

2. DOCTRINA NACIONAL

2.3

INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FUNCIONALISTA DO DELITO –

Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal
e sistema jurídico-penal” de Roxin*

LUÍS GRECO**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Plano da investigação – 3. O sistema naturalista – 4. O sistema neokantiano – 5. O sistema finalista – 6. O sistema funcionalista ou teleológico-racional – 7. A moderna discussão dos conceitos da parte geral: 7.1 Conceito de ação; 7.2 Tipo e imputação objetiva; 7.3 Relações entre tipicidade e antijuridicidade; 7.4 Posição sistemática do dolo; 7.5 Conteúdo do dolo e consciência da ilicitude; 7.6 Culpa e dever de cuidado; 7.7 Causas de justificação; 7.8 Culpabilidade; 7.9 Punibilidade – 8. Conclusão – Apêndice – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de um estudo que tenta descrever o que tem ocorrido na teoria do delito nas últimas três décadas, no intuito de introduzir o leitor brasileiro ao sistema funcionalista do delito. Este sistema, já dominante há vinte anos na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, ainda é completamente desconhecido do público nacional, inexistindo, que eu saiba, qualquer trabalho de autores brasileiros a seu respeito. É para suprir esta lacuna, portanto, que o escrevi, e o apresentei no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, em Salvador. É um trabalho mais didático que crítico.

Numa primeira parte, faço um histórico da teoria do delito, começando no naturalismo, passando pelo neokantismo até chegar ao finalismo. Numa segunda parte, apresento o teor das propostas dos dois funcionalistas mais importantes da atualidade: Roxin e Jakobs. E, por fim, desço aos conceitos da teoria do delito, e apresento o estado atual das discussões a seu respeito. Acrescentei depois um apêndice, resumindo a apresentação oral do trabalho.

Palavras-chave: Sistema – Metodologia – Teoria do delito – Funcionalismo – Teleologismo – Política criminal – Conceito de crime.

(*) Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na UFBA, nos dias 13 e 15.04.2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal”. No item IX, acrescentei um apêndice, que contém um resumo dos pontos abordados durante minha apresentação oral e a discussão que se lhe seguiu.

(**) Agradeço ao Prof. Leonardo Greco e aos amigos Fernando Gama, Roberto Vasconcellos e Cláudia Cruz pela revisão.

1. Introdução

“O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”.¹ Com esta frase, pronunciada nesse que talvez seja o livro mais importante das últimas décadas na ciência jurídico-penal, dava a doutrina seu adeus ao finalismo, inaugurando uma nova era em seus esforços dogmáticos: a era do sistema funcionalista ou teleológico-racional do delito. Ainda assim, nós, brasileiros, estamos quase que completamente alheados a toda essa evolução. O máximo que sucede é encontrarmos cá e lá observações, ou de crítica total, ou de adesão incondicional, ao novo sistema, sendo poucas as manifestações verdadeiramente fundadas e esclarecidas.

Ao que parece, porém, esta situação vai aos poucos se alterando. Pode ser tido como um sintoma do interesse por este novo “ismo” o fato de que o I Congresso de Direito Penal e Criminologia, promovido em Salvador, lhe tenha consagrado um de seus painéis. Mas o estudante, que provavelmente já teve dificuldades em compreender o finalismo – e que deve estar ainda mais confuso em face de certas inovações brasileiras² –, ficará certamente perplexo diante desta nova tendência, ainda mais porque, ao contrário do finalismo, não provoca ela alterações tão visíveis no sistema, tais como deslocar o dolo para o tipo, mas parece manter, ao menos em seu aspecto exterior básico, o modelo finalista.³ É no intuito, portanto, de esclarecer o que seja o funcionalismo que escrevo este trabalho, o qual terá por isso mesmo cunho essencialmente descritivo, valendo-se de várias referências bibliográficas, sem excluir uma tomada de posição conseqüente no sentido do novo sistema.

2. Plano da investigação

Se há na dogmática penal algum conhecimento que se manteve quase inalterado desde os alvares do século, é o *conceito de crime* como ação típica,

(1) Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1973. p. 10; e na tradução brasileira, de minha lavra, *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 20.

(2) Certo setor da doutrina brasileira, esquecendo o ponto de partida jusfilosófico do finalismo, resumiu-o em duas idéias centrais, das quais só a primeira é correta: dolo no tipo, culpabilidade fora do conceito de crime. O estudante deve acautelar-se contra esta última invenção, ficando ciente de que nem Welzel, nem Maurach, nem Hirsch, nem finalista algum a defendeu. Por sorte, o engano vem sendo esclarecido por um setor mais comedido da doutrina brasileira: Luíz Régis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1999, p. 223 *et seq.*; Cezar Bittencourt, *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 317 *et seq.*; Zaffaroni/Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997, n. 345 *et seq.* Continua referência obrigatória a respeito do finalismo a clássica obra de Fragoso. *Lições de direito penal – Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

(3) Apesar das múltiplas variações, veja-se abaixo item 7.

antijurídica e culpável.⁴ Enquanto isso, o conteúdo que se adscreeveu a cada uma dessas categorias se alterou profundamente, de modo que se faz mister examiná-las mais a fundo.

Creio didático começarmos por um rápido e esquemático esboço da evolução da teoria do delito,⁵ partindo do início do século, do sistema naturalista, passando pelo neokantiano, para depois irmos ao finalista. E isso não só por ser impossível que o estudante compreenda o funcionalismo, se não está familiarizando com os movimentos metodológicos anteriores, como também porque, enquanto síntese entre tendências dos movimentos anteriores, ele os pressupõe.

3. O sistema naturalista

O sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores. Daí a preferência por *conceitos valorados*, emprestados às ciências naturais, à psicologia, à física, à sociologia.

O sistema tem caráter eminentemente *classificatório*. Tem-se uma quantidade de elementares, que são distribuídas pelas diferentes categorias do delito do modo mais seguro e objetivo que se pode imaginar: através de critérios formais, sem atender minimamente ao conteúdo.

Assim é que o conceito de ação surge como o *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os outros pressupostos do crime.⁶ É um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo.⁷

(4) Mas ainda aqui há pequenas variantes, como as que suprimem o conceito de ação, ou as que fundem a tipicidade e a antijuridicidade, ou acrescentam um quinto elemento, a punibilidade. Sobre as inovações de certo setor da doutrina brasileira, qual seja, a de retirar a culpabilidade do conceito de crime em nome da teoria finalista da ação, veja-se a nota 2.

(5) Além da bibliografia referida nas notas, consultei, para a elaboração deste panorama evolutivo, principalmente as seguintes obras: Jescheck/Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996. p. 194 *et seq.*; Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1997. vol. I, § 7; Schünemann. "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 1 *et seq.*; e o nosso Juarez Tavares. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980.

(6) Radbruch. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, reedição de 1967 da obra de 1904, p. 71-72.

(7) Liszt. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguet & C. Editores. 1899. t. I, p. 193; adotam o conceito de Liszt

Logo depois, assim que adentramos nas categorias jurídicas do delito, começa a distribuição classificatória das elementares. Existem elementares objetivas e subjetivas, descritivas ou valorativas. O positivista age de modo unívoco, classificando por critérios formais: tudo que for objetivo é posicionado no injusto; já o subjetivo vai para culpabilidade. E tudo que houver de valorativo cai na antijuridicidade; o tipo e a culpabilidade são puramente descritivos.

O sistema acaba com a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos; a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. O tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente e o fato.

Este método naturalista de construção de conceitos já foi objeto de muitas críticas, com as quais até está familiarizado o estudante brasileiro. Além de ser incapaz de resolver inúmeros problemas sem cair em contradições,⁸ apontaremos as duas que julgamos fundamentais: o direito, como sistema de valores, nada tem a fazer com categorias avaloradas. O fato, por exemplo, de a causa ser a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido⁹ não implica que o direito penal se contente

também Aníbal Bruno. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967. t. I, p. 296; e Jimenez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires : Editorial Losada, 1965. t. III, p. 331 (n. 1.046), se bem que já livres da sistematização do naturalismo. O naturalismo de Liszt fica ainda mais patente na definição que dá esse autor da comissão (op. cit., p. 198): "Comissão é a causação do resultado por um ato de vontade. Este apresenta-se como movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psicofísica, mas por idéias ou representações e efetuada pela enervação dos nervos motores".

- (8) As contradições em que o sistema naturalista se envolvia foram um dos pontos preferidos da crítica finalista. Um dos argumentos preferidos do finalismo, que levaria à ruína a tipicidade puramente objetiva, era a inequívoca existência de um elemento subjetivo no crime tentado (Welzel. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin : DeGruyter, 1969. p. 40). E como esses atritos sistemáticos também foram encontrados no sistema neokantiano – que mantinha um injusto essencialmente objetivo, apesar de permeado por elementos subjetivos –, os finalistas acabaram por unir essas duas tendências, tão grandemente contrapostas, sob o rótulo de "causalistas", o que gerou imensa confusão entre nós. Pois o estudante brasileiro acaba sendo levado à errônea noção de que tudo que não é finalista é causalista, quando, de certa forma, há muito mais em comum entre o finalismo e o naturalismo que entre este e o neokantismo (mais detalhes abaixo, item 5: a palavra chave é a *falácia naturalista*).

Definitivamente, deve ser abandonado o hábito finalista de chamar de causalista tudo que antecedeu a este sistema.

- (9) Assim, por exemplo, o art. 13, do CP. A respeito da fórmula da *conditio sine qua non*, veja-se V. Buri. *Über Kausalität und deren Verantwortung*. Ferdinand Keip Verlag, reedição de 1970 do livro de 1873, p. 1 *et seq.*

com a causalidade para imputar ao autor um delito consumado. O naturalismo conseqüente se vê obrigado a chamar de adúltero aquele que constrói a cama no qual se consuma o adultério, declarando a ação de construir a cama típica e ilícita, porque causadora do resultado, para tentar livrar o marceneiro de pena mediante considerações de culpabilidade (o que, observe-se, nem sempre será possível). O conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos. Tudo depende da importância que confere o direito ao fato natural, de uma valoração de que este se torna objeto, a qual instantaneamente faz com que ele deixe de ser puramente natural, adentrando o mundo do jurídico. Enfim, o primeiro defeito do naturalismo é incorrer naquilo que a filosofia moral chama de *falácia naturalista*:¹⁰ parte do pressuposto de que o ser é capaz de resolver os problemas do dever ser, ou, noutras palavras, de que aquilo que é, só por ser, já deve ser, o que é uma evidente falácia.

O segundo defeito é o *caráter classificatório e formalista do sistema*, que imagina que todos os problemas estão de antemão resolvidos pela lei, bastando a subsunção desvalorada e automática para dar-lhes o tratamento mais justo e político-criminalmente correto. Assim é que, por exemplo, o nosso marceneiro, se soubesse (dolo) que a cama que constrói seria usada em um adultério, teria de responder por adultério, o que é um evidente absurdo.

4. O sistema neokantiano

O sistema neokantiano ou neoclássico do delito é fruto da superação do paradigma positivista-naturalista dentro do direito. Com a filosofia de valores do sudoeste alemão (*Windelband, Rickert*), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores.¹¹ Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas –, o que implica referi-los a finalidades e a valores.

Substitui-se, portanto, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um *sistema teleológico, referido a valores*. Ao invés de distribuir as elemen-

(10) A respeito, vejam-se as rápidas indicações de Ottfried Höffe. *Immanuel Kant*. Trad. Marshall Farrier. New York : State University of New York Press, 1994. p. 164. Este conhecimento costuma ser atribuído a Hume. *A treatise of human nature*. London : Penguin, 1985. livro III, parte I, seção I (p. 507 *et seq.*). Sousa e Brito. “Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung”. In Schünemann/Figueiredo Dias (eds.). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln : Carl Heymanns Verlag, 1995. p. 71 *et seq.*, (p. 71), esclarece as diferenças entre a conclusão dedutiva das ciências do ser e o silogismo prático, que fundamenta o juízo de dever ser, mostrando a impossibilidade lógica de saltar de um plano a outro.

(11) Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1991. p. 92 *et seq.*

tares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a *fundamentação material* das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à *construção teleológica dos conceitos*, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível.

Em alguns autores,¹² o conceito de ação perde sua importância, preferindo-se começar de pronto com o tipo, tendência essa, porém, que não parece ter sido majoritária.

O tipo é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica; isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, antijuridicidade tipificada,¹³ em que também existem elementos subjetivos e normativos. A distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo em alguns autores¹⁴ a teoria dos elementos negativos do tipo, que vê na ausência de causas de justificação um pressuposto da própria tipicidade.

A antijuridicidade deixa de ser formal, contrariedade à norma, para tornar-se material: lesividade social.¹⁵ Com isso abriu-se espaço para a sistematização teleológica das causas de justificação e para a busca de seu fundamento, que era buscado em teorias que consideravam lícito o fato que fosse “um justo meio, para um justo fim”,¹⁶ ou aquelas ações “mais úteis que danosas”.¹⁷

A culpabilidade torna-se culpabilidade normativa:¹⁸ juízo de reprovação pela prática do ilícito típico. Florescem as discussões em torno do conceito de exigibilidade.¹⁹

Em virtude da crítica finalista, que reuniu ambos os sistemas neokantiano e naturalista sob o mesmo rótulo, de causalistas, chegou-se mesmo a desprezar a

(12) Radbruch. “Zur Systematik der Verbrechenslehre”. *Festgabe für Reinhardt Frank*. 1930, reedição de 1969. vol. I, p. 158 *et seq.* (p. 161-162).

(13) Mezger. *Tratado de derecho penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1955. t. I. p. 364; Sauer. *Derecho penal – Parte general*. Trad. da 3. ed. alemã, de 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona : Bosch, 1956. p. 111: “tipicidad es antijuridicidad tipificada”.

(14) Por exemplo, Radbruch. *Zur Systematik...*, p. 164. Note-se, porém, que Mezger e Sauer, apesar de bem próximos desta concepção, não a defenderam expressamente. Sauer diz que sua doutrina se distingue da teoria dos elementos negativos do tipo mais por uma questão de terminologia (*Derecho penal...*, p. 103-104).

(15) Veja-se, entre outros, Sauer. *Derecho penal...*, p. 95.

(16) Era a chamada teoria do fim (Zwecktheorie), defendida por Dohna. Veja-se, a respeito, Roxin, *Strafrecht...*, p. 14-38; Luzón Peña. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona : Bosch, 1978. p. 90 *et seq.*

(17) Sauer. *Derecho penal...*, p. 101.

(18) Frank. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Giessen : Alfred Töpelmann Verlag, 1907. p. 11: “Culpabilidade é reprovabilidade”.

