

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

CONTORNOS DE UMA DOUTRINA TELEOLÓGICO-RACIONAL DO CRIME

SELMA PEREIRA DE SANTANA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A concepção de ação: 2.1 O conceito pessoal da ação – 3. O tipo: 3.1 Os encargos do tipo; 3.2 Tipo objetivo e subjetivo: 3.2.1 Tipo objetivo; 3.2.2 Tipo subjetivo – 4. A antijuridicidade: 4.1 A Antijuridicidade e o injusto; 4.2 O elemento subjetivo das causas de justificação – 5. Responsabilidade e culpabilidade: 5.1 A culpabilidade como atuação injusta em face da existência de exequibilidade normativa – 6. Outros pressupostos de punibilidade – 7. Algumas críticas à doutrina Teleológico-Racional pelos Doutores Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade: fundamentos de uma construção funcional, teleológica e racional do conceito de fato punível: 7.1 As funções atribuíveis ao conceito de ação dentro de um sistema categorial-classificatório; 7.2 O tipo-de-ilícito: a tipicidade, a antijuridicidade e as causas de justificação; 7.3 A localização sistemática do dolo e da negligência: tipo-de-ilícito e tipo-de-culpa; 7.4 O tipo-de-culpa. A responsabilidade e a culpabilidade por Claus Roxin; 7.5 A punibilidade – Bibliografia.

Resumo: O trabalho consiste em uma apreensão dogmática da Doutrina Teleológico-Racional do crime, na perspectiva de Claus Roxin, sobre as vertentes dos significados de ação, tipo, antijuridicidade e responsabilidade. Em sua parte final, condensa as críticas formuladas por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, da Universidade de Coimbra.

Palavras-chave: Sistema – Política criminal – Tipicidade – Antijuridicidade e culpabilidade.

1. Introdução

É questão considerada praticamente pacífica, atualmente, no âmbito do Direito Penal, a relevância do “Sistema” no tratamento dogmático das questões que àquele são próprias.

Isto porque se tem como indiscutível que as vantagens de um pensamento sistemático superam, e em muito, as desvantagens, também existentes, reconhecidamente decorrentes da mesma sistematização.

Sobre as primeiras delas, o penalista espanhol Gimbernat Ordeig¹ já havia escrito, afirmando: "La dogmática jurídico-penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales (...)".

Ressalte-se, entre outros argumentos, que a reunião e a estruturação de todos os pressupostos da punibilidade, em um sistema dogmático, têm a vantagem de simplificar a análise de um caso concreto; o "Sistema" permite uma aplicação unitária, a simplificação e o melhor uso do Direito; e, por fim, a sistematização da matéria jurídica viabiliza uma elaboração criadora e o desenvolvimento do próprio Direito.

O Sistema é, assim, é um elemento irrenunciável de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito, ainda que se reconheçam nele desvantagens, tais como o emprego de conceitualismos excessivamente abstratos, ou quando se reconheça corra ele o perigo de deixar de ser justo no caso concreto, na medida em que, dentro de um sistema fechado, impede-se a percepção de melhores concepções.²

Numa ligeira análise da história da dogmática penal dos últimos dois séculos, constata-se que a "Doutrina do Crime", que constitui a parte mais importante da Teoria Geral do Direito Penal, não tivera, ainda, o condão de fornecer uma apreciação unitária de seu objeto essencial.

A dogmática jurídico-penal alemã, até os idos dos anos 60, atravessava por crise estrutural, em razão da constante polêmica entre os causalistas e finalistas. É que havia, nesse momento da história da dogmática, uma supervalorização do pensamento sistemático, e entendia-se que a elaboração do sistema consistia na missão mais importante do Direito Penal. Com este ponto de vista, concluía-se que quaisquer considerações de ordem criminológica ou político-criminal deve-

(1) Apud Claus Roxin. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Civitas, 1997. t. I, p. 207.

(2) Conforme Claus Roxin: "Así en primer lugar, por el hecho de obtener la solución de problemas jurídicos de deducciones del contexto sistemático puede suceder que padezca la justicia en el respectivo caso concreto. Tomemos el ejemplo tan discutido del error de prohibición, o sea, el supuesto de que un sujeto no sea consciente de la antijuridicidad de su actuación. Hacia 1930 era dominante en la ciencia la denominada teoría del dolo, según la cual el dolo presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese *dolus malus* era considerado como forma de culpabilidad (perteneciente a la parte interna del hecho) (cfr. n. 13 s.). Por consiguiente, quien erróneamente considerara permitida su conducta objetivamente prohibida, según esa concepción no habría podido ser castigado por un hecho doloso sino a lo sumo por uno imprudente, pero por falta de incriminación de la comisión imprudente por regla general habría quedado impune incluso en caso de error de prohibición vencible". Cfr. Claus Roxin, op. cit., p. 210.

riam ser, de antemão, afastadas, uma vez que constituiriam elas objeto de outros ramos de ciência.

“Con esto se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico, fuera cierto lo que desde el punto de vista criminológico o político-criminal era falso, o a la inversa, incurriendo así en una especie de ‘averroísmo’ científico.”³

Todavía, em que pesem às grandes conquistas alcançadas pelas Escolas anteriores, notadamente a Finalista, surgiria, na Alemanha, por volta dos anos 70, movimento renovador, tendo em Claus Roxin seu mais destacado representante; seria ele, Claus Roxin, que já se havia manifestado em tantas outras oportunidades sobre o exagero dos adeptos do finalismo, porquanto pretendessem eles, a partir da concepção ontológica da ação, resolver todos os problemas do Direito Penal, quem apresentaria em seu trabalho *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, 1972), as bases e vertentes desse neo-entendimento, pelo prisma da função político-criminal.

No mesmo diapasão, o ilustre autor, através de sua grande obra *Derecho penal – Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, legaria à dogmática do Direito Penal uma das maiores conquistas do século XX.⁴

Em vista das equivocadas deduções que os sistemas anteriores tinham apresentado, era imperioso, para Roxin, buscar um método científico que partisse mais do problema concreto, e que oferecesse possibilidades de resolvê-lo justa e adequadamente. Impunha-se-lhe, conseqüentemente, demonstrar que a formação de um sistema jurídico-penal não poderia vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade etc.), mas guiar-se pelas finalidades do Direito Penal.

(3) Francisco Muñoz Conde, na introdução da monografia de Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1972. p. 5.

(4) Dispõe Claus Roxin, op. cit., p. 203: “Sobre esa base, en este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del Derecho Penal, pero se ilustrará a propósito de la función de las categorías sistemáticas básicas en un primer esbozo ya en este parágrafo (n. 53 y ss.). Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva (ibidem, p. 204). La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo... Una segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye la ampliación de la ‘culpabilidad’ a la categoría de la ‘responsabilidad’ (ibidem, p. 204)”.

Para o autor, portanto, um moderno sistema de Direito Penal haveria de estar estruturado teleologicamente, construído em atenção a finalidades valorativas, reitoras, de um sistema de Direito Penal, do tipo político-criminal.

Claus Roxin, dirigindo seu pensamento em direção diametralmente oposta ao entendimento vigente da época, entendeu que as questões de ordem político-criminal formam parte do próprio conteúdo da Teoria Geral do Delito, mesmo porque as discussões de filigranas jurídicas das escolas anteriores tinham conduzido a um diminuto rendimento, de ordem prática, no contexto social.

Para ele, a política criminal, que inclui, outrossim, os métodos adequados para a luta contra o delito, viabiliza a missão social do Direito Penal. Daí que, reinterpretando o que antes houvera afirmado Franz von Liszt (*El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal*⁵), Roxin defende que a ligação do Direito Penal à finalidade político-criminal não pode contradizer-se, da mesma forma que o Estado de Direito e o Estado Social, que não formam contrastes irreconciliáveis, senão constituem uma unidade dialética.

Para Roxin, a vinculação jurídica e a finalidade político-criminal devem ser reduzidas a uma unidade do Sistema do Direito Penal. Daí por que as tradicionais categorias do delito, tais como ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, devem ser compreendidas e desenvolvidas sob a perspectiva de uma função político-criminal.

Por seu turno, Sergio Moccia, catedrático de Direito Penal da Universidade de Salerno,⁶ defende que um sistema de Direito Penal orientado axiologicamente por princípios de política criminal, tende a converter-se em uma construção dogmática próxima da realidade, caracterizada por ordem conceitual e por clareza.

