

# INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FUNCIONALISTA DO DELITO. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin\*.

---

*Luís Greco*

## I. Introdução

“O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”<sup>1</sup>. Com esta frase, pronunciada nesse que talvez seja o livro mais importante das últimas décadas na ciência jurídico-penal, dava a doutrina seu adeus ao fina-

---

\* Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal”. No item IX, acrescentei um apêndice, que contém um resumo dos pontos abordados durante minha apresentação oral e a discussão que se lhe seguiu.

1 ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 10; e na tradução brasileira, de minha lavra, *Política Criminal e sistema jurídico-penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 20.

lismo, inaugurando uma nova era em seus esforços dogmáticos: a era do sistema funcionalista ou teleológico-racional do delito. Ainda assim, nós, brasileiros, estamos quase que completamente alheados a toda essa evolução. O máximo que sucede é encontrarmos cá e lá observações, ou de crítica total, ou de adesão incondicional, ao novo sistema, sendo poucas as manifestações verdadeiramente fundadas e esclarecidas.

Ao que parece, porém, esta situação vai aos poucos se alterando. Pode ser tido como um sintoma do interesse por este novo “ismo” o fato de que o I Congresso de Direito Penal e Criminologia, promovido em Salvador, lhe tenha consagrado um de seus painéis. Mas o estudante, que provavelmente já teve dificuldades em compreender o finalismo — e que deve estar ainda mais confuso em face de certas inovações brasileiras<sup>2</sup> — ficará certamente perplexo diante desta nova tendência, ainda mais porque, ao contrário do finalismo, não provoca ela alterações tão visíveis no sistema, tais como deslocar o dolo para o tipo, mas parece manter, ao menos em seu aspecto exterior bá-

- 
- 2 Certo setor da doutrina brasileira, esquecendo o ponto de partida jusfilosófico do finalismo, resumiu-o em duas idéias centrais, das quais só a primeira é correta: dolo no tipo, culpabilidade fora do conceito de crime. O estudante deve acautelar-se contra esta última invenção, ficando ciente de que nem WELZEL, nem MAURACH, nem HIRSCH, nem finalista algum a defendeu. Por sorte, o engano vem sendo esclarecido por um setor mais cauteloso da doutrina brasileira: LUÍS RÉGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, RT, São Paulo, 1999, p. 223 e ss.; CÉZAR BITTENCOURT, *Manual de Direito Penal*, 5ª edição, RT, São Paulo, 1999, p. 317 e ss.; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 1ª edição, RT, São Paulo, 1997, ns. 345 e ss. Continua referência obrigatória a respeito do finalismo a clássica obra de FRAGOSO, *Lições de Direito Penal — Parte Geral*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983.

sico, o modelo finalista<sup>3</sup>. É no intuito, portanto, de esclarecer o que seja o funcionalismo que escrevo este trabalho, o qual terá por isso mesmo cunho essencialmente descritivo, valendo-se de várias referências bibliográficas, sem excluir uma tomada de posição consequente no sentido do novo sistema.

## II. Plano da investigação

Se há na dogmática penal algum conhecimento que se manteve quase inalterado desde os alvares do século, é o *conceito de crime* como ação típica, antijurídica e culpável<sup>4</sup>. Enquanto isso, o conteúdo que se adscreeveu a cada uma dessas categorias se alterou profundamente, de modo que se faz mister examiná-las mais a fundo.

Creio didático começarmos por um rápido e esquemático esboço da evolução da teoria do delito<sup>5</sup>, partindo do início do século, do sistema naturalista, passando pelo neokantiano, para depois irmos ao finalista. E isso não só

---

3 Apesar das múltiplas variações; veja-se abaixo, item VII.

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

5 Além da bibliografia referida nas notas, consultei, para a elaboração deste panorama evolutivo, principalmente as seguintes obras: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*, 5ª edição, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 194 e ss.; ROXIN, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1997, § 7; SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 1 e ss.; e o nosso JUAREZ TAVARES, *Teorias do Delito*, RT, São Paulo, 1980.

por ser impossível que o estudante compreenda o funcionalismo, se não está familiarizado com os movimentos metodológicos anteriores, como também porque, enquanto síntese entre tendências dos movimentos anteriores, ele os pressupõe.