(19) Fundamental é o pequeno estudo de Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1922.

capacidade de rendimento do método referido a valores, acusando-o de não passar de um aprofundamento nos dogmas do positivismo,²⁰ incapaz de resolver sem atritos problemas como o da tentativa. Porém, como se verá logo adiante, a *materialização* das categorias do delito e a *construção teleológica de conceitos*, que escapam tanto ao formalismo classificatório como à falácia naturalista do sistema anterior, compõem justamente o legado permanente do neokantismo, que hoje não cessa de ser valorizado pelo funcionalismo.

Porém, e neste ponto a crítica do finalismo, que logo abaixo veremos, não deixa de ter sua razão, o neokantismo pagou um preço alto para livrar-se da falácia naturalista, que foi isolar-se da realidade num *normativismo extremo*. O neokantiano parte do pressuposto de que o mundo da realidade e o mundo dos valores formam compartimentos incommunicáveis, não havendo a menor relação entre eles (*dualismo metodológico*):²¹ logo, acaba-se esquecendo que o direito está em constantes relações com a realidade, e que a realidade também influi sobre o direito, mais: que direito e realidade se interpenetram e confundem. Os objetos de regulamentação possuem certas estruturas interiores a que o direito, sem dúvida, deve procurar respeitar;²² e muitos dados fornecidos pela observação empírica devem conseguir introduzir-se em algum lugar na sistemática do delito.

Se não conseguiu o neokantismo chegar a resultados plenamente satisfatórios em várias questões,²³ isso se deve não à deficiência do método referido a valores, como pensam os finalistas, mas especialmente à *desordem dos pontos de vista valorativos* com os quais os neokantianos trabalhavam, consequência

(20) Welzel. *Diritto naturale e giustizia materiale*. Trad. da 4. ed. alemã de 1962, Milano : Giuffrè, 1965 (p. 287-288), cita Erich Jaensch, para quem o neokantismo seria uma “teoria complementar do positivismo”, e vai além, acusando-o de não passar de uma “conservação e reforço do conceito positivista de direito”.

(21) A respeito, veja-se Radbruch. *Rechtsphilosophie*, republicação da 3. ed. de 1932. Heidelberg : C. F. Müller, 1999. p. 13 *et seq.*, que fez deste princípio um dos fundamentos de seu sistema filosófico.

(22) Confira-se abaixo, item 5, para a posição dos finalistas, e 6, para a do funcionalismo roxiniano, de que sou partidário.

(23) Podemos citar, especialmente, a problemática do erro: os adeptos do sistema neokantiano sustentavam majoritariamente que o dolo fosse *dolus malus*, compreendendo também a consciência da ilicitude (teoria do dolo), o que levava a consequências insuportáveis, benéficas especialmente para o agente insensível às exigências do direito, que, por desconhecer a ilicitude de seu agir, jamais possuiria dolo. Mas, como veremos logo adiante, o método finalista igualmente não é infalível, e a prova mais cabal disso é a teoria estrita da culpabilidade, defendida de modo enérgico por Welzel (*Strafrecht...*, p. 168) e seus discípulos (por exemplo, Armin Kaufmann. “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982, p. 47 *et seq.* (p. 48-50)), que sem cair no extremo da teoria do dolo, cai no extremo oposto, punindo por crime doloso aquele que supõe presentes os pressupostos de justificação. Para o finalista, quem age em legítima defesa putativa age dolosamente.

direta de um postulado essencial neokantiano: o *relativismo valorativo*.²⁴ O neokantiano chega até a referir-se a valores (método referido a valores), mas não opta entre eles, por julgar uma tal opção cientificamente impossível. E é aqui, na substituição de valorações difusas e não hierarquizadas do neokantismo por valorações político-criminais referidas à teoria dos fins que possuem a pena e o direito penal dentro de um Estado material de direito, que assenta o funcionalismo, como adiante veremos.²⁵

5. O sistema finalista

O sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: a *lógica da coisa* (Sachlogik). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade. Deve, portanto, descer ao chão, estudar essa realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, e só após haver descoberto suas estruturas internas, passar para a etapa da valoração jurídica. “Os conceitos científicos não são variadas ‘composições’ de um material idêntico e avalorado, mas ‘reproduções’ de pedaços de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não foram fruto da criação do cientista”.²⁶ Qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea.²⁷

(24) Veja-se novamente Radbruch, *Rechtsphilosophie...*, p. 17 *et seq.*, que faz do relativismo valorativo o segundo pilar básico de seu sistema filosófico, ao lado do dualismo metodológico.

(25) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 13 e p. 48 *et seq.*; e, na tradução brasileira, p. 25 *et seq.*, p. 96 *et seq.*

(26) Welzel. “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975. p. 29 *et seq.* (p. 79).

(27) É especialmente claro o seguinte trecho de Welzel: a teoria finalista da ação (“(...) parte do axioma de que a matéria e a regulamentação jurídicas não estão, ou pelo menos não completamente, subordinadas ao poder de disposição do legislador, mas de que ele se encontra, isso sim, vinculado a determinadas estruturas lógico-reais, que em certa medida lhe apontam qual é a regulação correta, de modo que quando ele as perca de vista, não atingirá seu objetivo: construirá muito mais uma regulação inadequada, contraditória e lacunosa. Essas estruturas lógico-reais são o objeto eterno da ciência jurídica, que também preexistem ao legislador” (*Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*. Karlsruhe : C. F. Müller, 1953, p. 4.) Veja-se, também, o trabalho de seu discípulo, Armin Kaufmann, sobre os delitos omissivos, que começa com extensa investigação a respeito da ontologia da omissão, antes de partir para a omissão típica: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen : Otto Schwarz Verlag, 1988, especialmente p. 16 *et seq.*; e entre nós, Zaffaroni/Pierangeli. *Manual...*, n. 160 e 191.

Pode-se apontar, porém, uma outra corrente dentro do finalismo, encabeçada pelo discípulo de Welzel, Stratenwerth. *Das rechtstheoretische problem der “natur der*

A primeira dessas estruturas que importam para o direito, cuja lógica intrínseca ele deve respeitar (chamadas estruturas lógico-reais – sachlogische Strukturen), é a natureza finalista do agir humano.²⁸ O homem só age finalisticamente; logo, se o direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas.²⁹ Daí decorre, entre outras coisas, que o dolo deva pertencer ao tipo: o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre esta estrutura lógico-real, assim que ela se dirija à realização de um tipo.³⁰

É sobre o conceito de ação que se edifica todo o sistema. “A teoria da ação agora desenvolvida é a própria teoria do ‘delito’”, diz Welzel.³¹ Todas as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidas por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular.

O tipo torna-se a descrição de uma ação proibida – deixa de ser um tipo de injusto, tipificação de antijuridicidade, para tornar-se um tipo indiciário, no qual se enxerga a matéria de proibição (Verbotsmaterie).³² Como só se podem proibir

sache”. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1957, que assume uma posição mais próxima do neokantismo. As estruturas lógico-reais não teriam existência absoluta, como em Welzel, mas dependeriam de uma prévia valoração, à qual caberia dizer quais dentre elas são relevantes: “As estruturas lógico-reais são – dito de modo definitivo – dados ônticos, que parecem essenciais a partir de determinada perspectiva” (p. 17). E a perspectiva valorativa da qual parte o direito atual é a condição do homem enquanto “pessoa” (p. cit.); uma vez reconhecido que o homem é pessoa, capaz de autodeterminar-se, deve o direito reconhecer também a estrutura finalística de seu agir. Mas como essa primeira valoração poderia ser distinta, as estruturas lógico-reais de Stratenwerth não são absolutas, como em Welzel, mas meramente relativas (p. 24).

(28) Welzel. *Aktuelle Strafrechtsprobleme...*, p. 4: “A mais importante dessas estruturas lógico-reais no direito é a ação”.

(29) Armin Kaufmann. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976. p. 144.

(30) Niese. *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1951. p. 12; Welzel. *Strafrecht...*, p. 61. Já o porquê de a finalidade não dever fazer parte do tipo subjetivo do delito negligente é um problema que os finalistas nunca conseguiram resolver corretamente, nem mesmo após a recente tentativa de Struensee (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em GA 1987, p. 97 *et seq.*), de afirmar um tipo subjetivo na culpa. Não é à toa que ironizou Arthur Kaufmann: “A história da teoria finalista da ação é a história de suas tentativas múltiplas e sempre outra vez modificadas de apreender o delito culposo” (“Die ontologische Struktur der Handlung”. *Schuld und Strafe*. 2. ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983. p. 11 *et seq.*, p. 26).

(31) Welzel. “Studien zum system des Strafrechts”, ZStW 59 (1939), p. 491 *et seq.* (p. 497).

(32) Welzel. *Strafrecht...*, p. 54; Armin Kaufmann. *Teoria da norma jurídica...*, p. 143 *et seq.*; Stratenwerth. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3 ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1981. § 7/172; já Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español – Parte general*. 6. ed. 1. reimpressão, Madrid : Tecnos, 1999. vol. II, p. 96, critica a concepção welzeliana, preferindo entender o tipo como tipo de injusto.

ações finais, o dolo integra o tipo. Da mesma forma que os tipos são vistos formalmente, como meras normas proibitivas, também as causas de justificação não passam de tipos permissivos. E como têm por objeto ações finalistas, surge a exigência do elemento subjetivo de justificação.

O ilícito, materialmente, deixa de centrar-se no dano social, ou ao bem jurídico, para configurar um ilícito pessoal (personales Unrecht),³³ consubstanciado fundamentalmente no desvalor da ação,³⁴ cujo núcleo, por sua vez, é a finalidade.

A culpabilidade, por sua vez, torna-se juízo de reprovação calcado sobre a estrutura lógico-real do livre arbítrio, do poder agir de outra maneira.³⁵ O homem, porque capaz de comportar-se de acordo com o direito, é responsável quando não age desta forma.

Sem dúvida, foi sadio o apelo do finalismo a que atentássemos para as estruturas lógico-reais. Porém, se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à *falácia naturalista*, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico.³⁶ E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que “o direito só pode proibir ações finalistas”, baniram o resultado do ilícito,

(33) Daí a famosa frase de Welzel, *Strafrecht...*, p. 62: “O ilícito é ilícito pessoal, referido a um autor” (“Unrecht ist täterbezogenes, personales Unrecht”); veja-se, também, Armin Kaufmann, *Teoria da norma...*, p. 145.

(34) Welzel. *Strafrecht...*, p. 62; Busch. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. 3. ed. Bogotá : Temis, 1992. (Trad. do estudo de 1949), p. 66: “El delito es en verdad violación o exposición de bienes jurídicos, pero ante todo es la ejecución de una voluntad hostil a la sociedad”. Essa concepção foi levada ao extremo pela vertente de Armin Kaufmann e seus discípulos: vejam-se Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”. *Festschrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974. p. 393 *et seq.*; Zielinski. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Berlin : Duncker & Humblot, 1973. p. 143: “O injusto é o ato finalista contrário ao dever – e nada mais do que ele”. Para estes autores, o desvalor subjetivo da ação esgota o ilícito, ficando o resultado como mera condição objetiva de punibilidade. A tentativa inidônea (crime impossível) é, portanto, o crime perfeito.

(35) Escreve Welzel: “A culpabilidade (...) fundamenta a reprovação pessoal contra o autor, por não ter deixado de praticar a ação antijurídica, apesar de tal lhe ser possível” (*Strafrecht...*, p. 138). Entre nós, vejam-se Cézár Bittencourt. *Manual...*, p. 345; Zaffaroni/Pierangeli. *Manual...*, n. 349 *et seq.*

(36) Gimbernat, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1999. p. 101, é irônico: “El método que sigue Welzel es – expresándolo de una manera algo exagerada y polémica – el siguiente. Previamente y antes de tomar contacto con la realidad juridico-penal, examina la estructura ontológica de la acción, afirma que el dolo pertenece al tipo... y, en una asombrosa supervalorición del pensamiento sistemático, decide que ya está todo solucionado”.

declarando a tentativa inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação.³⁷ Mas não é só na falácia naturalista que se aproxima o finalismo do sistema clássico, como também no *dedutivismo formalista e classificatório*. A materialização das categorias do delito, mérito imorredouro do neokantismo, foi por vezes esquecida. O tipo tornou-se formal, mera matéria de proibição; assim também a antijuridicidade parece voltar a ser inexistência de excludentes de ilicitude. Também a importância excessiva dada ao posicionamento sistemático de certos elementos – se o dolo está no tipo ou na culpabilidade – demonstra a tendência classificatória.³⁸

Por fim, e esta talvez seja a crítica mais demolidora, o finalismo, após dar inúmeras contribuições imorredouras para a teoria do delito, parece ter-se *esgotado em sua capacidade de rendimento*. O mais autorizado representante do finalismo, Hirsch,³⁹ parece nada mais fazer que criticar tudo que vem sendo criado desde a morte de seu professor Welzel, chegando mesmo a declarar “duvidoso que, após o esforço espiritual empenhado durante décadas na construção do atual sistema jurídico-penal, seja pensável erigir um novo”,⁴⁰ os recentes avanços parecem-lhe motivados por um infantil “afã de novidade”.⁴¹ O sistema dos finalistas, eterno e atemporal,⁴² pretende fornecer soluções acabadas, o que não passa de uma confissão de sua incapacidade de fornecer respostas a complexos problemas

(37) Vejam-se os estudos de Armin Kaufmann e Zielinski, citados à nota 34, e, além deles: Schaffstein, “Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten”. *Festschrift für Welzel...*, p. 557 *et seq.*; Suarez Montes. “Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?”, na mesma edição comemorativa, p. 379 *et seq.* Também a teoria estrita da culpabilidade, que queria condenar por crime doloso aquele que atuasse na errônea suposição dos pressupostos de justificação, foi outra prova de que nem sempre as estruturas lógico-reais são sensíveis à realidade axiológica, à dimensão do justo e do político-criminalmente correto.

(38) Essa crítica é feita por Schmidhäuser. “Zur Systematik der Verbrechenslehre”. *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1968. p. 268 *et seq.*, p. 274. Já Engisch. “Sinn und tragweite juristischer systematik”. *Beiträge zur Rechtslehre*. Frankfurt a. M. : Vittorio Klostermann, 1984. p. 88 *et seq.* (p. 122), reconhece bastante importância às discussões sobre a posição sistemática de um conceito: “o material recebe, através de sua localização sistemática, a definição de seu conteúdo”, incorrendo numa sobrevalorização inaceitável do pensamento sistemático. A classificação é que deve orientar-se pela matéria jurídica, e não o material pela classificação (veja-se abaixo, 6).

