11).

²⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 220.

²⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 132.

²⁶¹ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 98, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁶² CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 238. Também destacando o conceito neoclássico de ação como negação de valores: COSTA, José de Faria.

Todavia, considerando a referência já feita de que o neokantismo não é propriamente uma superação do pensamento clássico, mas uma complementação, Jorge de Figueiredo Dias refere que, por mais que a ação passe a ser demarcada pela ideia de “relevância social”, permaneceu essencialmente considerada como comportamento humano causador de uma modificação no mundo exterior e relacionado à vontade,²⁶⁴ ainda conferindo-se ênfase ao elemento da causalidade.

Mesmo assim, algumas alterações são sentidas no campo da teoria do delito. O conceito de ação antes limitado, incapaz de solucionar problemas como o caso da omissão (não compatível com a visão de um movimento corpóreo voluntário produtor de modificação no mundo exterior), é reconstruído nessa fase e passa a ser concebido como um *comportamento humano*, como realização da vontade, que provoque um efeito no mundo exterior.²⁶⁵

Quando, para superação do conceito causalista de ação, se concebe a omissão como um deixar de fazer algo esperado (violação de um dever de agir), não mais se está a adotar uma visão causal da conduta, mas sim um conceito normativo.²⁶⁶ Com isso, introduzido o conceito de ação referido a valores (“comportamento humano”), possibilitou-se explicar a omissão em razão da referência à ação esperada e, também, explicar determinadas classes de ação como a de injuriar, já que esta última não consiste em manifestações visuais, mas dependente de um significado valorativo de “ofensa”.²⁶⁷ Ou seja, mais do que um mero movimento corporal, passou-se a considerar que a ação como algo que

Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 190.

²⁶³ Não mais sendo essencialmente natural a relação de causalidade entre conduta e resultado como era na teoria naturalista, com o pensamento valorativo do neokantismo passa a ganhar mais importância a problemática da imputação (representada pelo questionamento: quando um resultado deve ser imputado/atribuído a alguém?). Por isso, considera-se esse o momento precursor dos esforços para desenvolvimento da teoria da imputação objetiva (tema desenvolvido no capítulo 3 desse trabalho). (GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14).

²⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 198.

²⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal.** Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 220-221.

²⁶⁶ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal.** Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 201.

²⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 221.

importa para o Direito Penal em razão de seu significado social, o que depende de um juízo valorativo anteriormente rechaçado.²⁶⁸

As alterações na concepção de tipicidade tiveram destaque nessa corrente de pensamento, abandonando-se a visão de um tipo carente de valoração e meramente descritivo. Essa alteração se deu, por exemplo, pelo descobrimento dos elementos normativos do tipo, que apenas podem ser considerados por meio de um juízo de valor pelo julgador (por exemplo, os significados de “ultraje”, “documento”, “execução forçada”, “coisa alheia”, etc.).²⁶⁹

Nessa corrente neokantiana, ainda se promove a superação da separação rigorosa entre elementos objetivos e subjetivos do delito, com a inclusão de elementos subjetivos no tipo (por exemplo, a intenção de lucro, a intenção de injuriar etc.).²⁷⁰⁻²⁷¹ Mesmo essa descoberta, entretanto, não levou a opinião dominante a revisar profundamente a teoria do delito, insistindo-se na crença de que o injusto se refere ao aspecto objetivo e exterior do delito, sendo os elementos subjetivos do injusto meras exceções.²⁷²

Ainda assim, se passou a entender a tipicidade como uma unidade de sentido socialmente danoso, passando a fazer parte do tipo a concepção de comportamento lesivo a bens jurídicos.²⁷³ Percebe-se, então, que a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade se estreita, tendo a concepção de um tipo neutro em relação a valores dado lugar a um tipo considerado como caminho formal da expressão do juízo de desvalor da antijuridicidade, como “antijuridicidade tipificada”.²⁷⁴

²⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 5, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 221; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 134-135.

²⁷⁰ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas: Revista de filosofía, Derecho y política**, Madrid, n. 5, p. 27, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1, p. 313.

²⁷¹ No exemplo fornecido por Claus Roxin, não se pode concluir pela tipicidade de um crime de furto sem a análise da intenção de apropriação da coisa pelo agente, o que distingue a figura criminosa do conhecido “furto de uso”, irrelevante para o Direito Penal. (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 199).

²⁷² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 99.

²⁷³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 198.

²⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 221.

Antes considerado mero indício de antijuridicidade,²⁷⁵ o tipo passa a carregar consigo certo valor de reprovabilidade, considerando-se assim como portador do injusto (de *ratio cognoscendi* a *ratio essendi* da antijuridicidade²⁷⁶). A ação típica passa a ser já um juízo provisório de antijuridicidade,²⁷⁷ a qual apenas não se verificará em situações excepcionais de existência de alguma causa de justificação,²⁷⁸ transformando-se a concepção de delito como ação típica, antijurídica e culpável em ação *tipicamente antijurídica* e culpável.²⁷⁹

A superação do conceito de tipo puramente descritivo e distinto da antijuridicidade formulado por Ernst von Beling se deveu a Max Ernst Mayer, responsável pela concepção do tipo como “indício da antijuridicidade”. Em uma fase posterior, foi Edmund Mezger que conduziu a concepção de tipo ao *status* de *ratio essendi* da antijuridicidade.²⁸⁰

Já em relação à própria antijuridicidade, o seu caráter meramente formal passou a ser considerado insuficiente, motivo pelo qual se somou ao juízo de desvalor objetivo (contrariedade ao Direito) um juízo de desvalor material, isto é, que seja o ato danoso à sociedade.²⁸¹

Também sofreu influências a concepção de culpabilidade, sobretudo pela obra de Reinhard Frank, no ano de 1907,²⁸² que desenvolveu o conceito normativo de culpabilidade, entendida como a formação da vontade contrária ao dever quando puder ser reprovável ao autor sua opção pelo comportamento proibido.²⁸³ Essa teoria normativa considera a culpabilidade a partir da censurabilidade da formação

²⁷⁵ Posição defendida, no Brasil, por José Frederico Marques. (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 130).

²⁷⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 22.

²⁷⁷ Conforme Luís Greco, trata-se, agora, de um tipo de injusto ou de antijuridicidade tipificada. (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 125, 2000).

²⁷⁸ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas: Revista de filosofía, Derecho y política**, Madrid, n. 5, p. 26-27, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁷⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 136.

²⁸⁰ ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1, p. 309-310.

²⁸¹ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas: Revista de filosofía, Derecho y política**, Madrid, n. 5, p. 27, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 221.

²⁸² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 212.

²⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 222.

da vontade,²⁸⁴ adquirindo um caráter valorativo complementar ao seu viés subjetivo, ao contrário da culpabilidade limitadamente subjetiva do causalismo naturalista.²⁸⁵

Para Reinhard Frank, o conceito de culpabilidade não deveria abarcar somente o dolo e a culpa, como na concepção causalista dominante em sua época; diferentemente, deveria tomar conta do dolo e da culpa, da imputabilidade e das circunstâncias concomitantes ao fato. Nessa lógica, também divergindo da doutrina dominante na época, dolo e culpa não deveriam ser considerados espécies da culpabilidade, mas elementos da culpabilidade, juntamente com demais.²⁸⁶

Em busca de uma expressão que abarcasse todos os elementos que compõem a culpabilidade, Reinhard Frank se refere à reprovabilidade.²⁸⁷ A reprovabilidade surge, nesse autor, como um breve resumo de cada um dos elementos constitutivos da culpabilidade.²⁸⁸ A culpabilidade passa a ser considerada como reprovabilidade pela motivação contrária à norma.²⁸⁹

Assim, com a concepção de culpabilidade como reprovabilidade, o dolo e a culpa não são mais considerados as formas de culpabilidade, passando a ser concebidos como elementos da culpabilidade, juntamente com a imputabilidade e com a exigibilidade de outra conduta.²⁹⁰

²⁸⁴ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 86. Em igual sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 198.

²⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 132.

²⁸⁶ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 37; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 132; CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 339.

²⁸⁷ “En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.” (FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 39).

²⁸⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 40.

²⁸⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 232; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 221; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 29, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 203.

²⁹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 212; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 116-118.

Para que se possa realizar um juízo de reprovação pelo comportamento de um indivíduo, Reinhard Frank elenca os requisitos que se devem fazer presentes:²⁹¹

- a) uma atitude espiritual normal do agente, denominada imputabilidade;
- b) uma concreta relação psíquica entre o agente e o fato ou, ao menos, a possibilidade dessa relação, no sentido de que o agente tenha conhecimento do alcance de sua conduta (dolo) ou que pudesse ter esse conhecimento (culpa);
- c) a normalidade das circunstâncias fáticas nas quais o agente atua, o que não ocorrerá, por exemplo, no caso de estado de necessidade ou de legítima defesa.²⁹²

Essa mesma posição é tomada por Eugenio Cuello Calón, para quem uma ação pode ser considerada culpável quando a relação causal psicológica entre fato e autor puder ser atribuída a esse último e, ainda, lhe ser atribuído um juízo de reprovação por sua conduta contrária à lei.²⁹³ Nesse sentido, mesmo em um caso envolvendo um comportamento doloso, pode-se excluir a reprobabilidade em se tratando de pessoa inimputável, pois não pode ser exigível a um doente mental que desenvolva uma vontade conforme o Direito.²⁹⁴

O ponto principal dessa teoria era considerado o juízo de valoração realizado sobre o autor do fato (assim como o juízo valorativo realizado na antijuridicidade, contudo, nessa última o juízo valorativo era promovido em relação ao aspecto objetivo do fato).²⁹⁵

2.3.2 Críticas formuladas ao neokantismo

Carlos Daza Gómez admite como ponto positivo do que o autor refere por “causalismo valorativo”²⁹⁶ (pensamento neokantiano) a inserção de valores e de

²⁹¹ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Abozo e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 40-45.

²⁹² No mesmo sentido, defendia José Frederico Marques, ao referir como conteúdo da culpabilidade a imputabilidade, o dolo e a culpa e, por fim, a inexistência de causa de exclusão da culpabilidade. (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 204).

²⁹³ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. 10. ed. Barcelona: Bosch, 1951. t. 1, p. 381.

²⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 222.

²⁹⁵ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 29, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁹⁶ Mesma designação presente em Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábel Malarée e que demonstra o caráter de continuidade do paradigma anterior. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.;

certa orientação político-criminal ao sistema penal, o que pode ser percebido pela concepção de culpabilidade como uma categoria de valor. Todavia, entende ser insuficiente essa abertura do sistema penal, destacando que a ação típica, como primeiro nível dogmático, segue sendo concebida de maneira causalista, cega e mecanicista, motivo pelo qual o autor refere que essa visão também pode ser considerada positivista, referindo-se a esse pensamento como uma segunda fase do positivismo causalista.²⁹⁷⁻²⁹⁸

Já em Claus Roxin, se encontra a referência de que, mesmo no neokantismo, o sistema dogmático não se construiu fundado em decisões político-criminais como oposição ao pensamento lógico-formal até então dominante. As valorações político-criminais foram incorporadas na hierarquia positivista-conceitual, mantendo-se a bipartição entre perspectivas formais e materiais dos elementos do delito e desenvolvendo-se uma contradição no sistema.²⁹⁹

Essa crítica é reforçada pela afirmação de que não se pode falar propriamente de uma superação do formalismo pelo neokantismo, mas sim de uma complementação, considerando-se que o objeto da dogmática penal, na opinião de Jesús-María Silva Sánchez, permaneceu sendo o Direito Positivo – conquanto, na referência do mesmo autor, a dogmática tenha deixado de ser puramente formalista, tomando-se conta da dimensão valorativa do jurídico.³⁰⁰

HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 129).

²⁹⁷ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 98-99, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁹⁸ Entretanto, deve se esclarecer que, por mais que o sistema neokantiano seja vítima de algumas críticas também dirigidas ao sistema naturalista (ou causalista), não deve ser com esse confundido. Aliás, Luís Greco destaca que o causalismo possui mais em comum com o finalismo do que com o neokantismo. (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 123, 2000).

²⁹⁹ Exemplo dessa racionalidade que relaciona o “novo” ao “velho” da teoria do delito é a seguinte citação do autor: “Quando a interpretação de tipos, avalorada e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico protegido. Quando, após o exame da antijuridicidade formal, a busca por uma causa escrita de justificação se mostra infrutífera, mas o juízo de antijuridicidade parece político-criminalmente errôneo, pode-se chegar à negação da antijuridicidade material através de uma ponderação de bens e interesses. Ao mesmo tempo, na teoria da culpabilidade, a rigidez dos preceitos da lei positiva é atenuada por considerações de exigibilidade.” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 24-26).

³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 55.

O caráter complementar (e não de superação) do neokantismo em relação ao positivismo³⁰¹ é também mencionado por Santiago Mir Puig, ao esclarecer que o conceito de ação permanece sendo causal, apesar da introdução excepcional de elementos subjetivos no tipo; que, mesmo se afirmando o caráter valorativo da antijuridicidade, segue sendo antijurídico o caso fortuito, que, nesse sistema, exclui a culpabilidade; e que, por mais que se dissesse estar superado o conceito psicológico da culpabilidade, permaneceram o dolo e a culpa integrando essa culpabilidade. Em razão disso, a teoria do delito neoclássica aparece como uma mescla de elementos muitas vezes inconciliáveis, resultado da manutenção de suas origens positivistas (naturalismo), somada à revisão neokantiana (referência a valores).³⁰²

Assim como o próprio neokantismo jurídico penal no qual se inseria, Gustav Radbruch também não conseguiu superar o pensamento positivista, pois ainda admitia que a “natureza das coisas” fosse utilizada como critério orientador da interpretação quando tal uso fosse permitido pela lei. Acreditou-se, então, que a superação do positivismo demandaria não que a natureza das coisas fosse utilizada quando permitido pela lei, mas que a própria lei fosse condicionada à natureza das coisas³⁰³ - orientação tomada pelo finalismo.

No tocante ao tipo penal, Hans Welzel considera um equívoco a insistência dessa teoria neokantiana na manutenção do dolo na culpabilidade, considerando que os elementos subjetivos agora encontrados no tipo, sem a inserção também do dolo nesse tipo, restariam soltos ao ar.³⁰⁴ Para ilustrar, exemplifica: “¿Cómo podría existir el ánimo de lucro, en el art. 242, sin el dolo en relación con el carácter ajeno de la cosa?”³⁰⁵

³⁰¹ Evidenciado nas palavras de José Cerezo Mir: “El Derecho positivo se vio complementado por un criterio valorativo: la Idea del Derecho, com sus tres elementos integrantes de la Justicia, la Seguridad Jurídica y la Utilidad. Debajo de esta idea valorativa seguía vivo, sin embargo, el concepto positivista del Derecho.” (CEREZO MIR, José. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 46, 2003. Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5020&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

³⁰² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 220-221.

³⁰³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 219.

³⁰⁴ Referem essa mesma crítica: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 132.

³⁰⁵ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 54.

É por isso que Jorge de Figueiredo Dias afirma que, por mais que se chame de normativa a teoria da culpabilidade desenvolvida pelo neokantismo, não se conseguiu desenvolver uma teoria realmente normativa da culpabilidade. Isso porque a valoração (juízo de censura) da culpabilidade permaneceu relacionada com o clássico objeto da culpabilidade (dolo e culpa), sobre o qual a valoração era exercida.³⁰⁶

Diante desse quadro axiológico da teoria do delito, o finalismo considera que incorporar valorações ao processo de construção das categorias dogmáticas conduziria a um reprovável relativismo e subjetivismo.³⁰⁷ O pensamento de Hans Welzel demonstra justamente essa preocupação. Considerando-se que os resultados da metodologia normativista do neokantismo dependiam, em alguns casos, do ordenamento jurídico nacional ou, ainda, da opinião de cada autor, concluiu-se que essa teoria não seria capaz de construir uma teoria do crime com bases de validade geral ou de um Direito Penal de função internacional. Acreditou-se ser possível o alcance desse intento com a teoria finalista, considerando-se que as categorias do crime seriam deduzidas da própria realidade.³⁰⁸

2.4 O sistema finalista

O finalismo surgiu pela primeira vez entre os anos 1930 e 1931, com a publicação de artigos escritos por Hans Welzel sobre essa temática,³⁰⁹ possuindo como expoentes de destaque, além do próprio Hans Welzel, autores como Reinhart Maurach, Armin Kaufmann, entre outros.³¹⁰ A obra “O novo sistema do Direito Penal”, de Welzel, inicia-se com as seguintes colocações, determinantes para esse

³⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 201.

³⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 60.

³⁰⁸ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁰⁹ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 224.

³¹⁰ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 19; CERESO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 7, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

paradigma: “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’.”³¹¹ Com esse pensamento, começa a se desenhar a nova alteração de postura na teoria do delito.

Ao contrário da concepção neokantiana, para a qual o objeto era determinado pelo método aplicado, para Hans Welzel a lógica inversa passa a ser válida e o objeto acaba por determinar o método. Com esse autor, as categorias *a priori* a serem consideradas no processo de conhecimento não são subjetivas, mas objetivas para toda a mente inteligente. Nessa concepção, o processo de conhecimento somente pode ser considerado como a compreensão do objeto como realmente é, motivo pelo qual o objeto do conhecimento jamais pode ser variável em razão do método.³¹²

Contrariando o pensamento neokantiano, portanto, Welzel defendeu que a autonomia das ciências naturais em relação às ciências do espírito não se fundamenta no método distinto aplicado a cada uma, mas em distintos aspectos de um objeto comum ou em distintos objetos que analisam. Assim, enquanto as ciências naturais analisam a realidade em seu aspecto causal, o Direito se refere ao comportamento humano caracterizado pela finalidade.³¹³ Aqui reside a principal alteração na teoria do delito formulada pelo finalismo, que, com noções da psicologia do conhecimento, desenvolve o conceito de “intencionalidade”.³¹⁴

Esse paradigma representa uma decisiva alteração de concepção em relação aos antigos formalismo do positivismo e relativismo axiológico do neokantismo.³¹⁵ De um lado, o finalismo refuta o cerne do positivismo dogmático ao defender que o

³¹¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 41.

³¹² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 229-231.

³¹³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 231-232.

³¹⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuervo Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 162.

³¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 57; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 34, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 50, mês 1-3, p. 193, 1997. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1997-10018500210_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Las_revoluciones_cientificas_del_Derecho_Penal:_Evoluci%F3n_y_estado_actual_de_la_dogm%E1tica_jur%EDdico-penal>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Direito Penal não deve ser centrado no contingente em razão de tempo e espaço - o Direito positivo. Por outro lado, entende que o Direito Penal não pode, também, submeter-se a valorações de conteúdo igualmente variável, dependentes de contextos culturais, objetando-se ao neokantismo.³¹⁶ Considerado o neokantismo como demasiadamente vulnerável a um subjetivismo epistemológico, o finalismo surge como tentativa de superação dessa problemática com a concepção de que o mundo empírico é concebido previamente ao conhecimento humano, sendo o conhecimento humano condicionado a essa ordem das coisas preestabelecidas – conhecidas como estruturas lógico-objetivas.³¹⁷

Essa negação tanto do cerne do pensamento formalista do positivismo, quanto do relativismo atribuído ao neokantismo, se fundamenta na principal crença do finalismo como sistema ontológico: a de que a dogmática deveria se fundamentar em um sistema atemporal e imperecível. Para isso, se recorre às estruturas lógico-objetivas.³¹⁸ Isto é, mantendo-se a opinião de que a dogmática devesse se configurar de maneira sistemática, o finalismo se diferenciava das correntes anteriores por defender que devesse a dogmática tomar por objeto básico o permanente, o supranacional, o suprapositivo da matéria jurídica, fundamentando-se em estruturas lógico-objetivas.³¹⁹⁻³²⁰

Desse pensamento de Hans Welzel decorria o fato de o legislador se encontrar vinculado à natureza das coisas, sendo seu trabalho condicionado a realidades ônticas preexistentes.³²¹ Desse modo, o legislador não se encontra apenas vinculado às leis físicas da natureza, mas também às estruturas ontológicas do objeto de sua regulamentação, devendo aceitar a estrutura finalista da ação e

³¹⁶ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 109; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58.

³¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 185.

³¹⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 109.

³¹⁹ Jesús-María Silva Sánchez apresenta quatro traduções possíveis à expressão alemã utilizada por Hans Welzel: estrutura lógico-objetiva, ôntico-lógica, lógico-material e lógico-real. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58)

³²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58.

³²¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 36; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 36, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

todas as consequências que dela decorrerem.³²² Aliás, tanto o legislador como o intérprete restam vinculados às estruturas lógico-objetivas imutáveis.³²³

Hans Joachim Hirsch refere que o finalismo possui dois objetivos principais: um objetivo geral, de caráter metodológico, consistente na crítica à forma de dogmática exclusivamente físico-natural e, também, à dogmática normativista; e um objetivo especial, representado pela aplicação da metodologia própria do finalismo ao conceito de ação, considerado o conceito central do Direito Penal.³²⁴

O que se concebe nessa teoria é que a realidade já contém em si uma dimensão de sentido formada de antemão. Trata-se de uma dimensão ontológica e não epistemológica; do ser e não de seu conhecimento.³²⁵ Assim, a partir dessa constatação, busca-se conformar o Direito Penal de acordo com a “natureza das coisas”.³²⁶

Com essa construção do Direito Penal vinculada à natureza das coisas previamente dada, Hans Welzel atribuiu à metodologia do finalismo a capacidade de construção de uma dogmática penal ideologicamente neutra e de validade geral, transferível a outros ordenamentos jurídicos, pois suas bases são retiradas da própria realidade.³²⁷

Para ilustrar esse pensamento, transcreve-se o exemplo citado por Santiago Mir Puig: “El legislador puede decidir con libertad la incriminación del aborto, pero no ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y a los seis meses den a luz niños viables. Del mismo modo, tampoco puede ordenar ni prohibir meros procesos causales no conducidos finalmente.”³²⁸

Essa teoria finalista de Hans Welzel teve progressiva aceitação na Alemanha, iniciando pela sua aplicação pelo Tribunal Supremo Federal e, posteriormente, por

³²² CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 212.

³²³ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 110.

³²⁴ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 6-7, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 59.

³²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 226.

³²⁷ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 234-235.

sua incorporação na parte geral do Código Penal Alemão de 1975.³²⁹ Enquanto isso, no Brasil, encontrava-se, na época, resistência à aceitação dessa teoria e ao abandono da concepção da teoria do delito até então aplicada.³³⁰

2.4.1 Breves reflexos na teoria do delito

A limitação do Direito Penal promovida pelo finalismo inicia-se pelo conceito de ação. A estrutura ontológica da ação de Hans Welzel, fundamentada no fato de que toda a conduta humana se situa na esfera do “ser final”, sendo esse um dado pré-jurídico, não é passível de alteração pelo Direito, devendo o Direito a ela se submeter.³³¹ Nesse sentido, vinculando o conhecimento humano às estruturas preestabelecidas do mundo empírico, pôde-se afirmar que o conceito de ação é um dado pré-jurídico, existente antes da valoração humana e jurídica.³³²

Essa corrente fez do conceito finalista de ação a base da teoria do delito,³³³ considerada a ação a primeira estrutura lógico-objetiva do delito,³³⁴ a partir da qual

³²⁹ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 10, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³³⁰ Na época de seu surgimento, a teoria finalista foi alvo de críticas por autores brasileiros reconhecidos, como, exemplificativamente, na seguinte passagem de Roberto Lyra Filho: “O normativismo, na concepção da culpabilidade, chega a extremos intoleráveis, com a *teoria da ação finalística*, de WELZEL, que confunde as fronteiras entre os elementos material e subjetivo.” (LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 161).

Também, E. Magalhães Noronha: “Acreditamos não ser de seguir-se o ensinamento de Welzel: êle leva ao juízo valorativo da ação em momento não oportuno; na análise do elemento subjetivo do delito é que é seu lugar adequado.” (NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 112).

Ainda, mais contemporâneo, José Frederico Marques: “A doutrina da ação finalista – no que toca à conduta propriamente dita – não traz ao Direito Penal, nenhuma contribuição aceitável.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 71).

Em sentido diverso, Heleno Cláudio Fragoso defendia o conceito finalista da ação, mesmo admitindo que a concepção clássica de ação fosse a adotada por parcela dominante na doutrina brasileira daquele período. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 166).

³³¹ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 239.

³³² MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 185.

³³³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 133; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 226. Em igual sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 200; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 37, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

se constrói, por dedução, o sistema do Direito Penal.³³⁵ Por isso, refere-se que, para o finalismo, a conduta antecede o próprio juízo de tipicidade.³³⁶

Hans Welzel expõe em duas fases o processo de realização do esquema finalista da ação, iniciando pela esfera do pensamento (antecipação da finalidade desejada, seleção dos meios necessários para alcance da finalidade e consideração dos possíveis efeitos concomitantes ao desejado ou consequências secundárias) e concluindo pela realização da conduta no mundo real (processo causal).³³⁷ Nesse mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend referem que a direção final da ação se desenvolve em três etapas: (a) fixação mental do objetivo; (b) eleição dos meios necessários para o alcance do objetivo; e (c) realização da vontade no mundo real.³³⁸

A ação da qual se ocupa a dogmática jurídico-penal é a mesma daquela analisada pelas ciências naturais. Todavia, enquanto o que interessa às ciências naturais é o aspecto de sujeição da ação humana a leis causais, para a dogmática jurídico-penal o que importa é a especificidade espiritual da ação, a sua definição pela finalidade. Dessa forma, o finalismo considera que a ação é sempre causal e final, sendo que as ciências naturais se encarregam da sua análise no primeiro momento (causal) e o Direito, como ciência do espírito, no segundo momento (final).³³⁹

Esse esquema é encontrado na exposição do conceito de ação realizada por Giuseppe Bettiol, que conceitua ação, inicialmente, por uma base característica já da

³³⁴ Entendida a ação em sua estrutura final – ação humana consciente direcionada a um fim. (JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 39, mês 1, p. 15, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46278.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

³³⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 110.

³³⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 143, 2014.

³³⁷ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 42-44; WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 40-43; JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 163; D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 152, 2014.

³³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 236.

³³⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 232.

visão naturalista, como movimento muscular. Contudo, em seguida, esse autor destaca que o conceito de ação se compõe por dois elementos: um físico (o próprio movimento) e outro psíquico (finalidade). Diante disso, adverte ter sido um equívoco das correntes clássicas a separação desses dois elementos, com a intenção de se proceder a uma análise detalhada de cada um deles em momentos diferentes, pois ambos os elementos são indissociáveis, sendo a ação humana penalmente relevante distinta de todo o acontecer meramente causal justamente por possuir esse elemento finalístico intrínseco.³⁴⁰⁻³⁴¹

Assim, se pode concluir que no conceito de ação final welzeliano, a vontade consciente do fim e reitora do acontecer causal é considerada sua espinha dorsal.³⁴² Trata-se do elemento intrínseco da ação, representada por um agir final,³⁴³ decorrente da capacidade do homem de antever as possíveis consequências provenientes da sua conduta e, assim, conduzir conscientemente os acontecimentos decorrentes da sua ação ao alcance de um objetivo.³⁴⁴

Esse é o conceito de ação defendido por Heleno Cláudio Fragoso, ao se referir à ação como uma atividade humana conscientemente dirigida a uma finalidade, conceito que não abarca todos os demais acontecimentos puramente causais (chuva, raio, etc.).³⁴⁵

Deve-se advertir que quando a teoria finalista se utiliza do conceito de finalidade, não se trata de equiparar esse conceito ao de voluntariedade

³⁴⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 304-307.

³⁴¹ É necessário se destacar que Giuseppe Bettiol, apesar da referência ao finalismo de Hans Welzel e da aparente concordância com esse autor, difere do mesmo ao adicionar ao finalismo um critério valorativo para, então, defender um conceito social-valorativo de ação: “A ação é, pois, um conceito finalístico, teleológico, de valor.” Ao final, o autor defende a manutenção do dolo e da culpa no campo da culpabilidade. (BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 307-311).

³⁴² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 42.

³⁴³ Exemplificativamente, nas palavras de Hans Welzel: “Aquí la disposición de las causas está dirigida hacia el logro del objetivo: comprar el arma, averiguar la oportunidad, ponerse al acecho, apuntar, apretar el gatillo; todo éstos son actos ordenados de acuerdo con un plan total y dirigidos hacia un objetivo.” (WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 40).

³⁴⁴ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 19; WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 41; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 133.

³⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 163.

característico da teoria causal. Para o causalismo, basta que o agente atue voluntariamente, desimportando o seu objetivo (o que desejava com sua conduta), sendo este último elemento analisado apenas na culpabilidade.³⁴⁶ Já na teoria finalista, o conteúdo da vontade é tomado como característica do próprio comportamento humano.³⁴⁷ Essa distinção foi feita por Hans Welzel, ao referir que a voluntariedade apenas significa que o ato foi praticado de maneira livre ou voluntária pelo agente, não importando quais consequências desejava produzir.³⁴⁸

Ainda se deve destacar que a concepção final da ação não é propriamente uma inovação teórica. Hans Welzel admitiu que o conceito de ação direcionada a uma finalidade (a ação relacionada com a intenção) já havia sido desenvolvido anteriormente à criação da teoria finalista.³⁴⁹ O que ocorre, entretanto, é que a dogmática penal tomou um caminho diferente, promovendo a separação desses dois conceitos em razão da estruturação do delito como injusto e culpabilidade – distinção entre os elementos objetivos e subjetivos do delito.³⁵⁰ Ou seja, Hans Welzel promove o retorno ao conceito já existente de ação final para, na teoria do delito, concluir que o dolo (antes situado na culpabilidade³⁵¹) deve pertencer ao injusto, assim como a culpa, que se esgota no atuar voluntariamente e em contrariedade ao devido cuidado.³⁵²

³⁴⁶ Conforme defendido por José Frederico Marques: “A voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não, à ação.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 66).

³⁴⁷ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 19.

³⁴⁸ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 45.

³⁴⁹ A seguinte passagem da obra de Aristóteles demonstra o quão antiga é a relação da ação humana com o elemento da intenção: “Ora, o fundamento da ação (ou seja, a causa eficiente, não a causa final) é a escolha, e a causa da escolha é o desejo e a razão dirigidos a algum fim. [...] O pensamento por si mesmo entretanto, nada move – mas somente o pensamento dirigido a um fim e vinculado à ação. Este é, efetivamente, a causa motora da atividade produtiva, inclusive, posto que quem faz algo tem sempre algum fim adicional em vista: o ato de fazer não é um fim em si mesmo, é apenas um meio e concerne a algo mais [...]” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009. p. 179).