### III. O sistema naturalista

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

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

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

---

6 RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, reedição de 1967 da obra 1904, pp. 71-72.

7 LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, Tomo I, F. Briguet & C. editores, Rio de Janeiro, 1899, p. 193; adotam o conceito de LISZT também ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, Tomo I, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 296, e JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 3ª edição, Editorial Losada, Buenos Aires, 1965, p. 331 (n.o 1046), se bem que já livres da sistematização do na-



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

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

Este método naturalista de construção de conceitos já foi objeto de muitas críticas, com as quais até está familiarizado o estudante brasileiro. Além de ser incapaz de resolver inúmeros problemas sem cair em contradições<sup>8</sup>, apontaremos as duas que julgamos fundamentais: o direi-

---

turalismo. O naturalismo de LISZT fica ainda mais patente na definição que dá esse autor da comissão (ob. cit., p. 198): “Comissão é a causação do resultado por um ato de vontade. Este apresenta-se como movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psico-física, mas por idéias ou representações e efetuada pela enervação dos nervos motores.”

8 As contradições em que o sistema naturalista se envolvia foram um dos pontos preferidos da crítica finalista. Um dos argumentos preferidos do finalismo, que levaria à ruína a tipicidade puramente objetiva, era a inequívoca existência de um elemento subjetivo no crime tentado (WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup>

to, como sistema de valores, nada tem a fazer com categorias avaloradas. O fato, por ex., de a causa ser a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido<sup>9</sup> não implica em que o direito penal se contente com a causalidade para imputar ao autor um delito consumado. O naturalismo consequente se vê obrigado a chamar de adúltero aquele constrói a cama no qual se consuma o adultério, declarando a ação de construir a cama típica e ilícita, porque causadora da resultado, para tentar livrar o marceneiro de pena mediante considerações de culpabilidade (o que, observe-se, nem sempre será possível). O conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos. Tudo depende da importância que confere o direito ao fato natural, de uma valoração de que este se torna objeto, a qual instantaneamente faz com ele deixe de ser puramente natural, adentrando o mundo do jurídico. Enfim, o primeiro defeito do naturalismo é incorrer naquilo que a filosofia moral chama de *falácia naturalista*<sup>10</sup>: parte do pressuposto de que o ser é ca-

---

edição, De Gruyter, Berlin, 1969, p. 40). E como esses atritos sistemáticos também foram encontrados no sistema neokantiano – que mantinha um injusto essencialmente objetivo, apesar de permeado por elementos subjetivos – os finalistas acabaram por unir essas duas tendências, tão grandemente contrapostas, sob o rótulo de “*causalistas*”, o que gerou imensa confusão entre nós. Pois o estudante brasileiro acaba sendo levado à errônea noção de que tudo que não é finalista é causalista, quando, de certa forma, há muito mais em comum entre o finalismo e o naturalismo que entre este e o neokantismo (mais detalhes abaixo, item V: a palavra chave é a *falácia naturalista*).

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

9 Assim, por ex., o artigo 13, do CP. A respeito da fórmula da *conditio sine qua non*, veja-se V. BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Ferdinand Keip Verlag, reedição de 1970 do livro de 1873, p. 1 e ss..

10 A respeito, vejam-se as rápidas indicações de OTTFRIED HÖFFE, *Immanuel Kant*, trad. Marshall Farrier, State University of New

paz de resolver os problemas do dever ser, ou noutras palavras, de que aquilo que é, só por ser, já deve ser, o que é uma evidente falácia.

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

#### IV. O sistema neokantiano

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

---

York Press, 1994, p. 164. Este conhecimento costuma ser atribuído a HUME, *A treatise of human nature*, Penguin, London, 1985, livro III, parte I, seção I (p. 507 e ss.). SOUSA E BRITO, *Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 71 e ss., (p. 71), esclarece as diferenças entre a conclusão dedutiva das ciências do ser e o silogismo prático, que fundamenta o juízo de dever ser, mostrando a impossibilidade lógica de saltar de um plano a outro.

