# PROLEGÔMENOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DO CRIME

INTRODUCTORY CONSIDERATIONS ON THE EVOLUTION OF THE GENERAL CRIME THEORY

Cezar Roberto Bitencourt <sup>1</sup> PUC-RS

#### Resumo

Uma síntese apertada da evolução da teoria do delito, desde o positivismo jurídico, passando pelo modelo neokantista, o ontologismo finalista, até o pós-finalismo (modelos funcionalistas).

#### Palavras-chave

Crime. Trajetória. Ciência Penal.

#### Abstract

A tight summary of the evolution of crime theory, from legal positivism, passing through the neo-Kantist model, the finalist ontologism, to post-finalism (functionalist models).

### Keywords

Tort. Trajectory. Criminal science

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A dogmática jurídico-penal é a disciplina que se ocupa da sistematização do conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Seu principal objeto de estudo é a teoria geral do delito, também referida pela doutrina especializada como teoria do fato punível, em cujo núcleo estão as normas inscritas na Parte

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS. Professor do Mestrado da Escola Damas. Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha. Doutrinador de Direito Penal.

Geral do Código Penal que nos auxiliam a identificar e delimitar os pressupostos gerais da ação punível e os correspondentes requisitos de imputação. O conhecimento dos temas abrangidos pela teoria geral do delito é, por isso, extraordinariamente importante, pois somente através do entendimento dos elementos que determinam a relevância penal de uma conduta, e das regras que estabelecem quem, quando e como deve ser punido, estaremos em condições de exercitar a prática do Direito Penal. Assim sendo, dedicaremos aqui especificamente ao estudo da teoria geral do delito, e das normas que compõem a Parte Geral do nosso Código Penal. Começaremos pela análise de como a teoria geral do delito evoluiu ao longo dos anos, na elaboração das categorias sistemáticas do delito. A perspectiva que adotamos tem o propósito de identificar o entendimento mais adequado acerca dessas categorias, atendendo ao disposto nas normas do Código Penal, mas sem perder de vista os postulados do Direito Penal garantista num Estado Democrático de Direito.

A teoria geral do delito não foi concebida como uma construção dogmática acabada, pelo contrário, é fruto de um longo processo de elaboração que acompanha a evolução epistemológica do Direito Penal e apresentase, ainda hoje, em desenvolvimento. O consenso francamente majoritário da doutrina no sentido de que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável, além de eventuais requisitos específicos de punibilidade, é fruto da construção das categorias sistemáticas do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — que serão analisadas individualmente. O conteúdo, o significado e os limites de cada uma dessas categorias, assim como a forma com que elas se relacionam, foram e continuam sendo debatidos sob diferentes pontos de vista teóricos. Vejamos, em linhas gerais, como evoluíram os conceitos básicos da teoria do delito.

### 2. O MODELO POSITIVISTA DO SÉCULO XIX

A definição dogmática de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, que, sob a

influência do método analítico, próprio do "moderno pensamento científico", foi trabalhando no aperfeicoamento dos diversos elementos que compõem o delito, com a contribuição de outros países, como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíca. O conceito clássico de delito foi produto desse pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações psicológicas e sociológicas<sup>2</sup>. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação. exageradamente deu um tratamento comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo; a antijuridicidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva. Em outros termos. Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico de delito, representado por um movimento corporal (ação), produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado). Essa concepção simples, clara e também didática, fundamentava-se num conceito de ação eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta ao resultado mediante o nexo de causalidade. Essa estrutura clássica do delito mantinha em partes absolutamente distintas o aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e o aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade.

O *positivismo jurídico* do século XIX tinha, além de sua pretensão de cientificidade, um significado político razoável. De um lado, as aspirações humanísticas do Iluminismo haviam-se convertido, em parte, em Direito Positivo, de tal modo que postular a subordinação da doutrina jurídica ao Direito vigente era optar por uma certa realização histórica dos ideais iluministas. No entanto, adverte Silva Sánchez³ que para compreender a

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>. Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal*; Parte Geral, Madri, Universitas, 1996, p. 228.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup>. Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 53.