³⁵⁰ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 8, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 39, mês 1, p. 18, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46278.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵² HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 9, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Fica evidente a transformação promovida pelo finalismo no conceito de ação, motivo pelo qual Isidro de Miguel Perez se refere ao conceito de ação para o finalismo como conduta *intencional* ou *culposa* produtora de um resultado no mundo exterior.³⁵³ Ainda, essa alteração teórica promovida pelo finalismo também se destaca, no mesmo autor, quando refere que Hans Welzel promove uma ligação entre o ato e a culpabilidade,³⁵⁴ o que significa justamente a relação da vontade (até então pertencente à culpabilidade) com o conceito de ação.³⁵⁵

Hans Welzel destaca que até mesmo a ação de passear é uma ação final, mesmo que o agente não necessite pensar em cada passo como uma criança ao aprender a caminhar. Assim, o caráter final não se faz ausente nem mesmo nos movimentos automáticos.³⁵⁶

A esse respeito, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend discordam da crítica por vezes formulada de que o conceito finalista de ação não abarcaria as ações automatizadas (ações mecânicas, como caminhar, dirigir um automóvel etc.), as ações lúdico-criativas e as ações passionais. Em relação às ações automatizadas, mesmo que o evento se encontre em uma direção inconsciente, pode a qualquer momento e por um ato de vontade retomar a característica de consciente. Quanto às ações lúdico-criativas, referem os autores que as associações de sentimentos assumem a função de antecipação mental do objetivo próprio do finalismo. Por fim, quanto às ações passionais, mesmo em se considerando que as forças impulsoras da conduta sejam percebidas de modo imediato, ainda assim a execução da ação é regida finalmente.³⁵⁷

Dado o destaque para o caráter final da ação, com a direção da conduta a um resultado antevisto, Hans Welzel admite que a teoria finalista encontrou dificuldades para explicar os delitos culposos, pois o resultado não faz parte da ação final

³⁵³ DE MIGUEL PEREZ, Isidro. **Derecho penal**: principios generales. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1963. p. 219.

³⁵⁴ DE MIGUEL PEREZ, Isidro. **Derecho penal**: principios generales. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1963. p. 222.

³⁵⁵ Contudo, esse autor insiste no tratamento do dolo e da culpa como espécies de culpabilidade, destoando da teoria finalista nesse ponto. (DE MIGUEL PEREZ, Isidro. **Derecho penal**: principios generales. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1963. p. 295).

³⁵⁶ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 47.

³⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 236-237.

realizada pelo autor e, no caso da culpa inconsciente,³⁵⁸ sequer é previsto pelo agente. O autor conclui, a esse respeito, que os delitos culposos não são explicados por meio da relação entre a ação e o resultado, mas por um critério valorativo.³⁵⁹

Ou seja, apenas são produzidas finalmente as consequências do ato que tenham sido abarcadas pela finalidade do agente ou, no caso das consequências concomitantes, que tenha o agente contado com sua produção e as incluído em seu plano mental. Ao contrário, se realizarão de um modo puramente causal aquelas consequências não pensadas pelo agente ou que, ao menos, tivesse ele confiado que não se produziriam.³⁶⁰

Assim, dolo e culpa possuem um tratamento diverso na teoria finalista, constituindo-se dois grupos de normas.³⁶¹ No primeiro caso, trata-se de normas proibitivas de condutas direcionadas finalmente a produzir resultados socialmente indesejados. Já as normas relacionadas aos delitos culposos, não se atentam à finalidade da ação, mas aos meios eleitos para a sua prática, exigindo que a seleção e utilização desses meios se realizem com o cuidado mínimo necessário (e exigido) para se evitar um resultado não desejado.³⁶² Trata-se, na culpa, da divergência entre a ação realizada pelo sujeito e aquela que deveria ter sido tomada, exigida de

³⁵⁸ A culpa consciente ocorre nos casos nos quais o agente prevê como possível decorrência de sua conduta a realização do tipo penal, mas, mesmo assim, prossegue em seu agir, confiando que não se realizará. Por sua vez, a culpa inconsciente ocorre quando o agente atua sem qualquer representação da possível ocorrência do tipo penal, o que se dá em razão de sua falta de cuidado. (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 1018-1019).

³⁵⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 62.

³⁶⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 44; WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 43.

³⁶¹ Além do problema encontrado em relação à culpa, também se aponta como problemática a concepção inicial dessa teoria com a omissão, considerada como desprovida de finalidade e causalidade. Assim, encontra-se referência, também, a quatro propostas de tratamento da teoria finalista, como resposta às críticas formuladas a ela: (a) para os delitos comissivos dolosos; (b) para os delitos comissivos culposos; (c) para os delitos omissivos dolosos; e (d) para os delitos omissivos culposos. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 134)

³⁶² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 48.

acordo com o devido cuidado, resultando em um juízo de desvalor da ação³⁶³ - não se descuidando, salienta-se, da exigência da produção do resultado.³⁶⁴

Na conclusão de Hans Welzel, a doutrina finalista concebe a ação como uma obra, valorando tanto o ato (desvalor da ação) quanto o resultado (desvalor do resultado) – ao contrário da teoria causal da ação, que apenas explica o resultado, sem se dar conta da execução da ação.³⁶⁵⁻³⁶⁶

Portanto, em linhas gerais, para esse sistema do delito, o dolo e outros elementos subjetivos do injusto são deslocados ao campo da tipicidade, pois compete ao tipo penal a função de caracterizar a ação em todos os seus elementos essenciais.³⁶⁷

Assim, tomou-se por insuficiente a referência da escola neokantiana de que o tipo *pode* ser composto também por elementos subjetivos, passando a se afirmar que, além de elementos objetivos (descrição do agente, da conduta e demais circunstâncias), o tipo *sempre* será composto por elementos subjetivos (dolo e culpa).³⁶⁸ Nessa linha, Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábel Malarée referem que a tipicidade finalista será composta por um aspecto objetivo, descritivo e valorativo, referente ao processo causal e, ainda, por um aspecto subjetivo, relacionado à finalidade.³⁶⁹

Nessa corrente, o dolo recebe uma qualificação “natural” fruto do pensamento ontologicista de Hans Welzel, sendo assim composto pelo conhecimento e vontade de realização da conduta. Fora desse viés natural, o critério subjetivo da consciência

³⁶³ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 111-112; CERESO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 8, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁶⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 141.

³⁶⁵ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 64.

³⁶⁶ Luís Greco refere que a doutrina anterior ao finalismo esgotava a concepção de injusto com o desvalor do resultado, vindo o finalismo a inserir o desvalor da ação nessa concepção, contribuição considerada essencial para o desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva – desenvolvida no próximo capítulo deste trabalho. (GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38-42).

³⁶⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 227; GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

³⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 201.

³⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 133.

da antijuridicidade do fato se considerou como parte da culpabilidade.³⁷⁰ Assim, para o finalismo, o erro de proibição (referente ao desconhecimento da antijuridicidade) não se presta à exclusão do dolo, pois não se relaciona a ele, mas à atenuação da pena quando vencível e, quando invencível, à exclusão da culpabilidade e da pena.³⁷¹

A culpa, diferentemente do dolo, conforme já mencionado, não se submete à relação entre ação e resultado previsto pelo agente, sendo explicada de um modo valorativo,³⁷² com um resultado produzido de maneira puramente causal e “cega”, em razão da violação do cuidado devido.³⁷³

Dessa perspectiva de ação finalista, Hans Welzel retirou dois conceitos de autor: primeiro, no caso de crime doloso, a autoria fundada no domínio finalista do fato; segundo, no caso de crime culposo, a autoria fundada na mera causação de um resultado evitável.³⁷⁴

O tratamento do dolo como elemento do tipo é acompanhado de outras constatações na teoria finalista, como a existência de outros elementos subjetivos no tipo e a justificação da punição da tentativa.³⁷⁵ Considerando o destaque conferido pelos finalistas ao viés subjetivo valorado eticamente no delito, refere-se que, inicialmente, inclusive a punição da tentativa no crime impossível foi defendida.³⁷⁶⁻³⁷⁷

³⁷⁰ ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 39-40, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 38-39.

³⁷¹ CERZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 8 e 16, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 62.

³⁷³ CERZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 7, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 104.

³⁷⁵ CERZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 7, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 133.

³⁷⁷ A defesa da punição do crime impossível se fez presente na vertente mais extremada do finalismo, encontrada nos estudos de Armin Kaufmann, que, ao eleger a ação finalista como objeto de proibição do Direito Penal, retirou a importância do resultado. (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 129-130, 2000).

Dessa forma, o tipo se constituiu como descrição dos elementos objetivos e subjetivos do fato punível.³⁷⁸

Já a antijuridicidade, é conceituada por Hans Welzel como a realização de um tipo penal em contradição com o ordenamento jurídico em seu conjunto – contrapondo o tipo realizado a todo o sistema jurídico, especialmente em relação aos preceitos permissivos.³⁷⁹ Assim, não se pode considerar um tipo penal como antijurídico, mas a sua realização, servindo a tipicidade como indício da antijuridicidade.³⁸⁰

A antijuridicidade é concebida como juízo de desvalor objetivo que recai sobre a conduta típica, tomando por critério o ordenamento jurídico.³⁸¹ Além desse caráter objetivo e valorativo da antijuridicidade, se considera as causas de justificação como compostas por elementos subjetivos, consistentes no conhecimento e intenção.³⁸²

Por sua vez, a culpabilidade, na teoria finalista, se apresenta como a reprovação pessoal do autor por sua conduta antijurídica, quando podia ter agido em conformidade com a norma. Ou seja, é a reprovação pela resolução da vontade do agente (seja referente a uma realização dolosa do tipo, seja por não ter o agente aplicado uma direção final mínima exigida),³⁸³ pressupondo que o autor pudesse agir de outra maneira, motivo pelo qual, quando não souber e nem puder saber que sua conduta é antijurídica, não agirá culpavelmente – adquirindo relevância o erro de proibição.³⁸⁴

A culpabilidade como reprovabilidade por se ter podido atuar de outra maneira é considerada o segundo pilar da teoria de Hans Welzel (ao lado da concepção final

³⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 167.

³⁷⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 74-75. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 98.

³⁸⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 75 e 89.

³⁸¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 76. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 197.

³⁸² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 132.

³⁸³ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 125-126.

³⁸⁴ CERESO MIR, José. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 48, 2003. Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5020&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

de ação). O poder agir de outro modo se constitui, nesse sentido, como uma estrutura lógico-objetiva fundada na essência do homem como ser autodeterminável finalmente.³⁸⁵

Com essa teoria da culpabilidade, supera-se o equívoco da teoria normativa neokantiana, que se manteve atrelada ao dolo e à culpa e, por isso, não logrou construir um conceito verdadeiramente normativo da culpabilidade³⁸⁶. No finalismo, extraindo-se o dolo e a culpa desse requisito do delito, consegue-se estruturar a culpabilidade como puro juízo de desvalor.³⁸⁷

2.4.2 Críticas formuladas ao finalismo

O ponto epistemológico principal do finalismo reside na concepção de que a dogmática jurídico-penal deva sempre se fazer limitada por estruturas lógico-objetivas, que representam a natureza das coisas e que transcendem o direito positivo.³⁸⁸

Hans Joachim Hirsch³⁸⁹ adverte, entretanto, que o finalismo de Hans Welzel não se constitui apenas de vinculações a critérios ontológicos. Além dessas vinculações (presentes, por exemplo, nos conceitos de ação e causalidade), também se verificam fenômenos sociais gerais (como, por exemplo, na culpabilidade, na honra como elemento do crime etc.). Ou seja, não se trata propriamente de uma

³⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 227; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 37, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁸⁶ Por isso a referência de José de Faria Costa de que, com a teoria finalista, se desenvolveu uma concepção “ultra-normativa” de culpabilidade. (COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 193).

³⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 202; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 212.

³⁸⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 233-234.

³⁸⁹ Interessante notar que Hirsch foi aluno de Hans Welzel e, defendendo sua obra, se opôs à concepção normativista de sistematização do Direito Penal, assim como à radicalização subjetivista a qual foi conduzida a teoria finalista por Armim Kaufmann. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 127).

oposição entre o ôntico e o social-normativo, mas sim da relação entre a matéria a ser regulada pelo Direito e o próprio Direito.³⁹⁰

Por esse motivo, no entendimento de Hans Joachim Hirsch, não se deve considerar que Hans Welzel tenha defendido que constatações científicas necessariamente derroguem preceitos do Direito positivo, mas que as elaborações científicas sejam tomadas em conta para se demonstrar a necessidade de reforma da legislação, quando se verificar que essa última for objetivamente incorreta.³⁹¹

A advertência acima realizada se torna perceptível, por exemplo, quando Hans Welzel conceitua o delito culposos como uma conduta realizada sem o *cuidado necessário*, referindo que essa categoria possui um conceito objetivo e normativo. Ou seja, não importa o cuidado observado ou que poderia observar o agente, mas o cuidado necessário e que seria tomado por um homem inteligente e prudente na mesma situação do agente.³⁹²

Por mais que Hans Welzel e os autores finalistas destaquem que a ação imprudente (culposa) se constitua em uma execução descuidada de uma ação final, refere-se que o descuido na execução da ação não é propriamente o momento de sua finalidade. O juízo a respeito da ação imprudente se desenvolve em relação a um resultado evitável que, em verdade, se encontra fora da relação final.³⁹³

Dessa forma, Giuseppe Bettiol desenvolve crítica ao finalismo quando menciona que o conteúdo e as modalidades de ação não possuem relevância determinante para se estabelecer um conceito geral de ação, pois o conceito de ação não deve se limitar ou se exaurir na ação dolosa – o que retiraria do Direito Penal toda a matéria referente aos delitos culposos. Assim, esse autor promove a distinção entre a vontade (o querer em si, referente ao conceito de ação) e o conteúdo da vontade (o querer algo e em determinadas modalidades, referente à culpabilidade). Nesse ponto, exemplifica que o menor e o louco são capazes de direcionar suas condutas para o alcance de fins, sendo por isso inconcebível lhes

³⁹⁰ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 12, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹¹ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 13, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 112-114.

³⁹³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 237.

retirar a capacidade de agir. Contudo, defende se poder retirar desses agentes a reprovação no tocante ao conteúdo e às modalidades do ato de vontade, justificando com isso a localização do dolo e da culpa no campo da culpabilidade.³⁹⁴⁻³⁹⁵

Além disso, apesar de reconhecer os méritos da teoria finalista, Johannes Wessels critica o estreitamento do conceito de ação produzido por essa teoria, referindo que nem sempre o homem primeiramente representará as consequências de sua conduta, para, somente depois, realiza-la. Nesse sentido, cita os exemplos dos atos determinados pelo subconsciente e as omissões desprovidas da direção finalística do acontecer.³⁹⁶ Assim, o autor manifesta sua preferência pela teoria social da ação, referindo que a mesma apresenta a solução conciliadora entre as visões ontológica e normativa.³⁹⁷

No tocante à aceitação de um conceito pré-típico de ação como comportamento humano, ainda se tem a advertência de Fabio Roberto D'Avila de que essa opção (por um conceito anterior ao jurídico, como apregoado pelo finalismo) se reflete não em uma premissa natural ou social válida em si, mas em uma opção ideológica, dogmática, político-criminal ou criminológica.³⁹⁸

Além disso, no que se refere à concepção de dolo e culpa presente no finalismo, apegada ao fato psíquico, Günther Jakobs defende que, ao contrário dessa visão naturalista, o conhecimento do agente não deve coincidir com a medida da sua responsabilidade, pois isso produziria resultados indesejáveis. Como exemplo, o autor refere o caso de dois obreiros que manipulam uma substância perigosa. O primeiro deles não toma qualquer cuidado em sua conduta, agindo de maneira completamente irreflexiva, conquanto fosse evidente o risco que seria

³⁹⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 308-311.

³⁹⁵ Percebe-se que Giuseppe Bettiol equipara as ações dolosa e culposa, mesmo se aplicando o conceito finalista de ação, discordando da concepção de que apenas a ação dolosa seja realmente finalista e a culposa uma espécie de “ação um tanto mutilada”. Para o autor, toda a ação positiva (com exceção das ações instintivas) é final, inclusive as culposas, na medida em que essas ações se direcionam a uma finalidade diferente daquela que, ao final, o agente vem a ocasionar. Trata-se, por isso, de uma ação “cega” em relação ao resultado produzido, mas “vidente” no que se refere a um resultado pretendido. (BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 311-312).

³⁹⁶ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 21.

³⁹⁷ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 22.

³⁹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 145, 2014.

produzido por sua conduta. O segundo, atua de maneira cautelosa, mas sabedor do risco inerente de sua conduta. Ocorrendo um evento morte da conduta dos obreiros, Jakobs destaca a incoerência resultante da responsabilização do primeiro obreiro por homicídio culposo e o segundo, mais cuidadoso, por doloso³⁹⁹ – por mais que se possa problematizar a responsabilização do segundo agente também por culpa (consciente), o ponto central aqui é a reprovabilidade acentuada do agente que teria tomado maiores cuidados no planejamento da conduta perigosa.

Já em relação à culpabilidade⁴⁰⁰ própria da teoria finalista, Jorge de Figueiredo Dias defende que essa doutrina se equivoca ao atribuir a esse elemento do crime uma mera função de (des)valor, um puro juízo subjetivo realizado pelo juiz, incompatível com a importância político-criminal do princípio da culpabilidade. Desse modo, considerando-se a importância do princípio da culpabilidade e, inclusive, o fato de a pena para um mesmo delito ser diferenciada em razão do dolo e da culpa, conclui que ambos devem exercer influência (ao menos também) como matéria da culpabilidade.⁴⁰¹

Ainda com Jorge de Figueiredo Dias, refere-se que o ontologismo finalista acaba por criar um refinado conceitualismo, deixando um espaço demasiadamente reduzido para as opções jurídico-políticas ou, no presente caso, político-criminais do legislador e do aplicador.⁴⁰²

Essa crítica é endossada por Jesús-María Silva Sánchez, referindo-se a todos os paradigmas pré-funcionalistas da dogmática penal, mas, em especial, ao finalismo, quando aponta uma tendência à despreocupação com a aplicabilidade do Direito Penal, na medida em que suas construções teóricas se fundamentam em operações lógico-abstratas. Esse modelo teórico produz, para o autor, uma barreira entre as construções dogmáticas e as necessidades reais de aplicação do Direito Penal – por esse motivo, a intenção do funcionalismo de desfazer essa barreira e

³⁹⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 55-58.

⁴⁰⁰ Cabe aqui a advertência de que o autor se refere à culpabilidade utilizando-se da expressão “culpa”, reservando à culpa (elemento do tipo, ao lado do dolo) a expressão “negligência”. A fim de facilitar o entendimento, optou-se por utilizar a nomenclatura corrente no Brasil (culpabilidade).

⁴⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 203.

⁴⁰² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 202.

construir um sistema dogmático suscetível a alterações em suas categorias com fundamento nos objetivos do Direito Penal.⁴⁰³

Essa tendência pós-finalismo do paradigma funcionalista de abertura da dogmática não é de todo inovadora, conseguindo se verificar sua presença de maneira tímida já no neokantismo. Contudo, se o pensamento neokantiano conseguiu produzir certa abertura do sistema penal a valorações político-criminais, o finalismo logrou prejudicar essa abertura e restabelecer, em certa medida, o fechamento do sistema penal.⁴⁰⁴ Acredita-se ser esse o motivo da menção de Fabio Roberto D'Avila, no sentido de que “É certo que, após a marcante experiência do finalismo de Welzel, o direito penal retomaria o caminho da normatividade, já uma vez assinalado pela teoria neo-clássica do crime.”⁴⁰⁵ Essa referência ainda é feita por Claus Roxin,⁴⁰⁶ José Cerezo Mir,⁴⁰⁷ Luís Greco,⁴⁰⁸ bem como por Bernd Schünemann, para quem o pensamento sistemático jurídico-penal foi alvo de uma renormativização com o funcionalismo, referindo-se ao neokantismo como uma primeira demonstração desse pensamento normativo.⁴⁰⁹

⁴⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.

⁴⁰⁴ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 100, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 179, p. 19, 2007.

⁴⁰⁶ Depois de o autor abordar o desenvolvimento histórico dos paradigmas da teoria do crime, refere sua intenção de, em sua obra a respeito da proposta funcionalista, “[...] tomar as premissas neokantianas [...] do entre-guerras, que nos sistemas neoclássicos encontraram um desenvolvimento insuficiente, ficando abaladas na época nazista, e desenvolvê-las, levando-as adiante de uma forma substancialmente nova.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205-206).

⁴⁰⁷ Em suas palavras: “Podemos hablar hoy de un resurgimiento del normativismo, frente al ontologismo de la escuela finalista; de un normativismo que enlaza, en cierto modo, con el dominante en la Ciencia del Derecho penal europea bajo la influencia de la filosofía jurídica neokantiana.” (CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 9, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017). Ainda, em outro trabalho do mesmo autor, quando se refere à proposta teleológico-valorativa de Claus Roxin como relacionada com o neokantismo da escola sudocidental alemã. (CEREZO MIR, José. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 45, 2003. Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5020&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁴⁰⁸ Luís Greco afirma que, com o funcionalismo, se retomam “[...] todos os avanços imorredouros do neokantismo [...]” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132, 2000).

⁴⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 703, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Por isso Johannes Wessels refere que as críticas dirigidas ao finalismo se referem menos ao caráter final da ação (pedra de toque da teoria do delito nessa concepção) e mais à pretendida limitação do legislador a categorias pré-jurídicas.⁴¹⁰

Esse embate entre fechamentos e aberturas da dogmática penal às exigências de diversas ordens, que acompanha o desenvolver da teoria do delito no curso da história, é sintetizado nas palavras de Carlos Daza Gómez:

“Nosotros podemos plantear el problema metodológico de los sistemas penales antes vistos, mediante la siguiente tesis: llámese *dogmática cerrada* al procedimiento resolutorio de conflictos que requiere de la construcción de un sistema penal previo; y dígase en este sentido que la resolución del conflicto va del sistema al problema, mediante el seguimiento estricto de los principios, que como axiomas o postulados, rigen al sistema. Por otra parte, digamos que existe una *dogmática abierta* cuando el desarrollo resolutorio de conflictos va del problema al sistema. Reconózcase a la primera forma de proceder (del sistema al problema) como *sistemática o pensamiento sistemático*; y a la segunda forma de resolver conflictos (del problema al sistema) reconozcámosla como *tópica o pensamiento problemático*.⁴¹¹ Ahora bien, ‘el problema metodológico consiste en saber cómo se debe pensar la dogmática: *del sistema al problema, o del problema al sistema*’.⁴¹²

Pelo que se pôde perceber até o momento e se aderindo à referência acima transcrita de Carlos Daza Gómez, pode-se dizer que, inicialmente, a dogmática penal experimentou uma ligeira tendência em substituir o paradigma estabelecido pelo positivismo, que muito bem acolhia o método “do sistema ao problema”. Com o neokantismo, a dogmática penal experimentou tendências de uma formatação “do problema ao sistema”. Entretanto, o finalismo se estabelece em seguida e, mesmo com todas as suas especificidades, a pretendida limitação do legislador (ou, se não limitação, ao menos uma destacada influência) pelas categorias ontológicas ressuscita a formatação “do sistema ao problema”.

⁴¹⁰ WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 20.

⁴¹¹ Nesse caminho também se encontra Santiago Mir Puig, ao se referir a uma tendência em se verificar, no então consagrado pensamento sistemático da dogmática alemã, uma tentativa de aproximação à realidade, com uma preocupação maior em relação ao “problema” e uma menor preocupação quanto ao sistema. Ambas as modalidades metodológicas são chamadas pelo autor de “pensamento-sistema” e “pensamento-problema”. (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 257-258).

⁴¹² DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 103, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Se o neokantismo defendeu um retorno a Kant (“Zurück zu Kant”⁴¹³), como foi expressamente defendido por autores dessa corrente, o funcionalismo parece surgir em defesa do retorno ao método “do problema ao sistema”,⁴¹⁴ novamente se pretendendo inovadoras reformulações na teoria do delito, em superação (ou complementação) do finalismo.

Nesse cenário, se encontram referências de que o “abandono” ao ponto de vista ontologicista ocorreu já há tempos.⁴¹⁵ Interessante, nesse aspecto, a afirmação de Manuel Jaén Vallejo de que os próprios discípulos de Hans Welzel o questionaram posteriormente, fazendo expressa referência a Stratenwerth, Zielinski e Jakobs.⁴¹⁶

Assim, a atual necessidade do cientista do Direito Penal é desenvolver os pontos principais do paradigma funcionalista da dogmática jurídico-penal, para que se permita compreender se não se está diante de uma continuação da história da teoria do delito,⁴¹⁷ com mais uma superação de um paradigma até então afirmado e uma renovação nas categorias do crime.

⁴¹³ PORTA, Mario Ariel González. **Estudios neokantianos**. São Paulo: Loyola, 2011. p. 200.

⁴¹⁴ Ou, como referido por Manuel Cancio Meliá, uma orientação do sistema às consequências. (CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 237, 2001).

⁴¹⁵ Novamente se deve destacar que não se acredita em um completo abandono da teoria finalista, pois cada uma das teorias antes referenciadas se constituem em uma continuação do paradigma precedente. Por isso, Claus Roxin refere que, apesar dos poucos defensores atuais do finalismo, esse paradigma segue sendo relevante em razão de alterações na teoria do delito que promoveu e que, possivelmente, jamais desaparecerão. (ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 42-43). Esse mesmo autor, agora se referindo à concepção tripartida de delito (tipo, antijuridicidade e culpabilidade) como uma conquista a princípio correta, destaca que “Também o sistema teleológico político-criminal é unicamente um desenvolvimento ulterior da síntese neoclássica-finalista e não se dissocia da tradição da história dogmática.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 250). Em igual sentido, Santiago Mir Puig destaca que “[...] ninguna fase histórica rompe del todo con la anterior [...]” (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 256).

⁴¹⁶ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 111.

⁴¹⁷ A condição de continuidade da teoria do delito a que se pretende o funcionalismo fica evidente na referência de Santiago Mir Puig: “Si el normativismo de Roxin y Jakobs reaccionó contra el ontologismo de Welzel, éste había surgido a su vez en oposición al relativismo valorativo del neokantismo, el cual por su parte se había contrapuesto al naturalismo de von Liszt.” (MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 3, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

3 UM NOVO SISTEMA DO DIREITO PENAL: O FUNCIONALISMO

Como afirmado no capítulo anterior, o estudo a respeito dos principais pontos do paradigma funcionalista é uma das necessidades primordiais do teórico do Direito Penal na atualidade, especialmente a fim de se poder estabelecer se não se está diante de uma continuação do interminável desenvolvimento histórico da teoria do delito.

Assim como verificado em relação ao objeto de estudo do capítulo anterior, também a matéria a ser abordada neste momento é de extensão incompatível com as limitações (de espaço e tempo) inerentes a essa pesquisa. Por esse motivo e em razão da imprescindibilidade da problematização a respeito do funcionalismo no Direito Penal, serão examinados adiante alguns pontos considerados essenciais para a compreensão geral dessa moderna corrente de pensamento – o que significa que, inevitavelmente, inúmeros desdobramentos dessa teoria e propostas de autores específicos acabarão por escapar dessa pesquisa.

O primeiro ponto indispensável a esse intento, já brevemente referido no primeiro capítulo, é a distinção conceitual existente entre dogmática e política criminal, pois a relação entre ambas se constitui na razão de ser dessa pesquisa, presente em toda sua extensão. Todavia, destaca-se que não são apenas as duas as ciências que compõem o vasto campo de estudo do Direito Penal.

No que se refere à dogmática, Franz von Liszt expôs o Direito Penal como um sistema completo de disposições legais que se referem aos crimes e às penas como generalizações. Desse modo, concebe-se uma ideia sistemática do Direito Penal, capaz de abarcar todas as particularidades relacionadas ao crime e destinada a servir de barreira ao arbítrio na aplicação do Direito.⁴¹⁸

Demarca-se, assim, uma concepção de sistematização da matéria penal, mas não só isso. A dogmática jurídico-penal pode ser compreendida, de maneira mais ampla, como “[...] a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização e desenvolvimento [...] dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito do Direito Penal.”⁴¹⁹⁻⁴²⁰ Em sentido semelhante, ainda se costuma conceber a

⁴¹⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 1.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 186-187.

dogmática penal como o campo do saber destinado à formulação de regras de decisão de um caso penal, definindo categorias como a de “autor mediato”, de “posição de garante” etc.⁴²¹

Por mais que as concepções de dogmática possam ser diversas, possuem uma diretriz comum em relação à sua função, que é o seu objetivo de construir um sistema voltado a proporcionar segurança contra intervenções estatais ideológicas, reafirmando-se a ideia de Estado de Direito.⁴²²

Já no que toca à política criminal, novamente em Franz von Liszt, atribui-se a ela a problematização a respeito do fundamento jurídico do poder de punir do Estado, voltando-se ao estudo dos fins do Direito Penal.⁴²³ Interessante notar que, em livro de sua autoria, Liszt discorre sobre os fins da pena em um capítulo intitulado “Lineamentos de Política criminal”.⁴²⁴

Essa concepção aparece também em Enrico Ferri, que se refere ao que denomina sociologia criminal como sendo o ramo da ciência penal responsável pela pesquisa a respeito das causas do crime e à sua prevenção, em um sentido amplo, diferentemente do estudo jurídico do crime, da pena e do julgamento (Direito Penal e Direito Processual Penal).⁴²⁵ Dentro da sociologia criminal, encontrar-se-ia a política criminal, arte legislativa voltada a adaptar e aplicar as conclusões da sociologia criminal às necessidades de determinada sociedade, visando uma defesa preventiva e repressiva ao crime.⁴²⁶

Seguindo no mesmo sentido, Ernst von Beling se refere à sociologia criminal como o estudo voltado aos fatos delitivos relacionados às circunstâncias da vida social que o circundam (miséria, densidade populacional etc.), desvendando quais fatores sociais servem como condicionadores da delinquência. Nesse contexto, a

⁴²⁰ Nesse sentido, representando a característica sistematização da dogmática, Nilo Batista destaca como etapas do método dogmático (a) a demarcação do universo jurídico, (b) a análise e ordenação, (c) a simplificação e categorização (d) e a reconstrução dogmática. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 119).

⁴²¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 271-272.

⁴²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 44.

⁴²³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 2.

⁴²⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1, p. 93-103.

⁴²⁵ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: O criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 94.

