

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MATRIZES**  
**FUNCIONALISTAS EM UM SISTEMA JURÍDICO-PENAL FINALISTA**

Helena Karoline Mendonça

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MATRIZES**  
**FUNCIONALISTAS EM UM SISTEMA JURÍDICO-PENAL FINALISTA**

Helena Karoline Mendonça

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor  
Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2011

# DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MATRIZES FUNCIONALISTAS EM UM SISTEMA JURÍDICO-PENAL FINALISTA

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial para  
a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Rodrigo Lemos Arteiro

Orientador

---

Rodolfo Marques da Silva

Examinador

---

Sérgio Tibiriçá Amaral

Examinador

Presidente Prudente, 03 de novembro de 2011.

*O homem, na verdade, está muito longe da  
santidade; mas a humanidade na sua  
pessoa deve ser sagrada.*

*Kant.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, que me deu o auxílio, a força, a fé e a proteção necessária não só para a conclusão deste trabalho, mas para todos os meus dias;

Aos meus pais, que nunca me deixaram e nunca me deixarão desistir de lutar pelos meus sonhos. Obrigada por existirem;

Ao meu namorado, por toda a ajuda, força e amor que me deu durante todo esse percurso e por estar comigo em todos os momentos. Obrigada por ser a pessoa que quero ao meu lado pra sempre;

Ao meu primo, Tony, por ser como meu irmão e por todas as caronas. E a toda minha família, por ser a minha estrutura;

Ao meu supervisor, Dr. Rodolfo Marques da Silva e ao professor Sérgio Tibiriçá Amaral, por sempre me orientarem e que, com todos os seus ensinamentos, me proporcionaram chegar até aqui;

Ao professor e orientador deste trabalho, Rodrigo Lemos Arteiro, que antes de ser um grande profissional, é um grande ser humano.

## RESUMO

O presente trabalho visa dissertar, após uma breve amostra de toda a evolução da teoria do delito no Brasil, das teorias da ação criadas pela doutrina penal, bem como da evolução, concomitante, da culpabilidade por meio de variadas perspectivas, a estrutura e a importância representada pelo finalismo de Hans Welzel e de como sua teoria finalista da ação influencia no sistema jurídico-penal brasileiro. Busca, também, após um aprofundado estudo acerca do funcionalismo em suas diferentes vertentes, de Claus Roxin e Günther Jakobs, explicar sobre a possibilidade de se aplicar matrizes desse sistema jurídico-penal, como a teoria da imputação objetiva do resultado e o Direito Penal do inimigo, em um sistema jurídico-penal de cunho ontológico como o finalista, perante a insuficiência deste último.

**Palavras-chave:** Teoria geral do delito. Finalismo. Funcionalismo.

## ABSTRACT

The present monograph intends to lecture, after a brief sample of the whole evolution of the theory of crime in Brazil, about theories of action created by the criminal law's doctrine, as well as the evolution, at the same time, of guilty through some perspectives, the structure and relevancy set by the finalist theory of Hans Welzel and how his theory affects the Brazilian criminal system. Search, also, after a deep study about functionalism in its different aspects, of Roxin Claus and Günther Jakobs, to explain about the possibility of applying this matrix-criminal system, as the theory of objective imputation of results and the Criminal Law of the enemy, in a criminal system with the ontological nature like the finalist, facing the failure of the last one.

**Keywords:** General crime's theory. Finalism. Functionalism.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 BREVES LINHAS ACERCA DA TEORIA DO CRIME NO BRASIL</b> .....	11
2.1 Da Conduta Humana .....	13
2.2 Da Tipicidade da Conduta .....	15
2.3 Da Ilícitude da Conduta .....	16
2.4 Da Culpabilidade do Agente .....	17
<b>3 ANÁLISE HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA AÇÃO</b> .....	21
3.1 Teoria Causal da Ação .....	21
3.2 Teoria Social da Ação .....	22
3.3 Teoria Jurídico-Penal da Ação .....	24
<b>4 DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO E DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL FINALISTA</b> .....	26
4.1 Críticas à Teoria Finalista da Ação .....	35
<b>5 A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	41
5.1 Culpabilidade Sob Uma Perspectiva Psicológica .....	42
5.2 Culpabilidade Sob Uma Perspectiva Normativa .....	43
5.3 Culpabilidade Sob a Perspectiva da Doutrina Finalista da Ação .....	45
5.4 Da Importância de se Transferir o Elemento Subjetivo Para o Tipo Penal .....	48
<b>6 DO FUNCIONALISMO</b> .....	50
6.1 Do Funcionalismo Moderado (ou Teleológico) de Claus Roxin .....	53
6.1.1 Da teoria personalista da ação .....	63
6.1.2 Da teoria da imputação objetiva do resultado .....	63
6.2 Do Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs .....	75



6.2.1 Da teoria da imputação objetiva do resultado para Jakobs .....	80
6.2.2 Da teoria do tipo objetivo .....	84
6.2.3 Do direito penal do inimigo .....	86
<b>7 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MATRIZES FUNCIONALISTAS EM UM SISTEMA JURÍDICO PENAL FINALISTA .....</b>	<b>98</b>
7.1 Da Teoria da Imputação Objetiva em um Sistema Jurídico-Penal Finalista .....	101
7.2 Do Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito e em um Sistema Jurídico-Penal Finalista .....	117
<b>8 CONCLUSÕES .....</b>	<b>131</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>131</b>

# 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico, utilizando-se do método indutivo por trazer situações específicas e analisá-las com a finalidade de se chegar a uma regra geral que possibilite solucionar a problemática apresentada, preocupou-se em, primeiramente, produzir um breve histórico acerca da evolução da teoria do delito no Brasil. Com essa análise, foram estudados de forma relativamente detalhada os elementos componentes do conceito analítico de crime, quais sejam: conduta e tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Tendo-se em vista a importância representada pela conduta humana, foi confeccionada uma análise das denominadas teorias da ação criadas ao longo de toda a evolução da teoria do delito, com especial enfoque à teoria causal da ação e à teoria social da ação.

Em tópico autônomo, tratou-se da teoria finalista da ação e do finalismo como sistema jurídico-penal adotado de forma majoritária não apenas pelos doutrinadores penalistas brasileiros, mas por todo o Direito Penal mundial. Não apenas foi explanado acerca da criação, fundamentos, características e acertos dessa teoria e sistema, mas também sobre as críticas que a doutrina geral faz, até os dias de hoje, sobre alguns de seus pontos e de como seu criador, o penalista Hans Welzel, responde a cada uma dessas críticas, sendo sempre fiel à sua dogmática.

Em paralelo à evolução das teorias da ação, especialmente a finalista, falou-se sobre a evolução do conceito de culpabilidade, que se deu de forma concomitante à evolução do conceito de ação, sob diferentes perspectivas (psicológica, normativa e, inclusive, sob a perspectiva da doutrina finalista).

Diante da insuficiência do finalismo em determinadas situações reiteradamente criticadas pela doutrina e também em razão da divergência de entendimentos entre Hans Welzel e alguns outros penalistas, o presente trabalho

tratou de forma aprofundada sobre o funcionalismo enquanto sistema jurídico-penal em duas grandes “modalidades”: funcionalismo moderado ou funcional, de Claus Roxin; e funcionalismo sistêmico ou radical, de Günther Jakobs.

Dentro dessas diferentes vertentes do funcionalismo, foi tratado também sobre a teoria da imputação objetiva do resultado (tanto na visão de Roxin, quanto na visão de Jakobs), bem como sobre o Direito Penal do inimigo e todas as suas características.

Adentrando ao mérito do presente trabalho científico, dissertou-se sobre a possibilidade de aplicação, especificamente, dessas matrizes (teoria da imputação objetiva e Direito Penal do inimigo) de caráter funcionalista, posto que nasceram em um sistema jurídico-penal funcionalista e foram criadas ou aprimoradas por doutrinadores adeptos do funcionalismo, em um sistema jurídico-penal finalista ou, no caso do Direito Penal do inimigo, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, tendo em vista que tais vertentes trazem características bastante diferenciadas daquelas oriundas do finalismo proposto por Welzel e, tratando-se de Direito Penal do inimigo, características que podem ferir a ordem constitucional vigente no Brasil.

## 2 BREVES LINHAS ACERCA DA TEORIA DO CRIME NO BRASIL

Antes de tratar pormenorizadamente do tema a que se destina este trabalho, deve-se realizar uma breve análise histórica da teoria do crime no Brasil, posto que é sobre ela que fundará toda a análise das teorias finalistas e funcionalistas, expostas mais adiante.

Pela sociologia do Direito, em consonância com sua filosofia, fica evidente que o crime não pode ser puramente conceituado por meio de mera teoria. O crime é, antes de tudo, um fato social, um acontecimento na vida de um ser humano que acaba por envolver também vários outros seres humanos. Por não ser pura e simplesmente um conceito com bases teóricas, conseqüentemente, não será sempre o mesmo. Deve-se analisar uma série de elementos que, quando unidos, acabam por caracterizar um determinado fato delitivo. (TOLEDO, 1994, p.79)

Os princípios gerais do Direito Penal, que regem essa ciência do Direito, apregoam que o Direito Criminal deve atuar no meio social apenas quando um bem jurídico penalmente protegido for atingido ou estiver sob ameaça de lesão. Isso porque o Direito Penal é subsidiário e fragmentário, protegendo tão somente os bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade (ESTEFAM, 2008, p. 55).

Como bem apregoa André Estefam, “as infrações penais, portanto, correspondem a um pequeno *fragmento* extraído da vasta gama de atos ilícitos” (2008, p.55).

Crime, portanto, poderia ser conceituado como todo ato lesivo ou ameaçador a um bem jurídico penalmente protegido e que faz com que o Direito Penal seja devidamente exercitado, sendo este apenas um conceito material do que vem a ser um delito. (ESTEFAM, 2008, p.55) Porém, essa definição é demasiadamente insuficiente, ante a pluralidade de situações que o ser humano e a vida em sociedade colocam perante a ciência do Direito para que este possa solucionar de modo satisfatório todos os litígios.

Em razão desta insuficiência dogmática, os cientistas da esfera jurídico-penal preocuparam-se em formular diversos outros conceitos de crime, pautando-se em diferentes aspectos. Pode-se citar como exemplos o social, normativo, filosófico, entre outros.

Porém, para a finalidade a que se destina o presente trabalho científico, deve-se ater para o conceito analítico de crime. Dentro deste conceito, os estudiosos do Direito Penal se dividiram em três diferentes correntes, a fim de chegarem a um consenso em relação aos elementos que compõem o delito e que, quando analisados em conjunto, possibilitam um conceito completo e concreto do que vem a ser realmente o crime.

Para parte da doutrina, o crime deve ter uma definição bipartida, sendo composto pela tipicidade e pela ilicitude. Por outro lado, há aqueles doutrinadores que entendem ser um crime um fato típico, ilícito, culpável e punível, adotando-se, assim, um conceito quadripartido de crime. (ESTEFAM, 2008, p.55)

Todavia, conforme bem assevera Francisco de Assis Toledo, “a pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser *elemento constitutivo*, isto é, *estar dentro* do conceito de crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado”. (1994, p.81) E como será visto, a culpabilidade, através da evolução do estudo a seu respeito, tornou-se elemento essencial ao conceito de crime para o Direito Penal. Portanto, deve-se adotar o ponto mediano entre as duas teorias extremistas, qual seja: a teoria tripartida, que apregoa ser o crime um fato típico, ilícito e culpável.

Conforme ensinamentos de André Estefam: (2008, p. 56-57)

Costuma-se designar como “clássico” o autor que diz ser o crime fato típico, ilícito e culpável, e “finalista” aquele que afirma ser fato típico e ilícito. Embora tais designações sejam correntes, não são precisas. A aceitação da teoria finalista da ação (que revolucionou o direito penal da metade do século passado) não implica necessariamente a conclusão de que o crime é fato típico e antijurídico. Há, nesse sentido, diversos “finalistas” que defendem ser o crime fato típico, antijurídico e *culpável*; dentre eles, Hans Welzel, o precursor da teoria citada.

Com a ausência de apenas um dos elementos constitutivos do crime já não se pode mais falar em sua existência. Um fato que é atípico ou lícito ou, ainda, não culpável, não é crime e, por essa razão, não poderá ser punível. A conduta humana, seja ela uma ação propriamente dita ou uma simples omissão, deverá ser profundamente analisada para se chegar à conclusão de que se enquadra nos três requisitos e que constitui, por isso, um fato-crime.

O crime deixa, portanto, de ser conceituado como simples ofensa, ou ameaça de ofensa, a um bem jurídico penalmente protegido e passa a ser tido como a conduta humana típica, ilícita e culpável (conceito analítico de crime). Nota-se que se tornou uma definição muito mais completa e disposta a atender às diferentes situações em concreto cotidianamente possíveis em uma sociedade.

O estudo do operador de Direito que deseja chegar a uma conclusão a respeito de um fato, que poderá ser ou não um crime, deve passar por quatro etapas: a análise da ação, da tipicidade, da ilicitude e, por fim, da culpabilidade.

## 2.1 Da Conduta Humana

Elemento essencial à análise do delito é a conduta. Sua importância é tão significativa que permite, por toda a doutrina penalista, uma análise autônoma, independente, por assim dizer, da análise dos demais elementos constitutivos do conceito analítico de crime, posto que possui suas próprias teorias e características. Teorias e características essas que, quando adotadas, interferem em toda a estrutura da tipicidade.

A essencialidade desse elemento para a configuração de um delito é acertadamente demonstrada nas palavras do penalista Eugênio Raúl Zaffaroni: (1981, p. 45)

*A esta altura de nuestra exposición es casi sobreabundante aclarar que nos parece inconcebible que se pretenda la existencia de delitos sin conducta, lo*

que nos es solo una elemental garantía del derecho penal liberal, sino, simplemente, un requisito que proviene de la esencia misma del fenómeno jurídico, puesto que aún fuero de los autores liberales se reconoció, siempre que se pretendió interpretar razonablemente el derecho, que “una simple voluntad que no pasa dos límites del pensamiento no puede merecer el nombre de crimen”.

A conduta humana pode ser manifestada sob a forma de uma ação propriamente dita ou de uma omissão. Porém, é importante ressaltar que a conduta humana, seja a ação ou a omissão, só terá a atenção do Direito Penal quando realizada por um ser humano consciente. O ato absolutamente involuntário, reflexo ou derivado de um caso fortuito ou força maior não pode ser punido. Aqui, a vontade e consciência abrange tanto o dolo quanto a culpa. No ato involuntário não há sequer a culpa. (MIRABETE, 2008, p. 91)

Como bem esclarece Julio Fabbrini Mirabete, “ato voluntário não implica que a vontade seja livre, que seja querido o resultado. O ato é voluntário quando existe uma decisão por parte do agente, quando não é um simples resultado mecânico” (2008, p. 91). E mais, “a vontade domina a conduta dolosa ou culposa. A diferença é que, na ação dolosa a voluntariedade alcança o resultado, enquanto na culposa só vai até a causa do resultado”. (MIRABETE, 2008, p. 91)

Sabe-se que nosso sistema jurídico penal é pautado pelo finalismo. Portanto, o dolo e a culpa traduzem simplesmente a finalidade do agente, com a diferença de que, no dolo, essa finalidade vai até o resultado. Já na culpa, a finalidade do agente, isto é, sua vontade, alcança somente a causa do resultado, sendo que este último não é desejado pelo autor. (TOLEDO, 1994, p. 83) Essa finalidade implica dizer que a conduta do agente é aquele ato dirigido à intenção de lesionar um bem jurídico, ou ameaçá-lo de lesão.

Foi com base nesse pensamento que Welzel concluiu que tanto o dolo quanto a culpa não poderiam compor o elemento da culpabilidade, mas sim que deveriam fazer parte da ação humana. O referido cientista não negou, com isso, a teoria da causalidade, já existente e vigorante à época, mas reconheceu que o agente, tendo consciência dessa causalidade em razão de sua experiência, poderia prever certos acontecimentos e, com isso, desejá-los ou evitá-los. Passou-se a

existir uma causalidade dirigida a uma determinada finalidade. (TOLEDO, 1994, p. 83)

A ação culposa, que é a causadora de grandes dúvidas no que concerne a teoria finalista da ação de Hans Welzel possui também a finalidade, mas, como já explicado por Mirabete, essa finalidade não alcança o resultado, e sim apenas a conduta em si, o ato de praticar determinada ação ou de se omitir. Essa teoria finalista será melhor estudada nos tópicos que se seguem. Porém, insta mencioná-la também neste momento, posto que esta teoria está abarcada em nosso sistema jurídico penal, tornando impossível conceituar a conduta humana sem lhe fazer as devidas referências.

## **2.2 Da Tipicidade da Conduta**

O tipo penal pode ser definido como a descrição da conduta de forma abstrata. Quando se analisa um tipo penal, analisa-se verdadeiramente uma conduta que é permitida ou proibida pelo ordenamento jurídico penal, mas não de forma concreta, e sim abstrata. Aquele tipo penal que proíbe uma determinada ação pode ser denominado “tipo incriminador”, posto que estará descrevendo uma conduta punível pelo ordenamento jurídico penal caso seja praticada, ou seja, um crime, propriamente dito. Já o tipo penal que permite uma determinada conduta, é doutrinariamente denominado “tipo permissivo”, já que, ao contrário do tipo penal incriminador, descreve condutas que justificam determinada conduta típica, excluindo a ilicitude dessa mesma conduta. A tipicidade é justamente a justaposição entre uma conduta realizada pelo agente e um tipo descrito na lei penal vigente ao momento da ação. (MIRABETE, 2008, p. 103)

Ao analisar se, na conduta realizada pelo agente, está presente o elemento da tipicidade, devem-se analisar os componentes desse elemento, quais sejam: o agente; a ação (incluindo, aqui, os elementos objetivos e subjetivos); o



resultado e o nexos causal que liga a conduta do agente ao resultado delitivo alcançado. (TOLEDO, 1994, p. 84-85)

Observa-se que a ação é elemento componente da análise da tipicidade. É estudada separadamente pela doutrina em geral porque constitui um “sub-elemento” de extrema importância na teoria analítica do crime, mais ainda depois de toda a revolução ocasionada pela doutrina finalista, que tratou da conduta humana de forma diferenciada, dando-lhe a devida importância e conceituação.

### **2.3 Da Ilícitude da Conduta**

Quando o sujeito realiza uma conduta que é contrária ao ordenamento jurídico, pode-se dizer que praticou uma conduta ilícita. Esta, porém, é uma conceituação demasiadamente formal da ilicitude. Muitas condutas poderão ser contrárias ao ordenamento jurídico sem, contudo, serem consideradas ilícitas. Deve-se ter como conceito básico, então, que ilicitude é “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”. (TOLEDO, 1984, p. 8)

Portanto, um fenômeno estritamente causal, bem como um ato que, embora seja um descumprimento de dever (dever de fazer ou de se abster diante de determinada conduta), mas que não gera qualquer lesão ao meio social, não será considerado um ato ilícito. Não será, em conclusão, um fato-crime.

Conforme Mirabete, “por essa razão, diz-se que a tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude”. (2008, p. 167-168)

Também não será ilícita a conduta praticada sobre o arcabouço de uma excludente de ilicitude. Essas excludentes são situações previstas pelo Código Penal Brasileiro de forma expressa e que admitem a prática de uma conduta

inicialmente tipificada como delito em razão de circunstâncias peculiares. Não cabe a este trabalho a análise minuciosa de cada uma dessas excludentes, mas importante se faz mencioná-las, ainda que superficialmente, posto que quando presentes a ilicitude do fato não mais existirá, não existindo também o crime.

## **2.4 Da Culpabilidade do Agente**

Diferentemente dos demais elementos que compõem o conceito analítico de crime, a culpabilidade, como quarta etapa do delito analítico, não recai sobre a conduta (ação ou omissão), mas sobre o agente que a pratica.

É concebida, no meio social, a idéia de que o ser humano, tendo suas experiências de vida, é capaz de ter consciência do que deve e do que não deve fazer ou deixar de fazer. Assim, a culpabilidade recai sobre aquele agente que poderia agir de outro modo e não o fez. Conforme ensina Francisco de Assis Toledo, “A noção de culpabilidade está, pois, estritamente vinculada à de evitabilidade da conduta ilícita”. (1994, P. 87)

A concepção geral de culpabilidade pode ser dividida em duas subespécies: a concepção psicológica e a concepção normativa. A primeira exige para a existência de um juízo de culpabilidade apenas o dolo ou a culpa do agente com relação ao fato praticado. Nesse caso, a culpabilidade teria como exigência a imputabilidade do agente, sendo esta imputabilidade composta pelo dolo e pela culpa. Porém, com a evolução doutrinária trazida principalmente por Welzel, o dolo e a culpa foram transportados à conduta do agente, ficando a culpabilidade somente com um elemento normativo, qual seja, o juízo de valor. A concepção normativa, mais atual entre a doutrina penal brasileira, traz como pressuposto da culpabilidade também o juízo de valor. Porém, agora estão ausentes o dolo e a culpa, que se encontram na ação (ou omissão) do agente. Passou-se a desenvolver, então, os elementos desse juízo de valor que, se presentes, implicam na possibilidade de censurar o agente da conduta típica e ilícita. São eles: imputabilidade, cujos

elementos seriam a maioridade do agente, bem como sua capacidade psíquica; a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. (TOLEDO, 1994, p. 57)

Importante e pertinente é a diferenciação entre ilicitude e culpabilidade trazida por Assis Toledo: (1994, p. 88)

O dolo como parte da ação e, por isso mesmo, elemento do tipo (o tipo é a descrição abstrata da ação), está no objeto da valoração, ao passo que a culpabilidade, como censurabilidade, é o especial juízo de valoração (juízo de censura) que irá recair sobre aquele objeto, isto é, a ação ilícita e obviamente o seu agente.

O juízo de culpabilidade distingue-se, de modo nítido, do juízo de ilicitude. Se neste último predominam as características do fato, naquele prevalecem as do agente.

A culpabilidade tem como pressuposto inafastável, em um Estado Democrático de Direito, a culpabilidade de ato e não de autor. Com isso, não se afasta a culpabilidade que recai sobre o agente em si; ocorre que essa culpabilidade só pode existir a partir do momento em que esse agente transgride a norma penal. Esse elemento do conceito analítico de crime é essencialmente um juízo de censura sobre o autor do fato, mas esse juízo de censura traz como necessária a prática do fato.

Como bem acentua Hans Welzel: (2001, p.87)

A antijuridicidade é, como vimos, uma relação de discordância entre a ação e o ordenamento jurídico: a realização da vontade não é como objetivamente espera o Direito que sejam as relações no âmbito social. A culpabilidade não se conforma com essa relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento jurídico, mas lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica apesar de tê-la podido omitir. A culpabilidade contém, pois, dupla relação: a ação do autor não é como exige o Direito, apesar de o autor ter podido realizá-la de acordo com a norma. Nessa dupla relação, do não dever ser antijurídica como o poder ser lícita, consiste o caráter específico de reprovabilidade da culpabilidade.

Para evitar uma possível confusão entre a “culpabilidade do autor” e “direito penal de autor”, a doutrina costuma afirmar que a culpabilidade como juízo de censura recai sobre o fato. Porém, importante se faz ressaltar que não há um juízo de censura sobre um fato, uma vez que um fato não é objeto do *jus puniendi*, mas sim o autor desse fato. Quando um fato é julgado como “um fato ruim” pela sociedade, torna-se um tipo penal e somente nesse caso poderia ser dito que houve um juízo de censura sobre o fato.

Nas palavras do mestre Hans Welzel: (2001, p. 89)

Culpabilidade é o que reprova o autor que podia atuar conforme as normas ante a comunidade jurídica por sua conduta contrária ao Direito. A culpabilidade é um conceito *valorativo* negativo e, portanto, um conceito graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la.

Com base nesse critério, a vontade de ação possui (ou é portadora de) uma culpabilidade maior ou menor, é mais ou menos *culpável*, mas ela mesma não é a culpabilidade. A culpabilidade é uma qualidade *valorativa* negativa da vontade de ação, mas não é a vontade em si. Por isso é falsa a antiga doutrina, que ainda hoje muitas vezes tem repercussão, de que a culpabilidade é um determinado estado anímico (por exemplo, o estado anímico descrito no tipo subjetivo). Um estado anímico pode *ser portador* de uma culpabilidade maior ou menor, mas não pode *ser* uma culpabilidade (maior ou menor).

Verifica-se, pois, que como já acentuado, o juízo de culpabilidade recai sobre o autor e não sobre a conduta, pois este realiza uma ação em desconformidade com o Direito de sua sociedade. Por essa razão, essa “reprovabilidade” recaída sobre o agente poderá ser maior ou menor, conforme a valoração dada pela própria sociedade, por meio de seu ordenamento jurídico, para esta conduta praticada. E, mais do que a análise das exigências do Direito para sopesar essa valoração negativa, será analisado também o grau de dificuldade do agente para agir conforme tais normas.

Por fim, mostra-se um grande equívoco confundir a culpabilidade como uma valoração negativa que é, sobre o agente praticante da conduta contrária ao Direito, sendo que podia tê-la evitado, com a vontade em si, a vontade de praticar o

ato. São elementos distintos que não se confundem. A culpabilidade é sim o juízo de reprovabilidade, a valoração, mas não o elemento subjetivo que está no íntimo do agente. Essa vontade do autor pode ser portadora de culpabilidade, mas não é a própria culpabilidade.

### 3 ANÁLISE HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA AÇÃO

Para que se possa existir um fato típico, ilícito e culpável, é necessário, antes de tudo, que tenha havido uma ação realizada de forma voluntária, seja ela positiva ou negativa. Isso porque a ação humana é aqui tratada em seu sentido mais amplo, abrangendo tanto a ação propriamente dita, quanto a omissão.

Apesar da regra *nullum crimen sine actione*, doutrinariamente o conceito de ação é demasiadamente controvertido. Tem-se, em resumo, três principais teorias: a mais antiga, teoria causal, que entende ser a ação mero fenômeno causal; a segunda, teoria finalista, concebe a ação teleologicamente e, por fim, a teoria social, que buscou resolver os problemas gerados pelas duas primeiras teorias, relacionando a ação com o meio social em que ocorre.

Deve-se, portanto, pormenorizar cada uma dessas teorias, a fim de tornar possível a compreensão acerca da evolução histórica da teoria da ação como um todo para, posteriormente, realizar um paralelo com a evolução da culpabilidade, relação esta que levará aos principais sistemas penais existentes, hoje, no Brasil e a possibilidade de inserção de matrizes de um sistema para outro.

#### 3.1 Teoria Causal da Ação

Esta é a corrente que primeiro buscou tratar da ação. Sobreveio durante o século XIX, em que era vigente o direito positivista, o qual buscava incluir leis da ciência natural nas esferas da ciência humana. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo, essa teoria considerava “a ação humana um processo mecânico regido pelas leis da causalidade”. (1994, p. 93)

Nessa concepção, a vontade interna do indivíduo se situava na análise da culpabilidade, ao passo que a vontade externa, que é pura e simplesmente a conduta do agente e seu resultado visível ao mundo externo, situava-se na figura do injusto. Esse conceito começou a cair por terra, dentro do Direito Penal Brasileiro, quando surgiram os chamados “delitos de intenção” que continham elementos subjetivos. Fora da esfera do Direito Penal, iniciou-se o movimento antipositivista do século XX, no qual passou-se a afirmar que todo e qualquer movimento humano é dirigido a um certo objetivo. (TOLEDO, 1994, p. 93-94)

A teoria causal da ação é considerada por autores como Juarez Tavares a contribuição mais importante para o conceito de tipo, que vem a ser a descrição da conduta, prevista na lei, que depende da atividade humana e do resultado (até mesmo nos delitos formais e omissivos próprios). Isso porque, o conceito de tipo trazido por Beling revolucionou a doutrina penal, possibilitou a construção analítica do delito e até mesmo a construção do conceito de ação. (2003, p. 131-132)

Num primeiro momento, a tipicidade, para a teoria causal da ação, não apresentava qualquer relação com a ilicitude. Posteriormente, por influências de Max Mayer, a tipicidade passa a ser um indício da ilicitude. Posicionamento este que veio a ser reafirmado pelo finalismo de Welzel, anos depois. (TAVARES, 2003, p. 133-134)

Referida teoria, depois de um longo período de vigência, não mais subsiste nos dias atuais, posto que a ação finalista substituiu por completo, visando, não abandoná-la, mas complementá-la.

### **3.2 Teoria Social da Ação**

Com a junção da teoria supracitada com a teoria finalista da ação, que será analisada em tópico específico, obteve-se uma ação pautada na causalidade dirigida. Não se abandonou o aspecto naturalístico da ação, mas acrescentou-lhe

uma finalidade, um direcionamento a determinado resultado. Todavia, os cientistas do Direito continuaram por considerar insuficiente o conceito de ação, posto que as duas teorias não abarcavam o caráter *social* do comportamento humano.

O Direito Penal preocupa-se apenas com condutas socialmente relevantes, pois aquilo que não afeta o meio social não merece ser tido como objeto de estudo do Direito Penal, que é uma ciência pautada na intervenção mínima, na fragmentariedade e na subsidiariedade.

O ser humano realiza suas condutas, comporta-se cotidianamente tendo-se em vista a sua liberdade de agir, atribuída constitucionalmente, e também a impossibilidade de agir de outra forma. Em cada uma dessas situações, seu comportamento será de uma determinada forma.

Ou o sujeito agirá finalisticamente, ou por mera causalidade/ reflexo, ou ainda, omitindo-se. Aquela conduta que afetar o meio social em que o agente habita, não importando se atuou finalisticamente, por ato reflexo, ou se omitindo, será a conduta socialmente relevante para o Direito Penal.

Nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, “para que tenha relevância ‘social’, uma ação necessariamente requer ser entendida finalisticamente”. (1997, p. 429)

Os supracitados autores também assim explicam: (1997, p. 429)

De qualquer maneira, repetimos que o requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor à do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si, que é conduta, embora não transcenda a ninguém. As ações puramente privadas, que não transcendem para ninguém (e que o direito não pode proibir), também são “ações”.

Aqui, os supracitados autores buscam esclarecer que a teoria social da ação, formulada posteriormente à teoria finalista de Hans Welzel, não abandona o conteúdo essencial da finalidade na conduta humana, embora leve mais em consideração seu aspecto social do que ontológico.



Referida teoria foi criada por E. Schmidt e, trazendo a expressão “relevância social”, acabou por abarcar todas as espécies de ação, inclusive os fenômenos da natureza. Porém, como bem assevera Francisco de Assis Toledo, esses fenômenos naturais “são neutros para o direito penal, que só se interessa por condutas humanas e, mesmo assim, por algumas formas qualificadas delas” (1994, p. 105). Um fato jurídico para ser assim considerado deve, necessariamente, ter relevância social. Antes de um determinado comportamento ser tido como crime, é elevado a categoria de *fato jurídico* e, por essa razão, socialmente relevante.

Assim ensina Antonio Luís Chaves Camargo: (2002, p. 33)

O conceito social de ação, proposto por Jeschek é um comportamento socialmente relevante que se refere à relação do indivíduo com o mundo que o rodeia e o afeta com suas consequências. Ele abrange todas as formas de comportamento humano que podem ser levadas em conta num juízo de imputação penal (...).

Em resumo, para Jeschek, a dogmática é acompanhada por outras disciplinas (História do Direito Penal, Filosofia do Direito e o Direito Penal comparado), possibilitando enfrentar o fenômeno do estudo do crime de forma metodológica e suas consequências jurídicas como fenômenos desta natureza.

Portanto, essencial se faz distinguir os fatos penalmente relevantes (que, obviamente, também possuem relevância social), dos demais fatos e comportamentos que, embora jurídica e socialmente relevantes, não interessam ao Direito Penal como ciência.

### **3.3 Teoria Jurídico-Penal da Ação**

Todas as teorias supracitadas possuem pontos positivos e negativos, pontos estes que foram abordados exhaustivamente pela doutrina de cada época.