11 LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edição, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1991 p. 92 e ss..

compreensivas, e não só explicativas — o que implica em referi-los a finalidades e a valores.

Substitui-se, portanto, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um *sistema teleológico, referido a valores*. Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a *fundamentação material* das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à *construção teleológica dos conceitos*, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível.

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

O tipo é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica; isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, antijuridicidade tipificada<sup>13</sup>, em que também existem elementos subjetivos e normativos. A distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo em alguns autores<sup>14</sup> a teoria dos elementos ne-

---

12 RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, em: *Festgabe für Reinhardt Frank*, vol. I., 1930, reedição de 1969, p. 158 e ss., (pp. 161-162).

13 MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, trad. Rodriguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 364; SAUER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. da 3ª edição alemã, de 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956, p. 111: “tipicidad es antijuridicidad tipificada”.

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

gativos do tipo, que vê na ausência de causas de justificação um pressuposto da própria tipicidade.

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

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

Em virtude da crítica finalista, que reuniu ambos os sistemas neokantiano e naturalista sob o mesmo rótulo, de causalistas, chegou-se mesmo a desprezar a capacidade de rendimento do método referido a valores, acusando-o de não passar de um aprofundamento nos dogmas do positivismo<sup>20</sup>, incapaz de resolver sem atritos problemas como o da tentativa. Porém, como se verá logo adiante, a *materialização* das categorias do delito e a *construção*

---

15 Veja-se, entre outros, SAUER, *Derecho penal...*, p. 95.

16 Era a chamada teoria do fim (Zwecktheorie), defendida por DOHNA. Veja-se, a respeito, ROXIN, *Strafrecht...*, 14/38; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legitima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 90 e ss.

17 SAUER, *Derecho penal...*, p. 101.

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

19 Fundamental é o pequeno estudo de FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1922.

20 WELZEL, *Diritto Naturale e Giustizia Materiale*, tradução da 4ª edição alemã de 1962, Giuffrè, Milano, 1965 (pp. 287-288), cita ERICH JAENSCH, para quem o neokantismo seria uma “teoria complementar do positivismo”, e vai além, acusando-o de não passar de uma “conservação e reforço do conceito positivista de direito”.

*teleológica de conceitos*, que escapam tanto ao formalismo classificatório como à falácia naturalista do sistema anterior, compõem justamente o legado permanente do neokantismo, que hoje não cessa de ser valorizado pelo funcionalismo.

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

Se não conseguiu o neokantismo chegar a resultados plenamente satisfatórios em várias questões<sup>23</sup>, isso se deve

---

21 A respeito, veja-se RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, republicação da 3ª edição, de 1932, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 13 e ss., que fez deste princípio um dos fundamentos de seu sistema filosófico.

22 Confira-se abaixo, item V, para a posição dos finalistas, e VI, para a do funcionalismo roxiniano, de que sou partidário.

23 Podemos citar, especialmente, a problemática do erro: os adeptos do sistema neokantiano sustentavam majoritariamente que o dolo fosse *dolus malus*, compreendendo também a consciência da ilicitude, (teoria do dolo), o que levava a consequências insuportáveis, benéficas especialmente para o agente insensível às exigências do direito, que, por desconhecer a ilicitude de seu agir, jamais possuiria dolo. Mas, como veremos logo adiante, o méto-

não à deficiência do método referido a valores, como pensam os finalistas, mas especialmente à *desordem dos pontos de vista valorativos* com os quais os neokantianos trabalhavam, consequência direta de um postulado essencial neokantiano: o *relativismo valorativo*<sup>24</sup>. O neokantiano chega até a referir-se a valores (método referido a valores), mas não opta entre eles, por julgar uma tal opção cientificamente impossível. E é aqui, na substituição de valorações difusas e não hierarquizadas do neokantismo por valorações político-criminais referidas à teoria dos fins que possuem a pena e o direito penal dentro de um Estado material de direito, que assenta o funcionalismo, como adiante veremos<sup>25</sup>.