(39) Hirsch. “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel”. *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1988. p. 399 *et seq.*

(40) Hirsch, op. cit., p. 426.

(41) Hirsch, op. cit., p. 419.

(42) O finalista Armin Kaufmann. *Teoria da norma jurídica...*, p. 12, referindo-se a G. Husserl, considera que a tarefa da dogmática consiste “na elaboração de um sistema de conceitos fundamentais puros e atemporais, que formam uma área de possibilidades apriorísticas do direito”.

normativos. Afinal, o que podem dizer as estruturas lógico-reais a respeito, por exemplo, do início da execução na tentativa, ou da escusabilidade do erro de proibição, ou da concretização do dever de cuidado, no delito negligente? Nada mais do que algo bem genérico, que precisará ser precisado à luz de outras considerações.⁴³

6. O sistema funcionalista ou teleológico-racional

Feitas essas considerações históricas, voltemos os olhos para a atualidade.⁴⁴ O que é o *funcionalismo*? Em primeiro lugar, deixemos claro que não existe um funcionalismo, mas diversos. Podemos, mesmo assim, utilizar como uma primeira aproximação a que formula um de seus mais destacados partidários, Roxin:⁴⁵

(43) A respeito de que considerações estas sejam, veja-se abaixo, 6. Avançando as palavras-chave: *valorações político-criminais, fins da pena e do direito penal, resistência da coisa*.

(44) Este estudo não desconhece que, ao lado da tendência funcionalista, existem outras que contam com valorosos representantes. Seria entretanto impossível apresentá-las todas nos limites deste trabalho; contentar-nos-emos com curtas indicações, indicando obras mais relevantes. Em primeiro lugar, é claro, há o círculo dos *finalistas* (cada vez mais reduzido), no qual se destacam Hirsch ("Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel". *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1988. p. 399 *et seq.*) e alguns outros, como Struensee (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em: GA 1987, p. 97 *et seq.*), Küpper (*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin : Duncker & Humblot, 1990), Cerezo Mir. (*Curso...*); alguns deles, como Cerezo, deixaram de reconhecer a força argumentativa das estruturas lógico-reais. Há também o círculo dos *hegelianos*, em regra discípulos de Ernst A. Wolff (por exemplo, *Kausalität von Tun und Unterlassen*. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1965), que partem de uma concepção retributiva da pena, e tentam enxergar o crime através das categorias da metafísica do idealismo alemão – em especial, a liberdade. O monumento máximo desta tendência é o recente manual de Michael Köhler (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1996). Podemos apontar uma terceira tendência, dos adeptos da *filosofia analítica*, como Hruschka (*Strafrecht nach logischer analytischer Methode*. 2. ed. Berlin/New York : DeGruyter, 1988), que querem evitar ao máximo possível as valorações, tentando resolver os problemas através de uma minuciosa análise da linguagem. E, por fim, os *eccléticos* – Jescheck/Weigend (*Lehrbuch...*), Wessels/Bauke (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 28. ed. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 1998), Zipf (In Maurach/Zipf, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 8. ed. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 1992, vol. I), Bockelmann/Volk (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987), autores que não se atêm a pressupostos metodológicos precisos, mantendo o sistema aberto para qualquer método que se demonstre capaz de chegar a bons resultados.

(45) Roxin. *Strafrecht...*, § 7/24. Ao leitor que desejar informar-se mais aprofundadamente, fica indicado o estudo de Schönemann, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken". In Schönemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 1 *et seq.*, um dos mais didáticos e claros que já se escreveram a respeito do funcionalismo.

“Os defensores deste movimento estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal”.

São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela *missão constitucional do direito penal*, que é *proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial*.⁴⁶ Os conceitos são submetidos à *funcionalização*, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas.⁴⁷

A teoria dos fins da pena, adquire, portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do delito (*prevenção especial*). Mas enquanto as concepções tradicionais⁴⁸ da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva).⁴⁹ Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da pena, surge tam-

(46) Uma exceção é o posicionamento de Jakobs, *Strafrecht...*, § 2/1 *et seq.*, que rechaça a idéia do bem jurídico, considerando que a missão do direito penal está em proteger a validade das normas. Em “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997. Trad. Peñaranda Ramos, p. 293 *et seq.* tenta Jakobs demonstrar que o conceito de bem jurídico nada tem de liberal, o que porém não convence, se nos lembrarmos da época em que se descartou tal conceito. Esta concepção de Jakobs permanece minoritária entre os funcionalistas.

(47) Schünemann. *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, em: GA 1985, p. 341 *et seq.*, (p. 346): “Para uma construção de conceitos escolhida nos conhecimentos inesquecíveis do neokantismo, está claro que o conteúdo do conceito depende do valor relacional, isto é, da função do conceito”.

(48) Beccaria. *Dos delitos e das penas*. 11. ed., 4. reimpressão. São Paulo : Hemus. Trad. Torrieri Guimarães, 1996, § 3, p. 15; Feuerbach. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 14. ed. Mittermayer, 1847. § 13, p. 38, apud Roxin. In Roxin/Arzt/Tiedemann. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 3. ed. Heidelberg : C. F. Müller, 1994, p. 43.

(49) A teoria da prevenção geral positiva é hoje francamente majoritária, inclusive entre penalistas não adeptos do funcionalismo. Entre os funcionalistas, citemos: Schmidhäuser, *Einführung in das Strafrecht*. 2. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1984. p. 58, e Jakobs, *Strafrecht...*, § 1/15 a defendem em toda a sua pureza; Mir Puig, “Función fundamentadora e función limitadora de la prevención general

bém a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinquent, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa). E a categoria do delito que mais fortemente vem sendo afetada pela idéia da prevenção é a da culpabilidade, como veremos logo abaixo.⁵⁰

Um exemplo esclarecerá a diferença entre o método finalista e o funcionalista: a definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel⁵¹ resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é vontade de realização (*Verwirklichungswille*); como tal, ela compreende não só o que o autor efetivamente almeja, como as consequências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. Assim sendo, conclui Welzel que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, finalidade dirigida à realização de um tipo, abrange as consequências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo.⁵²

positiva". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994. p. 129 *et seq.*, é mais temperado. Roxin, "Sentido e limites da pena estatal". *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa : Vega Universidade, 1993. p. 15 *et seq.* (p. 43), defende uma "teoria unificadora dialética", que integra a prevenção geral e especial nos limites da culpabilidade; essas idéias foram reiteradas, sinteticamente, há poucas semanas, em Roxin. *Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a 2.ª Guerra Mundial* – Discurso proferido no seminário internacional de Direito Penal, ocorrido em março de 2000, na Universidade Lusíada de Lisboa, inédito, item IV; em sentido similar, Figueiredo Dias. "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999. p. 86 *et seq.* (p. 129 *et seq.*). Fernando Gama. *Elementos éticos para a conceituação da pretensão punitiva*, inédito, que transporta a teoria dos fins da pena para o processo penal, chegando a notáveis resultados.

Entre os não funcionalistas, vejamos Welzel, *Strafrecht...*, p. 238 (apesar de este autor se considerar um adepto de uma teoria retributiva, hoje é comum caracterizá-lo como defensor da prevenção geral; neste sentido, por exemplo, seu aluno Armin Kaufmann. "Hans Welzel zum Gedenken". *Strafrechtsdogmatik...*, p. 279 *et seq.* p. 289); Hassemer. "Variationen der positiven Generalprävention". In Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (editores). *Positive Generalprävention*. Heidelberg : C. F. Müller, 1998. p. 29 *et seq.*; bem como os demais estudos deste volume.

Já Luzón Peña, discípulo de Roxin, é dos poucos que dão primado à prevenção geral de intimidação, ficando a prevenção geral positiva como um "aspecto secundario y derivado del de la intimidación general" ("Prevención general, sociedad y psicoanálisis". *Estudios penales*. Barcelona : PPU, 1991. p. 261 *et seq.*, p. 267).

(50) Veja-se 7.7.

(51) Welzel. *Um die finale Handlungslehre...*, p. 18-21; *Strafrecht...*, p. 37-38 e depois, p. 66-68.

(52) O belo resultado a que chega Welzel, por um lado, parece prestar testemunho da confiabilidade das estruturas lógico-reais. Porém, só se pode dizer se este resultado

O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois, ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível,⁵³ o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso?⁵⁴ O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos. É essa tensão liberdade *versus* proteção que permeia o sistema como um todo, não se podendo esquecer que a intervenção do direito penal deve, além de ser eficaz, mostrar-se legítima, o que exige o respeito a princípios como o da subsidiariedade e da culpabilidade. Partindo de tais pressupostos, Roxin^{55,56} procura definir o

é ou não belo, após uma valoração, que só poderá ser feita através da teoria dos fins da pena e do direito penal. É evidente que Welzel, por mais que o esconda, incorreu num círculo vicioso, valorando onde fingia só descrever: primeiro, pensou até onde se justificaria a pena por crime doloso, depois definiu a finalidade com o conteúdo que julgara adequado para o dolo, apresentando, por fim, seu conceito de dolo eventual como uma dedução automática do conceito de finalidade. Isso, aliás, já fora visto desde há muito pelo sempre lúcido Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1968. p. 114: “Afinal de contas, o direito só pode extrair sentido e dever-ser da realidade, se ele ou outras forças morais a tiverem anteriormente preenchido de valorações”. “Também Welzel, na sua diferenciação entre dolo e negligência, apoia-se exclusivamente em determinadas estruturas lógico-reais, deixando inconsideradas outras igualmente existentes. Por que e como? Porque ele distingue, através de pontos de vista valorativos, os dados pré-jurídicos essenciais dos não essenciais”. Também Roxin (“Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação”. *Problemas fundamentais de direito penal*, 2. ed. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa : Vega Universidade, 1993. p. 91 *et seq.* (p. 108, nota 24)) aponta este círculo vicioso no pensamento finalista.

(53) O que as controvérsias entre os próprios finalistas provam que não é verdade; por exemplo, para Armin Kaufmann, “Der dolus eventualis im Deliktsaufbau”. *Strafrechtsdogmatik...*, p. 59 *et seq.*, haveria culpa consciente só na hipótese em que o autor põe em ação uma vontade no sentido de evitar o resultado (teoria da vontade de evitação não atuada), o que não foi aceito por Welzel.

(54) É assim que inquire Frisch, *Vorsatz und Risiko*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983. p. 46 *et seq.*, qual seria o conteúdo do dolo; é mais ou menos desta forma que também Gimbernat Ordeig (“Acerca del dolo eventual”. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990. p. 240 *et seq.* (p. 258)) formula a pergunta. Notável é que Engisch, nos alvares do neokantismo, já tenha formulado a pergunta exatamente desta maneira – o dolo é entendido como a forma mais grave de culpabilidade (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen : Scientia Verlag, reedição de 1964 da edição original de 1930. p. 50).

(55) Roxin. *Strafrecht...*, § 12/27.

(56) Curioso é que o finalista Stratenwerth, que publicou trabalho pondo em dúvida a capacidade de rendimento da dogmática funcionalista (*Was leistet die Lehre von*

dolo como decisão contra o bem jurídico, pois só uma tal decisão justificaria uma pena mais grave. Já W. Frisch, que dedicou valiosa monografia ao tema, conceitua o dolo como o conhecimento da dimensão do risco juridicamente relevante da conduta. Parte este autor da dupla *ratio* da apenação pelo dolo, segundo ele, a decisão em contrário ao bem jurídico e o poder superior de evitação do risco. E após minucioso exame, conclui estarem ambos os pressupostos presentes de modo suficiente naquele que conhece a dimensão do risco não permitido de sua conduta,⁵⁷ de modo que quem sabe agir além do risco permitido, age dolosamente.

Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal.

Como dito acima, há vários funcionalismos; por razões de espaço, só será possível fazer algumas considerações a respeito do sistema de dois dos autores mais significativos, Roxin e Jakobs, após o que adentraremos as discussões a respeito de temas específicos da teoria do delito.

O que caracteriza o sistema de Roxin é a sua *tonalidade político-criminal*. Já em 1970, dizia esse autor ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a ater-se ao dogma liszteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal.⁵⁸ Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, trabalhar juntos, sendo este muito mais “a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica”.⁵⁹ Logo, o trabalho do dogmático é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível. No esboço de 1970, cabia ao tipo desempenhar a função de realizar o princípio *nullum crimen sine lege*; à antijuridicidade, resolver conflitos sociais; e à culpabilidade (que ele chama de responsabilidade), dizer quando

den Strafzwecken? Berlin-New York : DeGruyter, 1995), venha em seu manual resolver o problema exatamente da mesma forma que Roxin, partindo de iguais premissas (*Strafrecht...*, § 8/251) e chegando a iguais resultados (§ 8/255).

(57) Frisch. *Vorsatz...*, p. 408. Isto é, para Frisch, o dolo não compreende nem a consciência do resultado (p. 57, p. 68) – pois este está além da ação típica – nem possui um elemento volitivo (p. 255 *et seq.*). À primeira vista, tal concepção assusta, porque parece expandir de modo intolerável o âmbito do punível, o que, como demonstra Frisch logo depois (p. 304 *et seq.*), não ocorre, vez que os resultados a que chega coincidem com o da doutrina e jurisprudência dominantes.

(58) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 1; e, na tradução brasileira, p. 1. Um rápido e claro resumo do livro encontra-se na resenha de Silvia Milesi, na *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1988, p. 312 *et seq.*, à tradução italiana.

(59) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 40; e p. 82 de minha tradução.

um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial.⁶⁰⁻⁶¹

Mas se o sistema de Roxin substitui as difusas valorações neokantianas por valorações especificamente político-criminais – no que supera o relativismo valorativo⁶² –, ele não cai no defeito acima apontado do normativismo extremo,

(60) Veja-se, sobre o tipo, *Kriminalpolitik...*, p. 16 *et seq.*, *Política criminal...*, p. 32 *et seq.*; sobre a antijuridicidade, p. 24 *et seq.*, da versão alemã, e p. 48 *et seq.*, da brasileira; e sobre a culpabilidade, p. 33 *et seq.* da versão alemã, e p. 67, da brasileira. Mais recentemente, tem Roxin modificado suas opiniões especialmente no que diz respeito à função do tipo, a qual não pode ver-se esgotada num princípio formal como o *nullum-crimen*, abrindo espaço para considerações de prevenção geral (*Strafrecht...*, § 7/56). No recentíssimo discurso proferido em Lisboa, no dia 21 de março deste ano, disse Roxin que “a prevenção geral e a limitação da pena dominam, pois, o ilícito como categoria sistemática” (*Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra*, Oração de sapiência do Prof. Doutor Claus Roxin em razão de seu doutoramento *honoris causa* pela Universidade Lusíada de Lisboa. Inédito, item II).