A causalidade foi e sempre será uma noção necessária ao Direito, pois com relação aos fatos que podem ser previstos, atua sempre a liberdade do sujeito,

mas com relação aos acontecimentos já ocorridos tudo é determinado numa sequência lógica de atos que ora são causas, ora são efeitos. E se hoje vigora a ideia de finalidade para a qualificação de determinado fato como crime, é porque existe a possibilidade de prever e dirigir a causalidade. Às vezes o ser humano atua como agente participativo do ato. Em outras situações, nada mais é do que mero expectador desse ato. É fato que esse agente só poderá ser responsabilizado por um certo ato, que foi ligado a ele por um nexos causal, se participou efetivamente desse ato de forma voluntária. Na finalidade, existe também uma causalidade, mas esta não é mecânica e sim psicológica. A causalidade e a finalidade não são capazes de compor todo o vasto conteúdo presente no comportamento humano. Por ser o Direito Penal uma ciência fragmentária e de intervenção mínima, a grande maioria dos comportamentos humanos são penalmente irrelevantes. (TOLEDO, 1994, p. 107-109)

A ação, segundo esta teoria: (TOLEDO, 1994, p. 109)

*É o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico. É uma definição que se poderia dizer discursiva, sem rigor lógico, mas que nos localiza diante da problemática jurídica da ação humana, pondo em destaque: a) o comportamento humano, abrangente da ação e da omissão; b) a vontade, sem a qual nada mais somos do que “fenômenos”, como quaisquer outros; c) o “poder-de-outro-modo”, que nos enseja algum domínio da vontade sobre nosso agir, sem o que não se pode cogitar de um direito penal da culpabilidade; d) o aspecto causal-teleológico do comportamento; e, ainda, e) a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico.*

Esta é uma teoria que acaba por definir a ação diante de todas as problemáticas surgidas em teorias anteriormente supracitadas, e apesar de não ter passado por estudos aprofundados capazes de lhe proporcionar uma técnica rigorosamente sólida, traz em seu arcabouço os pontos mais importantes apontados nas demais teorias após estudos de grandes cientistas do Direito.

## 4 DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO E DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL FINALISTA

Foi estruturada, primeiramente, por Hans Welzel, por volta do ano de 1931, em seu trabalho intitulado “*Kausalität und Handlung*”, que tratava acerca da causalidade e da ação. Posteriormente, seguidores de Welzel, em sua companhia, reelaboraram tal teoria, de modo que foi capaz de revolucionar conceitos do Direito Penal Brasileiro daquela época até os dias atuais. (TOLEDO, 1994, 95-96)

Nesta época, a Segunda Guerra Mundial havia sido superada e o sistema jurídico-penal constituído sobre as bases de um positivismo e neokantismo abre caminho à nova formulação jurídica, de base ontológica. Embora possam parecer opostas num primeiro momento, e talvez tenha sido esta a intenção de Welzel ao criar sua teoria (ir ao sentido totalmente contrário ao neokantismo), ambas as teorias tem em comum o fato de dar prioridade ao resultado e aos aspectos subjetivos e direcionais da conduta humana. (TAVARES, 2003, p. 137)

Muito se falou, de forma crítica, que a teoria finalista, tentando “abolir” o neokantismo, acabou por assemelhar-se a ele em muitos pontos. Porém, é inegável que os estudos de Welzel não foram em vão e em muito contribuíram para os avanços dogmáticos penais, trazendo pela primeira vez um sistema pautado em bases ontológicas, e não puramente positivistas e causais.

Como bem afirma Zaffaroni, “los antecedentes de esta concepción pueden hallarse claramente en Aristóteles, quien no concebía ninguna conducta voluntaria que no fuese final”. (1981, p. 67)

Hans Welzel buscou modificar o sistema jurídico-penal vigente à época por meio de uma teoria que não mantivesse mais a estrutura positivista que Kant adotava e que ainda vigorava. Indo contrariamente à onipotência do legislador, Welzel propõe valores de caráter ontológico e axiológico, prévios ao Direito, não podendo ser alteradas por este. A ação era pura e simplesmente um conceito

formulado por meio da lei. Porém, para Welzel, há uma estrutura no íntimo do ser humano que não pode ser alterada por lei e essa estrutura é a capacidade de prever as consequências de seu agir, de modo a atuar de maneira finalista. (CAMARGO, 2002, p. 29-30)

Para Welzel, o movimento neokantista vigente no século XIX era exacerbadamente subjetivista. Por essa razão, buscou, com seus ensinamentos, formular um objetivismo metodológico sobre todo o estudo acerca da teoria do crime. (BITENCOURT, 2010, p. 237)

Parte esta teoria do preceito de que o ordenamento penal brasileiro tem seus limites pautados na ideia ontológica de que a lei não pode se valer tão somente do tipo penal, mas também deve se apoiar na valoração subjetiva desse tipo delitivo. Essa busca pela *finalidade* da conduta humana não pode ser alterada pelo ordenamento, posto que está presente no íntimo do ser humano.

A teoria finalista nasceu em uma época de extremo positivismo, pois imperava ainda o regime nazista de governo, em que o Estado se sobrepunha a tudo e a todos. Por essa razão, o finalismo ganhou grande força em um Estado pós-guerra, como a Alemanha, onde nasceu, posto que trazia a ideia de que o íntimo de cada indivíduo, junto com princípios e valores, devia se sobrepôr à vontade dos representantes do Estado. (BITENCOURT, 2010, p. 237)

Conforme bem ensina a obra do próprio pioneiro desta revolucionária teoria: (WELZEL, 2001, p. 90)

A polêmica entre a doutrina da ação causal e a doutrina da ação finalista não versa, porém, sobre o problema de se o *dolo* pertence *também* à culpabilidade (como possível portador), mas apenas sobre se pertence *unicamente* à culpabilidade. À culpabilidade, no sentido do Direito Penal, “pertencem” todos os elementos do delito prévios a ela: ação (conduta), tipicidade e antijuridicidade; somente uma ação (ou conduta) típica e antijurídica pode ser culpável; só ela pode ser portadora, no Direito Penal, da reprovabilidade da culpabilidade. Não obstante, ainda que todos os elementos sejam também constitutivos para o juízo de culpabilidade (a reprovabilidade), não são *apenas* elementos da culpabilidade. Por isso, a vontade de ação – ainda que seja *também* portadora da reprovabilidade da culpabilidade – é *antes* um elemento da *ação*; o *dolo* é antes um elemento do *tipo* dos delitos dolosos e com isso um pressuposto material da antijuridicidade desses delitos; a vontade de ação, que como consequência

de uma falta de observância do cuidado devido realiza de forma *não-dolosa* o tipo, é antes um pressuposto da antijuridicidade dos delitos culposos. Na culpabilidade examina-se até que ponto pode ser pessoalmente reprovável ao autor essa vontade de ação.

O penalista deixa clara sua posição no sentido de que não quis, com seus estudos, negar a existência do elemento subjetivo ao juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente da conduta. Ele quis, acertadamente, demonstrar que a ação, para ser tida como tal, como uma conduta praticada por um ser pensante e responsável, não pode ser desprovida de uma finalidade, ou seja, de uma vontade de ser praticada.

Não se pode confundir, no entanto, o dolo propriamente dito, com a finalidade. O dolo pode ser definido como um consciente dirigido a uma certa finalidade, mas admite diversas classificações, podendo ser direto, indireto ou eventual. O conceito de finalidade, na doutrina welzeniana, é muito mais amplo e não se restringe ao círculo de meio-fim constante no conceito de dolo.

Segundo Hans Welzel, a ação deve ser tida como “expressão de sentido”, isto é, uma postura exteriorizada que nunca poderia ser assim expressada mediante mera causalidade, desprovida de sentido. (JAKOBS, 2003, p. 54)

Sugere que, portanto, a ação não pode constituir mera causalidade, um simples fato natural, e assim ensejar a punição estatal. Configurando-se uma expressão de sentido, uma exteriorização da vontade do agente em praticar a ação que ensejou o resultado, nesse caso sim seria possível se falar em imputação penal.

O finalismo busca impedir que “el desvalor de la antijuridicidad recaiga sobre una pura exterioridad de conducta que, por ser solo exterioridad, consiste em um mero suceder causal”. (ZAFFARONI, 1981, p. 68)

A doutrina de Welzel apregoa que, pelo fato de o homem, em razão de sua experiência, conseguir prever determinados resultados, pode evitar de praticar condutas que tragam uma conseqüência censurada pela sociedade, bem como praticar condutas que devam, aos olhos dessa mesma sociedade, ser praticadas. Vale dizer, a ação não pode ser realizada por mera causalidade, mas sempre

dirigida a uma finalidade. A finalidade permite ao agente prever determinadas conseqüências e poder atuar de um modo diferente, causando novos resultados no meio social. A causalidade é cega, e fará com que o agente pague por algo que fez sem qualquer intenção. A concepção finalista traz uma “finalidade dirigida”, ao passo que o agente antecipa, em seu interior, a possível conseqüência resultante da conduta a ser praticada. Por outro lado, a concepção puramente causal leva a crer que a conduta do agente foi desencadeada e logo desprendida de sua voluntariedade para realizar uma simples sequência de causas e efeitos que levará ao resultado visível ao mundo exterior. (TOLEDO, 1994, p. 97)

Tem-se, com isso, uma estreita relação entre a teoria finalista, trazida por Welzel, e as grandes modificações provocadas no âmbito do estudo da culpabilidade como elemento constitutivo do crime.

Como bem ensina Cezar Roberto Bitencourt: (2010, p. 239)

A contribuição mais marcante do finalismo, aliás, que já havia sido iniciada pelo *neokantismo*, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo, assim, uma *concepção puramente normativa*. O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade –, levando, dessa forma, a *finalidade* para o centro do *injusto*.

Com a inovadora ideia de que o elemento subjetivo, a vontade do autor, seja ela dolosa ou culposa (em sentido estrito), não pertence mais exclusivamente ao juízo de culpabilidade, como se tinha à época da teoria causal da ação, modifica-se de forma relevante a estrutura construída até então na teoria do delito. O dolo e a culpa passam a integrar a ação do agente, tendo em vista que toda conduta praticada e que pode ser penalmente relevante ao nosso Direito, é dirigida a uma finalidade.

Nestes termos ensina Antonio Luís Chaves Camargo: (2002, p. 30)

Assim, a integração destes elementos subjetivos estão na ação, pois esta, como elemento final, recepciona a direção consciente da vontade, nos casos dos crimes dolosos, e, a consciência do dever de cuidado não

observado no caso da culpa *stricto sensu*. O dolo e a culpa *stricto sensu* deixam de ser elementos da culpabilidade e se transformam em formas de infringir uma norma.

Deste modo, o homem pode antecipar e controlar o curso causal, direcionando sua conduta a determinado objetivo, o que exige a consciência total da exteriorização da ação para cumprir o objetivo final.

Não foi Welzel quem primeiro sustentou a presença do elemento subjetivo na análise da ação. Esse preceito foi trazido, primeiramente, por Hellmuth Von Weber e por Alexander Graf zu Dohna e, posteriormente, na década de trinta, Welzel aprimorou os estudos nesse sentido, afirmando que “a vontade humana não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim”. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997, p. 401)

Tem-se, com isso, a teoria finalista da ação. Porém, os estudos de Welzel não se limitaram à criação de uma nova teoria da ação entre tantas outras que já foram formuladas. Constituiu, sim, um verdadeiro sistema jurídico-penal. Um esquema seguido pela maioria dos autores, inclusive alemães, ainda que nem todos eles adotem a teoria da ação finalista por completo.

Segundo essa teoria, conduta é a ação finalista (ou voluntária), ao passo que tipicidade é a proibição da conduta, seja ela dolosa ou culposa. A ilicitude constitui a contradição entre o ordenamento jurídico e a conduta praticada pelo agente e, a culpabilidade, fica sendo o juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente da conduta típica e ilícita praticada.

O finalismo de Welzel propõe que a antijuridicidade não é apenas a contradição existente entre a conduta típica e uma norma, mas sim contra o ordenamento jurídico como um todo. Ao passo que a culpabilidade passa a ser definida como o juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente, pessoalmente. (CAMARGO, 2002, p. 31)

O fato de ter todo o tipo do injusto se modificado em razão da teoria finalista da ação se deve pelo fato de que a autonomia conferida ao estudo da ação, permitindo que este elemento possa ser estudado separadamente dos outros

elementos do tipo, tendo suas próprias teorias, faz com que quando se acolhe uma teoria da ação, todos os seus segmentos sejam influenciados por essa teoria. Com o acolhimento da teoria finalista da ação, portanto, o tipo penal passa a ser a “*descrição legal da conduta proibida* e está, dessa forma, condicionado a como se possa compreender essa conduta em sua fase antecedente, ou seja, como conduta final”. (TAVARES, 2003, p. 137)

O penalista reconhece que a dignidade do ser humano é um valor e tem esse valor como base de toda a sua doutrina, pois tenta substituir a causalidade por uma ação finalista, uma ação pensada por um ser responsável.

Porém, afirma também que o conteúdo desse ser humano é de cunho ontológico, posto que se pauta na capacidade de atuar segundo uma finalidade, na capacidade de agir conscientemente e dirigidamente. (MARTÍN, 2007, p. 41)

Respeitando-se o indivíduo dessa forma, e tendo-se esse sujeito como um ser humano possuidor de dignidade e também de um conteúdo ontológico capaz de determinar suas ações finalisticamente, haverá, então, a existência de um verdadeiro Direito e não a imposição de regras mediante a força, como ocorria ao tempo das ações tidas pelo critério da causalidade.

Até a criação do Código Penal Brasileiro de 1940 foi adotada, no Brasil, a teoria causalista da ação, a qual determinava a localização do dolo e da culpa na análise da culpabilidade. Com o advento do referido Código, o esquema finalista proposto pelo penalista alemão se apresenta como melhor metodologia a ser adotada e, embora nem todos os autores adotem por completo a teoria, a grande maioria acorda que o tipo penal deve ter uma estrutura complexa, ao passo que a culpabilidade deve ser depurada. O Brasil adotou a teoria finalista da ação sem maiores problemas, diferentemente do que ocorreu nos demais países latino americanos e, segundo Zaffaroni e Pierangeli, talvez isso tenha se dado em razão do nível de política e análise jurídica constante no país. (1997, p.402)

Após o finalismo, como será mais bem analisado em tópico posterior e adequado, surgiram outras metodologias a fim de que se pudesse suprimir as lacunas deixadas pela teoria de Welzel. Uma dessas teorias, protagonista também



deste trabalho científico, é a do funcionalismo, iniciada por Claus Roxin. Mas não se pode negar a importância e prudência da teoria finalista e de seus êxitos logrados.

Nestes termos, destaca o doutor em Direito Penal, Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 240):

Como o próprio Roxin reconhece, o *finalismo* possibilitou uma concepção mais adequada dos diversos tipos de crimes. O fato de o homicídio doloso representar um injusto penal distinto do de um homicídio culposo, somente ganha esse destaque se a *finalidade* e o dolo forem integrados ao tipo, sendo irrelevante que a distinção entre homicídio doloso e culposo deva ser tratada como problema do injusto ou da culpabilidade. O *injusto da tentativa*, por exemplo, nem se quer chega a integrar um tipo penal se não se levar em consideração a intenção finalista do autor. Ademais, a distinção entre *autor e partícipe* no plano do injusto, tendo como base o *domínio do fato*, somente poderá ser realizada se o dolo for considerado elemento integrante do tipo.

É notória, portanto, a importância do finalismo no que diz respeito à diferenciação de muitos tipos penais. Somente pela análise da intenção, da finalidade do autor, é que se pode diferenciar, por exemplo, uma lesão corporal de uma tentativa de homicídio, um autor de um partícipe, um crime doloso de um crime culposo. E esse grande avanço proporcionado pela referida teoria é reconhecido até mesmo pelos precursores de teorias antagônicas.

Como bem demonstra Antonio Luís Chaves Camargo: “A revolução determinada pelo finalismo welzeniano possibilitou a reordenação do sistema de Direito Penal até então praticado e, apesar das críticas que sofreu, é a base de todas as correntes da atualidade no âmbito da ciência penal”. (2002, p.31)

Assevera Bitencourt que “deve-se reconhecer que o *finalismo* percebeu, com acerto, que a *representação* e os *fins do autor* exercem um papel importante na determinação do injusto, inclusive, é bom que se diga, nos próprios crimes *omissivos*”. (2010, p. 239)

Durante as acaloradas discussões e críticas acerca do finalismo, surgiram aqueles doutrinadores que não assumiram e não concordaram completamente com o esquema formulado por Welzel, entendendo que o elemento

subjetivo deveria se localizar entre a ação e a culpabilidade ou nas duas posições. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997, p. 402-403)

Importante ressaltar que, como visto nos ensinamentos do próprio Hans Welzel, o elemento subjetivo não pertence mais de forma *exclusiva* ao juízo de culpabilidade, mas ainda assim é essencial para a análise desta, posto que apenas uma conduta constituída por uma vontade poderá sofrer um juízo de reprovabilidade.

Luiz Regis Prado define, em poucas palavras, a estrutura de todo o finalismo de Hans Welzel ao dizer que “o juízo normativo incide sobre o atuar humano como dado real e anterior”. (PRADO, 2007, p. 307)

É comumente dissertado que o finalismo possui uma dogmática de cunho ontológico por se pautar em estruturas lógico-objetivas daquilo que lhe é objeto de estudo. Busca identificar a finalidade na ação humana. (PRADO, 2007, p. 306)

O penalista Cerezo Mir afirma ser o conceito finalista muito mais axiológico do que ontológico, pois será obrigatório sempre que o Direito enxergar o indivíduo como pessoa. (apud PRADO, 2007, p. 306)

O finalismo, como já mostrado anteriormente, traz uma análise diferenciada para todos os elementos componentes do crime e também para algumas situações bem específicas. O dolo nos crimes dolosos, a culpa em sentido estrito nos crimes culposos e a relação entre a tipicidade e a ilicitude merecem mais aprofundada atenção nesse estudo.

Os crimes dolosos se desdobram em duas partes, basicamente. São elas: o tipo objetivo, composto pela ação delituosa em si e suas características essenciais; e o tipo subjetivo, determinado pelo dolo, pela intenção de agir daquela forma e praticar o delito. Para o finalismo de Welzel, o dolo deve ser determinado como a vontade de realizar a ação. Para outros doutrinadores, deve ser tido como a vontade de praticar o tipo objetivo, ou seja, o delito propriamente dito. A concepção de Welzel, e por esse motivo recebeu algumas críticas, acaba por permitir uma confusão entre o dolo e a causalidade. Já a outra concepção, permite uma distinção nítida entre hipóteses causais e dolosas. No caso, por exemplo, de um sujeito que

convence outro a viajar de avião sabendo que este pode cair, e este efetivamente cai, Welzel afirma a exclusão do dolo, posto que o que se encontrava presente era a mera expectativa. Já para os outros autores, adeptos da segunda concepção de dolo, a causalidade é excluída, pois a conduta do sujeito não era adequada à produção do resultado. (TAVARES, 2003, p. 138)

Os crimes culposos não possuem, como os crimes dolosos, os tipos objetivo e subjetivo, pois o tipo penal consiste apenas na realização de uma ação contrária as normas de cautela. Entre os adeptos do finalismo não há consenso quanto aos fundamentos da diferenciação entre delitos culposos e dolosos. Para Welzel, a diferença reside no fato de que, enquanto no crime doloso o juízo de valor negativo incide sobre o resultado dolosamente produzido, no crime culposo recai sobre a ação praticada e sua forma de execução. Outros autores adeptos do finalismo entendem que a diferença reside no fato de que, no crime doloso, há perfeita congruência entre o desejado e o concretizado; já no crime culposo, o que se pretendia não corresponde ao que se concretizou. Apesar dessa divergência doutrinária, percebe-se que entre os finalistas o crime culposo é tratado no âmbito da ação humana constante no tipo do injusto penal. (TAVARES, 2003, p. 140)

Para o finalismo, o tipo também é um indício da ilicitude, como já propunha o neokantismo. Porém, Welzel, diferentemente de outros penalistas, inclusive finalistas, considera o tipo e a ilicitude um injusto *pessoal*, pois referem-se a determinado autor, à finalidade desse autor, à ação desse autor, aos motivos, deveres e circunstâncias impostos a esse autor. É a teoria do injusto penal, a qual transfere o conteúdo do ilícito para o desvalor da ação. Por óbvio, a maior dificuldade desta teoria é explicar os delitos culposos, que se preocupam com o desvalor do resultado. Welzel, no entanto, e como já demonstrado, traz que os delitos culposos devem ser vistos também pelo desvalor da ação, com base na forma em que o sujeito executou sua ação. (TAVARES, 2003, p. 141)

As conseqüências da teoria finalista da ação, constituindo o novo sistema jurídico-penal, são bem elencadas nas seguintes palavras: o dolo e a culpa são incluídos no tipo penal; a aplicação da teoria do injusto pessoal, que valoriza o

desvalor da ação do agente; a culpabilidade com um conceito puramente normativo. (PRADO, 2007, p. 310)

Como bem elogia Zaffaroni, “hoy prácticamente todos los autores alemanes (excepción de Baumann Schmidhäuser y H. Mayer) sostienen una estructura analítica del delito de corte finalista, es decir, que incluyen al dolo en el tipo”. (1981, p. 70)

Fato é que todo esse esquema finalista se irradiou pela dogmática penal mundial, compondo as bases até mesmo das teorias advindas após as críticas direcionadas ao finalismo e que buscavam complementá-lo, como o funcionalismo de Jakobs e Roxin.

#### **4.1 Críticas à Teoria Finalista da Ação**

A doutrina finalista surgiu em uma época de extrema necessidade por mudanças, em uma Alemanha pós Guerra, e toda essa produção iniciada por Hans Welzel chegou ao Brasil em tempos relativamente recentes, diante da necessidade de amenizar toda a base ortodoxa presente em nossos julgamentos.

O finalismo não se limitou em modificar o conceito de ação, trazendo sua finalidade, nem tão pouco em modificar a estrutura da teoria do delito. Foi além. Criou um novo sistema jurídico-penal, pautado em fenômenos ontológicos que superaram o extremo positivismo vigente à época.

Porém, não se pode dizer que todos os doutrinadores que adotam a ação finalista são adeptos ao finalismo, e nem mesmo aqueles que incluem o elemento subjetivo na análise do tipo, são doutrinadores finalistas. É certo que no confronto entre finalismo e causalismo, aquele venceu. Mas os estudos continuaram evoluindo e se desenvolvendo, a fim de que se pudesse encontrar soluções para os problemas não resolvidos pelo finalismo. (CARVALHO, 2002, p. 32)

Apesar de ter a teoria proposta por Welzel revolucionado a doutrina penal brasileira, não ficou imune às críticas de diversos outros estudiosos do assunto. Em todos os seus aspectos a teoria foi criticada, seja no tocante ao deslocamento do dolo e da culpa para a análise da ação, supostamente esvaziando o conceito de culpabilidade como quarta etapa do conceito analítico de crime; seja quando à limitação imposta ao legislador; seja quanto ao próprio conceito finalista de ação.

Em relação à crítica realizada pelo fato de a doutrina finalista impor uma valoração normativa à conduta do agente que acaba por limitar a atuação do legislador, manifestou-se favoravelmente ao finalismo Francisco de Assis Toledo: (1994, p. 99)

O direito, para estender suas malhas sobre as pedras, as árvores, os rios etc., necessita adicionar-lhe alguma utilidade, social ou econômica, transformando-os em bens jurídicos suscetíveis de regulamentação. E não seria errôneo dizer-se que as coisas do mundo físico, além de preexistentes à ordem jurídica, possuem a sua própria natureza, que não pode ser modificada pelo direito. Se assim é em relação ao mundo da natureza, que dizer a respeito da ação humana? Note-se que esta já surge e se realiza, por inteiro, dentro de um determinado sistema ético-social do qual é condição, mas pelo qual é também condicionada. Diante disso, se, por meio de abstrações, tentarmos apreendê-la depurada de qualquer valoração jurídica, correremos o risco de lograr o mesmo desapontamento do caçador que quis pegar o pássaro com as mãos, mas só conseguiu ficar com algumas penas entre os dedos.

Outra crítica, e talvez a principal, acerca da ação finalista de Hans Welzel, diz respeito aos delitos culposos.

Sobre os delitos culposos na visão de Hans Welzel: (LUIZI, 1987, p. 76-77)

Destarte, enquanto na conduta dolosa a finalidade se apresenta como real, orientando efetivamente a ação para a concreção do tipo, na conduta culposa a finalidade, isto é, o fim querido, não tem existência concreta, já que o resultado efetivo não é o representado como fim da conduta. Existiria, pois, uma finalidade potencial, uma vez que o agente podia ter evitado a lesão do bem jurídico, dando à conduta uma outra direção, isto é, a direção querida, escolhendo com adequação os meios e os usando com acerto, para que outro resultado que não o lesivo fosse efetivamente o concretizado.

Até mesmo os seguidores de Hans Welzel criticaram a existência dessa finalidade potencial por ele criada com os argumentos de que a finalidade existe ou não existe, se há apenas potencialidade, não há finalidade e se o agente *podia* ter agido de outro modo, mas não o fez, significa dizer que não possuía o completo domínio de sua vontade. (LUIZI, 1987, p. 78-79)

Essa forte (e fundada) crítica levou Welzel a reformular sua teoria no tocante aos delitos culposos. E essa nova concepção formulada trata tanto a ação dolosa, como a ação culposa, sendo as duas ações humanas, como uma atividade final.

Segundo essa nova concepção: (LUIZI, 1987, p.79-80)

No tipo doloso a conduta tem por fim a realização de um evento lesivo ou de perigo para o bem jurídico. No tipo culposo o fim último da ação não é penalmente proibido, mas o resultado real e não querido da conduta foi a concreção de uma lesão ou de um perigo a um bem jurídico. No primeiro, o injusto tem como base uma ação desvaliosa, porque visa um fim penalmente vetado, ao passo que no segundo, isto é, com imprudência, negligência e imperícia, tendo a ação, assim efetivada, causado o resultado lesivo ou a situação de perigo. (...) No tipo culposo o fim último orientador e estruturador da conduta é penalmente irrelevante, mas, ou na escolha dos meios, ou no uso destes, ou ainda, nos dois momentos, para a concreção do objetivo escolhido, o agente não agiu com o cuidado necessário e, devido a essa falta de diligência, a conduta, ao invés de causalmente levar ao fim proposto, produziu um evento lesivo e penalmente relevante. Justamente nos atos intermediários, na escolha e controle dos meios da conduta – é que o agente não usa a diligência necessária, isto é, a direção finalista adequada para a realização do propósito lícito.

Significa dizer que, tanto a conduta dolosa quanto a conduta culposa são atividades finais. Porém, enquanto na conduta dolosa a finalidade encontra-se na prática do fato, na conduta culposa a finalidade se encontra na inobservância do devido cuidado ao praticar a conduta que, inicialmente, seria destinada a um fim lícito, mas acaba produzindo um ilícito penal. Essa nova formulação superou as principais e primeiras críticas feitas à conduta culposa no finalismo de Hans Welzel.

Todavia, mesmo com essa nova concepção, as críticas em relação à culpa em *stricto sensu* e o finalismo permaneceram, sendo todas afrontadas por Welzel e seus defensores.

Uma objeção levantada afirma que a finalidade real (que é a realização de uma conduta atípica e socialmente adequada), nos delitos culposos, é irrelevante, porque constitui figura atípica. A finalidade lícita pretendida pelo agente é irrelevante. O que é relevante, para esses autores, é a execução da conduta ilícita. Porém, como bem defende Luiz Luisi, “se a ordem jurídica exige o cuidado necessário na execução da ação, punindo a sua carência, é porque postula a realização do fim atípico e socialmente adequado, e não quer a realização de um evento lesivo a um bem jurídico”. (1987, p. 82)

Outra objeção feita é de que a finalidade, nos delitos culposos, não passa de um elemento normativo, um simples conceito, algo abstrato e que não existe efetivamente. Hans Welzel responde essa crítica afirmando que, dizer isto, é mostrar o desconhecimento da estrutura dos delitos culposos. Isso porque, nos delitos dolosos, a relação entre a finalidade do agente e o resultado penalmente relevante é proibida, mas se concretiza. Já nos delitos culposos, “a relação finalista penalmente decisiva para evitar o resultado não desejado é devida, porém não concretizada”. (LUI SI, 1987, p. 83)

Hans Welzel não renuncia à ideia de que toda ação humana é dirigida a uma finalidade, dirigindo-se sempre segundo os meios e conseqüências mentalmente formuladas e antecipadas pelo autor da conduta.

Conseqüentemente, todos os tipos penais são orientados, segundo Welzel, por essa finalidade dirigida, por esse conceito de ação final. E isso ocorrerá ou com a imposição de medidas finalistas dispostas a evitar determinado resultado, ou proibindo uma construção finalista, buscando evitar a concretização do ilícito. (LUI SI, 1987, p. 83)

Não se pode deixar de destacar, também, que o Direito é uma ciência que determina regras de conduta. Ora, não se pode estabelecer regras de comportamento para ações meramente causais, sem nenhum conteúdo finalista. Se

assim fosse, essas normas de nada valeriam, pois não poderiam ser respeitadas pelo agente.

Apenas uma ação ou omissão dirigida a uma finalidade, pode ser estimulada ou evitada, ordenada ou proibida. Tanto é verdade, que o Direito se preocupa tão somente com aquelas condutas que possuem um mínimo de voluntariedade, de conteúdo finalista. Portanto, com relação à afirmação de que a teoria finalista não obtém êxito nos chamados crimes culposos, deve-se perceber que nesses crimes culposos a vontade finalista do agente também tem atuação, embora diferenciada. Nos crimes culposos, o Direito também proíbe e ordena regras de conduta (ações ou omissões) que, quando desrespeitadas, significa dizer que, no mínimo, houve uma inobservância do dever de cuidado. E nada mais correto que dizer que essa violação ao dever jurídico de cuidado é, de fato, uma conduta finalista. Ademais, quando o ordenamento jurídico exige a previsibilidade do resultado para que se possa imputar ao sujeito a prática de um crime culposo, nada mais está se exigindo do que um comportamento dirigido a uma finalidade a fim de se evitar que determinado resultado não desejado pelo direito e pelo meio social ocorra. (TOLEDO, 1994, p. 100-102)

Critica-se, também, a teoria finalista da ação no tocante aos atos inconscientes ou reflexos. Todavia, muito embora não haja, nesses atos, um domínio da vontade do agente, não significa dizer que não haja finalidade. Parte da doutrina tranquilamente aceita diferente graus de domínio de vontade dentro da finalidade.

Atos inconscientes consistem basicamente em atos descontrolados em razão de insuficiência de certas funções, como as de controle e de inibição. Em relação a estes atos, pode-se afirmar que há ausência de conteúdo finalista. No entanto, essa afirmação não negará a teoria finalista da ação, posto que haverá inimputabilidade. No caso da violenta paixão ou emoção, o agente atua de forma obcecada, dirigindo-se a uma finalidade, que é a de atingir maleficamente a vítima. Portanto, há um impulso direcionado a um fim. Já os atos reflexos ou automáticos tem grande relação com os crimes culposos, posto que a conseqüência desses atos



é um resultado indesejado pelo autor, existindo, nesse caso, negligência, imprudência ou imperícia. (TOLEDO, 1994, p. 102-103)

Importante ressaltar, por fim, que com a vinda da teoria finalista da ação não se pretendeu pôr fim à teoria causal da ação. Muito embora a teoria da causal tenha entrado em total desuso com o passar do tempo e a teoria finalista tenha predominado e revolucionado o arcabouço jurídico, o que houve não foi uma revogação total de uma teoria para que se pudesse viger a outra teoria. O que houve, na verdade, foi uma complementação, um enriquecimento de todo o estudo acerca da teoria do delito no Brasil. E quanto à crítica existente, da qual afirma que a teoria finalista acabou por esvaziar o conteúdo da culpabilidade, cumpre esclarecer que o tema será abordado mais profundamente em seu capítulo oportuno, mas que neste caso também ocorreu o enriquecimento e não a eliminação de conteúdos.

## 5 A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

É cediço que o juízo de culpabilidade só pode recair sobre o agente de uma conduta quando esta conduta podia ser evitada. Ora, um ato reflexo ou involuntário não pode fazer com que o agente sofra uma pena, causando-lhe uma privação, sendo que este agente não podia evitar o resultado ocasionado por esta conduta.

Todavia, para se chegar a essa conclusão foram necessários muitos estudos e toda uma evolução científica, pois, no Direito Penal, “a responsabilidade era considerada objetivamente. Só interessava o *fato exterior* danoso”. (TOLEDO, 1994, p. 218)

A responsabilidade no Direito Penal era puramente objetiva, de resultado, até o momento em que se alcançou certa evolução doutrinária, a qual trouxe a ideia de que se deve punir e reprovar tão somente aqueles agentes que praticaram condutas puníveis pelo Direito Penal e que poderiam ter sido evitadas, mas não foram.