Por outro lado, reconhece Mir Puig, a subordinação ao Direito positivo realizava a garantia da segurança jurídica — um dos valores fundamentais do Direito, que, por sua vez, configurava o princípio basilar do Estado de Direito: o império da lei, que se traduzia no princípio de legalidade. O formalismo e a exclusão de juízos de valor do método positivista não deixava de ser uma forma a mais de analisar, reconstruir e aplicar o Direito, que, ademais, dificultava o risco de sua manipulação subjetiva por parte do intérprete. Com Von Liszt, o naturalismo oferecia, por outro lado, à elaboração dogmática uma base sólida, a realidade cientificamente observável, que também contribuiria para a segurança jurídica. Ao mesmo tempo, colocava o Direito atrás do fato e a serviço da vida real, abrindo uma brecha no sistema jurídico pela qual podia penetrar a realidade e que evitava a concepção do Direito como um fim em si mesmo. No entanto, o objeto da ciência do direito positivista era somente o direito positivado, que era composto, abrangido e limitado pelos códigos e leis, os quais não estavam infensos a considerações éticas, sociais, políticas ou filosóficas, antepondose a toda e qualquer referência de natureza jusnaturalista.

De todas as críticas que se fez ao positivismo — pode-se discordar de muitas delas — a mais procedente é aquela que recai sobre a sua *incapacidade* de admitir a invalidade de uma norma *formalmente* produzida, mas *materialmente* incompatível com o ordenamento jurídico vigente. Silva Sánchez sintetiza as objeções à dogmática de cunho positivista nos seguintes termos: reprova-se, de um lado, sua *inaptidão* para cumprir as funções de uma "disciplina prática" para orientar-se ante a realidade dos problemas penais na busca de soluções justas (politicamente satisfatórias). Por outro lado, e sob uma perspectiva substancialmente distinta, observa-se sua *inidoneidade* para afrontar uma análise científica da matéria normativa jurídico-penal.

Concluindo, o decurso do tempo e a superveniência de novas correntes doutrinárias determinaram o abandono das premissas fundamentais do positivismo jurídico: o objeto da ciência jurídica não pode estar limitado tão somente ao direito positivo e, por fim, não se lhe pode atribuir simplesmente sua análise e sistematização através do método (indutivo) de construção jurídica. Nesse sentido, destaca Vives Antón<sup>4</sup> que "as regras jurídicas projetam-se para fora de si mesmas, e a 'teoria' do direito não pode elaborar-se sem pressupostos 'metateoréticos'. E, consequentemente, não se pode elaborar uma separação taxativa entre direito positivo e direito ideal ao qual este remete como fundamento legitimador".

### 3. O MODELO NEOKANTISTA

A despeito da grande preocupação científico-naturalista de Von Liszt, ficaram claras as insuficiências do conceito positivista de ciência para o Direito Penal. A verdade é que a reação neokantiana que se produziu na teoria jurídica alemã em princípios do século XX chegou primeiro ao Direito Penal e depois ao Direito Privado, e na versão da filosofia dos valores, especialmente antinaturalista da escola ocidental-sul, mais que na direção formalista da Escola de Marburgo. De qualquer sorte, a impossibilidade de explicar satisfatoriamente os elementos estruturais da teoria jurídica do delito teve um papel fundamental na recepção dessa influência.

Com essa interpretação valorativa do neokantismo foram

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup>. Vives Antón, Tomás. Dos problemas del positivismo jurídico, apud Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992, p. 54.

inevitáveis as significativas alterações produzidas na teoria geral do delito, originando uma ruptura epistemológica na dogmática penal. Foi o neokantismo da escola "sudocidental", inquestionavelmente, que ofereceu uma fundamentação metodológica que permitiu uma melhor compreensão dos institutos jurídico-penais como conceitos valorativos, sem por isso renunciar à pretensão de cientificidade. Vários penalistas que também eram filósofos do Direito, especialmente Radbruch, destacaram a utilidade deste enfoque metodológico para a dogmática jurídico-penal, determinando uma reinterpretação de todos os conceitos da teoria jurídico-penal<sup>5</sup>.

Com efeito, aquela formulação clássica do conceito de crime, atribuída a Liszt e Beling, sofreu profunda transformação, embora sem abandonar completamente seus princípios fundamentais, justificando-se, dessa forma, a denominação conceito neoclássico. Esse conceito neoclássico correspondia à influência no campo jurídico da filosofia neokantiana, que priorizava o normativo e axiológico. Substituiu a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam (teoria teleológica do delito). Como afirma Jescheck, "o modo de pensar próprio desta fase veio determinado de forma essencial pela teoria do conhecimento do neokantismo (Stammler, Rickert, Lask) que, junto ao método científico-naturalístico do observar e descrever, restaurou a metodologia própria das ciências do espírito, caracterizada pelo compreender e valorar".