(61) Muitas das críticas (por exemplo, Hassemer. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990. p. 236, que teme um sacrifício da função garantística do direito penal em nome de razões de oportunidade político-criminais; ou Pettoello Mantovani. “Pensieri sulla politica criminale”. *Riv. It. Dir. e Proc. Pen...*, 1998, p. 22 *et seq.*, p. 24, para quem a proposta roxiniana significa a dissolução do direito penal, seu desaparecimento e substituição pela política criminal) que se fazem à fundamentação político-criminal do sistema de Roxin baseiam-se numa errônea compreensão do que este autor entende por política e, conseqüentemente, por política-criminal. A política e a política-criminal, ao contrário do que tradicionalmente se entendia, não se esgotam num conjunto de medidas eficazes para obtenção de quaisquer fins, pouco importando não só a legitimidade destes, como também daquelas. O que Roxin deseja é justamente superar este conceito que poderíamos chamar “instrumental” de política criminal, substituindo-o por uma noção rica de conteúdo, capaz de integrar em seu bojo tanto o interesse na evitação e persecução de crimes como o na preservação das liberdades e garantias individuais (Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 45; *Política criminal...*, p. 89). Enfim, deseja-se não só a segurança, característica do Estado liberal de direito, nem só a proteção, típica do Estado social, mas a síntese entre as duas, própria de um Estado material de direito (Roxin, *Kriminalpolitik...*, p. 10, *Política criminal...*, p. 20; Figueiredo Dias. “A ciência conjunta do direito penal”. *Questões fundamentais...*, p. 19 *et seq.* p. 33). “Os direitos humanos e os princípios do estado de direito e do estado social integram-se nas valorações político-criminais” (Roxin, *Strafrecht...*, § 7/53; veja-se igualmente Bricola. “Rapporti tra dommatica e politica criminale”. *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 3 *et seq.* (p. 12-13), que ressalta a fundamental coincidência entre valorações político-criminais e os princípios constitucionais garantísticos). Também o conceito de política, e não só o de política criminal, vem sofrendo análogas modificações: veja-se a respeito o professor de Roxin, Henkel, “Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik”. *Festschrift für Welzel...*, p. 31 *et seq.*, que, após definir a política como a tentativa de realização do bem comum (p. 34), clama por uma “vinculação funcional entre direito e política” (p. 41).

(62) As valorações político-criminais não são relativas, mas advêm diretamente da ordem constitucional do Estado democrático de direito, que respeita e promove a

nem no dualismo metodológico. Dá-se, isso sim, uma atenção minuciosa à matéria jurídica, ao objeto de regulamentação, de modo a não deixar escapar nenhuma peculiaridade relevante. O direito tem de sensibilizar-se para as diferenças entre casos aparentemente iguais, pois só assim conseguirá concretizar o postulado de justiça que exige que sejam tratados de modo diferente os diferentes.⁶³ Roxin entende que a valoração político-criminal não é mais que um primeiro passo, o fundamento dedutivo do sistema; porém, esta dedução deve ser complementada pela indução, isto é, por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, que deve ser, agora, concretizado nesses diferentes grupos de casos. E um mesmo valor trará ora essas, ora aquelas conseqüências, dependendo das peculiaridades da matéria regulada.⁶⁴ O pensamento de Roxin entende-se como uma síntese do ontológico com o valorativo,⁶⁵ devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo.⁶⁶

Um exemplo esclarecerá o que se está a dizer. Um dos temas mais árduos já enfrentados pela doutrina está em delimitar quando há o início da execução da tentativa, separando este momento dos meros atos preparatórios impunes. Modernamente, vem adotando-se a teoria welzeliana, inclusive sancionada pelo § 22 do StGB, segundo a qual “intenta um fato punível aquele que, conforme a

dignidade humana e os direitos fundamentais. Daí dizer Wolter, aluno de Roxin, que “o direito penal é direito constitucional aplicado” (“Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem”. In Schünemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns, 1995, p. 3 et seq. (p. 5)), apontando como fundamento do sistema do delito a dignidade humana (op. cit., p. 4).

(63) A respeito da necessidade de tornar o direito mais sensível à individualidade, veja-se Henkel, *Recht und Individualität*. Berlin : DeGruyter, 1958, especialmente p. 16 et seq.

(64) Neste ponto, como ele mesmo ressalta (no estudo “Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts”. *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, p. 260 et seq.), seguiu Roxin a lição de Radbruch, “Rechtsidee und Rechtsstoff”. In Art. Kaufmann (ed.). *Die ontologische Begründung des Rechts*. Bad Homburg von der Höhe : Hermann Gentner Verlag, 1965, p. 4 et seq. (p. 4), que considerava: “Assim como a idéia artística se acomoda ao material, sendo uma outra, se quiser corporificar-se em bronze, e uma outra, se em mármore, assim também nasce cada idéia para ser adequada a seu material. Chamamos esta relação de definição da idéia pela matéria.”

(65) Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1994. p. 19 et seq.

(66) Roxin. *Täterschaft...*, p. 536 et seq.; *Strafrecht...*, § 7/83; assim também Wolter. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin : Duncker & Humblot, 1981. p. 22; Gimbernat. *Concepto y método...*, p. 106; Figueiredo Dias. “A Ciência conjunta...”, p. 27. Este proceder indutivo é influência em especial da chamada tópica, fundada por Viehweg. *Topik und Jurisprudenz*. 5. ed. München : C. H. Beck, 1974, especialmente, por exemplo, p. 32: “o problema deve ser reconhecido como pré-dado e sempre como dominante”, e p. 97.

sua representação do fato, dá início a atos imediatamente anteriores à realização do tipo”⁶⁷ (chamada *teoria individual-objetiva*). Porém, o que significa isso, o que são atos imediatamente precedentes à realização do tipo? Aqui chegamos no limite da dedução. A fórmula dedutiva será sempre vaga e genérica. Não constituirá mais do que uma “linha de orientação”.⁶⁸ É preciso complementá-la, concretizá-la, aproximando-a dos casos em que será aplicada: daí a necessidade do pensamento indutivo, através da *composição de grupos de casos*. Roxin começa com a tentativa inacabada do autor singular,⁶⁹ propondo um duplo critério: haverá tentativa assim que se possa falar em perturbação da esfera da vítima e proximidade temporal entre a conduta do autor e a produção do resultado.⁷⁰ E são propostos novos grupos de casos, subconcretizações deste critério já concretizado: assim, por exemplo, quando os autores ficam de tocaia, à espera da vítima;⁷¹ casos em que o autor realiza a circunstância qualificadora, mas não o delito base qualificado⁷² etc. E estes parâmetros não servirão para a autoria mediata e para as omissões;⁷³ aqui será necessário efetuar novas concretizações do critério individual-objetivo. Desta forma, o doutrinador consegue entregar ao juiz critérios claros de decisão, e não meras fórmulas vazias, contribuindo para a realização da segurança jurídica e do princípio da igualdade.

No final das contas, é a “resistência da coisa” (Widerstand der Sache) que serve de indicío do acerto da concretização do valor: quanto menores os atritos entre o conceito e objeto a que ele se refere, quanto mais fácil e naturalmente venham surgindo as soluções, maiores as probabilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto.⁷⁴

Logo, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a

(67) Vejam-se, por exemplo, Welzel. *Strafrecht...*, p. 190; Jescheck/Weigend. *Lehrbuch...*, p. 518, com referências; e entre nós, Zaffaroni/Pierangeli. *Da tentativa*. 5. ed. São Paulo : RT, 1998. p. 54.

(68) Roxin. “Resolução do facto e começo da execução na tentativa”. *Problemas Fundamentais...* (Trad. Maria Fernanda Palma), p. 295 *et seq.* (p. 305).

(69) Roxin, op. cit., p. 305.

(70) Roxin, op. cit., p. 307.

(71) Roxin, op. cit., p. 309.

(72) Roxin, op. cit., p. 314.

(73) Roxin, op. cit., p. 320 *et seq.*

(74) Roxin. *Täterschaft...*, p. 533 *et seq.*; *Strafrecht*, § 7/84. Também Gimbernat, *Concepto y método...*, p. 115 *et seq.*, e Engisch. “Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken”. *Beiträge zur Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 1984. p. 286 *et seq.*, p. 307, propugnam pela adoção deste critério. É por isso que o sistema roxiniano, no que se refere à proximidade da realidade, não fica em nada atrás do finalismo, mas o supera, uma vez que consegue libertar-se do apriorismo e da atemporalidade das estruturas lógico-reais finalistas. Daí o caráter aberto e dinâmico do sistema.

uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de direito.⁷⁵ Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema.

Já Jakobs funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma *teoria funcionalista-sistêmica da sociedade*, baseada nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.⁷⁶ Simplificadamente, é isto o que diz o sociólogo de Bielefeld: o mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido.⁷⁷ As possibilidades do agir humano são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão.⁷⁸ O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação”.⁷⁹ não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de *expectativa*, desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.

E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais.⁸⁰ Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. Luhmann prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas:

(75) Sobre essas tendências contraditórias da idéia do direito, veja-se Radbruch. *Rechtsphilosophie...*, p. 73 *et seq.*

(76) Recentemente, parece que Jakobs vem libertando-se do ponto de partida sociológico, em favor de uma filosofia do direito por ele próprio desenvolvida: confira-se Jakobs. *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1999. As referências a Luhmann tornam-se escassas em trabalhos mais recentes, como Jakobs. *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*. München : Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998. p. 11-14, que parece partir da filosofia do direito de Kant. Como, porém, este ponto de partida filosófico não passa de um esboço, e como o desenvolvimento de sua teoria do delito se deu tomando por base o sistema de Luhmann, não posso furtar-me de expô-lo, sem que isso implique deixar de fazer uma ou outra referência ao novo desenvolvimento.

(77) Luhmann. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987. p. 31. As doutrinas que virão expostas são anteriores à incorporação por Luhmann da teoria dos sistemas autopoieticos; sobre esta nova evolução, veja-se o seu *Soziale Systeme*. 7. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1999. Um bom resumo das teorias tanto do Luhmann antigo como do novo, encontra-se em Pawlowski. *Einführung in die juristische Methodenlehre*. Heidelberg : C. F. Müller, 1986, § 10/327 *et seq.*

(78) Luhmann, op. cit., p. 31.

(79) Luhmann, op. cit., p. 32.

(80) Luhmann, op. cit., p. 38: “Os sistemas sociais (...) estabilizam expectativas objetivas e válidas, pelas quais ‘se’ pode orientar”; veja-se, também, *Legitimation durch Verfahren*. 4. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1997. p. 40-41.

as cognitivas e as normativas.⁸¹ As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: “normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”.⁸² Mas as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um “processamento das decepções”.⁸³ a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção.⁸⁴

O direito também é um sistema social,⁸⁵ composto de normas, que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No direito penal, isto ocorre através da pena, que é definida por Jakobs⁸⁶ como “demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente”.

A causalidade e a finalidade, dados ontológicos sobre os quais se edificavam o sistema naturalista e finalista, agora são substituídos pelo conceito normativo de *competência*.⁸⁷ A vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel – pedestre, motorista, esportista, eleitor – que consubstancia um feixe de expectativas. Cada qual, e não só o autor de crimes omissivos impróprios, como na doutrina tradicional, é *garante* dessas expectativas.⁸⁸ A posição de garante, que decorre dessa adscrição de um âmbito de competência a um determinado indivíduo, é pressuposto de todo ilícito, quer comissivo, quer omissivo. Compete a cada uma dessas pessoas organizar seu círculo de interações de maneira a não violar as normas penais, a não gerar decepções. Surgem, assim, *os delitos por*

(81) Luhmann, op. cit., p. 42.

(82) Luhmann, op. cit., p. 43.

(83) Luhmann, op. cit., p. 53; *Legitimation...*, p. 234.

(84) Luhmann, op. cit., p. 60; Luhmann, porém, ressalta que a sanção não é único meio de reestabilização de expectativas, havendo também outros meios, “equivalentes funcionais”, capazes de gerar o mesmo efeito (p. 61). Neste sentido também Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/12 *et seq.*

(85) Luhmann. *Rechtssoziologie...*, p. 99; logo além, dá Luhmann sua definição de direito, p. 105: “Podemos definir o direito, portanto, como estrutura de um sistema social, vinculada à generalização congruente de expectativas normativas de comportamento”.

(86) Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/3; para as novas concepções deste autor, não mais baseadas em Luhmann, veja-se Jakobs. *Norm, Person...*, p. 98 *et seq.*

(87) Jakobs. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1996. p. 42.

(88) Jakobs. *Strafrecht...*, § 7/58. Dessas expectativas, e não de outras, pois “nem tudo incumbe a todos” (Jakobs. “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt”, *ZStW* 89, (1977), p. 1 *et seq.*, p. 30).

competência organizacional.⁸⁹ Mas ao lado desse dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, que possui conteúdo meramente negativo, há expectativas de comportamento positivo, que exigem do sujeito que cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social: são estes os *delitos por competência institucional*.⁹⁰ A distinção entre delitos comissivos e omissivos, fundamental nos sistemas de base ontologista, deixa de ter tamanha importância, surgindo em seu lugar a distinção entre delitos por competência de organização e delitos por competência de instituição.⁹¹

Uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional (isto é, uma vez constituído o injusto), procura o direito explicar tal fato,⁹² de alguma maneira: ou através do acaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc. – ou através da imputação de defeito de motivação a um sujeito determinado.⁹³ Neste segundo caso, formula-se o chamado juízo de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que é às suas custas que a norma deverá ser reestabilizada.

E se o direito penal quer cumprir sua função de reestabilizar expectativas violadas, deve construir seu aparato conceitual teleologicamente, de modo a melhor atendê-la. “(...) isto leva a uma renormativização dos conceitos. A partir desta perspectiva, um sujeito não é aquele que causa ou pode evitar um acontecimento, mas aquele que pode ser competente para tanto. Assim também conceitos como causalidade, poder, capacidade, culpabilidade perdem seu conteúdo pré-jurídico e transformam-se em conceitos de etapas de competências”.⁹⁴ Toda a teoria do delito, portanto, transforma-se numa teoria da imputação,⁹⁵ e a pergunta quanto a se alguém cometeu um crime deve ser entendida como se é preciso punir alguém para reafirmar a validade da norma e reestabilizar o sistema.

(89) Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/7 e § 21/16 et seq.; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 21.

(90) Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/7, § 7/70 et seq., § 21/115 et seq.; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 31.