Segundo ele, a estreita comunicação entre as normas jurídicas e a realidade social é a premissa para a construção de um sistema que aspire a expressar uma lógica assumida por seus destinatários e que, coerentemente, persiga perspectivas de viabilidade. Por tanto, é tarefa do sistema a busca de valorações adequadas à matéria e sua descrição para fazê-la clara, ordenando-a em suas conexões estruturais e normativas. Seguindo esta ordem de idéias, pode-se afirmar, com segurança, que a dogmática penal tende a desembaraçar-se daqueles caracteres quase esotéricos que significavam um notável embaraço para o seu desenvolvimento. Acrescente-se a isso que a política criminal assume, outrossim, a função garantística de delimitação da intervenção punitiva estatal.

Jorge de Figueiredo Dias, confesso admirador dessa concepção Teleológico-Racional do Direito Penal, conquanto tenha entendimentos divergentes em relação à mesma, não deixa de reconhecer que o grande mérito de Claus Roxin resi-

(5) Apud Claus Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Op. cit., 1972. p. 15.

(6) Sergio Moccia et alii. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1995. p. 81-82.

de, exatamente, no fato de ele haver criado o mais humano de todos os sistemas de Direito Penal: um sistema que aspire à mais alta concordância prática possível entre a lógica do social e a justiça individual, com o qual se respeite, sempre, a pessoa.⁷

2. A concepção de ação

Cumpre-nos, pois, partindo do início, conceituar a ação.

Para a Escola Teleológico-Racional é fato notório que aquelas que a antecederam não tiveram a capacidade de conceber a ação de forma unitária, que respondesse harmonicamente a todas as questões próprias e peculiares da Dogmática Penal. Em sendo assim, e num esforço de atingir tal escopo, Roxin elenca os requisitos que deve possuir uma neoconcepção da ação, capaz de superar as lacunas até então existentes, como, outrossim, as incongruências conceituais já aduzidas.

Para Roxin, a ação deve constituir o “elemento básico do Direito Penal”. Isso significa que deve ser concebido um supraconceito que abarque, no seu bojo, todas as formas de condutas humanas que tenham relevância para o Direito Penal. Com isso, nesse conceito, devem estar incluídos, lado a lado, tanto os crimes dolosos como os imprudentes, tanto os comissivos como os omissivos.

O conceito de ação deve constituir, outrossim, um “elemento de enlace ou união”, na medida em que vincula a si todas as categorias do delito. Dessa forma, a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade, bem como a punibilidade, todas são predicados valorativos dela própria, a ação.

O conceito de ação deve funcionar, ainda, como “elemento limite”, porquanto, por intermédio dele, se deve excluir tudo quanto não se preste para uma investigação jurídico-penal (v.g., ato de animais, pensamentos etc.).

2.1 O conceito pessoal da ação

Para Roxin a ação é concebida como “manifestação da personalidade” do homem, significando, pois, tudo aquilo que se pode atribuir ao ser humano, tendo-o como um “centro anímico-espiritual de acción”.⁸

Dá que certas condutas, advindas de uma manifestação puramente corporal, isto é, somática, do indivíduo (p. ex.: um atirador militar que, em exercício, e no

(7) Jorge de Figueiredo Dias *et alii*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1995. p. 456-457.

(8) Segundo Claus Roxin: “Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como ‘manifestación de la personalidad’, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano

momento de atirar, tem seu braço, inesperada e violentamente, deslocado para outro sentido, e vem a matar uma pessoa), não podem ser consideradas como ações, uma vez que não estavam elas submetidas ao controle do agente; não são objeto de uma instância anímico-espiritual do ser humano, razão por que não podem ser consideradas como manifestações de sua personalidade.

Raciocinando diversamente, mas conduzindo à mesma conclusão lógica, deve ser notado que os pensamentos – pertencentes à esfera espiritual-anímica do ser humano desde que não expressos, não são manifestações da personalidade e, em razão disso, não podem ser considerados como ações.

Para Roxin, o conceito pessoal de ação é um conceito normativo, porquanto o critério de manifestação da personalidade designa, de antemão, o aspecto valorativo decisivo, que é o que importa juridicamente para o exame do mesmo. Ademais, ele tem o condão de, em grande parte, atender aos requisitos que julga necessários na conceituação desse tema, e na sua importância reflexa num sistema jurídico-penal.

No estudo da questão, todavia, cumpre distinguir:

a) O conceito pessoal de ação como elemento básico:

O conceito pessoal de ação, como “manifestação da personalidade” do ser humano abrange todas as condutas relevantes para o Direito Penal (dolosas, imprudentes, comissivas, omissivas). O conceito pessoal da ação é, pois, idôneo como elemento básico.

b) O conceito pessoal de ação como elemento de enlace ou união:

De acordo com Roxin,⁹ o conceito de ação, como “manifestação da personalidade”, se prende a uma maneira pré-jurídica de entendê-la, sem, contudo, afastar-se de um entendimento ordinário da vida, de um modo naturalista (ex., movimento muscular) ou normativista, e, ao mesmo tempo, abarcando o fragmento da realidade relevante para uma primeira e prévia valoração jurídica.

como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ('somática') del hombre, o 'del ámbito material, vital y animal del ser', sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones *de la personalidad*, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la 'persona'. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son *manifestaciones* de la personalidad y por tanto no son acciones". Cfr. Claus Roxin, op. cit., p. 252.

(9) Op. cit., p. 256.

Esta concepção pessoal da ação pode, dessa forma, ter a ela vinculadas todas as demais valorações jurídico-penais. Daí que descrever um delito como manifestação de personalidade típica, antijurídica e culpável se ajusta, com exatidão, à situação real.

Um conceito de ação que realize esta função de enlace, não deve olvidar-se dos dados e circunstâncias reais a que se ajusta a realidade em que está inserido o homem, e que compreende não somente os elementos corporais e psíquicos, mas, outrossim, outras categorias valorativas, privadas, sociais, jurídicas, éticas, que co-determinam as manifestações da personalidade.

c) O conceito pessoal da ação como elemento-limite:

A concepção da ação como “manifestação da personalidade” humana exerce, ainda, a função de elemento-limite, uma vez que se presta a estabelecer na constelação dos acontecimentos as condutas que serão abarcadas, ou não, pelo Direito Penal.

Dessa forma, são excluídos o fazer dos animais, os atos das pessoas jurídicas (já que não possuem o centro psíquico-espiritual), pensamentos e disposições de ânimo que permaneçam na esfera interna; igualmente, as atitudes em que o corpo humano foi usado tão apenas somaticamente, desprovido que estava do centro anímico-espiritual (v.g., ataques de epilepsia, movimentos violentos em razão de narcose etc.).

3. O tipo

No que se refere ao tipo, Roxin considera que a sua função político-criminal consiste na *concretização do princípio da legalidade*.

Segundo ele, o legislador se serviria de dois métodos diferenciados na elaboração dos tipos penais: o primeiro se realizaria através da descrição, ao mais completa e precisa possível, da ação, o que daria margem à criação dos denominados *delitos de ação*; o segundo, que se caracteriza por não interessar ao legislador a qualidade externa da conduta, tipifica infrações às exigências comportamentais, derivadas do papel social que o agente desempenha, o que criaria os denominados *delitos consistentes na infração de um dever*.

No tipo penal, em tese, se valoriza a ação, do ponto de vista da necessidade abstrata da pena. O fim político-criminal da cominação seria, então, a prevenção geral. Essa finalidade preventiva geral conduz a uma dupla interpretação:

a) Todo tipo penal deve ser interpretado de acordo com o fim da lei (teleologicamente), de maneira que sejam totalmente abarcadas as condutas desaprovadas legalmente;

b) Uma prevenção geral, para ser eficaz, necessita que a lei seja a mais precisa possível, como, aliás, exige o próprio princípio da legalidade.

A prevenção especial é alijada desse momento teórico, uma vez que a mesma pressupõe um criminoso em concreto, específico, que, nessa fase, não existe ainda e, portanto, não desempenha nenhum papel.

3.1 Os encargos do tipo

Depois de toda a construção dogmática, até então, realizada sobre o tipo penal, entende-se que ele exerce as funções sistemática, dogmática e político-criminal.

A função sistemática do tipo consiste em dizer que ele abarca, segundo Beling, "El compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata",¹⁰ como de dá, v.g., no Código Penal português, que, através do seu art. 131.º, refere-se à ação de matar outra pessoa, e, no art. 136.º, descreve o crime de infanticídio.