Com essa orientação neokantiana, todos os elementos do conceito clássico de crime sofreram um processo de transformação, a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime, especialmente nos crimes omissivos, nos

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>. Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., *Montevideo*, *Editorial*, B de F, 2003, cit., p. 218 e s.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup>. Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. I, p. 277.

crimes culposos e na tentativa, conforme demonstraremos em nosso Tratado logo adiante. A tipicidade, por sua vez, com o descobrimento dos elementos normativos, que encerram um conteúdo de valor, bem como o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo, afastaram definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos. A antijuridicidade, igualmente, que representava a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindose uma determinada danosidade social. Esse novo entendimento permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. Dessa forma, onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico.

Essa reformulação transformou o *tipo penal*, que era puramente descritivo de um processo exterior, em *tipo de injusto*, contendo, por vezes, *elementos normativos* e, outras vezes, *elementos subjetivos*. A *antijuridicidade*, *por sua vez*, deixou de ser a simples e lógica contradição da conduta com a norma jurídica, num puro conceito formal, começando-se a adotar um *conceito material de antijuridicidade*, representado pela danosidade social, com a introdução de *considerações axiológicas* e teleológicas, permitindo a interpretação restritiva de condutas antijurídicas. A *culpabilidade*, finalmente,

<sup>7.</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases*, cit., p. 207-209: Com efeito, a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade — as três categorias básicas do conceito de delito de Von Liszt — nenhuma delas podia ser entendida adequadamente sem seu significado valorativo. Constatou-se, destaca Mir Puig, que a ação não era só movimento físico, mas uma conduta que interessava ao Direito Penal em função de seu significado social, que pode depender de sua intenção. Mais evidente a situação da antijuridicidade que não podia limitar-se a mera descrição de uma causação, mas representava, inegavelmente, um juízo de desvalor, que também depende de aspectos significativos do fato não puramente causais. Do mesmo modo — continua Mir Puig — o significado negativo do conceito de culpabilidade não podia substituir-se pela simples constatação de uma conexão psicológica quase causal entre o fato produzido e a mente do autor, como se demonstra com a inexistência de tal vínculo psicológico na culpa inconsciente.

também passou por transformações nesta fase teleológica, recebendo de Frank a "reprovabilidade", pela formação da vontade contrária ao dever, facilitando a solução das questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pode resolver.

Enfim, o neokantismo patrocinou a reformulação do velho conceito de ação, atribuindo nova função ao tipo penal, além da transformação material da antijuridicidade e a redefinição da culpabilidade, sem alterar, no entanto, o conceito de crime, como a ação típica, antijurídica e culpável. Enquanto teoria do direito, o neokantismo teve o mérito de constatar a necessidade de harmonizar a convivência entre ser e dever ser do Direito; e enquanto teoria do Direito penal, por sua vez, teve a grande virtude de superar a ideia de crime como um fenômeno físico causador de um resultado naturalístico: o crime é identificado axiologicamente por categorias jurídicas.

Finalmente, a superação do método científico-positivista é inegavelmente um mérito que ninguém pode retirar do neokantismo, especialmente quando demonstrou que toda realidade traz em seu bojo um valor preestabelecido (cultura), permitindo a constatação de que o Direito positivo não contém em si mesmo um sentido objetivo que deve ser, simplesmente, "descoberto" pelo intérprete. Ao contrário, as normas jurídicas, como um produto cultural, têm como pressupostos valores prévios, e o próprio intérprete que, por mais que procure adotar certa neutralidade, não estará imune a major ou menor influência desses valores.

### 4. O ONTOLOGISMO DO FINALISMO DE WELZEL

Como já indicamos no estudo da evolução epistemológica do Direito Penal, Welzel desenvolveu sua doutrina finalista (entre 1930 e 1960) sustentando a formulação de um conceito pré-jurídico de pressupostos materiais, dentre os quais a conduta humana, precedentes a qualquer valoração jurídica. Para contrapor-se ao subjetivismo epistemológico do neokantismo, afirmava Welzel que não é o homem, com a colaboração de suas categorias mentais, quem determina a ordem do real, mas sim o próprio

homem que se encontra inserido numa ordem real correspondente a estruturas lógico-objetivas (não subjetivas)8.