(91) Jakobs. *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 36, e tb. n. 77; mais radical ainda seu aluno, Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1996. p. 69: “en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión”. Esta classificação de duas formas de competência, que aqui parece bastante abstrata, terá repercussões concretas na imputação objetiva (veja-se abaixo, 7.2), na autoria e na participação, nos crimes omissivos, entre outros setores.

(92) Jakobs. “Culpabilidad y prevención”. (Trad. Suárez Gonzales). *Estudios...*, p. 73 et seq. (p. 81). Sobre o conceito de explicação, veja-se também Luhmann, *Rechtsoziologie...*, p. 56.

(93) A imputação ao sujeito só deixará de ser feita se o ordenamento jurídico for capaz de processar o conflito de outra maneira (“Culpabilidad y prevención”, p. 80) – sendo este o fundamento funcional da exculpação. Mais detalhes sobre a concepção de culpabilidade de Jakobs abaixo, em 7.8.

(94) Jakobs. *Strafrecht...*, p. VII.

(95) Jakobs. “El concepto jurídico-penal de acción”. *Estudios...*, p. 101 et seq. (p. 124), chega a afirmar, no que parece uma estranha modificação de seu próprio sistema,

Jakobs se mostra plenamente ciente de quanto seu sistema tem de chocante,⁹⁶ e de fato há muito de criticável em sua teoria. Não tanto o normativismo,⁹⁷ porque apesar da funcionalização total dos conceitos, o embasamento sociológico garante o contato com a realidade,⁹⁸ mas especialmente por tratar-se de um sistema obcecado pela eficiência, um sistema que se preocupa sobremaneira com os fins, e acaba por esquecer se os meios de que se vale são verdadeiramente legítimos.⁹⁹ Ainda assim, é inegável que os esforços de Jakobs abriram novos horizontes para a resolução de inúmeros problemas,¹⁰⁰ demonstrando a necessidade e a produtividade de permear antigas categorias sistemáticas com considerações sobre os fins da pena.¹⁰¹

que o direito penal só considera ação (isto é, só imputa como ação) a “asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma”. E Jakobs chama a teoria do delito de teoria da imputação, conforme se lê no subtítulo de seu manual.

(96) No estudo “El principio de culpabilidad”. *Estudios...*, p. 365 *et seq.* (p. 366-367), Jakobs parece ironizar a opinião dominante, declarando ser sua “intención declarada plantearle algunas dificultades a dicha doctrina”. Muitas vezes, porém, se trata de meras questões terminológicas, mas nem sempre; é especialmente incorreto, por exemplo, afirmarem Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suarez González, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”. In Jakobs, *Estudios...*, p. 17 *et seq.* (p. 35), que a negação do bem jurídico no sistema de Jakobs não passa de um problema conceitual, de uma “barrera definicional” a separá-lo do restante da doutrina.

(97) Criticado por Schünemann. “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”. In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 154 *et seq.* (p. 184).

(98) O que é apontado por Jakobs. *Strafrecht...*, p. VII. Antes de criticar o normativismo, que segundo me parece, inexistente, deveríamos é levantar reservas contra o sociologismo, que por vezes parece um retorno à falácia naturalista, à idéia da “normatividade do fático”, segundo a qual o que é, deve ser.

(99) Isto vem ressaltado especialmente em relação ao conteúdo que dá Jakobs ao princípio da culpabilidade. Para ele, este princípio nada mais representa que a necessidade social de prevenção geral, o que é verdadeiramente criticável. Neste sentido, a crítica tanto do lado finalista: Hirsch. “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, *ZStW* 106 (1994), p. 746 *et seq.* (p. 752 *et seq.*) como do funcionalista: Schünemann, “Die Funktion des Schuldprinzips...”, p. 171.

(100) Mais detalhes no item 7. Preste o leitor especial atenção em como Jakobs constrói a teoria da imputação objetiva (VII, b, n. 107) sobre a base da delimitação dos âmbitos de competência.

(101) Para encerrar este item, podemos fazer referência aos aspectos que, segundo aponta o próprio Roxin, no seu recentíssimo discurso de obtenção do título de doutor *honoris causa* em Lisboa (*Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra* – Oração de sapiência do Prof. Dr. Claus Roxin em razão de seu doutoramento *honoris causa* pela Universidade Lusíada de Lisboa, inédito, III), distinguem seu sistema do de Jakobs, o que valerá inclusive como uma bela recapitulação do até agora visto. No sistema de Jakobs, não há espaço

7. A moderna discussão dos conceitos da parte geral

Vamos dar início, agora, a um rápido passeio pela dogmática da parte geral reconstruída funcionalmente.¹⁰² Longe de mumificar-se em dogmas e ortodoxias, os parâmetros político-criminais do funcionalismo, abertos e plenos de sentido,¹⁰³ dão espaço a inúmeras possibilidades de construção, o que assegura uma discussão rica e produtiva.

7.1 Conceito de ação

O conceito de ação, sem dúvida alguma, perdeu sua majestade. Reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos, e nisso estão todos de acordo. Podem-se apontar três posições básicas.

para a prevenção especial, que Roxin tenta tornar fecunda para a culpabilidade; tampouco se fala em exigências de política-criminal, além das de estabilização do sistema. “A prevenção geral e a observância dos direitos do arguido não estão contidas no seu (no de Jakobs, L. G.) ponto de partida teórico-sistêmico.” Igualmente, o dado indutivo, a resistência da coisa, não encontram lugar no sistema do Jakobs, que “renuncia a ter em conta dados empíricos”. Por fim, diz Roxin, “eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos as idéias orientadoras de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistêmico-teorético de Jakobs, não constituem dados prévios nenhuns conteúdos nem nenhuma finalidade de política-criminal. Da perspectiva de Jakobs, a única coisa que importa é, como ele próprio põe em relevo, a força de automanutenção do sistema”.

(102) Por motivos de espaço, não trataremos nem dos crimes omissivos, nem de problemáticas especiais do injusto, tais como autoria/participação e a tentativa, e tampouco nas novas tentativas de sistematizar a categoria da punibilidade. Igualmente não nos será possível adentrar nas tentativas de reconstruir o sistema inteiro com base nos conceitos de merecimento de pena (Strafwürdigkeit) e necessidade de pena (Strafbedürftigkeit); a respeito, tanto desenvolvendo quanto criticando, vejamos, por exemplo, Wolter, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem”. *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg : R. v. Dencker's Verlag, 1993. p. 269 *et seq.*; Romano, “‘Meritevolezza di pena’, ‘bisogno di pena’ e teoria del reato”. *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, p. 39 *et seq.*; Luzón Peña, “Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau”. In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995. p. 97 *et seq.*; bem como vários outros estudos deste volume, por último citado.

(103) Esta qualidade do sistema é ressaltada por Schünemann e Figueiredo Dias. “Vorwort”. In Schünemann/Figueiredo Dias (editores). *Bausteine...*, p. V *et seq.* p. XII.

A primeira é a dos autores que se valem de um conceito de ação pré-típico, se bem que não pré-jurídico. Roxin,¹⁰⁴ por exemplo, defende uma teoria pessoal da ação, que vê na conduta uma “exteriorização da personalidade”. Jakobs,¹⁰⁵ por sua vez, define o comportamento como “a inevitabilidade de uma diferença de resultado”.¹⁰⁶

A segunda é a daqueles que, se bem que utilizem um conceito de ação, não o posicionam anteriormente ao tipo, mas dentro dele, como um de seus momentos. Assim é que Schmidhäuser,¹⁰⁷ inicialmente adepto do terceiro grupo (logo abaixo), acabou por defender o que ele chama de teoria intencional da ação.

Um terceiro grupo¹⁰⁸ despreza por completo o conceito de ação, não só o considerando elemento do tipo, como recusando-se a defini-lo, o que é tido como perda de tempo. A ação acaba no mais das vezes sendo absorvida pela teoria da imputação objetiva.

7.2 Tipo e imputação objetiva

O tipo é renormativizado, especialmente por considerações de prevenção geral. Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que pare-

(104) Primeiramente esboçado em *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 262; agora, em *Strafrecht...*, § 8/44 *et seq.*

(105) Jakobs. *Strafrecht...*, § 6/32.

(106) Já Luzón Peña. *Curso de derecho penal – Parte general*. Madrid : Editorial Universitas, 1996. vol. I, p. 265 *et seq.*, e Gimbernat, “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”. *Estudios...*, p. 182 *et seq.* (p. 195), ocupam uma posição especial, por serem dos poucos que adotam um conceito ontológico de ação (nisso aproximando-se do finalismo e do naturalismo), se bem que não lhe confirmam nenhuma função de construção do sistema, como faziam estas duas vertentes. Rudolphi. In Rudolphi/Horn/Günther/Samson. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. ed. Berlin : Luchterhand, 1997, (26. Lfg.), vor § 1/18, por sua vez, defende uma teoria pessoal bastante parecida com a de Roxin.

(107) Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Studienbuch*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1982, § 5/5 *et seq.*; também Schönemann. *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 346-347, e Mir Puig, “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”. *El derecho penal...*, p. 29 *et seq.* (p. 52), podem enquadrar-se entre os adeptos desse grupo, cada qual com seu conceito de ação.

(108) Otto. *Grundkurs Strafrecht*. 5. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1996. § 5/32 *et seq.*; Figueiredo Dias. “Sobre a construção dogmática do fato punível”. *Questões fundamentais...*, p. 187 *et seq.* (p. 214-216); Fiandaca/Musco. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Bologna : Zanichelli Editore, 1995. p. 186-187; e a insuperada monografia de Marinucci. *Il reato come ‘azione’: critica di un dogma*. Milano : Giuffrè, 1971. Esta era também a antiga opinião de Roxin, em 1962: *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação...* p. 91 *et seq.* (p. 127).

cem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas.¹⁰⁹

Surge, portanto, a filha querida do funcionalismo: a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico – com que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo –, que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado.¹¹⁰ Assim, nosso marceneiro não praticaria adultério, porque sua ação, apesar de *causar* a lesão ao bem jurídico, não infringe a norma, pois não cria um risco juridicamente relevante.

7.3 Relações entre tipicidade e antijuridicidade

Com a renormatização do tipo novamente se confundiram os limites entre tipo e antijuridicidade, o que fez copiosa gama de autores¹¹¹ adotar a teoria dos

(109) Rudolphi. “Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen”. In Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 69 *et seq.* (p. 76-77); Wolter. “Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus”. *Grundfragen...*, p. 103 *et seq.*, p. 105; Schünemann. *Über die objektive Zurechnung*, em: GA (1999), p. 207 *et seq.* (p. 214-215).

Curiosa é a concepção de Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid : Civitas, 1996 (trad. Cancio Meliá), p. 101 *et seq.*, que tenta construir o sistema de imputação objetiva com base na idéia de papel social, ou rol: só será objetivamente imputável, isto é, só viola a norma aquele comportamento que não era esperado do detentor daquele papel social. Aquele que age dentro do seu rol, ainda que venha a causar danos, não responde por eles.

Há, também, uma posição minoritária, em geral fora da Alemanha e da Espanha, que nega tal teoria: Fiandaca/Musco. *Diritto penale...*, p. 214-215.

(110) Não é possível, nos limites deste trabalho, adentrar nos detalhes desta nova e fecunda teoria. Teremos de nos limitar a algumas indicações bibliográficas. Um bom ponto de partida é o estudo de Roxin. “Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”. *Problemas fundamentais...*, p. 145 *et seq.*, que fez renascer esta teoria, filha do neohegelianismo (Larenz. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpressão da edição de 1927, Aalen : Scientia, 1970) e do neokantismo (Honig. “Kausalität und objektive Zurechnung”. *Festgabe für Reinhardt Frank*, 1930, reedição de 1969. vol. I, p. 174 *et seq.*). Aquele que desejar maiores esclarecimentos acerca desta teoria, ainda pouco conhecida no Brasil, recorra à monumental monografia de W. Frisch. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg : C. F. Müller, 1988; em língua portuguesa, vejam-se os estudos de Callegari. “A imputação objetiva no direito penal”, *RT* 764 (1999), p. 434 *et seq.*, e Fernando Galvão. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000.

(111) Roxin. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1970. p. 174 *et seq.* (que posteriormente modificou seu posicionamento); Schünemann. *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 347 *et seq.*; Figueiredo Dias. *Doutrina do fato punível...*, p. 220-222, apesar de esse mesmo autor,

elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta.¹¹²

Outros autores¹¹³ têm uma construção assemelhada à de Mezger, ou seja, apesar de não adotarem a teoria dos elementos negativos do tipo, declaram o fato justificado indiferente para o direito penal.

Por fim, um terceiro grupo¹¹⁴ mantém-se numa posição mais tradicional, entendendo que o tipo e antijuridicidade devem permanecer em categorias distintas, ou porque os princípios que as regem, as valorações político-criminais, são diferentes,¹¹⁵ ou porque há uma efetiva distância axiológica entre fato atípico e fato justificado.¹¹⁶

em “Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem”. *Bausteine...*, p. 360, declarar: “não desejo ser posicionado entre os partidários da teoria dos elementos negativos do tipo”, o que talvez torne injusta minha compreensão de suas idéias; Mir Puig. *Función de la pena...*, p. 76-77; Luzón Peña. *Curso...*, p. 558; e, aparentemente, também Sousa e Brito. “Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung”. *Bausteine...*, p. 71 *et seq.* (p. 86). Por fim, faça-se referência à recentíssima proposta de Paulo Queiroz. “Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito”. In Lélío Calhau (ed.). *Estudos jurídicos – Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*. Minas Gerais, 2000, p. 36 *et seq.*, no sentido de construir um tipo total compreensivo não só de causas de justificação, mas também de causas de exculpação, como elementos negativos, chegando ao que ele chama de um “configuração monista-funcional” da teoria do delito.

(112) De acordo com esta teoria, as causas de justificação constituem verdadeiros elementos do tipo, elementos que, porém, devem inexistir, para que haja tipicidade. Assim, o tipo de homicídio não se esgotaria no “matar alguém”, expandindo-se para um “matar alguém, inexistindo legítima defesa, estado de necessidade, cumprimento do dever legal...” Vejam-se os autores citados na última nota, e a crítica monografia de Hirsch. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. Bonn : Ludwig Rohrscheid Verlag, 1960.

(113) Otto. *Grundkurs Strafrecht...*, § 5/23-28, constrói um sistema bipartido: o crime é ilícito culpável; as causas de justificação são chamadas de “tipos limitadores do dever” (§ 8), que excluem a ilicitude, e com ela a relevância penal da conduta.

(114) Roxin. *Strafrecht...*, § 10/16 *et seq.*, especialmente § 10/23; Jakobs. *Strafrecht...*, § 6/59, porém ressalta que o tipo é *ratio essendi*, não só *cognoscendi*, da antijuridicidade.