E é neste ponto em que a evolução acerca das teorias da ação corria em paralelo com a evolução acerca do estudo da culpabilidade. Isso porque, como afirma Francisco de Assis Toledo: (1994, p. 219)

Percebeu-se, ainda, que essa evitabilidade do fato residia no interior do ser humano, no seu psiquismo, isto é, na faculdade que tem o homem de prever os acontecimentos, de não querer ou de querer esses acontecimentos e, portanto, de evitá-los, de provocá-los em certas circunstâncias, de manipulá-los.

Com isso, ao lado da *evitabilidade* descobriu-se igualmente a *previsibilidade* e a *voluntariedade* do resultado danoso.

Nota-se que também no estudo em relação à culpabilidade, último elemento constitutivo do crime, quando analisado sob uma visão tripartida, percebeu-se a importância da voluntariedade e previsibilidade do agente em praticar ou não uma conduta, de sua vontade ou ausência de vontade em praticá-la.

### 5.1 Culpabilidade Sob Uma Perspectiva Psicológica

O conceito psicológico de culpabilidade nos remete a idéia de que a voluntariedade e a previsibilidade correspondem, respectivamente, aos conceitos de dolo e culpa. Isso porque o dolo se mostra configurado quando o agente age de forma voluntária, querendo causar e prevendo determinado resultado. Já quando está presente a culpa, o agente atua de forma previsível, mas não possui a voluntariedade sobre o resultado que vem a causar um dano.

Tem-se, nessa concepção psicológica, o conceito de culpabilidade como sendo a “ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”. (TOLEDO, 1994, p. 219)

Todavia, deve-se saber que essa idéia psicológica de culpabilidade limita-se ao elemento subjetivo do sujeito, isto é, ao dolo e a culpa estrita, fazendo com que o conceito de culpabilidade seja em sua totalidade esses dois elementos, não abarcando outros elementos constitutivos.

Os romanos, a essa época, já tinham uma concepção qualificada de dolo, classificando-o em *dolus bonus* ou *dolus malus*, sendo este último aquele em que o agente, além de querer enganar a vítima, busca obter um proveito ilícito. Porém, no século XX surgiu o positivismo jurídico, que buscava eliminar toda a discussão acerca de pensamentos problemáticos, que alegavam não ser a culpabilidade um mero elemento psíquico do agente. Construiu-se, com isso, um conceito de dolo puramente psicológico e para os adeptos dessa concepção, a

culpabilidade é tanto a ligação psíquica entre agente e fato, quanto um elemento que se encontra tão somente no psiquismo do agente. (TOLEDO, 1994, p. 220-222)

## 5.2 Culpabilidade Sob Uma Perspectiva Normativa

A concepção psicológica de culpabilidade, como pode-se verificar, não correspondeu aos reclames dogmáticos da época, posto que muito antes dela, dentro do Direito Romano, já existiam teorias muito mais sofisticadas e tecnicamente completas. Essa noção psicológica trouxe, basicamente, a culpabilidade como sendo tão somente os dois elementos que a compunham, quais sejam, o dolo e a culpa, sendo esses elementos subjetivos verdadeiras espécies de culpabilidade, em sua evitabilidade e previsibilidade.

Todavia, com o aprofundamento dos estudos acerca do tema, chegou-se à conclusão de que nem sempre haveria a previsibilidade presente na culpa, sendo esta uma culpa inconsciente, sem qualquer previsão. Quando não há, portanto, qualquer liame psicológico entre o fato praticado e o agente que o praticou, como se deveria proceder? Negar a existência de culpabilidade ou incluir nesta um terceiro elemento, além do dolo e da culpa, capaz de unificar estes últimos? A “teoria normativa da culpabilidade” acabou por trazer ao conceito de culpabilidade a chamada reprovabilidade do ato praticado pelo agente. Esta teoria foi introduzida em nosso Direito Penal por Frank, em sua obra “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”, editada no ano de 1907. (TOLEDO, 1994, p. 222-223)

Segundo esta concepção normativa: (TOLEDO, 1994, p. 223)

Para ser culpável não basta que o fato seja doloso, ou culposo, mas é preciso que, além disso, seja censurável ao autor. O dolo e a culpa stricto sensu deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser “elementos” dela. A culpabilidade se enriquece, pois, com novos elementos – o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme a norma.

Portanto, tem-se que a inexigibilidade de conduta diversa é um pressuposto para que não recaia sobre o agente praticante do fato analisado um juízo de reprovabilidade, uma censura, capaz de apená-lo posteriormente com os mecanismos oferecidos por nosso Direito Penal.

Entretanto, a concepção normativa de culpabilidade não se esgotou nessa conclusão.

As bases dessa teoria normativa, primeiramente lançadas por Frank, tiveram seus estudos aprofundados e consolidados, fixando-se de forma definitiva seus principais pontos.

Conforme obra de Francisco de Assis Toledo: (1977, p. 8)

Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um *juízo de reprovação* ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do direito, quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito, isto é: estava dotado de certa dose de autodeterminação e de compreensão (imputabilidade) que o tornava apto a frear, reprimir ou a desviar sua vontade, ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta) e que, apesar disso, consciente voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*), desencadeou o fato punível.

Portanto, conforme esta concepção ou teoria normativa de culpabilidade, esta é composta por elementos subjetivos (psicológicos), que são o dolo e a culpa em sentido estrito, e também por um elemento normativo, que é o juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente praticante. O dolo e a culpa encontram-se, por óbvio, no psiquismo do autor. Já o juízo de reprovabilidade é exercido não pelo autor, mas por toda a sociedade, unificada na figura do Estado-juiz, que irá julgar o agente e aplicar-lhe ou não o Direito Penal por entender ser este sujeito culpável ou não.

### 5.3 Culpabilidade Sob a Perspectiva da *Doutrina Finalista da Ação*

Como ocorreu com a concepção psicológica da culpabilidade, a concepção normativa também se mostrou insuficiente diante de determinadas situações do cotidiano, muito embora tenha representado um imenso avanço nos estudos acerca deste terceiro elemento constitutivo do que vem a ser o crime.

O penalista Mezger, ao constatar que a concepção normativa representava um retrocesso no tocante ao elemento normativo do dolo que, por ser basicamente a consciência atual da ilicitude, acaba por constituir o antigo dolo mau do Direito romanista, constatou também que esse dolo normativo se mostrava incompatível com certos tipos de agentes como, por exemplo, denominado criminoso por tendência. Ora, um indivíduo que cresce em meio a criminalidade cotidiana, não cria em si uma exata distinção do que vem a ser lícito ou ilícito, não possuindo em seu íntimo a consciência da ilicitude exigida para a configuração do dolo ao praticar a conduta delituosa. Então, se este agente não possui consciência da ilicitude da conduta praticada, não possui dolo e não possuindo dolo, não pode recair sobre si um juízo de culpabilidade, ficando este delinqüente por reiteração imune às penas criminais? Não parece correto, muito menos adequado. Foi esta a falha observada por Mezger no tocando à concepção normativa da culpabilidade. (TOLEDO, 1994, p. 224-225)

É neste compasso que entra em destaque os avanços científicos penais realizados pelo doutrinador Hans Walzel no que concerne à localização do elemento subjetivo do agente na teoria do crime. Esses avanços romperam com a tradicionalista doutrina de até então, ocasionando grande revolução em todo o estudo da ciência penalista.

É cediço, posto que já foi acima exposto, que para a teoria normativa de culpabilidade, esta última é composta pela imputabilidade, dolo e culpa em sentido estrito do agente, bem como pela exigibilidade de conduta diversa e juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente quando não pratica a conduta de modo

diverso, se assim era possível. O elemento subjetivo dolo, por sua vez, é composto tanto pela consciência da ilicitude, quanto pela voluntariedade e previsibilidade. Quanto a todas estas informações, Welzel, por assim dizer, não contestou.

Todavia, não concorda o penalista que elementos subjetivos se localizem dentro do estudo da culpabilidade do agente, e não no estudo da ação praticada por este agente.

Welzel assim explicava, a partir de seus estudos: (TOLEDO, 1994, p. 227)

Isso vai contra a estrutura ontológica da ação, pois esta, como se sabe, não pode ser desligada de seu finalismo direcional, sob pena de se fraturar a realidade. Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim. Esse finalismo, o elemento intencional, inseparável da ação, é o seu elemento direcional, é, em resumo, o dolo. Tomemos, por exemplo, uma tentativa de homicídio, com ferimentos no corpo da vítima. Exteriormente, nada, absolutamente nada, distingue esta tentativa de homicídio de um crime de lesões corporais. O que faz este ferimento deixar de ser uma simples lesão para transformar-se em um fato muito mais grave (a tentativa de homicídio) é tão-somente a *intenção de matar* que dirigiu a ação criminosa do agente. Se retirarmos da ação essa *intencionalidade*, o objetivo de matar, cairemos em um beco sem saída, pois não restará mais qualquer distinção possível entre a lesão corporal e a tentativa de homicídio.

A consequência lógica dessa conclusão trazida por Welzel foi exatamente a localização dos elementos subjetivos dentro da estrutura do crime. Tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito deixaram de pertencer ao juízo de culpabilidade e passaram a integrar o conceito de ação, localizado, por sua vez, no estudo do tipo penal, primeiro elemento a ser analisado na teoria do delito.

Mas esta não foi o único ponto modificado pelas descobertas de Welzel. A questão já aqui colocada, indagada por Mezger, com relação aos criminosos por tendência, também sofreu interferência. Quando se retira do dolo a exigência de consciência atual da ilicitude, posto que essa continua a integrar o juízo de culpabilidade, deixa de existir o chamado *dolo mau*, do direito romano, já há muito ultrapassado e ineficiente. Deixa de se exigir, também, a atualidade nessa

consciência de ilicitude, ficando presente no juízo de culpabilidade o requisito de uma *potencial* consciência da ilicitude. (TOLEDO, 1994, p. 228)

Após esses estudos revolucionários, a culpabilidade ficou, basicamente, contendo em seu bojo a imputabilidade do agente (que mais do que um simples elemento, é um pressuposto para a existência do juízo culpabilidade sobre o agente); consciência potencial da ilicitude (deixando de ser a anterior consciência atual da ilicitude); exigibilidade de conduta diversa, bem como o juízo de censura que recai sobre o agente por não ter agido de outro modo, caso assim fosse possível.

Portanto, aquele criminoso por tendência, ou mesmo o criminoso habitual, será culpável e atuará dolosamente. Isso porque, ao agir praticando o crime, ainda que não tenha valores éticos estruturados em seu caráter, tem um potencial conhecimento da ilicitude do ato que pratica, sendo esse agente perfeitamente culpável, isto é, pode-se recair sobre ele o juízo de culpabilidade. Age dolosamente ao ter a intenção de atuar e a previsão do dano a ser causado. Aqui, tanto importa se o dolo é ou não é um dolo mau, posto que já se encontram presentes tanto a intenção quanto a previsão, características formadoras do dolo. Por óbvio, recairá somente o juízo de culpabilidade sobre este agente se este for imputável e pudesse ter agido de um modo diferente do que agiu, podendo ter evitado o dano causado.

Em resumo, para os finalistas, um pouco diferente do que pensam os normativistas, a culpabilidade é sim um juízo de censura que recai sobre o agente da conduta, mas esse juízo de valor encontra-se tão somente na cabeça do magistrado, que atua representando a vontade de toda a sociedade.

O artigo 20 de nosso Código Penal, que trata do erro sobre os elementos do tipo penal, bem como o artigo 21 do mesmo *codex*, este último tratando do erro sobre a ilicitude do fato, são exemplos da aplicação da chamada “teoria limitada da culpabilidade”. Isso porque, não mais estando o dolo presente no estudo da culpabilidade, a falta de consciência da ilicitude (e essa consciência encontra-se na culpabilidade) não atinge o dolo, posto que esse está situado, agora,



no tipo penal. Portanto, os crimes descritos em nosso Código são, via de regra, dolosos. Significa dizer que o tipo culposo deverá estar expressamente descrito em lei, pois, quando houver omissão, sempre será considerado tipo doloso. Consequentemente, se nada especificar o tipo penal, sendo este tido como doloso, a conduta praticada culposamente será considerada atípica, em razão da falta de previsão legal desse tipo culposo. (TOLEDO, 1994, p. 230-231)

Isso nos leva a concluir que, com razão, o elemento subjetivo dolo está presente no tipo penal e não no juízo de culpabilidade. Se o tipo for doloso, isto é, se não vier especificado em seu texto a modalidade culposa, e o agente agir de forma culposa e não dolosa, automaticamente se excluirá a tipicidade da conduta desse sujeito, sendo o ato praticado um fato atípico. A existência de tipicidade, e não apenas da culpabilidade, depende essencialmente da existência do dolo na ação, caso se trate de um tipo penal doloso, o que mostra a congruência da concepção finalista com o ordenamento jurídico penal brasileiro.

#### **5.4 Da Importância de se Transferir o Elemento Subjetivo Para o Tipo Penal**

A transferência do elemento subjetivo para o tipo penal, mais especificamente para a conduta humana, retirando-o do juízo de culpabilidade, modificação esta proporcionada pelas descobertas de Hans Welzel e sua teoria finalista da ação penal, teve uma importância fundamental para o que hoje temos como nosso Direito Penal.

É possível destacar três grandes benefícios alcançados com essa importante alteração. São eles: o retorno da importância da análise da evitabilidade do fato dentro do juízo de culpabilidade; a inevitabilidade de o julgador analisar, dentro da culpabilidade, essa evitabilidade do fato, não mais se esquecendo da existência desse terceiro elemento constitutivo do crime e, por fim, a possibilidade de distinção entre erro que exclui a tipicidade da conduta e do erro que exclui a culpabilidade do agente.

É justamente a inevitabilidade de uma determinada conduta praticada pelo agente que deu origem ao juízo de censurabilidade, de culpabilidade. Começou-se a recair a culpa em sentido amplo sobre o autor quando teve início a ideia de que certa conduta pode ou não ser evitável. Todavia, essa importante análise foi se tornando cada vez mais esquecida, pois se priorizava sempre o estudo sobre o dolo ou culpa em sentido estrito do agente. Muitos julgadores começaram, conseqüentemente, a esquecer de que havia um terceiro elemento constitutivo do conceito de crime que continha, entre outros elementos, a inevitabilidade do fato. Analisavam somente a tipicidade e ilicitude da conduta e a existência ou não do dolo ou culpa do agente. Esqueciam-se do juízo de censurabilidade. Com a transferência do elemento subjetivo para a tipicidade (para a conduta do autor), passou-se a haver a obrigatoriedade de se analisar o juízo de culpabilidade e, por isso, da inevitabilidade do ato. (TOLEDO, 1994, p. 232)

Por fim, outro ponto significativo em toda essa revolução ocorrida, foi a possibilidade de se distinguir nitidamente o erro de tipo, do erro de proibição. Aquele é, basicamente, uma excludente de tipicidade, sendo que o último trata-se de dirimente. Um exclui a tipicidade, e o outro exclui a culpabilidade.

Essas são apenas algumas das muitas razões de se considerar a teoria finalista da ação, que traz o elemento subjetivo como item integrante da tipicidade, da conduta do agente, constituiu-se uma verdadeira revolução científica e doutrinária no Direito Penal, em especial na ciência penal brasileira, posto que claramente adota referida teoria como base de seu sistema jurídico-penal.

## 6 DO FUNCIONALISMO

Diversas teorias acerca da ação foram desenvolvidas no decorrer da evolução penalista. Além de simples teorias que buscaram definir a ação e seus elementos constitutivos, formaram-se também verdadeiros sistemas jurídico-penais, capazes de nortear não só o elemento “ação”, mas toda a teoria do delito. Foi o que se deu, por exemplo, com o finalismo de Hans Welzel.

Muito mais que uma teoria finalista da ação, foi lançado em todo o Direito Penal um sistema-jurídico de cunho ontológico, objetivista e que buscava, prioritariamente, princípios, valores e finalidades individuais.

A teoria (e sistema jurídico-penal) supracitada revolucionou a teoria do delito em seu estudo analítico, transferindo para o injusto penal, mais especificamente para a conduta humana (a ação ou omissão), os elementos subjetivos do autor, quais sejam, o dolo e a culpa, retirando-os da análise da culpabilidade, transformando esta última em um elemento puramente normativo e possibilitando a identificação e diferenciação de diversos injustos penais.

Porém, como já mencionado, esta metodologia também sofreu e ainda sofre diversas críticas doutrinárias e se mostra insuficiente em algumas situações práticas.

É discutido até hoje, na doutrina penalista de todos os países, qual o sistema jurídico-penal deve ser adotado para maior eficiência dessa ramificação do Direito.

No ano de 1960, Welzel concluía seus estudos acerca do finalismo, e estava em seu apogeu. Porém, anos após, aproximadamente em 1962, Claus Roxin lançava as primeiras linhas sobre sua teoria funcionalista, mais tarde aprofundada e aperfeiçoada, inclusive por Günther Jakobs.

Uma crítica feita por Günther Jakobs ao método finalista, pode ser resumida nos seguintes termos: (JAKOBS, 2003, p. 58)

Ao contrário do que sugere o finalismo, na hora de combinar ser humano e curso causal por meio da imputação para obter a ação humana, isso não pode ser feito utilizando-se exclusivamente a antecipação psicológica individual de cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de que se conheça geralmente a existência de tais acontecimentos psicológicos individuais que produzem tal combinação: essa vinculação somente se obtém aplicando um esquema de interpretação, e a configuração determinante desse esquema deriva da construção da sociedade, e não de uma compreensão exclusivamente individual.

Jakobs entende, portanto, que Welzel não logrou êxito como pretendia, ao eliminar a causalidade da ação humana, fazendo apenas com que fosse transportado, para dentro da análise dessa ação, o elemento subjetivo do agente.

Insatisfeito com o ontologismo de todo o finalismo trazido por Welzel, apesar de reconhecer que todo agir humano, seja ele simplesmente para viver em comunidade, como também para lesionar a própria comunidade em que se vive, depende de um agir finalisticamente, Claus Roxin iniciou o que mais tarde seria denominado de funcionalismo moderado, sistema-jurídico funcionalista, colocando em consonância e não mais em dualismo o Direito Penal e a política-criminal.

Criticou ao concluir sua obra inauguradora de seus estudos que:  
(ROXIN, 2000, p. 85-86)

Quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre os diferentes andares do sistema.

Nesse mesmo sentido, continua o autor: (ROXIN, 2000, p. 87)

Errado considerar que qualquer circunstância, por ter importância para o tipo, já não pode mais significar nada para a culpabilidade. A conhecida controvérsia, sobre se o dolo “pertence” ao tipo ou a culpabilidade, é,

portanto, um problema aparente. O dolo é essencial para o tipo, pois sem ele a descrição legal do delito não poderia ser determinada como exige o Estado de Direito; mas ele também é relevante sob o aspecto da culpabilidade, porque tem a função de distinguir a forma mais grave de culpabilidade da mais leve (a negligência), devendo ser formulado também levando-se em conta os princípios valorativos desta categoria do delito.

Fica patente a insatisfação do autor em relação a grande preocupação gasta acerca da mera localização do elemento subjetivo nos institutos integrantes da teoria do delito. Por óbvio, a localização muito interfere e gera conseqüências revolucionárias, como assim se procedeu com o surgimento do finalismo.

Porém, para o fundador da ideia funcionalista, o elemento subjetivo se mostra importante tanto para o injusto penal como para a análise da culpabilidade, dependendo sempre do caso em concreto a ser analisado. Devem-se ater os estudos a outros pontos, os quais, mesmo com toda a evolução dogmática ocorrida até o momento do lançamento de suas bases funcionalistas, ainda encontram-se obscuros e gerando injustiças nas situações fáticas jurídicas.

Há ainda, como já dito anteriormente, a dúvida entre qual sistema jurídico deve ser escolhido. Há aquele sistema com bases empíricas e há aquele que busca a função do Direito Penal. O sistema finalista de Hans Welzel é, de um modo geral, ainda o mais aceito de forma tradicional, pois oferece ao estudo do crime uma maior segurança jurídica, por assim dizer. Tem seus pilares pautados em elementos fixos e teóricos. Porém, em toda a Europa está predominando o entendimento de que deve prevalecer um sistema pautado na busca e concretização da função do Direito Penal, o funcionalismo. E este entendimento vem criando raízes também em nossa América.

Os principais estudiosos dessa teoria funcionalista são Claus Roxin e Günther Jakobs. Ambos estruturam seus estudos com base na função do Direito Penal. Porém, para cada um desses autores há uma diferente função para essa ciência. Ambos também são adeptos à imputação objetiva do resultado, como se verá em tópicos que se seguem, mas com alguns pontos diferenciados entre um autor e outro.

Passa-se a estudar, então, a base funcionalista lançada por Claus Roxin, posteriormente denominada de “funcionalismo moderado”, em suas pormenorizações.

### **6.1 Do Funcionalismo Moderado (ou Teleológico) de Claus Roxin**

O penalista alemão Claus Roxin, em sua obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, concluída na década de setenta, lançou as bases de um novo sistema jurídico que viria revolucionar, bem como fez o finalismo de Welzel, a dogmática penal acerca da teoria do crime. Por óbvio, seus estudos foram mais tarde aprimorados e, inclusive, esse novo sistema foi radicalizado, e consequentemente bipartido, pelo outro penalista renomado, Gunther Jakobs.

Como Luís Greco bem expôs em sua nota, ao traduzir a obra de Roxin, tais estudos marcaram o início de novas matrizes lançadas na dogmática penal existente à época, formando-se um sistema funcionalista, relacionando sempre o Direito Penal com a política criminal, de forma normativista, sendo que referido sistema foi aceito por grandes mestres penalistas. E apesar de ter sido, posteriormente, melhor desenvolvida até mesmo pelo próprio autor, suas bases se mantiveram intactas. (ROXIN, 2000)

Para iniciar sua argumentação, Roxin se utilizou dos ensinamentos de LISZT, trazendo a ideia de que o Direito Penal deve ter uma finalidade perante o delinquente, sendo esta finalidade a de puni-lo conforme os ditames e limites da lei. Esses seriam os pontos bases da política criminal, posto que essa se preocupa em punir o indivíduo que feriu a lei penal, mas sempre protegendo seus direitos perante a coletividade. (ROXIN, 2000, p. 3)

É justamente essa busca pelos fins do Direito Penal que marcou o sistema funcionalista, pois ao contrário do finalismo de Hans Welzel que parte do crime para a pena, isto é, analisa-se tão somente o crime cometido e aplica-se a

pena que lhe é cabível, o funcionalismo busca, primordialmente, analisar se a pena é aplicável ao crime cometido, sempre se analisando o caso em sua individualidade, a fim de se saber se tal pena está cumprindo com sua finalidade. Pode-se dizer, então, que o funcionalismo parte em um sentido oposto ao do finalismo, ou seja, da pena para o crime.

Há uma grande diferença entre o funcionalismo, ou melhor, a função do Direito Penal de Roxin e de Jakobs. Ao contrário de Jakobs, Roxin entende que a função do Direito Penal é, basicamente, a de limitar o poder de punir do Estado. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, bens jurídicos de maior relevância são elencados e colocados em um patamar no qual lhes são emprestados maior proteção jurídica.

A função do Direito Penal deve ser a de garantir a proteção a esses bens jurídicos, mas de maneira subsidiária, isto é, quando não for possível que outros meios atuem buscando essa proteção, buscando sempre a pacificação da sociedade. (ESTEFAM, 2008, p. 73)

Vê-se que Claus Roxin enxerga o Direito Penal como um instrumento de garantir a paz, liberdade e igualdade social, sendo que este deve atuar em proteção aos bens jurídicos mais primordiais quando outros meios não foram capazes de protegê-los. Identifica-se no penalista uma visão extremamente funcional, mas sempre colocando medidas sócio-políticas como prioridade sobre a mera aplicação da sanção, presente na dogmática penal.

É nestes termos que afirma Bitencourt: (2010, p. 241)

Como bem sintetiza Mir Puig, o *normativismo* que Roxin opôs ao finalismo desvinculou o fundamento da dogmática de exigências ontológicas, para baseá-las em decisões político-criminais – como a atribuição às penas e medidas de segurança de uma função de proteção de bens jurídicos mediante a prevenção de delitos – que não se impõem ao legislador, mas que este elege entre outras opções possíveis. O ponto de vista *normativo* pressuporia, pois, liberdade de escolha, perante a sujeição a estruturas lógico-objetivas de que partia o *ontologismo* de Welzel.

Verifica-se, com isso, que Roxin buscou sair do ontologismo extremo que é o sistema finalista. Esse ontologismo pode ser entendido, no âmbito do finalismo, como a ação que pode ser observada de forma física, como ocorreu na realidade fática, de forma real e imutável. Por isso se dizer que o finalismo corre no sentido crime-pena, pois se analisa a ação praticada faticamente, fisicamente, e aplica-se a pena.

Já o funcionalismo, com seu normativismo, atua de forma diferenciada. Basicamente, analisa-se a ação descrita no tipo penal em consonância com aquilo que ocorreu no caso concreto, levando-se em consideração sempre elementos normativos, que vão além da simples demonstração do mundo fático.

Esse sistema jurídico-penal não foge da ideia de sistemas, presente em todas as teorias até então formuladas. Também enxerga o Direito Penal, a ciência penal, como um verdadeiro sistema, com estruturas que buscam definir e sintetizar a teoria do crime, a fim de que se eliminem os arbítrios estatais, as inseguranças e as controvérsias nos julgamentos. Isso porque, quando se tem os elementos do crime bem delineados dogmaticamente, há também segurança jurídica, o que acaba por impedir que o julgador aja conforme suas próprias motivações. (ROXIN, 2000, p. 5-6)

Todavia, para Roxin, apenas essa segurança jurídica trazida pelos sistemas já existentes até então não bastava para garantir a justiça. Pelo contrário, na visão do penalista, se a insegurança jurídica e o espaço aberto aos arbítrios eram extremamente maléficos, também o era a busca extremada pelo abstrato, pela dogmática cega. Esse extremo oposto acaba por impedir que se analisem as peculiaridades de cada caso em concreto, visando não apenas punir o agente que delinqüiu, mas prevenir o injusto penal de uma maneira geral, agindo conforme a política criminal e promovendo o que se pode chamar de verdadeira justiça. Deve-se haver, por isso, um ponto de equilíbrio, permanecendo a dogmática sistematizada que garante segurança jurídica, mas ficando esta sistematização em um segundo plano, prevalecendo, assim, a busca pela justiça no caso a ser analisado de forma individualizada. (ROXIN, 2000, p. 8)



Importante se faz ressaltar que, como supracitado, todas as ideias extremas demonstram-se malélicas quando saem do plano puramente teórico e são colocadas em prática no mundo fático. Do mesmo modo, ao se pensar em extrair completamente de nossa ciência penal todos os conceitos e teorias, estudos científicos, ainda que abstratos, mas que contém a base de todo nosso Direito Penal enquanto ciência, também ocorreria um risco muito grande de fortes arbítrios, pois nada de concreto restaria para se apoiar aquilo que deve ser aplicado aos casos concretos.

Ocorre que, antes dos estudos lançados por Claus Roxin, o Direito Penal, enquanto ciência, e a política criminal sempre foram tidos como opostos, elementos conflitantes entre si e que não poderia coexistir em um mesmo sistema. Isso porque toda a teoria penalista é fortemente pautada em um positivismo que apregoa que a lei tem a função única de garantir a ordem e fazer com que sejam aplicados e colocados em coexistência os direitos e liberdades nela descritos. Porém, conforme síntese de Roxin, a lei penal não mais se presta apenas a essa função. A política criminal exerce, hoje, extrema importância na teoria do crime (ROXIN, 2000, p. 12-13).

Os estudos realizados pelo referido penalista, buscam mostrar que o direito penal e a política criminal, embora sejam elementos completamente distintos, podem caminhar lado a lado.

É o que nos mostra os ensinamentos de Claus Roxin: (2000, p. 15)

Na realidade, procura-se solucionar as situações de conflito de modo mais socialmente correto e flexível. E quando dissertamos sobre a punibilidade daquele que em sua atividade proibida erra de qualquer forma ou desiste de uma tentativa, temos diante de nós problemas de natureza puramente político-criminal, que – para dizê-lo com JESCHECK – não podem ser solucionados adequadamente com o “automatismo de conceitos teóricos”.

E mais: (ROXIN, 2000, p. 20)

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.

Essa dinamicidade entre Direito Penal, enquanto ciência do Direito, e política criminal está presente, hoje, em nossa teoria do crime. É o que podemos verificar ao analisar a ilicitude e a culpabilidade de um fato supostamente criminoso. O estado de necessidade verifica-se como uma excludente de ilicitude que, na antiga lei penalista, não estava previsto expressamente como tal excludente. No exame da culpabilidade, temos a análise da possibilidade ou impossibilidade de agir de outro modo. Nas palavras de Claus Roxin, “esta incorporação de valores político-criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito criou uma ambigüidade sistemática”. (2000, p. 25-26)

Entende-se que essa atenuação do texto literal positivista por meio de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade são exemplos de convivência entre o Direito Penal e a política criminal, pois há uma verdadeira ponderação de valores e princípios, analisando-se se deve prevalecer a punição do agente por ter ele simplesmente praticado uma conduta descrita na lei penal, ou se este deve permanecer isento, posto que agiu diante de uma situação peculiar que o impede de ser considerado criminoso perante a sociedade.

Ocorre que a teoria finalista da ação, conforme análise e conclusão do penalista precursor do funcionalismo, acabou por afastar a política criminal da dogmática penal. Isso porque, a teoria de Hans Welzel, parte de dados advindos exclusivamente do íntimo do ser humano, que são pré-jurídicos, para conceituar uma ação e propor soluções. (ROXIN, 2000, p. 27)

Claus Roxin propõe em seu primeiro trabalho acerca do funcionalismo que cada elemento constitutivo do delito deve ser analisado sob a ótica de sua

função político-criminal. A tipicidade deve, basicamente, dar cumprimento ao princípio da legalidade, o qual apregoa que não haverá crime se este não estiver previsto em lei. A análise da ilicitude, por outro lado, deve ser feita sob uma ponderação de interesses individuais e globais. Já a culpabilidade, deve existir apenas quando a pena puder cumprir sua função de prevenção, seja esta geral ou especial, posto que muitas vezes o indivíduo pratica fatos típicos e antijurídicos em situações excepcionais que fazem com que a sociedade não o reprove. (ROXIN, 2000, p. 29-31)

São exatamente estas as bases do funcionalismo moderado de Claus Roxin. O Direito Penal deve andar conjuntamente com a política criminal, para que seja possível à pena cumprir com sua finalidade. Analisam-se, muito mais do que simples elementos positivistas, elementos essencialmente normativos, que fogem da esfera do ontológico, muito presente no finalismo de Welzel. Esse novo sistema demonstra sua eficácia ao trazer a ideia de que, fazendo com que a pena cumpra com suas finalidades, o crime será prevenido adequadamente.

Quanto à política criminal tão mencionada em toda a doutrina funcionalista de Claus Roxin, esta foi trazida novamente pelo movimento político-criminal moderno ocorrido na Alemanha, no qual buscavam fazer ressurgir as idéias de Franz Von Liszt e reagir à ideologia que vigorava à época, no pós Segunda Guerra Mundial, tentando trazer novamente os direitos naturais do ser humano e resgatar das funções garantidoras que haviam se perdido. (AMARAL, 2007, p. 205-206)

Claus Roxin não apenas traz de volta os ensinamentos de Von Liszt, mas os aprimora de maneira que a política criminal passa a não ser somente uma medida na luta contra a criminalidade, mas é complementada por princípios cuja finalidade é justamente a de limitar o poder punitivo do Estado.

Melhor explicando a política criminal trazida por Roxin: (AMARAL, 2007, p. 208)

Num primeiro momento, Roxin dirige sua crítica contra a teoria finalista da ação de Welzel, sublinhando que, se o conceito de ação é prefixado ao direito, não somente tem um caráter ôntico (ao qual se deve renunciar definitivamente), mas também apriorístico. Assevera Roxin – como Liszt – que o direito penal tem por função a proteção do indivíduo frente à arbitrariedade da autoridade e deve restringir-se à concreção do princípio da legalidade sobre a base de uma ciência estritamente sistemática. Para Roxin, ao contrário de Liszt, contudo, a política criminal e o direito penal se mesclam, pois, de que valeria a solução de um problema jurídico, que, apesar de sua clareza e uniformidade, é errôneo do ponto de vista político-criminal? Ou seja: deve haver uma relativização da significação do sistema, para admitir-se a possibilidade de quebras norteadas por critérios de política criminal.

Nota-se que Roxin traz a política criminal como essencial à aplicação do Direito Penal, pois é ela que, segundo ele, dá a legitimidade completa às soluções encontradas pelo ordenamento jurídico. A justiça estará concretizada quando, concomitantemente, o ordenamento jurídico e os princípios da política criminal forem atendidos e respeitados.