Indiscutivelmente o Direito Penal se ocupa de fatos dotados de significado valorativo e tais fatos lhe importam exatamente por seu significado e não por sua dimensão físico-naturalística. No entanto, destaca Mir Puig, não foi esse o objeto da crítica de Welzel ao neokantismo, mas seu ponto de partida metodológico subjetivista segundo o qual o caráter valorativo de um fato não está no fato em si, mas naquilo que lhe é atribuído pelos homens<sup>9</sup>. Contrariamente, sustentou Welzel que o significado dos fatos procede da sua forma de ser. Assim, uma vez descobertas as estruturas lógico-objetivas permanentes do ser, o método de produção do conhecimento será de natureza dedutivo-abstrata. E qual a repercussão dessa mudança metodológica na elaboração da dogmática jurídico-penal? Essa nova perspectiva deve ser entendida a partir do significado da ação humana para Welzel, que, diferentemente dos neokantianos, é concebida como uma "estrutura lógicoobjetiva" cuja natureza consistia em estar guiada pela finalidade humana<sup>10</sup>.

Com efeito, para Welzel, "ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer 'final' e não puramente 'causal'. A 'finalidade' ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente"11. A atividade final —

8. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 6ª ed., Editorial Reppertor, 2002, p. 155-156 e 181.

<sup>9.</sup> Mir Puig, Introducción a las bases, cit., p. 226 e s. Para os neokantianos, os fatos culturais suporiam a aplicação de formas a priori específicas configuradoras de significado cultural, como os valores, que seriam aportados, portanto, por nossa mente.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup>. Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 96.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup>. Hans Welzel, Derecho Penal alemán, cit., p. 53; El nuevo sistema, cit., p. 25.

prosseguia Welzel — é uma atividade dirigida conscientemente em função do *fim*, enquanto o *acontecer causal* não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. Esse ponto de partida foi decisivo no processo de sistematização e elaboração dedutiva das categorias sistemáticas do delito, oferecendo um referente estável para a interpretação e aplicação das normas penais, e a consequente garantia de segurança jurídica das decisões judiciais em matéria penal.

A contribuição mais marcante do *finalismo*, aliás, que já havia sido iniciada pelo *neokantismo*, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo, assim, uma *concepção puramente normativa*. O finalismo deslocou o *dolo* e a *culpa* para o *injusto*, retirando-os de sua tradicional localização — a culpabilidade —, levando, dessa forma, a *finalidade* para o centro do *injusto*. Concentrou na culpabilidade somente aquelas circunstâncias que condicionam a *reprovabilidade* da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação situa-se no próprio injusto. Devem-se ao finalismo, inegavelmente, os avanços inquestionáveis da dogmática penal, podendo-se destacar, por exemplo, duas grandes conquistas, que, a rigor, não dependem do conceito finalista de ação, mas do qual tiveram um impulso fundamental para sua consolidação universal (reconhecidos por causalistas, não causalistas e até por funcionalistas, como Roxin).

Em primeiro lugar, o finalismo contribuiu decisivamente para o descobrimento do desvalor da ação, como elemento constitutivo do injusto penal, e para melhor delimitação da própria culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. Hoje, no entanto, ao contrário do que apregoava o finalismo, pode-se constatar que a finalidade é apenas um dentre vários fatores que determinam o injusto penal. Ademais, a finalidade representa apenas uma parte do desvalor da ação, porque, segundo a ótica do normativismo funcional, este consiste principalmente na criação de um risco não permitido, que independe dos fins do autor. Mas, de qualquer forma, deve-se reconhecer que o finalismo percebeu, com acerto, que a representação e os fins do autor exercem um papel importante na determinação do injusto, inclusive,

é bom que se diga, nos próprios crimes omissivos.

Em segundo lugar, como o próprio Roxin reconhece, o finalismo possibilitou uma concepção mais adequada dos diversos tipos de crimes. O fato de o homicídio doloso representar um injusto penal distinto do de um homicídio culposo somente ganha esse destaque se a finalidade e o dolo forem integrados ao tipo, sendo irrelevante que a distinção entre homicídio doloso e culposo deva ser tratada como problema do injusto ou da culpabilidade. O injusto da tentativa, por exemplo, nem sequer chega a integrar um tipo penal se não se levar em consideração a intenção finalista do autor. Ademais, a distinção entre autor e partícipe no plano do injusto, tendo como base o domínio do fato, somente poderá ser realizada se o dolo for considerado elemento integrante do tipo. É bem verdade — critica Claus Roxin — que a locução "domínio final do fato", utilizada por Welzel, induz a erro, uma vez que dá a impressão de que a finalidade seja algo peculiar ao domínio do fato, a despeito de instigador e cúmplice também agirem finalisticamente. A verdade é que todos os coparticipantes devem agir com dolo para que se possa perguntar quem, dentre eles, tem o domínio do fato e quem não o tem. Por outro lado, se o tipo for reduzido à causalidade, a distinção entre autoria e participação ficaria reduzida a vagas, deficientes e incertas considerações de culpabilidade e de medição da pena, com sérios riscos ao dogma da responsabilidade penal subjetiva.