A função político-criminal, já abordada anteriormente, significa que, na medida em que as condutas consideradas proibidas sejam descritas em tipos penais, se concretiza o princípio *nullum crimen sine lege*. Ademais, o tipo penal cumpre, em desdobramento, uma função de garantia, porquanto ao estabelecer, preliminarmente, as condutas reprovadas penalmente, oferece, ao indivíduo, referências ético-comportamentais, como também lhe proporciona segurança do ponto de vista policial e processual.

A função dogmática do tipo consiste em descrever os elementos cujo desconhecimento exclui o dolo. Essa missão é realizada pela própria lei, ao referir-se a que, na realização de um fato, quem desconhece alguma circunstância própria do tipo legal não atua dolosamente. Assim, é de ser observado que a distinção entre erro de tipo, que exclui o dolo, e erro de proibição (que só exclui facultativamente a culpabilidade) pertence aos fundamentos básicos da dogmática jurídico-penal.

3.2 Tipo objetivo e subjetivo

A Escola Teleológico-Racional tem como certo que a ação típica constitui, sem qualquer sombra de dúvida, uma unidade de fatores internos e externos que não podem ser separados. Daí a afirmação de que há elementos típicos puramente objetivos, como há, outrossim, elementos típicos puramente subjetivos.

3.2.1 Tipo objetivo

Ao tipo objetivo pertence sempre a referência de um agente, de uma ação típica e, quando houver, a descrição do resultado; conseqüentemente, para um melhor delineamento e entendimento do tipo objetivo, faz-se mister ressaltar a coexistência, nele próprio, de elementos denominados *descritivos* e *normativos*.

(10) Apud Claus Roxin, op. cit., p. 277.

Entende-se, tradicionalmente, como *elementos descritivos* aqueles que re-produzem determinado fatos, como processos corporais ou psíquicos, e que são verificados, de modo cognoscitivo, pelo Juiz – assim como matar, subtrair, destruir etc. Diferentemente, têm-se como *elementos normativos* aqueles cuja concorrência pressupõe uma valoração – como as expressões “alheio”, “decoro”, “indevidamente”, “bons costumes” etc.

Ocorre, então, que diante de um elemento objetivo – parte integrante do tipo penal, fixada pelo legislador –, a postura do juiz seria a de verificá-lo cognoscitivamente. Nos elementos típicos normativos cuida-se de pressupostos do injusto típico, que podem ser detectados tão-só mediante um juízo de valor da situação de fato.

Observa-se, hodiernamente, que tem aumentado, e muito, a presença de *elementos normativos* do tipo. Tal constatação pode, infelizmente, conduzir à diminuição da precisão e firmeza do tipo, com prejuízo da segurança que o regime dos tipos busca estabelecer.

Roxin considera, entretanto, que o critério tradicional de distinção entre esses elementos do tipo objetivo não pode ser considerado, de forma absoluta, porquanto situações há em que os mesmos apresentam-se como se estivessem mesclados. Daí por que, se por razões de ordem terminológica, pretenda-se estabelecer uma delimitação conceitual de cada qual, recomenda ele que seja adotado o critério de Engisch.¹¹

Segundo este último autor, qualificam-se como *elementos normativos* aqueles que somente podem ser representados e concebidos sob o pressuposto lógico de uma norma jurídica ou social. Tal se dá, v.g., na conceituação de expressões como “indevido”, “bons costumes”, “alheio”. De outra forma de entendimento, expressões como “ser humano”, “integridade física”, “coisa”, “edifício” têm existência autônoma, independentemente, pois, de qualquer contexto normativo, e por isso, podem ser denominadas de *elementos descritivos*.

3.2.2 Tipo subjetivo

Na Teoria Geral do Crime, no atual estágio, há a concepção de que um tipo subjetivo, composto do dolo e de outros elementos subjetivos (que não ocorrem em todos os tipos, e que se manifestam em formas variadas) – subsume-se no tipo penal, ainda que originariamente fosse dominante o entendimento de que somente os elementos objetivos o compusessem.

Deve ser lembrado que, no desenvolvimento da Teoria Geral do Crime, foram reconhecidos, inicialmente, os elementos subjetivos do injusto como componentes do tipo. O dolo – inicialmente concebido como uma forma de manifesta-

(11) Apud Claus Roxin, op. cit., p. 307.

ção da culpabilidade – passou a integrar o tipo, a partir do surgimento da Escola Finalista.

Para Roxin, o dolo consiste no conhecimento (saber) e a vontade (querer) da realização dos elementos do tipo objetivo.

Por outro lado, o reconhecimento da existência de outros elementos subjetivos do tipo penal – independentemente do dolo – deriva da concepção do tipo, como espécie do injusto.

Roxin exemplifica com a hipótese de que quem subtrai uma coisa móvel, sem o ânimo de apropriação antijurídica, não está realizando o injusto típico, e não está cometendo uma subtração punível.¹²

O grande problema referentemente a esses outros elementos subjetivos do tipo, antes de se entrar na discussão a respeito de sua existência ou não, reside na dificuldade de sua delimitação com os elementos da culpabilidade.

Argumenta o autor que de nada adiantaria uma diferenciação, com base na circunstância de que os elementos subjetivos do tipo fundamentam ou reforçam o juízo de desvalor social sobre o fato, exatamente porque esse mesmo juízo de desvalor social não distingue, na realidade, o injusto da culpabilidade.

Para ele, o melhor critério para proceder à delimitação seria, exatamente, a referência ao tipo delitivo. Explicando melhor, um elemento subjetivo pode caracterizar o tipo delitivo ao referir-se ao bem jurídico protegido, ou caracterizando o objeto da ação típica. Assim, utilizando-se o exemplo anteriormente dado, caso houvesse o ânimo de apropriação antijurídica, a intenção do agente dirigir-se-ia diretamente à propriedade como bem jurídico, o que caracterizaria o tipo delitivo.

Diferentemente, quando um elemento não se refere ao tipo delitivo, mas somente descreve os motivos, sentimentos e atitudes internas, estamos diante de elementos da culpabilidade. Tal ocorre, v.g., com um assassinato motivado por ódio racial. Este último elemento, móvel do crime, constituiu um elemento de culpabilidade, já que é independente do bem jurídico protegido pelo tipo penal – a vida humana.

Reconhece Roxin, contudo, que, ainda que haja vantagens nessa delimitação, com reflexos imediatos para a teoria da participação, a mesma pode apresentar, perante situações concretas, algumas dificuldades:

A primeira delas concentra-se na circunstância de que seria equivocada classificar um determinado elemento, em abstrato, como elemento subjetivo ou elemento da culpabilidade. A análise há de ser dada perante cada tipo penal. Tal se dá porque um determinado elemento pode, em um tipo, consistir um elemento subjetivo e, entretanto, em outro, um elemento da culpabilidade.

A segunda refere-se à hipótese de que é incorreto incluir no injusto os elementos subjetivos, sempre que os mesmos pretendam um resultado no mundo

(12) Op. cit., p. 311.

exterior, e reservar para a culpabilidade aqueles elementos que sejam puramente internos.

4. A antijuridicidade

A antijuridicidade constitui uma propriedade da ação típica, ou seja, sua contradição com as proibições e mandatos do Direito Penal. Uma conduta típica é antijurídica, se não há qualquer causa de justificação que exclua a sua ilicitude.

Uma ação antijurídica é formalmente antijurídica, na medida em que contraria uma proibição ou mandato legal; e é materialmente antijurídica, na medida em que se plasma em uma lesão de bens jurídicos, sendo socialmente nociva e que não se pode combater suficientemente com meios extrapenais.

Para a doutrina cujos contornos estão sendo ligeiramente abordados, a função político-criminal da antijuridicidade vem a ser a *solução social de conflitos*. O meio através do qual o legislador se serve para superar a problemática social dos conflitos consiste, segundo Roxin, em um conjunto de princípios materiais ordenadores, que, combinados diferentemente entre si, acabam por determinar o conteúdo das causas de justificação.

Dessa forma, a sistematização das causas de justificação só se torna possível, na medida em que se combinem estes princípios de ordenação social (v.g., princípio da ponderação de bens, princípio do prevalecimento do Direito, princípio da autonomia, princípio da autoproteção etc.).

Assim, na justificante legítima defesa, os princípios ordenadores são o da autoproteção (todos têm o direito de defender-se de ataques proibidos), o da prevalência do Direito (o Direito não tem, nem pode ceder ao injusto), bem como o princípio da proporcionalidade.

A missão da sistemática consiste, pois, em elaborar, de modo o mais completo possível, os princípios reguladores sociais que, diferentemente do tipo penal, não se encontram adstritos ao princípio da legalidade, podendo mesmo advir de todo e qualquer ramo do Direito, seja o legal, seja o consuetudinário.