⁴²⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: O criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 114.

política criminal se insere como “sociologia criminal aplicada”, responsável pelo estudo das formas de contenção da delinquência.⁴²⁷

Com Eduardo Correia, pode-se dizer que o outro campo essencial de estudo dessa “sociologia criminal” seria a criminologia, competente pela explicação causal do crime, com o objetivo de permitir que se encontre a melhor política de combate ao fenômeno criminal. Ou seja, a política criminal aparece, nesse momento, recolhendo e valorando os resultados do estudo da criminologia.⁴²⁸

As lições clássicas acima referidas ainda hoje exercem influência na concepção de política criminal, encontradas na doutrina de Santiago Mir Puig, ao realizar uma bipartição da concepção de política criminal. Primeiramente, a política criminal se refere predominantemente a uma orientação prática (e não uma disciplina teórica) em relação aos critérios aplicados ou a se aplicar no tratamento da criminalidade. Por fim, a política criminal é concebida como um campo da sociologia do Direito Penal, como ramo do saber voltado ao estudo da política criminal efetivamente aplicada ou que deveria ser aplicada pelo Direito Penal.⁴²⁹

Estabelece-se, diante de tudo isso, a distinção entre a dogmática jurídico-penal, responsável pelo estudo do Direito Penal como se apresenta, e a política criminal, voltada ao estudo do Direito Penal como ele deveria ser.⁴³⁰

Entretanto, divergindo de concepções como a encontrada em Franz von Liszt, de uma política criminal concebida apenas como a eleição das penas mais adequadas a cumprir a finalidade preventivo-especial (ou preventivo-geral) do Direito Penal, Claus Roxin defende a complementação dessa concepção com o necessário respeito aos limites de fixação e desenvolvimento da pena presentes na Constituição e no Código Penal (o que será perceptível pelo estudo de sua proposta funcionalista). Dessa forma, o ordenamento jurídico fornece aspectos fundamentais que balizam os pressupostos da penalidade, dos quais são exemplos o princípio

⁴²⁷ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 195-196. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

⁴²⁸ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 8.

⁴²⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 60.

⁴³⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 187.

nullum crimen e o princípio da culpabilidade, que devem fazer parte da política criminal de um Estado de Direito.⁴³¹

Com ou sem limitações, à política criminal se atribui o estudo dos fins da aplicação da pena e, assim como a dogmática penal se sujeita ao desenvolvimento histórico do conhecimento (veja-se o capítulo anterior e as modificações na teoria do delito ao longo do tempo), também a política criminal está condicionada ao desenvolvimento social. Por esse motivo, Claus Roxin desenvolve três fases da política criminal pós-guerra na Alemanha, cada qual com uma concepção específica de finalidade da pena.

A primeira fase, até aproximadamente o ano de 1962, fundamentou o castigo a determinadas condutas na transgressão de uma “lei ética”,⁴³² com fundamento na doutrina cristã. Nesse período, defendia-se uma teoria retributiva em relação à finalidade da pena, destinada à realização da justiça por meio da compensação da culpabilidade do autor e restauração do Direito transgredido, novamente se demonstrando a relação dessa doutrina com a religião.⁴³³

Em uma segunda fase, até aproximadamente o ano de 1975, perde força a fundamentação teológica do Direito Penal, adotando-se um caráter de prevenção especial (a tarefa social de prevenção do delito substitui a crença na expiação da culpa), voltada à ressocialização e reintegração social do delinquente. A punição surge, então, não da violação de uma norma ética, mas da produção de um dano social, justificada a punição na proteção de bens jurídicos como tarefa do Direito Penal.⁴³⁴⁻⁴³⁵

⁴³¹ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.** Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 58.

⁴³² Por isso a utilização da expressão “castigo”, que deixa a mostra o caráter de moralidade presente no Direito Penal da época.

⁴³³ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.** Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 17-19.

⁴³⁴ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.** Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 20-21.

⁴³⁵ Ilustrativa desse raciocínio é a redação do parágrafo primeiro do artigo segundo do Projeto Alternativo de Código Penal alemão de 1966, do qual Claus Roxin foi coautor: “As penas e as medidas de segurança servem para proteção dos bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica.” Nessa época, se promoveu no país uma alteração da disciplina penal no âmbito sexual, alterando-se o título do capítulo do Código Penal a respeito do tema de “Delitos e contravenções contra a moralidade” para “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual”, demonstrando-se a passagem de uma visão moralista do Direito Penal à adoção da teoria do bem jurídico. (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Tradução

Por fim, a terceira fase se dá a partir de 1975 e é marcada pela transferência do foco de atenção da prevenção especial para a prevenção geral, pois se considerou que o desvio de personalidade do agente individual não se constitui em algo mais relevante do que o asseguramento da sociedade em seu conjunto, bem como se passou a acreditar que a função ressocializadora não foi suficientemente cumprida em relação aos delitos clássicos como o furto e os delitos violentos.⁴³⁶

A segunda fase é a adotada por Claus Roxin, para quem o Direito Penal possui uma tarefa social perante o delincente, consistente em possibilitar sempre a sua reintegração à sociedade (prevenção especial socializadora e ressocializadora), função da pena proveniente do próprio modelo de Estado Social.⁴³⁷

Não só se alteram, ao longo do tempo, as concepções a respeito da política criminal adequada, mas se modifica também a relação entre a política criminal e a dogmática penal. Quando Franz von Liszt refere que o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal, significa que está a conceber o Direito Penal como ciência social (política criminal) e, ainda, como ciência jurídica (dogmática) – em outras palavras, os princípios empíricos sobre o comportamento desviante são contrapostos aos métodos jurídicos de ordenação sistemático-conceitual dos requisitos do delito.⁴³⁸ Essa referência de Liszt se fundamenta na crença de que já teria o legislador tomado todas as decisões político-criminais,⁴³⁹ estabelecendo-se uma relação bem delimitada entre ambas as disciplinas.

Assim considerada a política criminal, como possuindo certa autonomia ao lado da dogmática e da criminologia e como orientada à reforma do Direito Penal, com o passar do tempo, passou a ser considerada também como sendo capaz de

de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 12).

⁴³⁶ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 25-29.

⁴³⁷ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 31-33.

⁴³⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 1-2.

⁴³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 696, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

influenciar a aplicação do Direito Penal,⁴⁴⁰ concepção marcadamente presente nas propostas funcionalistas.

Verifica-se, nessa tendência metodológica funcionalista, uma pretensão de que se promova uma maior aproximação do Direito Penal a ciências não jurídicas (psicologia, sociologia, criminologia etc.), como maneira de superar o afastamento do Direito Penal da realidade, o que se apresenta hoje como algo mais fácil muito por conta do progresso que essas ciências não jurídicas tiveram – com destaque para os avanços do estudo das ciências sociais.⁴⁴¹ Dessa forma, a atual perspectiva dogmática do Direito Penal tende a superar a separação da ciência jurídica em relação ao político e ao social,⁴⁴² promovendo um intercâmbio de conhecimentos, especialmente entre as ciências criminais, em um processo de colaboração entre elas, o que é tomado como uma aspiração científica de grande significado.⁴⁴³

Essa perspectiva é percebida na lição de Claus Roxin, ao defender que um sistema frutífero da teoria do delito deve ser construído com a conjugação de três exigências: “[...] ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais [...]”.⁴⁴⁴ Nesse cenário de integração entre as ciências relacionadas ao delito, a política criminal é alçada a uma posição de destaque em relação à dogmática jurídico-penal.

Tamanho passa a ser a importância da política criminal no cenário atual do tratamento do crime que Jorge de Figueiredo Dias chega a referir que vivenciamos o “tempo da política criminal” nas ciências criminais, sendo depositada grande parte da esperança no combate ao crime a esse campo do saber criminal.⁴⁴⁵

As concepções teóricas que promoviam uma distinção precisa entre dogmática e política criminal (como, por exemplo, a referência de que a primeira representaria o Direito como ele é e a segunda o Direito como deveria ser) passam a ser alvo de críticas nesse novo momento da ciência do Direito Penal. Dentre essas

⁴⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 23-24.

⁴⁴¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 273.

⁴⁴² BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 24.

⁴⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 45.

⁴⁴⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 28.

⁴⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 4.

críticas, refere-se que o Direito não se limita a aplicações lógicas da lei, mas se concretiza por um desenvolvimento criativo operado dentro de seus limites, concluindo-se que, mesmo em um caso de aplicação legal, se realiza verdadeira tarefa político-criminal sob o manto da dogmática; ou seja, no próprio ato dogmático de interpretação da lei se realizam considerações teleológicas ou político-criminais. Com esse raciocínio, Roxin destaca que o julgador deve realizar política criminal dentro da moldura da lei (de seus limites).⁴⁴⁶

É esse o contexto no qual se insere a afirmação de Nilo Batista, que encerra sua clássica obra, de que o atual desafio do penalista brasileiro é a construção de uma dogmática aberta às finalidades político-criminais.⁴⁴⁷

Mas, por mais que seja objeto de destaque nesse contexto, não só à política criminal se deve dar maior relevância do que tradicionalmente se deu. Ao se referir à importância do estudo empírico, e não só normativo, no Direito Penal, Winfried Hassemer denuncia o isolamento da criminologia no ensino jurídico-penal e em bibliotecas, que é ofuscada pela atenção que se dá à dogmática do Direito Penal, produzindo-se uma desproporção entre conhecimento normativo e conhecimento empírico.⁴⁴⁸

Essa necessidade de ampliação do estudo do Direito Penal, já denunciada por Franz von Liszt, renasceu na Alemanha no ano de 1957, com Würtenberger, que, na referência de Santiago Mir Puig, defendeu a imprescindibilidade de que o dogmático do Direito Penal ultrapassasse as limitações de sua especialidade, para debruçar-se sobre o estudo da realidade, ou seja, sobre investigações criminológicas, que deveriam guiar a política criminal.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 245-246.

⁴⁴⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 122.

⁴⁴⁸ Em suas palavras: "Não é natural e nem plausível, à primeira vista, que o Direito Penal, como âmbito científico acompanhado e orientado por condutas práticas, saiba tão pouco do objeto que ele estuda; que ele saiba muito sobre seus instrumentos, porém, muito pouco sobre os âmbitos em que aplica estes instrumentos; que o jovem jurista penalista esteja abarrotado com conhecimento diferenciado e pormenorizado sobre os delitos contra o patrimônio e os delitos cometidos com violência, porém, ao final de seus estudos, não tenha a menor ideia das condições que mantêm um homem na carreira de pequeno impostor ou que podem torná-lo vítima de determinados delitos cometidos com violência." (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 51).

⁴⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 273-274.

Com sua crítica, Hassemer conclui que a importância do saber empírico sobre autor e vítima tem especial valor em um sistema jurídico-penal orientado às suas consequências, concluindo, também, pela insuficiência de um Direito Penal limitado exclusivamente à retribuição dos fatos puníveis, à expiação da culpabilidade, pois seria esse um Direito Penal desinteressado no saber empírico.⁴⁵⁰

Esse sistema de inter-relação entre os saberes (especialmente entre dogmática e política criminal) é o que se pretende compreender com o estudo da atual proposta do funcionalismo jurídico-penal.

3.1 O funcionalismo no Direito Penal

O funcionalismo é considerado uma nova revolução paradigmática do Direito Penal que não pode ser atribuído a um só autor.⁴⁵¹ Não se pode falar, assim, em apenas um funcionalismo no Direito Penal, sendo diversas as vertentes dessa corrente de pensamento.⁴⁵² Entretanto, dois são os autores apontados como principais defensores desse paradigma: os alemães Claus Roxin e Günther Jakobs.⁴⁵³

A partir desses autores, duas são as propostas de modelos funcionalistas no Direito Penal. O primeiro modelo, com foco na finalidade preventivo-especial da pena, possui como principais representantes Claus Roxin e Bernd Schünemann. O segundo modelo, representado sobretudo por Günther Jakobs, confere especial destaque para a teoria da prevenção geral positiva da pena.⁴⁵⁴

Considerando o extenso desenvolvimento da teoria do delito ao longo do tempo, Claus Roxin acredita haver um certo desconforto em se questionar se os

⁴⁵⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 53.

⁴⁵¹ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 50, mês 1-3, p. 197, 1997. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1997-10018500210_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Las_revoluciones_ciencia_del_Derecho_Penal:_Evoluci%F3n_y_estado_actual_de_la_dogm%E1tica_jur%EDico-penal>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁵² WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 131.

⁴⁵³ CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69; GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 135, 2000.

⁴⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 206-207.

intensos esforços empregados na construção de um sistema dogmático preciso não seriam uma desproporção em relação às consequências práticas desse sistema. Em suas palavras, “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?”⁴⁵⁵

Esse questionamento se fundamenta no fato de o sistema classificatório positivista ter estabelecido uma dogmática penal fechada, desprovida de valorações político-criminais e, por isso, afastada da realidade social. Já o paradigma neokantiano que o sucede, não se prestou a superar a lógica formal-classificatória, apenas inserindo um juízo valorativo como elemento componente dessa mesma lógica. No tocante ao finalismo, por fim, encontra-se o problema da vinculação dessa teoria às categorias do ser, não restando espaço autônomo à política criminal na teoria do delito.⁴⁵⁶

Diante dessas constatações, no dia 13 de maio de 1970,⁴⁵⁷ em Berlim, Claus Roxin apresentou o artigo posteriormente publicado com o título “Política criminal e sistema do Direito Penal” (na versão da obra em língua portuguesa, com o título “Política criminal e sistema jurídico-penal”⁴⁵⁸), promovendo a construção do sistema do Direito Penal de maneira aberta às influências da política criminal.⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 6-7.

⁴⁵⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 22-28.

⁴⁵⁷ Apesar de ter, conforme o próprio autor destaca, iniciado a desenvolver essa teoria no ano de 1963. (ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 4, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁴⁵⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁴⁵⁹ DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 101, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 237, 2001; WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 131.

⁴⁶⁰ Em Günther Jakobs, a construção de seu sistema funcional do Direito Penal se dá, sobretudo, na primeira edição de seu Tratado, em 1983. (PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 23, p. 294, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

Para alcance do objetivo de construção desse sistema aberto a valorações político-criminais, defende-se a necessidade de uma ampla normatização dos conceitos da dogmática penal, o que se possibilita pela redução significativa da vinculação desses conceitos a critérios ontológicos (o que ocorre de maneira destacadamente maior no finalismo).⁴⁶¹

No prefácio à edição brasileira de sua obra, Roxin sintetiza a sua intenção com essa construção teórica: “Nesta oportunidade, tentei, em oposição aos esforços naturalistas-causais, bem como aos finalistas – teorias que partiam de fundamentos ônticos – sugerir uma concepção normativa, que orientasse o sistema jurídico-penal em pontos de vista valorativos político-criminais.”⁴⁶² Essa funcionalização do sistema do Direito Penal e a normatização das categorias do crime é justificada pelo surgimento de novos problemas sociais e pela necessidade de novas respostas.⁴⁶³

Assim, a partir dos anos 70, promoveu-se uma progressiva substituição das teses finalistas, que passam a ceder lugar a uma teoria do delito orientada ao concreto, aos conteúdos político-criminais das categorias normativas do delito.⁴⁶⁴

Jesús-María Silva Sánchez afirma que, desde os anos setenta, vivenciamos uma fase de transição do paradigma da dogmática jurídico-penal, destacando o caráter eclético das novas correntes predominantes – ou seja, em certa medida, relacionam as características principais dos paradigmas anteriores.⁴⁶⁵ Para Jesús-María Silva Sánchez, a obra de Claus Roxin se constitui em uma contribuição decisiva para a difusão da orientação do sistema do Direito Penal aos problemas que visa solucionar.⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷

⁴⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 69.

⁴⁶² ROXIN, Claus. Prefácio do autor à tradução brasileira. In: _____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁴⁶³ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 238.

⁴⁶⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 41.

⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 63.

⁴⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 82.

⁴⁶⁷ Nessa moderna orientação metodológica do Direito Penal, que promove uma passagem do “pensamento sistemático” ao “pensamento problemático”, a teoria do delito se volta a problemas concretos da dogmática penal, tornando-se frequente a utilização de “constelações de casos” exemplificativos que conduzem a construção doutrinária da teoria do delito. (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 256-259).

Seguindo a mesma linha, Santiago Mir Puig defende uma formulação metodológica do Direito Penal que constitua um sistema “aberto”, o que se deve a um pensamento orientado a partir do “problema”.⁴⁶⁸ Esse é um ponto central da teoria funcional defendida por Roxin: a defesa de uma metodologia geral de orientação do sistema às suas consequências.⁴⁶⁹ Por isso que, mesmo considerando a falta de uniformidade entre as propostas qualificadas como teleológico-funcionalistas, Jesús-María Silva Sánchez aponta como uma característica bastante presente nessas propostas a intenção de se construir um sistema dogmático aberto a remodelações em razão das consequências político-criminais e da própria evolução do conhecimento.⁴⁷⁰

Os postulados político-criminais são, então, utilizados como critérios de decisão para a aplicação do Direito Penal,⁴⁷¹ sendo defendida por Roxin a presença dos problemas político-criminais na teoria geral do delito, integrando-os como conteúdo seu. Isso fica visível quando se questiona sobre a punibilidade de alguém que desiste da tentativa de um delito,⁴⁷² resposta não alcançada por meio de conceitos teóricos, pois se trata de um problema afeito à política criminal.⁴⁷³

Trata-se, aqui, de esforços pelo desenvolvimento de um sistema jurídico-penal marcado por constantes relações e derivações entre o próprio sistema e a política criminal, o que Bernd Schünemann se refere como um “conceito ponte” (pela ligação entre ambas as esferas do conhecimento).⁴⁷⁴

Nessa proposta, cada elemento da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) é pensado e sistematizado de acordo com sua função político-

⁴⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 280.

⁴⁶⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 237, 2001.

⁴⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 64.

⁴⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 24.

⁴⁷² Situação regulada, no Brasil, pelo artigo 15 do Código Penal: “Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017)

⁴⁷³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 14-15.

⁴⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 703, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

criminal.⁴⁷⁵ Os pressupostos de imputação penal já não se fundamentam em categorias do ser, mas em categorias valorativas, orientadas à satisfação do “fim social” do Direito Penal.⁴⁷⁶

Adotando o mesmo caminho teórico, Günther Jakobs afirma ser equivocado ajustar os conceitos jurídico-penais a fenômenos naturais ou a qualquer outro critério alheio ao social, afirmando-se, assim, a necessidade de se construir o sistema do Direito Penal com base em sua função social, relacionada com a função atribuída à pena.⁴⁷⁷

É essa a premissa fundamental do funcionalismo penal, consistente no fato de se construir um sistema dogmático voltado à função de satisfazer o que seja adequado ao sistema social ou a um subsistema (como o próprio Direito Penal),⁴⁷⁸ adquirindo destaque duas características nessa evolução da dogmática penal dos dias atuais: o predomínio da referência teleológica e a tendência a uma maior normatização dos conceitos jurídico-penais. É justamente em razão dessa crescente normatização dos conceitos jurídico-penais que se permite a orientação do Direito Penal a fins político-criminais, pois há uma flexibilização dos seus conceitos, despegados de referências ontológicas. Nesse paradigma, o legislador não se encontra previamente vinculado em sua tarefa por categorias ontológicas como acontece no finalismo, que incorre no equivoco naturalista de derivar do *ser* o *dever ser*.⁴⁷⁹

A dogmática voltada a fins e valorações político-criminais, em algumas ocasiões, passa a ser considerada a única capaz de conferir um conteúdo racional ao sistema da dogmática penal, considerando-se as inseguranças provenientes de uma fundamentação em critérios ontológicos, imutáveis, em sociedades plurais. Valoriza-se, com isso, a discussão e argumentação axiológicas e teleológicas.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 29.

⁴⁷⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 291.

⁴⁷⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 23, p. 295, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 113.

⁴⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 63-66.

⁴⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 67.

Roxin destaca que já não se acredita em soluções jurídico-penais deduzidas de conceitos superiores como apregoado pelo finalismo, enxergando pouco rendimento prático na existência dessas categorias superiores. Todavia, adverte que a extinção de uma sistematização da teoria do delito conduziria o Direito Penal a um estado de acaso e de arbítrio, o que também não se deseja.⁴⁸¹

Diante dessa crítica ao sistema até então construído na teoria do delito, mas também diante da irrenunciabilidade de uma sistematização da teoria do delito, Roxin conclui que a crítica não se dirige ao pensamento sistemático em si, mas às equivocadas premissas sobre as quais se fundam o sistema.⁴⁸²

Não se trata de uma tentativa de abandono completo das estruturas dogmáticas construídas até então. Por isso, Jesús-María Silva Sánchez não acredita que a atualmente conhecida dogmática funcionalista se constitua em uma concepção absolutamente nova que ameace destruir as construções dogmáticas modernas.⁴⁸³ O autor considera essa concepção muito mais uma continuação de uma tendência já manifestada anteriormente; em outras palavras, o funcionalismo se caracteriza pela acentuação de considerações teleológico-valorativas já presentes no paradigma até então dominante.⁴⁸⁴

Dessa forma, não se diferenciando tanto quanto possa parecer do funcionalismo, percebe-se que o paradigma finalista não é isento de elementos normativos e de considerações a respeito das exigências político-criminais, o que se pode notar no caso da adequação social como excludente da tipicidade.⁴⁸⁵ Nesse ponto, sabendo-se que Hans Welzel se refere ao tipo como a descrição dos elementos do injusto penal e sendo o injusto o comportamento contrário à ordem moral da vida social, o autor conclui que não haverá tipicidade nas ações

⁴⁸¹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 9-11.

⁴⁸² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 11-12.

⁴⁸³ Nesse mesmo sentido, Luís Greco afirma que a proposta funcionalista “[...] parece manter, ao menos em seu aspecto exterior básico, o modelo finalista.” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 121, 2000).

⁴⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 67.

⁴⁸⁵ CEREZO MIR, José. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 56, 2003. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5020&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

“socialmente adequadas”.⁴⁸⁶ Trata-se de um caso de exclusão da tipicidade pela adequação social da conduta,⁴⁸⁷ fazendo-se referência a exemplos como o das lesões praticadas em esportes (dentro das regras normais do jogo), das intervenções cirúrgicas e da provocação de morte em tais procedimentos (quando respeitadas as regras do ofício) e, ainda, do famoso exemplo do sobrinho que aconselha seu tio, de quem espera receber uma herança, a realizar perigosas viagens de trem.⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹

Ao desenvolver essa teoria, Welzel dirigia crítica à visão causal-naturalista de que se poderia pensar em crime quando presente uma lesão a um bem jurídico, pois a ausência de lesão era considerada o estado original do bem jurídico. Para Welzel, em uma interpretação correta da realidade social do Direito, apenas há a possibilidade de vida social com certa exposição a perigo dos bens jurídicos, sendo

⁴⁸⁶ Deve-se advertir que a teoria da adequação social não se desenvolveu sempre de maneira uniforme em Welzel, já tendo sido por ele considerada como causa de justificação (excludente da antijuridicidade). Entretanto, Welzel acabou por retomar seu pensamento inicial a respeito dessa matéria, incluindo a adequação social à tipicidade. (CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 46, mês 2, p. 701, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46435.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁴⁸⁷ Nas palavras de Welzel, concluindo sua abordagem a respeito da adequação social: “La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto penal.” (WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 66).

⁴⁸⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 63-66. Em relação a exemplo idêntico ao último citado (apenas com a irrelevante diferença de ter o sobrinho enviado seu tio a um bosque em época de tormenta, na esperança de que um raio o matasse), destaca-se que, na última edição de seu manual, Welzel não considerou como solução a esse caso a exclusão da tipicidade objetiva, mas sim a ausência de dolo, por inexistir vontade de matar. Isto é, considera-se cumprido o tipo penal objetivo, excluindo-se o dolo porque, por mais que exista uma esperança e desejo do resultado, não há uma vontade capaz de influir determinantemente nos fatos e controlar definitivamente o curso causal. (CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 30-31; ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 362).

⁴⁸⁹ A teoria da adequação social acabou cedendo lugar à teoria da imputação objetiva, brevemente examinada adiante, por se considerar que esta é mais adequada à solução de problemas de imputação, conquanto a marcante semelhança da primeira com o risco desaprovado. A esse respeito: GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 30-34. Também deixando à mostra a relação entre ambas as teorias, Manuel Cancio Meliá considera a teoria da adequação social de Welzel um antecedente da teoria da imputação objetiva como se apresenta hoje. (CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 30-31).

que todos estão constantemente expostos. Por isso a importância da adequação social, representando um âmbito de liberdade de atuação social.⁴⁹⁰

Com essa constatação da presença de elementos teleológico-valorativos no finalismo, estabelece-se uma semelhança visível com a proposta funcionalista. A diferença principal desse último paradigma se encontra, além da acima mencionada acentuação desses elementos, na intenção de racionalizar a intervenção desses aspectos teleológicos e axiológicos na construção de um sistema aberto, no qual se analise “[...] cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc.” Com isso, se admite a possibilidade de alteração do significado de cada categoria em razão de alterações valorativas ou de variações na compreensão dos fins do Direito Penal e do sistema da teoria do delito.⁴⁹¹

Também se referindo à distinção metodológica entre os paradigmas clássico e funcionalista, Roxin destaca que uma diferença essencial é que o sistema funcionalista (ou teleológico político-criminal) não se preocupa em dissecar o comportamento criminoso em elementos que necessariamente devam ser localizados em um determinado estrato da teoria do crime, cada qual concebido como um compartimento com elementos próprios. Na proposta político-criminal, o comportamento delitivo é concebido como um todo significativo, admitindo-se a existência de diversos aspectos de valoração em diversos momentos.⁴⁹²

O autor fornece dois exemplos para facilitar a compreensão dessa construção teórica: (a) o estado de necessidade exculpante⁴⁹³ é examinado no âmbito da

⁴⁹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 46, mês 2, p. 699-702, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46435.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 33.

⁴⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.

⁴⁹² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 250.

⁴⁹³ Conforme André Luís Callegari e Eugênio Pacelli, o estado de necessidade ocorre quando o agente se encontra em uma situação de necessidade de violação de um bem jurídico alheio para salvar bem jurídico próprio ou de terceiro, excluindo-se a antijuridicidade de sua conduta em razão da necessidade. Entretanto, para uma teoria diferenciadora, o estado de necessidade pode ser considerado justificante (excludente da antijuridicidade) quando o bem a ser sacrificado for de menor valor do que o bem a ser protegido, assim como pode ser exculpante (excludente da culpabilidade) quando o bem a ser sacrificado for mais valioso do que o bem a ser protegido. No Brasil, referem os autores ser adotada a teoria unitária, não se promovendo essa distinção em relação ao estado de necessidade, mas se podendo aplicar, quando o bem sacrificado for mais valioso do que o bem salvo, a causa de exclusão da culpabilidade “inexistência de conduta

categoria “responsabilidade”,⁴⁹⁴ que é excluída. Contudo, também na antijuridicidade esse estado de necessidade exerce influência, conquanto de outra maneira, como causa de diminuição do injusto relevante em outros contextos jurídicos. Assim também (b) em relação ao dolo, que pode exercer diferentes formas de influência tanto quando se analisar o injusto, quanto quando se considerar a culpabilidade.⁴⁹⁵

Outro exemplo da presença da política criminal na teoria do delito se refere à legítima defesa contra agressão injusta praticada por uma criança, hipótese permitida por se considerar que a criança também pode obrar antijuridicamente. Entretanto, por ser a agressão à criança um fato inaceitável para a consciência social, seria exigível que o agredido fugisse, deixando a agressão à criança como recurso extremo.⁴⁹⁶

Também exemplificativo desse pensamento (não necessariamente em relação à proposta de Roxin, já que, conforme destacado anteriormente, não se pode afirmar a existência de apenas um modelo funcionalista) é o problema envolvendo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, presente na referência de Carlos Gómez-Jara Díez: “[...] quando se trata de pessoas jurídicas, que constituem um fator decisivo da evolução social graças à geração de recursos que comportam, a utilização do Direito Penal deve ser feita levando em consideração finalidades político-criminais concretas.”⁴⁹⁷

No caso da pessoa jurídica, sob algumas vertentes funcionalistas, admite-se a possibilidade de sua punição a título de dolo, que se configura com o elemento cognitivo, composto pelo conhecimento do risco que sua conduta representa a um bem jurídico (teoria cognitiva do dolo). Prescinde, para sua punição, a demonstração de uma vontade contrária à norma de conduta.⁴⁹⁸ Todavia, destaca-se que esse conhecimento não se confunde com o psicológico próprio das pessoas naturais,

diversa”. (CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 313-318)

⁴⁹⁴ Como será adiante abordado, na concepção de Claus Roxin da teoria do delito, promove-se a substituição da categoria “culpabilidade” pela categoria “responsabilidade”, composta pela culpabilidade e pela necessidade preventiva de aplicação da pena – ver ponto 3.2.3.

⁴⁹⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 250-251.

⁴⁹⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 11-16.

⁴⁹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 9.

⁴⁹⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 327.

sendo concebido como um defeito de organização,⁴⁹⁹⁻⁵⁰⁰ estando-se diante de uma construção normativa de dolo.

Ainda se pode tomar como exemplo de uma nova concepção de dolo, especialmente de dolo eventual, que, no entendimento de Bernd Schünemann, esteve até então sujeito a palavras vazias e a fórmulas linguísticas retóricas para a sua conceituação,⁵⁰¹ o entendimento que substitui o elemento volitivo ontológico por aportes político-criminais. Desse modo, o elemento volitivo passa a ser valorado a partir do conhecimento do agente a respeito das características de seu comportamento enquanto ação dominada pelo agente e que represente seu desrespeito ao bem jurídico.⁵⁰²

No caso do conceito de dolo eventual e sua distinção em relação à culpa consciente, Hans Welzel conceituou o primeiro a partir de categorias ontológicas, sob um viés eminentemente volitivo (o “assumir o risco do resultado”). Sob determinada perspectiva funcionalista, se questiona quando se faz legítima e necessária a aplicação da pena por um crime doloso, com a consciência de que manter maiores exigências para a configuração do dolo representa uma maior garantia da liberdade dos indivíduos à custa da menor proteção de bens jurídicos; ao contrário, quanto menos requisitos se exigir para a configuração do dolo, maior a proteção de bens jurídicos e menor a garantia da liberdade dos cidadãos.⁵⁰³ A

⁴⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 328.

⁵⁰⁰ A respeito da capacidade de ação da pessoa jurídica, para que se perceba a diferença do pensamento aqui exposto com o raciocínio de caráter ontológico, Giuseppe Bettiol refere que, em outros campos do Direito que não o penal (como, por exemplo, no Direito Privado), utiliza-se de um sentido normativo de ação, permitindo-se que, em certos casos, a vontade manifestada pela pessoa física seja compreendida como vontade da pessoa jurídica. No Direito Penal, continua o autor, esse critério normativo não pode ser aplicado, pois a vontade é considerada, no seu entendimento, em sentido individual-psicológico, sendo restrita ao indivíduo. Isso se dá, inclusive, porque o Direito Penal concebe a pena como retribuição aflitiva, sentida apenas pela pessoa física e não pela pessoa jurídica. (BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, p. 317-318).