Os princípios da política criminal encontram-se todos na Constituição Federal e são pautados nos direitos e garantias fundamentais aos seres humanos em um Estado Democrático de Direito. São direitos que protegem a pessoa contra a arbitrariedade estatal. Significa dizer que sempre que o legislador criar um delito, definindo que certa conduta representa um fato penalmente relevante, deverá respeitar esses direitos e garantias. E antes de criar um novo tipo penal, deverá recorrer a todos os outros meios não penais, pois nem toda política criminal se baseia em medidas jurídico-penais. E ainda que tipificada determinada conduta, a pena só será aplicável ao sujeito quando aquela conduta representar um relevante dano à sociedade, e não simplesmente todas as vezes que o bem jurídico for lesionado ou ameaçado. Isso porque, o Direito Penal é medida de *ultima ratio* e tem como princípios a subsidiariedade e a fragmentariedade, princípios estes que norteiam todo o sistema de políticas criminais. (AMARAL, 2007, p. 210)

A influência da dinâmica social na dogmática do delito é visível quando se trata de causas excludentes. As justificações se modificam conforme a sociedade. Se o meio social se altera, as causas excludentes também são alteradas.

A busca pelo cumprimento dos fins da pena encontra-se, predominantemente, presente no estudo da culpabilidade. As causas que excluem a culpabilidade de um agente perante a sociedade em que este vive, a excluem pelo fato de que, naquele caso, a pena não cumpriria com sua finalidade de prevenção, posto que esse agente, supostamente, não voltaria a delinquir ou pelo simples fato de que a reprovação social por meio da pena se mostre desnecessária.

Em sua doutrina que primeiro tratou sobre as bases desta nova corrente, Roxin traz inúmeros exemplos de impasses enfrentados pela dogmática penal até então, como, por exemplo, a classificação, segundo ele errônea, da desistência na tentativa como causa excludente de punibilidade, e não como causa excludente de culpabilidade. Traz também problemas como a inexigibilidade de conduta diversa nos crimes omissivos e negligentes. Segundo o autor, todos esses são problemas de cunho político-criminal e por essa razão, não devem ser resolvidos com base tão somente no princípio da legalidade penal, mas também sob parâmetros de natureza político-criminais. (ROXIN, 2000, p. 80)

Embora a teoria de Claus Roxin seja pautada principalmente nesse aspecto de sintonia entre o Direito Penal e a política criminal, não se exaure aí os seus ensinamentos. Sua ideia pode ser analisada sobre diferentes ângulos, mas como já dito, sua base permanece a mesma, sendo esta base lançada em seu primeiro trabalho acerca do tema.

O doutrinador Juarez Tavares, define em algumas linhas a proposta do penalista: (2003, p. 144)

O modelo proposto por ROXIN parte do raciocínio de qual significado se deve emprestar ao tipo. Com isso o distingue em três aspectos: no sentido sistemático, tal como proposto por BELING, no sentido político criminal e no sentido dogmático. O sentido sistemático assegura no conceito de delito a diferenciação de seus elementos componentes: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; o sentido político-criminal está voltado à função de garantia que o tipo desempenha como consequência do princípio da legalidade; e o

sentido dogmático serve á identificação do erro de tipo e seu efeito de eliminar o dolo. De qualquer forma, quanto a sua estrutura, acolhe ROXIN a solução da teoria finalista, dividindo o tipo em tipo objetivo e tipo subjetivo, mas ressaltando que a ação típica constitui, na verdade, uma unidade de fatores internos e externos, que não pode ser rompida, apenas compreendida em suas singularidades por meio de seus momentos individualizadores objetivos e subjetivos.

Verifica-se que Roxin não renega os estudos realizados por Hans Welzel quando se trata de estruturação do elemento subjetivo na teoria do delito, e é importante que essa aceitação fique clara, para que não aparente que houve um retrocesso na ideia de que o dolo e a culpa em sentido estrito devem ficar tão somente na análise da culpabilidade, constituindo a ação mero acontecimento causal.

Considera que os pontos principais alcançados por Welzel em seu finalismo são, por vezes, essenciais, mas em outras vezes, irrelevantes. A vontade subjetiva, a finalidade do autor se mostra essencial para se diferenciar, por exemplo, uma tentativa de homicídio ou um golpe meramente culposo. Porém, as bases do finalismo se mostram extremamente insuficientes para resolver diversas outras situações, como, por exemplo, se um homicídio praticado em legítima defesa putativa foi praticado ou não dolosamente. (BITENCOURT, 2010, p. 243)

Claus Roxin também entende que o elemento subjetivo deve estar presente na conduta do sujeito. Mas não se limita apenas a esse conceito. Entende que a ação tida como típica engloba não só os elementos internos, que advém do intelecto do agente, mas também de fatores externos e normativos.

E para as críticas feitas no tocante ao fato de que todo esse sistema proposto por Claus Roxin, baseado em uma política criminal que complementa a dogmática penal, acaba por demonstrar a existência de um Estado totalitário, que se utiliza da dogmática penal para exercer seu poder contra a sociedade, o penalista responde que o único remédio é assegurar direitos e garantias fundamentais ao ser humano no interior do sistema jurídico penal, fato este que já ocorre na grande maioria dos Estados que possuem uma Constituição como base de seus ordenamentos jurídicos. (BITENCOURT, 2010, p. 244)

Concluindo o raciocínio exposto em todo este tópico, e nas palavras do próprio pensador da referida teoria: (ROXIN, 2000, p. 82)

Direito penal e política criminal: se se seguir o que demonstrei, não se trata de opostos, como são apresentados pela tradição de nossa ciência. O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.

Contra as críticas feitas ao estudo iniciado, Roxin convenientemente responde da seguinte forma: (2000, p. 95)

A minha proposta de reestruturar a categoria da responsabilidade partindo da teoria dos fins da pena também não implica, ao contrário do que entende DREHER, um “retorno a uma cláusula geral, ainda mais vaga que cláusula da exigibilidade de FREUDENTHAL, com que se pode fazer de tudo, da mesma forma que nada”. É óbvio que não se poderá afirmar a exclusão da culpabilidade, simplesmente porque o juiz, no caso concreto, deseja negar o merecimento de pena. Interessa-me, isso sim, interpretar as regras legais ou costumeiras de exclusão de culpabilidade partindo da *ratio* que as fundamenta.

É possível se ter em mente, com isso, que enquanto um sistema pautado em abstrações faz com que as soluções apresentadas sejam cada vez mais incompatíveis com aquilo que a realidade exige, um sistema que tem como base as modificações da própria sociedade e, juntamente com elas, as transformações também de suas formas de solucionar os conflitos, permite que a pena e toda a dogmática do crime cumpram com sua finalidade maior, que é prevenir o crime de maneira eficaz e, ao mesmo tempo, fazer com que se realize a justiça no caso em concreto, conforme todas as suas peculiaridades.

### **6.1.1 Da teoria personalista da ação**

Assim como todo o finalismo de Hans Welzel acabou por redefinir o conceito de ação, o mesmo também ocorre no que diz respeito ao funcionalismo de Claus Roxin.

Para o penalista, nas palavras de Luiz Régis Prado, “a ação é conceituada como manifestação da personalidade”. (2007, p. 311) Isso quer dizer que se exclui do conceito de ação tudo aquilo que é puramente causal, caindo por terra as teorias puramente causais de ação. Ação é, por isso, toda conduta capaz de exteriorizar a personalidade do agente que a pratica.

Em consequência de todos os estudos realizados por Roxin, “considera-se ação como categoria pré-jurídica, coincidente com a realidade da vida, não sendo puramente naturalista, nem finalista”. (PRADO, 2007, p. 311)

A ação deixa de ser mero acontecimento causal e reflexo natural, bem como, deixa de ser também tão somente a vontade intrínseca do agente que a pratica, e passa a ser toda a manifestação da personalidade desse autor, desde de seus instintos até suas condutas materialmente realizadas.

### **6.1.2 Da teoria da imputação objetiva do resultado**

Seria totalmente desprovido de sentido estudar toda a concepção de Claus Roxin acerca de um sistema funcionalista e não fazer qualquer referência à teoria da imputação objetiva do resultado, diante do fato de que essa teoria tem extrema importância para a dogmática penal atual, em especial quando busca solucionar lacunas ocasionadas pelas teorias que visam identificar a imputação do



agente, dentro do estudo da tipicidade, e que são atualmente adotadas pelo nosso Direito Penal.

Diversas teorias tentam definir e explicar a aplicação da causalidade quando da análise da tipicidade da conduta praticada e se ao agente deve ou não ser imputado um determinado fato criminoso. Pode-se citar as teorias da equivalência dos antecedentes causais, da causalidade adequada, da condição mais eficaz, do equilíbrio, da causa próxima, da causalidade jurídica, entre outras.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, aplicada em nosso Código Penal Brasileiro (artigo 13, *caput*), considera que a causalidade está presente sempre que a conduta contribuiu para o resultado ocorrido. Para evitar que se retroaja ao infinito e se puna pessoas que não devem ser punidas, a própria teoria, posteriormente, estabeleceu certos limites. Diferencia causas absolutamente independentes entre si, das causas que são relativamente dependentes. Conforme §1º do artigo supracitado, não poderá haver imputação quando ocorrer uma causa superveniente relativamente independente, mas que por si só foi capaz de causar o resultado.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da *conditio sine qua non*, surgiu no bojo da teoria do tipo penal de Beling, pois segundo ela, a conduta contrária ao tipo penal já conduz à adequação típica, sendo o elemento subjetivo não levado em consideração neste momento, mas apenas na análise da culpabilidade. As críticas a essa teoria residem nas hipóteses de causalidade hipotética (que ocorre quando várias causas atuam concomitantemente, mas cada uma delas, por si só, é capaz de produzir o resultado), de interrupção de cursos causais salvadores (que se dão quando alguém, de alguma forma, interrompe uma causa que impediria a lesão a um bem jurídico de outrem), de causalidade no crime culposos (cujo problema reside em identificar a causa nos crimes culposos, mas que sempre foi solucionado pela doutrina com base na previsibilidade) e, também, no problema do regresso ao infinito (posto que a cadeia causal que propõe esta teoria se estende a uma série infinita de ações). (CAMARGO, 2002, p. 50-54)

A teoria da proibição do regresso elimina esse regresso ao infinito, que consiste na maior crítica à teoria da equivalência dos antecedentes causais, determinando que apenas as condutas que realmente foram decisivas para o resultado devem ser levadas em conta. Porém, os critérios dessa seleção não foram perfeitamente esclarecidos pelos criadores da *conditio sine qua non*. (CAMARGO, 2002, p. 54)

É fato que a teoria da equivalência dos antecedentes causais vigora no Direito Penal brasileiro, porém, com todas as críticas feitas e com a necessidade de encontrar soluções plausíveis para as situações em que ela se mostra insuficiente, foi desenvolvida a teoria da causalidade adequada.

Esta teoria não busca a substituição em detrimento da equivalência dos antecedentes, mas sim a sua delimitação. Essa delimitação do conceito de causa é possível por meio da diferenciação entre causa e condição, sendo que só pode ser considerada causa aquela condição adequada à produção do resultado, e essa adequação é determinada pela experiência e regras gerais da vida. Porém, embora essa teoria tenha sido bastante aceita na Alemanha, não foi adotada pelo legislador penal brasileiro, posto que na exposição de motivos dos Códigos Penais de 1940 a 1984 está nítida a escolha pela teoria da equivalência dos antecedentes causais. (CAMARGO, 2002, p. 55)

Todavia, em razão do fato de que até mesmo essa teoria, adotada por nosso legislador penal, apresenta pontos contrários ao entendimento funcionalista de Claus Roxin, justamente por se tratar de uma teoria causal, referido cientista aprofundou seus estudos acerca do tema e trouxe à dogmática penal, de forma mais completa, a teoria da imputação objetiva, que “fundamenta-se no incremento do risco e no fim de proteção da norma”. (PRADO, 2007, p. 316)

Em vez de simplesmente punir o agente da conduta por atos relativamente independentes entre si, mas que carregam uma relação seqüencial (conforme teoria dos antecedentes causais), na teoria da imputação objetiva analisa-se também se houve a produção de um risco juridicamente relevante e se o

resultado causado encontra-se presente no âmbito em que a norma busca proteger, além de outros pontos a serem analisados a seguir.

Diante do caráter fragmentário do Direito Penal, que busca punir apenas as condutas mais socialmente reprovadas e proteger aqueles bens jurídicos mais primordiais ao ser humano, mostrou-se necessário o estudo aprofundado de uma teoria que levasse em consideração uma maior delimitação para se efetivar a responsabilidade penal sobre os indivíduos.

Segundo a crítica de Luiz Régis Prado, nos termos demonstrados acima: (2007, p. 330)

Na atualidade, a necessidade de uma relação de causalidade entre ação e resultado e a determinação da ação típica enfrentam uma profunda crise. Diante do segundo desses objetivos, a doutrina dominante (de cunho eminentemente normativista) parece inclinar-se pela absoluta impossibilidade de que uma teoria causal consiga delimitar com acerto quais ações devem ou não ser consideradas típicas.

A doutrina dominante, como disse o supracitado autor, todos adeptos do normativismo, estão representados neste trabalho por Claus Roxin, posto que ninguém melhor para representar o normativismo, tão presente em todo o sistema-jurídico funcionalista.

Insta salientar que o estudo acerca desta teoria foi iniciado por penalistas como Mezger, Karl Larenz e Richard Honing, mas foi Claus Roxin que criou critérios para melhor aprimorar a identificação da existência ou não de uma justa imputação sobre o agente.

É como demonstra André Estefam: (2008, p. 74)

Há uma “genealogia oficial” da imputação objetiva, construída por seu criador (Claus Roxin) que assim se segue:

- Karl Larenz, em 1927, define o conceito de imputação para o direito em sua tese de doutorado, intitulada A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva. O problema básico que se procura resolver é o seguinte: quais são os critérios adequados para se distinguir entre as

consequências de nossos atos que nos podem ser atribuídas como obra nossa e quais são mera obra do acaso?

- Richard Honing, em 1930, transporta para o direito penal a concepção de Larenz, por meio de seu ensaio intitulado Causalidade e imputação objetiva. Partindo da antiga polêmica entre a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada, no sentido de estabelecer o critério mais acertado para se atribuir a uma pessoa um resultado, Honing conclui que não se pode admitir seja a comprovação de uma relação de causalidade material o aspecto mais importante da teoria do crime. Deve-se, ao revés, verificar quais são as exigências jurídicas para que se estabeleça um liame entre ação e resultado.

- Claus Roxin, em 1970, elabora o ensaio Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal, publicado em obra que comemorava os 70 anos de Honing, em que resgata o ponto de partida deste autor (rejeição da importância da causalidade material) e elabora as bases da “moderna” teoria da imputação objetiva (fundada no princípio do risco).

Segundo Karl Larenz, a imputação tem a função, ou pode-se dizer que a imputação é a delimitação entre acontecimentos puramente causais e ações praticadas exclusivamente pelo agente. Para o referido autor, não se pode entender como conduta um conjunto de fatos, incluindo-se entre eles fatos que não ocorrem por vontade do agente. Nesse sentido, coloca-se em destaque a vontade do autor da conduta, sendo esta vontade/finalidade não aquela que diz respeito tão somente a o que o agente queria fazer, mas sim de tudo aquilo de que tinha conhecimento. Deve haver imputação, segundo Karl, sempre que houver uma relação entre o fato praticado e a vontade do agente, vontade esta em seu aspecto objetivo. (PRADO, 2007, p. 330-331)

Conforme a doutrina de Richard Honing, também não se pode vigorar a mera causalidade para efeitos de imputação penal sobre um indivíduo. Só podem sofrer a imputação aqueles agentes que praticaram fatos que podem ser vislumbrados em sua finalidade. E é por essa razão que a teoria recebe o nome de “imputação objetiva do resultado”, posto que analisa-se tão somente aqueles resultados que foram realizados conforme a vontade objetiva de seu autor e que, além disso, puderam ser previstos não por aquele indivíduo em especial, mas pelo homem médio em sua plena capacidade. (PRADO, 2007, p. 331-332)

Claus Roxin aprimorou os estudos desses penalistas, criando critérios a fim de que se fosse possível identificar as situações em que realmente se pudesse

imputar ao indivíduo a responsabilização penal. Roxin também acredita que só pode ser penalmente responsável por um fato-crime aquele que agiu segundo sua vontade objetiva e, ainda, se o resultado poderia ser previsto.

Importante ressaltar que, tratando-se de uma teoria presente na análise da tipicidade, aquele fato que não for controlável pela vontade e cujo resultado não seja possível prever, será atípico. Daí a importância de se ter uma teoria com bases sólidas e que seja cada vez mais aprimorada por estudiosos do Direito.

Com base nos estudos de Roxin, “equipara-se a possibilidade de domínio através da vontade humana (finalidade objetiva) à criação de um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico”. (PRADO, 2007, p.332) Verifica-se que Claus Roxin se pauta além da simples vontade objetiva, equiparando-a a produção de um risco, que é a característica mais marcante em sua versão da teoria objetiva do resultado.

O penalista criou uma espécie de “teoria geral da imputação objetiva”, com a finalidade de eliminar por completo a análise do nexo causal, ou seja, de invalidar a teoria da equivalência dos antecedentes causais, devendo existir apenas a aplicação da imputação objetiva do resultado.

Foi instituído, pelo referido cientista, os seguintes critérios para identificação da imputação: ausência de diminuição do risco, criação de um risco juridicamente relevante, aumento de um risco permitido, atuação do indivíduo fora do âmbito de proteção da norma e sua compreensão, além da realização tão somente do que o autor planejava.

A diminuição do risco consiste basicamente, como a própria denominação desse critério nos permite afirmar, que se o agente atuou para diminuir um risco a determinado bem jurídico, risco esse ocasionado por qualquer outra causa, alheia a sua vontade, esse agente não pode sofrer imputação. Um bem jurídico, penalmente protegido, é colocado em risco por uma causa alheia, e o sujeito age com a finalidade de diminuir esse risco. Embora não consiga evitar o resultado danoso, muitas vezes apenas adiando-o, não deve ser imputada a este indivíduo uma penalização pelo resultado ocorrido. (PRADO, 2007, p.332)

Já o critério da criação de um risco juridicamente relevante, critério este considerado essencial na imputação objetiva de Claus Roxin, leva a crer que, quando ausente, não há uma lesão ao bem jurídico e, por essa razão, não pode existir a imputação.

Justamente por ser um critério inovador, enfrenta críticas da doutrina, como bem explica Luiz Regis Prado: (2007, p. 333-334)

É bastante controversa a admissão do critério do risco juridicamente relevante no âmbito dos delitos dolosos. Esse critério abarca dois elementos constitutivos dos tipos de injusto culposos, a saber: a previsibilidade objetiva e a observância do dever de cuidado. Seria de todo desnecessário trasladar tais requisitos, como elementos adicionais, ao tipo de injusto doloso, uma vez que o dolo, por si só, já os incorpora.

Um terceiro critério trazido por Claus Roxin é o aumento do risco permitido. Segundo tal critério, deve ocorrer a imputação sobre o indivíduo sempre que este age descumprindo com seu dever de cautela e, apesar de haver um risco, acaba por causar um aumento deste e uma maior probabilidade de dano ao bem jurídico protegido.

Temos como exemplo a atitude de “A”, chefe de uma indústria, que por falta do dever de cuidado esquece uma das torneiras que exalam gás tóxico aberta. Alguns de seus funcionários morrem intoxicados. Posteriormente, descobre-se que todo o ambiente já estava repleto de gás tóxico, por falhas alheias, mas que a atitude de “A” ofereceu um risco ainda maior às vítimas.

Quando esse risco maior em razão de uma falta do dever de cautela estiver presente no fato-crime a ser analisado, é cabível a imputação objetiva contra o agente.

Mas esse critério também não está isento às críticas: (PRADO, 2007, p. 334-335)

Argumenta-se, também, que o critério em foco poderia ser utilizado para a exclusão das ações dolosas que se mantêm dentro do âmbito do risco

permitido. Todavia, a aceitação do critério de aumento do risco permitido nos domínios dos delitos dolosos não teria sentido algum, pois a vontade do sujeito se dirige precisamente à produção da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Outro critério a ser analisado é o âmbito de proteção da norma. Este critério apregoa que a norma busca proteger determinado bem jurídico tão somente dos danos causados de forma direta. Se duas pessoas agem de forma incorreta em alguma situação, e uma delas acaba por causar um resultado danoso a alguém (que leva à consumação de um crime), somente esta pessoa deverá ser responsabilizada penalmente pelo delito. Embora o outro sujeito também estivesse agindo de forma errada, não foi ele quem causou o dano diretamente à vítima.

Portanto, quando a conduta praticada por um sujeito estiver fora do âmbito de proteção da norma, a este indivíduo não deve ser aplicada a imputação pelo resultado ocasionado. Isso porque, “embora criado o perigo, este último não se concretiza no resultado, pois o resultado produzido é consequência de outras fontes produtoras de perigo”. (PRADO, 2007, p.335)

Nota-se que há, aqui, uma junção de dois critérios: a criação de um risco juridicamente relevante e o âmbito de proteção da norma. Não basta, portanto, que o risco seja criado. Deve o resultado ter ocorrido em razão, de forma direta, deste risco criado.

Conforme Claus Roxin e seu critério de compreensão do âmbito de proteção da norma, há ainda outro “filtro” para a concretização da imputação objetiva. Ainda que tenha sido ocasionado um risco juridicamente relevante e o resultado danoso tenha ocorrido em razão desse risco criado, deve-se analisar também se não há a presença de elementos (ou princípios) que possam excluir o resultado do âmbito de proteção da norma. É o que ocorre quando está presente, por exemplo, o princípio da autonomia da vítima. Por exemplo: “A” sabe que “B” tem o anseio de morrer, e acaba por deixar, de forma não dolosa, uma arma próxima à “B” (que é maior de idade e possui plena capacidade mental). O resultado morte, em razão do suicídio, acaba por ser concretizado. Porém, não parece adequado, segundo este critério, que “A” seja penalmente responsabilizado pela morte de “B”,

embora tenha provocado a situação de risco, posto que o resultado morte, neste caso, não se encontra presente no âmbito de proteção da norma. (PRADO, 2007, p. 336)

O texto da norma e sua finalidade compreendem certos resultados e quando o resultado ocorrido não está inserido nesse âmbito de proteção da norma, não parece adequado, na visão de Roxin, imputar o resultado ao sujeito.

Tanto quando a vítima se auto-coloca em perigo, quanto quando a vítima permite que um terceiro a coloque em perigo, bem como quando a ação de um terceiro acaba por afastar a imputação objetiva do sujeito, não estará configurado, segundo esse critério, o resultado dentro do âmbito de proteção da norma, não podendo ocorrer a imputação objetiva.

Porém, as críticas feitas acerca da aplicação desses critérios aos crimes puramente dolosos, são rebatidas quando se traz à baila outro critério: a realização do plano do autor. E esse critério é o que possibilita a aplicação da imputação objetiva aos crimes dolosos.

O artigo 73 do Código Penal remete à teoria da igualdade de valor, a qual apregoa, basicamente, que o agente será punido pelo crime causado contra a pessoa desejada, ainda que, por erro no uso dos meios de execução ou mero acidente, acaba atingindo pessoa diversa da que pretendia. E mais, se atingir ambas as pessoas, configurar-se-á concurso formal de crimes (artigo 70, do mesmo *codex*). Por exemplo: “A”, desejando matar “B”, e vendo-o andar pela calçada, joga o carro que dirige em sua direção, de forma dolosa, mas acaba atingindo outro pedestre, “C”, que porventura era seu filho, matando-o. No presente caso, ainda que não tenha atingido e matado a pessoa contra a qual pretendia praticar o delito e agiu de forma dolosamente, responderá por homicídio doloso consumado, como se estivesse alcançado o objetivo inicialmente pretendido.

É esse o entendimento externado em nosso Código, mas não a solução pretendida se utilizado o critério da realização do plano do autor. Esse critério é um meio termo entre a ideia de que todo erro deve ocasionar simples tentativa (trazida pela teoria da concreção), e a ideia de que ainda que haja erro na



execução, o agente deve ser responsabilizado segundo àquilo que pretendia (trazida pela teoria da igualdade de valor), pois apregoa que se o agente não realizou exatamente o que, dolosamente, pretendia, não merece a imputação por um delito consumado doloso. Porém, deve existir tanto a vontade do agente em causar a conduta inicialmente pretendida, bem como o desvio efetivo entre o dolo do autor e o resultado alcançado. Como solução, Claus Roxin acredita existir um “concurso formal entre homicídio doloso tentado e homicídio culposo consumado. Embora o tipo objetivo esteja completo e o resultado seja absorvido pela vontade do agente, aquele não pode ser imputado a título de dolo”. (PRADO, 2007, p. 337)

Parece extremamente pertinente a solução apresentada pelo penalista. Ora, ele simplesmente analisou os fatos como realmente aconteceram. “A” pretendia matar dolosamente “B”, mas houve apenas tentativa de homicídio, posto que o resultado não se concretizou por circunstâncias alheias à sua vontade. Já em relação a “C”, o resultado morte se concretizou, mas não foi o que pretendeu dolosamente “A”, mas sim o que se deu por ausência do dever de cuidado por parte deste. Nada mais correto que responda, portanto, conforme o plano do autor se realizou: um crime doloso tentado, e um crime culposo consumado.

Importante ressaltar também que a teoria da equivalência dos antecedentes causais, embora seja já limitada pelo elemento subjetivo do autor, ainda causa algumas situações que podem ser consideradas juridicamente “injustas”. Por exemplo: “A”, pretendendo matar “B”, vai à loja de “C” comprar um revólver. “C” fica sabendo da intenção de “A” e deseja em seu íntimo, ao vender o revólver, que o crime se concretize. O crime de homicídio é praticado e consumado por “A” contra “B”. Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes, limitada tão somente pelo elemento subjetivo, “C” deve ser responsabilizado também por homicídio doloso! Ora, não parece nada adequado essa solução, posto que, apesar de estar presente tanto o nexos objetivo quando o subjetivo, “C” não teve qualquer domínio sobre o desenrolar dos fatos e estaria sendo responsabilizado pelos seus pensamentos. (ESTEFAM, 2008, p. 77)

Não haverá imputação objetiva a um sujeito quando ele não tinha controle dos possíveis resultados que pudesse se seguir à sua conduta, e que foram

ocasionados por causas puramente imprevisíveis. Assim também o será se o resultado danoso fosse acontecer de qualquer modo, ainda que sujeito tomasse todas as medidas possíveis para evitá-lo. Nesses casos, há a realização de um risco proibido, mas este não tem relevância alguma para o resultado, pois não está ligado diretamente a ele.

E mais, cada indivíduo desempenha seu papel social na comunidade em que vive, sendo este quase sempre determinado por sua profissão. Um mecânico e um dono de bar, por exemplo, não podem ser responsabilizados por um acidente automobilístico causado por excesso de velocidade e embriaguez. Eles cumpriram com seu papel social e não podiam interferir ou ter qualquer controle sobre as atitudes do sujeito que causou o resultado danoso.

As palavras de Luiz Regis Prado resumem de forma clara a teoria trazida por Claus Roxin: (2007, p. 348)

Procura fixar os critérios normativos que permitem atribuir um resultado a determinado comportamento (ação ou omissão). Com vistas a elaborar uma teoria geral da imputação para os delitos de resultado (dolosos ou culposos) desvinculada do dogma causal, Claus Roxin elaborou uma série de critérios normativos [...] O denominador comum desses critérios encontra-se no princípio do risco.

Deve-se analisar a conduta de cada indivíduo em separado, passando por todos aqueles critérios trazidos por Claus Roxin. A conduta de um comerciante que vende uma arma a um terceiro, como no citado exemplo, é uma conduta lícita, que não oferece risco à sociedade, e por isso não pode ser responsabilizado pelo posterior mau uso do produto vendido.

Segundo a teoria da imputação objetiva do resultado, “uma conduta inicial lícita não conduz seu autor à responsabilidade por ações posteriores ilícitas praticadas por terceiro (princípio da proibição do regresso)”. (ESTEFAM, 2008, p. 78)

Com a aplicação desta teoria, o fato típico fica composto por estes elementos: ação ou omissão (dolosa ou culposa); resultado danoso (presente nos crimes materiais); nexos causal; tipicidade e, por fim, imputação objetiva (que seria,

aqui, um elemento normativo implícito no tipo penal) – este último é, como estudado neste tópico, a análise de um risco juridicamente relevante e proibido que acabou por ocasionar o resultado material. Consequentemente, alguns fatos típicos que tinham, antes, a sua ilicitude excluída na análise da antijuridicidade, agora são considerados atípicos, em razão da imputação objetiva; mas, fora isso, a ilicitude e a culpabilidade continuam intactas na teoria do delito. (ESTEFAM, 2008, p. 78)

Em conclusão, é possível compreender que a teoria da imputação objetiva do resultado, após os estudos realizados por Claus Roxin, tem o condão de imputar o fato crime ao sujeito, dentro da análise da tipicidade da conduta, tão somente quando preenchidos os critérios que trabalham como verdadeiros pressupostos da imputação.

Porém, se a ideia inicial de Roxin, ao aprimorar as estruturas dessa teoria, era de extirpar a teoria da equivalência dos antecedentes causais como meio de análise do nexos causal, e ignorar as matrizes finalistas trazidas por Hans Welzel no que concerne à presença do elemento subjetivo, é possível verificar que, quando esta teoria é aplicada na prática, não funciona dessa maneira, mas sim como mais uma teoria que busca limitar o âmbito da responsabilidade penal, atuando conjuntamente com a teoria da equivalência dos antecedentes causais e com a análise do dolo e culpa em sentido estrito, constantes na conduta do sujeito.

Verifica-se também que esses estudos realizados pelo penalista são de natureza eminentemente funcional, isto é, adequam-se à sua ideia de sistema funcionalista. Isso porque traz a concepção de que a imputação de um fato criminoso deve recair sobre um indivíduo quando realmente estiverem presentes elementos normativos e não puramente ontológicos (ou causais) em sua conduta. Seguindo-se os critérios trazidos pelo autor, torna-se possível a responsabilização do indivíduo quando efetivamente a pena do crime imputado poderá cumprir, em face desse sujeito, com sua finalidade.

## 6.2 Do Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs

A teoria funcionalista não esgota seus elementos tão somente nos estudos de Claus Roxin. Como já analisado, Roxin apenas lançou as bases do funcionalismo e, mais tarde, aprimorou suas ideias criando o chamado funcionalismo moderado.

Porém, o funcionalismo de Roxin recebe a adjetivação de “moderado” pelo fato de que, posteriormente, outro penalista aprofundou seus estudos acerca do sistema funcionalista, criando uma vertente bem mais radical, por assim dizer. Vertente esta pautada nos estudos de Luhmann, bastante apegada ao modelo de *sistemas* e, por essa razão, recebe o nome de “funcionalismo sistêmico”.

Curiosamente, Jakobs era um dos discípulos de Hans Welzel, em sua doutrina finalista, mas acabou por se seduzir pela doutrina funcionalista, aderindo-a e criando seus próprios embasamentos.

Afirma-se que Jakobs pautou-se, primeiramente, em Luhmann pelo fato de que este último é um grande filósofo precursor da ideia de sistemas e de um modelo eminentemente sistêmico, trazendo em suas obras inclusive uma teoria dos sistemas.

É como bem ensina Campilongo: (apud TRINDADE, 2008, p. 19)

[...] vê o sistema jurídico como, simultaneamente, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos. Dito de modo singelo: o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico etc), e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo).

Mostra-se com isso, que Jakobs, baseando-se em Luhmann, traz consigo uma ideia de sistema mais radical do que aquela já adotada tanto por Welzel, quanto por Roxin, que também vêem o Direito Penal como uma ciência

pautada em um sistema jurídico-penal. Ver-se-á nos parágrafos que se seguem que este penalista acredita em um sistema fechado no que tange ao Direito Penal, sendo esta a principal diferença de sua doutrina funcionalista quando comparada à de Claus Roxin.

Importante se faz definir, portanto, e mais pormenorizadamente, a diferença entre o funcionalismo moderado de Roxin e o funcionalismo sistêmico de Jakobs e a razão de serem assim denominados tais sistemas.