4.1 A antijuridicidade e o injusto

Os conceitos de antijuridicidade e do injusto, segundo a doutrina Teleológico-Racional, não se confundem, embora, anteriormente, fossem eles interpretados como expressões equivalentes.

Já vimos que, para Roxin, a antijuridicidade penal consiste numa característica de uma ação típica, que se encontra em desacordo com as proibições e mandatos do Direito Penal.

Diferentemente, e mais amplamente, até, se entende por injusto penal a própria ação típica e antijurídica.

Deve ser alertado, contudo, que, para a doutrina em estudo, a antijuridicidade não constitui uma categoria própria e específica do Direito Penal, mas de todo o ordenamento jurídico. Pode ocorrer, v.g., que haja condutas antijurídicas para o Direito Civil e que, entretanto, para o Direito Penal, sejam absolutamente irrelevantes. O mesmo raciocínio pode ser feito, conseqüentemente, para o injusto, tanto que pode haver, além do injusto penal, injusto civil, bem como o administrativo etc. O injusto poderia, em tese, ser definido como toda danosidade, ou nocividade social, concreta e intolerável, de uma conduta.

Com base nessas premissas, é certo afirmar, de acordo com Roxin, que a maioria das causas de justificação não estão reguladas pelo Direito Penal, e que seus efeitos justificantes tampouco valem somente para o este ramo do Direito. É mais certo, porém, dizer-se que é inegável que as causas excludentes de antijuridicidade têm sua maior importância prática, em caso de intromissões em bens jurídicos penalmente protegidos.

4.2 O elemento subjetivo das causas de justificação

Para a doutrina clássica, as excludentes da ilicitude tinham caráter meramente objetivo. Isso quer dizer que a caracterização de sua incidência requereria, tão apenas, a satisfação de seus requisitos de ordem objetiva. Assim, a ocorrência da legítima defesa ou do estado de necessidade estaria condicionada somente às condições estabelecidas nos textos legais.

Posteriormente, nos termos do finalismo, a conduta, para justificar a exclusão da ilicitude, deveria revestir-se dos requisitos objetivos e subjetivos da discriminante. Dessa maneira, não seria suficiente que o fato apresentasse os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. Seria necessário, adicionalmente, que o agente conhecesse a situação justificante. Caso contrário, inexistente esse elemento subjetivo, não incidiria a causa discriminante, subsistindo a antijuridicidade e, em conseqüência, o crime.

E Roxin deu continuidade a esse entendimento do finalismo. Para que se tenha como ocorrida uma causa de justificação é imprescindível que o indivíduo atue objetivamente, realizando o perfil delineativo da discriminante, mas, também, com conhecimento da situação de fato justificante. A consciência de se realizar algo conforme o Direito, além do atendimento dos requisitos de ordem objetiva, elidem, por si, o desvalor da ação e portanto, o injusto.

Além de adotar esse entendimento, Roxin adita a essa idéia básica, como fizeram alguns finalistas, a possibilidade de ocorrência de concurso de motivos, que não exclui a discriminante. O concurso de motivos ocorre naquelas situações em que o indivíduo conhece objetivamente a situação justificante, e dela se aproveita para fins diversos, como, v.g., vingar-se, não agindo assim, exclusivamente, com a vontade de praticar a ação justificada. Nessa hipótese, permanece íntegra a causa de justificação, haja vista que seria inadmissível confundir-se motivo com finalidade.

A esse respeito, a jurisprudência alemã já se manifestou, exigindo que a motivação do sujeito seja a finalidade própria e específica da justificativa, ainda que ela não seja a única.

5. Responsabilidade e culpabilidade

Uma das grandes inovações concebidas por Roxin vem a constituir a ampliação da culpabilidade à categoria da responsabilidade.

À culpabilidade tradicional se deve associar, no seu entender, sempre, a necessidade preventiva, geral ou especial, da pena, de forma que as duas categorias darão lugar à responsabilidade pessoal do sujeito, que desencadeia a imposição da sanção penal.

Através da “Responsabilidade” se inquire se um indivíduo que, embora tenha cometido uma ação típica e antijurídica, não justificada, venha a merecer, necessariamente, ou não, uma pena. A “Responsabilidade” traduz uma valoração do ponto de vista de tornar responsável penalmente um sujeito.

O precursor da doutrina sob estudo acena com exemplo por demais esclarecedor, demonstrando que, para se concluir sobre a “Responsabilidade” e o conseqüente merecimento da pena, haverão de concorrer, necessariamente, os pressupostos da culpabilidade, como os da prevenção geral ou especial.

Assim sucede com o estado de necessidade desculpável. Nele, o agente não somente atuou antijuridicamente, como, outrossim, poderia ter procedido de outra forma e, em razão disso, se comportou culpavelmente. Ocorre, porém, que diante da inoccorrência de nenhuma hipótese excepcional, a impunidade não se fundamentará na ausência de culpabilidade (o que não foi a hipótese), mas no fato de que o legislador considera que, em determinadas situações, não existe uma necessidade da pena, nem de prevenção geral ou especial, razão pela qual fica excluída a “Responsabilidade”.¹³

Pela perspectiva, pois, da “Responsabilidade” de Roxin, a concepção básica político-criminal não se aplicará ao fato, porém, ao delinqüente, enquanto que se pergunta por sua necessidade individual da pena.

5.1 A culpabilidade como atuação injusta em face da existência de exequibilidade normativa

De acordo com a concepção abordada, pode ser afirmado que o indivíduo atua culpavelmente: quando estava ele disponível, no momento do fato, para a chamada da norma, segundo seu estado mental e anímico; quando lhe eram psi-

⁽¹³⁾ Op. cit., p. 222.

quicamente exeqüíveis possibilidades de optar por uma conduta conforme o Direito e, por fim, quando a possibilidade (livre e determinada) psíquica de controle que existe em um adulto são, existia no caso concreto.

A exeqüibilidade normativa significa que o sujeito possui capacidade de comportar-se de acordo com a norma, tornando-se culpado quando não adota nenhuma das alternativas de condutas psicicamente exeqüíveis para ele.

Para Roxin, essa concepção da culpabilidade tem as vantagens de restringir o Direito Penal ao absolutamente indispensável socialmente, e em pôr um limite ao poder punitivo do Estado.

Segundo ele, a paz social decorre da expectativa de que aos indivíduos é induzido, através das proibições e mandatos, o comportamento de acordo com o Direito.

Quando ocorre a infringência dessas normas, através do cometimento do injusto, surgem situações de descontentamento, e, às vezes, de perigo à paz e à segurança sociais, que se elidem através da imposição de penas aos sujeitos.

Afirma-se que a concepção apresentada restringe o Direito Penal ao absolutamente necessário socialmente, tendo-se em vista, v.g., condutas antijurídicas cometidas por indivíduos com estado mental anormal ou imaturo.

Segundo ele, essas pessoas, ao infringirem as normas, não provocam nenhuma expectativa social, como não causam, outrossim, comoção à consciência social. Seus comportamentos não servirão como referenciais para eventuais condutas repetidas, porquanto, segundo a opinião pública, a vigência das normas, a paz e a segurança sociais não se acham diminuídas, sequer comprometidas com tais acontecimentos.

Por outro lado, afirmar-se que a culpabilidade, segundo Roxin, põe um limite ao poder punitivo do Estado, decorre da constatação de que a mesma independe de necessidades preventivas, sejam gerais ou especiais.

A neoconcepção da culpabilidade significa uma garantia de liberdade dirigida contra os excessos punitivos do Estado. "El mantener la persecución de fines preventivos en los límites propios del Estado de Derecho, sirve a la vez a una política criminal razonable".¹⁴

6. Outros pressupostos de punibilidade

Na moderna dogmática do Direito Penal, há a compreensão generalizada de que toda conduta punível significa uma ação típica, antijurídica, culpável, e que cumpre outros eventuais pressupostos de punibilidade. Dessa maneira, toda conduta punível apresenta quatro elementos comuns – ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, aos quais podem agregar-se, ainda, e em alguns casos, um

(14) Op. cit., p. 812.

ulterior pressuposto da punibilidade para que esta possa, efetivamente, ser desencadeada.

Sob a perspectiva da Escola Teleológico-Racional, uma ação típica, antijurídica e efetuada responsabilmente é, em regra, punível.

Uma quarta categoria delitiva não designa um pressuposto geral da punibilidade e, em razão disso, não pode ela ser considerada como da mesma categoria do tipo, da antijuridicidade ou da responsabilidade.