⁵⁰¹ Nas palavras do autor: “El finalismo ha naufragado de una forma especialmente trágica en su, por así decirlo, innato territorio, puesto que no quiso reconocer que las estructuras psicológicas reales no cuadraban con la praxis tradicional, puesto que en los conceptos psicológicos en absoluto existe una frontera trazable con nitidez entre aquello que habitualmente se califica como imprudencia consciente o bien como dolo eventual.” (SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 707, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁵⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 706, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 133-134, 2000.

distinção entre dolo eventual e culpa consciente, portanto, não mais se condiciona à assunção do risco pelo agente, mas a avaliações de maior ou menor necessidade e legitimidade do tratamento da conduta como dolosa e da respectiva aplicação da pena correspondente. Dessa forma, o sistema da dogmática do Direito Penal não mais é orientado por realidades ontológicas como a finalidade, mas pelos objetivos do Direito Penal, tomando por base um critério normativo.⁵⁰⁴

Essa nova proposta de sistema jurídico-penal, de caráter funcionalista, para Bernd Schünemann, oferece suficientes melhoras na aplicação do Direito Penal.⁵⁰⁵ Entre essas apontadas melhoras, encontra-se a modelagem da teoria da imputação objetiva promovida pelo funcionalismo,⁵⁰⁶ que ocupa papel de destaque nesse paradigma e que possibilita uma maior compreensão das características até agora mencionadas desse modelo teórico.

3.1.1 A teoria da imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva surgiu por volta de 1930,⁵⁰⁷ com os escritos de Richard Honig,⁵⁰⁸ com o objetivo de determinar de maneira mais precisa a relação

⁵⁰⁴ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 4, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 705, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰⁶ Nas palavras de André Luís Callegari e Manuel Cancio Meliá, “[...] a teoria da imputação objetiva é a tradução dogmática na teoria do tipo das correntes jurídico-dogmáticas funcionais das últimas décadas.” (CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61).

⁵⁰⁷ Ao menos no Direito Penal, considerando-se que o civilista Karl Larenz já havia a ela feito referência em 1927. (CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 25; GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15-20).

⁵⁰⁸ CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 201.

entre a conduta e o resultado no Direito Penal,⁵⁰⁹ especialmente pelo fato de que a teoria da equivalência⁵¹⁰ não alcançava adequadamente esse objetivo.⁵¹¹

Para se definir sob quais condições o resultado pode ser atribuído ao agente, Richard Honig desenvolveu uma teoria da imputação objetiva centrada em um momento pré-jurídico, apenas admitindo a imputação quando o resultado puder ser considerado obra de um curso causal controlado pela vontade manifestada pelo agente, não se considerando um mero acontecer causal.⁵¹² Ou seja, Richard Honig afirma que não basta o nexos causal naturalista entre ação e resultado, fazendo-se necessário, também, uma relação causal normativa, concluindo-se que a imputação objetiva se consubstancia em um problema axiológico (e não causal-naturalista).⁵¹³

⁵⁰⁹ Função de extrema importância, considerando-se que a teoria do delito é considerada um instrumento técnico-jurídico para se estabelecer a quem se deve imputar determinados acontecimentos e quem deve responder por eles. (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 199).

⁵¹⁰ A respeito da teoria da equivalência das condições, Roxin refere-se a tomar por “[...] causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *condicio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado.” (grifo do autor) (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 347). Tomemos o seguinte exemplo de Roxin a respeito dessa teoria: “Se, por ex., um motorista bêbado não consegue mais dominar seu carro e acaba caindo na pista em sentido contrário, onde colide com um carro vindo do outro lado, o uso de álcool é causa deste resultado; pois se o excluirmos mentalmente, o motorista do carro teria permanecido na pista correta, e o acidente não teria ocorrido. A vítima seria igualmente causa do resultado: se excluirmos mentalmente o fato de ela dirigir, não se chegaria ao acidente. De acordo com a referida fórmula, também os produtores dos carros são causa do resultado [...]” Em outro momento, Roxin fornece exemplo com conclusão diversa, mas também equivocada, dessa teoria: “[...] A e B, de modo independente, adicionam veneno ao café de C. Se C morrer em virtude do café, mas a quantidade tanto de A como de B já for por si só suficiente para causar a morte exatamente da mesma maneira, então se poderia subtrair mentalmente a ação de qualquer dos dois, sem que o resultado desaparecesse.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 273 e 278-279).

⁵¹¹ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. p. 22.

⁵¹² Esse raciocínio se fundamenta na concepção de que as pessoas podem configurar o mundo exterior de acordo com a sua vontade, controlando cursos causais. Um exemplo utilizado por Honig para demonstrar os efeitos dessa teoria é o já anteriormente referido caso do sobrinho que envia seu tio rico a um passeio em um bosque conhecido pelas tempestades que ocorrem no local, na esperança de que um raio o atinja, arrecadando a herança deixada. Por mais que exista a intenção de que o tio morra atingido por um raio, não se trata de um resultado que possa ser objetivamente perseguido como fim. (FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. p. 23-25).

⁵¹³ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

Atualmente, considerada por seus partidários a teoria dominante no Direito Penal pós-finalista,⁵¹⁴ a teoria da imputação objetiva se apresenta de maneira distinta, atribuindo fundamental importância a critérios eminentemente jurídicos.⁵¹⁵ Para Luís Greco, os esforços iniciais de desenvolvimento dessa teoria se diferenciam da sua atual configuração porque, anteriormente, não se fazia referência explícita à ideia de risco,⁵¹⁶ além de se limitar essa teoria a excluir os resultados imprevisíveis, sem a presença de uma série de critérios voltados à exclusão da imputação.⁵¹⁷

De maneira geral, Claus Roxin refere que o tipo objetivo dos delitos de resultado, nos antigos paradigmas da teoria do delito, se manteve atrelado à causalidade.⁵¹⁸ Da mesma forma afirma Luís Greco, para quem o tipo naturalista (apenas constituído por ação, nexos causal e resultado) foi superado pelo finalismo, que procedeu a uma bipartição do tipo em objetivo (mesmos elementos do tipo naturalista – ação, causalidade e resultado) e subjetivo (dolo e elementos subjetivos especiais). Nesse cenário, a imputação objetiva surge como tentativa de superação desse esquema de tipo objetivo finalista, não se contentando com a verificação da presença de ação, nexos causal e resultado, mas exigindo um conjunto de novos requisitos para que se possa considerar um resultado típico.⁵¹⁹

⁵¹⁴ STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M (org.). **El derecho penal hoy: homenaje al profesor David Baigún**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 251.

⁵¹⁵ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra**. Madrid: Civitas, 2000. p. 23-25.

⁵¹⁶ Interessante notar, nesse ponto, a referência de Paulo Vinicius Sporleder de Souza de que a crescente intensificação dos riscos na sociedade atual (juntamente com a maior tecnificação das atividades) tem feito do crime culposos uma forma de criminalização cada vez mais presente no Direito Penal. (SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 14, n 2, p. 229, 2006. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/24/27>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁵¹⁷ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15.

⁵¹⁸ Nas suas palavras: “La dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y en los casos en que parecía inadecuada la punición se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 362).

⁵¹⁹ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 6-7.

A moderna teoria da imputação objetiva procura se desapegar do critério da causalidade, como critério científico-natural, para incorporar à imputação a orientação a valorações jurídicas⁵²⁰ que, conforme se verá a seguir, se baseiam fundamentalmente na realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo.⁵²¹ O objetivo dessa teoria é fornecer os elementos necessários para se conseguir transformar uma mera causação em uma imputação – por exemplo, a provocação causal de uma morte em uma imputação de homicídio.⁵²²⁻⁵²³

Diante disso, o pressuposto inicial da realização do tipo é a verificação de que o autor tenha causado o resultado,⁵²⁴ não sendo essa causalidade, entretanto, o único elemento suficiente para a imputação ao tipo objetivo.⁵²⁵ É nesse contexto que Günther Jakobs qualifica a causalidade como o requisito mínimo para a imputação

⁵²⁰ Nesse sentido é, também, a referência de Enrique Bacigalupo, que vê na teoria da imputação objetiva o intento de “[...]la limitación de la causalidad (natural) sobre bases normativas.” (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 202).

⁵²¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206-207.

⁵²² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 308.

⁵²³ Em Hans Kelsen se encontra a distinção entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação, inclusive com a crítica já formulada à teoria da equivalência das condições de que se promoveria, com ela, um “regresso ao infinito” na cadeia de causas: “[...] toda a causa concreta pressupõe, com efeito, uma outra causa, e todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito – de harmonia com a essência da causalidade – é interminável nos dois sentidos. [...] O número de elos de uma série imputativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 101).

⁵²⁴ Nesse momento, o exame se pauta em um juízo de causalidade, segundo o qual alguns acontecimentos podem ser considerados consequência de acontecimentos anteriores. (CERLETTI, Marco L. Juicios de imputación y juicios causales. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 240)

⁵²⁵ No exemplo de Roxin: “Se A convence B a fazer um voo a Mallorca, no qual B se acidenta, a morte de B foi causada pelo conselho de A, mas ele não terá matado B, porque o acontecimento é tido como um fato do acaso, incalculável, que não pode ser imputado a A como obra sua. (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 270). Da mesma forma, se imputa o resultado morte ao agente que conduz seu veículo em desrespeito às normas de trânsito e vem, por esse motivo, a causar um acidente com a morte de outro motorista. A existência de tipicidade nesse caso não se fundamenta na causalidade ou na finalidade, já que o outro motorista, que conduzia seu veículo adequadamente, também deu causa ao resultado, além de o responsável pelo acidente não o ter provocado “finalmente”. Além disso, o vendedor do veículo que deseja fortemente que o comprador se envolva em um acidente mortal, apesar da intenção e causalidade, não será responsabilizado em razão da falta de criação de um risco não permitido. (ROXIN, Claus. **El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania**. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 6, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

objetiva do resultado.⁵²⁶ Ou seja, se a conduta do agente não for, pelo menos, *conditio sine qua non* do resultado, não se poderá questionar a respeito dos requisitos da imputação objetiva,⁵²⁷ configurando-se a mencionada posição difundida na doutrina: a de conceber o juízo de causalidade como um fundamento precedente do juízo de imputação.⁵²⁸ É nesse sentido a referência de Fabio Roberto D’Avila de que a teoria da imputação objetiva não surge com o propósito de substituir a análise causal naturalística, mas de aprimorar e complementar a causalidade,⁵²⁹ fazendo referência ao seguinte sistema de análise: primeiro, a verificação de um vínculo causal, como um critério mecânico-natural (“[...] causa como condição conforme a lei natural”); segundo, a constatação de um vínculo normativo, aqui se constatando os critérios de imputação objetiva (criação de um risco não permitido, alcance do tipo etc.).⁵³⁰

Diferentemente do procedimento adotado no finalismo, que buscava a essência da realidade para, após, realizar a valoração jurídica, assim encontrando a solução aos problemas de imputação, a teoria da imputação objetiva parte de uma base normativista,⁵³¹ assumindo não competir à realidade solucionar os problemas de imputação, cabendo ao Direito, autonomamente, valorar uma conduta como proibida de acordo com seus objetivos.⁵³²

Mesmo assim, se afirma não resultar dessa teoria imprecisão ou insegurança na determinação da imputação. Nas palavras de Luís Greco, “Os fundamentos da

⁵²⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 237.

⁵²⁷ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 88.

⁵²⁸ Apesar de referir ser a postura mais difundida, é interessante notar que Marco L. Cerletti defende o abandono da concepção que considera o juízo de causalidade como ponto de partida ou fundamento ao juízo de imputação, entendendo ser um critério mais adequado à construção de uma ciência jurídico-penal o que encontra na própria imputação o seu critério determinante, retirando a importância até então atribuída à causalidade (natural). (CERLETTI, Marco L. Juicios de imputación y juicios causales. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 247 e 274).

⁵²⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37.

⁵³⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 42.

⁵³¹ CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

⁵³² GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38-39.

teoria da imputação objetiva são mais do que sólidos, uma vez que se alicerçam nas funções do tipo, as quais remetem à função do Direito Penal, que, por sua vez, é diretamente fundada na Constituição Federal e na ideia de Estado Social e Democrático de Direito.”⁵³³

Adverte-se que, mesmo com a referência acima de Luís Greco, paira grande insegurança na construção teórica da teoria da imputação objetiva em se considerando a diversidade de especificações dessa teoria em diferentes autores.⁵³⁴ Por exemplo, encontra-se referência de que essa teoria é pertinente apenas aos crimes que exigem a realização de um resultado em um momento distinto ao da conduta, o que não se verifica nos delitos de simples atividade (violação de domicílio, falso testemunho etc.). Nesses últimos, trata-se apenas da realização de subsunção aos elementos do tipo penal presente na Parte Especial da legislação.⁵³⁵ Em sentido contrário, também se pode encontrar posição de que se trata, sobretudo, de uma teoria do comportamento proibido não limitada aos delitos de resultado.⁵³⁶

Ainda que existam divergências, alguns elementos são considerados como unanimidade nos autores que trabalham com essa construção teórica, dentre os quais se encontram os dois elementos por excelência da teoria da imputação objetiva: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização desse risco no resultado.⁵³⁷

Em um primeiro momento, portanto, apenas em caso de excesso em relação ao risco permitido,⁵³⁸ passarão a ser importantes outras questões como o dolo e a

⁵³³ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 89.

⁵³⁴ CERLETTI, Marco L. Juicios de imputación y juicios causales. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 248.

⁵³⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 269; ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 71.

⁵³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 66-67.

⁵³⁷ CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57; CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 46, mês 2, p. 708, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46435.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 308-309.

⁵³⁸ Na doutrina de Jesús-María Silva Sánchez, o conceito de “risco permitido” como barreira dogmática da incriminação de condutas seria originário da sociedade pós-industrial, sob o

culpa. Antes disso, dentro dos limites do risco permitido, as demais questões do delito não se fazem determinantes.⁵³⁹

Mas, mais do que a criação de um risco juridicamente proibido, para que exista a imputação de um resultado ao agente é necessário que o risco por ele criado se realize. Do ponto de vista preventivo, não faria sentido responsabilizar o agente pela materialização de um risco geral da vida (como quando a vítima falece em razão de um acidente de trânsito envolvendo a ambulância que o socorria) ou um resultado resultante de um risco criado por terceiro (como no caso de ocorrência de um crasso erro médico durante o socorro à vítima do delito).⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹

Dentro desse esquema geral de criação de um risco não permitido e realização desse risco no resultado, alguns critérios específicos se relacionam e compõem a teoria da imputação objetiva, como, por exemplo, os casos de diminuição do risco e de risco permitido, o fim de proteção da norma, a autocolocação em perigo, entre outros.⁵⁴²⁻⁵⁴³

seguinte sentido ou justificação: “[...] la colectividad ha de pagar el precio del desarrollo, admitiendo que las empresas no adopten las máximas medidas de seguridad ni empleen materiales de la máxima calidad. De lo contrario, no se podrá obtener el beneficio que permita la acumulación de capital necesaria para la reinversión y el crecimiento; o bien no se progresará al ritmo esperado. Y esto debe admitirse aunque se sepa de antemano no ya que de modo genérico se producirán lesiones o muertes, sino que específicamente en una determinada industria éstas habrán de tener lugar.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 42-43). Pode-se relacionar a isso a concepção de “cuidado necessário”, encontrada em Hans Welzel, quando se refere ao crime culposo, destacando que não se pode exigir de uma pessoa um cuidado maior do que aquele necessário (para o tráfego de veículos, por exemplo), caso contrário as pessoas seriam levadas a uma completa inação. Assim, uma lesão a um bem jurídico decorrente de uma ação desse tipo poderia ser considerada uma desgraça, mas jamais um injusto penal. (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 117-118).

⁵³⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 245.

⁵⁴⁰ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 84-85.

⁵⁴¹ Adverte-se que José Cerezo Mir critica essa exigência de que o risco criado pelo agente se materialize no resultado, no âmbito da teoria da imputação objetiva, quando se tratar de delitos de ação dolosos. O autor acredita que essa exigência restringe de maneira exagerada o âmbito do tipo, considerando-a justificada apenas quando se estiver a tratar de delitos preterdolosos. (CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 15, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁵⁴² ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 7, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017. Encontra-se uma breve referência a alguns requisitos da teoria da imputação objetiva em Marco L. Cerletti: “[...] se verifica si esos acontecimientos representan *la creación o elevación de un riesgo reprobado* sobre el bien jurídico afectado; además, se verifica si ese riesgo

Ao lado dos elementos da criação de um risco não permitido pelo agente ao objeto da ação e da concretização desse risco no resultado, Roxin insere a necessidade de se constatar que o perigo e as consequências do caso concreto estejam abarcados pelo alcance do tipo, que o tipo se destine ao impedimento desse perigo específico e dessas consequências.⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵ Nesse caso, apenas se pode imputar ao agente o resultado que a norma objetive prevenir, ficando fora do âmbito de imputação os resultados que sejam alheios ao fim de proteção da norma.⁵⁴⁶

Nessa categoria do alcance do tipo, Roxin inclui algumas regras para a exclusão da imputação, como a contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo,⁵⁴⁷ a heterocolocação em perigo consentida⁵⁴⁸ e a atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio^{549, 550}

no permitido debía ser administrado o neutralizado por la propia víctima (*competencia de la víctima*), o por un tercero (*prohibición de regreso, principio de confianza*); se pregunta asimismo si el resultado producido ingresa dentro del *fin de protección de la norma* que funda la reprobación del riesgo, y por último, si ese resultado es la *realización del riesgo reprobado*.” (grifos do autor) (CERLETTI, Marco L. Juicios de imputación y juicios causales. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 248)

⁵⁴³ Ressalta-se, novamente, que não existe apenas uma vertente da teoria da imputação objetiva. Em Jakobs, por exemplo, uma formulação diferente é proposta, com a divisão dessa teoria em dois níveis: primeiramente, a imputação objetiva do comportamento (no qual se examinam os institutos do risco permitido, princípio da confiança, atuação a risco próprio da vítima e proibição de regresso); em um segundo plano, a imputação objetiva do resultado, determinando-se que o resultado seja emanado do risco típico. (CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 48-52; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76-83; CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 244).

⁵⁴⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 308-309.

⁵⁴⁵ Sobre o segundo elemento, veja-se o seguinte exemplo ilustrativo: “Dois ciclistas dirigem no escuro, um atrás do outro, sem iluminar as bicicletas. Por causa da ausência de iluminação, o ciclista da frente colide com um ciclista vindo do sentido oposto. O resultado teria sido evitado, se o ciclista de trás tivesse iluminado a sua bicicleta. [...] o fim da norma que exige a iluminação de bicicletas é evitar acidentes que decorram imediatamente da própria bicicleta, e não iluminar outras bicicletas, impedindo colisões de terceiros.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 336).

⁵⁴⁶ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 86.

⁵⁴⁷ Em casos nos quais a vítima, consciente do perigo, contribui para o resultado, em uma conduta de autocolocação em perigo: “A entrega a B heroína, para consumo, estando ambos conscientes do perigo existente. B injeta a substância e falece.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 357). Também a respeito do critério da autocolocação em perigo: FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. p. 28.

Também não haverá a imputação do resultado nos casos de diminuição do risco, verificada quando o agente modificar o curso causal de tal maneira que o perigo já previamente existente venha a ser enfraquecido, concluindo-se, diante disso, pela inexistência da criação de um risco pelo agente, elemento esse necessário para a imputação do resultado. O mesmo raciocínio é aplicado ao caso de substituição do risco criado por outro diverso, mas menos danoso. Haveria, nesses casos, uma melhora na situação do bem jurídico protegido.⁵⁵¹

Assim ocorre no caso do sujeito que desvia a pedra que se dirigia à cabeça de uma pessoa, fazendo-a atingi-la em parte menos letal do corpo; ainda, o médico que, com sua intervenção, posterga a morte do paciente; por último, no caso de alguém que joga uma criança pela janela de um edifício em chamas, salvando-a da morte, mas lesionando-a. Utilizar-se da teoria tradicional poderia permitir a solução desses casos no campo da antijuridicidade, reconhecendo-se o estado de necessidade justificante;⁵⁵² contudo, esse raciocínio levaria a se considerar a diminuição do risco uma lesão ao bem jurídico que compõe o tipo de delito, conclusão com a qual não concorda Roxin.⁵⁵³⁻⁵⁵⁴

⁵⁴⁸ Também consciente do risco, mas não se colocando em situação de perigo, a vítima permite que outrem lhe conduza a essa situação: “O dono de um carro, já incapaz de dirigir por motivo de embriaguez, atendendo aos pedidos de um dos participantes da festa, permite que ele vá em seu carro. O passageiro morre em um acidente causado pela alcoolização do motorista.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367-368).

⁵⁴⁹ Verificado quando a evitação do resultado se inserir no âmbito de responsabilidade de um terceiro: “Apesar da escuridão, A conduz seu caminhão sem luzes traseiras. Uma patrulha policial o para e o adverte. Como medida de proteção contra veículos que possam vir, um policial põe uma lanterna de luz vermelha na pista. O policial instrui a A que dirija até o próximo posto de gasolina; o carro da patrulha irá logo atrás, protegendo o caminhão não iluminado. O policial retira a lanterna da pista antes de A partir. Em decorrência disso, um segundo caminhão vai de encontro ao caminhão não iluminado, num acidente em que falece o passageiro do segundo caminhão.” Aqui, Roxin considera que, a partir do momento em que a polícia assumiu a segurança do tráfego, a responsabilidade pela evitação do resultado passou a ser sua. (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 376).

⁵⁵⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 353-382.

⁵⁵¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313-314; FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. p. 26-27.

⁵⁵² O estado de necessidade justificante se constitui em causa excludente da antijuridicidade e ocorre quando, diante de uma colisão de interesses em jogo, o agente opta pelo interesse mais valioso em detrimento do menos valioso, assim havendo o sacrifício do bem jurídico de menor valor. (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 672).

⁵⁵³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313-314.

Igualmente se exclui a imputação quando, mesmo que tivesse o agente agido em conformidade com o Direito, ainda assim o resultado tivesse ocorrido. Ou seja, apesar da criação do risco proibido, o resultado no caso específico era inevitável,⁵⁵⁵ considerando-se que o comportamento alternativo ajustado ao Direito não seria capaz de evita-lo.⁵⁵⁶

No caso do comportamento alternativo conforme o Direito, categoria na qual se insere o conhecido exemplo do ciclista,⁵⁵⁷ julgado pelo Tribunal Supremo Federal Alemão,⁵⁵⁸ encontram-se divergências significativas a respeito da necessidade de se verificar se o comportamento correto do agente seguramente evitaria o resultado ou se, mesmo diante de dúvida a respeito da evitabilidade do resultado pelo comportamento correto, restaria excluída a imputação.

Claus Roxin aplica a esse tipo de caso a “teoria do aumento/incremento do risco”, a significar que o comportamento do agente que aumenta o risco de produção do resultado indica uma mera possibilidade (e não probabilidade ou certeza) de que eventual conduta conforme o Direito evitasse que o resultado danoso viesse a ocorrer. Verificado o incremento do risco de modo juridicamente relevante, portanto, justificar-se-ia a imputação do resultado ao agente.⁵⁵⁹

⁵⁵⁴ Divergindo dessa posição de Roxin, José Cerezo Mir se manifesta de maneira contrária ao critério da diminuição do risco como excludente da imputação ao tipo, pois considera que esse critério introduz ao tipo penal uma valoração de conflito de interesses, compatível não ao tipo, mas às causas de justificação. (CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 15, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁵⁵⁵ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 87-88.

⁵⁵⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 38.

⁵⁵⁷ “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 338).

⁵⁵⁸ Nesse caso, veja-se o seguinte trecho da decisão: “[...] só se justifica a punição por delito consumado se o autor não apenas tiver causado a lesão através do comportamento antijurídico, mas também se o comportamento correto acabasse seguramente por evitá-la. Restando dúvida a respeito, ter-se-ia de aplicar o princípio do in dubio pro reo e considerar ausente o desvalor do resultado.” (GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 123).

⁵⁵⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 339; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 39.

Diferentemente, Santiago Mir Puig refere que a doutrina majoritária entende que, nesses casos de comportamento alternativo conforme o Direito, não se podendo afirmar a probabilidade (não mais possibilidade) de que o comportamento adequado evitasse o resultado, dever-se-á aplicar o critério *in dubio pro reo* e excluir a imputação,⁵⁶⁰ podendo-se considerar essa solução pelo *in dubio pro reo* como a mais adequada a um programa político-criminal garantista, em contraposição à teoria do incremento do risco.⁵⁶¹ A mesma conclusão pode ser encontrada, se bem que considerando outros elementos e inserido em outro paradigma, em Hans Welzel, quando afirma que se deve demonstrar *com certeza*, nos delitos culposos, que o resultado danoso foi originado do comportamento desconforme ao devido cuidado.⁵⁶²

A partir dos elementos da teoria da imputação objetiva acima apontados, pode-se visualizar a presença da tendência normativista característica da vertente funcionalista ou teleológica da teoria do delito, que passa a conviver de maneira mais corriqueira com critérios de base jurídica, o que ocorre de maneira mais escassa no finalismo.

Percebido isso e para que se possa delimitar um pouco mais a compreensão dessa atual proposta metodológica, é indispensável o exame de alguns pontos gerais a respeito das duas principais vertentes funcionalistas no Direito Penal, representadas, respectivamente, por Claus Roxin e por Günther Jakobs.

⁵⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 299-300. Essa solução é encontrada também em Jakobs, para quem a dúvida a respeito da relevância da conduta criadora do risco proibido para a produção do resultado é um problema processual, resolvido pelo princípio *in dubio pro reo*. (JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 285-287).

⁵⁶¹ CERLETTI, Marco L. Juicios de imputación y juicios causales. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 268.

⁵⁶² Em suas palavras: “La producción del resultado tiene que ser consecuencia, precisamente, de la falta de observancia del cuidado. Este no es el caso si el resultado ha sido causado por la acción que no responde al cuidado debido, pero se habría producido igualmente si la acción hubiera sido realizada con dicho cuidado. (...) La circunstancia de que el resultado se haya producido, precisamente, como consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido, debe ser probada con una probabilidad que linde con la certidumbre; en caso contrario se debe absolver.” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 120-121).

3.2 O Direito Penal funcionalista em Claus Roxin

A proposta de Roxin é considerada uma via intermediária entre a teoria do crime de metodologia ontologicista e as propostas funcionalistas avaliadas como extremadas e seu objetivo principal é superar a incomunicabilidade entre a dogmática e a política criminal proposta por Franz von Liszt, inserindo a última na construção dogmática.⁵⁶³

Roxin apregoa que as categorias tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade devem ser desenvolvidas com base em suas funções político-criminais.⁵⁶⁴ Especificamente, o injusto penal deve derivar das funções do Direito Penal, enquanto a culpabilidade deve ser derivada da função da pena.⁵⁶⁵ Com essa proposta, Roxin apresenta o Direito Penal e a política criminal não como opostos, mas o primeiro muito mais como a forma pela qual as finalidades político-criminais são conduzidas à vigência jurídica.⁵⁶⁶

A diferenciação dessa corrente funcionalista em relação ao finalismo de Hans Welzel se encontra no fato de não mais se promover a vinculação da dogmática penal a limitações ontológicas, mas a decisões político-criminais, como a pretendida proteção de bens jurídicos por meio da prevenção de delitos.⁵⁶⁷

O próprio Roxin refere que sua teoria difere das anteriores por não se fundamentar em critérios ontológicos (causalidade ou finalidade), mas em finalidades político-criminais, com a ampliação do injusto penal pela introdução da teoria da imputação objetiva, bem como pela reestruturação da culpabilidade, que é

⁵⁶³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 264.

⁵⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 703, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁶⁵ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 4, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁶⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 82.

⁵⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 6, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; GRECO, Luís; LEITE, Alair. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, Rio de Janeiro, n. 07, maio/ago., p. 107, 2011.

complementada pela exigência de necessidade preventiva da sanção, o que resulta em uma teoria da responsabilidade.⁵⁶⁸

Essa proposta se materializa como uma tentativa de tornar necessária a consideração de postulados político-criminais, sem que se chegue a sacrificar a segurança jurídica fornecida pelo pensamento sistemático. Adota-se a consciência de que o pensamento sistemático pode contribuir para a manutenção de um autoritarismo conceitual alheio à realidade, assim como o pensamento problemático político-criminal pode favorecer a arbitrariedade. Diante disso, procura-se introduzir as valorações político-criminais no sistema dogmático, sem que se caia em arbitrariedades.⁵⁶⁹ Assim, a íntima relação entre dogmática e política criminal passa a ser o caminho apontado para a superação do criticável sistema abstrato-conceitual da dogmática. Inclusive, destaca-se a importância da criminologia nessa construção sistêmica, defendendo-se a transformação dos conhecimentos criminológicos em pretensões político-criminais e, estas últimas, em regras jurídicas, o que se concluiria pela obtenção do socialmente correto.⁵⁷⁰

No funcionalismo de Günther Jakobs (que será examinado posteriormente), qualquer limitação do Direito Penal a dados empíricos é taxada de um criticável naturalismo. Já na proposta funcionalista de Roxin, diferentemente, os dados empíricos são tomados em conta pela dogmática, mas sempre examinados a partir de um ponto de vista normativo.⁵⁷¹ Nesse caso, não se defende uma total desvinculação do sistema dogmático em relação a dados empíricos, mas de uma vinculação entre os seus conceitos e a realidade menor do que aquela defendida pelos finalistas, sendo o objetivo do autor não superar completamente as categorias dogmáticas até então desenvolvidas, mas complementá-las.⁵⁷²

⁵⁶⁸ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 12, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 265.

⁵⁷⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 82.

⁵⁷¹ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 79-80.

⁵⁷² ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n 29, p. 441, 2006. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>>. Acesso em: 13 jan. 2017; MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia**

A concretização adequada da valoração levada a efeito no pensamento funcionalista de Roxin é indicada pela “resistência da coisa”, o que significa que “[...] quanto menores os atritos entre o conceito e objeto a que ele se refere, quanto mais fácil e naturalmente venham surgindo as soluções, maiores as probabilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto.”⁵⁷³ Nesse contexto, se pode afirmar que Roxin não formula um sistema funcionalista ao extremo, pois dotado de limitação, assim como não adota as estruturas lógico-reais como parâmetro de sua construção como feito pelo finalismo.⁵⁷⁴

Diante do que foi referido, percebe-se que essa proposta funcionalista, com fundamento na política criminal, exige que não se tome um caminho exclusivamente normativista, mas sim um caminho de certa forma limitado por dados da realidade. Esses dados da realidade são alcançados pela constatação dos efeitos materiais produzidos pelo sistema penal (comprováveis empiricamente⁵⁷⁵).⁵⁷⁶ Na síntese de Santiago Mir Puig, a teoria do delito oriunda dessa metodologia não se constitui em mera descrição da realidade naturalística fundada em critérios ontológicos, assim como não se trata de uma pura criação normativa; se trata de uma relação entre ambos os aspectos.⁵⁷⁷

penal y criminología, Granada, n. 7, p. 2, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁷³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 138, 2000.