É moderado o funcionalismo de Claus Roxin porque este penalista admite que a dogmática penal caminhe lado a lado com uma realidade jurídica prática, representada pela política criminal. A dogmática penal e seus valores teóricos são limitados por situações práticas que objetivam adequar a simples teoria à realidade prática do direito penal, posto que, como visto nos tópicos anteriores, os estudos de Roxin prezam pelo cumprimento da finalidade da pena e de todo o princípio da legalidade, e não pelo mero ontologismo da teoria finalista. E é por isso que recebe a denominação de “funcionalismo moderado”. Porque, além de se mostrar muito mais brando em relação à teoria de Jakobs, como será visto à seguir, admite a influência de fatores externos à mera dogmática penal.

Embora o funcionalismo sistêmico mantenha uma concepção também normativista, como a teoria de Roxin, e seja contrária ao ontologismo finalista, traz uma concepção radicalizada de como deve ser tratada a estruturação do delito e a identificação de ações típicas. (BITENCOURT, 2010, p. 241-242)

Claus Roxin, em seus estudos, busca trazer pressupostos para limitar o poder de punir do Estado. Isso não é demonstrado nos estudos de Jakobs, posto que este tem uma visão de “sociedade de papéis”, isto é, a norma penal deve garantir que tudo aquilo que a própria norma criou como expectativa em uma sociedade seja assegurado. A partir do momento que um comportamento fira esse modelo jurídico pretendido, a norma penal deve entrar em ação por meio de sua sanção pré-estabelecida. (ESTAFAM, 2008, p. 73)

Para Jakobs, a pena tem essa função no Direito Penal: fazer com que se puna devidamente o autor daquele comportamento que desautorizou a norma penal.

Gunther Jakobs tem uma visão mais monopolizadora, não admitindo influência de elementos externos no estudo da dogmática penal. Pautado nos estudos de Luhmann, que se baseiam basicamente na ideia de *sistema*, Jakobs entende que o Direito Penal deve funcionar como um sistema fechado, criando a partir de seus próprios pilares e elementos toda a sua estruturação, sem depender ou permitir limites conferidos por matérias externas, como a política criminal.

Enquanto Roxin traz a ideia de que o positivismo do Direito Penal deve atuar conjuntamente com princípios próprios da política criminal, a fim de que se possa fazer com que a dogmática consiga realizar suas funções primordiais de justiça, prevenção, entre outras, Jakobs, afirmando também que o Direito Penal enquanto ciência deve se pautar em elementos normativos e funcionais, entende, porém, que não se pode valer de elementos externos ao positivismo-penal oferecido por essa dogmática. (BITENCOURT, 2010, p. 242)

Esse funcionalismo sistêmico, se colocado em prática, acaba por prejudicar a solução de inúmeras situações do cotidiano em sociedade. Isso porque, inevitavelmente, a realidade irá exigir, em algum momento, que a pura e simples dogmática penal se anexe a princípios de ordem empírica, às políticas criminais. Tal sistema não aceita que isso aconteça, sendo que o Direito Penal deve encontrar soluções em seu próprio sistema fechado. E por isso mesmo, trata-se de funcionalismo extremamente radical.

Embora ambas as teorias, tanto a moderada quanto a sistêmica, se pautem em um teleologismo, ou seja, a busca pela *finalidade* do Direito Penal perante a sociedade, um deles (funcionalismo moderado) não se limita ao próprio sistema dogmático penal, indo buscar diretrizes na política criminal, mesclando o normativismo com matrizes empíricas; o outro (funcionalismo sistêmico), pauta-se tão somente no próprio sistema oferecido pelo Direito Penal.

Ainda segundo Bitencourt: (2010, p. 243)

A diferença mais significativa, no entanto, reside nas referências funcionais mediante as quais atribuem conteúdo aos conceitos. O *normativismo teleológico* preocupa-se com os *fins do Direito Penal*, ao passo que o *normativismo sistêmico* se satisfaz com os *fins da pena*, isto é, com as consequências do Direito Penal. Em síntese, a orientação teleológica funcional norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando princípios e valores garantistas; a orientação funcionalista-sistêmica leva em consideração somente necessidades sistêmicas e o Direito Penal é que deve ajustar-se a elas.

Até mesmo a concepção do que vem a ser o Direito Penal e a o que ele se presta tem diferenças nítidas nas doutrinas desses dois penalistas. Enquanto Roxin enxerga no Direito Penal um instrumento utilizado para proteger aqueles direitos mais essenciais ao ser humano, Jakobs vê em tal ciência um instrumento utilizado pelo Estado a fim de que este possa exercer sobre os indivíduos a força de seu poder. Por óbvio, Jakobs é deveras criticado com essa visão, mas busca sempre definir o Direito Penal não por aquilo que deveria ser, mas pelo que efetivamente é. Fica nítida a diferença de visões entre Roxin e Jakobs, sendo este segundo doutrinador sempre mais radical em suas concepções.

Com toda essa doutrina trazida por Gunther Jakobs acerca do funcionalismo, insta salientar as consequências dessa ideia de auto-suficiência do sistema jurídico-penal dentro da teoria do delito.

Para o penalista, não se deve unificar a tipicidade e a ilicitude em um único elemento, posto que são análises completamente diferentes. Porém, a tipicidade depende de forma essencial da antijuridicidade. Uma conduta não será considerada típica apenas se houver a descrição proibitiva em um tipo penal e a pura conexão entre ação e resultado, como sempre ensinaram os defensores das teorias causais. Mas sim, deve-se analisar a tipicidade confrontando-a com a ilicitude. Significa dizer que haverá um injusto penal quando houver a tipicidade formada e, além disso, não houver mais nenhuma norma que permita tal comportamento. (TAVARES, 2003, p. 143)

E mais, a diferença entre tipicidade e ilicitude, para Jakobs, só tem importância quando for necessário a diferenciação daquele erro em relação ao tipo penal, e daquele erro referente às causas de exclusão de ilicitude. Verifica-se, com isso, que o estudo sobre uma determinada conduta humana dentro da teoria do delito, para o doutrinador, é feita com base nos elementos oferecidos pelo próprio sistema penal, sem se deixar influenciar por conteúdos externos. É, por essa razão, criticado por alguns estudiosos do Direito, que afirmam ser sua teoria uma volta em torno de um mesmo círculo. (TAVARES, 2003, p. 143-144)

Em tese, enquanto Roxin busca o sentido, o significado de um determinado tipo penal, tentando encontrar essa resposta não apenas no próprio sistema penal, mas em fatores externos, como a política criminal, sempre visando cumprir com a finalidade do Direito Penal como ciência, Jakobs busca definir um injusto com base em uma conexão da tipicidade e antijuridicidade, isto é, uma conexão de elementos que podem ser encontrados dentro do próprio sistema, não transcendendo este, visando atingir, com isto, a finalidade da pena imposta em razão da conduta analisada.

O funcionalismo, não importando ser moderado ou sistêmico, diferentemente do finalismo ontológico, vislumbra a norma penal como um mecanismo de manter todo o sistema penal em ordem com a sociedade.

Esse modelo de Jakobs também pode ser definido como “funcional próprio”, pois segundo o autor a norma penal serve basicamente para evitar que ocorram condutas inadequadas. É diferente do modelo proposto por doutrinadores como Muñoz Conde, que enxerga a norma penal como um instrumento que visa controlar o meio social e garantir a estabilidade do sistema e a convivência, aplicando uma sanção quando houver uma perturbação a esse sistema. Esse seria o chamado modelo “estrutural” de funcionalismo. Já o “funcionalismo impróprio”, como é também chamado o modelo de Claus Roxin, é um modelo extremamente garantista, que busca assegurar o bem jurídico por meio de uma política criminal que tem como base primordial a Constituição, sendo que esta também busca restringir o poder punitivo do Estado, visando sempre a manutenção do Estado, juntamente com o direito de liberdade dos indivíduos. (TAVARES, 2003, p. 195-197)



O modelo proposto por Jakobs também acaba por definir a ação de um modo diverso do conceito proposto pelo finalismo de Welzel, e pelo funcionalismo moderado de Roxin. Ora, quando se propõe um novo sistema jurídico-penal, altera-se a concepção de todos os seus elementos.

A ação, na visão de Günther Jakobs, segundo sua teoria denominada “teoria da evitabilidade individual”, é a “realização de um resultado individualmente evitável”. (PRADO, 2007, p.312) A norma deve, portanto, conseguir evitar que determinadas condutas se concretizem. É uma visão que demonstra o funcionalismo extremado do referido cientista, posto que visa punir aquele que, com sua conduta, age de modo contrário ao que é determinado pela norma penal.

### **6.2.1 Da teoria da imputação objetiva do resultado para Jakobs**

Günther Jakobs também é um adepto da teoria da imputação objetiva, como Claus Roxin, e tem grande contribuição nos estudos da referida teoria.

Porém, ao contrário de Roxin, Jakobs não abandona o nexo de causalidade, isto é, não despreza a teoria dos equivalentes causais por completo como fez o primeiro penalista a modernizar essa teoria.

A imputação que recai sobre um indivíduo em razão de sua conduta que causou um resultado danoso dar-se-ia em duas diferentes etapas, como bem explica André Estefam: “1º) verifica-se se houve nexo causal; 2º) analisa-se a existência de imputação objetiva entre a conduta e o resultado”. (2008, p.75)

Verifica-se que a análise daqueles elementos já estudados, pertencentes à teoria da imputação objetiva, dar-se-á na segunda etapa. Antes, analisa-se se houve a conduta típica, ou seja, se houve a ação e o resultado interligados por um nexo causal. Apenas posteriormente é que se deve verificar a existência do risco juridicamente relevante e todos os outros pressupostos da imputação objetiva.

Em sua concepção, a teoria da imputação objetiva funciona como uma limitadora à relação de causalidade material estabelecida da teoria dos equivalentes causais. Seria a imputação objetiva do resultado uma forma de impedir que, seguindo-se a teoria causal, regressasse-se ao infinito, punindo pessoas que nada tem a ver com o resultado danoso ocorrido.

Portanto, enquanto que para Roxin a análise do nexo de causalidade deve ser abandonada, substituindo-a pela imputação objetiva do resultado, para Jakobs é impossível esse completo abandono, servindo a imputação objetiva como uma limitação, impedindo o regresso excessivo.

Essa vertente trazida pelo penalista aplica-se com bastante adequação ao artigo 13 do Código Penal Brasileiro (relação de causalidade). Mostra-se essencial ressaltar que a aplicação prática da teoria da imputação objetiva não implica em necessidade de alteração legislativa, posto que se trata de uma análise acerca de um elemento estritamente normativo encontrado em todo tipo penal e que pode ser devidamente fundamentado pelo disposto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, o qual nos remete ao princípio da legalidade no âmbito penal. (ESTEFAM, 2008, p. 75-76)

Na concepção deste doutrinador, não haverá imputação objetiva quando o sujeito criou um risco permitido. Nesse sentido, Jakobs desenvolveu dois conceitos: a compensação de um risco e a variabilidade do risco.

O primeiro se dá quando uma qualidade do sujeito é capaz de compensar o risco que ele produziu, mas só poderá ocorrer quando a norma não estabelecer nenhum padrão de conduta. Por exemplo, um motorista que dirige embriagado não pode ter o risco compensado pelos anos de experiência ao volante. Já a variabilidade do risco compreende a ideia de que um risco poderá variar conforme o papel social desempenhado pelo sujeito praticante da conduta. Uma mãe que, ao ver o filho com a mão queimada, usa de meios inadequados para tentar curá-lo, não comete um crime de lesão, ainda que o resultado seja este. O mesmo não se daria perante um médico que agisse do mesmo modo. (ESTEFAM, 2008, p. 84)

O cientista também se utiliza de princípios para excluir a aplicação da imputação objetiva. São eles: o princípio da confiança e o princípio da proibição do regresso.

As pessoas de um modo geral não podem e nem devem viver o tempo todo desconfiando de que os outros não cumprirão com seu papel em sociedade. Isso geraria uma verdadeira guerra entre os sujeitos. Por essa razão, quando uma pessoa confia em outra e esta não cumpre com seu papel social, aquela pessoa que confiou não pode ser responsabilizada por um possível resultado danoso.

Da mesma forma, como já mencionado em tópico anterior, não pode uma conduta primeiramente lícita gerar a imputação objetiva pelo fato de que, posteriormente, uma conduta ilícita foi praticada por outro sujeito, resultando em um ilícito penal.

Analisa-se também a capacidade da vítima, pois se esta consentiu que um bem jurídico de sua exclusividade fosse lesado, agindo com sua total capacidade e autonomia, deve ser o único responsabilizado pelo resultado. É o que ocorre com a pessoa que, sabendo que seu parceiro é HIV positivo, pratica relações sexuais com o mesmo, contraindo também a doença. Deverá essa pessoa ser a única responsabilizada pelo contágio da doença. (ESTEFAM, 2008, p. 85)

Além desses elementos de exclusão trazidos por Günther Jakobs, o penalista também traz aqueles mesmos critérios de Claus Roxin, devendo todos estar presentes para que haja a perfeita aplicação da imputação objetiva do resultado.

Na obra escrita pelo próprio doutrinador, na qual lançou suas primeiras concepções a respeito da imputação objetiva, trouxe uma situação na qual um funcionário, ao mexer em uma nova máquina, por curiosidade, acaba por se lesionar, trazendo assim o seguinte questionamento: quem deve ser responsabilizado? O proprietário da máquina (empregador), o funcionário ou o fabricante da máquina? Jakobs responde a esse questionamento mostrando que há três possíveis soluções, sendo elas: a imputação da própria vítima, pois esta não cumpriu com seu dever de auto-preservação; a responsabilização do proprietário e

empregador que não cumpriu com seu dever de cautela ao deixar uma máquina nova exposta a terceiros; e, por fim, a imputação do resultado ao fabricante, que deve zelar para que seu produto não ofereça qualquer risco às pessoas. E para escolher qual das possibilidades melhor se aplica ao caso, o autor afirma que tudo dependerá do contexto social em que a sociedade se encontra (se é uma sociedade acostumada ou não com a tecnologia), bem como das capacidades de cada um desses indivíduos, observando-se sempre pelo ângulo dos papéis que cumprem na sociedade. (JAKOBS, 2000, p. 15-20)

Diante de todo o exposto, podem-se extrair duas grandes diferenças entre a moderna imputação objetiva do resultado trazida por Roxin, e a mesma teoria, aprimorada e modificada em alguns pontos por Jakobs.

A primeira é no tocante à causalidade material e à teoria da equivalência dos antecedentes. Enquanto Claus Roxin entende que se deve abandonar, ou melhor, substituir a causalidade material pela imputação objetiva do resultado, Jakobs apregoa que a imputação objetiva funciona como um verdadeiro limite, um freio, à teoria da equivalência dos antecedentes. Para ele, é impossível eliminar por completo a causalidade material na análise da responsabilização penal de um sujeito, e que o elemento subjetivo não é capaz, por si só, de impedir o regresso exacerbado, exercendo a imputação objetiva papel essencial nesse estudo.

A segunda grande diferença entre as teorias dos dois penalistas diz respeito aos critérios (ou níveis) da imputação objetiva. Claus Roxin traz a criação de um risco juridicamente relevante e proibido, causador do resultado danoso, sendo que este resultado deve estar inserido no âmbito de proteção da norma. Já Günther Jakobs, traz como destaque em seus estudos os fatores de exclusão da imputação objetiva, que nunca devem deixar de ser analisados, quais sejam: a criação de um risco permitido, os princípios da confiança e da proibição do regresso e, por fim, a capacidade da vítima.

Em conclusão, e agora reunindo os ensinamentos de ambas as doutrinas naquilo que lhe são compatíveis e aplicáveis aos casos em concreto, sempre levando em consideração que referida teoria tem grande destaque em toda

a Europa e vem ganhando força na América Latina, haverá imputação objetiva quando houver a criação ou o aumento de um risco juridicamente proibido ou quando o agente agiu em desconformidade com a norma que autoriza determinado risco; ao passo que não haverá imputação objetiva quando não houver a criação desse risco, ou este risco seja permitido pela própria norma penal, ou quando o resultado não ocorrer ou, ainda, ocorrendo o resultado, não houver qualquer nexos direto que o ligue à conduta e o risco praticados.

### **6.2.2 Da teoria do tipo objetivo**

Todos os estudos realizados por Claus Roxin que culminaram em um aprimoramento da teoria da imputação objetiva do resultado acabam por se utilizar de um método indutivo, no qual é analisado cada caso concreto em sua individualidade. Günther Jakobs propôs uma nova teoria, afim de que pudesse se realizar a imputação objetiva de um resultado de maneira genérica e equivalente em todos os casos possíveis.

Os estudos de Jakobs, nesta teoria, não foram devidamente aprofundados, principalmente no tocante à imputação do resultado, e por isso não ganha papel de relevante destaque dentro da doutrina penal, sendo que a teoria da imputação objetiva naquela concepção de Claus Roxin, e até mesmo nas linhas traçadas por Jakobs, se sobrepõe de forma significativa, em razão de sua base concreta e seu aprofundamento.

O penalista dividiu a imputação objetiva em duas fases (ou níveis), quais sejam: imputação do comportamento e imputação do resultado. No primeiro nível, cuida-se de qualificar determinada conduta como típica. Passando para a segunda fase, deve-se analisar se o resultado foi produzido em consequência da conduta que está gerando a imputação. Esta teoria é marcada por escolher critérios objetivos para definir um injusto, aplicando a imputação objetiva a um sujeito segundo a sua função social na comunidade em que vive. Para Jakobs, aplicar a

imputação objetiva é interpretar um comportamento. Isso porque, quem pratica um ato é um ser humano, dotado de todo um significado subjetivo. Ora, então, compreender uma conduta só é possível se compreender, antes dela, quem a pratica. Definir quem é o sujeito perante a sociedade ajudará a entender sua conduta. (PRADO, 2007, p. 338-339)

Na obra de Günther Jakobs , intitulada como “A imputação objetiva no direito penal”, inicia seu argumento narrando a primeira experiência de desrespeito a uma norma de que se tem história, que é o pecado original cometido por Adão, e sua explicação a Deus de que procedeu daquela forma porque Eva, a mulher que o próprio Deus havia lhe dado, havia lhe oferecido do fruto da árvore proibido. Jakobs tenta nos mostrar que Adão agiu conforme o Princípio da Confiança, pois não sabia que devia desconfiar de sua companheira, e confiou plenamente nela. Dessa forma que o penalista traz a imputação objetiva do comportamento, baseada em todas as conseqüências que se pode ter dos contatos que realizamos cotidianamente. (JAKOBS, 2000, p. 13-14)

A concepção que Jakobs faz da imputação objetiva nesta sua teoria está intimamente ligada ao seu conceito também funcional de culpabilidade. Para ele, só poderá ser considerada lesiva uma conduta se a sua evitabilidade estava planejada, ao alcance do sujeito. Caso contrário, não estará configurado o risco que leva à imputação objetiva, mas tão somente um risco geral. O penalista afirma que todo o sistema de imputação deve cumprir com sua função perante a sociedade, função esta determinada pelo provimento da paz social. (PRADO, 2003, p. 340)

E é em razão dessa ideia de que é na culpabilidade que há a mais relevante valoração da conduta e da reprovabilidade sobre o agente, mas que é a partir do tipo objetivo que toda a análise que culminará ou não na imputação objetiva começa, que a teoria foi denominada dessa forma.

### 6.2.3 Do direito penal do inimigo

Impossível falar de Günther Jakobs e não realizar ao menos um breve estudo acerca de uma corrente trazida por este penalista que, embora polêmica e de cunho constitucional duvidoso no Brasil, tem sido colocada em prática e modificado o Direito Penal em diversos outros países.

Primeiramente, é adequado começar o estudo do chamado “Direito Penal do inimigo” pela sua evolução histórica, ou melhor, pelos institutos que, possivelmente, deram origem a esse instituto e aos estudos de Jakobs.

Segundo Manuel Cancio Meliá, houve, basicamente, dois fenômenos expansivos que levaram ao desenvolvimento do Direito Penal do inimigo, quais sejam: o Direito Penal simbólico e o regresso do punitivismo. O primeiro nos remete a ideia de que o legislador, ao legislar, formula um Direito Penal repleto de segurança, de tranquilidade, de forma decidida e atenta. Porém, existe total discrepância entre esse “símbolo” de Direito Penal e o que ocorre na realidade objetiva. O simbolismo está presente na parte especial quando, por exemplo, encontram-se tipos penais que visam punir atos de comunicação, tão somente. Por essa razão, o Direito Penal simbólico traz a imagem de uma sociedade que tenta provar, por meio de sua legislação penal, que não aceita determinadas condutas. Conseqüentemente, não é o Direito Penal que espelha a identidade da sociedade, mas essa identidade é construída pelo Direito Penal. Já o regresso, o ressurgimento do punitivismo, é marcado pelo fenômeno inverso à descriminalização, isto é, ao fato de que cada vez mais os agentes políticos têm buscado a criminalização como recurso político-criminal. (2009, p. 77-80)

Importante se faz destacar que normas consideradas não simbólicas pelo fato de representarem, na realidade fática objetiva, uma grande persecução real, podem ser tidas também como normas simbólicas pelo fato de que, o agente político, ao criar e promulgar tal norma, desejava todo um simbolismo perante a sociedade. O mesmo pode ocorrer do lado inverso, ou seja, uma norma puramente

simbólica acabar por repercutir de forma significativa na agenda real do Direito Penal.

Nas palavras de Manuel Cancio Meliá, doutrinador que desenvolveu as noções e críticas do Direito Penal em uma obra conjunta com Jakobs, “a denominação ‘Direito Penal simbólico’ não faz referência a um grupo bem definido de infrações penais, caracterizadas por sua inaplicabilidade”. (2009, p. 87) Para o autor, esse simbolismo está muito mais relacionado a um mecanismo de manutenção do poder político, exteriorizado na aprovação desses dispositivos.

O Direito Penal simbólico e o punitivismo caminham conjuntamente e juntos deram o impulso necessário ao desenvolvimento do Direito Penal do inimigo. Isso porque, o simbolismo, muito mais que a criação de normas que, basicamente, não possuem aplicabilidade prática e funcionam como mecanismos utilizados pelos agentes políticos, forma também a imagem do autor perante a sociedade. O autor será tido como um “outro”, excluído dessa identidade social formada por meio do Direito Penal. E, para essa exclusão, faz-se necessária a utilização do punitivismo. (MELIÁ, 2009, p. 88)

Após esse breve histórico, por assim dizer, ou explanação acerca dos fenômenos que provavelmente delinearão as primeiras noções do Direito Penal do inimigo, cumpre passar à análise do instituto em si, de seu conceito, consequências e das críticas a seu respeito.

Günther Jakobs se ocupa, primeiramente, de trazer à baila dois diferentes “submundos” do mundo denominado Direito Penal, que são o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo.

Conforme a filosofia jurídica de Rosseau e de Fichte, todo aquele que viola o Direito, que viola o contrato existente entre os membros da sociedade, perde seus direitos e deixa de ser considerado cidadão, para ser tido como um inimigo do Estado. Para esses filósofos contratualistas, a pena de morte a um inimigo do Estado é mais do que uma pena, é também uma medida de segurança a favor da sociedade. O “ser cidadão”, portanto, seria algo que poderia se perder, visto que



estes inimigos ficariam completamente privados de seus direitos, inclusive como seres humanos. (JAKOBS, 2009, p. 24-25)

Mas essa não é a concepção que Jakobs tem de um criminoso. O penalista prefere seguir filósofos como Hobbes e Kant, que apregoaram que o malfeitor deve ser mantido em sua condição de cidadão, só devendo ser tratado de forma diferenciada aquele sujeito que praticar atos de traição contra o Estado, rescindindo ainda que implicitamente sua submissão para com o mesmo, devendo ser tratados como verdadeiros inimigos. Jakobs entende, por isso, que o sujeito não pode perder sua condição de cidadão e seus direitos primordiais, pois tem o direito de se restabelecer socialmente e o dever de reparar os danos perante a sociedade atingida por seus atos. (JAKOBS, 2009, p. 24-27)

O Direito Penal do cidadão seria, portanto, aquele Direito voltado a todos os cidadãos e aplicado ao sujeito que, apesar de praticar atos descritos como delitivos, não os pratica de forma persistente, atuando como inimigo do Estado, sujeito que rescinde com o dever de ser submisso às regras estatais. Este Direito Penal do cidadão não pode, por essa razão, retirar do acusado seus direitos básicos e fundamentais que o tornam cidadão, apenas fazendo-o reparar o dano perante a coletividade e punindo-o com a pena determinada em lei.

Já o Direito penal do inimigo seria aquele destinado aos sujeitos que delinquem de forma reiterada e praticam delitos que atentam contra a estrutura do Estado enquanto organização institucional. Para esses indivíduos, que serão, portanto, considerados inimigos, o Direito Penal agirá como um verdadeiro instrumento de coação, a fim de que se possa proteger a segurança de toda a sociedade.

Por essa razão, enquanto o Direito Penal do cidadão busca resguardar a aplicabilidade da Lei Penal perante todos os cidadãos de determinada comunidade, esperando que a conduta delituosa se concretize, o Direito Penal do inimigo visa pôr fim aos perigos que podem ser previstos em razão de um sujeito que delinque de forma perigosa e reiterada contra a ordem do Estado, e esse perigo será contido antes mesmo de se concretizar efetivamente.

O indivíduo poderá, portanto, ser visto de duas formas: como alguém que delinuiu, mas que será tido ainda como um cidadão perante a sociedade; ou como um inimigo do Estado, que coloca em risco a segurança do ordenamento jurídico e da estrutura social, sendo privado de seus direitos mediante coação por parte do próprio Estado.

O Direito Penal do cidadão não elimina a condição de cidadão do sujeito porque não considera o delito como um ato que colocará fim ao Estado. No Estado há normas a serem cumpridas e, por essa mesma razão, acabam existindo os delitos, que serão reparados mediante a pena culminada e fixada.

Todavia, percebe-se que as legislações estão partindo para um ataque de criminalização mais direta quando se trata de delitos que fogem de maneira duradoura do comportamento esperado e temos como exemplos os casos de terrorismo, criminalidade organizada e crimes de drogas. Isso porque, são crimes praticados não por uma pessoa em específico, de forma comum e “inofensiva” à segurança do Estado, mas por um núcleo formado por diversos indivíduos, agindo de forma propícia e com a finalidade de danificar toda a ordem estatal de um determinado Estado.

É possível perceber que nesses casos, a punibilidade alcança o simples preparo do delito, não esperando que se concretize o núcleo do tipo penal. Busca-se eliminar o perigo desde o seu nascimento, na preparação feita pelo agente (ou pelos agentes).

No Brasil, a aplicação de um Direito Penal como este, que pune a conduta antes de ser praticada a fim de se evitar que uma maior desestruturação se concretize, mostra-se bastante tênue, presente em poucos dispositivos, justamente por se tratar de um Estado de Direito que tem como base sólida e primordial a Constituição Federal.

Ademais, admite de forma preponderante um Direito Penal do fato, e não do autor. E como já explicado, nossa legislação penal brasileira só admite essa forma de criminalização em razão de se tratar de tipos penais praticados não de

forma ordinária, por um indivíduo, mas de forma organizada, reunida e forte, capaz de abalar as estruturas do Estado.

Importante se faz ressaltar que, aqui no Brasil, ainda que se puna, por exemplo, o simples fato de entrar para uma organização com a finalidade (e mera finalidade) – como é previsto no artigo 288 do Código Penal, sob a tipificação de “quadrilha ou bando” e apenado com reclusão de 1 a 3 anos ou esse tempo em dobro se a quadrilha ou bando estiverem armados - de praticar crimes, esses indivíduos serão apenados com a observância de seus direitos fundamentais, não deixando de ser considerados seres humanos cidadãos, para todos os efeitos.

Significa dizer que, no Brasil, não há, pelo menos formalmente, a aplicação do Direito Penal do inimigo. Primeiro porque parece errônea a denominação do delito descrito no artigo 288 do Código Penal como formação de “quadrilha ou bando”, pois esta deveria ser vista estritamente como uma forma de poder paralela ao Estado, ditando suas próprias regras e possuindo o seu próprio comando. Nesse caso sim o indivíduo integrante do grupo poderia ser chamado de “inimigo do Estado”. E segundo porque, embora, nesse exemplo supracitado, cheguem a ser punidos atos preparatórios, por assim dizer, trata-se de uma medida excepcional e que leva em consideração todos os direitos fundamentais do possível apenado, tratando-o como cidadão.

Por óbvio, em outros Estados o Direito Penal do inimigo é aplicado em sua integralidade, da forma originariamente proposta por Jakobs, excluindo totalmente o sujeito da esfera social.

Nas palavras de Günther Jakobs: (2009, p. 35)

Os delitos seguem sendo delitos, ainda que se cometam com intenções radicais e em grande escala. Porém, há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria de delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos ‘guerra’ e ‘processo penal’. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito [...]

deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do inimigo, guerra contida.

Ainda segundo Jakobs, o Direito Processual Penal também pode figurar como um Processo Penal do inimigo, tendo em vista que em determinadas situações o sujeito, no curso da ação penal, colocará em risco a segurança processual e, por essa razão, desde que preenchidos os requisitos necessários para tanto, poderá ser preso preventivamente ou ser-lhe aplicada a incomunicabilidade com seu advogado. (JAKOBS, 2009, p. 38)

Percebe-se que a principal característica do Direito Penal do inimigo é justamente a punição de um sujeito quando este ainda planeja a conduta considerada como um delito, e um delito radical e grave, que atenta contra o ordenamento jurídico e social.

Mas cumpre dissertar agora acerca da legitimidade deste Direito Penal do inimigo.

Günther Jakobs afirma veementemente que seus estudos não apontam para uma punibilidade sobre meros indícios, suspeitas e planejamentos por parte de seus agentes e muito menos de uma punibilidade radical que visa intimidar as outras pessoas, mas sim de um direito exercido pelo próprio Estado, que é o direito de não ver as suas estruturas serem abaladas e prejudicadas em razão de uma ou várias condutas criminosas. (2009, p. 63)

Para o penalista, o Direito Penal do inimigo tem sua legitimidade, mas seu uso deve ser limitado àquilo que é estritamente necessário. Atuar de modo necessário é privar o inimigo dos direitos que estão sendo exercidos de forma abusiva, devendo-se levar em consideração quem é esse agente e qual o delito foi por ele cometido. Em determinados casos a simples privação de liberdade bastará para se restaurar e manter a segurança, em outros casos não.

O penalista realiza, ainda, um conceito do Direito Penal do inimigo com base em três elementos básicos. O primeiro deles é a constatação de um adiantamento da punibilidade, tendo em vista que o Direito Penal ordinário orienta-

se por um ordenamento de cunho retrospectivo, ou seja, que se orienta por fatos passados, e já o Direito Penal do inimigo é orientado por um ordenamento prospectivo, que tem como base fatos futuros. Um segundo fato apontado pelo autor é o fato de que a antecipação de uma punibilidade em nada diminui a pena cominada, sendo que esta sempre se mostra desproporcionalmente alta, levando-se em consideração que ainda não se está punindo a prática concreta de um ato. E, por fim, como terceiro ponto, tem-se que, no Direito Penal do inimigo, algumas garantias processuais são suprimidas. (MELIÁ, 2009, p. 90)

O doutrinador espanhol Silva Sánchez denominou o instituto trazido por Jakobs de Direito Penal do inimigo como terceira velocidade do ordenamento jurídico-penal. Isso porque, em sua concepção, atualmente há duas velocidades no ordenamento, quais sejam: o setor que impõe penas privativas de liberdade, que deve respeitar os princípios trazidos pelo processo penal, pela política criminal e pelas regras de imputação; e o setor que abarca as penas pecuniárias e restritivas de direito, às quais se aplicam uma maior flexibilização dos princípios. O Direito Penal do inimigo como terceira velocidade seria, portanto, uma união e uma conciliação dessas duas velocidades anteriores, sendo que impõe penas privativas de liberdade juntamente com a flexibilização de princípios da imputação e da política criminal. (MELIÁ, 2008, p. 92)

Nestes termos: (AMARAL, 2007, p. 121)

Silva Sánchez defende um direito penal de duas velocidades, admitindo excepcionalmente uma terceira velocidade.

Propõe um direito penal de “primeira velocidade”, com plenas garantias para a nova criminalidade da sociedade de risco sempre que o delito possibilitar concretamente a aplicação de pena privativa de liberdade, no qual seriam mantidos os princípios político-criminais clássicos e as respectivas regras de imputação e processuais penais. Afirma também um direito penal de “segunda velocidade”, para os delitos cuja pena prevista for restritiva de direitos ou pecuniária, em que admite uma flexibilização das garantias penais proporcionalmente atrelada à intensidade da sanção.