(115) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 16 e *Política criminal...*, p. 31-32; *Strafrecht...*, § 10/19 *et seq.*: para ele, o tipo tem, além da função de concretizar o princípio *nullum-crimen*, uma função motivadora preventivo-geral; enquanto a antijuridicidade se importa com o princípio *nullum-crimen* de maneira menos drástica, tendo por tarefa político-criminal muito mais a solução de conflitos sociais, e dando azo a considerações oriundas de todo o ordenamento jurídico, e não só do direito penal. Em sentido similar, Fiandaca-Musco. *Diritto penale...*, p. 158-159.

(116) Jakobs. *Strafrecht...*, § 6/51, considera distinta a ação atípica da justificada pois “a primeira já é lícita sem que se indague o contexto social no qual se encontra, enquanto esta só o é em virtude do contexto”, isto é, da efetiva presença de causa de justificação. A ação atípica não quebranta expectativa alguma, em contexto algum; a ação justificada só deixa de quebrantá-las graças ao específico contexto em que ocorre.

7.4 Posição sistemática do dolo

Neste ponto, os funcionalistas em regra mantêm-se fiéis ao que propunha o finalismo: o dolo deve integrar o tipo, sendo um momento da conduta proibida.¹¹⁷ Porém, está-se de acordo que essa consequência não decorre, de maneira alguma, de estruturas lógico-reais, mas isso sim de uma valoração jurídica.

Ainda assim, não deixa de haver quem¹¹⁸ defenda o duplo posicionamento do dolo e da culpa, tanto no tipo como na culpabilidade. Parte-se da consideração de que o sistema não é formado por compartimentos estanques, podendo um mesmo elemento ter relevância para mais de uma categoria sistemática.¹¹⁹

Outros autores, porém, dissecam o dolo, situando cada elemento num determinado estrato do sistema: Schmidhäuser,¹²⁰ por exemplo, quer posicionar o momento volitivo do dolo no tipo, enquanto o momento cognitivo iria para a culpabilidade. O inverso parece defender Schünemann,¹²¹ para quem o tipo compreenderia o elemento cognoscitivo do dolo; a culpabilidade, o volitivo (que em seu sistema parece abranger mais que a vontade, sendo chamado de “componente emocional”).

7.5 Conteúdo do dolo e consciência da ilicitude

Apesar de ainda manter-se dominante¹²² a teoria da vontade, que vê no dolo o “conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo”, alguns autores¹²³ vêm defendendo, enfaticamente, a supressão do elemento volitivo do dolo, que consideram desnecessário e injustificável.

Quanto à consciência da ilicitude, as posições novamente são as mais variadas. Uma vez que o dolo não mais pode ser deduzido de considerações meramente

(117) Uma exceção seriam Reyes Alvarado. *Imputación...*, p. 65, que posiciona o dolo na culpabilidade, e Marinucci/Dolcini. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999. vol. I, p. 479, que mantêm um sistema parecido com o modelo clássico (acima, 3), porém adscrevendo funções político-criminais a cada elemento.

(118) Roxin. *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 266; *Kriminalpolitik...*, p. 42-43; *Strafrecht...*, 12/26; Figueiredo Dias. *Doutrina do fato punível...*, p. 223-227; Fiandaca/Musco. *Diritto penale...* p. 183. Este posicionamento foi inaugurado por Gallas. “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, *ZStW* 67 (1955), p. 1 *et seq.* (p. 44 *et seq.*) e tem por importantes seguidores Jescheck-Weigend. *Lehrbuch...*, p. 243; e Wessels/Beulke. *Strafrecht...*, § 5/142 *et seq.*

(119) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 42-43; *Strafrecht...*, § 7/76 *et seq.*

(120) Schmidhäuser. *Einführung...*, p. 198-199.

(121) Schünemann. *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 361-362 e 364.

(122) Veja-se, por todos, Roxin. *Strafrecht...*, § 12/3.

(123) Jakobs. *Fahrlässiges Erfolgsdelikt...*, p. 38-39, e também *Strafrecht...*, § 8/23; Frisch. *Vorsatz und Risiko...*, p. 255 *et seq.*; Samson. *Strafrecht I*, 7. ed. Frankfurt a. M.: Alfred Metzner Verlag, 1988. p. 51; Gimbernat Ordeig. “Acerca del dolo eventual”. *Estudios...*, p. 257.

ontológicas, mas sim axiológicas, pode-se apontar uma quase unanimidade entre os funcionalistas em rechaçar a teoria estrita da culpabilidade, defendida pelo finalismo ortodoxo.¹²⁴⁻¹²⁵ Considera-se, sob as mais diversas justificativas, que o erro sobre a presença de situação legitimante exclui o dolo, mantendo-se a maioria dos doutrinadores próxima à teoria limitada da culpabilidade.¹²⁶

Mas não é raro encontrarem-se autores que rechaçam as teorias da culpabilidade em ambas as suas formas¹²⁷ e adotam a teoria do dolo. Assim, por exemplo, Otto,¹²⁸ defensor de uma teoria modificada do dolo, para quem a consciência da ilicitude material (isto é, da lesividade social, da lesão a um bem jurídico) integra o dolo, ficando a consciência do ilícito formal, da proibição, como problema de culpabilidade.

7.6 Culpa e dever de cuidado

De acordo com a doutrina tradicional,¹²⁹ a culpa pressuporia um duplo juízo, posicionando-se a falta do cuidado objetivo no tipo, e a falta do cuidado subjetivo na culpabilidade.

(124) Segundo essa teoria, o erro sobre causas de justificação – as chamadas descriminantes putativas – deixaria intacto o dolo, sendo mero erro de proibição.

(125) O único funcionalista que, segundo tenho notícia, a defende é o discípulo italiano de Roxin, Sergio Moccia. *Il diritto penale tra essere e valore*. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiani, 1992. p. 146, que faz referência expressa a Welzel. É claro que isso não significa que inexistam outros.

(126) Roxin. *Strafrecht...*, § 14/62 *et seq.*, especialmente § 14/68; Schünemann, *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 348; Jakobs. *Strafrecht...*, § 11/58; Frisch. *Vorsatz...*, p. 241 *et seq.*; Luzón Peña. *Curso...*, p. 410, defende o que ele chama de *dolus obiective malus*, isto é, um dolo que compreende a não representação de situação justificante, mas não a consciência da ilicitude.

(127) A teoria da culpabilidade é aquela que retira a consciência da ilicitude do dolo, dizendo ser isso um problema estrito de culpabilidade; a teoria do dolo é aquela que nele mantém a consciência da antijuridicidade.

(128) Otto. *Grundkurs...* § 15/10; em sentido similar, Schmidhäuser. *Studienbuch...*, 7/79 *et seq.* Veja-se também Mir Puig. “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español”. *El derecho penal...*, p. 207 *et seq.* (p. 215-216), que defende uma teoria pura, “extrema”, do dolo; Figueiredo Dias. “Schuld und Persönlichkeit”, *ZStW* 95 (1983), p. 220 *et seq.* (p. 246), que sustenta uma teoria “limitada” bastante parecida com a de Mezger, vez que quer punir por dolo aquele que não conheça a ilicitude devido a uma “deficiência da consciência ético-jurídica” (p. cit.).

(129) Welzel. *Strafrecht...*, p. 131-132; o mesmo, “Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte”. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975. p. 315 *et seq.* (p. 340); Jescheck/Weigend. *Lehrbuch...*, p. 564; Régis Prado. *Curso...*, p. 192.

Porém, desde a década de 70 vem ganhando adeptos¹³⁰ a doutrina que entende que o cuidado subjetivo deve ser entendido já como um problema de tipo, de modo que quando o autor não seja capaz de atender ao cuidado objetivo, não só será inculpável, mas sequer agirá ilicitamente. Adota-se como fundamentação quase sempre a teoria das normas: estas só proíbem o possível, pois *ad impossibilia nemo tenetur*.

Uma terceira opinião¹³¹ quer funcionalizar o dever de cuidado de modo que ele tenha seu limite mínimo demarcado objetivamente, enquanto o limite máximo seria fixado de acordo com as capacidades do sujeito.

7.7 Causas de justificação

Da mesma forma que os tipos foram redefinidos a partir de sua função de servir à prevenção geral – só se proíbem comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos –, a adoção da perspectiva *ex ante* no juízo sobre a existência dos pressupostos de justificação é também defendida por vários autores.¹³² Dado que a norma deve incidir no momento da prática da conduta, nenhum fato somente verificável *ex post* pode alterar o seu caráter lícito ou ilícito. Daí porque os pressupostos objetivos de justificação não teriam mais de existir efetivamente, mas sim de ter alta probabilidade de existir, pouco importando que, *ex post*, se descubra que inexistiam. Essa construção, porém, não ficou sem adversários,¹³³ porque à primeira vista amplia sobremaneira os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade.

⁽¹³⁰⁾ Jakobs. *Fahrlässiges Erfolgsdelikt...*, p. 48 *et seq.*; Samson. *Systematischer Kommentar...* (12.^a Lfrg.), anexo ao § 16/13; Otto. *Grundkurs...*, § 10/13; Mir Puig. “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal”. *El derecho penal...*, p. 225 *et seq.* (p. 227); uma exaustiva exposição das controvérsias encontra-se em Castaldo, *Non intellegere, quod omnes intelligunt*. München : VVF, 1992, que toma partida pela doutrina individualizadora, acusando as teoria objetivistas de procederem a uma “individualização escondida” (p. 65 *et seq.*). Também alguns finalistas, como Stratenwerth. “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”. *Festschrift für Jescheck*. Berlin : Duncker & Humblot, 1985. p. 285 *et seq.*; e, entre nós, Zaffaroni/Pierangeli. *Manual...*, n. 275, adotam este posicionamento.

⁽¹³¹⁾ Roxin. *Strafrecht...*, § 24/50, que faz referência a Cramer. Se bem que, para Roxin – como para muitos autores –, o chamado dever de cuidado seja absorvido por completo na teoria da imputação objetiva, perdendo sua autonomia dogmática.

⁽¹³²⁾ Essa concepção parece ter sido inaugurada pelo finalista Armin Kaufmann. “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”. *Festschrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974. p. 393 *et seq.* (p. 401); entre os funcionalistas, vejamos Frisch. *Vorsatz...*, p. 424; Mir Puig. “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”. *El derecho penal...*, p. 30 *et seq.* (p. 78); Wolter. *Zurechnung...*, p. 38.

⁽¹³³⁾ Entre os funcionalistas, vejamos Otto. *Grundkurs...*, § 8/16; Roxin. *Strafrecht...*, § 14/86, nota 105; entre os não funcionalistas, Jescheck/Weigend. *Lehrbuch...*, p. 331.

Outra construção altamente controversa é a de Günther,¹³⁴ o qual resolveu criar, ao lado das tradicionais causas de justificação, que transformam o fato em ilícito perante a ordem global do direito, o que ele chama de “causas de exclusão do injusto penal” (*Strafunrechtsausschließungsgründe*),¹³⁵ que se limitam a excluir o ilícito penal, sem contudo prejudicar a valoração da parte dos outros ramos do direito. O direito penal, como *ultima ratio*, possui também um ilícito especialmente qualificado, especificamente penal. Seu ilícito é antes de tudo “ilícito merecedor de pena” (*strawürdiges Unrecht*),¹³⁶ que pode ser excluído, sem que com isso se retire ao direito civil ou ao administrativo a possibilidade de declararem o fato ilícito. Para Günther,¹³⁷ o consentimento do ofendido seria uma dessas causas de exclusão do ilícito penal, vez que os seus requisitos no direito penal e no civil são distintos, de modo que se torna impossível afirmar que o consentimento do direito penal opera efeitos no civil.

Bem interessante é a solução de Jakobs, *Strafrecht...* § 11/3, que divide as causas de justificação em três grupos: no primeiro, a justificação surge como consequência de um comportamento da vítima (legítima defesa, por exemplo); no segundo, o ataque ocorre no interesse da vítima (consentimento); e no terceiro, a vítima é sacrificada em prol de outras pessoas (estado de necessidade justificante). A perspectiva *ex ante* ou *ex post*, objetiva ou subjetiva, será adotada diferentemente em cada grupo, sempre tendo-se em vista o essencial: que se está a tomar uma decisão a respeito de “qual dos envolvidos deve suportar o risco do erro” (§ 11/9).

(134) Lançada no livro *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. Berlin : Duncker & Humblot, 1983, de que infelizmente não disponho. Veja-se, porém, Günther, *Systematischer Kommentar...* (28.^a Lfrg.), prévio ao § 32/19, especialmente § 32/30 *et seq.* Esta concepção conta com vários adeptos, entre os quais: Schünemann. “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld”. *Bausteine...*, p. 149 *et seq.* (p. 177); Amelung. “Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin”. *Grundfragen...*, p. 85 *et seq.* (p. 92 *et seq.*); Mir Puig. “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad...”, p. 231; Mir Puig. “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal”. *El derecho penal...*, p. 225 *et seq.* (p. 231); Luzón Peña. *Curso...*, p. 563 *et seq.*; e o finalista Gössel. In Maurach/Gössel/Zipf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7. ed. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989, vol. II, § 44/8.

Entre os críticos, citemos Roxin, *Strafrecht...*, § 11/36, que reconhece, com Günther, a possibilidade de uma exclusão de ilícito penal, mas considera errônea a distinção que faz este autor entre causas de justificação e causas de exclusão do injusto penal (§ 11/2); Díez Ripollés. In Luzón Peña/Mir Puig (coordenadores). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona : Aranzadi Editorial. 1995, p. 87 *et seq.*, que, após fazer um bom resumo da teoria (p. 88-103) e das opiniões de seus adeptos (p. 103-112), aceita os seus pressupostos (p. 146), mas extrai consequências de todo opostas às de Günther (p. 150: o ilícito penal seria mais difícil de excluir!); já Jakobs. *Strafrecht...*, § 11/4, nota 10.^a; e Cortes Rosa. “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem”. *Bausteine...*, p. 183 *et seq.* p. 202 *et seq.*, recusam por completo a concepção de Günther.

(135) Günther, *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/40.

(136) Günther, *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/5.

(137) Günther, *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/51. Apresentou o autor a seguinte classificação das causas de exclusão de ilicitude (Günther. “La clasificación

Os adversários desta construção sublinham, primeiramente, que ela rompe com o postulado da unidade da ordem jurídica,¹³⁸ o que não me parece correto, vez que o reconhecimento de um ilícito especialmente penal nada mais faz que levar até o fim o princípio da subsidiariedade. Critica-se-lhe igualmente sua desnecessidade,¹³⁹ considerando-se que o consentimento ficaria melhor explicado como causa de atipicidade, não havendo porque recorrer a uma ilicitude exclusivamente penal para explicar a razão dos diferentes requisitos entre o consentimento civil e penal.