## V. O sistema finalista

O sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: *a lógica da coisa* (Sachlogik). O direito não pode flu-

---

do finalista igualmente não é infalível, e a prova mais cabal disso é a teoria estrita da culpabilidade, defendida de modo enérgico por WELZEL (*Strafrecht...*, p. 168) e seus discípulos (por ex., ARMIN KAUFMANN, *Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung*, em: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 47 e ss., (pp. 48-50)), que sem cair no extremo da teoria do dolo, cai no extremo oposto, punindo por crime doloso aquele que supõe presentes os pressupostos de justificação. Para o finalista, quem age em legítima defesa putativa age dolosamente.

- 24 Veja-se novamente RADBRUCH, *Rechtsphilosophie...*, p. 17 e ss., que faz do relativismo valorativo o segundo pilar básico de seu sistema filosófico, ao lado do dualismo metodológico.
- 25 ROXIN, *Kriminalpolitik...*, p. 13 e p. 48 e ss.; e, na tradução brasileira, p. 25 e ss., p. 96 e ss..

tuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade. Deve, portanto, descer ao chão, estudar essa realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, e só após haver descoberto suas estruturas internas, passar para a etapa da valoração jurídica. “Os conceitos científicos não são variadas ‘composições’ de um material idêntico e avalorado, mas ‘reproduções’ de pedaços de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não foram fruto da criação do cientista”<sup>26</sup>. Qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea<sup>27</sup>.

---

26 WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, em: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin-New York, 1975, p. 29 e ss., (p. 79).

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

Pode-se apontar, porém, uma outra corrente dentro do finalismo, encabeçada pelo discípulo de WELZEL, STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der ‘Natur der Sache’*”, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1957, que assume uma posição mais próxima



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

---

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

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

29 ARMIN KAUFMANN, *Teoria da Norma Jurídica*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 144.

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

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

O tipo torna-se a descrição de uma ação proibida — deixa de ser um tipo de injusto, tipificação de antijuridicidade, para tornar-se um tipo indiciário, no qual se enxerga a matéria de proibição (*Verbotsmaterie*)<sup>32</sup>. Como só se podem proibir ações finais, o dolo integra o tipo. Da mesma forma que os tipos são vistos formalmente, como meras normas proibitivas, também as causas de justificação não passam de tipos permissivos. E como têm por objeto ações finalistas, surge a exigência do elemento subjetivo de justificação.

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

---

31 WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, em: ZStW 59 (1939), pp. 491 e ss., (p. 497).

32 WELZEL, *Strafrecht...*, p. 54; ARMIN KAUFMANN, *Teoria da norma jurídica...*, p. 143 e ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 3ª edição, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, § 7/172; já CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español — Parte General*, vol. II, 6ª edição, 1ª reimpressão, Tecnos, Madrid, 1999, p. 96, critica a concepção welzeliana, preferindo entender o tipo como tipo de injusto.

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

34 WELZEL, *Strafrecht...*, p. 62; BUSCH, *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, 3ª edição, Temis, Bogotá, Colombia,

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

Sem dúvida, foi sadio o apelo do finalismo a que atentassemos para as estruturas lógico-reais. Porém, se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à *falácia naturalista*, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico<sup>36</sup>. E certos finalistas foram tão lon-

---

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

- 35 Escreve WELZEL: “A culpabilidade... fundamenta a reprovação pessoal contra o autor, por não ter deixado de praticar a ação antijurídica, apesar de tal lhe ser possível.” (*Strafrecht...*, p. 138). Entre nós, vejam-se CÉZAR BITTENCOURT, *Manual...*, p. 345; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, ns. 349 e ss..
- 36 GIMBERNAT, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 101, é irônico: “El método que sigue Welzel es – expresándolo de una manera algo exagerada y polémica – el siguiente. Previamente y antes de tomar contacto

ge em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que “o direito só pode proibir ações finalistas” baniram o resultado do ilícito, declarando a tentativa inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação<sup>37</sup>. Mas não é só na falácia naturalista que se aproxima o finalismo do sistema clássico, como também no *dedutivismo formalista e classificatório*. A materialização das categorias do delito, mérito imorredouro do neokantismo, foi por vezes esquecida. O tipo tornou-se formal, mera matéria de proibição; assim também a antijuridicidade parece voltar a ser inexistência de excludentes de ilicitude. Também a importância excessiva dada ao posicionamento sistemático de certos elementos — se o dolo está no tipo ou na culpabilidade — demonstra a tendência classificatória<sup>38</sup>.