Sendo assim, o Direito Penal do inimigo, como uma exceção, constituindo um Direito Penal de “terceira velocidade”, seria um Direito Penal de

pena privativa de liberdade com uma relativização bastante ampla dos princípios de imputação e política criminal.

Todavia, parece pouco coerente que o Direito Penal do inimigo seja tido como um Direito Penal de terceira velocidade. Ora, pela lógica apresentada na teoria das velocidades do Direito Penal, quanto maior a velocidade, menor é a severidade da intervenção do Estado, representado pelo Direito Penal, na esfera de direitos do indivíduo.

Como Direito Penal de terceira velocidade deveria figurar a reparação de danos, que atua como verdadeira terceira via punitiva, sendo ainda mais branda do que as penas restritivas de direito e multa. O Direito Penal do inimigo, tendo-se em vista todas as suas características de extrema intervenção do Direito Penal, deveria ocupar um lugar antes mesmo do Direito Penal de primeira velocidade, pois, neste aspecto de intervenção e severidade, representa um verdadeiro retrocesso.

Manuel Cancio Meliá, embora seja autor juntamente com Jakobs da obra que lança as primeiras noções e críticas ao Direito Penal do inimigo, deixa clara a sua opinião totalmente contrária à inevitabilidade dessa vertente penal trazida por aquele penalista.

Segundo o supracitado autor, o Direito Penal do inimigo não é essencial ao Direito Penal, posto que é inconstitucional, não proporciona a prevenção de crime e, ainda, não pode ser considerado como peça integrante do conceito de Direito Penal. Destaca ainda que o Direito Penal e o Direito Penal do inimigo são bem distintos um do outro e não devem ser vistos como um mesmo ente, ou que um seja membro integrante do outro. O Direito Penal do inimigo exclui grupos de infratores e é um Direito Penal do autor e não do fato. (MELIÁ, 2009, p. 98-101)

O princípio do Direito Penal do fato apregoa que não se deve punir o agente pelo seu simples pensamento e este princípio é que norteia o nosso Direito Penal brasileiro. O Direito Penal do inimigo não coaduna com esse princípio, pois se pune a simples preparação, o simples fato de pensar em praticar um delito que representa um grande risco à segurança do Estado.

Não se pode pensar que o Direito Penal do inimigo é uma melhor aplicação do princípio do Direito Penal do fato, ou seja, uma aplicação mais eficaz, posto que cuida da punição quando do mero planejamento. Mas sim, trata-se de um autêntico Direito Penal do autor, que se preocupa não com o fato praticado, mas em punir os grupos inimigos do Estado, ainda que estes ainda não tenham praticado efetivamente qualquer conduta delitiva.

O Direito Penal do inimigo, por ser um Direito Penal do autor, não se adequa, portanto, ao Direito Penal do fato, princípio que vigora no Direito Penal brasileiro e em toda a doutrina clássica penal.

Manuel Cancio Meliá disserta de forma contrária ao Direito Penal do inimigo concluindo que: (2009, p.111)

[...] a graça do Direito Penal moderno, precisamente (e de uma teoria que o descreva adequadamente), está em que a pena não reage nem frente à maldade (contra pecadores), nem frente à nenhuma periculosidade (contra enfermos), mas frente à manifestações de sujeitos culpáveis que põem em questão as características (essenciais) da configuração da sociedade (sem assim se querer: contra cidadãos equivocados). Não há inimigos no Direito Penal, pelo que de fato, todos os seres humanos são cidadãos (ou, se se quer, eleva-se artificialmente a essa condição). Os ataques de sujeitos imputáveis são atos de guerra em sentido estrito ou são delitos, *tertium non datur*.

O Direito Penal do inimigo, por essa razão, não cumpre com a finalidade da pena trazida pelo Direito Penal ordinário, que é punir o indivíduo levando-se em consideração, primeiramente, o Estado de Direito e todos os princípios e regras que envolvem a análise da culpabilidade, na teoria do crime, proporcionando, conseqüentemente, uma prevenção geral. Punir o indivíduo como inimigo do Estado não gera prevenção de crimes e não se coaduna com um Estado de Direito.

Sendo ou não uma vertente respeitadora do Estado de Direito e constitucionalmente ou penalmente adequada, fato é que o Direito Penal do inimigo está se infiltrando nas legislações penais e está transpassando o campo puramente teórico, sendo colocado em prática em diversos Estados, ou até mesmo naqueles

Estados que não o adotam expressamente, mas que o admitem em determinadas situações.

O doutrinador Meliá, já supracitado anteriormente, afirma que o Direito Penal do inimigo deve ser imediatamente exterminado das legislações que o aceitam, pois, segundo o próprio autor, é impossível uma limitação desse Direito Penal por meio da jurisdicização, além de que significa uma imensa regressão tanto no que concerne à função da pena quanto no tocante ao próprio Direito Penal. O que não significa dizer que os autores que o Direito Penal do inimigo busca punir devem ficar impunes, mas sim que a eles deve ser aplicada a pena prevista na legislação penal em razão de um fato que efetivamente cometeram (2009, p. 113).

Ademais, cabe frisar também que a penalização de indivíduos considerados extremamente perigosos para o Estado, pelo simples fato de assim serem vistos, pode ser feita por meio de mecanismos alternativos de “punição”, que não o Direito Penal, como, por exemplo, os meios policiais e instrumentos de inteligência autorizados por lei, bem como formas de vigilância desses infratores após o cumprimento integral de suas penas. Dessa forma sim estaria se cumprindo a finalidade de prevenção da pena sem se ferir o Estado de Direito e o *status* de cidadão desses indivíduos.

Em conclusão, pode-se ter o Direito Penal do inimigo como aquele dirigido a um indivíduo considerado “inimigo” pelo poder estatal. Todos nascem cidadãos, mas, segundo esta vertente, alguns podem abandonar esse *status* de cidadão e se transformarem em verdadeiros inimigos. Aquele que pratica um crime grave, e que depois reincide neste crime grave, e que depois ainda se torna um criminoso habitual, fazendo da prática de crimes o seu meio de vida, ainda não é considerado um inimigo frente ao Estado. Passará a ser assim chamado a partir do momento que, por exemplo, ingressar a uma organização criminosa, de modo a ameaçar verdadeiramente a estrutura da ordem estatal (por isso, o terrorista deve ser tido como o inimigo por excelência). Por isso é errôneo afirmar que o Direito Penal do inimigo acaba tratando todos ou grande parte dos criminosos como inimigos, pois aqueles são apenas uma pequena parte destes.



Conclui-se também que as características básicas do Direito Penal do inimigo se baseiam no fato de ser esta vertente de caráter autoritário e prospectivo, posto que considera o inimigo como um ser imprevisível e pune aquilo que ele pode vir a fazer. Fundamenta-se na periculosidade do sujeito e admite até mesmo penas por prazo indeterminado, podendo estas durarem enquanto a periculosidade existir. Diferencia-se absolutamente do Direito Penal do cidadão, que tem caráter garantista e introspectivo, preocupando-se com o que o sujeito fez ou deixou de fazer, olhando sempre para o passado, baseando-se na culpabilidade do sujeito.

Por exemplo, um indivíduo que possui um histórico de periculosidade e caminha na rua com diversas armas de fogo no interior de sua mochila, todas com a devida autorização exigida, não pode ser punido pelo Direito Penal do cidadão, mas o será pelo Direito Penal do inimigo.

Como visto, o Direito Penal do inimigo admite uma tutela antecipada criminal, pois pune atos preparatórios com a mesma pena de atos executórios, ao passo que o Direito Penal ordinário, nas excepcionais hipóteses em que pune atos preparatórios, aplica-lhe penas inferiores a um crime tentado.

Tem-se, também, que o principal meio de prova do Direito Penal do inimigo é a confissão (sendo que esta volta a ser, nessa teoria, a rainha das provas), admitindo-se até mesmo um “interrogatório severo”, diferentemente do Direito Penal do cidadão, no qual vigora o princípio do livre convencimento motivado, não existindo prevalência de provas.

Diante de todo o exposto, parece que Jakobs busca fundamentar sua criação no princípio da proporcionalidade, existindo um combate entre a integridade do indivíduo e os direitos de uma grande quantidade de cidadãos. E isso é possível nesta teoria pelo fato de que o inimigo não é protegido pelos direitos constitucionais dos outros cidadãos.

Todavia, ainda que muitos autores discordem do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, certo é que esta vertente é uma criação doutrinária de extrema importância para a dogmática penal moderna e que traz, justamente por sua radicalização, característica própria do penalista criador dessa doutrina, grandes

e acaloradas discussões entre os estudiosos do Direito Penal. Por essa razão, é mencionado também neste trabalho, onde será discutida, mais adiante, a possibilidade de aplicação de uma matriz funcionalista como essa em um sistema jurídico-penal finalista (e, mais do que isso, em um Estado Democrático de Direito), que pode ser considerado o sistema predominantemente vigente em nosso Direito Penal brasileiro.

## **7 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MATRIZES FUNCIONALISTAS EM UM SISTEMA JURÍDICO PENAL FINALISTA**

O finalismo, trazido na década de 30, pelo cientista Hans Welzel, foi bem mais que uma mera teoria da ação penal; revolucionou a dogmática penal acerca da teoria do crime, criando-se um verdadeiro sistema jurídico-penal. Um sistema com regras próprias que culminaram em uma nova estruturação do estudo analítico de crime, inicialmente na Alemanha e, posteriormente, em vários outros países do mundo.

Hans Welzel buscou primeiramente extirpar o subjetivismo tão presente no modelo neokantista de ação e acabou por complementar, com seus estudos, a teoria causal vigente à época. Isto é, o finalismo não extinguiu os estudos sedimentados até então, mas deu-lhes complemento e estruturação mais complexa. O sistema finalista atua na teoria do crime de uma maneira mais objetiva, modificando a localização de elementos e deixando a dogmática analítica repleta de ontologismo. O tipo penal deixa de ser analisado sob o aspecto puramente causal e passa a relevar, antes de tudo, a vontade do agente, sua finalidade, o subjetivismo.

A busca pela finalidade dirigida a um resultado por parte do agente praticante da conduta deixa de ser um elemento pertencente tão somente ao juízo de culpabilidade e passa a integrar também, e principalmente, a análise da tipicidade, mais especificamente o elemento ação/omissão. Trata-se de um “efeito cascata”, posto que para que uma conduta seja culpável, deve ser antes disso uma conduta ilícita e típica. E antes de se analisar a finalidade do sujeito no juízo de reprovabilidade, deve-se analisá-la na conduta praticada (ou omitida). Uma conduta sem qualquer subjetividade não pode ser culpável.

Essa nova estruturação permitiu a possibilidade de se distinguir entre tipos de injustos penais nos quais o único fator discriminante seria a finalidade do autor. Ademais, Hans Welzel deixa claro que até mesmo em condutas culposas, em que se exige a previsibilidade de um resultado, está presente o conteúdo finalista na

conduta do indivíduo. Os atos puramente inconscientes, há que se ficar claro, tornam o agente inimputável perante o juízo de reprovabilidade.

É possível se afirmar que o nosso ordenamento jurídico adaptou-se ao finalismo de Hans Welzel, posto que a punição de condutas meramente causais, como era possível se configurar antes dos estudos deste penalista, em nada se adéqua ao Estado de Direito brasileiro e à nossa ordem constitucional, que garante aos indivíduos, até mesmo aos que infringem a lei, seus direitos mais fundamentais e uma penalização justa, conforme os atos que realmente tenha praticado conforme sua finalidade, seja de forma dolosa ou culposa. Ademais, constata-se que o finalismo é mais tradicionalmente aceito nos ordenamentos em geral, pois oferece maior segurança jurídica em razão de seu objetivismo.

Todavia, quando esse sistema jurídico-penal finalista estava em seu momento de maior destaque, outro doutrinador alemão iniciava seus estudos que mais tarde vieram a culminar em um novo sistema jurídico-penal.

Claus Roxin não se conformou com a ideia de que bastava o ontologismo e objetivismo do finalismo para que a estrutura do crime estivesse completa. O simples fato de alterações na localização dos elementos subjetivos do crime dentro do estudo analítico do delito não era o bastante para o penalista, embora este não tenha negado que toda ação culpável deve ser, antes, uma ação que contenha conteúdo finalístico dirigido a um determinado resultado.

Esse funcionalismo, visando atender as exigências surgidas com o passar do tempo e com a evolução da própria sociedade e da ciência penal, não teve sua estrutura pautada somente nos estudos de Roxin. Posteriormente, Günther Jakobs também aprofundou sua doutrina nesse sistema, e apesar de ter criado sua própria versão do funcionalismo, manteve as linhas mestras já determinadas por Claus Roxin.

O funcionalismo de Claus Roxin é denominado “moderado” em razão de apregoar que a dogmática penal deve ser trabalhada conjuntamente com a política criminal, pois as situações do dia-a-dia exigem muito mais do que um sistema puramente ontológico e objetivo, exigem sim um sistema que cumpra com a

finalidade determinada pelo Direito Penal, sem desrespeitar o princípio da legalidade. Já o funcionalismo “sistêmico” de Jakobs, por outro lado, é fechado dentro do próprio sistema jurídico-penal, não admitindo a influência de vertentes externas à própria dogmática penal. Este último não admite, portanto, que o direito penal enquanto ciência atue de forma conjunta com a política criminal, pois se estaria dando espaço a uma subjetividade e insegurança desnecessárias. Portanto, esse funcionalismo de Jakobs preocupa-se muito mais com a função da pena.

O funcionalismo, como sistema jurídico-penal que é, traz consigo inúmeras vertentes e teorias construídas por seus “seguidores”. Porém, é certo que os dois trabalhos funcionalistas que mais repercutem na ciência penal são a teoria da imputação objetiva, de Claus Roxin, e o Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs.

Sendo a teoria da imputação da objetiva uma teoria que veio para aprimorar, complementar as teorias acerca do nexos causal já vigorantes em nosso Direito Penal, mais especificamente no estudo da teoria do crime; sendo o Direito Penal do inimigo uma vertente considerada bastante radical do Direito Penal ordinário que busca penalizar os sujeitos considerados “inimigos” do Estado e, com isso, extinguir a periculosidade que ronda as estruturas de uma sociedade; é cediço que ambas as construções doutrinárias tem sido colocadas em prática em diversas legislações, mas que pertencem a um sistema jurídico-penal funcionalista.

Esse sistema jurídico-penal funcionalista ganhou muita força em toda a Europa e, nos dias atuais, vem se destacando também da América Latina. Tendo em vista que nosso ordenamento jurídico penal brasileiro segue de forma majoritária as bases do finalismo de Hans Welzel e que em inúmeras situações essa teoria essencialmente ontológica tem se mostrado insuficiente, é fervorosa a discussão doutrinária a respeito do cabimento ou não de aplicação de matrizes funcionalistas em um sistema jurídico-penal como o nosso, de bases finalistas, que preza primordialmente pela segurança jurídica e mais pelo ontologismo do que pelo normativismo.

Todavia, cabe ressaltar que o presente trabalho científico não tem a pretensão de afirmar com pura certeza e bases absolutamente concretas sobre a possibilidade ou não dessa aplicação. Uma afirmação nesse sentido exige estudos muito mais aprofundados e realizados por grandes cientistas penais, tendo-se em vista que até os dias de hoje não se chegou a nenhum consenso definitivo. Buscasse, com este trabalho, expor entendimentos doutrinários em ambos os sentidos, bem como amostras jurisprudenciais brasileiras, e com isso construir uma ideia, ou um princípio de ideia, acerca do assunto.

Sobre essa possibilidade ou não é que se passa a estudar.

### **7.1 Da Teoria da Imputação Objetiva em um Sistema Jurídico-Penal Finalista**

Mostra-se de extrema importância a discussão acerca da possibilidade de se aplicar ou não a teoria da imputação objetiva em nosso sistema jurídico-penal, que possui bases fundamentadas na teoria finalista de Hans Welzel, visto que se trata de uma teoria advinda de um sistema diferente deste último, com bases funcionalistas, não sendo adotada pelo nosso Código Penal no que diz respeito à análise do nexos causal de fato delituoso, mas que vem sendo admitida pela jurisprudência brasileira de forma bastante significativa.

O Direito Penal brasileiro é pautado no princípio da não-culpabilidade, descrito também constitucionalmente, no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, o qual apregoa que ninguém será considerado culpado até que haja uma sentença penal condenatória o declarando como tal. Nosso sistema possui essa base em razão de vivermos em um Estado Democrático de Direito, o qual preza por um Direito Penal que atue apenas quando deve atuar, quando se mostre estritamente necessário e justo, com a finalidade de proteger a ordem e os principais direitos e interesses da sociedade.

Um indivíduo será considerado culpado após o pleno devido processo legal, que terá a missão de analisar, dentro muitos outros elementos, não só da teoria do crime, mas de todo o ordenamento material e processual penal, se houve o nexo causal entre a conduta praticada e o resultado danoso ocorrido.

Como já supracitado, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, buscando definir a relação de causalidade, adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Essa teoria, assim como todas as outras criadas com a mesma premissa, busca limitar o poder de punir do Estado, para que seja possível punir apenas os indivíduos que realmente contribuíram de forma direta e significativa para a prática do delito.

Como bem afirma Fernando Capez, “a missão de trazer luz à relação causal é, antes de mais nada, um dos grandes postulados de nossa democracia que têm como pórtico fundamental a proteção da dignidade humana, princípio contendor da pretensão punitiva”. (2009, p. 79)

Todavia, as teorias causais mostraram-se, nos dias atuais de forma ainda mais proeminente, sua insuficiência diante de diversas situações carentes de uma solução mais adequada. O Direito Penal atual não tem se conformado com teorias fundadas em fenômenos puramente empíricos, físicos e exatos. A ciência do Direito como um todo não é uma ciência exata, mas humana e, por essa razão, vai além de elementos tão somente físicos ou psíquicos (incluindo aqui a causalidade e o dolo presentes na teoria finalista de Hans Welzel).

Os funcionalistas foram em busca de novos estudos buscando alcançar soluções mais justas e adequadas, conforme seus entendimentos. A teoria da imputação objetiva destaca-se em meio a esses estudos.

Ora, a teoria da imputação objetiva, agora sem se analisar o sistema jurídico em que está impetrada, busca amenizar a forma rigorosa com a qual a teoria dos equivalentes causais se comporta frente à relação de causalidade e, ao mesmo tempo, solucionar as diversas situações nas quais a teoria supracitada não obtém um resultado justo e adequado, posto que traz apenas uma doutrina baseada em uma relação de causa e efeito diante de elementos físicos. Por óbvio, tendo-se em

vista que nosso Direito Penal é pautado em um sistema jurídico-penal finalista, essa equivalência dos antecedentes causais é limitada pela presença ou não do elemento subjetivo (dolo ou culpa em sentido estrito) no psíquico do agente ao realizar a conduta. Todavia, essa concepção física e psíquica, para os criadores e defensores da imputação objetiva do resultado, ainda não é o suficiente.

Toda a evolução e detalhes da teoria da imputação objetiva já foram delineados no presente trabalho, mas, de forma resumida, “trata-se da criação de requisitos para que se estabeleça um nexó valorativo entre ação e resultado, de modo que a relação de causalidade seja muito mais do que um mero liame físico de causa e efeito”. (CAPEZ, 2009, p. 88)

Mas a teoria da imputação objetiva é adequada ao sistema jurídico-penal brasileiro de bases finalistas? Adéqua-se à estrutura presente, no Direito Penal brasileiro, acerca da teoria do crime? Por ser uma teoria criada por Claus Roxin no auge do sistema jurídico-penal funcionalista, não acaba por ofender as premissas do sistema brasileiro?

É patente a inclinação doutrinária no sentido favorável a essa possibilidade, sem qualquer ofensa ao Direito Penal brasileiro, de aplicação da teoria da imputação objetiva.

Primeiramente, o termo “imputação”, presente na nomenclatura da referida teoria, não pode ser confundido com a “imputação” constante do juízo de culpabilidade. A imputação, no que se refere à teoria, significa a atribuição a um determinado sujeito da prática de um delito com base na análise de critérios objetivos. Diferentemente da “imputação” estudada no juízo de culpabilidade, quando se analisa se o agente é ou não imputável.

E essa imputação de um fato delituoso a um sujeito, com base em critérios valorativos e objetivos diferentes daqueles critérios puramente físicos e causais só se mostra possível quando a concepção causal começa a declinar e o neokantismo aponta como referência, trazendo a importância de solucionar problemas acerca da imputação de crimes aos sujeitos.



Ademais, a teoria da imputação objetiva, segundo Fernando Capez, não busca lançar mão dos elementos subjetivos trazidos pelo finalismo de Welzel, mas deseja, primordialmente, trabalhar conjuntamente com esses elementos subjetivos e com seus próprios critérios objetivos com a finalidade de limitar a abrangência da equivalência dos antecedentes causais e buscar uma causalidade jurídica entre a conduta e o resultado, e não apenas uma causalidade objetiva. (2009, p. 105)

Com isso, tem-se que a teoria da imputação objetiva não busca anular os estudos realizados por Welzel no tocante à importância do dolo e da culpa em sentido estrito quando da análise e limitação do nexos causal, mas sim de complementar esses estudos, trazendo uma delimitação ainda maior e mais criteriosa, buscando soluções mais justas e corretas e, finalmente, fazendo valer os princípios da não-culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, abarcados por nossa Constituição Federal.

Nos ensinamentos de Fernando Capez: (2009, p. 106-107)

O mundo da cultura é o mundo dos valores. As relações humanas, ao contrário das relações entre os fenômenos naturais, envolvem juízo de valor e não puro fator de causalidade, mera sucessão de fatos.

[...]

Frente a esses postulados, a teoria da imputação objetiva constitui nesse contexto importante instrumento no resgate do conteúdo valorativo, axiológico do nexos causal.

[...]

Além disso, é claro, há necessidade do dolo ou da culpa, que constituem a imputação subjetiva do fato típico.

[...]

Falar em imputação objetiva, por conseguinte, é pensar em fornecer ao Juiz e aos operadores jurídicos em geral, importantíssimo elemento de contenção típica e acompanhamento das contínuas modificações socioculturais, em compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista dos fins precípuos de um direito mais garantista dos direitos fundamentais do jurisdicionado, a imputação objetiva constitui um componente relevantíssimo a propiciar uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico em consonância com o tão propalado conteúdo material do Estado Democrático de Direito.

Levando-se em conta essas considerações acerca da possibilidade de aplicação e legitimidade da teoria da imputação objetiva, tem-se que ela consegue se moldar não apenas em um sistema jurídico-penal finalista, ainda que tenha bases funcionalistas, mas, analisando-se de forma mais profunda e extensa, a teoria da imputação objetiva do resultado é adequada, também e principalmente, ao Estado Democrático de Direito, que é o modelo de Estado brasileiro.

Em obra conjunta, Érika Mendes de Carvalho e Luiz Regis Prado expõem inúmeras críticas à doutrina funcionalista e à moderna teoria da imputação objetiva trazida pelos adeptos do funcionalismo, deixando nítidas suas inclinações ao sistema finalista.

Para eles, a teoria da imputação objetiva integra-se à dogmática funcionalista ao passo que se mostra antagônica às vertentes ontológicas e axiomáticas do finalismo, posto que é pautada na finalidade do Direito Penal e da pena e, principalmente, por deixar em segundo plano a vontade do agente, analisando prioritariamente apenas as funções do Direito Penal e da pena. A moderna teoria da imputação objetiva não analisa uma conduta com base em elementos ontológicos, mas sim por meio de critérios normativos. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 56-59)

Uma das críticas feitas por estes autores consiste no fato de que os critérios trazidos pela teoria da imputação objetiva podem nem sempre ser capazes de solucionar problemas referentes à determinação de uma conduta delituosa, visto que esses critérios são analisados independentemente da vontade do autor do fato. A vontade do agente será analisada somente em momento posterior e a periculosidade de sua conduta será determinada com base tão somente em critérios objetivos. Alguns adeptos do funcionalismo, como Frisch e Jakobs, acabaram por criar uma distinção entre a “determinação da conduta típica” e a “imputação do resultado”. Já outros, como Roxin, mostram-se contrários a essa divisão, alegando que, resumidamente, haverá sempre uma imputação objetiva do resultado e que essa divisão é incoerente, ao passo que sem uma imputação do resultado, não haverá conduta típica. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 60-61)

Nesse sentido, diante dessa discrepância de entendimentos entre os próprios adeptos da teoria da imputação objetiva, os autores entendem que esta se mostra fraca no que concerne à sua estrutura teórica e que o principal ponto que merece modificação e atenção dos estudiosos do Direito é o seu abandono da ação finalista, sendo a finalidade da conduta elemento essencial antes de qualquer outro tipo de valoração, em especial a valoração normativa proposta pela imputação objetiva.

Claus Roxin estruturou sua vertente da teoria com base em critérios de cunho político-criminal, argumentando que Hans Welzel não logrou êxito em seu sistema jurídico-penal pertencente ao mundo do “ser” em razão de que o “dever ser” não pode ser retirado do “ser”, mas sim de premissas normativas. Para Roxin, o injusto penal é fundamentado na prevenção-geral e na limitação da pena, posto que visa proteger, concomitantemente, a proteção da sociedade e a liberdade do cidadão infrator. O injusto penal é tido, para Roxin, como a realização de um risco proibido contra um bem jurídico-penal alcançado pelo tipo, sendo a função primordial do Direito Penal a de evitar esses riscos (prevenção geral). Portanto, a imputação objetiva roxiniada atua como uma delimitação típica. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 118-119)

Já para Jakobs, os pressupostos de Welzel são puramente naturalistas e, por isso, sua teoria da imputação objetiva é construída com base em elementos puramente normativos. A pena deve existir em função da prevenção geral, com base na teoria do sistema social. Esse funcionalismo sistêmico acentua que a integridade do ordenamento jurídico é que deve ser resguardada, sendo esta a finalidade do Direito Penal. O autor de um fato deve ser punido não por ter ferido um bem jurídico penalmente protegido, mas sim porque feriu o dispositivo que trata do delito praticado. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 120)

Ambas as vertentes são contrárias ao finalismo ontológico, mas enquanto uma se preocupa tão somente com a manutenção do sistema, ignorando até mesmo princípios e direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito; renunciando a qualquer influência externa de ordem empírica na construção desse sistema, a outra vertente se ocupa também da utilização de políticas criminais.

Todavia, Luiz Regis Prado não se mostra absolutamente contrário à aplicação da teoria da imputação objetiva do resultado em um sistema jurídico-penal finalista. Em sua obra, deixa clara a sua opinião a respeito da referida teoria.

Como bem conclui Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, se Claus Roxin orienta sua doutrina com base em valores conciliadores de garantias formais e materiais do Direito Penal, significa dizer que aceita certa limitação externa ontológica em seu funcionalismo, aproximando-se, nesse ponto, do ontologismo presente no finalismo de Welzel. (2002, p. 124)

E o grande erro da doutrina de Günther Jakobs parece ser justamente a não aceitação de elementos empíricos, sustentando um normativismo absolutamente puro e, conseqüentemente, arbitrário. Esse sistema jurídico apreendido por Jakobs funciona como o oposto dos sistemas jurídicos ontológicos, como o finalista.

Mais uma vez, fica demonstrado, e isso se pode notar com os ensinamentos de Schünemann, que elementos normativos não excluem, necessariamente, elementos ontológicos. Ambos se complementam e podem coexistir, sendo que o ontologismo confere segurança jurídica e o normativismo permite determinar as condutas que são realmente juridicamente relevantes. (apud PRADO e CARVALHO, 2002, p. 125)

Para Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, a doutrina finalista se mostra expressamente mais avançada e adequada do que a teoria da imputação criada pelos funcionalistas. Isso porque, a teoria da imputação objetiva apenas tenta superar os problemas relacionados à causalidade, mas não o consegue fazer com total êxito. Na concepção elaborada por Claus Roxin, de origem mais moderada, a ação típica é determinada pela realização de um risco juridicamente não permitido. Ou seja, existe ação típica se houver a causação objetiva de um resultado. Todos os critérios da imputação objetiva são critérios de atribuição de um resultado. Essa causação não é suficiente e por isso se recorre a elementos normativos para determinar que o resultado causado é obra do sujeito. Porém, é ignorado um elemento essencial à ação: a vontade do agente. Essa vontade é analisada somente

em momento posterior, no juízo de culpabilidade. É errado, então, atribuir um resultado como obra do sujeito se sua vontade não foi levada em consideração. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 127)

Com a teoria da imputação objetiva, a análise da ação típica é feita com base em critérios que levam à determinação de uma causação ou não de um resultado. Isso, por si só, não resolve os problemas relacionados a causalidade. Não há, na realidade, o que a doutrina funcionalista desta teoria prega, que a convivência mútua de aspectos normativos, naturais, pessoais. Há apenas critérios objetivos complementados por critérios normativos que não levam em pauta sequer a vontade do agente num primeiro (e mais adequado) momento.

Com isso, a teoria, atuando dessa forma, acaba por não tratar o indivíduo como ser humano que é, pois ignora seu elemento subjetivo, interessando-se apenas pelo resultado, se este foi ou não causado em consequência de um risco não permitido.

Por se tratar de uma teoria da imputação objetiva de resultados causados que não considera a vontade finalista do agente, pode exercer certa arbitrariedade na determinação de seus critérios normativos para a atribuição de um resultado, pois deixa de analisar o indivíduo como pessoa, causando, conseqüentemente, uma extensão na categoria da tipicidade. E uma teoria radical e sistêmica como a de Jakobs oferece ainda mais perigo aos direitos fundamentais conquistados, posto que ignora o ser humano enquanto pessoa para se preocupar tão somente com a integralidade do ordenamento jurídico mantida por meio da pena, sendo o indivíduo tão somente aquele que detém determinada função na sociedade. A finalidade se anula em razão da funcionalidade, pois o indivíduo deve se adaptar às suas funções e essas funções é que dão o equilíbrio ao sistema. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 129-132)

Ao defender o finalismo, a dupla de autores enfatiza que “a teoria finalista, porém, ao partir do homem como ser responsável realiza desde já uma seleção dos comportamentos humanos que podem ser descritos e valorados jurídico-penalmente”. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 132)

Ao contrário da teoria da imputação objetiva, a teoria final da ação preocupa-se muito mais com a ação do que com o resultado, pois todo o ordenamento jurídico, os princípios constitucionais, as medidas e políticas criminais se ocupam antes da ação e não do resultado. E esta é a maior discrepância entre a teoria da imputação objetiva e o sistema jurídico-penal finalista.

Neste sentido (José Cerezo Mir apud PRADO e CARVALHO, 2002, p. 133):

O Direito deve respeitar a estrutura do ser humano, a partir da concepção do homem como pessoa, como ser responsável, sendo, portanto, essencial para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana. Só a conduta finalista é especificamente humana e pode ser objeto de valoração jurídica, “tornando-se vinculante para o Direito sempre que este tenha como ponto de partida a concepção do homem como pessoa. Um conceito de ação diverso do finalista seria não só incongruente, como inútil e fonte de equívocos na construção ou interpretação dos tipos de injusto. O normativismo encontra aqui seu limite insanável”. Ademais, deve-se destacar que “as objeções feitas ao conceito de ação finalista – por não compreender o evento nos crimes culposos, nem a omissão – carecem de substância, sendo resultado de uma exasperação do pensamento sistemático”. O que se encarece na doutrina finalista é que tão-somente a conduta humana teleologicamente dirigida tem significado perante a normatividade penal.

E mais, a teoria da imputação objetiva, resumidamente definida e sem “meias-palavras” busca, simplesmente, eliminar a presença do dolo. A imputação objetiva, em seu modelo mais radicalizado, principalmente nas propostas de Jakobs, trata do tipo objetivo de uma forma isolada do tipo subjetivo e isso, ao ver de Regis Prado, não deve ocorrer. Esse estudo que ignora a análise do elemento subjetivo leva à insegurança jurídica, desintegra a categoria garantista da tipicidade, delimita os fatos culposos ao passo que aumenta os tipos dolosos e, ainda, acaba por penalizar indivíduos em razão de perigos desaprovados pelo Direito, ainda que não possam ser subjetivamente previstos, formando verdadeiros tipos objetivos desprovidos de elemento subjetivo. (PRADO, 2007, p. 344-345)

Nesse aspecto, a doutrina finalista se destaca positivamente por considerar impossível a análise do tipo objetivo de forma isolada em relação ao tipo

subjetivo. Esse modelo finalista traz, desse modo, segurança jurídica aos cidadãos abarcados pelo Direito Penal que o adota.