A questão se centraliza quando se afirma que, em alguns tipos concretos, há de concorrer outras circunstâncias para que se dê a punibilidade, ou que a concorrência de determinadas circunstâncias exclui a punibilidade que, em outras hipóteses, normalmente ocorreria.

Segundo Roxin, os restantes pressupostos da punibilidade, que só desempenham papel em poucos preceitos penais, contêm, na realidade, uma decisão sobre a necessidade de punição, de pontos de vista situados fora dos fins da pena, e por considerações alheias ao Direito Penal (v.g., por razões de ordem política ou de Direito Público) se entrecruzam com os objetivos penais.

As circunstâncias que devem ser acrescidas à ação que realiza um injusto responsável, para que se dê margem ao surgimento da punibilidade, se chamam *condições objetivas de punibilidade*. Como exemplo elucidador da mesma, cita-se a atitude do indivíduo que, agindo responsabilmente, ataca representante estrangeiro. Tal atitude leva à inferência automática de que ele é merecedor de punição. Esta, contudo, para efetivar-se concretamente, está na dependência da “garantia de reciprocidade” entre os dois países, bem como, outrossim, do interesse da “manutenção das relações diplomáticas”; e, como é óbvio, não constituem ambas componentes da ação injusta e responsável, entretanto, constituem condições de punibilidade.

Em contraposição às condições objetivas de punibilidade, há as *causas de exclusão de punibilidade* (ou da pena), que são aquelas circunstâncias cuja concorrência exclui a punibilidade, ou cuja não-ocorrência é pressuposto da punibilidade.

Assim, e sob esta segunda perspectiva, observe-se que se as injúrias de um parlamentar ficam impunes, tal ocorrência não pode ser explicitada do ponto de vista jurídico-penal, mas, tão-somente, pelo fato de que se pretende que o trabalho parlamentar, a sua livre expressão, não sejam impedidos por processos de injúrias ou receio quanto aos mesmos. É, portanto, uma finalidade jurídico-política que dá suporte a essa causa de exclusão de punibilidade.

7. Algumas críticas à doutrina Teleológico-Racional pelos Doutores Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade: fundamentos de uma construção funcional, teleológica e racional do conceito de fato punível

“No que toca a maneira de aqui ver as coisas, porém, nem por isso se qualificará com razão de ‘intermediário’ um tal esboço sistemático, como se ele repre-

sentasse uma qualquer *via per mezzo* entre aquelas duas construções.¹⁵ Decerto, esta nova concepção sempre será reconduzível ou a uma 'normativização da finalidade' (*Stratenwerth*) ou inversamente a uma 'finalização da normatividade' (*Engisch*). Mas a intenção nela implícita não deve reduzir-se à vontade de cortar ao meio entre dois extremos, antes radica numa posição de céptico *relativismo* (assim de novo *Engisch*) tanto sobre a estrutura ôntica dos conceitos jurídicos, como sobre o domínio ilimitado das valorações normativas. O sistema emergente aparece, por outro lado, comandado pela convicção de que a construção do conceito de facto punível há-de apresentar-se como decisivamente *teleológica, funcional e racional*, possuindo a partir daqui, como já aliás, por diversas vezes, se procurou mostrar, os seus próprios postulados e determinando os seus específicos desenvolvimentos."¹⁶

7.1 As funções atribuíveis ao conceito de ação dentro de um sistema categorial-classificatório

Todas as discussões dos últimos tempos, referentes à doutrina do fato punível, têm centrado, entre outros aspectos, sua atenção para a adoção de um conceito "geral" de ação, que assuma o caráter de conceito superior, *genus proximus*, abrangente de todas as formas possíveis de comportamentos puníveis.

Essa atitude se explica pelo fato de que, até então, havia uma insistente postura, baseada no entendimento de que a ação deveria, necessariamente, servir de base autônoma e unitária da construção do sistema, capaz ela de suportar as predicações posteriores de tipicidade, antijuridicidade, da culpa e da punibilidade, sem, entretanto, pré-determiná-las.

Se assim fosse, esse conceito "geral" de ação haveria de cumprir uma pluralidade de funções, que segundo a concepção de Hans-Heinrich Jescheck,¹⁷ assim seriam sistematizadas:

(15) Referem-se às construções de raízes normativista e finalista.

(16) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Direito penal* – Apontamentos de estudo da cadeira de Direito Penal – 3.º ano, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 243.

(17) Sobre a pluralidade das funções do conceito geral da ação, Hans-Heinrich Jescheck: "El concepto de acción debe satisfacer diversas *exigencias* para cumplir correctamente su función en la estructura global de la teoría del delito. Esta es la razón por la que encierra tales dificultades la respuesta a la pregunta, aparentemente sencilla, de lo que sea una 'acción'. Todas las modalidades del actuar humano que de alguna manera pueden ser de importancia para el Derecho Penal –el comportamiento doloso así como el imprudente, el hacer positivo así como el omitir– deben hallar cabida en el concepto de acción (*función de clasificación*). El concepto de acción ha de poseer, además, tanto contenido material que los conceptos sistemáticos jurídico-penales de tipo, antijuridicidad y culpabilidad puedan conectarse con él como aclaraciones pormenorizadas (*función de definición*). Aquél no debe, empero, adelantar los elementos

1. *Função classificatória.* Para tanto, o conceito de ação teria que assumir o caráter de conceito superior que, por isso, abrangesse todas as formas de manifestação de comportamento punível, e representasse o elemento comum a todas elas;

2. *Função de definição e ligação.* Para bem cumprir esta função, o conceito de ação teria de possuir a capacidade de abranger todas as predicções posteriores (tipicidade, antijuridicidade, culpa e punibilidade) sem, entretanto, as pré-determinar, ou seja, sem antecipar o significado específico de cada uma delas;

3. *Função delimitadora.* O conceito de ação haveria de viabilizar que, com base nele, se excluíssem todos os comportamentos que, desde o início, e independentemente das predicções posteriores, fossem irrelevantes para o Direito Penal.

Para os críticos, as exigências que se fazem, e que, segundo eles, devem ser feitas, ao conceito de ação, parecem contraditórias, uma vez que as mesmas mutuamente se excluem. Assim, se o conceito deve assumir uma função de classificação, parece que a sua conformação deve ser imputada a um sistema pré-jurídico, seja ele o sistema ôntico-final ou o normativo-social. Mas, como pode o conceito exercer uma função de “definição e ligação”, sem que, em medida alguma, antecipe ele e pré-determine o significado material de suas predicções?

O conceito normativo pessoal de ação, de Roxin, concebido como capaz de realizar a totalidade das funções sistemáticas que dele se espera, é traduzido na “expressão da personalidade” e, por isso, contém “tudo aquilo que pode ser imputado a um homem como centro anímico-espiritual”.

Embora se reconheçam aspectos meritórios nessa concepção, a primeira crítica a ela dirigida centra-se no fato de que ela não exerce a “função de ligação”, porquanto o comportamento humano só pode muitas vezes constituir-se como “expressão da personalidade”, na base sua prévia valoração como juridicamente relevante,¹⁸ antecipando-se, nesta parte, a sua tipicidade.

A esta primeira crítica acresce-se outra, de que o conceito de ação de Roxin não remete para qualquer sistema pré-jurídico e não tem, por essa razão, capacidade para ser um conceito superior, apto para abranger todas as formas possíveis de comportamento punível (forma dolosa ou negligente, ativa ou passiva) e representar um elemento comum a todas elas.

Por fim, o conceito pessoal, como, aliás, qualquer outro conceito “geral” de ação, não é capaz de cumprir a função de delimitação. Tal se afirma em razão de

generales del delito, porque, si no, éstos volverían a disolverse en el terreno genérico de la imputación, según fue entendida por el Derecho común (*función de enlace*). Por último, el concepto de acción prescinde desde un principio de aquellas formas de comportamiento que en ningún caso aparecen como merecedoras de pena (*función de delimitación*).” Cfr. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada : Editorial Comares, 1993. p. 197.

(18) Como reconhece o próprio Roxin, que defende, porém, que tal circunstância não torna, por parte do conceito pessoal da ação, de todo inexecutível o cumprimento de sua função de ligação.

que não é qualquer conceito que realiza a função de delimitação. Na realidade, são os resultados da delimitação que se reputam corretos (na maioria das vezes obtidos em função das exigências do tipo) que, depois, vão ser atribuídos aos conceitos, ao seu conteúdo e a seus limites.