No entanto, o próprio Welzel deixou certas dúvidas acerca da preeminência do seu *método* sobre outros, admitindo que uma mesma coisa pode ser contemplada em mais de um de seus aspectos possíveis; da mesma forma, a *ação humana* pode ser considerada sob o ponto de vista *causal-naturalístico*, ou sob o ponto de vista espiritual, de acordo com o que queremos examinar. Além disso, como já indicamos, o enfoque *ontologista do finalismo* é questionável à luz da evolução da filosofia, tendo levado tanto as correntes hermenêuticas como as analíticas a abandonarem a pretensão de apreender *essências* próprias do ontologismo. No mundo globalizado em que vivemos, onde as sociedades se caracterizam pela pluralidade cultural, estando sujeitas a mudanças contínuas em virtude dos intensos fluxos de

pessoas e intercâmbio de informações, já não é possível sustentar a razoabilidade da argumentação jurídica partindo de estruturas lógico-objetivas imutáveis.

Questiona-se, por fim, a suficiência do finalismo, como sintetiza Mir Puig<sup>12</sup>: o ontologismo finalista parte de um objetivismo essencialista, que desconhece que os conceitos que temos não são puros reflexos necessários da realidade, mas construções humanas baseadas em um consenso social contingente. Não basta para isso a intenção de cada indivíduo. Nesse sentido, junto ao fático deve-se reconhecer, portanto, o papel decisivo do normativo na construção da dogmática jurídico-penal. A relevância da crítica deve-se ao fato de que a partir dos postulados do finalismo, especialmente nas primeiras formulações do pensamento welzeliano, não era possível explicar de maneira satisfatória a punibilidade dos delitos cometidos de maneira culposa, na medida em que o comportamento humano, nesses casos, não pode ser visto como um acontecimento causal guiado pela finalidade humana. Sendo, também, insatisfatório para a explicação da omissão, dado que a delimitação da conduta punível neste âmbito depende de valorações normativas.

Apesar das críticas, não se pode negar a necessidade de uma base empírica nos fatos relevantes para o Direito Penal, nem a necessidade de respeitar os condicionamentos da realidade para que os princípios normativos do Direito Penal possam influir adequadamente no comportamento humano e nas relações sociais.

### 5. PÓS-FINALISMO: OS MODELOS FUNCIONALISTAS

A evolução da teoria do delito a partir dos modelos funcionalistas caracteriza-se, principalmente, pela tendência de normativização dos conceitos, isto é, pela elaboração de conceitos com base em juízos de valor, e pela

<sup>12.</sup> Santiago Mir Puig, Derecho Penal, cit., p. 181.

orientação do sistema penal a finalidades político-criminais. Trata-se, como indicamos na Primeira Parte do nosso Tratado de Direito Penal<sup>13</sup>, de um movimento com dois vértices: o primeiro, de natureza moderada sustentado por Roxin —, que procura fundamentar o sistema penal com caracteres teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico); o segundo, mais radical — defendido por Jakobs —, que postula a total renormativização do sistema penal, com fundamento sistêmico (normativismo sistêmico). Distinguem-se, basicamente, a partir da renormativização total do sistema e suas categorias e no grau de relativização (ou absolutização) do aspecto metodológico funcionalista<sup>14</sup>. A diferença mais significativa, no entanto, reside nas referências funcionais mediante as quais atribuem conteúdo aos conceitos. O normativismo teleológico (Roxin) preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que o normativismo sistêmico (Jakobs) se satisfaz com os fins da pena, isto é, com as consequências do Direito Penal.

Em síntese, a orientação teleológica funcional norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas; a orientação funcionalista sistêmica, por sua vez, leva em consideração somente necessidades sistêmicas e o Direito Penal é que deve ajustar-se a elas.