⁵⁷⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 139, 2000.

⁵⁷⁵ No exemplo fornecido por Luís Greco: “[...] o legislador, ao declarar a culpa punível, não se manifestou a respeito da culpa leve. Ela deve ou não ser punida? Aqui, tanto a resposta afirmativa quanto a negativa se mostram plausíveis, de modo que é a política criminal quem tem de resolver a questão. Se a proibição tem a finalidade político-criminal de proteção de bens jurídicos através de prevenção geral [...], só se justifica punir a culpa leve na medida em que se possam atingir estes objetivos. Contudo, dados empíricos demonstram que a eficácia intimidatória está comprometida: afinal, todos são passíveis de pequenos deslizes, sendo humanamente impossível manter-se as 24 horas do dia plenamente atento. Por outro lado, são igualmente dados empíricos que questionam a eficácia preventivo-geral positiva: uma vez que todos podem cometer erros leves, não se interpreta a lesão oriunda de culpa leve como uma agressão à vigência da norma e dos valores por ela tutelados, mas quase como um acidente, um fato da natureza. Vê-se, portanto, que a culpa leve não merece ser punida, pois, do contrário, estar-se-ia concretizando o espaço indeterminado da norma de modo político-criminalmente disfuncional.” (GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 68-69).

⁵⁷⁶ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67.

⁵⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 15, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Exemplificativamente, pode-se perceber a influência de dados empíricos nesse sistema quando se questiona o significado de “risco permitido”, categoria essencial na teoria do injusto, que nada mais é do que a realização de um risco não permitido no âmbito de proteção da norma. Assim, apenas se poderá saber o que se deve considerar como risco permitido por meio da análise dos conhecimentos empíricos sobre o quanto é perigoso um comportamento.⁵⁷⁸

Visto isso e se considerando o funcionalismo uma proposta orientada por valores, questiona-se qual a origem desses valores reitores.⁵⁷⁹ No funcionalismo da escola de Roxin, os valores e finalidades que guiam a metodologia dogmática são fornecidos pela política criminal do Estado Social e Democrático de Direito – excluindo-se a possibilidade de uma construção fundada na política criminal de lei e ordem⁵⁸⁰ ou abolicionista⁵⁸¹.⁵⁸² O que se realiza é uma retomada do esforço iniciado com o neokantismo, mas substituindo as valorações culturais pelos fundamentos político-criminais decorrentes das modernas teorias da pena.⁵⁸³

São, então, os elementos essenciais da política criminal, referentes à prevenção especial e à garantia dos direitos do acusado, que limitam a normatização das categorias dogmáticas.⁵⁸⁴ Em outras palavras, esse sistema é orientado por valores de política criminal ou de acordo com os fins do Direito Penal e

⁵⁷⁸ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 88.

⁵⁷⁹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 155, 2000.

⁵⁸⁰ Conforme Jesús-María Silva Sánchez, “[...] las propuestas del movimiento de ley y orden se dirigían básicamente a reclamar una reacción legal, judicial y policial más contundente contra los fenómenos de delincuencia de masas, de criminalidad callejera (patrimonial y violenta). Así las cosas, unos sectores sociales —para simplificar, los acomodados— apoyaban tales propuestas; otros, en cambio, —los marginados, pero también los intelectuales y los movimientos de derechos humanos— se oponían a ellas.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 23).

⁵⁸¹ Assim como o funcionalismo, o abolicionismo penal não possui apenas uma vertente ou não pode ser concebido como uma única proposta definida. Entretanto, em uma versão mais radical, defende a extinção do Direito Penal, com a sua substituição por outras formas de tratamento ou resolução dos conflitos sociais até então considerados crimes. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 18).

⁵⁸² GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 63-64.

⁵⁸³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.206.

⁵⁸⁴ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 52-53.

limitado pelos direitos humanos e pelos princípios do Estado de Direito e do Estado Social.⁵⁸⁵

3.2.1 A função do Direito Penal

Tradicionalmente, costuma-se equiparar a função do Direito Penal com a função da pena e da medida de segurança.⁵⁸⁶ Entretanto, essa equiparação não é aceita, por exemplo, por Roxin, o que se percebe pelo fato de que o autor não orienta o sistema funcional da dogmática penal às finalidades da pena, mas aos fins do Direito Penal, o que para ele é muito mais amplo.⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸

Ao defender que a dogmática penal deva ser pautada pelos fins do Direito Penal, Roxin está a promover a superação das barreiras existentes entre a dogmática penal e a política criminal, desfazendo-se a contraposição entre o dogmaticamente correto e o político-criminalmente satisfatório, com a formulação de um Direito Penal orientado às valorações político-criminais.⁵⁸⁹ Nesse caminho, o próprio conceito de delito deve ser coincidente com a finalidade e os meios do Direito Penal.⁵⁹⁰

A respeito da finalidade do Direito Penal, Winfried Hassemer entende que não se pode negar que o Direito Penal se volte a resultados benéficos ao autor do crime

⁵⁸⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232. Também nesse sentido é a referência de Laura Zúñiga Rodríguez: “Además, la normativización de las categorías debe tener un límite en la realidad, que no son ‘las estructuras lógico-objetivas permanentes e inmutables’, sino nuestra propia construcción social de la realidad, cuyo paradigma en el ámbito cultural en que vivimos, es el modelo del Estado social y democrático de Derecho [...]” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 287).

⁵⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 48.

⁵⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 70.

⁵⁸⁸ Essa distinção aparece também em Günther Jakobs: “En primer lugar, se trata de la habitualmente llamada cuestión de los fines de la pena, y, en segundo lugar, de la del fin de protección del conjunto del ‘aparato penal’.” (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 48).

⁵⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68-69.

⁵⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 212.

e à sociedade, que o Direito Penal encontre legitimação social por meio da demonstração de resultados benéficos ao delinquente e à sociedade.⁵⁹¹

Neste mesmo sentido se posiciona Santiago Mir Puig, para quem uma concepção democrática do Direito impõe que o Direito se destine a servir o cidadão. A partir disso, se o Direito Penal está a serviço das pessoas, deverá ele garantir interesses reais dessas pessoas, sejam individuais ou gerais (vida, integridade física, administração da justiça etc.) – ou seja, garantir bens jurídico-penais.⁵⁹²

Assim, para essa doutrina, em um Direito Penal orientado às consequências, não basta ao legislador, à justiça penal e à execução penal se pautarem pela perseguição ao injusto e pela expiação da culpa, devendo-se pautar todas essas atividades também no objetivo de correção do agente e de contenção da criminalidade.⁵⁹³

Com esse objetivo de contenção da criminalidade, o Direito Penal pode ser visto como um instrumento de controle social, destinado a obter determinados comportamentos das pessoas por meio da declaração de que alguns comportamentos são indesejáveis e sua prática ameaçada com sanção.⁵⁹⁴ Por isso, se pode conceber o Direito Penal como destinado à manutenção do equilíbrio social,⁵⁹⁵ à regulação da convivência humana⁵⁹⁶ ou à proteção da convivência das pessoas em comunidade.⁵⁹⁷

Assim também se posiciona Roxin, para quem a tarefa primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos.⁵⁹⁸ Em suas palavras, “[...] la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y

⁵⁹¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 53-54.

⁵⁹² MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 11-13, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁹³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 53.

⁵⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 1.

⁵⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 2.

⁵⁹⁶ BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p. 7.

⁵⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 212.

⁵⁹⁸ Para Miguel Tedesco Wedy, é nessa sustentação do Direito Penal na proteção de bens jurídicos mais relevantes que se encontra uma premência humanista da proposta de Roxin. (WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 134).

libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente.”⁵⁹⁹

Esse fim do Direito Penal é deduzido por Roxin da Constituição de um país e dos próprios fundamentos teórico-estatais da democracia e, para que seja possível essa vida em comum pacífica, alguns bens como a vida, a integridade corporal, a autodeterminação sexual etc., necessitam de proteção.⁶⁰⁰ Nesse raciocínio, então, a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos de acordo com seu papel subsidiário (por possuir as mais severas sanções, o Direito Penal apenas protege os bens jurídicos quando as demais formas de proteção, menos severas, não se mostrem suficientes), constituindo-se uma doutrina da proteção subsidiária de bens jurídicos.⁶⁰¹

Esse é o caminho para a concepção político-criminal de injusto presente em Roxin e que conduz a um resultado no âmbito dogmático: a teoria da imputação objetiva,⁶⁰² que indica como caminho necessário para o cumprimento da função do Direito Penal a proibição da criação de riscos não permitidos para os bens jurídicos tutelados e a responsabilização do autor nos casos de realização desse risco em um resultado lesivo.⁶⁰³ Por esse motivo, Roxin se refere à principal função do Direito Penal também como a de evitação da criação de riscos para o indivíduo e para a sociedade.⁶⁰⁴

Verifica-se, então, que essa vertente funcionalista se caracteriza pela construção teleológica dos conceitos da teoria do delito, o que se faz de acordo com

⁵⁹⁹ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 4-5, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰⁰ Esse mesmo entendimento é encontrado em Laura Zúñiga Rodríguez, que defende que a função social da responsabilidade penal se encontra na atribuição de pena de acordo com os parâmetros constitucionais de proteção preventiva de bens jurídicos. (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 291).

⁶⁰¹ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 5, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰² Sobre a teoria da imputação objetiva, veja-se o ponto 3.1.1.

⁶⁰³ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 6, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰⁴ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 45.

a função constitucional do Direito Penal de proteção de bens jurídicos – o que destoa da posição de Günther Jakobs,⁶⁰⁵ o que se abordará em momento apropriado (ponto 3.3.1).

Nesse contexto, partindo-se do fato de que a dogmática penal objetiva captar o Direito vigente, deve-se considerar como ponto de partida as decisões político criminais básicas, voltadas à proteção de bens jurídicos por meio da influência geral e especial preventiva no comportamento humano.⁶⁰⁶

3.2.2 A finalidade da pena

A teoria da pena detém importância fundamental na corrente funcionalista,⁶⁰⁷ pois o sistema da teoria do delito não pode ser construído de maneira arbitrária, encontrando o fundamento de seus elementos no que se pode chamar de referências externas ou objetivas. O significado dessas referências na ciência penal moderna dependerá da teoria da pena adotada.⁶⁰⁸

Considerando-se que, como exposto no tópico anterior, o Direito Penal se destina a garantir uma convivência social pacífica, as teorias da pena assumem o papel de indicador do caminho por meio do qual esse objetivo pode ser alcançado, seja com a influência sobre o autor individual do fato (prevenção especial), seja por meio da influência em todos os membros da sociedade (prevenção geral), ou, ainda, pela combinação de prevenção especial e prevenção geral ao mesmo tempo.⁶⁰⁹

Em linhas gerais, pode-se adotar uma teoria absoluta da pena, segundo a qual se concebe como finalidade da pena a retribuição – com a aplicação da pena, se equilibra e expia a culpa do criminoso. Trata-se de uma teoria absoluta por

⁶⁰⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132, 2000.

⁶⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 704, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰⁷ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132, 2000.

⁶⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 205.

⁶⁰⁹ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 59.

desvincular a pena de qualquer efeito social, exercendo o mero efeito de retribuir o mal provocado pelo delinquente.⁶¹⁰

Diferentemente são as teorias relativas da pena, que, ao contrário da absoluta, vincula à pena um efeito social. Nessa classificação, a pena pode ser voltada à prevenção especial (com efeitos sobre o indivíduo), que se subdivide em prevenção especial positiva (com foco na ressocialização do indivíduo, evitando a prática de futuros delitos) e prevenção especial negativa (se impedindo que cometa outros delitos enquanto estiver segregado). Ainda, pode-se estabelecer a teoria da prevenção geral (com influência não sobre o agente, mas sobre a sociedade), classificada em prevenção geral positiva ou de integração (com o direcionamento da pena ao fortalecimento da confiança das pessoas nas normas) e em prevenção geral negativa ou de intimidação (na qual a pena é pautada na intimidação de possíveis delinquentes).⁶¹¹

No que se refere à construção dogmática, se se considera como ponto de partida uma teoria absoluta da pena (retributiva), em razão da qual a sanção passa a ser um fim em si mesmo, os fins da pena não podem ser considerados como ponto de referência da fundamentação da teoria do delito e passa a ser adotada como tal a própria essência do delito, dando origem a um sistema ontológico. O conteúdo dos conceitos do sistema é encontrado em dados pré-jurídicos, originando-se pontos de vista como o causalismo e o finalismo.⁶¹²

Por outro lado, em se adotando as teorias da pena que atribuem a ela determinadas finalidades, desenvolve-se uma conexão entre a dogmática penal e o sistema social; ou seja, o conteúdo das categorias do sistema dogmático são determinados de acordo com as necessidades do sistema social (seja o próprio sistema social, em relação à prevenção geral, seja o indivíduo, em relação à teoria da prevenção especial). Esta postura se refere às propostas funcionalistas, voltadas à manutenção do sistema social.⁶¹³

⁶¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 81-82.

⁶¹¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132-133, 2000; ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 85-92.

⁶¹² BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 205-206.

⁶¹³ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 206.

Enrique Bacigalupo refere que, considerando-se que nenhuma das teorias da pena possui validade absoluta, também os sistemas dogmáticos conectados a essas teorias não possuem validade absoluta. Todavia, um dado que pode ser considerado seguro é a afirmação sobre a dependência dos sistemas dogmáticos em relação à teoria da pena.⁶¹⁴

A corrente funcionalista aqui exposta rechaça a finalidade retributiva da pena, encontrando na finalidade preventiva (proteção de bens jurídicos) a função da pena adequada, seja pelos seus efeitos em relação à coletividade (prevenção geral), seja em relação ao agente (prevenção especial),⁶¹⁵ motivo pelo qual, para Roxin, o fim da pena é a prevenção tanto geral quanto especial.⁶¹⁶

A finalidade da pena apenas pode ser preventiva (tanto especial quanto geral, preocupada preponderantemente com a reinserção social do delinquente e com o fortalecimento da consciência jurídica da coletividade), para Roxin, pois, se considerado o Direito Penal como um instrumento de controle e ordenação social, ele apenas pode se voltar à persecução de necessidades sociais não encontradas na teoria retributiva.⁶¹⁷

Diante disso, Roxin defende que a maior conciliação possível das funções da pena de prevenção geral e de prevenção especial voltada à integração social, juntamente com a limitação da pena no âmbito do Estado de Direito, seriam o caminho para se encontrar a melhor política criminal.⁶¹⁸

Conseqüentemente, se não existe necessidade de castigo por um motivo preventivo-especial, bem como preventivo-geral, a pena carece de justificação teórica e de legitimação social, motivo pelo qual não deve ser aplicada. São citados como exemplos legais desse caso o estado de necessidade exculpante⁶¹⁹ e a impunidade para casos de desistência voluntária, nos quais o legislador opta por

⁶¹⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 208.

⁶¹⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132, 2000.

⁶¹⁶ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 114.

⁶¹⁷ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 9, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶¹⁸ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 34.

⁶¹⁹ Vide nota de rodapé nº 493.

renunciar à aplicação da pena por não parecer necessária em um ponto de vista preventivo especial e geral.⁶²⁰

3.2.3 Breves reflexos na teoria do delito

A função do Direito Penal, bem como as teorias da pena, exercem influência direta na construção da teoria do delito. Isso se faz possível já no conceito de ação, por se defender, no funcionalismo, que não se deve buscar em um conceito pré-jurídico de ação as respostas para os problemas jurídicos, já que o que realmente importa são as considerações valorativas presentes nesse paradigma da teoria do crime.⁶²¹

Nesse sentido é que, para Roxin, a ação não decorre de um dado prévio empírico, mas é concebida como uma exteriorização da personalidade.⁶²² Com isso, Roxin estabelece uma concepção de ação como a exteriorização da personalidade do sujeito, constituindo-se, dessa forma, uma teoria pessoal da ação.⁶²³

No campo da tipicidade, se contemplaria o fato com base na necessidade da pena em abstrato, independentemente das condições do agente e da situação fática concreta.⁶²⁴ Aqui, a finalidade político-criminal da proibição abstrata de uma conduta, ameaçada com pena, é a prevenção geral.⁶²⁵

Considerando-se o Direito Penal como voltado à proteção de bens jurídicos, a tipicidade deve também se orientar a esse fim, motivo pelo qual apenas se deverá proibir tipicamente ações que representem um risco ao bem jurídico tutelado, desde que se extrapole o risco permitido, o que apenas se saberá por meio de um sopesamento entre a liberdade dos cidadãos e a tutela dos bens jurídicos, análise

⁶²⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 61-62.

⁶²¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 143, 2000.

⁶²² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 233.

⁶²³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 144, 2000.

⁶²⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 118.

⁶²⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 233.

que deve ser embasada em critérios empíricos (o grau de risco criado ao bem jurídico, a existência de alternativas menos arriscadas, etc.).⁶²⁶

Em Roxin, pode-se encontrar algumas diretrizes que o autor considera como necessárias para uma correta teoria do tipo, de acordo com a sua função de garantia decorrente do postulado *nullum crimen*.⁶²⁷ Segundo essa função de garantia, a construção do tipo deve se basear em sua função de determinação legal (no sentido do *nullum crimen sine lege certa*). Nesse sentido, o tipo não deve se atentar primariamente a um juízo de merecimento de pena do agente no caso concreto ou de resolução de conflitos sociais, pautando-se pela afirmação do princípio *nullum crimen*.⁶²⁸

Assim sendo, se a tipicidade deve ser orientada à função de materialização do princípio *nullum crimen*, como consequência, deve-se rechaçar interpretações extensivas dos tipos penais, tomando-se como critérios auxiliares da tarefa restritiva da interpretação os princípios da adequação social – que deixa fora da incidência do tipo as lesões a bens jurídicos socialmente adequadas – e da insignificância – excluindo da aplicação do tipo as lesões insignificantes.⁶²⁹

No que toca à teoria da participação, Roxin refere que a jurisprudência por muito tempo não considerou essa uma questão de tipicidade, aplicando-se a teoria subjetiva para delimitar a autoria (essa dependente de um *animus* de autor, enquanto a participação dependeria de um *animus socii*). Buscando conferir maior segurança nessa delimitação e na aplicação do tipo penal, Roxin defende a aplicação da teoria do domínio do fato aos delitos de ação e, aos delitos de dever, a aplicação do critério da violação do dever para a determinação da autoria.⁶³⁰⁻⁶³¹

⁶²⁶ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 80-84.

⁶²⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 32.

⁶²⁸ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 71; ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 29-30; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 266.

⁶²⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 266.

⁶³⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 40-42.

⁶³¹ Apesar da impossibilidade de se abordar todas as categorias necessárias para a completa compreensão da construção teórica aqui referida de Roxin, apenas se destaca, neste momento, que esse autor distingue duas modalidades de formulações típicas. A primeira, seria a descrição

Já no que se refere à necessária localização do dolo no tipo, Roxin destaca uma função de delimitação garantística, o que não se fez presente no sistema clássico de delito, no qual se priorizou uma concepção meramente causal do tipo, ampliando sua aplicação.⁶³² Então, é a tarefa de delimitação do tipo que fundamenta a manutenção do dolo no tipo, pois sem ele seria inviável o exercício satisfatório dessa função.⁶³³

Diferentemente da tipicidade, a antijuridicidade não se volta à descrição precisa de ações ou de lesões de deveres. Por se referir a uma matéria tão ampla e tão variável temporalmente (interesses sociais), uma previsão precisa de sua matéria de regulação acabaria por fracassar, motivo pelo qual as causas de justificação se fazem definir por fórmulas gerais a serem adequadas às especificidades do caso – podendo-se perceber aqui a importância da já mencionada utilização pela doutrina de grupos de casos para a estruturação das categorias do delito.⁶³⁴ Na lógica das causas de justificação, o princípio *nullum crimen*, tão determinante na tipicidade, acaba por sofrer certa flexibilização, já que não é considerado um princípio estrutural da antijuridicidade.⁶³⁵

Na antijuridicidade, as modificações sociais aparecem com maior influência na teoria do delito, pois o significado de sequestro, homicídio, roubo, etc., pouco se altera; contudo, as razões pelas quais se permite sequestrar, matar ou roubar sofrem modificações com maior frequência no âmbito social. Trata-se, assim, de uma tarefa de harmonização do interesse individual com a necessidade social. É na antijuridicidade que se verifica a solução de conflitos sociais, elemento do crime no qual as necessidades sociais entram em colisão com as necessidades individuais. Trata-se, nesse campo, da adequada regulação do conflito entre interesse e contra-

exata de uma ação (delitos de ação). A segunda modalidade seria aquela na qual não se promove a descrição exata de uma ação, por não ser essa tão importante, focando-se na violação de um papel social pelo sujeito, o que se perfectibiliza pela transgressão de uma obrigação (delitos de dever) – por exemplo, no delito de patrocínio infiel, praticado por advogado, ou de libertação de preso, em relação ao agente carcereiro. No primeiro caso, o princípio *nullum crimen* é realizado pela descrição exata da conduta, enquanto no segundo pela referência aos deveres do sujeito oriundos da esfera extrapenal. (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 32-35).

⁶³² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 43.

⁶³³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 267.

⁶³⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 267-268.

⁶³⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 63-65.

interesse⁶³⁶ ou, em outras palavras, entre indivíduos e entre indivíduo e sociedade,⁶³⁷ avaliando-se as circunstâncias específicas do fato.⁶³⁸

O injusto penal teria, para Roxin, três funções que o moldariam: “[...] solucionar colisões de interesses de forma relevante para a punição de um ou mais envolvidos no fato [...]; servir como ponto de apoio para as medidas de segurança e outras consequências jurídicas [...]; e ligar o Direito Penal à totalidade do ordenamento jurídico, integrando as valorações decisivas desta [...].”⁶³⁹

No primeiro momento, o fato se insere no contexto social, avaliando-se sua proibição ou autorização. Assim, o injusto é concebido, sob essa perspectiva, como danosidade social daquela conduta intolerável, em um plano mais concreto do que a abstrata tipicidade.⁶⁴⁰

Na antijuridicidade, o raciocínio político-criminal presente no funcionalismo de Roxin fica perceptível no exemplo do campesino parálítico que, ao se deparar com uma pessoa furtando cerejas de seu quintal, tem como única possibilidade de se defender dessa conduta antijurídica o uso de uma arma de fogo, provocando a morte daquela pessoa com um disparo. Por mais que esse exemplo pareça adequado ao dispositivo legal que estabelece a legítima defesa,⁶⁴¹ Roxin defende que a legítima defesa seja fundamentada político-criminalmente sobre um efeito preventivo de proteção e manutenção do Direito, naqueles casos nos quais se necessite se defender de agressões consideráveis. Nesse cenário, considera que, nos crimes de bagatela, a necessidade preventivo-geral é mínima, devendo-se

⁶³⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 48-52.

⁶³⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 266.

⁶³⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 118.

⁶³⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

⁶⁴⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236-237.

⁶⁴¹ Ao fornecer esse exemplo, Roxin se referia ao Código Penal alemão. Mas, pode-se transportar o exemplo à realidade brasileira, com a aplicação do artigo 25 do Código Penal, considerando-se igualmente em legítima defesa o camponês parálítico: em razão de sua condição física, o disparo de arma de fogo era um meio necessário a possibilitá-lo repelir injusta agressão atual a direito próprio, fazendo ele o uso moderado desse meio (um único disparo), não dispondo de outra forma de defesa.

limitar pela proporcionalidade, não cabendo ao caso a aplicação da legítima defesa.⁶⁴²

Apesar de todas as inovações teóricas, para Manuel Jaén Vallejo, é na culpabilidade que o sistema funcionalista de Roxin encontra seu campo mais fértil para desenvolvimento, sendo essa categoria designada como “responsabilidade” e composta pela culpabilidade e pela necessidade de prevenção.⁶⁴³

Assim, ao lado da inovação verificada com a teoria da imputação objetiva, Roxin destaca também como ponto de referência de sua proposta teleológica a expansão promovida à categoria da culpabilidade, que passa então a ser concebida como “responsabilidade”.⁶⁴⁴ Nessa categoria “responsabilidade”, se avaliará se o autor do fato merece ser punido, raciocínio que se fundamentará na existência de culpabilidade do autor e, também, na necessidade preventiva de pena.⁶⁴⁵

Com essa concepção, não só em casos de falta de culpabilidade pode se deixar de aplicar a pena, mas também quando a sanção penal se mostrar desnecessária preventivamente.⁶⁴⁶ Assim, em alguns casos legais de não punição do agente, não necessariamente se quer dizer que não exista culpabilidade do agente, pois também pode ocorrer de o legislador renunciar à pena por falta de necessidade de ressocialização.⁶⁴⁷ Com isso, se percebe que a categoria responsabilidade se refere ao autor do fato e à necessidade concreta de aplicação de pena a ele,⁶⁴⁸ pois a culpabilidade em sentido estrito é apenas um dos elementos que determinam a responsabilidade penal.⁶⁴⁹⁻⁶⁵⁰

⁶⁴² JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 115-116.

⁶⁴³ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 116-117.

⁶⁴⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207.

⁶⁴⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 241.

⁶⁴⁶ CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70.

⁶⁴⁷ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 11, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁴⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 118.

⁶⁴⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 70; ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 11, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

No exame da responsabilidade, percebe-se sobremaneira a realização dos fins da pena,⁶⁵¹ já que se questiona, nessa categoria do delito, se o agente é merecedor de pena de acordo com as finalidades da pena de prevenção geral e especial, pouco tendo a ver com a comprovação de um “poder agir de outro modo”.⁶⁵²

Fundamentando-se essa categoria do delito nos fins da pena (prevenção geral e especial), em um raciocínio de merecimento de pena, justifica-se a falta de responsabilidade em casos como a inexistência de um poder atuar de outro modo, pois a imposição de pena não poderia influir no comportamento injusto⁶⁵³ - o foco de análise é, destaca-se, a necessidade preventiva de pena. Quanto a isso, destaca-se que nas situações de força maior como a coação moral⁶⁵⁴ e o estado de necessidade exculpante,⁶⁵⁵ causas de isenção de pena, Roxin destaca que o poder agir de outra maneira não se faz excluído, exemplificando que em casos de guerra o ser humano é capaz de suportar perigos consideráveis. O que se tem é que a

⁶⁵⁰ O autor exemplifica seu raciocínio utilizando-se do exemplo da tortura do sequestrador: “Un jefe superior de la policía de Frankfurt había forzado a un secuestrador mediante la amenaza de tortura a desvelar el lugar en el que había ocultado su rehén. Con ello, pretendía salvar la vida de la víctima, lo cual no consiguió, porque había ya fallecido con anterioridad. Esta amenaza de tortura constituía una coacción (§ 240 StGB), dado que, no solo el Derecho alemán, sino también multitud de prescripciones internacionales vinculantes prohíben sin excepciones la tortura. La conducta era igualmente culpable, pues el jefe superior de la policía conocía la regulación al respecto y podía haber actuado de otro modo, tal y como su asesor le había recomendado. Pero, ¿existe realmente una necesidad preventiva de sanción? Si se toma en consideración que el autor quería salvar una vida humana y que actuó de acuerdo con su conciencia y no por estímulos criminales, cabe la posibilidad de tomar en consideración una causa de exclusión de la responsabilidad suprallegal, puesto que en este tipo de supuestos trágicos no se debe reaccionar necesariamente con una pena.” (ROXIN, Claus. *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 11-12, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁶⁵¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 241-242; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 266.

⁶⁵² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 67 e 30-31; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 268.

⁶⁵³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 268.

⁶⁵⁴ A coação moral se constitui no emprego de grave ameaça contra determinada pessoa ou contra terceiro (por exemplo, familiar de quem se pretende a ação) para que realize uma conduta. Sendo a coação moral irresistível, mesmo que a conduta praticada pelo coagido seja típica e antijurídica, não haverá crime por se excluir a culpabilidade. (CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 351-352).

⁶⁵⁵ Vide nota de rodapé 493.

irrepetibilidade dessa situação excepcional torna desnecessária a prevenção (especial e geral).⁶⁵⁶

Essas são algumas das características da vasta construção teórica desenvolvida por Roxin, que, por razões evidentes, não pode ser aqui esgotada. Entretanto, com o que aqui foi referido, já se possibilita uma compreensão geral dessa corrente de pensamento, assim como a sua diferenciação em relação a pontos de destaque do sistema proposto por Günther Jakobs, abordado a partir de agora.

3.3 O Direito Penal funcionalista em Günther Jakobs⁶⁵⁷

Roxin refere que a originalidade do sistema teórico construído por Günther Jakobs se encontra na estruturação das categorias do delito fundada nos conceitos da teoria dos sistemas sociais, especialmente de Luhmann.⁶⁵⁸

Também é interessante notar que, em um trabalho no qual realiza a distinção entre o “pensamento europeu dos princípios fundamentais” (denominado por Winfried Hassemer de “Direito Penal clássico” e marca característica da Escola de Frankfurt) e o funcionalismo de Jakobs, Bernd Schünemann destaca que ambas as correntes teóricas não se contradizem de forma tão marcante como se costuma defender, constituindo-se mais em uma contraposição retórica do que propriamente lógica e semanticamente correta.⁶⁵⁹

Esse entendimento se fundamenta no fato de o Direito Penal do iluminismo ter surgido para substituir um Direito Penal de caráter religioso orientado a

⁶⁵⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 69-70.

⁶⁵⁷ A fim de se evitar (ou desfazer) impróprias generalizações em relação à construção teórica desse autor, é importante destacar que, apesar de Jakobs se mostrar favorável a teorias bastante criticadas (como o Direito Penal do inimigo, por exemplo), a doutrina por ele desenvolvida é extensa e muitas das suas propostas são consideradas apropriadas a uma limitação do Direito Penal. Essa advertência é feita por Claus Roxin, também funcionalista, mas que possui algumas divergências com a obra de Jakobs: “[...] la teoría sistémica como fundamento del sistema jurídico penal es estéril en cuanto al contenido. En cualquier caso sería errado e injusto predicar esto también respecto al Tratado de Jakobs, que contiene gran número de propuestas originales, inteligentes y fructíferas.” (ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 54).