Todavia, como também bem aponta Luiz Regis Prado, “uma doutrina da imputação objetiva que pretenda *apreender* o sentido do comportamento típico e *delimitar* o alcance dos tipos de injusto não é incompatível com os postulados finalistas”. (2007, p. 343)

Com isso, o autor pretende demonstrar que quando a teoria da imputação objetiva é aplicada com a finalidade de complementar o finalismo presente em nosso sistema, não há que se falar em inadequação. Nesse sentido, a imputação objetiva atuaria como uma valoração externa sobre uma ação finalista. A ação finalista, pautada em elementos objetivos que atuam conjuntamente com elementos subjetivos com a intenção de externarem uma conduta pautada em uma finalidade dirigida, seria valorada e limitada por critérios da teoria da imputação objetiva, sem que esta última lhe ignorasse sua estrutura. Dessa forma, ter-se-ia uma doutrina finalista na qual se aplicou matrizes de uma doutrina funcionalista, sem que, com isso, houvesse qualquer tipo de prejuízo.

Porém, a partir do momento que a teoria da imputação objetiva passa a ignorar as premissas finalistas trazidas por Hans Welzel, como se pode ver pelos ensinamentos do autor supracitado, ela deixa de ser um instrumento de limite que complementa todos os estudos alcançados e sedimentados até então, e passa a se tratar de uma teoria que não consegue alcançar seus próprios objetivos, posto que se esquece da análise do elemento subjetivo, essencial a toda conduta humana merecedora de atenção do Direito Penal.

Nestes termos: (PRADO, 2007, p. 348)

A teoria da imputação objetiva visa a separar o mero acaso, a causalidade, daquilo que é realmente obra do sujeito. Mas não é possível conseguir tal propósito através do tipo objetivo, pois este só permite imputar ao sujeito os acontecimentos fortuitos, a mera causalidade, nada que possa ser qualificado como sua obra. Somente saberemos se algo é obra do sujeito se esse acontecimento se encontrar abarcado pela vontade – tipo objetivo e tipo subjetivo devem operar em conjunto.

Com isso, parece-nos que Luiz Regis Prado visa nos mostrar que a teoria da imputação objetiva deve, como já explanado no tópico específico referente a estes estudos, ser aplicada não de forma única e isolada, mas em consonância com a teoria da equivalência dos antecedentes causais e com a análise (essencial) dos elementos subjetivos (dolo ou culpa) constantes na conduta do agente. Funciona, assim, a teoria da imputação objetiva, como mais uma delimitadora e elemento de valoração da responsabilidade penal e da conduta do agente, respectivamente, desde que não ignore as premissas do finalismo e da valoração subjetiva.

Não se pode esquecer que a teoria da imputação objetiva foi criada com a finalidade de delimitar a responsabilidade penal, sendo que a consumação de um delito não pode ser conferida a um indivíduo que não tenha realizado efetivamente um risco não permitido pelo ordenamento jurídico, mas que tão somente seja “vítima” de um puro nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado ocorrido, ou até mesmo que tenha tido sua vontade voltada para aquele resultado, mas não tenha praticado uma conduta socialmente reprovada.

É adotada, como já mencionado, pela maioria dos países europeus, e atualmente também por países latino-americanos. Alguns autores brasileiros a consideram, inclusive, de aplicação obrigatória.

É como bem disserta Antonio Luís Chaves Camargo: (2002, p. 70)

É uma doutrina obrigatória na análise da responsabilidade penal, na criminalidade moderna, em especial, nos crimes que tenham como objeto bens difusos ou coletivos. Nestes, a relação de causalidade empírica nem sempre permite a solução pela imputação do autor ou autores a um resultado, havendo necessidade de outros critérios para que este vínculo objetivo entre a ação e este resultado seja determinado.

O citado autor entende de forma contrária àqueles doutrinadores que argumentam a desnecessidade da teoria da imputação objetiva em razão da existência já da teoria da adequação social como delimitadora da equivalência dos antecedentes causais. Entende que a teoria da adequação social não é



absolutamente eficiente em todas as situações, pois muitas vezes pode ocorrer de a causalidade ser previsível ao sujeito, mas sua responsabilização ser política-criminalmente inadequada. Por exemplo, quando um acidentado no trânsito, ao ir para o hospital, adquire uma infecção e morre, aquele que causou o acidente poderia prever esse resultado, mas seria político-criminalmente inadequado responsabilizá-lo pelo evento morte, pois a internação da vítima não era previsível a esse autor. (CAMARGO, 2002, p. 70-71)

André Luis Chaves Camargo critica o Direito Penal como sistema fechado, pois este se mostrou altamente insuficiente ao tentar solucionar os conflitos de forma pré-formulada, por meio de jurisprudências realizadas em situações semelhantes. Trata-se de um positivismo jurídico exacerbado. Já o sistema aberto atua de forma a conservar os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, posto que aplica a solução necessária enquadrando-a no sistema vigente ou então modificando-o de maneira adequada a fim de que se possa cumprir com a missão do Direito Penal e com os fins da pena que são, basicamente, e para a maioria doutrinária, a proteção de bens jurídicos. (CAMARGO, 2002, p. 124-125)

A teoria da imputação objetiva foi criada com base em um sistema jurídico-penal funcionalista e dentre muitas outras características próprias, atua buscando uma funcionalidade em detrimento da finalidade, posto que se ocupa, de forma prioritária, com a causação de um resultado, e não com a vontade dirigida do agente. A causação do resultado é determinada com base na análise de critérios normativos que poderão levar à conclusão de que o indivíduo causou um risco não permitido juridicamente. A vontade do agente é analisada em momento secundário, o que leva parte da doutrina, em especial os adeptos do finalismo, a argumentar no sentido de que esta postura acaba por ignorar a condição de ser humano do indivíduo e que é extremamente equivocado dar maior importância ao resultado do que à ação finalista, sendo que todo o ordenamento jurídico converge nesse sentido (ação finalista – resultado; e não resultado – ação finalista).

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro, e a doutrina brasileira de forma geral, é adepta do sistema jurídico-penal finalista. Embora o finalismo de Hans Welzel tenha ingressado de forma tardia no Brasil, talvez tenha sido essa

morosidade que o fez permanecer vigente até os dias de hoje, posto que sua dogmática foi amadurecida e tem conseguido suportar, em vários pontos, o discurso sedutor do funcionalismo, em especial o de Claus Roxin.

Deve-se ter em vista, porém, que o Direito Penal, em especial o Direito Penal brasileiro, tem caráter fragmentário e constitui medida de *ultima ratio*. Isso significa que deve atuar na proteção dos bens jurídicos elencados como penalmente e juridicamente relevantes e apenas quando nenhuma outra medida pode ser aplicada de forma eficaz. Ao final da aplicação do Direito Penal no caso concreto, se houver uma responsabilização penal do indivíduo, ocorrerá de forma certa e inevitável uma forte restrição a algum de seus direitos, podendo ser, na maioria das vezes, a restrição de seu direito fundamental de liberdade.

Portanto, para se chegar à responsabilização penal, é preciso agir com muita cautela e, principalmente, de modo científico e adequado ao sistema jurídico penal atuante, sem se ofender princípios de um Estado Democrático de Direito.

A teoria causal da equivalência dos antecedentes é de grande importância à determinação da responsabilidade penal de um ou mais indivíduos, porém, precisa sofrer limitações, posto que se trata de uma teoria causal e, como tal, analisa somente a *conditio sine qua non*, podendo regressar ao infinito e determinar a responsabilização de pessoas inocentes em relação ao resultado delituoso. Com a equivalência dos antecedentes causais, tudo o que concorre para o resultado atua como sua causa e ainda que seja limitada pelo denominado método indutivo hipotético de eliminação, o qual determina a supressão das causas sem as quais o resultado ainda assim ocorreria, sua amplitude é muito extremada.

As limitações vieram com as teorias individualizadoras, aquelas que buscam individualizar aquele indivíduo realmente responsável pelo fato e, principalmente, distinguir “causa” de “condição”, pois uma simples condição não pode implicar na responsabilização penal de alguém. A conduta praticada deve realmente ter configurado uma causa para o resultado.

Dentre as muitas dessas teorias causais individualizadoras, pode-se mencionar a teoria da causalidade adequada. É possível definir esta teoria com a

seguinte fórmula básica: “causa é a condição que conforme a experiência é adequada ao resultado produzido”. (CAMARGO, 2002, p. 56) Referida teoria, hoje, não é mais vista apenas como uma teoria da relação de causalidade, mas também como um dos princípios da imputação objetiva, posto que envolve tanto o juízo empregado pelo juiz, como as circunstâncias do momento do crime, conhecidas acima de tudo pelo autor do fato e, ainda, a experiência em relação aos nexos causais, na época. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 43-44)

Todavia, sabe-se que com o surgimento da teoria finalista da ação, em detrimento, ou melhor, complemento, de todas as teorias causais de ação vigentes à época, o elemento subjetivo (dolo e culpa em sentido estrito) passou a atuar, dentro da análise da tipicidade (mais especificamente, da ação), como elemento primordial para se concluir que o resultado delituoso se deu a partir de uma conduta finalisticamente dirigida por parte do sujeito ativo. Ainda que tenha se omitido, ou atuado de forma culposa, no momento de sua omissão, imprudência, negligência ou imperícia, o sujeito assim quis agir, e por isso a ação pode ser tida como sua.

A teoria da imputação objetiva, como já melhor explicado em pontos anteriores, veio também para delimitar a responsabilização penal, posto que ainda se mostrava necessária certa limitação, diante de situações em que a conduta do agente tinha constituído causa ao resultado e que o agente tinha atuado com finalidade dirigida, mas sua conduta não representava um risco juridicamente proibido e por isso não merecia a responsabilização penal.

Por óbvio, e como já muito bem demonstrado, a teoria da imputação objetiva, principalmente a formulação dada por Claus Roxin com todos os seus critérios, vai muito além do simples reconhecimento da realização de um risco juridicamente proibido. Porém, cabe concluir agora tão somente se a referida teoria pode ser aplicada em um sistema jurídico-penal finalista, como o brasileiro, com bases ontológicas (e não normativas) em nome da segurança jurídica.

O que parece mais adequado, tendo-se sempre em vista o Direito Penal como medida de *ultima ratio* e, principalmente, um Direito Penal brasileiro fundado não apenas na segurança jurídica, mas em princípios do Estado

Democrático de Direito que é o Brasil, é aplicar de forma concomitante, dentro da análise da tipicidade da conduta, mais especificamente na determinação do nexo causal, a teoria da equivalência dos antecedentes, limitada pelo método hipotético de eliminação e pela teoria da causalidade adequada (ambas as teorias causais), bem como, analisar, também, o elemento subjetivo, a finalidade dirigida na ação do agente e, por fim, aplicar os critérios da teoria da imputação objetiva, a fim de que esta última atue como mais uma delimitadora da responsabilização penal, desde que respeite de forma concreta todos os avanços perseguidos pelo finalismo, que não podem nem devem ser ignorados, e desde que respeitem os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito.

Deve-se defender essa visão pelo fato de que as bases ontológicas do finalismo de Hans Welzel estão presentes no ordenamento e doutrinas penais brasileiras e constituem a representação de que o indivíduo deve ser visto como ser inteligente, pensante e que não pode ser responsabilizado criminalmente por uma conduta que praticou em razão de uma causalidade, sem atuar com qualquer finalidade objetiva em seu interior. É justamente essa estrutura finalista que confere segurança jurídica e impede a arbitrariedade no Direito Penal. É a ação finalista, o reconhecer o indivíduo como ser pensante, que permite a valoração de uma conduta. A causalidade não permite qualquer valoração, pois pauta-se em processos puramente naturais e os valores estão presentes em toda ação humana dotada de uma finalidade.

Mais do que isso, o finalismo de Hans Welzel não só traz o ser humano como ser pensante, mas sinaliza também o resgate “da dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico”. (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 53) Os avanços trazidos pelo finalismo de Welzel não podem ser, portanto, ignorados pela vinda de uma teoria nascida em berço distinto (funcionalista) pelo simples fato de que se mostra presente uma insuficiência de seus estudos em certas circunstâncias concretas. O mundo em sociedade sempre trará situações peculiares que exigirão o constante avanço científico não só do Direito Penal, mas de todas as ramificações da ciência, sempre buscando seu aprimoramento. As discussões doutrinárias, conseqüentemente, sempre ocorrerão acerca desses avanços e modificações. Insta

encontrar uma solução mais adequada para a aplicação dessas inovações, e essa adequação pode consistir em saber encaixar as inovações aos avanços anteriormente já conquistados, de forma que se chegue a uma justiça cada vez mais plena.

Reconhecendo-se, entretanto, que o finalismo, justamente por conter bases fixas, mostra-se insuficiente em algumas circunstâncias também já mencionadas, fazendo com que, nessas situações, os direitos do indivíduo e até mesmo os princípios de um Estado Democrático de Direito acabem por não ser garantidos de forma eficaz, mostra-se necessária a adequação desse sistema em consonância com elementos diversos, ainda que oriundos de outro sistema jurídico, mas que consigam por fim satisfazer esses direitos, princípios e justiça da maneira mais concreta. Com isso, deve-se reconhecer também todos os avanços científicos e benéficos trazidos pela doutrina funcionalista, com maior especificidade, a teoria da imputação objetiva.

Como bem já ficou demonstrado no entendimento acertado de Luiz Regis Prado, a teoria da imputação objetiva deixa de ser um complemento às delimitadoras da responsabilidade penal a partir do momento em que ignora todos os aspectos da doutrina finalista, pois sem eles não consegue sequer alcançar seus próprios objetivos, tendo em vista que ainda se encontra incompleta em muitos pontos e ainda são constantes as controvérsias entre seus próprios adeptos, além do fato de que é impossível conferir um fato como obra de um sujeito sem que seja levada em consideração a sua vontade.

A jurisprudência brasileira parece ter aceitado a aplicação da teoria da imputação objetiva do resultado, sempre levando em consideração o que foi proposto acima. É o que se percebe em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em decisão proferida no ano de 2010, na qual figurou como relator o Desembargador João Kopytowsky, como exposto na seguinte ementa:

Apelação criminal. Acusada que deixou de lançar, em livros próprios, notas fiscais de entrada de mercadoria. Denúncia pelo crime-meio (falsidade ideológica). Sentença absolutória por insuficiência de provas da existência dos crimes. Decisão do Conselho de Contribuintes atestando a ausência de

qualquer prejuízo à ordem tributária. Condutas divorciadas de potencialidade lesiva suficiente a enganar as autoridades fazendárias. Fé pública não prejudicada. Condutas materialmente atípicas porque inábeis a criar ou incrementar risco juridicamente relevante e protegido. Aplicação da teoria da imputação objetiva. Inexistência de ofensa a bem jurídico protegido que impede se denuncie pelo crime-meio. Absoluta inaplicabilidade do princípio da subsidiariedade. Sentença de absolvição mantida, porém, com fundamentação diversa. (Tribunal de Justiça do Paraná. 2º Câmara Criminal. ACR 6837609 PR 0683760-9)

A teoria da imputação objetiva pode, sim, ser aplicada ao Direito Penal brasileiro, desde que seja aplicada juntamente com a análise da vontade do agente, fazendo com que o elemento objetivo e o elemento subjetivo atuem sempre de forma conjunta, pois são inseparáveis quando se trata da determinação de uma responsabilidade penal.

## **7.2 Do Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito e em um Sistema Jurídico-Penal Finalista**

Após análise acerca da possibilidade de se aplicar ou não a teoria da imputação objetiva em um sistema jurídico-penal finalista, cumpre esclarecer sobre essa mesma possibilidade em relação ao Direito Penal do inimigo. Porém, não se trata de discutir a aplicação dessa vertente em um sistema jurídico-penal diverso do funcionalista, no qual nasceu, mas sim em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, pois é exatamente a sua constitucionalidade e legitimidade que é discutida em toda a doutrina atual.

Sabe-se que o Direito penal do inimigo nasceu em uma época de extremo expansionismo penal. Chegou-se à conclusão de que o Direito Penal na forma em que estava, não estava logrando seu devido êxito. Nesse compasso, surgiram pensamentos abolicionistas do Direito Penal, como a doutrina de Eugênio Raul Zaffaroni, como também novas formas de Direito Penal, pautadas na hipertrofia deste, em um verdadeiro “Direito Penal do medo” em que o legislador passou a se

socorrer do Direito Penal para resolver as situações. Formou-se, então, um “Direito penal do risco”, de cunho eminentemente proibitivo e antecipatório, punindo o perigo a fim de se evitar a concretização do dano.

Dizer que a criminalidade diminuiu, é um grande equívoco. Surgiram, então, teorias que buscaram aprimorar o Direito Penal tal como estava. Uma dessas teorias, como já mencionado, foi a “teoria das velocidades”, trazendo o entendimento de que o Direito Penal sempre teve duas velocidades: o Direito Penal da prisão, aplicado aos delitos que, inevitavelmente, serão punidos com pena de prisão, caracterizado por um processo mais lento e garantista, tendo em vista que a liberdade do sujeito encontra-se em jogo; e o Direito Penal sem prisão, aplicado aos delitos em que, ainda que o sujeito seja condenado ao final do processo, dificilmente ser-lhe-á aplicada pena de prisão, e é caracterizado por um processo muito mais célere.

Como uma terceira velocidade do Direito Penal, surge o Direito Penal do inimigo. Criada e desenvolvida por Jakobs na década de oitenta, época de muito medo em razão do capitalismo próximo. Novamente trazida pelo penalista na década de 90, quando novamente não vingou. Até que, em 11 de setembro de 2001, data conhecida pelo grande ataque terrorista aos Estados Unidos da América, referida teoria foi expressamente assumida pelo doutrinador, que veio a publicar sua obra dois anos depois do grande acontecimento.

Em primeiro lugar, é necessário mencionar que o Direito Penal do inimigo, trazido pela doutrina alemã por meio de Günther Jakobs, é extremamente criticado pela doutrina penalista. No entanto, é raro encontrar argumentos realmente científicos, jurídicos e jus-filosóficos que realmente tenham o potencial de debilitar essa vertente. E assim também ocorre quando se trata de elogios à teoria. O que se pode encontrar na grande maioria das obras doutrinárias que versem sobre o assunto são críticas e elogios fundados em posições sentimentais e repetitivas, nada inovadoras.

O professor espanhol Luis Gracia Martín tentou trazer argumentos que realmente fossem capazes de afirmar seu pensamento contrário à aplicação do

Direito Penal do inimigo de forma válida e concreta, e não puramente sentimental, argumentos estes que parecem ser bastante congruentes com o ordenamento jurídico e doutrina penal brasileiros.

Por óbvio, um indivíduo que adentra a uma organização criminal decidindo praticar crimes de modo a tornar este o seu modo de sobreviver merece uma punição mais severa frente ao Direito Penal, com pena agravada e podendo até mesmo, de forma excepcional, serem punidos os atos preparatórios antes mesmo de se concretizarem (é que o que ocorre, como já mencionado, no Direito Penal brasileiro, como exemplo o delito de formação de quadrilha ou bando). Se o Direito Penal do inimigo se resumisse a essas regras, nada lhe seria oposto. Porém, essa vertente vai muito além em seu radicalismo, merecendo atenção quanto à sua legitimidade. (MARTÍN, 2007, p. 131-132)

O próprio Jakobs admite, em sua definição da vertente, que o Direito Penal do inimigo busca combater “indivíduos”, e não “pessoas”. As pessoas são objeto do Direito Penal do cidadão. Um indivíduo que comete crimes que atentam contra à ordem estatal e desafiam o Poder do Estado denuncia a sua própria cidadania e passa a viver ditando suas próprias regras, em um estado de exacerbada liberdade frente ao Estado. Sendo assim, o Poder Estatal passa a atuar diante de sua periculosidade, sem aguardar que sua conduta seja exteriorizada. Esses indivíduos são verdadeiros “inimigos” do Estado, isto é, deixam de ser tratados como cidadãos, como pessoas, passando a ser meros “indivíduos”.

Todavia, como vem acentua Gracia Martín, essa condição de pessoa só pode ser assim retirada de um sujeito se for reconhecido que a personalidade não é uma qualidade oriunda do ser humano, de sua natureza, mas uma atribuição normativa. Se assim for considerado, a qualidade de pessoa só existirá se a sociedade não a revogou de alguma forma. Nesse mesmo sentido, Jakobs diferencia “indivíduos” de “pessoas”, sendo que a condição de indivíduo é atribuída pela ordem natural, e a condição de pessoa é uma construção social atribuída ao indivíduo. É pessoa quem representa um papel; tem deveres de manter a ordem de seu grupo, e direitos necessários para exercer esses deveres. Sendo assim, todo



indivíduo que não cumprir devidamente seu papel, não será pessoa. Para Jakobs, os inimigos são não-pessoas. (MARTÍN, 2007, p. 133-137)

Uma pessoa pode ser obrigada por normas jurídicas, mas um indivíduo não-pessoa só é capaz de ser dirigido por meio de medidas estritamente coercitivas e ameaças. Com isso, Jakobs nega o caráter de verdadeiro “Direito” às medidas aplicadas contra os inimigos, pois estes não são regidos pelo Direito, mas pela coação. O Direito Penal é pura coação diante dos inimigos do Estado. Inclusive com relação ao procedimento do tratamento frente a esses inimigos, este procedimento consiste na exclusão do inimigo. Porém, deve ser tratado, ainda assim, como Direito, pois é realizado com base em regras pré-fixadas, e não de forma informal e impulsiva. (MARTÍN, 2007, p. 138-139)

Como já mencionado, a doutrina rechaça o Direito Penal do inimigo alegando simplesmente que ele “não deve existir” com base em argumentos, em sua grande maioria, emocionais. Porém, da mesma forma que Günther Jakobs se pautou em estudos filosóficos e jurídicos bem fundamentados, assim também as críticas devem ser estabelecidas. Em sua obra, Luis Gracia Martín coloca de forma alinhada seus argumentos, de forma não apenas emocional, mas com bases sólidas, deixando evidente seu posicionamento contrário à legitimidade e possibilidade de aplicação do Direito Penal do inimigo. É com bases em seus estudos que serão expostas as críticas a essa vertente, pois embora se reconheça a grande importância dos estudos que a cercam, fica nítida a sua incompatibilidade com o sistema jurídico e ordem constitucional brasileiros.

Cabe, antes, mencionar que o passado, embora não justifique as decisões do presente, contribuem de forma significativa para entender as posições doutrinárias criadas. Em relação ao Direito Penal do inimigo e outras medidas de caráter coercitivo e extraordinário parecem encontrar fundamentação em um Direito Penal ordinário insuficiente diante de determinados delitos mais graves e de autores mais perigosos.

O primeiro argumento trazido pelo supracitado autor passa a ser exposto a seguir.

O conceito de correto e de justo é algo extremamente relativo e, por essa razão, a ordem social e suas leis têm caráter contingente, e não obrigatório, além de serem questionáveis. E devem ser permanentemente questionáveis, posto que criadas por homens (sujeitos a erros) e em um determinado momento histórico (que é sempre sujeito a mudanças). Em razão dessa relatividade e contingência da ordem social e de suas leis, não se pode criar nenhuma disciplina jurídica que imponha uma concepção de mundo, como, por exemplo, a exclusão de seres humanos da distribuição de bens, tornando-os menos iguais do que outros seres humanos. Porém, é inegável que essa desigualdade existe, o que torna essas ordens sociais injustas. Diante da resistência à mudança por parte dos detentores do poder por meio da argumentação, atitudes contrárias às leis vigentes e que tentam modificar essa ordem social se mostram, de certa forma, “compreensíveis”. (MARTÍN, 2007, p. 146-147)

Nestes termos são as palavras do professor: (MARTÍN, 2007, p. 147)

Uma ordem social como a existente, que, como acredito, ninguém pode questionar seriamente, por um lado já exclui, de fato e materialmente, alguns homens e grupos de homens da distribuição social dos bens e do exercício igualitário dos direitos e liberdades, e por outro lado e ao mesmo tempo, tolera que alguns poucos se apoderem totalmente desses bens e liberdades, em alguns casos de forma indecente.

Por essa razão, tendo-se em vista a relatividade e contingência da ordem social e os preceitos de uma democracia, que devem ser sempre respeitados, o rótulo de “inimigo” não deve existir, muito menos a exclusão da qualidade de ser humano e de cidadão que esse rótulo causa.

Todavia, o simples argumento de que a ordem social é relativa e contingente não impede que esta ordem, buscando sua manutenção, estabeleça respostas contra aqueles que a ela se opõem de forma mais gravosa. Ainda que seu conteúdo seja relativo e questionável, a ordem deve ser mantida, deve manter sua vigência, validade e poder vinculativo. E mais, não haveria um Direito se aqueles que não são beneficiados por essa ordem, para eles injusta, resolvessem se rebelar e impor sua ordem forçosamente sem que fossem de qualquer forma penalizados pela atitude. Um dos valores impostos pela democracia é a tolerância recíproca.

Aqueles que não estiverem satisfeitos com a ordem social vigente, devem se manifestar pelos meios lícitos, e não causando lesões a essa mesma ordem por meio de uma verdadeira guerra. (MARTÍN, 2007, p. 149)

No entanto, não pode ser entendida como lícita a declaração desses sujeitos como inimigos e a reação, frente a esses indivíduos, com medidas típicas de uma guerra. A pena imposta pelo Estado é uma medida lícita que busca corrigir as falhas de uma ordem social que em algum ponto se mostra insuficiente, bem como as conseqüências dessas falhas. Porém, a coação por meio de força física e medidas bélicas não se mostram adequadas, pois consistem apenas na finalidade de destruir o destinatário. O Direito Penal do inimigo prega a exclusão dos inimigos do Direito da pena, posto que com esses sujeitos o Estado não dialoga, mas ameaça. Pelo Direito Penal do inimigo, a defesa e manutenção da ordem são tão importantes que se rompe as barreiras da contenção do poder estatal, declarando-se uma verdadeira guerra contra os inimigos. (MARTÍN, 2007, p. 150-151)

Um segundo argumento contrário à legitimidade do Direito Penal do inimigo diz respeito ao valor da dignidade humana.

Deve-se ficar nítido que o Direito, para ser tido como tal, deve atuar por outros meios, que não a simples coação e força física. O Direito Penal não pode se confundir com poder punitivo e ambos serem tidos como a mesma coisa. Ao contrário, o Direito Penal deve atuar como um limitador do poder punitivo. Nas palavras do ilustre professor, “o *Direito* deve ser compreendido, pois, como a luta contra o exercício puro da força e da coação física de um poder superior e, portanto, como *luta contra o Direito Penal do inimigo*.” (MARTÍN, 2007, p. 153)

Mais do que isso, não se pode olvidar que o sujeito que aqui é tratado como possuidor de dignidade humana desde antes do seu nascimento é um ser humano empírico que tem sua dignidade pautada em sua liberdade ética e moral.

A diferença entre a personalidade civil e a personalidade inata, segundo Kant, é que a personalidade inata protege o ser humano das arbitrariedades do poder estatal, enquanto que a personalidade civil, pode se perder quando se concretiza a condenação do indivíduo. (apud MARTÍN, 2007, p. 154)

Sendo assim: (MARTÍN, 2007, p. 155)

Esse suposto Direito, então, ou respeita a dignidade do ser humano, hipótese em que já não será Direito Penal do *inimigo*, mas autêntico e legítimo Direito Penal, ou violenta essa dignidade, e nesse caso já não poderá ter nenhuma legitimidade e deverá ser rechaçado de modo absoluto, porque este – absoluto e validade *a priori* – é precisamente o caráter da exigência de respeito à dignidade do ser humano, o qual, por isso, constitui uma condição de validade de qualquer Direito.

Ora, negar a dignidade humana impondo medidas coercitivas por meio da força física, utilizando-se do argumento de defesa de uma ordem social de caráter contingente, é negar o progresso conquistado até o presente momento em toda a luta pela humanidade na história do Direito. Um Estado de Direito que admita uma coexistência entre um Direito Penal respeitador dos direitos do cidadão e um outro Direito Penal que não veja a pessoa como tal estará abolindo sua própria democracia, tornando-se em um Estado totalitário.

O mestre traz ainda a indagação de que se o Direito Penal do inimigo não acaba por constituir um círculo sem fim, posto que se trata os inimigos como indivíduos que não são pessoas, deveria ter esse conceito devidamente definido antes da aplicação de seu ordenamento. Isso porque, se o conceito de não pessoa não for previamente existente ao Direito Penal do inimigo, significa dizer que este último o estaria criando, constituindo-se um sistema auto-referente. Ademais, se não se sabe, de forma prévia, quem exatamente é uma pessoa e quem não o é, não se sabe também qual ordenamento será aplicada no caso concreto: se o Direito Penal do cidadão, ou do inimigo. (MARTÍN, 2007, p. 156-157)

Os defensores do Direito Penal do inimigo apregoam que o conceito de não-pessoa é definido a partir do momento em que o indivíduo abandona as regras da ordem social a qual pertence e passa a praticar, reiteradamente, atos lesivos a essa mesma ordem. Todavia, o Direito só pode ser desrespeitado por uma pessoa, que é sempre a destinatária das normas jurídicas. Quando um indivíduo infringe reiterada e permanentemente o Direito do cidadão, significa dizer que este indivíduo é uma pessoa. E em todo o processo penal a que será submetido, será considerado

como tal e seguirá as regras de um Direito Processual Penal do cidadão. (MARTÍN, 2007, p. 157)

Ora, se o sujeito infringe as normas do Direito Penal do cidadão e é submetido a um procedimento como cidadão, significa dizer que ele adentra ao processo como cidadão e é julgado como tal. Se, ao final do processo, o indivíduo é condenado, será submetido às normas jurídicas do Direito Penal do cidadão, já que foram suas normas que ele infringiu e se submeteu durante o julgamento. Sendo assim, se segundo o próprio Direito Penal do inimigo, quem se submete ao Direito Penal do cidadão é pessoa, quem são os submetidos ao Direito Penal do inimigo? A quem ele verdadeiramente se destina?

Veja-se o beco sem fim que é o Direito Penal do inimigo: se for considerado que a definição de pessoa ou de inimigo é feita ao final do processo, após a condenação, recai na conclusão de que ainda que o sujeito seja considerado um inimigo ao ser condenado, foi tratado como cidadão durante todo o processo e até mesmo na imputação da pena. Conclui-se que o Direito Penal do inimigo existe apenas quando, previamente, já existe um conceito de pessoa (pois é uma pessoa que foi submetida ao processo, julgamento e condenação) e, se existe uma pessoa, as regras do Direito Penal do inimigo não podem divergir das regras do Direito Penal do cidadão.

O Direito só pode ser tido assim se for destinado a uma pessoa, e uma pessoa *responsável*, e desde que imponha uma ordem por meio de normas obrigatórias, e não de simples atos de coação e força física. A norma de caráter obrigatório deve reconhecer seu destinatário como pessoa. Se assim não for, o mandato expedido será simples coação. Porém, essa característica já foi reconhecida pelo próprio Jakobs, quando este afirmou que o Direito Penal do inimigo tem caráter de Direito pelo fato de que não atua de forma impulsiva, mas tem suas regras pré-fixadas para regular suas atuações (como se suas regras servisse, de certa forma, como limitadoras da atuação estatal). Portanto, o simples argumento de que esta vertente não pode ser tida como Direito, não é suficiente para debilitar a teoria, posto que o próprio autor criador reconhece que a vertente não atua como Direito perante o condenado. (MARTÍN, 2007, p. 160)

O ponto em que se deve tocar é justamente sobre se é possível, se é legítima, a existência de regras que não reconheçam o indivíduo como pessoa e restrinjam sua liberdade, atuando de forma desrespeitosa à condição de pessoa.