Sob esta última perspectiva, não há dúvidas de que acontecimentos naturais, atos praticados *por vis compulsiva* e tantos outros não sejam considerados como “expressões da personalidade”. Mas, já não se compreende por que não possam ações jurídico-penalmente relevantes, sob certas condições como, v.g., comportamentos de pessoas coletivas, atos reflexos ou automatizados etc. – ser considerados “expressões de personalidade”: “Se o são ou não, é coisa que em definitivo, deverá depender das exigências típicas e não de qualquer conceito geral de ação”.¹⁹

Os críticos entendem, conclusivamente, e conscientes das dificuldades enfrentadas pelos adeptos das concepções anteriores, que o caminho compatível com a realidade atual dirige-se à constatação do *dever renunciar-se a colocar como elemento básico do sistema um conceito geral de ação*.²⁰

Isso significa que a doutrina da ação deve, na construção do conceito do fato punível, ceder primazia à doutrina da ação típica ou da realização do tipo. Ao conceito de ação passa a caber apenas a função de integrar, no âmbito da teoria do

(19) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 254.

(20) Sobre a idéia de o conceito de ação não dever ser elemento básico de um sistema, Figueiredo Dias sustenta: “Con ello rechazo admitir el valor prioritario del concepto de acción, tal y como, por algún tiempo, fue situado en la construcción del sistema. Estoy convencido de que un concepto semejante, como siempre se ha presentado – como naturalístico, normativo, final, social o personal –, no se puede erigir, uniformemente, como figura comprensiva de todas las formas de aparición del hecho penal (doloso e imprudente, activo u omisivo); del mismo modo que tampoco se le puede conservar como concepto preexistente con naturaleza propia e independiente del tipo, sin posteriormente predeterminar las categorías del sistema. Nos encontramos en el momento en que la teoría del delito, en este ámbito, termine de creer que puede encontrar su última *Thule* en los resultados de una abstracción generalizada y clasificadora. Opino, con Schunemann, que es imprescindible proporcionar al concepto general de acción un papel de segundo rango en el sistema: exclusivamente, la función negativa (o una ‘función delimitadora’, para hablar como Jakobs), que excluya de la construcción del sistema las formas de conducta que *ab-initio* son penalmente irrelevantes. Y, con todo eso, aún se tiene que actuar con el cuidado adecuado para no dejar fuera del sistema, apriorísticamente y de modo definitivo e injustificable, formas de conducta, como las de las personas jurídicas, que, como ya ha señalado aquí de nuevo Faria Costa, en el Derecho portugués, así como también en otros muchos países europeos, son autor idóneo de hechos penales. Para un sistema funcional y ‘racional-teleológico’ no sería convincente, tal y como opino, atribuir sólo al individuo la capacidad de acción en sentido penal. Ello supondría una formulación doctrinal precipitada, seguramente una fatalidad para la construcción de un sistema de Derecho Penal europeo”. Cfr. Figueiredo Dias *et alii*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Op. cit., 1995. p. 450.

tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de atuação, dotando ele, tão-somente, de uma certa (e restrita) função de delimitação.

“Daqui resulta que a própria função de delimitação não deve ser desempenhada por um conceito geral de acção, antes deve sê-lo por vários conceitos de acção tipicamente conformados. Não se elimina com isto, claro, o relevo do conceito de acção; só que ele perde autonomia e, deste modo, capacidade para se arvorar em pedra-base do sistema. O conceito de acção não é – não pode, nem deve ser – algo de previamente dado ao tipo, mas apenas um elemento, a par de outros, integrante do cerne dos tipos-de-ilícito. A partir daqui torna-se inevitável – e sem que esta atitude deva ser censurada como ‘resignação’ (como pretende Roxin), antes louvada como posição teleologicamente positiva e funcionalmente adequada – assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente correspondente, repete-se, à função de delimitação ou função ‘negativa’ de excluir da tipicidade comportamentos juridicopenalmente irrelevantes; enquanto a primazia há-de ser conferida, sem hesitação, ao conceito de realização típica do ilícito e à função por ele desempenhada na construção teleológica do facto punível.”²¹

7.2 O tipo-de-ilícito: a tipicidade, a antijuridicidade e as causas de justificação

Tem sido dominante o entendimento, inclusive na Escola Teleológico-Racional, de que o tipo penal constitui o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime. Isso quer dizer que a tipicidade representaria o primeiro e autónomo predicativo da acção.

Dessa forma, sob essa concepção, e diante de uma conduta aparentemente relevante para o Direito Penal, haveria que, num primeiro momento, avaliar se a mesma possuiria uma relação de correspondência com o tipo penal, e somente num segundo instante, concluir-se-ia sobre sua antijuridicidade, ou não, em razão da ocorrência de alguma causa de justificação.

Jorge de Figueiredo Dias entende, porém, que, diversamente do que tem sido concebido e realizado, a tipicidade deve ceder primazia à antijuridicidade. Isto é, a prioridade deve caber à ilicitude, considerada, agora, como ilícito-típico ou (o que significa a mesma coisa) o tipo-de-ilícito.²²

(21) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 256.

(22) Sobre a prioridade da antijuridicidade, Figueiredo Dias: “Arrancando da idéia de que o tipo não é uma entidade estranha e independente da ilicitude, antes sim – em consciente oposição às teses de Beling e de Welzel – *ab initio* um tipo-de-ilícito, vem sendo feito um decidido esforço para, mesmo nesta base, se distinguir tipo e ilicitude por forma tal que a fronteira sirva ao mesmo tempo de delimitação mútua de um erro sobre o tipo e de um erro sobre a proibição. Para bem revelarmos a direcção em que um tal esforço se dirige importa, porém, que tentemos situar melhor esta doutrina dentro das suas coordenadas. Reconhece-se hoje que ela teve o seu germe em um

Roxin, diferentemente, defende a prioridade do tipo, argumentando que este traduz “a acção avaliada sob o ponto de vista da necessidade abstracta da pena (isto é, ‘independentemente da pessoa do agente e da situação concreta da acção’) e se assenta, assim, na finalidade político-criminal, de natureza geral-preventiva, de motivar a omissão de acções proibidas (ou de realização das acções impostas); enquanto no ilícito se trata da consideração da acção típica concreta, com a inclusão nela de todos os seus elementos reais caracterizadores, baseada, entre outras, na finalidade político-criminal de solucionar conflitos de interesse jurídico-penalmente relevantes”.²³

Os fatores que justificam e determinam, segundo o eminente crítico, o primado da antijuridicidade sobre o tipo, na construção teleológico-funcional do crime, residem, exatamente, na função própria do Direito Penal (de proteção subsidiária de bens jurídicos) e na justificação da intervenção penal.

Segundo ele, através da categoria do ilícito, ou antijurídico, traduz-se o desvalor jurídico-penal de uma conduta concreta. Só a partir daí é que o tipo adquire o seu verdadeiro significado.

O tipo seria, então, a “irradiação do ilícito”, ou, na lição de Eduardo Correia – o “portador da valoração de um comportamento como ilícito”.²⁴

aprofundamento da tese de M. E. Mayer segundo a qual o tipo, ainda que só excepcionalmente, contém ‘elementos normativos’ cuja especificidade estaria em se não limitarem a revelar ou indiciar a ilicitude, constituindo a sua mera *ratio cognoscendi*, mas irem até ao ponto de a *fundamentar*, sendo a sua verdadeira *ratio essendi*; pois assim – ao menos na medida do reconhecimento de tais elementos, que aliás a partir de M. E. Mayer não deixou de aumentar – logo ficava afastada a ideia de que o tipo constituiria tão-só o ‘objecto de valoração da ilicitude’. Daqui à afirmação de que o tipo é afinal, ele próprio e na sua unidade, a *ratio essendi* da ilicitude distava só um passo que grande parte da doutrina alemã, conduzida por Hegler e Sauer e robustecida por adesões prestigiosas como a de Mezger, não tardou a dar. A afirmação cujo mérito, para nós, não está tanto em exprimir idéias como a de que o tipo é o verdadeiro ‘criador’ de uma específica ilicitude criminal ou a de que o tipo se ‘identifica’ com a ilicitude, ou sequer na pretensão de reabilitar a doutrina dos elementos negativos do tipo, mas, sobretudo, no pleno reconhecimento de que a tipicidade não pode ser afirmada ou negada independentemente da valoração da ilicitude e de que, portanto, esta se não deixa, relativamente à concepção daquele, ‘pôr ente parêntesis’; ou, por outras palavras, no pleno reconhecimento de que, em perspectiva normativo-material e metodológica, o tipo não ‘precede’ (como em Beling e Welzel) a ilicitude, mas constitui um *posterius* relativamente a ela, ‘mostra a ilicitude em regra existente’ (Hegler), é a ‘tipicização da ilicitude’ (Sauer), é o ‘interposto da valoração jurídico-criminal’ (Eduardo Correia)”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias. *O Problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra Ed., 1995. p. 86-88.