⁶⁵⁸ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209.

⁶⁵⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 49, mês 1, p. 205-206, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46492.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

determinados fins, construindo-se um Direito Penal voltado a evitar danos sociais, o que já representa uma base funcionalista. Ou seja, até mesmo o “Direito Penal clássico” é considerado funcionalista ao sustentar que é a garantia da proteção do indivíduo ou da sua liberdade a função do Direito Penal e orientar a construção teórica de acordo com esse fim (funcionalismo individualista).⁶⁶⁰

Contudo, apesar da semelhança acima apontada, Matilde M. Bruera considera que as antigas posturas dogmáticas do Direito Penal pecam por analisar o homem fora do contexto social, considerando um avanço do funcionalismo de Günther Jakobs o fato de, mantendo os positivos avanços do finalismo, atribuir uma interpretação social aos conceitos dogmáticos.⁶⁶¹

Então, pode-se apontar como uma das modificações específicas dessa nova proposta a alteração de referências. A causalidade, fundamento do sistema causalista, e a finalidade, pedra angular do finalismo, dão lugar, no funcionalismo de Jakobs, à competência. Essa categoria surge do fato de que, na sociedade, cada pessoa possui um determinado papel social a ser exercido (pedestre, motorista, esportista, eleitor etc.), possuindo determinadas expectativas de acordo com o papel que desempenha em dado momento, expectativas das quais o sujeito é garante.⁶⁶²

Além disso, Jakobs realiza uma nova interpretação dos elementos da teoria do delito, rechaçando qualquer limitação naturalista (ou lógico-objetiva, preexistente⁶⁶³) dos conceitos dogmáticos, pautando a construção do sistema por sua funcionalidade.⁶⁶⁴ Este ponto de vista postula uma normativização total do conteúdo das categorias da teoria do delito.⁶⁶⁵⁻⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 49, mês 1, p. 205-206, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46492.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁶¹ BRUERA, Matilde M. Dogmática penal y garantías individuales. In: BRUERA, Hugo Arnaldo; _____. **Derecho penal y garantías individuales**. Argentina: Editorial Juris, 1997. p. 71.

⁶⁶² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 140, 2000.

⁶⁶³ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

⁶⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 49, mês 1, p. 208, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46492.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 207; CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 71.

3.3.1 A função do Direito Penal

A diferença entre as propostas de Jakobs e de Roxin não se encontra tanto na metodologia de estruturação do sistema (apesar de a primeira proposta ser designada de “funcionalismo radical”, enquanto a segunda de “funcionalismo moderado”), mas mais na missão atribuída ao Direito Penal.⁶⁶⁷

Enquanto Roxin fundamenta sua teoria do delito em finalidades político-criminais de proteção de bens jurídicos, Jakobs toma um caminho diverso e entende por fim do Direito Penal a estabilização do conteúdo da norma. Não se trata de proteção a bens jurídicos, mas manutenção e confirmação da vigência da norma.⁶⁶⁸

Jakobs também faz referência à categoria “bem jurídico”, contudo em um sentido diverso daquele a que se refere Roxin.⁶⁶⁹ Considerando que a legitimação material do Direito Penal reside na necessidade de suas normas para a manutenção de uma forma de sociedade e de Estado, Jakobs aponta como bem jurídico-penal a ser tutelado as expectativas normativas⁶⁷⁰ essenciais à subsistência da configuração social e estatal frente às violações das normas,⁶⁷¹ destacando que a proteção de bens jurídicos (na concepção corrente) se constitui em um resultado meramente mediato da função da pena de asseguramento da vigência da norma.⁶⁷² Essa concepção decorre da distinção promovida por Jakobs entre “bem jurídico”, objeto

⁶⁶⁶ Destacando-se que, para Jakobs, a normativização não deve se limitar à parte geral da legislação penal, mas deve se estender à parte especial (referente aos crimes em espécie). (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 42).

⁶⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 70.

⁶⁶⁸ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 13-14, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁶⁹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

⁶⁷⁰ Em suas palavras, a respeito da concepção de expectativa normativa, “En lugar de la expectativa cognitiva (¿qué hará x? probablemente no delinquirá) aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡x no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable.” (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 20).

⁶⁷¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 44-45.

⁶⁷² JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 59.

de proteção de algumas normas, e “bem jurídico-penal”, esse último representando a manutenção das expectativas essenciais.⁶⁷³

As expectativas cognitivas a que Jakobs faz referência são apresentadas como pertencentes ao mundo natural e, conseqüentemente, às leis da natureza.⁶⁷⁴ Por sua vez, as expectativas normativas decorrem do fato de as pessoas, no mundo social (não mais natural), estarem vinculadas por normas e esperarem (por isso expectativas) que suas condutas estejam de acordo com essas normas.⁶⁷⁵ Enquanto no caso das expectativas cognitivas do mundo da natureza se operam aprendizagens e, a partir delas, conformações das condutas das pessoas de acordo com o aprendido (como no exemplo fornecido na nota de rodapé acima), quando se estiver diante da defraudação de uma expectativa normativa, não se presenciará uma aprendizagem, mas a manutenção da expectativa defraudada.⁶⁷⁶

De forma geral, portanto, o Direito Penal está a serviço da estabilização contrafática de expectativas,⁶⁷⁷ motivo pelo qual Jakobs considera a norma como uma expectativa de conduta contrafática estabilizada.⁶⁷⁸ Considerando-se que as pessoas não sabem o que esperar das demais (quais expectativas manter), os sistemas sociais (dentre os quais o Direito) surgem com o objetivo de assegurar a

⁶⁷³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

⁶⁷⁴ Jakobs exemplifica da seguinte maneira: “[...] quien, cuando amenaza tormenta, se aventura nadando lejos de la costa, y de hecho entra en una situación comprometida, en la próxima ocasión [...] examinará mejor la evolución del tiempo meteorológico, o incluso renunciará por completo a alejarse de tierra. Tales expectativas, cuya defraudación es procesada a través de una mejora del material cognitivo –se ha aprendido algo–, se llaman *expectativas cognitivas*.” (grifo do autor) (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 49).

⁶⁷⁵ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 49.

⁶⁷⁶ Jakobs fornece o seguinte exemplo do não abandono da expectativa normativa: “[...] quien sufre lesiones corporales sin razón alguna no se contenta con ser más precavido en el futuro, sino que insistirá en su derecho a no ser lesionado, es decir, identificará al autor como causa de su defraudación, exigiendo que éste sea penado, y eso significa: que se confirme su expectativa.” (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 49-50).

⁶⁷⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 241, 2000.

⁶⁷⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 23, p. 305, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

expectativa das pessoas no tocante às atitudes das outras pessoas, garantindo uma convivência mais segura e previsível.⁶⁷⁹

Nas palavras de Jakobs, “[...] en el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez.”⁶⁸⁰

A legitimação material do Direito Penal, nesse sistema, decorre da necessidade de sua atuação para se garantir expectativas normativas essenciais à sociedade.⁶⁸¹ Ou seja, o Direito penal detém a função de garantir a manutenção das normas que alicerçam a base da estrutura social, entendimento fundado na concepção de que a sociedade se constitui por meio de normas e delas retira a sua identidade.⁶⁸²

Desse modo, o Direito Penal soluciona um conflito social ao confirmar a identidade normativa social porque a sociedade apenas é possível por meio de normas. Sendo a sociedade fruto de uma construção, o que determina ser ela de uma ou outra forma são as regras ou normas de configuração. Esse contexto deve ser capaz de promover a manutenção de sua configuração (ou de suas normas) diante de modelos divergentes, evitando-se que cada comunicação (ou comportamento) contrária ao modelo seja considerada um começo de revolução na configuração social.⁶⁸³ Essas considerações conduzem à conclusão de que o Direito Penal, na teoria funcionalista de Jakobs, volta-se à manutenção da identidade de uma dada sociedade.⁶⁸⁴⁻⁶⁸⁵

⁶⁷⁹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 139, 2000.

⁶⁸⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 63.

⁶⁸¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15; CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 238, 2001.

⁶⁸² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 235, 2000.

⁶⁸³ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 25-26.

⁶⁸⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 235, 2000.

Nesse esquema, o delito não é considerado um enfrentamento entre indivíduos ou grupos referente a seus bens jurídicos particulares; é, sim, um “questionar” a ordem jurídica instituída, de maneira que a compreensão do delito deve transcender a concepção intersubjetiva para uma concepção suprassubjetiva e do psicológico para o sociológico.⁶⁸⁶

Entretanto, não se deve ignorar que, ao final, a teoria de Jakobs volta-se também à proteção das pessoas, pois, preservada a sociedade pelo Direito Penal (sem a qual os indivíduos seriam reduzidos a meros animais), também as pessoas resultam protegidas.⁶⁸⁷ Esse resultado mais concreto da teoria de Jakobs se percebe com maior destaque quando o autor refere que, na sociedade, todas as pessoas possuem direitos que devem ser respeitados pelas demais, bem como são destinatárias de deveres de respeito em relação aos direitos das outras pessoas. No delito, essa relação jurídica (de respeito a direitos alheios) é violada pelo agente, sendo essa violação um pressuposto do delito – caso contrário, se estará diante de um mero acontecimento natural.⁶⁸⁸

Nesse contexto, Jakobs se refere à existência de uma relação negativa (no sentido de excludente): o proprietário de um bem possui direito sobre esse bem e, conseqüentemente, exclui os demais sujeitos do exercício de disposição, sendo esses demais sujeitos destinatários de deveres de não perturbação. O delito se constitui, assim, em uma modificação ou interferência, pelo agente, no “âmbito de organização” (campo de disposição sobre os direitos pelo seu titular) alheia.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ Nas palavras de Jakobs: “Las normas penalmente sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas.” (JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 243).

⁶⁸⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 235, 2000.

⁶⁸⁷ ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n 29, p. 446, 2006. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 27.

⁶⁸⁹ Em seus exemplos: “El ladrón se arroga la decisión acerca de la administración de una propiedad ajena, el asesino, sobre la permanencia de una vida ajena, [...] que alguien azuce a su perro contra alguien o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, todo es lo mismo: usurpación de la organización de un cuerpo ajeno.” (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 28-30).

3.3.2 A finalidade da pena

O fato de Jakobs considerar a norma, como anteriormente referido, uma expectativa de conduta contrafática estabilizada⁶⁹⁰ possibilita uma maior compreensão da finalidade da pena para esse autor.

Transgredida a norma, Jakobs considera que se produz uma decepção nos demais indivíduos, o que precisa ser solucionado pelo Direito Penal com a reafirmação da vigência da expectativa defraudada, representada esta última pela vigência da norma.⁶⁹¹

Isso se deve ao fato de, nesse sistema funcionalista, a norma representar uma expectativa normativa de comportamento. Violada essa expectativa, aplica-se uma sanção como forma de reafirmar a expectativa frustrada, negando-se que o fato praticado seja correto e se afirmando como correto o comportamento determinado pela norma. No Direito Penal, esse papel é desempenhado pela pena, responsável pela demonstração da vigência da norma.⁶⁹²

Dessa maneira, diante da violação da norma, estabelece-se um conflito entre a atitude individual e a expectativa social, momento no qual a pena surge para defender a persistência da sociedade na vigência da norma.⁶⁹³ A pena surge como forma de manutenção da configuração normativa da sociedade, contradizendo o projeto de mundo do infrator da norma e reafirmando a sua vigência, que foi questionada pelo comportamento contrário a ela.⁶⁹⁴

⁶⁹⁰ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 23, p. 305, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹¹ ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n 29, p. 446, 2006. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 140, 2000; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 23, p. 295, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40-41; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 235, 2000;

⁶⁹⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 28.

A perspectiva de Jakobs carrega consigo a crença de que o Direito Penal não é capaz de sanar as consequências externas produzidas pela infração da norma, não se estabelecendo com a pena a reparação de um dano produzido – inclusive sendo ressaltado pelo autor que existem infrações da norma que se realizam antes mesmo de qualquer produção de um dano exterior (como ocorre na tentativa).⁶⁹⁵

A pena não seria dirigida, assim, apenas àqueles potenciais futuros delinquentes, como um desestímulo ao ilícito (por mais que Jakobs admita esse efeito da pena e o desejo, não considera essa uma função da pena); mas a todas as pessoas, pois o convívio social necessita de que as pessoas confiem na atividade conforme o Direito dos demais – isso significa a visão da pena como exercício de confiança na norma.⁶⁹⁶ Os destinatários da pena, portanto, não são tanto os potenciais delinquentes, mas todos os cidadãos em sociedade,⁶⁹⁷ pois o que importa para Jakobs não são as pessoas, mas o significado social de suas ações em relação à vigência da norma.⁶⁹⁸

Desse modo, a pena não objetiva atingir o modo de ser ou agir do delinquente e não se volta ao indivíduo criminoso, mas ao significado de seu ato e à comunicação que ele estabelece com terceiros. A pena, assim, se justifica “à custa” do delinquente, voltada aos indivíduos que detêm expectativas em relação à norma frustrada,⁶⁹⁹ podendo-se falar de pena como resposta⁷⁰⁰ ou contradição⁷⁰¹ frente à violação da norma.

⁶⁹⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 12.

⁶⁹⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 18.

⁶⁹⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 23, p. 296, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹⁸ ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n 29, p. 447, 2006. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>>. Acesso em: 13 jan. 2017; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

⁶⁹⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 245, 2000.

⁷⁰⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 238, 2001.

⁷⁰¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del

Diante da necessidade das orientações normativas de comportamento para a convivência social, ao se conceber a pena como garantidora dessa vigência, Jakobs atribui a ela uma função de prevenção geral – prevenção geral por meio do exercício de reconhecimento da norma.⁷⁰² O fato proibido representa uma rebelião contra a norma e a pena surge, então, como uma reprovação dessa rebelião, ao mesmo tempo que a dor que a pena inflige no transgressor aparece como forma de evitação de uma erosão geral na vigência da norma, o que se conhece como a função de “prevenção geral positiva”,⁷⁰³ encontrando-se o limite à normatização das categorias dogmáticas nessa tarefa de estabilização do sistema, ou seja, na função de prevenção geral.⁷⁰⁴

Sustenta-se, sob esse critério da prevenção geral positiva, que a pena é voltada a contradizer e desautorizar a desobediência à norma.⁷⁰⁵ A pena aparece como um meio para constantemente recordar as pessoas de que a norma segue vigente.⁷⁰⁶

A prevenção geral positiva, em Jakobs, se manifesta sob três aspectos: na confirmação da confiança na vigência da norma, na orientação ao exercício de fidelidade ao Direito e, ainda, no exercício de aceitação das consequências (ao produzir a compreensão da conexão entre a conduta proibida e a imposição da consequência).⁷⁰⁷

derecho, Alicante, n. 23, p. 300, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁰² JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 18; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 23, p. 295, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁰³ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 48.

⁷⁰⁴ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 52.

⁷⁰⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 207.

⁷⁰⁶ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 50, mês 1-3, p. 200, 1997. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1997-10018500210_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Las_revoluciones_cientificas_del_Derecho_Penal:_Evoluci%F3n_y_estado_actual_de_la_dogm%E1tica_jur%EDdico-penal>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁰⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria

Então, para que se possa dizer se existe prática de algum crime nessa proposta funcionalista, será necessário estabelecer se é necessário punir alguém para o restabelecimento da norma ou do sistema.⁷⁰⁸

3.3.3 Breves reflexos na teoria do delito

A normatização mais acentuada promovida pelo funcionalismo de Jakobs provoca alterações sensíveis nas categorias da teoria do delito. O próprio conceito de pessoa para o Direito Penal é reformulado. Sob essa perspectiva, Jakobs refere que o conceito de pessoa nem sempre é o mesmo, tratando-se de um critério destoante em diversos casos. Como exemplo, cita uma criança que, conquanto seja considerada pessoa,⁷⁰⁹ possui capacidades restringidas, inclusive sua capacidade penal, não podendo ser considerada pessoa que delinque. Da mesma forma, refere-se aos casos de quem não celebra casamento (não sendo considerado cônjuge, um *status* pessoal), quem não sustenta um cargo público (não sendo considerado pessoa no âmbito de função pública) etc. Dessa forma, o autor conclui que não há como se considerar “pessoa” um critério universal, inexistindo uma máxima de que toda pessoa possa delinquir apenas por ser pessoa.⁷¹⁰

Essa perspectiva é fruto de uma concepção normativo-funcionalista, desvinculada de uma natureza ontológica ou pré-jurídica. Jakobs compreende pessoa não como a expressão da subjetividade, mas como uma representação de uma competência socialmente compreensível, como uma função social a ser desempenhada.⁷¹¹ Esse conceito deixa de ser concebido como se retirado de dados da natureza, passando a representar uma criação social. Pessoa, assim, é o destinatário de expectativas enquanto titular de deveres e, enquanto titular de

do Advogado, 2013. p. 16; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 23, p. 295-296, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁰⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 141, 2000.

⁷⁰⁹ Por exemplo, para o Direito Civil, a criança pode ser considerada pessoa. (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 20).

⁷¹⁰ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas?. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 329-330.

⁷¹¹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 50-51.

direitos, quem dirige expectativas a outras pessoas. Ou seja, pessoa é a unidade de direitos e deveres⁷¹² e não se confunde com o conceito de ser humano (esse último pautado em processos naturais).⁷¹³

Da mesma forma, altera-se o conceito de ação, que passa a derivar da própria sociedade e deixa de ser concebido antes dela – não se origina da natureza (físico-psicológico) como pretendeu Franz Von Liszt ou de um conceito ontológico como referido por Hans Welzel. A ação deriva de uma combinação entre Direito Penal e sociedade, construindo-se um conceito socialmente relevante.⁷¹⁴

Como consequência prática dessa concepção de pessoa e de ação, afastada do conceito ontológico (como ação finalista), encontra-se a aceitabilidade de ação por uma pessoa jurídica, então passível de responsabilização criminal. Essa aceitabilidade, entretanto, recebe críticas como a de Santiago Mir Puig, adepto a uma corrente funcionalista moderada e limitada em certos pontos pela realidade, pois, além de considerar violado o princípio da culpabilidade, refere que a pessoa jurídica não pode querer e nem agir por si mesma, sendo esse um dado da realidade que impossibilita uma responsabilidade criminal sua.⁷¹⁵

A causalidade no sistema de Jakobs é concebida como uma construção normativa adequada à semântica do comportamento social, utilizando-se o autor de um exemplo para representar essa concepção: o devedor que paga a sua dívida no último dia do prazo estipulado para isso, sabendo que o credor que recebe essa quantia irá realizar uma compra ilegal de armas com o valor adimplido. Conquanto o devedor saiba da finalidade ilícita atribuída pelo credor ao dinheiro pago e, nesse contexto, apesar de ter dado causa (naturalisticamente) ao negócio ilícito de compra de armas, isso não lhe pode ser atribuído por não ser de sua conta (ou de seu papel social naquele momento). Se fosse isso diferente, impossibilitar-se-ia uma organização social complexa como a atual. Dessa forma, o pagamento de uma

⁷¹² Em outras palavras, pessoa pode ser concebida como o sujeito de normas de imputação. (SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 49, mês 1, p. 207, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46492.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷¹³ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 27 e 21.

⁷¹⁴ BRUERA, Matilde M. Dogmática penal y garantías individuales. In: BRUERA, Hugo Arnaldo; _____. **Derecho penal y garantías individuales**. Argentina: Editorial Juris, 1997. p. 70.

⁷¹⁵ MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 16-17, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

dívida, para Jakobs, apenas pode significar “pagamento de dívida” e não “tornar possível a compra de armas”.⁷¹⁶

Percebe-se que a consequência jurídica de uma ação não é atribuída a alguém por meio de um critério natural, mas por uma decisão do ordenamento jurídico. Em outro exemplo de Jakobs, aquele que inventa uma coisa deve ser considerado seu proprietário; todavia, quando inventada a coisa por empregados a mando de um empresário, a este caberá a propriedade (ou, a depender do caso, aos deuses, ao príncipe etc.) e não àqueles. Portanto, o corpo de uma pessoa pode acarretar consequências jurídicas a outra pessoa que não se encontre naturalmente vinculada ao primeiro.⁷¹⁷ Em razão desse raciocínio, passa-se a conceituar o sujeito não como aquele que pode produzir ou evitar um resultado, mas como aquele que pode ser responsabilizado por esse resultado.⁷¹⁸

Também é claramente perceptível a influência do pensamento de Jakobs no campo da culpabilidade, sua construção teórica mais debatida.⁷¹⁹ Para que se possa compreender o seu conceito funcional de culpabilidade, é necessário se ter presente a sua tese principal em relação a esse conceito, proveniente da distinção entre sentido e natureza. Com um comportamento, ou o agente expressa um sentido relevante para a comunicação de um determinado âmbito social (como o Direito Penal, por exemplo), ou esse comportamento não atinge essa relevância comunicacional e permanece no campo da natureza (conquanto para o agente esse mundo da natureza tenha sentido). Para ilustrar esse raciocínio, Jakobs se refere ao fato de que, para um pedagogo (ou para o Direito Civil, Administrativo etc.), o comportamento de uma criança pode ter sentido relevante; entretanto, para o Direito

⁷¹⁶ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 39-40.

⁷¹⁷ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas?. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 331.

⁷¹⁸ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 50, mês 1-3, p. 199, 1997. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1997-10018500210_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Las_revoluciones_cientificas_del_Derecho_Penal:_Evoluci%F3n_y_estado_actual_de_la_dogm%E1tica_jur%EDdico-penal>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷¹⁹ PENARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

Penal, esse comportamento não ultrapassa o campo do natural,⁷²⁰ pois refere que às crianças ou aos mentalmente enfermos não se dirigem expectativas normativas que possam ser defraudadas.⁷²¹

Disso se conclui que, afirmada a existência de um injusto, toda ausência de culpabilidade (por inexigibilidade de outra conduta, por exemplo) significa a retirada de sentido comunicativamente relevante da conduta, transformando-a em algo relevante apenas individualmente, pertencente ao mundo natural.⁷²²

Isso se fundamenta no fato de que, considerando-se a conduta proibida como contestação ou desautorização da norma e a pena como reafirmação da vigência da norma contestada,⁷²³ a teoria da culpabilidade seria voltada a sistematizar a competência do agente em desautorizar a norma (por exemplo, sua maioria) ou as situações especiais que afastam essa desautorização (por exemplo, o estado de necessidade).⁷²⁴ A culpabilidade, então, não depende da situação psíquica do agente,⁷²⁵ mas da comunicação que o agente produz.

Não é por acaso que o exemplo da menoridade aparece tanto quando Jakobs se refere à ação para o Direito Penal quanto aqui, na culpabilidade. Isso se justifica porque, na teoria de Jakobs, se renuncia à separação entre injusto e culpabilidade, já que a ação que desautoriza a vigência da norma pressupõe um agente culpável. Assim, a conduta de um doente mental, por exemplo, não produziria a comunicação contrária à vigência da norma, não se falando nesse caso em injusto.⁷²⁶ Em outras palavras, ao inimputável falta a culpabilidade não porque não podia atuar de outra

⁷²⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 60.

⁷²¹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 57.

⁷²² JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 63.

⁷²³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

⁷²⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 14.

⁷²⁵ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 79.

⁷²⁶ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 15, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

maneira, mas porque a sociedade não concebe a necessidade de estabilização de uma expectativa normativa, já que a conduta do inimputável não comunica algo suficientemente relevante a desautorizar a norma, a partir do que se pode concluir que não há ação (penalmente falando) sem culpabilidade.⁷²⁷

Roxin discorda dessa proposta de Jakobs de suprimir a distinção entre injusto e culpabilidade, pois a proibição da conduta se dirige a todos os cidadãos, culpáveis ou não, como uma chamada a se comportar em conformidade com o Direito. Assim, o ordenamento jurídico ordena deveres a todas as pessoas, sem distinguir sua culpabilidade, distinção que apenas deverá ser feita posteriormente, em um juízo de reprovação da conduta (reprovação inexistente no caso de falta de culpabilidade).⁷²⁸

3.4 Algumas críticas ao funcionalismo penal

São diversas as críticas formuladas ao funcionalismo penal, inclusive pelo fato de não ser possível se falar em um único funcionalismo, mas de diversas vertentes desse pensamento, sendo algumas delas incompatíveis entre si. Mesmo sendo numerosas as críticas e ainda que seja impossível contemplar todas elas no presente tópico, é necessário que algumas delas sejam aqui expostas para que se perceba que, assim como todos os paradigmas anteriores da teoria do delito, também ao funcionalismo são apontados defeitos.

Assim, para Jesús-María Silva Sánchez, as críticas ao pensamento dogmático teleológico-funcionalista tem se desenvolvido em três direções fundamentais: primeiramente, se atribui a esse pensamento a ambição de construir um modelo contrário às pretensões científicas e supranacionais da dogmática, produzindo maiores inseguranças em razão da flexibilidade do sistema; por outro lado, com a reconstrução normativa de suas categorias, conduz a uma crescente confusão entre essas categorias; por último, atribuindo-se um viés utilitarista comumente empregado a essa teoria, refere-se que ela se presta a uma utilização

⁷²⁷ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12 e 18.

⁷²⁸ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 18-19, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

(instrumentalização) em sentido autoritário e contrário às garantias do Estado de Direito.⁷²⁹

Em relação à essa última crítica apontada, entende-se que a concepção funcionalista do Direito Penal produz o risco de se concluir pela hegemonia da política criminal em relação à dogmática e, com isso, se sobrepor a pretensão político-criminal por segurança em prejuízo das garantias individuais, lógica marcadamente presente no fenômeno conhecido como expansão do Direito Penal.⁷³⁰⁻⁷³¹

Laura Zúñiga Rodríguez endossa essa crítica, conquanto se refira especificamente à proposta funcionalista de Jakobs, ao entender que a normatização de conceitos por ele formulada e fundada na finalidade de estabilização da norma, conduz a uma funcionalização praticamente ilimitada das normas penais, fazendo com que a dogmática penal perca seu caráter crítico de limitação da atividade legislativa.⁷³² A autora conclui que essa proposta se constitui em um neopositivismo que não pode ser assumido atualmente, considerando-se a marcante expansão vivenciada pelo Direito Penal.⁷³³

⁷²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 71.

⁷³⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 67, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷³¹ A expressão “expansão do Direito Penal” ficou conhecida, sobretudo, em decorrência de estudo desenvolvido por Jesús-María Silva Sánchez, no qual o autor traça um diagnóstico do Direito Penal pós-industrial, identificando algumas características marcantes de uma ampliação da atuação do Direito Penal, como o surgimento de novos bens jurídicos (especialmente provenientes da sociedade do risco), a identificação social com a vítima do delito, promovendo-se uma defesa de seus interesses na aplicação do Direito Penal e uma cruzada contra as garantias do criminoso, o que reflete também na flexibilização de regras de imputação, no aumento de penas, na inversão do princípio *in dubio pro reo* para se reconhecer um *in dubio pro societate/vítima*, entre outras manifestações. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Chile, n. 8, p. 45-76, 2012. Disponível em: <<http://docplayer.es/4815188-Expansion-del-derecho-penal-y-garantias-constitucionales.html>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷³² Mesma crítica de Luiz Regis Prado, que destaca que as correntes teleológicas, em especial o designado funcionalismo radical de Jakobs, deixam completamente livre a atividade legislativa, já que não há a necessidade de observância de estruturas prévias ao normativo (ontológicas). (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 112).

⁷³³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 283.

Esse diagnóstico se faz presente no caminho percorrido pelo Direito Penal “clássico”⁷³⁴ de origem iluminista até se chegar a um Direito Penal “moderno” que, dentre outras, recebe a denominação de “Direito Penal do risco”, voltado à satisfação da necessidade social por garantia em relação ao futuro, flexibilizando-se as regras dogmáticas de imputação, por exemplo. Massimo Donini entende que esse modelo de Direito Penal pode parecer coerente com um sistema orientado aos fins, possibilitando-se um uso político do Direito Penal para controle dos riscos sociais.⁷³⁵

Essa construção do autor italiano pode ser inserida no contexto da proposta funcionalista para que se questione qual é o limite à construção funcionalmente direcionada do Direito Penal e a partir de que momento essa construção passa a ser distorcida ou incompatível com os próprios fins verdadeiramente penais – se é que se poderiam afirmar fins “verdadeiramente” penais em um sistema funcionalmente direcionado.⁷³⁶

Desse modo, mas também se relacionando especificamente à proposta de Jakobs, Roxin refere que, ao se defender o pensamento de que a pena se volte como garantidora da identidade social, a dogmática passa a se afastar da sua clássica função de limitação da pena,⁷³⁷ já que o funcionalismo de Jakobs detém uma preocupação exacerbada com a eficiência do sistema, despreocupando-se com a legitimidade dos meios utilizados para o alcance dessa eficiência.⁷³⁸

Objetivando barrar a possível insegurança oriunda da normatização característica do funcionalismo, Cezar Roberto Bitencourt adere à posição defendida

⁷³⁴ Apesar da defesa, em alguns autores, do retorno a um Direito Penal “clássico” ou “liberal”, voltado à proteção de bens essencialmente individuais e com estrito respeito a princípios e garantias, Jesús-María Silva Sánchez entende que esse modelo jamais existiu. Por um lado, isso ocorre porque se ignora a presença, nesse modelo de Direito Penal “[...] de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 149).

⁷³⁵ DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Peru: ARA Editores, 2010. p. 25-45.

⁷³⁶ Massimo Donini afirma a impossibilidade de um modelo orientado aos fins barrar um Direito Penal do risco: “La sola idea de fin, en efecto, no está en condiciones, por sí sola, de neutralizar aquel proyecto, sino que lo alimenta.” (DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Peru: ARA Editores, 2010. p. 45).

⁷³⁷ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 74.

⁷³⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 142, 2000.

por Roxin de que a política criminal que fundamente o sistema funcional do Direito Penal seja limitada pelo respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, servindo eles de barreira a concepções político-criminais de ideologia autoritária. Contudo, o autor destaca que essa afirmação pode não possuir a mesma efetividade quando aplicada à realidade brasileira, marcada por violações a garantias constitucionais pelo próprio Estado.⁷³⁹

A crítica ao pensamento instrumental no Direito Penal é também encontrada em Fabio Roberto D'Avila, para quem o Direito Penal apenas pode possuir autonomia e identidade se fundamentado em uma racionalidade estabelecida por valores, dando-se prioridade não à eficiência, mas à legitimidade,⁷⁴⁰ motivo pelo qual deve voltar a ser a clássica barreira infranqueável da política criminal. O autor destaca a importância que se deve conferir ao fundamento do Direito Penal, diferenciando-o de sua função. Nesse caminho, defende que o ilícito penal se fundamente não na simples necessidade de pena, mas especialmente na “dignidade da proibição penal”. Verificada esta, a existência do ilícito deveria ser complementada, então, com a necessidade de pena.⁷⁴¹

Em outro sentido, a proposta funcionalista ainda é considerada uma espécie de neopositivismo sociológico, taxada de positivista e organicista.⁷⁴² Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá afirma que Müssig, discípulo de Jakobs, entende a teoria da prevenção geral positiva que ambos defendem como uma concepção positivista ou formal, na medida em que toma como pressuposto não questionável a configuração concreta da sociedade.⁷⁴³

Sob esse aspecto, a proposta de Jakobs pecaria pela metodologia que advoga, pois pautar a construção normativa do Direito Penal na “identidade da

⁷³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. v. 1, p. 128-129.