Por fim, duas palavras a respeito do elemento subjetivo de justificação. Enquanto o finalismo¹⁴⁰ exigia a finalidade de justificação (isto é, vontade de defender-se, vontade de salvar o bem jurídico ameaçado), composta de um momento cognitivo e outro volitivo, vem se impondo cada vez mais a opinião¹⁴¹ de que seria desnecessário um elemento volitivo (e não só entre os autores¹⁴² que adotam a teoria da representação, no dolo), bastando a consciência dos pressupostos objetivos de justificação. No crime culposos, vem ganhando campo o posicionamento daqueles¹⁴³ que dispensam qualquer elemento subjetivo de justificação. Há

de las causas de justificación en derecho penal". *Causas de justificación...*, p. 45 et seq.), de acordo com a intensidade de seus efeitos: as primeiras são as causas oriundas de deveres jurídicos (p. 53-54); depois, as decorrentes de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como a liberdade de reunião ou manifestação (p. 54); as que configuram direitos de intervenção na esfera alheia, como o estado de necessidade ou a legítima defesa (p. 54-55). Estes três grupos são causas de justificação que operam diante da ordem jurídica como um todo. Depois, passa Günther a elencar as causas de exclusão do injusto penal: as fundadas na renúncia do interesse por seu titular, como o consentimento e o consentimento presumido (p. 55); algumas chamadas causas de exclusão do tipo, como as indicações no aborto (p. 56); causas de atenuação do injusto, que compreendem um pequeno excesso em qualquer causa de justificação (p. 57-58). Estas três últimas possuem eficácia restrita ao direito penal, nada prejudgando a respeito da valoração a ser emitida pelos demais ramos do direito.

(138) Quanto à resposta de Günther, veja-se *Systematischer Kommentar*, prévio ao § 32/31: "a unidade da ordem jurídica não impede, mas pelo contrário, favorece a que se preste atenção às peculiaridades dos diferentes ramos do direito, (...), não se podendo tratar de modo igual os diferentes, devendo-se isso sim diferenciar de modo adequado".

(139) Além de alguns autores citados à nota 125, veja-se o finalista Hirsch, *Die Entwicklung...*, p. 413-414: "Fica claro, portanto, que a teoria da exclusão do injusto penal não exige que, nos casos expostos, se coloque em dúvida o postulado da unidade da ordem jurídica".

(140) Welzel. *Strafrecht...*, p. 83-84; Cerezo. *Curso...*, p. 198.

(141) Roxin. *Strafrecht...*, § 14/94 et seq.; Frisch. *Vorsatz...*, p. 460; Jakobs. *Strafrecht...*, § 11/21. No sentido da doutrina tradicional, porém, Günther. *Systematischer...*, prévio ao § 32/87.

(142) Como Frisch e Jakobs (veja-se a n. 114).

(143) Jakobs, *Strafrecht...*, § 11/30; Samson, *Systematischer...*, anexo ao § 16/32. Observe-se que esta opinião já foi defendida entre nós pioneiramente por Juarez

igualmente, em especial entre os italianos,¹⁴⁴ quem negue a existência de qualquer elemento subjetivo, tanto para justificar fatos típicos dolosos como culposos.

7.8 Culpabilidade

A crítica feita por Engisch¹⁴⁵ à fundamentação da culpabilidade no “poder-agir-de-outra-maneira” é normalmente aceita, costumando-se admitir que o livre arbítrio é uma premissa cientificamente inverificável. Vão diminuindo paulatinamente os adeptos¹⁴⁶ deste fundamento da culpabilidade, à medida que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial).¹⁴⁷ Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre se e o quanto da apenação, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena.¹⁴⁸

Assim é que Jakobs apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a “competência pela ausência de uma motivação jurídica do-

Tavares. *Direito penal da negligência*. São Paulo : RT, 1985, p. 158. Já Roxin, *Strafrecht...*, § 11/96, ressalta inexistir verdadeira justificação, mas tão-só compensação do desvalor do resultado, obtendo-se, materialmente, uma tentativa culposa, que como tal é impunível.

(144) Assim Marinucci/Dolcini, *Corso...*, p. 487-488; Fiandaca/Musco, *Diritto penale...*, p. 223, em virtude do art. 59, comma 1, do CP italiano, que dispõe: “le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute, o por errore ritenute inesistenti”. Em sentido contrário, porém, Moccia, *Il diritto penale...*, p. 204, que adota a opinião finalista, exigindo consciência e vontade de justificar-se.

(145) Engisch. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1965, especialmente p. 22 et seq.

(146) Otto. *Grundkurs...*, § 12/17 et seq.; Rudolphi. *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 19/1, que, ainda assim, aceitam a crítica de Engisch, fundamentando seu ponto de vista em outras razões, tais como a dignidade humana e a realidade social.

(147) Isso sem esquecer que existem várias outras teorias. Registrem-se, como mais importantes: a de Schmidhäuser, *Studienbuch...*, § 7/7, para quem a culpabilidade significa o ânimo contrário ao direito consubstanciado no fato individual (ligeira variante da concepção inaugurada por Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand...*, p. 45); Mir Puig, *Función...*, p. 88, fundamenta a culpabilidade na capacidade de motivação normal do autor; Figueiredo Dias, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1995. p. 165, para quem a culpabilidade é “o ter que responder pela personalidade que fundamenta um fato ilícito-típico e nele se exprime” (veja-se, também, *Sobre a construção dogmática...*, p. 239).

(148) Assim Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 33, *Política criminal*, p. 67 et seq.; Jakobs. “Culpabilidad y prevención”. Trad. Suárez González. *Estudios...*, p. 73 et seq. (p. 77 et seq.). Observe-se que mesmo entre os finalistas mais ortodoxos já se encontravam manifestações neste sentido: veja-se, por exemplo, Armin Kaufmann, “Hans Welzel zum Gedenken”, p. 290: “(...) os critérios e os elementos da culpabilidade não são definíveis sem recurso aos fins da pena”.

minante no comportamento antijurídico".¹⁴⁹ O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através de um defeito na motivação do autor — caso em que ela é adscrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) — ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões.¹⁵⁰ Logo, culpável será aquele às custas do qual a norma deve ser revalidada, aquele que a sociedade declara sancionável. A culpabilidade nada mais é que um derivado da prevenção geral.

Roxin é mais moderado, pois, ao contrário de Jakobs, não descarta a idéia de culpabilidade,¹⁵¹ valendo-se dela como elemento limitador da pena.¹⁵² Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí porque é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. Culpabilidade e necessidades preventivas passam a inte-

(149) Jakobs. *Strafrecht...*, § 17/1; "Culpabilidad...", p. 95: "el juicio de culpabilidad constituye siempre una mera descripción de la contribución que los (sub)-sistemas individuales tienen que prestar para el mantenimiento del ordenamiento, y, ciertamente sin la posibilidad, en caso de incumplimiento, de remitirse a otro ámbito". Veja-se, também, *Norm, Person...*, p. 93. Sustentam uma concepção parecida com a de Jakobs também Achenbach, "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld". *Grundfragen...*, p. 135 et seq. (p. 138): "nós não verificamos uma responsabilidade preexistente, mas nós a adscrevemos, fazemos o autor responsável. (...) Trata-se portanto de "imputação individual", de imputabilidade individual do fato ilícito"; Mir Puig (apesar das inúmeras críticas que dirige este autor a Jakobs em outros estudos, a proximidade entre os dois chega a impressionar, pois considera a culpabilidade uma mera adscrição), "Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena". *El derecho penal...*, p. 171 et seq. p. 174; Moccia. "Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, p. 1.006 et seq. (p. 1.022), que segue expressamente a concepção de Achenbach; Muñoz Conde. In Muñoz Conde/García Aran. *Derecho penal — Parte general*. 3. ed. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1998. p. 393 et seq., que faz expressa referência a Jakobs, se bem que não compartilhe as premissas sociológicas; e Gimbernat Ordeig, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft*, em: ZStW 82 (1970), p. 379 et seq. (p. 404), que reinterpreta as exclusões de culpabilidade, em especial a inimputabilidade, sem recorrer ao poder-agir-de-outra-maneira, mas levando em conta as necessidades geral-preventivas da sociedade.

(150) Jakobs. *Strafrecht...*, § 17/20; veja-se também *Culpabilidad...*, p. 92: "Sólo cuando exista la posibilidad de "procesar" el conflicto de otra manera (isto é, que não o imputando ao autor — obs. minha), puede plantearse la exculpación".

(151) Pois Jakobs, na verdade, desfaz-se dela por completo; o que resta da culpabilidade em seu sistema é unicamente o nome. Apesar da recusa em fundamentá-la no livre arbítrio, Roxin tenta utilizar-se de um conceito menos metafísico, entendendo a culpabilidade como "agir ilicitamente apesar da endereçabilidade pelas normas" (*Strafrecht...*, § 19/36).

(152) Roxin. *Strafrecht...*, § 3/48 et seq.; "Sentido e limites da pena estatal". *Problemas fundamentais...*, p. 15 et seq. (p. 35); "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip". *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56 (1973), p. 316 et seq. (p. 319).

grar o terceiro nível da teoria do delito, que Roxin chama de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*). “A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei.”¹⁵³ Será necessário o concurso tanto da culpabilidade como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição.

7.9 Punibilidade

Deixando de lado o improfícuo debate a respeito de pertencer ou não esta categoria ao conceito de crime,¹⁵⁴ centremos nossas atenções sobre as recentes tentativas de encontrar um fundamento comum para este último pressuposto da pena, que tradicionalmente é entendido de um modo puramente negativo, tendo por conteúdo tudo que não pertence à nenhuma das outras categorias.

Alguns autores, como Schmidhäuser¹⁵⁵ e Figueiredo Dias,¹⁵⁶ tentam fazer do merecimento de pena (*Strafwürdigkeit*) o fundamento desta categoria. Já Roxin,¹⁵⁷ que considera os pontos de vista preventivos como problemas de responsabilidade, deixa para a punibilidade somente aqueles casos em que a pena se exclui por motivos de política-geral, extrapenal. E, para encerrar, citemos a posição de Jakobs,¹⁵⁸ que faz a categoria da punibilidade desaparecer, sendo absorvida pelo ilícito: as hipóteses tradicionais de não punibilidade são entendidas como causas de atipicidade ou exclusão da antijuridicidade.

8. Conclusão

E se, por um lado, lá se vão já trinta anos desde que Roxin escreveu seu *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, o manifesto do funcionalismo, por outro, o sistema permanece em sua plena juventude. Os frutos que deu – que, como vimos, foram inúmeros – não passam de uma primeira safra, não sendo

(153) Roxin. *Strafrecht...*, § 19/3. Seguem-no, com pequenas variações, Schönemann, “Funktion des Schuldprinzips...”, p. 179; Amelung. “Zur Kritik...”, p. 97 *et seq.*; Fiandaca/Musco. *Diritto penale...*, p. 276 *et seq.*; já Costa Andrade, “Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als Referenzen einer Verbrechenslehre”. *Bausteine...*, p. 121 *et seq.* (p. 144-145), confessa sua simpatia face a esta construção, mostrando-se porém cético quanto à possibilidade de reunir dois conceitos heterôgeos e disfuncionais sob a mesma rubrica.

(154) Para um panorama das opiniões, com especial atenção para a doutrina espanhola, onde é mais comum a inclusão da punibilidade entre os elementos do crime, veja-se Cerezo Mir, *Curso...*, p. 20, nota 14.

(155) Schmidhäuser. *Studienbuch...*, § 9/4 e § 9/11.

(156) Figueiredo Dias, “Dogmática do fato punível...”, p. 246, que, por preferir deixar a culpabilidade pura de qualquer interferência político-criminal, joga tais considerações em parte para a punibilidade.

(157) Roxin. *Strafrecht...*, § 23/21.

(158) Jakobs. *Strafrecht...*, § 10/4.

arriscado esperar muitas outras. E isto porque, pela primeira vez, faz-se um esforço consciente no sentido de superar as tensões sistema *versus* problema, segurança *versus* liberdade, direito penal *versus* política criminal, na síntese que será o direito penal do Estado material de direito: um direito penal comprometido com uma proteção eficaz e legítima de bens jurídicos, “o mais humano de todos os sistemas jurídico-penais até hoje formulados”.¹⁵⁹

Apêndice – Resumo da apresentação oral do trabalho¹⁶⁰

A pedido do público, sintetizo, em cinco tópicos, os assuntos tratados na apresentação oral do trabalho.

a) *Finalismo x funcionalismo*. O finalismo como uma doutrina *ontologista*, que considera o ser capaz de prejudicar o problema valorativo; o funcionalismo como uma doutrina *teleológica*, orientada para a realização de certos valores.

A crítica do finalismo corresponde, em suas linhas, à exposta acima, item 5.

b) *Natureza e origem das valorações reitoras do sistema*. Como o funcionalismo se orienta para realizar valores, surge a indagação a respeito da origem e natureza destes. Que valores interessam ao penalista quando se lança ele à resolução de conflitos jurídicos?

No sistema de Roxin, os valores provêm da *política criminal*, mas não de qualquer política criminal, e sim daquela acolhida pelo Estado material de direito.

No sistema de Jakobs, os valores são deduzidos de uma *teoria sociológica*, o funcionalismo sistêmico de Luhmann.

É absolutamente imprescindível que se mantenha em mente esta distinção entre os dois sistemas. Pois muitas das críticas dirigidas à concepção de Roxin na verdade têm por objeto unicamente as premissas de Jakobs. É errado apontar em Roxin um fundamento sociológico.

É ilustrativo o seguinte trecho do próprio Roxin, que sintetiza os argumentos por mim aduzidos nesta palestra no sentido de esclarecer um tal mal entendido: “Uma diferença essencial entre meus esforços, no plano dogmático e sistemático, e os objectivos de Jakobs e que eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistemático teórico de Jakobs, não constituem dados prévios nenhuns conteúdos nem nenhuma finalidades de política criminal. Da perspectiva de Jakobs, a única coisa que importa é, como

⁽¹⁵⁹⁾ Figueiredo Dias. “Resultate und probleme beim aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem...”. Coimbra-Symposium. p. 357 *et seq.* (p. 365).