(23) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 261.

(24) De acordo com José Francisco de Faria Costa. *O perigo em direito penal*. Coimbra Ed., 1992. p. 429 *et seq.*: “O tipo tem um valor instrumental no desenvolvimento histórico enquanto técnica consolidada de mais bem preservar a segurança e a liber-

O raciocínio do Doutor Jorge de Figueiredo Dias serve-se, para efetivar a sua concretização, de dois instrumentos que funcionalmente se completam, porém, estruturalmente, apresentam-se como entidades diversas: os *tipos-incriminadores* e os *tipos-justificadores*.

Os primeiros constituem “o conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à *fundamentação* do ilícito (*Stratenwerth*) e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do *bem jurídico protegido* e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado como ilícito”.

Os segundos, os tipos-justificadores (ou causas de justificação), “que, servindo igualmente à concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o carácter de limitação (‘negativa’) dos tipos-incriminadores. Também os tipos-justificadores constituem, no seu *modus* particular, formas delimitadoras do conteúdo de ilícito (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fáctica e são assim elas próprias, em suma,

dade dos cidadãos. Por isso desempenha a nobilíssima função de tipo de garantia. Contudo, por força da sua inquestionável proeminência, no contexto das relações sistemáticas que a dogmática penal desenvolve, o tipo é condição *sine qua non* para que a ilicitude se possa expressar, isto é, condição para que o ilícito entre no discurso jurídico-penal relevante. De sorte que a antijuridicidade penalmente relevante não está fora do tipo, mas sempre expressa dentro dos contornos dogmáticos definidos pelo tipo (...). Decorre daí que o ilícito não está dependente da ausência de uma causa de justificação (idem, p. 435). Gossel diz-nos que as causas de justificação ‘não afastam, porém, a ofensa antinormativa do bem jurídico – antes a pressupõem. Com efeito, só uma ofensa antinormativa de bem jurídico pré-existente pode, excepcionalmente, justificar-se num plano superior: o que não chegou sequer a ser antinormativo, não carece de qualquer justificação’ ... Assim, estamos perfeitamente de acordo com Gossel quando defende que as causas de justificação pressupõem a antijuridicidade (...). O que se pode desde logo afirmar em sentido contrário à posição de Gossel é que o antinormativo é imorredouramente antinormativo e nada o pode justificar. Uma negação não se pode transformar em afirmação. Acontece que ao assumir-se este discurso biunívoco não nos podemos furtar a dele também aceitar as consequências. Daí que o que sempre se mostrou como negação não é a justificação que vai alterar para afirmação. Por outras palavras: se o acto foi desde o princípio materialmente ilícito mantém-se ilícito e nada o alterará. Mas, afinal, o que é a justificação? Dir-se-á, de forma muito simples, que se justificam, isto é, que se apresentam razões materiais, factos que a ‘imediata’ valoração parece apontar no sentido da antinormatividade, mas que, sujeitos a uma apreciação global, dão uma exacta conformidade ao direito. Justificar é explicar as razões por que aconteceu um determinado facto ou por que se teve certa conduta (op. cit., nota 167, p. 437). Se o juízo objectivo sobre a conduta é um juízo de licitude (porque funcionou uma causa de justificação), quer isso significar duas coisas: primeiro, que a partir daí, aquela conduta é irrelevante para o Direito Penal, e, em segundo lugar, que só aparentemente é que ela foi ilícita. Em rigor, materialmente um tal comportamento nunca preencheu o ilícito-típico”. (Op. cit., p. 436-437.)

susceptíveis de tipificação) e podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*) tipos".²⁵

7.3 A localização sistemática do dolo e da negligência: tipo-de-ilícito e tipo-de-culpa

A questão abordada nesse item diz respeito à localização sistemática do dolo e da negligência no tipo-de-ilícito ou, antes, na culpa.

Duas razões sugerem a localização do dolo e da negligência ora no tipo-de-ilícito, ora no tipo-de-culpa.

A primeira advém da importância que o dolo exerce no âmbito da tentativa do fato punível. Assim, sem que haja o conhecimento e a vontade de realização do tipo-de-ilícito objetivo, torna-se inviável fundamentar tipicamente o ilícito da tentativa. Ora, se assim se dá na realização da tentativa, é de se concluir que o mesmo raciocínio ocorre no crime consumado doloso (que já passou pela fase da tentativa). Dessa forma, inferem os críticos que nada mais é necessário "para poder considerar-se então provado que o dolo-do-tipo é elemento constitutivo de todo e qualquer tipo-de-ilícito subjectivo".²⁶

A outra reside na evidência de que a lei prevê, *v.g.*, sanções penais distintas para o mesmo tipo de crime, exatamente porque foram cometidos ou com dolo, ou com negligência. Ocorre, inclusive, às vezes, que seja sancionado o fato cometido dolosamente, restando, porém, impune o fato negligente correspondente, o que leva à conclusão de que o dolo e a negligência representam graus, formas ou tipos de culpa.

O dolo e a negligência constituem, segundo os críticos, entidades complexas, englobadoras de elementos constitutivos, dos quais "uns relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo, outros ao nível do tipo-de-culpa".²⁷ Assim, o *conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objetivo* (o "dolo do tipo" ou o "dolo do fato") deve ser visto como *elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo doloso*, enquanto que a *violação não-dolosa do dever objectivo de cuidado* deve ser considerada como *elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo negligente*.²⁸

Mas, deve ter-se em vista, ainda, que tanto no dolo, como na negligência, há uma autônoma atitude interior, que não pode ser retirada à culpa. No dolo, há uma atitude pessoal "contrária ou indiferente à violação do bem jurídico"; na negligência, há uma atitude pessoal descuidada ou leviana que "torna a inobservância não dolosa do dever objectivo de cuidado em expressão".

(25) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, p. 263.

(26) *Idem*, *ibidem*, p. 266.

(27) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, p. 268.

(28) *Idem*, *ibidem*, p. 268.

Com esse raciocínio, não se pode afirmar, porém, que tanto o dolo como a negligência, enquanto elementos do tipo-de-ilícito subjetivo, deveriam, automaticamente, relevar-se ao nível da culpa, em razão das atitudes pessoais diante das exigências jurídico-penais.

Segundo os críticos, será mais correto concluir que, na realidade, dolo e negligência não se sujeitam a uma dupla valoração no sistema, uma, em sede de tipo-de-ilícito, e outra, em sede de tipo-de-culpa: “é sim a dupla valoração do ilícito e da culpa que intervém na completa modelação do dolo e da negligência”.²⁹

7.4 O tipo-de-culpa. A responsabilidade e a culpabilidade por Claus Roxin

Dirigindo-se à culpa como elemento do sistema do delito, é de ser ressaltado que, sobre esta temática, têm surgido as maiores dificuldades para a construção, segundo os críticos, de um novo sistema penal.

De antemão, mister se faz deixar evidente a oposição dos críticos quanto a uma consideração que, caso fosse aceita, implicaria numa irremediável perda para o sistema: quando se fundamenta político-criminalmente o sistema funcional e “teleológico-racional”, assim se sucede a partir do entendimento de qual seja a finalidade da pena, e, quando se concebe que esta finalidade seja, exclusivamente, de natureza preventiva, depara-se com o seguinte dilema: ou se elimina a culpa como elemento constitutivo do sistema, substituindo-a por categorias outras, como, v.g., a proporcionalidade; ou, se se conserva a categoria da culpa, ela não pode ser outra coisa senão um mero “derivado da prevenção” e seus requisitos (Jakobs).³⁰

Partindo do pressuposto de que as finalidades da pena são de natureza exclusivamente preventivas, afirma-se que só o são porque considera-se o princípio da culpa como “elemento limitador do poder e do intervencionismo estatal”, comandado por exigências irrenunciáveis de respeito³¹ pela dignidade da pessoa.³²

(29) Idem, ibidem, p. 269.

(30) Segundo Gunther Jakobs: “El concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general: se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento)”. Cfr. Gunther Jakobs. *Derecho penal – Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997. p. 584.