⁷⁴⁰ Nesse caminho é a referência de Miguel Tedesco Wedy: “Nutrir a eficiência em direito penal no seio de um funcionalismo mais radicalizado é preparar um coquetel explosivo, capaz de acarretar uma instrumentalização sem precedentes dessa ciência prática.” (WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 148).

⁷⁴¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 70, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 111.

⁷⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 238, 2001.

sociedade” consistiria em deixar essa construção à disposição do intérprete (nesse caso, do próprio Jakobs), que definirá o que entende por essa identidade. Desse modo, desimportando as características que possua o sistema social, o Direito Penal será legitimado pelo seu objetivo de manutenção do sistema. Assim, a teoria da prevenção geral positiva pode tanto legitimar um ordenamento jurídico-penal garantidor de um modelo de Estado de Direito, como de um modelo de estado ditatorial, o que dependerá da “identidade social” em cada caso.⁷⁴⁴

Por isso, a concepção de Direito Penal como mecanismo de asseguramento das normas básicas que mantêm a identidade social pode acabar por ser vista como uma perspectiva que justifica qualquer sistema penal que, em nome da coletividade, submeta o indivíduo sem limite. Apesar disso, Juan Antonio García Amado apresenta o contraponto a esse ponto de vista, fundado nas lições do próprio Jakobs, no sentido de que essa teoria apenas descreve a maneira de apresentação do Direito Penal na sociedade, seja democrática, seja totalitária; todavia, as formas de configuração social não é algo determinado pelo Direito Penal. Conquanto esse ramo do Direito proteja a identidade social, a instituição ou origem dessa identidade não fica a seu cargo.⁷⁴⁵

Ainda se formula crítica a Jakobs no sentido de que um delito não descoberto ou mesmo um delito descoberto pode não afetar o sentimento social de vigência da norma. Assim, a teoria de Jakobs promoveria um afastamento exagerado do Direito Penal em relação à realidade social, prejudicando-se o exercício do controle do Direito Penal.⁷⁴⁶

De certa forma, mas em outras palavras, essa crítica está presente em Enrique Peñaranda Ramos, que entende como o defeito mais grave da concepção de prevenção geral positiva presente no funcionalismo de Jakobs o fato de se entender a pena apenas em um plano simbólico ou comunicativo. Com isso, se perde de vista o fato de que a pena é, também e eminentemente, um mal dirigido a quem praticou determinado delito, necessitando a pena de legitimação em relação

⁷⁴⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 238-239, 2001.

⁷⁴⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 236, 2000.

⁷⁴⁶ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 16, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ao seu destinatário.⁷⁴⁷ Diante disso, a teoria da prevenção geral positiva é considerada uma teoria de caráter acrítico, conservador e tecnocrático na medida em que se apresenta com despreocupação quanto a ressocialização.⁷⁴⁸

Ainda em relação à pena para a teoria de Jakobs, se questiona a necessidade de sua aplicação e seu cumprimento para a reafirmação da norma, considerando-se que, sendo esse o objetivo almejado, bastaria uma simples declaração pública desaprovando a conduta típica⁷⁴⁹ - sendo o delito a negação do Direito, a declaração pública surge como negação da negação, esvaziando-se a necessidade de sanção.

Essa crítica apenas se sustenta sob um ponto de vista eminentemente normativo, segundo o qual a função da pena apenas se encontra na reafirmação da vigência da norma. Esse ponto de vista acaba sendo superado por Jakobs com uma concepção cognitiva, segundo a qual a pena visa reestabelecer a confiança social na vigência da norma (garantia cognitiva de sua vigência e não a mera vigência no plano normativo), bem como garantir uma vida livre de perigos à sociedade. Contudo, para Roxin, esse raciocínio conduz à final afirmação de que, em última escala, a tarefa do Direito Penal acabaria por ser a proteção de bens jurídicos, o que não é admitido por Jakobs.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 23, p. 313, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 23, p. 301, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁴⁹ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 16, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵⁰ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 17-18, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

4 O FUNCIONALISMO PENAL NA PRÁTICA JURISDICIONAL BRASILEIRA: SOMOS, MESMO, FINALISTAS?

Estruturados os pontos básicos para a compreensão da corrente funcionalista no Direito Penal, questiona-se se a prática jurisdicional brasileira está, ainda, distante dessa vertente teórica, ou se já incorpora em suas decisões algumas características próprias desse pensamento.

A constatação da presença do funcionalismo em algumas decisões pode não ser tão determinante para se estabelecer um perfil do Direito Penal nacional em relação à construção da teoria do delito. Contudo, pode ser importante para que, ao menos, se possa admitir a adoção paulatina de propostas novas, possibilitando-se superar alguns argumentos incompatíveis com a nova prática ou, sendo o caso, a crítica a novas posturas para que se retome a aplicação de antigos postulados.

Por isso, aqui apenas se objetiva examinar a presença de características associadas ao funcionalismo penal em decisões exemplificativas do Judiciário brasileiro, elegendo-se como ponto de referência o Superior Tribunal de Justiça.

4.1 A responsabilização penal da pessoa jurídica

A problemática envolvendo a (im)possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica é um excelente exemplo da alteração de paradigmas na teoria geral do delito, o que se faz presente no Superior Tribunal de Justiça de maneira perceptível, especialmente pelas mudanças de entendimento a respeito da matéria.

Para ilustrar essa alteração de entendimento, se apresentam abaixo três decisões representativas desse desenvolvimento, que também demonstram a presença de um raciocínio funcional nesse Tribunal.

4.1.1 Recurso especial nº 622.724

Inicialmente, destaca-se a decisão proferida no recurso especial nº 622.724,⁷⁵¹ julgado no dia 18 de novembro de 2004, no qual foi afirmado o

⁷⁵¹ Ementa: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA. INÉPCIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe

entendimento de que a responsabilização penal da pessoa jurídica encontraria óbices na própria teoria geral do delito, sendo ela incompatível já em suas bases com essa forma de responsabilização.

Na transcrição seguinte, se ressalta o ponto da fundamentação desenvolvida pelo ministro relator, acompanhado à unanimidade pelos demais ministros, no qual fica mais notória a tese de incompatibilidade da teoria geral do delito com a responsabilização penal da pessoa jurídica:

Com efeito, na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal à pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal.⁷⁵²

Nessa decisão, a inviabilidade de se atribuir a responsabilidade pela prática de um crime à pessoa jurídica é atrelada a barreiras dogmáticas de caráter pré-jurídico (ou ontológico). Ao se mencionar que os entes coletivos são incapazes de “ação”, se está a utilizar de um conceito predeterminado de ação.

Esse pensamento é o reflexo da aplicação da concepção finalista de ação, fundada em uma estrutura ontológica não passível de alteração pelo Direito, já que se constitui em um dado pré-jurídico.⁷⁵³ Seguindo a mesma lógica, se considera inaplicável à pessoa jurídica o conceito finalista de culpabilidade, categoria da teoria do crime estabelecida na essência do homem como um ser autodeterminável finalmente.⁷⁵⁴

necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal à pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal.” (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte). Recurso desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 622.724**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Auto Posto de Lavagem Vale do Vinho LTDA. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 18 de novembro de 2004. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=514058&tipo=0&nreg=200400123188&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041217&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁵² BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 622.724**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Auto Posto de Lavagem Vale do Vinho LTDA. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 18 de novembro de 2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=514058&tipo=0&nreg=200400123188&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041217&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵³ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 239.

⁷⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 227; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología

A não atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica não seria, então, decorrência de argumentos jurídicos de necessidade ou utilidade, mas da impossibilidade de adequação de conceitos pré-jurídicos (como o conceito de ação) a esse esquema, já que eles apenas seriam compatíveis quando se estiver a tratar de uma conduta humana.⁷⁵⁵

4.1.2 Recurso Especial nº 610.114

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça manifestado no julgado acima é posteriormente alterado, o que se pode constatar pelo exame do recurso especial nº 601.114,⁷⁵⁶ julgado no dia 17 de novembro de 2014, interposto contra decisão que

ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 37, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵⁵ Esse raciocínio leva Mercedes García Arán a afirmar que “[...] los mecanismos básicamente psicológicos de imputación subjetiva no son aplicables a la persona jurídica y el resultado final es, frecuentemente, la impunidad por imposibilidad de aplicar el correspondiente tipo penal.” (GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (coord.). **I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico**. Espanha, A Coruña, p. 48, 1998).

⁷⁵⁶ Ementa: “CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO. I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. [...] XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 610.114**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: CIMSAL - Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília LTDA. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=594465&tipo=0&nreg=20030210087>>

teria rejeitado denúncia formulada pelo Ministério Público Federal contra pessoa jurídica, pois não teriam sido indicadas as pessoas físicas responsáveis pela atuação da pessoa jurídica, para a persecução penal também contra as mesmas.

Já na decisão recorrida se percebe uma diferenciação em relação à postura do acórdão anteriormente analisado: a rejeição da denúncia teria sido motivada não pela impossibilidade de aplicação à pessoa jurídica dos conceitos de ação e culpabilidade, mas pela não indicação das pessoas físicas que atuam em seu nome, para que também contra elas se promovesse a persecução penal.

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça, também unânime, percebe-se a presença de um raciocínio funcional a justificar a conclusão pela possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo. Inicialmente, o Tribunal considera a importância do bem jurídico tutelado pelos dispositivos legais voltados à punição da pessoa jurídica pela prática de crime contra o meio-ambiente, referindo-se a uma necessidade preventiva como justificção para a intervenção do Direito Penal nos atos de pessoas jurídicas.⁷⁵⁷

A Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção. [...] A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais surge, assim, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção da prática de tais crimes, função essencial da política ambiental, que clama por preservação.⁷⁵⁸

Já aqui, se inicia um raciocínio funcional de direcionamento da conformação da teoria do delito à maior satisfação de finalidades específicas do Direito Penal

0&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20051219&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁵⁷ Essa necessidade preventiva é potencializada, na referência de Mercedes García Arán, pela dificuldade (ou, em alguns casos, impossibilidade) de identificação dos “responsáveis individuais” pelo fato, circunstância incrementada em empresas transnacionais e de ampla setorização e divisão de tarefas. (GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (coord.). **I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico**. Espanha, A Coruña, p. 45-46, 1998).

⁷⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 610.114**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: CIMSAL - Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília LTDA. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=594465&tipo=0&nreg=20030210087>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

(prevenção de delitos para a proteção do bem jurídico meio-ambiente). A teoria do delito de barreiras delimitadas ontologicamente passa a ceder a uma nova construção teórica, adaptada normativamente para permitir a atribuição de capacidade penal às empresas.

Novamente se transcreve parte do voto do ministro relator do Tribunal, que deixa à mostra o acolhimento dessa metodologia funcional:

A responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo decorrente de uma opção eminentemente política, conforme referido, depende, logicamente, de uma modificação da dogmática penal clássica para sua implementação e aplicação.

A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras, assim, na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

Ocorre que a mesma ciência que atribui personalidade à pessoa jurídica deve ser capaz de atribuir-lhe responsabilidade penal.

É incabível, de fato, a aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica, o que não pode ser considerado um obstáculo à sua responsabilização, pois o direito é uma ciência dinâmica, cujos conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico, como bem ressalta Fernando Galvão.

Assim, se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal, tal como ocorre na esfera cível.⁷⁵⁹

Promove-se um desprendimento de barreiras até então preservadas na teoria do delito, como é o caso do conceito naturalista de culpabilidade. A esse respeito, adotou-se pelo Superior Tribunal de Justiça um conceito de culpabilidade relacionado à responsabilidade social, conforme o trecho a seguir:

A questão da culpabilidade, por exemplo, deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*.

Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa

⁷⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 610.114**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: CIMSAL - Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília LTDA. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=594465&tipo=0&nreg=200302100870&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20051219&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. (grifo do autor)⁷⁶⁰

Por mais que se tenha promovido uma alteração de paradigma metodológico da teoria do delito, abandonando-se barreiras inquestionadas pelo finalismo e se produzindo uma adequação da dogmática à necessidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, ainda se percebe um certo apego a elementos do paradigma anterior, mantendo-se a responsabilização da pessoa jurídica atrelada, em última instância, à fonte ontológica da responsabilidade penal, que é a pessoa física. Isso se extrai da seguinte passagem da decisão: “De fato, não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa), uma vez que a atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.”⁷⁶¹

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu necessária a identificação das pessoas físicas responsáveis pela atuação da pessoa jurídica, para que se pudesse estabelecer se essas pessoas agiram em nome do ente coletivo e dentro de suas funções (do que decorreria o dolo da pessoa jurídica), ou se se estaria diante de atuação isolada de um simples empregado da pessoa jurídica (o que justificaria uma responsabilização culposa da empresa) – adotada, nesse caso, a teoria da dupla imputação necessária, posteriormente abandonada pelo Tribunal.

Não se chega, então, a um estágio de normatização da teoria do delito que desenvolva categorias do delito próprias da pessoa jurídica e desvinculadas de uma

⁷⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 610.114**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: CIMSAL - Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília LTDA. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=594465&tipo=0&nreg=200302100870&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20051219&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁶¹ A vinculação a um fundamento ontológico (dolo naturalista), mesmo em se tratando de imputação a pessoa jurídica, fica ainda mais evidenciado na parte final do seguinte trecho de outro julgado, mais recente, examinado no ponto posterior: “Esta Corte adotava a teoria da dupla imputação necessária em crimes contra o meio ambiente, por entender que a responsabilização penal da pessoa jurídica não poderia prescindir da imputação concomitante da pessoa física que agia em nome da pessoa jurídica (ou em seu benefício). Isso porque somente à pessoa física poderia ser atribuído o elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo).” (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança nº 48.085**. Agravante: Imerys Rio Capim Caulim S.A. Agravado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1461896&tipo=0&nreg=201500875650&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20151120&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

base ontológica, o que é defendido, por exemplo, por Carlos Gómez-Jara Díez, quando refere que se deva “[...] buscar um verdadeiro dolo empresarial deslindado do dolo das pessoas físicas.”⁷⁶²

Esse autor promove a mesma construção específica à pessoa jurídica em relação à culpabilidade, compreendida como a “cultura da empresa:

[...] o modelo construtivista de autorresponsabilidade penal empresarial propõe vincular o injusto empresarial com uma configuração organizativa determinada – defeituosa, inexistente, inadequada etc. – e a culpabilidade empresarial com uma determinada cultura corporativa – de incumprimento ou infidelidade ao Direito. Ou seja, o injusto empresarial estaria vinculado com a organização da empresa; a culpabilidade empresarial referir-se-ia à cultura da empresa.⁷⁶³

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça se tem, assim, uma perceptível normatização de conceitos da teoria geral do delito, o que se promove com a finalidade de permitir a intervenção do Direito Penal nos atos praticados por pessoas jurídicas, conquanto tenham sido preservadas algumas limitações próprias do paradigma ontológico.

4.1.3 AgRg no recurso em mandado de segurança nº 48.085

Da mesma forma que a decisão anterior, mas não mais se exigindo a dupla imputação de pessoa física e de pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça parece ter desvinculado tanto o dolo quanto a ação da pessoa jurídica daqueles da pessoa física. É o que ocorre ao se entender não ser necessária a imputação concomitante contra pessoa física e pessoa jurídica, conforme a seguinte passagem da decisão proferida no mandado de segurança nº 48.085:⁷⁶⁴

⁷⁶² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental:** a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 47.

⁷⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental:** a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

⁷⁶⁴ Ementa: “PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição

Nesse contexto, não prospera a apontada ausência de descrição da conduta dos gestores no caso concreto. Isso porque, abandonada a teoria da dupla imputação necessária, a eventual ausência da descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica.

Ademais, não obstante a ausência de especificação da conduta das pessoas físicas denunciadas, tem-se que a pessoa jurídica é acusada de se omitir em relação aos cuidados que deveria tomar para evitar que do transporte de minério realizado em benefício de sua atividade produtiva decorresse danos ao meio ambiente.

Não há, portanto, dúvidas acerca do conteúdo da imputação dirigida à pessoa jurídica, nem tampouco quanto ao benefício por ela auferido. Apenas não é possível especificar a conduta de cada um de seus gestores em razão das próprias características do crime omissivo, por decorrer de um não fazer.

Apesar disso, nenhuma menção específica é feita na decisão ao que se deva entender por dolo ou por conduta da pessoa jurídica, ou se ainda se considera o dolo e a conduta da pessoa jurídica decorrentes daqueles de seus representantes (pessoas físicas), apenas se prescindindo da descrição desses para fins processuais.

4.2 Recurso especial nº 753.943: a aplicação do princípio da insignificância

No presente caso, trata-se de decisão monocrática proferida no recurso de agravo em recurso especial nº 753.943,⁷⁶⁵ no qual se pretendia a aplicação do

Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. 2. Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica. 3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. 4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente. 5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica. 6. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança nº 48.085**. Agravante: Imerys Rio Capim Caulim S.A. Agravado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1461896&tipo=0&nreg=201500875650&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20151120&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 753.943**. Agravante: Arnaldo Moura dos Anjos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator:

princípio da insignificância⁷⁶⁶ como causa de exclusão da tipicidade material da conduta.⁷⁶⁷

Já no início da fundamentação da decisão, encontra-se referência perfeitamente adaptável à construção teórica de Günther Jakobs, quando o ministro relator afirma: “No ordenamento jurídico, a justiça das decisões também se afere por meio de sua previsibilidade. O direito tem, pois, papel importante para a estabilização das expectativas das pessoas.”

Essa afirmação se adéqua à finalidade atribuída ao Direito Penal por Jakobs, qual seja a de garantir as expectativas normativas decorrentes do fato de as pessoas esperarem que os demais se comportem de acordo com o ordenamento normativo.⁷⁶⁸

Adiante, manifesta-se a contrariedade do ministro relator com a aplicação isolada da dogmática, considerando adequado se estabelecer uma metodologia comunicativa entre os elementos da dogmática penal e as orientações político-criminais. É o que consta nos seguintes parágrafos:

Em verdade, a desconsideração de uma conduta humana que viola o tipo penal, ao menos formalmente, implica uma operação mental por parte do juiz, como intérprete da vontade da lei (*mens legis*), premido por critérios que bem sugerem a política criminal estatal a ser adotada na definição dos bens jurídicos que serão penalmente protegidos e em que medida.

Não se justifica, portanto, aplicar *tout court* a dogmática penal e desconsiderar que o **princípio da insignificância nada mais é do que uma manifestação, no plano jurisdicional, da política**

Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=51805582&tipo=0&nreg=201501862553&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150918&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁶⁶ Designado, em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, como “medida de política criminal”, aplicada em caso de necessidade e utilidade. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 199.576**. Impetrante: Guilherme Augusto Campos Bedin. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1068403&tipo=0&nreg=201100501690&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110801&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁶⁷ Compreendida a tipicidade material como a lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, em casos nos quais a conduta não possua relevância material, aplica-se o princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade. Ou seja, afirma-se inexistir proporcionalidade entre o resultado produzido pela conduta e a sanção penal a ser aplicada. (CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 268).

⁷⁶⁸ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 49.

criminal do Estado, permeável aos valores cultivados pela sociedade, em seu tempo e espaço.

Sopesar, portanto, os dados empíricos do processo – sejam quais forem – implica o reconhecimento de que, na concretização do poder punitivo estatal, há algo além da mera tipicidade formal do comportamento. Implica reconhecer que, conservador ou liberal, o julgador densifica uma dada política criminal, que há de dialogar, necessariamente, com a dogmática penal.

Os conceitos jurídico-penais, como lecionam Roxin e Schünemann, não de ser "capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas", visto que, ante a missão constitucional do Direito Penal, que é a de "proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial", a construção do sistema punitivo não deve vincular-se a dados meramente ontológicos, e sim orientar-se pelos fins do Direito Penal. (grifos nossos)⁷⁶⁹

A parte final da citação acima transcrita retira qualquer dúvida em relação à adoção de um paradigma desvinculado da proposta finalista, já que expressamente defendido o abandono da vinculação do sistema da teoria do delito a critérios ontológicos, defendendo-se, então, a implementação de uma metodologia funcional de orientação da dogmática de acordo com as finalidades do Direito Penal.

Essa orientação da construção dogmática do Direito Penal é pautada pela finalidade de proteção de bens jurídicos por meio das teorias da pena de prevenção geral e especial, conforme se menciona na parte transcrita da decisão, de forma compatível com a doutrina referida no capítulo anterior a respeito da metodologia funcionalista da dogmática penal.⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Agravo em recurso especial nº 753.943**. Agravante: Agnaldo Moura dos Anjos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=51805582&tipo=0&nreg=201501862553&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150918&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷⁰ Exemplificativamente: ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 59; SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 704, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 291; MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 6, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

4.3 Recurso especial nº 1.485.830: o artigo 310 da Lei 9.503/97 como crime de perigo abstrato

Considera-se, agora, o recurso especial nº 1.485.830,⁷⁷¹ provido por maioria dos votos, no qual se avaliou se o delito tipificado no artigo 310 da Lei 9.503/97⁷⁷² exige a demonstração de perigo concreto de dano decorrente da conduta para sua configuração ou se a referida figura delitiva se constitui um delito de perigo abstrato. Foi tal a relevância da matéria em julgamento que o recurso aqui mencionado foi admitido como representativo de controvérsia entre tantos outros recursos com o mesmo objeto na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

No voto vencedor, se indica a adoção de um raciocínio funcional para fundamentar a decisão a partir do momento no qual se realiza citação da doutrina de Pierpaolo Cruz Bottini sobre a matéria:

⁷⁷¹ Ementa: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO DE ACORDO COM O ART. 543-C. **REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CRIME DE TRÂNSITO. ART. 310 DO CTB. BEM JURÍDICO. SEGURANÇA DO TRÂNSITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO.** DESNECESSIDADE DE LESÃO OU EXPOSIÇÃO A PERIGO DE DANO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Recurso especial processado de acordo com o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. **TESE: É de perigo abstrato o crime previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.** 2. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, assim entendidos, na dicção de Claus Roxin, como “interesses humanos necessitados de proteção penal”, qual a segurança do tráfego viário. 3. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos, ou exigir a demonstração de riscos concretos, a terceiros, para a punição de condutas que, *a priori*, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público. 4. Na dicção de autorizada doutrina, o art. 310 do CTB, mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. Neste caso estabelece-se um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições. 5. Recurso especial provido.” (grifos do autor) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.485.830.** Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Ferreira da Silva. Relator para o acórdão: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 11 de março de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1390314&tipo=0&nreg=201402628503&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150529&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁷² Lei 9.503/97, art. 310: “Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.” (BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017)

Assim, com a visão de um conceito um pouco menos restrito para abarcar os casos de crime que gere perigo para um número indeterminado de pessoas, ‘Os tipos penais de perigo abstrato num sistema penal funcionalista moderado devem ser avaliados sob uma perspectiva teleológica, que direciona toda a política criminal e define o conteúdo dos institutos dogmáticos do sistema penal.’ (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228).⁷⁷³

Posteriormente a isso e após diversas citações doutrinárias utilizadas para fundamentar o entendimento de que o delito do artigo 310 da Lei 9.503/97 se configura em um crime de perigo abstrato (ou melhor, de perigo abstrato-concreto⁷⁷⁴), o relator novamente se utiliza de raciocínio próprio do funcionalismo ao referir:

Não se trata de uma visão de aceitação de um ‘solipsismo jurídico-penal’ (GRECO, op. cit., p. 42), em razão do qual somente o direito penal pode estabelecer proibições e sanções. Mas de usar, de modo suficiente e necessário – e sob critérios bem definidos (recordo-me aqui do seminal artigo do Prof. Juarez Tavares) (*Créters de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 0, n. 0, 1992) –, **a dogmática penal como instrumento de realização de uma política criminal assentada sobre a dignidade da pessoa humana e voltada à proteção de bens jurídicos**. (grifo do autor)⁷⁷⁵

Estabelece-se, assim, um raciocínio funcional da dogmática penal, direcionada à realização dos objetivos político-criminais, respeitando-se limitações a esse seu direcionamento, o que se assemelha ao referencial teórico de Claus Roxin,

⁷⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 1.485.830**. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Ferreira da Silva. Relator para o acórdão: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 11 de março de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1390314&tipo=0&nreg=201402628503&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150529&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷⁴ Conforme a seguinte citação do julgado: “Como salienta Pierpaolo Bottini, ‘os delitos de perigo abstrato-concreto descrevem a conduta proibida e exigem expressamente, para a configuração da tipicidade objetiva, a necessidade da **periculosidade geral**, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico’ (*Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90).”

⁷⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 1.485.830**. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Ferreira da Silva. Relator para o acórdão: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 11 de março de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1390314&tipo=0&nreg=201402628503&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150529&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ao propor um sistema funcional delimitado pelos direitos humanos e pelos princípios do Estado de Direito e do Estado Social.⁷⁷⁶

4.4 Teoria da imputação objetiva

Também possui aplicação presente no Superior Tribunal de Justiça a teoria da imputação objetiva, abordada no capítulo anterior, inclusive sendo relacionada expressamente com a corrente funcionalista da dogmática penal. É o que se percebe na seguinte passagem da decisão proferida no agravo regimental no recurso especial nº 1.243.193:⁷⁷⁷ “[...] o **dolo** opera diretamente no tipo penal, que na hodierna estrutura funcionalista da teoria do crime, leva em consideração, também, os aspectos **formais** (conduta, resultado jurídico, nexos de causalidade e subsunção legal) e os **materiais** (imputação objetiva, desvalor da conduta e desvalor do resultado).” (grifos do autor)

Diversas outras decisões do Superior Tribunal de Justiça fazem menção à teoria da imputação objetiva, em algum de seus critérios especificadores que determinam ou excluem a imputação ao tipo objetivo. A algumas delas se fará referência a seguir.

4.4.1 *Habeas corpus* nº 68.871

Em decisão proferida no julgamento do *habeas corpus* nº 68.871,⁷⁷⁸ julgado no dia 06 de agosto de 2009, percebe-se a adoção da concepção de que a teoria da

⁷⁷⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

⁷⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental em recurso especial nº1.243.193**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Edgar Alves dos Santos. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 22 de maio de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1150735&tipo=0&nreg=201100379657&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120531&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷⁸ Ementa: “HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA - MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Para que o agente seja condenado pela prática de crime culposos, são necessários, dentre outros requisitos: a inobservância do dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia) e o nexo de causalidade. 2. No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposos, no forma imprópria. A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor. 3. A hipótese não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido

imputação objetiva teria por fundamento a relação de causalidade, não sendo ambas sinônimas, mas critérios distintos, ponto de vista encontrado em Roxin⁷⁷⁹ e em Jakobs.⁷⁸⁰

A denúncia, nesse caso, se relaciona a caso no qual um navio da empresa Petrobrás Transportes S.A. – TRANPETRO teria colidido com pedras submersas e, em decorrência da colisão, teria ocorrido o vazamento de sua carga de nafta, substância química altamente tóxica. Diante disso, o denunciado, engenheiro naval especialista em acidentes marítimos, ficou encarregado do socorro ao acidente.

Após a contratação de uma empresa de mergulhos para realização de vistoria no casco do navio, o denunciado entrou em contato com o mergulhador designado para realizar o mergulho. Os acontecimentos posteriores são narrados da seguinte maneira na denúncia:

Realizada a viagem aérea e efetuado o pouso em Curitiba, o denunciado [...] entrou em contato, via telefone celular, com o mergulhador Nereu Gouvea, informando-lhe dos fatos do acidente, da volatilidade da nafta, da impossibilidade do uso de compressor

naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa. 4. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexa causal se confirma nas narrativas constantes na própria denúncia. 5. Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval), dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa. 6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese. 7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado. 8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta.” (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 68.871**. Impetrante: Luiz Antônio Câmara e Outro. Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes. Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=878973&tipo=0&nreg=200602337481&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091005&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁷⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 270; ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 6, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁸⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 237.

para o mergulho visto o risco de explosão e a possibilidade de intoxicação com os vapores da nafta existentes no ar. [...]

Entretanto, ainda neste contato telefônico, o denunciado não orientou Nereu Gouvea sobre a necessidade de contatar, previamente ao mergulho, o capitão do navio e os responsáveis pela segurança da área, não informando, também, sobre a toxicidade da nafta. Além dos mencionados cilindros de ar comprimido, o denunciado nada falou sobre os demais equipamentos de mergulho necessários para a operação, bem como sobre as medidas de segurança, previstas nas normas do Ministério do Trabalho e da Marinha, aplicáveis à operação que seria realizada.

Já próximo do navio, sem o apoio constante por parte do pessoal da empresa contratante e do navio, a equipe de mergulhadores iniciou os procedimentos. [...]

Nereu Gouvea então entrou na água [...] e após 30 segundos a mangueira que o acompanhava começou a correr de um modo diferente, o que levou os seus ajudantes a sinalizar ao mergulhador com puxões no cabo chamado "linha da vida". Como este já não respondeu, resolveram puxá-lo. Nereu foi trazido próximo ao barco já sem a máscara de mergulho, sem o capuz e com o bocal solto; estava desacordado, soltando sangue pelos olhos e uma espuma branca pelo nariz e boca. [...]

Nereu Gouveia morreu ao final da tarde do dia 18/10/01, tendo como causa mortis edema agudo de pulmão, causado por intoxicação exógena aguda por hidrocarboneto volátil, consoante laudo de exame de necropsia de fls.95/96 do apenso II do inquérito policial.

O laudo pericial de fls.217/224 do apenso II do inquérito policial apresenta a conclusão de que o equipamento de mergulho utilizado por Nereu Gouvea quando dos fatos não é adequado para mergulho em águas poluídas com agentes químicos como a nafta, ou agentes biológicos, tendo em vista que suas características de uso não eliminam a possibilidade de inalação, absorção e ingestão de quaisquer substâncias porventura existentes no local de mergulho (fls.223). [...]