Claus Roxin, na verdade, parte da ideia de que todas as categorias do sistema jurídico-penal baseiam-se em princípios reitores normativos político-criminais, que, no entanto, não contêm, ainda, a solução para os problemas concretos; esses princípios, porém, serão aplicados à "matéria jurídica", aos dados empíricos, e, dessa forma, chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. À luz de tal

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 25ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2019, vol. 1, capítulos IV e V, "Evolução epistemológica do direito penal", ps. 107-141.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup>. Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 68.

procedimento, sob uma perspectiva político-criminal, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante e em parte irrelevante, e, por isso, necessita ser complementada por critérios valorativos orientados a partir da finalidade do Direito Penal. Assim, por exemplo, a finalidade do autor é decisiva quando se quer saber se há tentativa de homicídio ou um disparo meramente acidental, pois o injusto da tentativa fundamenta-se, mesmo que não exclusivamente, na finalidade do autor.

No entanto, a modalidade do controle finalista é irrelevante quando se pretende responder à pergunta quanto a se aquele que dispara contra alguém em legítima defesa putativa comete ou não uma ação dolosa de homicídio. Em outras hipóteses, a finalidade humana deve ser complementada por critérios de *imputação objetiva*, quando o que importa é saber se uma lesão de um bem jurídico desejada, ou cujo risco foi assumido pelo autor, representa ou não a realização de um risco permitido.

Com essa perspectiva normativa não se produz uma profunda alteração do entendimento analítico de delito, enquanto ação típica, antijurídica e culpável, mas no seio dos modelos funcionalistas, as categorias sistemáticas do delito admitem certa flexibilidade e seu conteúdo pode chegar a ser fragmentado e modificado em função das finalidades políticocriminais outorgadas ao sistema penal. Justamente por isso tem-se criticado os modelos funcionalistas no sentido de que a vinculação do Direito Penal às decisões político-criminais do legislador nem sempre conduz ao alcance da justiça material. No entanto, essa praxis tanto pode ser identificada com a ideologia dos Estados democráticos de direito, garantidores das liberdades, como pode ser identificada com a ideologia de Estados totalitários ou ditatoriais, o que realmente é preocupante, mas tampouco uma concepção ontológica do Direito Penal (ou inclusive um conceito finalista de ação) pode evitar. Essa crítica torna-se ainda mais contundente diante do modelo funcionalista de Jakobs, o qual, como vimos, além de distanciar-se dos referentes ontológicos da realidade empírica, rejeita as limitações externas ao próprio sistema de Direito Penal. Essa orientação jakobsiana conduz a um endurecimento do Direito Penal em prol de sua eficácia simbólica, naqueles ordenamentos jurídicos de ideologia autoritária ou naqueles em que os direitos e garantias individuais não estão devidamente consolidados.

Roxin, no entanto, assegura que é possível evitar tais excessos estatais através da invocação de direitos humanos e de liberdades invioláveis que se consolidaram, pelo menos teoricamente, em grande parte do mundo ocidental; na Alemanha — acrescenta — eles foram acolhidos pela Constituição, de modo que o seu respeito e sua realização efetiva são cogentes para qualquer dogmática penal que argumente político-criminalmente. Contudo, a flexibilização das categorias dogmáticas em função de finalidades político-criminais variáveis pode resultar contraproducente na sistematização racional do conhecimento jurídico-penal, como acontece, por exemplo, no âmbito da tipicidade como consequência da excessiva valorização da teoria da imputação objetiva, ou nas dificuldades que possam surgir na valoração individualizada do injusto como consequência da relativização do conteúdo material da culpabilidade.

Por isso, não devemos renunciar ao grande legado deixado pelo finalismo na construção da dogmática jurídico-penal, substituindo-o por uma sistematização pautada exclusivamente nos resultados que se pretende alcançar. Como já evidenciamos, no nosso entendimento, a elaboração dogmática deve ser o resultado da síntese entre os postulados filosófico-jurídicos que legitimam e limitam o exercício do *ius puniendis* estatal num Estado Democrático de Direito, e as pretensões de estabilidade normativa através da aplicação eficaz das normas penais. Assim, reconhecemos o valor decisivo da proposta de *abertura metodológica* formulada por Roxin, contudo, como veremos no estudo das categorias dogmáticas do delito e das normas do Código Penal brasileiro, não adotamos integralmente o modelo roxiniano, porque as peculiaridades e incoerências de nosso sistema penal requerem um esforço interpretativo e argumentativo *diferenciado*, adequados à realidade brasileira.

### REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol1. São Paulo:Saraiva. 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte Geral. Madri: Universitas, 1996.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2ª ed. Montevideo: BdeF, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992.

WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán, Santiago: Jurídica del Chile. 2001.

WELZEL, Hans. El nuevo Sistema del Derecho Penal, Montevideo: BdeF, 2004.