(31) Sobre o princípio da culpa como elemento limitador do intervencionismo estatal, Figueiredo Dias: “Es cierto que la culpabilidad no es la única forma posible de protección de la dignidad humana (como se puede reconocer, en seguida, con la legitimidad de la utilización de reacciones de política criminal independientes de la

Se o princípio da culpa consiste numa máxima político-criminal irrenunciável, impõe-se construir um conceito de culpa autônomo, e que se amolde à função que o justifica, qual seja a de limitar a intervenção estatal em nome da defesa da dignidade da pessoa, aceitando, por isso, as consequências decorrentes em matéria de exclusão de culpa.³³

culpabilidad – las medidas de mejora y seguridad del autor inimputable; pero no puede dudarse que la culpabilidad es, para mí, la forma más perfecta y convincente, que hasta hoy ha descubierto el pensamiento penal, y es la mejor garantía teniendo en cuenta que legitima los requisitos de la prevención integradora y de la prevención socializadora para el autor imputable. Por eso veo en el principio de culpabilidad, una cultura legítima – y un principio de la humanidad; y, por este motivo, me es imposible encontrar una alternativa al Derecho Penal de la culpabilidad”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias *et alii*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Op. cit., p. 453.

- (32) Manoel da Costa Andrade. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Separata. Aequitas Editorial Notícias. p. 180-181: “A culpa deve, em todo o caso, subsistir como pressuposto irrenunciável e como limite inultrapassável da pena. Só a culpa pode impor às exigências de prevenção os limites reclamados pela idéia de Estado de Direito e pela dignidade humana, constitucionalmente protegida. Estruturado em termos de referências próprias, o pensamento preventivo não conhece balizas à sua tensão autopoiética e finalisticamente orientada. Se não já como condição suficiente, a culpa continua ainda a valer como condição necessária da pena e *hoc sensu*, a garantir à pena o princípio de legitimação de que ela carece. De acordo com Schunemann: ‘Só o pensamento da culpa justifica (*berechtigt*) que o Estado responsabilize pessoalmente o indivíduo e lhe aplique sanções que contendem com o núcleo da personalidade’. b) É como actualização da intencionalidade que anima este paradigma do Direito Penal e *no respeito pelos limites dele decorrentes* que há-de projectar-se um sistema funcional da doutrina do crime. Uma cautela que ajudará a infirmar decisivamente a crítica sempre presente ‘de dissolução de todo o sistema de Direito Penal’ (Gossel) e da sua submissão a considerações de puro utilitarismo. Uma crítica já adiantada na conhecida e cáustica denúncia de Hegel (*Grundlinien der philosophie des rechts*): ‘Esta fundamentação da pena é como levantar o pau contra o cão: o Homem não é tratado de acordo com a sua dignidade e liberdade, mas como um cão’. E que hoje se faz sobretudo ouvir em nome da contraposição entre *Wertrationalität* e uma *Zweckrationalität* de realização do Direito Penal. Enfatizando o triunfo de uma ordem instrumental, exclusivamente orientada para a finalidade, indiferente aos ‘valores nuclearmente determinantes no Direito como sistema axiológico’, e que converte o pensamento jurídico em *tecnologia*”.

- (33) “Se puede escuchar frecuentemente, la afirmación de que la culpabilidad se da también, *prima facie*, con el carácter de injusto típico del delito, especialmente cuando se considera el dolo y la imprudencia como elementos del tipo de injusto subjetivo; con lo que la pregunta sobre la culpabilidad prácticamente se limita a su exclusión en ciertas situaciones. Semejante afirmación, cuyo significado práctico se quiere admitir en el proceso de aplicación del Derecho, no posee, a mi parecer, ningún valor científico

Tem sido considerado, embora o que se afirma não possua valor científico seguro, que uma vez comprovado o caráter ilícito-típico do fato penal, estaria confirmada, à primeira vista, a culpa do agente, partindo-se do pressuposto de que tanto o dolo como a negligência constituem elementos do tipo-subjetivo do ilícito.

Ora, já fora visto que dolo e negligência constituem entidades complexas, englobadoras de elementos constitutivos, dos quais uns relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjetivo, e outros ao nível do tipo-de-culpa.

Daí se afirma que a culpa também é dada através de *tipos-de-culpa*, devendo distinguir-se entre tipo-de-culpa doloso e tipo-de-culpa negligente, “cada um com os seus pressupostos próprios e que não se esgotam nos pressupostos do dolo e da negligência como tipos subjectivos de ilícito, que são também”.³⁴

A crítica dirigida a Roxin reside no fato de que o autor substituiu o lugar tradicional do conceito de culpa, no sistema, pela categoria da responsabilidade, que, por seu turno, reuniria duas subcategorias: “a da verdadeira *culpa*, à qual continuaria a ser atribuída a já referida função limitadora do poder do Estado; e a da *carência de pena*, que conduziria em último termo à exclusão da responsabilidade (e assim também da própria culpa) em função da inexistência *in casu* de exigências preventivas a que a pena devesse responder”.³⁵

“É, todavia, fundada a crítica segundo a qual na categoria da responsabilidade se misturam coisas diferentes e porventura nem sempre conciliáveis. Não é só – ou nem tanto – o sentido emblemático (e todavia, como se disse, político-criminalmente insubstituível) da culpa que assim se esbate. Aquilo a que deste modo se abre a porta é à eventual *confusão dos dois planos de análise* que ali se entrecruzam, podendo verificar-se uma intromissão perturbadora de considerações de prevenção ao nível do próprio juízo de culpa, e, assim, a manipulação e perversão do significado político-criminal que reveste a consagração deste. E mais ainda: o não se manterem completamente distintas as exigências da culpa e as da prevenção subverte completamente o *modelo de determinação da medida da pena*. O

co seguro. También la culpabilidad, pienso, se da a través de tipos de culpabilidad y se tiene que probar, como consecuencia de este principio, según el propósito que el autor tiene para con su hecho, independientemente de distinguir entre tipo de culpabilidad doloso o imprudente, cada uno con sus propias condiciones, que no se limitan a las condiciones del dolo y la imprudencia como tipos de injustos subjetivos. Y, sin embargo, es indiscutible que la pregunta sobre las causas de exclusión de la culpabilidad, especialmente las que se pueden clasificar bajo la rúbrica de inexigibilidad, o igualmente, el estado de necesidad subjetivo, ha ocasionado recientemente una revisión profunda de la teoría de la culpabilidad e, incluso, actualmente no está completamente solucionada su problemática”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Op. cit., 1995. p. 453-454.

(34) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 271.

(35) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 272.

que é particularmente grave em Direitos como o português, em que se manda que aquela determinação seja feita em função da culpa e da prevenção.”³⁶

7.5 A punibilidade

O conteúdo do sistema do fato punível não se esgota, tão-somente, com o tipo-de-ilícito e com o tipo-de-culpa. Daí afirmar-se que a punibilidade constitui uma categoria que vem completá-lo.

A idéia da *dignidade penal* é que empresta consistência dogmática a esta última categoria.

Em razão disso, questões como a de fatos de bagatela, ou da impunibilidade da desistência da tentativa (art. 24 do CP), passam a ser consideradas como hipóteses desprovidas de dignidade penal. Isso porque, conquanto possam ter sido realizados os tipos-de-ilícito e os tipos-de-culpa, mas sob a perspectiva de exigências de caráter preventivo, os fatos concretos revelam-se “aquém do limiar mínimo da dignidade penal”.³⁷

Segundo os críticos, não pode ser admitido como certo o entendimento de que os conceitos de tipicidade e de ilicitude devam abarcar necessariamente comportamentos dignos de pena.

Por fim, deve ser ressaltado que, uma vez presente a categoria da punibilidade, não significa isto concluir que ocorrerá a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança.

Pode acontecer que a punição acabe por não ser efetivada, em razão de motivos que nada têm a ver com a doutrina do fato penal, mas, autonomamente, com a *doutrina da consequência jurídica* (carência da pena).

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Separata. Aequitas Editorial Notícias, 1991.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra Ed., 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra Ed., 1995.
- . *et alii. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : José María Bosch Editor, 1995.
- e ANDRADE, Manoel da Costa. *Direito Penal – Apontamentos de estudo da cadeira de Direito Penal – 3.º ano, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

⁽³⁶⁾ Idem, ibidem, p. 272.

⁽³⁷⁾ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 274.

- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada : Editorial Comares, 1993.
- MOCCIA, Sergio *et alli*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Civitas, 1997. t. I.
- . *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1972.
- . *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid : Reus, 1976.
- . *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Vega, 1998.