Em suma, em Paranaguá-PR, na baía de Paranaguá, BAYARD MACIEL MONTEIRO EVANGELHO, atuando de forma negligente e em inobservância de regras técnicas aplicáveis, causou involuntariamente a morte de Nereu Gouvea. Assim agindo, incorreu o denunciado BAYARD MACIEL MONTEIRO EVANGELHO nas sanções do artigo 121, §§ 3º e 4º, primeira parte, do Código Penal [...].⁷⁸¹

O voto vencedor proferido nesse julgamento se inicia afirmando que o caso narrado se centra na problemática envolvendo a relação de causalidade,⁷⁸²

⁷⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 68.871**. Impetrante: Luiz Antônio Câmara e Outro. Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes. Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=878973&tipo=0&nreg=200602337481&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091005&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁸² Nas palavras do relator: "Observo que a questão jurídica levantada na impetração se situa no âmbito da relação de causalidade, como lembra a defesa, diante do que dispõe o art. 13 do Código Penal: 'O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem

ressaltando-se a inexistência de uma relação causal naturalística no crime omissivo,⁷⁸³ fato esse que leva Jakobs a concluir que o juízo de imputação se considera mais amplo do que o juízo de causalidade.⁷⁸⁴

Após essas advertências, entendeu-se pela ausência do nexos de causalidade em razão da falta de negligência na conduta do agente, já que teria advertido a vítima de que a conduta que realizaria (mergulho em água contaminada por agente químico altamente tóxico) era perigosa. É o que se verifica na seguinte passagem da fundamentação da decisão:

Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexos causal se confirma [...].

Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente, dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa.⁷⁸⁵

Entretanto, o exame de tipicidade não se restringiu à relação de causalidade (compreendida, no caso, como a própria negligência), realizando-se, também, o exame do requisito do “risco permitido” da imputação objetiva nos seguintes termos – consignando-se que apenas se passaria à análise da imputação objetiva se existente o nexos causal:

Ihe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.’ No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposo, no forma imprópria.”

⁷⁸³ Ainda no voto vencedor: “A hipótese dos autos não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa. Aplica-se aqui, portanto, raciocínio diverso daquele utilizado para a constatação de uma autêntica relação causal.”

⁷⁸⁴ “Dado que sólo un suceso puede condicionar un resultado, pero la ausencia de un suceso no puede hacerlo, una *omisión no es causal* de un resultado. Sin embargo, como las omisiones pueden ser imputables, la relación de imputación es, por consiguiente, más amplia que la relación causal.” (grifo do autor) (JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 236).

⁷⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 68.871**. Impetrante: Luiz Antônio Câmara e Outro. Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes. Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=878973&tipo=0&nreg=200602337481&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091005&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese.

Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado.

É sabido que o dano jurídico ocorrido dentro dos limites do risco permitido exclui a imputação objetiva, tornando o fato atípico.⁷⁸⁶

O exame de tipicidade da conduta do agente cessaria, como se percebe, na relação de causalidade inicialmente referida na decisão. Contudo, considerando-se hipoteticamente a existência de nexos causal, passaria o ministro relator ao exame dos critérios normativos de imputação objetiva, o que o levou a fazer referência ao risco permitido como elemento de exclusão da tipicidade.

4.4.2 *Habeas corpus* nº 46.525

Veja-se, nesse tópico, a decisão proferida no *habeas corpus* nº 46.525,⁷⁸⁷ julgado à unanimidade no dia 21 de março de 2006. Também nesse caso se

⁷⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 68.871**. Impetrante: Luiz Antônio Câmara e Outro. Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes. Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=878973&tipo=0&nreg=200602337481&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091005&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁸⁷ Ementa: "PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Afirmar na denúncia que 'a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito' não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal [...] 3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. 4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu *in casu*, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um

questionou a existência do nexo causal,⁷⁸⁸ que igualmente aqui foi excluído. Entretanto, se chegou à conclusão de que inexistente causalidade no presente caso por meio da utilização da teoria da imputação objetiva, especificamente pelo critério da “autocolocação em risco” da vítima, conforme o trecho seguinte do acórdão:

A ausência do nexo causal se confirma na assertiva constante da própria denúncia, ao dizer que, ‘considerando-se a profundidade, altura e o biotipo da vítima, a perícia concluiu também que a piscina não apresentava riscos para uma pessoa em condições normais independentemente de saber ou não nadar, assim como as condições apresentadas pela vítima baseadas na dosagem alcoólica não impediriam a mesma de reagir para evitar o afogamento, concluindo que a mesma afogou-se em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas’ (fls. 65/66).

Portanto, infere-se da narração da peça inicial acusatória que houve consentimento do ofendido na ingestão de substâncias psicotrópicas. Em casos tais, ocorre a exclusão da responsabilidade, pois se trata de autocolocação em risco, consoante afirma abalizada doutrina (D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 71).

Desse modo, o fato de a vítima ter vindo a óbito em razão da ingestão de substâncias psicotrópicas não tem relação direta com a conduta dos acusados, o que afasta a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva. (grifo do autor)⁷⁸⁹

Ao que parece, o raciocínio formulado na decisão do Superior Tribunal de Justiça vai de encontro ao entendimento de Jakobs quando refere que o critério da autocolocação em perigo não necessariamente exclui o nexo de causalidade, mas sim o juízo de imputação.⁷⁹⁰ Entretanto, fica perceptível na decisão a adoção de um

risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.” (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 46.525**. Impetrante: Dalila de Oliveira Matos. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=614749&tipo=0&nreg=200501278851&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060410&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁸⁸ Nas palavras do relator: “Desse modo, uma vez identificado o resultado, no caso, a morte da vítima, que constitui elemento indispensável à formulação típica do homicídio culposo, é imprescindível relacioná-lo com a ação realizada pelo agente, mediante um vínculo causal, cuja ausência acarreta a impossibilidade de imputação.”

⁷⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 46.525**. Impetrante: Dalila de Oliveira Matos. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=614749&tipo=0&nreg=200501278851&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060410&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁹⁰ O autor refere, em sua obra: “Paralelamente a la solución en la prohibición de regreso, entonces, a pesar de existir la causalidad de un tercero, el motivo jurídicamente relevante ha de determinarse

critério próprio da imputação objetiva para se determinar a exclusão da responsabilidade penal.

Essa adoção da teoria da imputação objetiva não cessa, entretanto, nesse ponto da decisão. Em momento posterior, nova referência é feita, agora em relação ao critério da criação de um risco não permitido:

Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, uma vez que é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

Ademais, uma eventual falta de atendimento aos pressupostos necessários para a organização da festa por parte da Comissão de Formatura está fora dos limites do que a doutrina denomina de risco juridicamente relevante, caracterizando um risco permitido, isto é, um risco geral da vida, pois, conforme registrado no primeiro voto vogal, 'é fato corriqueiro, de todos sabido, que há uso e abuso de substâncias entorpecentes nas festas promovidas por jovens, inclusive e principalmente no âmbito universitário, em todo o país' (fl. 447).⁷⁹¹

Por fim, ainda se destaca a menção ao princípio da confiança,⁷⁹² também relacionado com a teoria da imputação objetiva:

sólo dentro del ámbito del titular del bien." (JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 306).

⁷⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 46.525**. Impetrante: Dalila de Oliveira Matos. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=614749&tipo=0&nreg=200501278851&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060410&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁹² Em relação a esse ponto, destaca-se que, além de toda a dúvida e diversidade de concepções que envolvem a teoria da imputação objetiva, verifica-se também aplicações contrárias a lições doutrinárias. No exemplo do princípio da confiança, encontra-se julgado excluindo a sua utilização em prol do agente que age ilicitamente: "Não pode se escorar no princípio da confiança o condutor de ônibus que não guarda comportamento diligente e esperado pela comunidade e não observa as regras de trânsito vigentes. [...] Desse modo, pode valer-se de tal princípio o agente cujo comportamento se deu de acordo com o esperado pela sociedade e dentro das regras vigentes." (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 1.580.438**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Neri Mendes. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1501408&tipo=0&nreg=200902501383&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160418&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017). Em sentido contrário ao consignado no julgado referido, veja-se a doutrina de Fabio Roberto D'Avila: "[...] é totalmente equivocada a ideia de que não podem valer-se do princípio da confiança aquelas pessoas que se comportam de forma ilícita." (D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52).

Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta também a doutrina que vigora o princípio da confiança, segundo o qual as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma reconhecível inclinação para o fato. (ROXIN, Claus. *Teoria da Imputação Objetiva*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano nº 9, abril-junho de 2002, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 11-31, p. 14). (grifo do autor)⁷⁹³

É notável, pelas passagens transcritas do julgado em exame, a adoção de doutrina de caráter funcionalista pelo Superior Tribunal de Justiça, para determinar a existência de imputação do resultado aos agentes, resolvendo-se o problema no âmbito da tipicidade objetiva.

4.4.3 Recurso especial nº 822.517

No recurso especial nº 822.517,⁷⁹⁴ julgado no dia 12 de junho de 2007, faz-se menção explícita a critérios específicos da teoria da imputação objetiva, com destaque para o “risco permitido/proibido”.

⁷⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 46.525**. Impetrante: Dalila de Oliveira Matos. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Estado do mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=614749&tipo=0&nreg=200501278851&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060410&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁹⁴ Ementa: “CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão. V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida. VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte *a quo* no sentido de sua direção descuidada. VII. A averiguação do nexa causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que

O recurso se refere a caso no qual o agente saiu de uma festa em seu veículo, na qual consumiu bebida alcoólica, acompanhado de uma mulher, que não fazia uso do cinto de segurança enquanto estava no veículo. Em determinado momento, o agente teria excedido o limite de velocidade e, por se deparar com um medidor de velocidade (“pardal”), acabou por frear abruptamente, perdendo o controle do veículo e capotando, o que resultou na morte da passageira que não utilizava o cinto de segurança.

Para determinar a responsabilidade do agente pela morte da passageira do veículo, foi utilizada a teoria da imputação objetiva, especialmente no que se refere ao critério do “risco proibido/permitido”, o que fica expresso na seguinte passagem da decisão:

No estudo da Teoria Geral da Imputação Objetiva, criada por Claus Roxin, para haver imputação objetiva, faz-se necessária a concorrência das seguintes condições: a) a criação ou aumento de um risco não permitido; b) a realização deste risco no resultado concreto; e c) que o resultado se encontre na esfera de proteção da norma.

Por outro lado, o resultado não pode ser imputado ao agente quando: a) o resultado decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; b) o risco permitido não realize o resultado concreto; c) o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. [...]

No presente caso, trata-se da ocorrência de um risco proibido, pois o recorrente agiu em total desconformidade com o ordenamento jurídico, ao dirigir após ingestão de bebida alcoólica e, acompanhado da vítima, trafegar em via pública empreendendo velocidade acima da permitida. Tal conduta não é tolerável, mas proibida pelo legislador, tendo causado o resultado morte, previsto no Código de Trânsito, em seu art. 302.⁷⁹⁵

não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.” (grifo do autor) (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 822.517**. Recorrente: Daniel da Silva Antunes. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 12 de junho de 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=642408&tipo=0&nreg=200600380860&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20070629&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 822.517**. Recorrente: Daniel da Silva Antunes. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 12 de junho de 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=642408&tipo=0&nreg=20060038086>>

Nesse julgado, conferiu-se destaque, no âmbito da imputação objetiva, à valoração do risco proibido/permitido. Contudo, não há menção ao critério da “heterocolocação em perigo consentida”, também integrante da teoria da imputação objetiva e que, ao que parece, poderia resolver o problema de imputação do resultado.⁷⁹⁶

0&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20070629&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁹⁶ Roxin fornece exemplo semelhante ao caso julgado, no qual, consciente do risco, mas não se colocando em situação de perigo, a vítima acaba por permitir que outra pessoa lhe coloque em situação de risco. Nas palavras do autor, já referidas nesse trabalho: “O dono de um carro, já incapaz de dirigir por motivo de embriaguez, atendendo aos pedidos de um dos participantes da festa, permite que ele vá em seu carro. O passageiro morre em um acidente causado pela alcoolização do motorista.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367-368).

5 CONCLUSÃO

Por mais que a presente pesquisa possuísse um objetivo específico e que tenha sido ele o principal motivador para que fosse realizada, pode-se considerar alcançadas algumas conclusões também relevantes já no início da pesquisa – conclusões que são decorrência da busca pela resposta ao problema de pesquisa central.

Inicialmente, destaca-se a referência realizada no capítulo primeiro de que a modificação histórica da teoria geral do delito não se condiciona simplesmente por propriedades especiais do Direito Penal; ela decorre da própria condição temporal do conhecimento humano.⁷⁹⁷ Esse é o contexto no qual se insere a teoria geral do delito: um cenário de transformações intermináveis, não parecendo adequada a crença de que se tenha alcançado uma construção teórica perfeitamente acabada. Ou seja, acredita-se ser necessária uma postura receptiva a críticas e a novas problematizações, o que torna possível o desenvolvimento das construções teóricas do Direito Penal de acordo com a evolução das teorias do conhecimento.

Justamente por se admitir que o conhecimento humano tende, sempre, a ser revisado no curso da história, realizou-se a reconstrução dos três principais paradigmas clássicos da teoria do delito (causalismo, neokantismo e finalismo) não como simples concepções teóricas isoladas, mas como uma linha histórica da teoria do delito, dotada de continuidade, semelhante a um percurso no qual cada passo depende e possui íntima relação com os passos anteriormente dados.

Essa reconstrução se iniciou com a retomada das características principais do causalismo, concebido sob influência marcante do pensamento científico positivista, que pretendeu estabelecer um Direito isento de contaminações de outras áreas, como a sociologia, a psicologia, a filosofia etc. Acreditava-se, nesse referencial teórico, na competência humana para conhecer a essência das coisas, atribuindo-se à ciência a capacidade de explicar a realidade como um todo.

No Direito Penal, as pretensões científicas do paradigma causalista trouxeram como consequência a difusão de um raciocínio sistemático-conceitual,

⁷⁹⁷ Conforme a citação de José de Faria Costa já referida: “Não há, nem haverá nunca uma doutrina que feche definitivamente a ordenação desta matéria. O que há são sempre explicações, mais ou menos conseguidas que levam dentro de si o efêmero e a relatividade do seu tempo histórico.” (COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 195).

estabelecendo-se um alheamento da dogmática penal em relação a conhecimentos sociológicos, psicológicos, filosóficos, etc., em prol de uma teoria do delito desprovida de raciocínios valorativos e apegada à aplicação lógica da legislação.

As categorias da teoria do delito são, também, um extrato significativo desse pensamento naturalista. Basta que se observe o conceito de ação como um movimento corpóreo consistente na tensão dos músculos do agente, a preocupação destacada com a causalidade natural existente entre a ação e o resultado, bem como a distinção precisa promovida entre os elementos da teoria do delito, estruturando-se uma parte objetiva (ação, tipicidade e antijuridicidade) e uma parte subjetiva (culpabilidade).

Entretanto, essa teoria se mostrou deficitária em alguns pontos, como em relação à sua incompatibilidade com uma explicação consistente dos delitos omissivos, nos quais não se verifica uma ação positiva e, por isso, se faz também ausente uma relação de causalidade natural entre a postura do agente e o resultado.

Outras críticas ainda são formuladas a essa teoria, como, por exemplo, o *regresso ad infinitum* na relação causal produzido pela concepção de ação como mero movimento corporal desprovido de finalidade, a incapacidade de explicação satisfatória do crime tentado, a problemática envolvendo a responsabilização do copartícipe que apenas participa dos atos preparatórios do delito, etc. Contudo, ao que mais interessa a esse trabalho, o ponto de destaque dessa teoria é o distanciamento promovido entre a dogmática jurídico-penal e as valorações político-criminais.

Diante das críticas direcionadas ao pensamento causalista, um novo paradigma passa a ser desenvolvido na teoria do delito, também proveniente de uma alteração de pensamento que não nasceu no Direito Penal, mas no Direito como um todo e, antes de migrar ao Direito, em outras áreas do conhecimento. Trata-se do paradigma neokantiano, que promoveu um retorno à doutrina de Immanuel Kant, realizando uma releitura de sua obra, pois algumas diferenças são percebíveis entre eles.

Com esse paradigma, objetivou-se superar algumas críticas endereçadas ao causalismo, instituindo-se uma metodologia de pensamento mais receptiva a juízos valorativos, promovendo-se uma aproximação entre o sistema penal e as suas finalidades político-criminais, não se prestando, entretanto, a uma superação tão

significativa do pensamento positivista. Isso se ilustra com o conceito de ação, que adquire um viés normativo com sua concepção como negação de valores pelo homem, conceito relacionado a um juízo valorativo de relevância social, mas que continuou apegado ao elemento da causalidade natural.⁷⁹⁸

Entretanto, alguns questionamentos até então não respondidos pelo causalismo são melhor resolvidos pelo neokantismo. No mesmo exemplo acima citado, a concepção de ação, que não mais se encontra no mero movimento corporal, se estabelece como *comportamento humano*, agora compatível com a explicação do crime omissivo, no qual nenhum movimento corporal é realizado.

Também se inovou, com esse paradigma ao se desfazer a separação rigorosa entre os elementos do delito de acordo com a sua natureza, em razão do que os estratos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade se apresentavam praticamente incomunicáveis. Nessa nova concepção teórica, há uma desmitificação dessa setorização precisa dos elementos do delito, o que se percebe, por exemplo, com a inserção de elementos subjetivos no tipo (intenção de lucro, intenção de difamar etc.) – saliente-se, o que não provocou uma profunda revisão da teoria do delito, inclusive se insistindo na manutenção do dolo e da culpa na culpabilidade.

Essa aproximação entre os estratos da teoria do delito, promovida pela inserção de valores na dogmática penal, ainda levou a se conceber o injusto (conduta típica e antijurídica) como uma conduta tipicamente antijurídica. Também como consequência dos juízos valorativos, a culpabilidade passou a possuir uma face valorativa marcante, que ficou conhecida como “reprovabilidade”, atuante ao lado do dolo e da culpa.

Mesmo com essa reformulação da metodologia da teoria do delito, como já referido, não se alcançou uma verdadeira superação do pensamento positivista, o que pode se notar com o fato de que, mesmo com a introdução de valores na ação típica, se manteve sua concepção cega (já que dolo e culpa permaneceram atrelados à culpabilidade) e causalista (ainda com a supervalorização da relação de causalidade natural). Ou seja, por mais que o neokantismo tenha respondido algumas críticas direcionadas ao paradigma causalista, outras permaneceram sem resposta, bem como se promoveram novas críticas a esse pensamento que não

⁷⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 198.

eram feitas ao causalismo – como, por exemplo, o relativismo e o subjetivismo proveniente do pensamento valorativo neokantiano.

Em razão disso, novamente a teoria do delito é conduzida a uma reformulação de pensamento, surgindo o paradigma finalista desenvolvido, sobretudo, por Hans Welzel, que pautou a construção do sistema jurídico-penal em categorias ontológicas ou pré-jurídicas, as quais julgou compatíveis com uma sistematização universal, já que originada do mundo da natureza (da essência da realidade).

O ponto máximo dessa construção se encontra na concepção de “ação final”, responsável pela mais notável modificação na estrutura do delito: a transferência do elemento subjetivo do crime (dolo e culpa) da culpabilidade para a tipicidade, configurando-se uma concepção verdadeiramente normativa da culpabilidade e uma tipicidade bipartida em objetiva e subjetiva.

Com a vinculação (que em alguns autores é exaltada e que, em outros, é suavizada, mas que é uma característica marcante desse paradigma) da teoria do delito a estruturas ontológicas, acreditou-se produzir uma maior segurança jurídica na construção do sistema jurídico-penal, afirmando-se que tanto o legislador quanto o intérprete são vinculados às categorias dessa ordem pré-jurídica.

Se, de certa forma, o finalismo consegue produzir um critério seguro de limitação da teoria do delito (as “categorias do ser” ou categorias ontológicas), por outro lado, conduz o Direito Penal a retomar seu distanciamento em relação a avaliações político-criminais, o que havia sido diminuído com o pensamento neokantiano. Isso não significa que inexistam raciocínios valorativos no finalismo (o que ocorre, exemplificativamente, na concepção de “adequação social”, excludente da tipicidade e considerada o embrião da teoria da imputação objetiva), mas que esses raciocínios são tomados mais como exceção, estruturando-se um sistema centrado em elementos ontológicos.

Esse caminho percorrido pela teoria do delito é o reflexo do embate entre as formas metodológicas ideais de construção do sistema do Direito Penal, podendo-se apontar duas metodologias gerais que sintetizam a evolução dos pensamentos da teoria do delito: o método “do sistema ao problema”, no qual se atribui maior importância à construção sistemática, que já conteria em si as respostas aos problemas que visa solucionar; e o método “do problema ao sistema”, caracterizado

pela consideração dos problemas apresentados a resolução e, a partir disso, buscando-se a melhor adequação do sistema a esses problemas, em prol de respostas a eles mais adequadas.

Com o finalismo, aponta-se como afirmado o método “do sistema ao problema”, reputando-se essa limitação determinista da teoria do delito pelas categorias ontológicas um prejudicial afastamento seu em relação à política-criminal. Por isso, também o finalismo é alvo de críticas (apesar de serem reconhecidos e defendidos os seus méritos), surgindo dessas críticas um novo paradigma da teoria do delito: o funcionalismo penal.

Como foi referido no capítulo terceiro desse trabalho, o funcionalismo penal é uma construção plural, não se podendo apontar apenas um modelo teórico, mas uma pluralidade de propostas funcionalistas. Contudo, foram abordadas as características gerais das duas principais propostas funcionalistas no Direito Penal: as construções de Claus Roxin e de Günther Jakobs.

Ao que interessa aqui, ressalta-se que essas propostas se caracterizam pela abertura da dogmática jurídico-penal a valorações político-criminais, promovendo-se (assim como realizado no neokantismo, mesmo que de forma menos marcante) uma aproximação entre esses dois saberes. Ou seja, as categorias do delito passam a sofrer maior influência de constatações político-criminais, abandonando-se algumas limitações da teoria do delito presentes até então, sob a vigência do finalismo.

O funcionalismo surge, então, como uma proposta de estruturação de um sistema dogmático aberto a conhecimentos político-criminais, direcionado de acordo com as finalidades do Direito Penal e compatível com a antes mencionada metodologia “do problema ao sistema” – os problemas a serem resolvidos por meio do Direito Penal são considerados de maneira significativa, pautando a construção e aplicação da teoria do delito.

É esse o cenário no qual se presencia o nascimento da proposta de Roxin, conhecida como sendo um funcionalismo moderado, bem como da teoria de Jakobs, classificada como um funcionalismo radical, pois se caracteriza por uma normatização mais acentuada das categorias do crime. Mesmo sendo diversos os níveis de normatização da teoria do delito, ambas as teorias possuem como ponto central o desenvolvimento de uma comunicação mais presente entre dogmática e política-criminal, conferindo especial importância às teorias da pena como elemento

a possibilitar o desenvolvimento de uma teoria geral do delito mais frutífera em seus resultados sociais.

Considerada a evolução da teoria do delito em seus três paradigmas clássicos (causalismo, neokantismo e finalismo), não se reputa errôneo afirmar que é possível que o funcionalismo seja também uma continuação dessa evolução, vindo paulatinamente a tomar o lugar do paradigma finalista e, futuramente, ser substituído ou complementado por novos conhecimentos destinados a responder as críticas que já são realizadas ao funcionalismo.

Por fim, diante dessa constatação em relação ao presente e ao possível futuro da teoria do delito, concluiu-se a pesquisa com o exame de casos demonstrativos da presença da racionalidade funcionalista na prática jurisdicional brasileira. Foram selecionados, nesse ponto, julgados do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo exclusivo de se verificar se não se está, também no Brasil, a caminhar em direção ao acolhimento das propostas funcionalistas presentes sobretudo nos autores alemães mencionados.

Com isso, conclui-se a pesquisa com a confirmação da hipótese adotada quando da primeira aproximação ao tema, de que o funcionalismo penal já se faz presente em julgados da Corte Superior brasileira, seja pela modificação de categorias clássicas da teoria do delito com a intenção de se conseguir uma mais efetiva proteção de bens jurídicos (como no exemplo das categorias “conduta” e “dolo”, ressignificadas para possibilitar a responsabilização criminal da pessoa jurídica), seja pela aplicação da teoria da imputação objetiva nos termos de sua concepção pelo funcionalismo, ou, ainda, por referências explícitas à própria expressão “estrutura funcionalista da teoria do crime”.

Diante das decisões do Superior Tribunal de Justiça examinadas, parece ser inegável já ter sido introduzido o paradigma funcionalista do Direito Penal no Judiciário brasileiro. Tomando-se essa constatação como ponto de partida, acredita-se ser necessário o aprofundamento das discussões a respeito da proposta funcionalista, para que se decida se realmente é esse o melhor caminho a ser adotado pelo Direito Penal brasileiro ou se, mesmo com todas as críticas que se possa formular ao finalismo, permanece ele sendo mais apropriado ao Direito Penal, mesmo que provisoriamente, até que se promova a transição a uma terceira proposta, seja ela qual for.

REFERÊNCIAS

ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 29, p. 439-454, 2006. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. **Universitas**: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 23-45, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Tradução de Paulo José da Costa e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. Publicado com a obra *La Doctrina del Delito Tipo*.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Agravo em recurso especial nº 753.943**. Agravante: Agnaldo Moura dos Anjos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=51805582&tipo=0&nreg=201501862553&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150918&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Agravo regimental em recurso especial nº1.243.193**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Edgar Alves dos Santos. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 22 de maio de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1150735&tipo=0&nreg=201100379657&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120531&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança nº 48.085**. Agravante: Imerys Rio Capim Caulim S.A. Agravado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1461896&tipo=0&nreg=201500875650&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20151120&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 199.576**. Impetrante: Guilherme Augusto Campos Bedin. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1068403&tipo=0&nreg=201100501690&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110801&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 46.525**. Impetrante: Dalila de Oliveira Matos. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Estado do mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=614749&tipo=0&nreg=200501278851&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060410&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas corpus nº 68.871**. Impetrante: Luiz Antônio Câmara e Outro. Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes. Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=878973&tipo=0&nreg=>

200602337481&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091005&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 1.485.830**. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Ferreira da Silva. Relator para o acórdão: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 11 de março de 2015. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1390314&tipo=0&nreg=201402628503&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150529&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 1.580.438**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Neri Mendes. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1501408&tipo=0&nreg=200902501383&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160418&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 610.114**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: CIMSAL - Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília LTDA. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=594465&tipo=0&nreg=200302100870&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20051219&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 622.724**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Auto Posto de Lavagem Vale do Vinho LTDA. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 18 de novembro de 2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=514058&tipo=0&nreg=200400123188&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041217&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso especial nº 822.517**. Recorrente: Daniel da Silva Antunes. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 12 de junho de 2007. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=642408&tipo=0&nreg=200600380860&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20070629&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRUERA, Matilde M. Dogmática penal y garantías individuales. In: BRUERA, Hugo Arnaldo; _____. **Derecho penal y garantías individuales**. Argentina: Editorial Juris, 1997. p. 67-82.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1.

CAENEGEM, R. C. van. **Juizes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53-88.

CALLEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 4, ano 2, set./dez., p. 223-242, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 46, mês 2, p. 697-730, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46435.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARROLL, Lewis. **Alice**: aventuras de Alice no país das maravilhas & através do espelho. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 46, mês 1, p. 5-20, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CEREZO MIR, José. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 45-62, 2003. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5020&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CERLETTI, Marco L. Juicios de imputación y juicios causales. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 237-276.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Chile, n. 8, p. 45-76, 2012. Disponível em: <<http://docplayer.es/4815188-Expansion-del-derecho-penal-y-garantias-constitucionales.html>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. 10. ed. Barcelona: Bosch, 1951. t. 1.

D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 135-163, 2014.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 65-73, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

D'AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 179, p. 19-20, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, n. 227-228, set./dez., p. 95-108, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

DE MIGUEL PEREZ, Isidro. **Derecho penal: principios generales**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1963.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Peru: ARA Editores, 2010.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 13-23.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: O criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale**: dei reati e delle pene in generale. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. **Aequitas**, Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75-79, 1964. Disponível em: <<http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. p. 19-68.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**, Alicante, n. 23, p. 233-264, 2000.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (coord.). **I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico**. Espanha, A Coruña, p. 45-56, 1998.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [197?]. v. 1. t. 1.

GARRAUD, René. **Compendio de direito criminal**. Tradução de A. T. de Menezes. Lisboa: Livraria Classica, 1915. v. 1.

GÓMEZ ROMERO, Isidro. Concepto y método de la historia de la filosofía en la obra de Wilhelm Windelband. **Anales del seminario de historia de la filosofía**, Madrid, n. 1, p. 219-240, 1980. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/view/ASHF8080110219A>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. **Anuario de filosofía del Derecho**, Espanha, n. 3, p. 249-280, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-180.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 120-163, 2000.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, Rio de Janeiro, n. 07, maio/ago., p. 97-123, 2011.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 58, p. 5-28, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1960.

JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas?. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 325-347.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t.

39, mês 1, p. 9-32, 1986. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46278.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Iniciación a la teoría general del delito**. Nicaragua: Editorial UCA, 1995.

LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1972.

MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto penale italiano**. 4. ed. Itália: CEDAM, 1930.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 1-24, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-30.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 23, p. 289-322, 2000. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 50, mês 1-3, p. 185-210, 1997. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1997-10018500210_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Las_r_evoluciones_cient%EDficas_del_Derecho_Penal:_Evoluci%F3n_y_estado_actual_d_e_la_dogm%EDtica_jur%EDdico-penal>. Acesso em: 13 jan. 2017.

PETIT CANDAUDAP, Celestino Porte. **Programa de la parte general del derecho penal**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

PORTA, Mario Ariel González. **Estudos neokantianos**. São Paulo: Loyola, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.

RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 12, p. 1-13, 2010. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch. **Universitas: Revista de filosofía, derecho y política**, Madrid, n. 6, p. 29-56, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 1-25, 2012.

Disponível em:
<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085818&orden=369235&info=link>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 49, mês 1, p. 187-218, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46492.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, t. 44, mês 3, p. 693-714, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46401.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, p. 1-15, 2007. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento em Kant: o idealismo transcendental. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 19, n. especial, p. 28-51, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10053/15383>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 14, n 2, p. 229-238, 2006. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/24/27>. Acesso em: 13 jan. 2017.

STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M (org.). **El derecho penal hoy**: homenaje al profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 251-272.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. La ciencia y el derecho en la concepción de Immanuel Kant. **Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada**, Madrid, n. 11, p. 99-114, 2005. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A82/A82-2.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural y justicia material. Tradução de Felipe González Vincén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 174-186, 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009.