⁽¹⁶⁰⁾ Acrescido no dia 17.04.2000, a pedido do público que escutou a apresentação deste trabalho no congresso de Salvador. A versão oral do trabalho, que agora se vai resumir, diferiu, é verdade, bastante da escrita, o que se deveu não só a motivos de tempo e a considerações didáticas, como também à necessidade de responder às fundadas críticas formuladas pelo outro palestrante, o ilustre Dr. Wellington Lima, ao sistema funcionalista do delito. Faço agora, portanto, um rápido resumo daquilo que disse em minha palestra, acrescentando uma ou outra referência bibliográfica.

ele próprio põe em relevo, a ‘força de auto-manutenção do sistema’ (...) A teoria sistêmica como fundamento do sistema do direito penal é portanto infrutífera quanto a seu conteúdo”.¹⁶¹

c) *A proximidade à realidade da construção sistemática roxiniana.* Teleologismo não significa fuga para os valores, isolamento da realidade. O sistema de Roxin trabalha, de um lado, com valorações político-criminais – por via de dedução – e, de outro, as complementa com um exame da matéria jurídica – ou seja, fazendo uso da indução. Para detalhes, veja-se acima, 6.

Além disso, não há como falar em política criminal eficaz, se esta desconhece a realidade fática sobre a qual agirá. “A idéia de estruturar categorias básicas do direito penal através de pontos de vista político-criminais permite que postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos e em especial criminológicos possam ser tornados frutíferos para a dogmática jurídico-penal”.¹⁶²

Logo, fazer ao sistema de Roxin o reproche de “idealista”, “normativista”, é no mínimo errôneo, e só faria sentido se aceitáveis fossem os pressupostos ontologistas do finalismo.

d) *Repercussões concretas na teoria do delito.* Se uma árvore se julga por seus frutos, a teoria da imputação objetiva e a culpabilidade funcionalizada por considerações de prevenção serão por si suficientes para comprovar as vantagens do método funcionalista. Para maiores detalhes, veja-se acima, 7.2, e 7.8.

E no sistema de Roxin, em momento algum o conteúdo garantístico de tais categorias, oriundo da elaboração sistemática tradicional, é deixado de lado. Assim é que a imputação objetiva surge não como um substituto da causalidade, mas como o seu complemento;¹⁶³ e as considerações preventivas igualmente não suplantam a culpabilidade, mas são a ela acrescentadas.

e) *Perguntas feitas após a exposição oral.*

e.1) Não será perigoso fundamentar o sistema na política criminal?

Não o creio, porque a política criminal que orienta o sistema da teoria do delito está por sua vez vinculada ao Estado material de direito. Os direitos fundamentais e os demais princípios garantísticos integram, portanto, a política criminal. O que não se compreende é um direito penal que esteja desvinculado desta base valorativa fornecida pela Constituição. Mais detalhes acima, nota de rodapé n. 61.

e.2) *Conceitos valorativos, como os que prefere o funcionalismo, não serão menos seguros, pouco determinados?*

Não necessariamente. Em primeiro lugar, sequer conceitos ontológicos possuem a univocidade que seus defensores lhes atribuem. Em segundo lugar, uma

(161) Roxin. *Sobre a evolução da ciência...*, III.

(162) Roxin. “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”. *Festschrift für Günther Kaiser*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998. p. 885 et seq. (p. 885).

(163) Roxin. *Strafrecht...*, § 11/10: “(...) nos delitos comissivos, o nexo de causalidade entre a ação e o resultado é uma condição necessária, mas não suficiente, da imputação ao tipo objetivo. (...). A causalidade, nos delitos comissivos, somente marca o limite máximo da responsabilidade penal, mas nesta função continua sendo indispensável”.

vez admitido que a tarefa do direito não está em descrever a realidade, mas em realizar valores, tais como a dignidade humana e a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, a utilização de conceitos valorados se torna inevitável. Cumpre, isso sim, concretizá-los, tornando-os mais seguros e precisos, através do exame da matéria jurídica.

Bibliografia

- ACHENBACH. "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.
- ALVARADO, Reyes. *Imputación objetiva*. 2. ed. Bogotá : Temis, 1996.
- AMELUNG. "Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.
- ANDRADE, Costa. "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als Referenzen einer Verbrechenslehre". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.
- ASÚA, Jimenez de. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires : Editorial Losada, 1965. t. III.
- BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. 4. reimpressão. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus, 1996.
- BITTENCOURT. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo : RT, 1999.
- BOCKELMANN; VOLK. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987.
- BRICOLA. "Rapporti tra dommatica e politica criminale", *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988.
- BRUNO. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967. t. I.
- BUSCH. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. 3. ed. Bogotá : Temis, 1992 (Trad. do estudo de 1949).
- BURI. *Über Kausalität und deren Verantwortung*. Ferdinand Keip Verlag. Reedição de 1970 do livro de 1873.
- CALLEGARI. "A imputação objetiva no direito penal", *RT* 764 (1999).
- CASTALDO. *Non intelligere, quod omnes intelligunt*. München : VVF, 1992.
- CONDE, Muñoz; ARAN, García. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1998.
- DIAS, Figueiredo. "A ciência conjunta do direito penal". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- . "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- . *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1995.
- . "Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.

- . “Schuld und Persönlichkeit”, *ZStW* 95 (1983).
- . “Sobre a construção dogmática do fato punível”. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- ENGISCH. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1968.
- . *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1965.
- . “Sinn und Tragweite juristischer Systematik”. *Beiträge zur Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 1984.
- . *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen : Scientia Verlag, Reedição de 1964 da edição original de 1930.
- . “Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken”. *Beiträge zur Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 1984.
- FIANDACA; MUSCO. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Bologna : Zanichelli Editore, 1995.
- FRAGOSO. *Lições de direito penal – Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- FRANK. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Giessen : Alfred Töpelmann Verlag, 1907.
- FREUDENTHAL. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1922.
- FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg : C. F. Müller, 1988.
- . *Vorsatz und Risiko*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983.
- GALLAS. “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, *ZStW* 67 (1955).
- GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000.
- GAMA, Fernando. *Elementos éticos para a conceituação da pretensão punitiva*. Inédito.
- GÜNTHER. “La clasificación de las causas de justificación en derecho penal”. In Luzón Peña/Mir Puig (coordenadores). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona : Aranzadi Editorial, 1995.
- HASSEMER. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München : C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1990.
- . “Variationen der positiven Generalprävention”. In Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (editores). *Positive Generalprävention*. Heidelberg : C. F. Müller, 1998.
- HENKEL. “Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik”. *Festschrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.
- . *Recht und Individualität*. Berlin : DeGruyter, 1958.
- HIRSCH. “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, *ZStW* 106 (1994).
- . “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel”. *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1988.
- . *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. Bonn : Ludwig Rohrscheid Verlag, 1960.
- HÖFFE, Ottfried. *Immanuel Kant*. Trad. Marshall Farrier. New York : State University of New York Press, 1994.
- HONIG. “Kausalität und objektive Zurechnung”. *Festgabe für Reinhardt Frank*. 1930. Reedição de 1969, vol. I.
- HRUSCHKA. *Strafrecht nach logischer analytischer Methode*. 2. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1988.
- HUME. *A treatise of human nature*. London : Penguin, 1985.

- JAKOBS. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997 (Trad. Peñaranda Ramos).
- . "Culpabilidad y prevención". *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997 (Trad. Suárez Gonzales).
- . *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1996.
- . "El concepto jurídico-penal de acción". *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997 (Trad. Cancio Meliá).
- . *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid : Civitas, 1996 (Trad. Cancio Meliá).
- . *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1999.
- . "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", *ZStW* 89 (1977).
- . *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1993.
- . *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*. München : Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998.
- JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin. "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982.
- . *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen : Otto Schwarz Verlag, 1988.
- . "Hans Welzel zum Gedenken". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982.
- . "Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982.
- . *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976.
- . "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht". *Festschrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.
- KAUFMANN, Arthur. "Die ontologische Struktur der Handlung". *Schuld und Strafe*. 2. ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983.
- KÖHLER. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1996.
- KÜPPER. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin : Duncker & Humblot, 1990.
- LARENZ. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1991.
- . *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpressão da edição de 1927. Aalen : Scientia, 1970.
- LISZT. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguet & C. Editores, 1899. t. I.
- LUHMANN. *Legitimation durch Verfahren*. 4. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1997.
- . *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987.
- . *Soziale Systeme*. 7. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1999.
- MANTOVANI, Pettoello. "Pensieri sulla politica criminale". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998.

- MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1999. vol. I.
- MARINUCCI. *Il reato come 'azione': critica di un dogma*. Milano : Giuffrè, 1971.
- MAURACH; GÖSSEL; ZIPF. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7. ed. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989. vol. II.
- MAURACH; ZIPF. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 8. ed. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992. vol. I.
- MELIÁ, Cancio; RAMOS, Peñaranda; GONZÁLEZ, Suarez. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs". In JAKOBS. *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997.
- MEZGER. *Tratado de derecho penal*. Trad. Rodríguez Muñoz. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.
- MILESI. "Resenha a Kriminalpolitik und Strafrechtssystem". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1988.
- MIR, Cerezo. *Curso de derecho penal español – Parte general*. 6. ed. 1. reimpressão. Madrid : Tecnos, 1999. vol. II.
- MOCCIA. *Il diritto penale tra essere e valore*. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- . "Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1989.
- MONTES, Suarez. "Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?", *Festschrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.
- NIESE. *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1951.
- ORDEIG, Gimbernat. "Acerca del dolo eventual", *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990.
- . *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1999.
- . "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", *ZStW* 82 (1970).
- . "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento". *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990.
- OTTO. *Grundkurs Strafrecht*. 5. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1996.
- PAWLOWSKI. *Einführung in die juristische Methodenlehre*. Heidelberg : C. F. Müller, 1986.
- PEÑA, Luzón. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona : Bosch, 1978.
- . *Curso de derecho penal – Parte general*. Madrid : Editorial Universitas, 1996. vol. I.
- . "Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit zum Verbrechensaufbau". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.
- . "Prevención general, sociedad y psicoanálisis". *Estudios penales*. Barcelona : PPU, 1991.
- PRADO, Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1999.
- PUIG, Mir. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.
- . "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.

- . “Función fundadora e función limitadora de la prevención general positiva”. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.
- . “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.
- . “La perspectiva ex ante en derecho penal”, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.
- . “Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena”. *El derecho penal...*
- QUEIROZ, Paulo. “Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito”. In Lélío Calhau (ed.). *Estudos jurídicos – Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*. Minas Gerais, 2000.
- RADBRUCH. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Reedição de 1967 da obra de 1904.
- . “Rechtsidee und Rechtsstoff”. In Kaufmann (ed.). *Die ontologische Begründung des Rechts*. Bad Homburg von der Höhe : Hermann Gentner Verlag, 1965.
- . *Rechtsphilosophie*, republicação da 3. ed. de 1932. Heidelberg : C. F. Müller, 1999.
- RIPOLLÉS, Diez. “La categoría de la antijuridicidad en derecho penal”. In Luzón Peña/Mir Puig (cords.). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona : Aranzadi Editorial, 1995.
- ROMANO. “‘Meritevolezza di pena’, ‘bisogno di pena’ e teoria del reato”. *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1992.
- ROSA, Cortes. “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem”. In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann’s Verlag, 1995.
- ROXIN; ARZT; TIEDEMANN. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 3. ed. Heidelberg : C. F. Müller, 1994.
- ROXIN. “Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação”. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Ana Paula Natscheradetz).
- . “Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts”. *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht.
- . “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56 (1973).
- . *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1973.
- . “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56 (1973).
- . *Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1970.
- . *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

- . “Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Ana Paula Natscheradetz).
- . “Resolução do facto e começo da execução na tentativa”. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Maria Fernanda Palma).
- . “Sentido e limites da pena estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Ana Paula Natscheradetz).
- . *Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra* – Oração de sapiência do Prof. Dr. Claus Roxin em razão de seu doutoramento *honoris causa* pela Universidade Lusíada de Lisboa, inédito.
- . *Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a 2.ª Guerra Mundial* – Discurso proferido no seminário internacional de direito penal, ocorrido em março de 2000, na Universidade Lusíada de Lisboa, inédito.
- . *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. vol. I.
- . *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6. ed. Berlin : DeGruyter, 1994.
- . “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”. *Festschrift für Günther Kaiser*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998.
- RUDOLPHI. “Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen”. In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.
- RUDOLPHI; HORN; GÜNTHER; SAMSON. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. ed. Berlin : Luchterhand, 1997.
- SAMSON. *Strafrecht I*. 7. ed. Frankfurt a.M. : Alfred Metzner Verlag, 1988.
- SAUER. *Derecho penal – Parte general*. Trad. da 3. ed. alemã, de 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona : Bosch, 1956.
- SCHAFFSTEIN. “Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten”. *Festschrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.
- SCHMIDHÄUSER. *Einführung in das Strafrecht*. 2. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1984.
- . *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Studienbuch*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1982.
- . “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1968.
- SCHÜNEMANN. “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld”. In Schünemann/Figueiredo Dias (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1995.
- . “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”. In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.
- . “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”. In Schünemann (ed.). *Grundfragen...*
- . “Über die objektive Zurechnung”, GA (1999).
- SOUSA E BRITO. “Etablição do Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung”. In Schünemann/Figueire-

- do Dias (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1995.
- STRATENWERTH. *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1957.
- . *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3. ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1981.
- . *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?* Berlin-New York : DeGruyter, 1995.
- . "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt", *Festschrift für Jescheck*. Berlin : Duncker & Humblot, 1985.
- STRUENSEE. "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", *GA*, 1987.
- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo : RT, 1985.
- . *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980.
- VIEHWEG. *Topik und Jurisprudenz*. 5. ed. München : C. H. Beck, 1974.
- WELZEL. *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*. Karlsruhe : C. F. Müller, 1953.
- . *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin : DeGruyter, 1969.
- . *Diritto naturale e giustizia materiale*. Trad. da 4. ed. alemã de 1962. Milano : Giuffrè, 1965.
- . "Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte", *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975.
- . "Naturalismus und Wertphilosophie". *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975.
- . "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW* 59 (1939).
- . *Um die finale Handlungslehre – Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*. Tübingen : Mohr, 1949.
- WESSELS; BEULKE. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 28. ed. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 1998.
- WOLFF, Ernst A. *Kausalität von Tun und Unterlassen*. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1965.
- WOLTER. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin : Duncker & Humblot, 1981.
- . "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem". *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg : R. v. Dencker's Verlag, 1993.
- . "Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus". *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.
- . "Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem". In Schünemann/Figueiredo Dias (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns. 1995.
- ZAFFARONI; PIERANGELI. *Da tentativa*. 5. ed. São Paulo : RT, 1998.
- . *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997.
- ZIELINSKI. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Berlin : Duncker & Humblot, 1973.