Parece simples responder à questão se for levado em consideração que uma definição de não-pessoa não pode existir em um Estado Democrático de Direito que preze pela manutenção do princípio da dignidade humana. Porém, Jakobs derruba facilmente esse argumento, pois, para ele, o Direito Penal não se aplica ao homem, mas sim à pessoa e a condição de pessoa não é dada naturalmente, mas normativamente. Para Jakobs, aos inimigos (não-pessoas), não se aplica a pena a fim de se restabelecer a ordem, mas deve ser aplicada a coação, com a finalidade de proteger a todos do perigo que esse inimigo representa. (MARTÍN, 2007, p. 161-162)

Deve-se saber, no entanto, que se o Direito Penal do inimigo simplesmente retirasse do sujeito a sua condição de pessoa jurídica, isto é, privá-lo de seus direitos, mas deixasse intacta a dignidade humana desse sujeito, poderia até existir legitimidade para atuar em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, o fato de ser estabelecido mediante regras pré-fixadas, e não de forma impulsiva e informal, não garante a legitimidade dessa vertente. O que define sua legitimidade ou não, é o conteúdo material dessas regras. E se elas contrariam um valor fundamental, não podem ser legítimas. (MARTÍN, 2007, p. 164)

Ademais, se fosse reconhecido que o Direito Penal se dirige às pessoas, e não aos indivíduos, o Direito Penal do inimigo poderia encontrar sua legitimidade no princípio da necessidade, levando-se em consideração que os prejuízos resultantes da aplicação desse “Direito” na esfera de direitos do sujeito fosse menor do que o perigo representado, por este sujeito, perante a sociedade. Porém, o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito como o Brasil não se aplica às pessoas no sentido em que Jakobs as concebeu, mas sim a todos os indivíduos. (MARTÍN, 2007, 164-165)

Como bem assevera Schünemann, “a substituição que propõe *Jakobs* do indivíduo pela pessoa como mero portador de um papel no Direito Penal destrói justamente sua legitimação”. (apud MARTÍN, 2007, p.170)

E a dignidade humana, pelo menos no Brasil, é um valor que todo homem, todo ser humano possui, simplesmente por existir e antes mesmo de nascer já a tem garantida pela Constituição Federal. Esse valor é igualitário para todos os indivíduos e se baseia, basicamente, em sua liberdade de agir e de cumprir seu papel na ordem social a qual pertence.

Ainda que o sujeito se negue a exercer sua função dentro da ordem social e a manter essa ordem social, sua dignidade humana não deixa de existir. Não terão, por não serem sociáveis, sua condição de pessoa excluída e não poderão ser tratados, por isso, como indivíduos que não são pessoas. Não há qualquer base para se excluir a dignidade humana, o valor de pessoa, de ser humano, de um sujeito.

Sabe-se que na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão existe certa diferenciação entre os direitos e garantias da pessoa e os direitos e garantias do cidadão, sendo que aqueles são garantidos a todos os seres humanos simplesmente porque existem, sendo estes direitos e garantias inalienáveis e indescritíveis. Os direitos dos homens são pautados no respeito à dignidade humana.

Nestes termos conclui Luis Gracia Martín: (2007, p.175-176)

Se as regras desse Direito Penal tivesse apenas características “especiais” – e não excepcionais – em razão das particularidades dos fatos ou dos autores aos quais ele se dirige, de modo que as mesmas partissem da consideração de seus destinatários como pessoas responsáveis e fossem, por conseguinte, compatíveis com o devido respeito à dignidade do ser humano, então estaríamos na presença de um mero setor particular do Direito Penal. Nesse caso, a denominação Direito penal do “inimigo” não teria senão um sentido formal e semântico (...). Se, ao contrário, as regras desse ordenamento prescindissem da consideração de seus destinatários como pessoas responsáveis, de modo que implicassem uma infração do princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade do ser humano, então essas regras deveriam ser reconhecidas como *injustas*, e lhes deveria ser negado o caráter de Direito e, com isso, sua força obrigatória.

Nem mesmo o homem pode querer excluir a validade de sua dignidade humana, tendo em vista que este é um valor irrenunciável. Muito menos o Estado pode realizar essa exclusão contra um indivíduo. E aplicar concretamente as regras do Direito Penal do inimigo, segundo um Estado Totalitário de Direito, fundado em um Direito Penal do autor e não do fato, é negar essa dignidade humana, fazendo com que esse Estado Totalitário de Direito perca totalmente sua validade.

Em relação ao sistema jurídico-penal finalista, agora sem mencionar a respeito do Estado Democrático de Direito que é o Brasil, o Direito Penal do inimigo também se mostra incompatível, posto que a base do finalismo de Hans Welzel pode ser definida, sucintamente e em poucas palavras, como uma ação dirigida a uma finalidade. Ora, se o Direito Penal do inimigo não se preocupa com uma ação efetivamente praticada, e segunda a finalidade do autor, mas sim com a periculosidade representada por um indivíduo não-pessoa considerado inimigo do Estado, então não há que se falar em compatibilidade entre essa vertente e o sistema jurídico penal-finalista.

Todavia, é pertinente o seguinte questionamento: No Brasil, há Direito Penal do inimigo?

Formalmente, ou seja, Direito Penal do inimigo atuando como Direito (na concepção de Jakobs), com regras pré-fixadas, não é encontrado no ordenamento jurídico penal brasileiro. Não há nenhuma regra estabelecida, nem no Código Penal brasileiro, nem em leis penais esparsas, que possua os ditames apregoados pelo Direito Penal do inimigo.

Porém, não se pode negar que essa vertente é aplicada sim, ainda que de forma informal.

Ora, uma organização criminosa tão forte, a ponto de atuar como poder paralelo ao Estado, e criada diante da insuficiência estatal, como o PCC (Primeiro Comando da Capital), encaixa-se nos termos de um “inimigo”, segundo o Direito Penal do inimigo. As mortes dos inúmeros membros dessa organização, consumadas por policiais militares e civis diante da grande ameaça que esses



sujeitos representam e pelo fato de serem encontrados em circunstâncias que possibilitaram essas mortes, ainda que não tenham, naquele momento, praticado qualquer crime e ainda que não tenham ensejado, por parte dos policiais (representantes do Estado), uma hipótese de legítima defesa ou de outra excludente de ilicitude, é, de fato, uma aplicação informal do Direito Penal do inimigo.

Nota-se, pela análise jurisprudencial, que o Direito Penal do inimigo não tem sido aceito pelos Tribunais brasileiros. Em decisão proferida no ano de 2009, pelo relator do TRF1, Tourinho Neto, fica nítido esse posicionamento, conforme se pode verificar pela ementa abaixo:

Processo penal. Habeas Corpus. Prisão decretada na sentença. Ordem Pública. Direito penal do inimigo. 1. A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública. 2. O requisito da ordem pública não se enquadra como medida cautelar propriamente dita, não diz respeito ao processo em si, daí dizer-se que é um modo de encarceramento como reação imediata ao crime, tendo como finalidade satisfazer ao sentimento de justiça da sociedade, ou à prevenção particular, a fim de evitar que o acusado pratique novos crimes. Mas é de atentar-se que conceito de ordem pública não é o que o juiz subjetivamente entende que seja, pois isso pode gerar insuportável insegurança jurídica. 3. A origem da prisão preventiva para garantir a ordem pública, segundo Aury Lopes Jr, "remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazi-fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender". 4. Não podemos ver o direito penal como inimigo daquele a quem se imputa um crime. O direito penal do inimigo não vê o homem e sim o sistema sócio-normativo. Daí dizer-se que esse pensamento é nazista. Essa razão de o MM Juiz a quo ter tachado a decisão da Turma que concedeu habeas corpus ao paciente por não estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública de absurda. 5. Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser liberal, democrático e garantista. 6. "O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação. A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis" (STF. Notícias, 13 de fevereiro de 2009) (57598 PA 2009.01.00.057598-5, Relator: Juiz Tourinho Neto, Data de Julgamento: 09/11/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/11/2009 e-DJF1 p.86)

Para finalizar, questiona-se na doutrina brasileira se o chamado RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), trazido pela Lei nº 10.792/2003, aplicado ao preso que pratica crime doloso tido como falta grave durante o cumprimento de sua pena, bem como ao preso provisório e condenado sobre o qual recaiam suspeitas de integrar organização criminosa, seria um exemplo de concretização do Direito Penal do inimigo e, portanto, inconstitucional.

Tendo-se em vista que esse regime diferenciado oferece como regras aos seus submetidos, por exemplo, uma cela individual, o direito de duas horas diárias ao banho de sol e duas visitas íntimas semanais, de duas horas cada uma (artigo 52 e incisos da Lei 10.792/03), não parece ser um exemplo de aplicação do Direito Penal do inimigo no Brasil e, menos ainda, um regime inconstitucional. Isso porque, fica nítida a garantia, ao sujeito, do respeito à sua dignidade humana, a manutenção de seu *status* de cidadão e de sua condição de pessoa.

Apenas a título de curiosidade, deve-se saber que a doutrina penal não esgota seus estudos nesse aspecto funcionalista do Direito Penal. O finalismo, e todas as suas teorias e vertentes, não é o que se tem de mais moderno na teoria geral do Direito Penal.

Os sistemas jurídico-penais se desenvolvem ao passo que a sociedade evolui, para que seja possível manter o respeito aos valores e princípios dessa mesma sociedade.

A concepção clássica do delito teve sua fonte no positivismo. A concepção neoclássica, veio do neokantismo. O sistema finalista teve sua base em Hans Welzel, ao passo que os sistemas funcionalistas encontram respaldo em Luhmann. Já o novo modelo significativo de ação, provém principalmente de Habermas e sua teoria da ação comunicativa. (BUSATO, 2005, p. 154).

Segundo os estudos de Paulo César Busato, a concepção significativa de ação parece ser a mais adequada ao Direito Penal moderno, tendo em vista que se constitui no conceito que melhor respeita e atende os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Essa teoria não se ocupa com o ontológico fundamentado no “ser”, tampouco com o axiológico do “dever ser”. Não preceitua a

ação como algo que o sujeito faz, mas sim como o significado daquilo que ele faz. Não advém do interior do indivíduo, nem de fatores externos, mas sim de uma relação entre o interior do homem e o meio externo. Com base nos ensinamentos de Habermas, a comunicação é justamente o resultado dessa interrelação que se produz em uma percepção. E uma percepção é tão somente um sentido. (2005, p. 152-157)

Referida teoria não está solidificada na doutrina penal, nem sequer tem suas estruturas concluídas. Porém, desde o seu desenvolvimento já encontra bases sólidas e, talvez por estar embasada nos ensinamentos de um grande penalista como Habermas, apresenta um grande potencial de vir a se tornar a principal teoria da ação em pouco tempo.

## 8 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto neste trabalho científico, é possível tecer as seguintes conclusões:

1. O crime, como fato social que é, e diante do caráter fragmentário do Direito Penal, é mais bem estudado pelo método analítico. Por sua vez, o conceito analítico de crime que divide o delito em três elementos essenciais é o mais utilizado pela doutrina em geral e também o adotado neste trabalho. O crime é, portanto, um fato típico, ilícito e culpável, e na ausência de qualquer um desses elementos, não há que se falar em fato delituoso. A tipicidade é composta pela conduta humana, que poderá ser a ação ou a omissão voluntária e consciente, bem como pelo agente, pelo resultado, e pelo nexos causal, sendo este último o liame entre a conduta e o resultado. A ilicitude constitui-se basicamente pela contrariedade entre a conduta praticada e o ordenamento jurídico, e poderá ser anulada diante de situações excludentes. A culpabilidade, diferentemente dos dois primeiros elementos, não recai sobre o fato, mas sobre o agente. É o juízo de reprovabilidade que recai sobre um agente imputável, que possuía potencial conhecimento da ilicitude e podia agir de outra forma, mas não o fez;

2. A ação, propriamente dita, também teve sua própria evolução histórica, e esta evolução pode ser traçada por meio das diferentes teorias que visaram conceituar esse elemento. A teoria causal da ação, primeira delas, é considerada por muitos autores a mais importante e revolucionária teoria da ação em razão de ter trazido, pela primeira vez, o conceito de tipo, conceito este que é mantido até os dias de hoje. Esta teoria considera a ação como um processo mecânico, que atua mediante a causalidade. A teoria social da ação considera ação apenas os fatos relevantes à sociedade, tendo em vista a intervenção mínima que deve ter o Direito Penal, mas sem considerar os fatos que, embora relevantes socialmente, são naturais e não dependem da atuação humana. A teoria jurídico-

penal da ação não possui grande destaque na doutrina, mas buscou solucionar os problemas apresentados pelas anteriores teorias;

3. A teoria finalista da ação, trazida à doutrina pelos estudos de Hans Welzel, buscou abolir as bases neokantistas vigentes à época. A teoria finalista propôs caracteres de caráter ontológico, anteriores ao Direito, visando, com isso, acabar com a onipotência do legislador. A ação, antes formulada por lei, agora levava em seu conteúdo elementos subjetivos pertencentes ao íntimo do sujeito. Esse elemento subjetivo nada mais é do que a finalidade do agente. A capacidade de prever as consequências de seus atos e agir de maneira finalista;

4. Diante do novo conceito de ação proposto pela teoria finalista, a qual é toda ação dirigida finalisticamente, concluiu-se que não é possível separar o conceito de ação, constante na tipicidade, do elemento subjetivo, da vontade do agente, da finalidade. Abandona-se a ação mediante uma causalidade “cega”. Por essa razão, o elemento volitivo saiu do juízo de culpabilidade, onde se localizava desde a causalidade, e passou a integrar a análise da tipicidade, mais especificamente o estudo da conduta humana;

5. A teoria finalista da ação contribui de forma excepcional na identificação de tipos penais. Por meio da análise da finalidade do agente, é possível diferenciar e determinar a concretização de tipos penais formalmente semelhantes, e até mesmo distinguir entre certos delitos consumados e tentados;

6. O finalismo de Hans Welzel respeita o indivíduo como ser pensante e responsável. Para muitos doutrinadores, esse conceito final de ação toma o sujeito como pessoa, enquadrando-se perfeitamente ao Estado Democrático de Direito, posto que respeita a dignidade do homem, impedindo que este seja punido por atos meramente causais;

7. A teoria finalista da ação coloca em destaque a teoria do injusto pessoal, posto que se preocupa com o estudo da ação, e não do resultado. O desvalor recai sobre a ação praticada, e essa conclusão desempenha papel significativo no tocante aos crimes culposos;

8. Mais do que uma teoria finalista da ação, os estudos de Hans Welzel representaram verdadeira revolução para a dogmática penal, constituindo um sistema jurídico-penal que permeia toda a teoria do delito, influenciando todos os outros elementos constitutivos do crime, além de que determina a estrutura dos ordenamentos jurídicos que o adotar. Muito embora tenha sido amplamente criticado por diversos penalistas, é fato que as bases dessa teoria são majoritariamente adotadas. Significa dizer que praticamente todos os doutrinadores adotam o posicionamento do elemento subjetivo constante no tipo penal, trazido por Welzel;

9. De fato, o finalismo limita a atuação do legislador, pois suas características demonstram que alguns elementos, constantes no íntimo da pessoa, são anteriores ao Direito e não podem por ele ser modificados. Quanto aos delitos culposos, objeto das principais críticas ao finalismo, conclui-se que este desempenha um desvalor sobre a ação, sobre o modo de execução da conduta. A finalidade, nesse caso, alcança apenas a conduta praticada, não chegando ao resultado. Isso porque, ainda que o resultado não tenha sido o desejado, ao agir em desconformidade com as normas de cuidado, o agente também atuou de maneira finalista. Hans Welzel admite a finalidade até mesmo em atos reflexos, pois acredita que a finalidade pode ser mensurada;

10. A teoria finalista da ação não buscou esvaziar o conceito de culpabilidade, mas complementá-lo. Também não foi a intenção do penalista alemão extirpar o conceito causal de ação, mas de complementá-lo;

11. Para se chegar à conclusão de que a culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovabilidade só pode recair sobre o sujeito se sua conduta podia ter sido evitada foi necessária uma grande evolução doutrinária. Evolução esta que ocorreu paralelamente às conquistas alcançadas no âmbito da ação penal. A culpabilidade era aplicada objetivamente, até que se percebeu que a evitabilidade de uma conduta se encontrava também no interior do agente. A concepção psicológica da culpabilidade, fundamentada ao tempo em que o elemento subjetivo ainda era componente essencial da culpabilidade, liga a voluntariedade e previsibilidade ao agente. A concepção normativa surgiu tentando complementar os estudos acerca da culpabilidade, posto que a perspectiva psicológica limitava seu conceito ao dolo e à

culpa. Referida concepção trouxe para o conceito de culpabilidade o juízo de reprovabilidade sobre o agente, exercido pela sociedade, além de manter, no âmbito desse elemento, o dolo e a culpa em sentido estrito. Com a vinda do finalismo no âmbito da ação, a culpabilidade foi novamente modificada. A culpabilidade passa a conter a imputabilidade do sujeito, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Portanto, até mesmo o criminoso habitual sem preceitos éticos pode ser considerado culpável, pois possui potencial conhecimento da ilicitude de seus atos. Para o finalismo, o juízo de censura recai sobre o agente, mas é exercitado pelo magistrado, representando a sociedade;

12. A teoria limitada da culpabilidade é aplicada ao erro de tipo e ao erro de proibição, posto que a falta do conhecimento da ilicitude não mais atinge o dolo, que está situado, agora, na análise da tipicidade. Se o tipo penal nada mencionar acerca da culpa, considera-se que só é admitido na modalidade dolosa, que é a regra geral. Portanto, se a conduta for, em razão do erro de tipo ou de proibição, desclassificada para a forma culposa e o tipo penal correspondente nada mencionar, haverá a tipicidade;

13. A transferência do dolo e da culpa em sentido estrito para a análise da tipicidade possibilitou, entre outras coisas, a volta da importância representada pela evitabilidade da conduta. O terceiro componente do juízo de culpabilidade era frequentemente esquecido, posto que os julgadores se lembravam apenas de, na culpabilidade, analisar a presença do elemento subjetivo. A análise da evitabilidade, com a transferência do dolo e da culpa, passou a ser obrigatória. O fato de o elemento subjetivo passar a integrar a tipicidade, e não mais a culpabilidade, também possibilitou a nítida diferenciação entre erro de tipo e erro de proibição, posto que um exclui a tipicidade e o outro se trata de uma dirimente;

14. A exigência do elemento psíquico, localizado na ação, trazida pelo finalismo, não foi rejeitada pelos doutrinadores que vieram à seguir. Porém, muitos não concordavam com essa simples antecipação subjetiva para realizar a imputação. Com base na busca da eliminação completa da causalidade na ação humana, êxito não logrado por Welzel, é que surgiu o funcionalismo. Esse sistema teve suas principais bases lançadas por Claus Roxin, sendo posteriormente

modificado por Günther Jakobs. O sistema jurídico-penal finalista é o mais adotado de forma geral, mas o funcionalismo tem ganhado importante destaque, principalmente entre os países europeus;

15. A vertente funcionalista de Claus Roxin recebe a qualificação de “funcional” ou “moderada”, posto que enxerga no Direito Penal a função de proteger os bens jurídicos penalmente relevantes, sendo essa função cumprida com base em políticas criminais associadas à dogmática penal. Os elementos normativos propostos pelo funcionalismo ultrapassam a barreira do ontologismo. Também esquematiza o Direito Penal com base em um sistema, a fim de se eliminar a arbitrariedade do poder estatal e conferir segurança jurídica. Busca a análise de cada caso, sem se aplicar a dogmática isolada e cega, visando a prevenção geral. Claus Roxin não contesta o posicionamento do elemento subjetivo na estrutura do delito, mas acredita que a constatação de elementos internos não é suficiente para resolver determinadas situações, sendo necessária também a análise de elementos normativos e externos;

16. Claus Roxin une, em seu funcionalismo, dois elementos antagônicos: a dogmática penal e a política criminal, buscando a efetivação do Estado Democrático de Direito por entender que ambos os elementos não podem divergir, mas atuar conjuntamente. Essa convivência entre dogmática e política criminal pode ser vista, concretamente, no ordenamento jurídico brasileiro por meio das excludentes de ilicitude e dirimentes, pois há verdadeira coexistência entre elementos puramente jurídicos com certa ponderação de valores;

17. Roxin apregoa que cada um dos elementos constitutivos do conceito analítico de crime deve ser analisado sob a ótica dessa convivência. A tipicidade deve cumprir com o que dispõe o princípio da legalidade. A ilicitude deve ponderar, ao mesmo tempo, interesses de cada um dos indivíduos e de toda a coletividade. Já a culpabilidade, deve ser analisada à luz da possibilidade de prevenção geral ou especial que a pena produz;

18. A política criminal, de forma geral, pode ser encontrada nos princípios constantes da Constituição Federal, todos pautados na preservação da



dignidade humana, sendo que a atividade legislativa deve ser limitada por esses princípios tanto na criação de novos dispositivos, quanto na aplicação concreta das sanções impostas por aqueles já criados, tendo-se em vista o caráter subsidiário e de *ultima ratio* do Direito Penal;

19. A proposta de Claus Roxin não induz a um Estado totalitário, que se utiliza de políticas criminais para impor o seu poder, indo contrariamente a ideia proposta por Welzel de limitar a atividade estatal com base em elementos pré-existentes ao Direito. Deve-se, acima de tudo, assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, direitos e garantias estes que já estão assegurados, na maioria dos países, nas Constituições;

20. Para eliminar a causalidade do conceito de ação, Claus Roxin formula sua própria teoria sobre este elemento. A teoria personalista da ação preceitua que ação é toda manifestação de personalidade do agente que a exterioriza. A ação, para essa teoria, não é mais um desenrolar causal, nem uma conduta praticada a partir de uma finalidade, mas toda a manifestação de personalidade de seu agente, desde o planejamento até a concretização;

21. A teoria da imputação objetiva do resultado, na concepção estudada pelo presente trabalho, foi desenvolvida (mediante critérios) por Claus Roxin com a finalidade de resolver as discrepâncias existentes no âmbito da definição do nexos de causalidade. Isso porque, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, constante do artigo 13, do Código Penal Brasileiro, de cunho causalista, posto que prorroga a análise subjetiva para o juízo de culpabilidade, causa um regresso ao infinito, não suficientemente limitado pela teoria da proibição do regresso;

22. Claus Roxin desenvolveu critérios para a teoria da imputação objetiva buscando aprimorar os estudos iniciados por Larenz e Honing. O primeiro critério para determinar a imputação consiste na ausência da diminuição de risco, que impede a imputação do sujeito que buscou diminuir o risco. A criação de um risco juridicamente relevante, bem como o aumento desse risco também são critérios que determinam a imputação. O âmbito de proteção da norma determina

que a norma protegerá apenas os bens jurídicos que foram lesionados de forma direta e que o resultado deve estar incluído nesse âmbito. O último critério formulado por Roxin consiste na realização do plano do autor, o qual, se aplicado, excluiria, por exemplo, a teoria da igualdade de valor constante no artigo 73 do *codex*, caso em que haveria um delito doloso tentado e um delito culposos consumado;

23. Outro fundamento para a aplicação da teoria da imputação objetiva deriva do fato de que a análise do elemento subjetivo também se mostra, em determinadas situações, insuficiente para a limitação da equivalência dos antecedentes causais;

24. Com a aplicação da teoria da imputação objetiva, o fato típico compõe-se na seguinte formação: conduta humana, resultado delituoso, nexo causal, tipicidade propriamente dita e imputação objetiva. Dessa forma, acontecimentos que eram considerados típicos, mas tinham sua ilicitude excluída na análise da antijuridicidade, com essa formação, poderão, certas vezes, serem tidos como atípicos;

25. É possível concluir que a pretensão de eliminar a teoria da equivalência dos antecedentes causais não foi alcançada, atuando a teoria da imputação objetiva como uma limitadora da responsabilidade penal juntamente com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, com a proibição do regresso e com análise do elemento subjetivo;

26. A teoria da imputação objetiva, nitidamente, foi desenvolvida em um sistema jurídico-penal funcionalista, posto que preocupa-se com elementos normativos e externos ao psíquico do agente, associando a dogmática jurídico-penal às políticas criminais;

27. A vertente funcionalista de Günther Jakobs diferencia-se da amostra de Roxin por apresentar um sistema bem mais radical, fechado em si mesmo, que não admite a influência de elementos normativos externos, mas somente aqueles elementos normativos oriundos do próprio sistema penal. Por essa razão, é denominado funcionalismo “sistêmico” ou “radical”. Jakobs busca encontrar a finalidade não só do Direito Penal, mas da pena. Porém, não com base em

elementos oferecidos pela política criminal, mas com base no próprio sistema jurídico-penal;

28. Para Günther Jakobs, o conceito de ação também é modificado segundo sua doutrina. Pela teoria da evitabilidade individual, de sua formulação, ação, para o Direito Penal, é todo ato praticado que leva a um resultado individualmente evitável;

29. Na teoria da imputação objetiva segunda a concepção de Jakobs, não se busca abandonar a teoria da equivalência dos antecedentes causais, mas a admite como objeto de limitação da imputação objetiva. Primeiro, analisa-se se houve onexo causal e, depois, verifica-se a presença dos critérios propostos por Roxin. É a vertente que melhor se adéqua ao artigo 13 do Código Penal Brasileiro, tendo-se em vista que a aceitação da teoria da imputação objetiva não exige alteração legislativa, encontrando embasamento no princípio da legalidade penal presente na Carta Magna;

30. Não haverá imputação, para Jakobs, quando houver a criação de um risco juridicamente permitido, bem como quando não forem observados os princípios da confiança e da proibição do regresso. Jakobs também se ocupa da capacidade e autonomia do agente para imputar-lhe um delito;

31. A teoria objetiva do tipo, de Jakobs, define o injusto penal de forma objetiva, levando em consideração a função que o indivíduo exerce em sociedade para lhe aplicar a imputação. Nesta teoria, divide-se a análise da imputação em duas fases: a qualificação da conduta como típica e a relação existente entre a conduta e o resultado produzido. Nesse aspecto fica evidente a funcionalidade na doutrina de Jakobs, pois ele se preocupa em analisar se a conduta possuía uma evitabilidade ao alcance do agente;

32. A teoria do Direito Penal do inimigo surge como uma terceira velocidade do Direito Penal. Porém, é errôneo classificá-la dessa forma, posto que, segundo a teoria das velocidades do Direito Penal, quanto maior a velocidade, menor será a severidade e ingerência do Estado na esfera de direitos do indivíduo. Na verdade, o Direito Penal do inimigo deveria constituir uma ultra-velocidade, uma

velocidade anterior à primeira, posto que representa um verdadeiro retrocesso na minimização do Direito Penal;

33. O Direito Penal do inimigo, trazido por Jakobs como mais uma matriz funcionalista, apregoa que o sujeito que infringe a norma penal de forma reiterada, tornando o crime como seu meio de vida, de forma a representar um verdadeiro risco para a ordem estatal e um verdadeiro “poder paralelo” ao Estado, deve ser tido não como pessoa, mas como um indivíduo não-pessoa, um inimigo do Estado. Basicamente, essa vertente busca punir o indivíduo pela periculosidade que ele representa ao poder estatal, e isso independe de ter esse sujeito concretizado a conduta delituosa de forma efetiva. Baseia-se em um Direito Penal do autor, e não do fato. Tem como fundamento a periculosidade, ou seja, o que o indivíduo pode vir a fazer e, por essa razão, tem caráter autoritário e prospectivo. Admite pena por tempo indeterminado e tutela antecipada criminal;

34. A teoria do Direito Penal do inimigo separa este último do Direito Penal do cidadão, aplicável aos sujeitos considerados pessoas, que não renunciaram ao seu *status* de cidadão. Diversamente do Direito Penal do inimigo, o Direito Penal do cidadão preserva a dignidade humana, é baseado na culpabilidade, preocupa-se com o que o sujeito fez ou deixou de fazer concretamente e no passado, tendo um caráter garantista e introspectivo;

35. No ordenamento jurídico-penal brasileiro é possível encontrar a tipificação de delitos que não passam da barreira do planejamento, como o delito de formação de quadrilha ou bando que, para sua configuração, não exige a concretização de nenhum crime, apenas a união de sujeitos com a finalidade de praticar esses crimes. Porém, não se trata de um exemplo de Direito Penal do inimigo, pois o sujeito não deixa de ser considerado cidadão e, muito menos, pessoa. Ao se submeter ao processo crime e à possível sanção penal, o acusado será tratado como ser humano que é, com todas as suas garantias protegidas, não sendo tratado como um inimigo. Ademais, não se pode ter a formação de quadrilha ou bando como um delito que enseja a aplicação do Direito Penal do inimigo, posto que não se trata, pelo menos à princípio, de uma organização criminosa atuante como poder paralelo ao Estado e que ameaça sua estrutura;

36. Jakobs justifica sua vertente afirmando que é um direito do próprio Estado proteger suas estruturas diante desses “inimigos”, e que o Direito Penal do inimigo por ser tido como “Direito” em razão de ter suas regras pré-fixadas, não permitindo a atuação mediante impulsos e informalidades. Além de que, para o penalista, o Direito Penal do inimigo deve se valer apenas quando for realmente necessário e uma excepcional parcela dos criminosos deve ser considerada inimiga, isto é, apenas aqueles criminosos que realmente ameaçam a ordem social;

37. Quanto à possibilidade de importação assistemática, ou seja, de aplicação de matrizes de um sistema jurídico-penal funcionalista, para um sistema de cunho finalista, como o brasileiro, conclui-se que, no que tange à aceitabilidade da teoria da imputação objetiva, esta pode ser aceita se aplicada de forma conjunta com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, presente do *codex* brasileiro, já limitada pela proibição do regresso, pelo método hipotético de eliminação e pela teoria da causalidade adequada, além da análise do elemento subjetivo do agente, atuando como verdadeira limitadora da responsabilidade penal. Pode ser assim aceita porque sua aplicação condiz com o Estado Democrático de Direito Brasileiro e com o Direito Penal de *ultima ratio* vigente, desde que, por óbvio, respeite os princípios básicos existentes nesse sistema e essa aceitabilidade pode ser vista em amostras da jurisprudência brasileira;

38. Já em relação ao Direito Penal do inimigo, a aceitação não pode ocorrer, e não tem ocorrido conforme a jurisprudência brasileira. Com base em argumentos não apenas emocionais, mas jus filosóficos e jurídicos, tem-se que essa vertente é incompatível com o Estado Democrático de Direito que é o Brasil. A qualidade de pessoa não pode ser retirada do indivíduo porque esta é uma qualidade natural de todo ser humano, e não uma característica dada (ou retirada) pela sociedade e até pelo próprio indivíduo. É um direito fundamental irrenunciável e imprescritível. Ademais, a ordem, social é relativa e contingente e, por isso, não se pode criar uma teoria que imponha certa concepção de mundo, como, por exemplo, o rótulo de “inimigo”. O Direito Penal do inimigo não aplica pena, mas medidas de coação e força física, posto que se destina à inimigos não-pessoas, e nisso também é incompatível com o Estado brasileiro. Direito só é Direito quando dirigido a uma

pessoa responsável e desde que respeite absolutamente sua dignidade humana, segundo os preceitos determinados pela Constituição Federal do Estado. Se assim não ocorre, não pode ser tido como Direito, sendo ilegítimo;

39. O Direito Penal do inimigo se mostra também incompatível com o sistema jurídico-penal finalista pelo fato de que não considera a ação segundo os preceitos determinados por Welzel, isto é, segundo a finalidade do indivíduo, mas se preocupa precipuamente com a periculosidade representada pelo sujeito perante a ordem social;

40. Pode-se afirmar que, no Brasil, não existe o Direito Penal do inimigo aplicado e aceito formalmente. Todavia, é inegável que existe de maneira informal e essa informalidade mostra-se visível no crônico combate entre o Estado, representado por sua polícia militar e civil, e fortes organizações criminosas como o Primeiro Comando da Capital. Quanto à discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado e possibilidade desse regime constituir um Direito Penal do inimigo, pela análise da própria lei é possível concluir que isso não é fato, pois, nesse instituto, o indivíduo não é, definitivamente, tratado como um inimigo do Estado;

41. Por fim, cumpre destacar que uma nova teoria da ação está sendo desenvolvida e aprimorada por grandes penalistas e com forte embasamento na teoria da ação comunicativa de Habermas, trazendo a ideia de que a ação constitui-se não naquilo que o homem faz, mas no significado de sua conduta. Não está, ainda, solidificada na doutrina penal, em especial a brasileira, mas já representa um grande avanço na busca pela preservação dos direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro de 1974. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm> > Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm) > Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1º de dezembro de 2003. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm) > Acesso em: 17 out. 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus.** 57598. Juiz Tourinho Neto: Brasília, 9 de novembro de 2009. Publicado em 20 de novembro de 2009 e-DJF1 p.86. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5665915/habeas-corporus-hc-57598-pa-20090100057598-5-trf1> > Acesso em 17 out. 2011.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAPEZ, Fernando. A delimitação do nexu causal e o crime de homicídio: os influxos da teoria da imputação objetiva. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. **Homicídio crime rei**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal; tradução de André Luís Callegari**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito penal; tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Gioacomolli**. 4. ed. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho**. São Paulo: RT, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal. Parte Geral – arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed., rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal**. 6837609. João Kopytowski: Paraná, 21 de outubro de 2010. DJ: 508. Disponível em: <  
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19511584/apelacao-crime-acr-6837609-pr-0683760-9-tjpr>> Acesso em 17 out. 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 7. ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v.1.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.



ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal; tradução: Luís Greco.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** 3. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão.** Rio de Janeiro, Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **O erro no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988.** 5<sup>o</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Tomo III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.