---

com la realidad juridico-penal, examina la estructura ontológica de la acción, afirma que el dolo pertenece al tipo... y, en una asombrosa supervalorición del pensamiento sistemático, decide que ya está todo solucionado”.

- 37 Vejam-se os estudos de ARMIN KAUFMANN e ZIELINSKI, citados à nota 32, e, além deles: SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, em: *Festschrift für Welzel*, p. 557 e ss.; SUAREZ MONTES, *Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?*, na mesma edição comemorativa, p. 379 e ss.. Também a teoria estrita da culpabilidade, que queria condenar por crime doloso aquele que atuasse na errônea suposição dos pressupostos de justificação, foi outra prova de que nem sempre as estruturas lógico-reais são sensíveis à realidade axiológica, à dimensão do justo e do político-criminalmente correto.
- 38 Essa crítica é feita por SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, em: *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, p. 268 e ss., p. 274. Já ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, em: *Beiträge zur Rechtstheorie*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1984, p. 88 e ss., (p. 122), reconhece bastante importância às

Por fim, e esta talvez seja a crítica mais demolidora, o finalismo, após dar inúmeras contribuições imorredouras para a teoria do delito, parece ter-se *esgotado em sua capacidade de rendimento*. O mais autorizado representante do finalismo, HIRSCH<sup>39</sup>, parece nada mais fazer que criticar tudo que vem sido criado desde a morte de seu professor WELZEL, chegando mesmo a declarar “duvidoso que, após o esforço espiritual empenhado durante décadas na construção do atual sistema jurídico-penal, seja pensável erigir um novo”<sup>40</sup>; os recentes avanços parecem-lhe motivados por um infantil “afã de novidade”<sup>41</sup>. O sistema dos finalistas, eterno e atemporal<sup>42</sup>, pretende fornecer soluções acabadas, o que não passa de uma confissão de sua incapacidade de fornecer respostas a complexos problemas normativos. Afinal, o que podem dizer as estruturas lógico-reais a respeito, por exemplo, do início da execução na tentativa, ou da escusabilidade do erro de proibição, ou da concretização do dever de cuidado, no delito negligente?

---

discussões sobre a posição sistemática de um conceito: “o material recebe, através de sua localização sistemática, a definição de seu conteúdo”, incorrendo numa sobrevalorização inaceitável do pensamento sistemático. A classificação é que deve orientar-se pela matéria jurídica, e não o material pela classificação (veja-se abaixo, VI).

39 HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, em: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 399 e ss..

40 HIRSCH, *Die Entwicklung...*, p. 426.

41 HIRSCH, *Die Entwicklung...*, p. 419.

42 O finalista ARMIN KAUFMANN, *Teoria da Norma Jurídica*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 12, referindo-se a G. HUSSERL, considera a tarefa da dogmática consiste “na elaboração de um sistema de conceitos fundamentais puros e atemporais, que formam uma área de possibilidades apriorísticas do direito”.

Nada mais do que algo bem genérico, que precisará ser precisado à luz de outras considerações<sup>43</sup>.

## VI. O sistema funcionalista ou teleológico-racional

Feitas essas considerações históricas, voltemos os olhos para a atualidade<sup>44</sup>. O que é o *funcionalismo*? Em primeiro lugar, deixemos claro que não existe um funcionalismo, mas diversos. Podemos, mesmo assim, utilizar

---

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

44 Este estudo não desconhece que, ao lado da tendência funcionalista, existem outras que contam com valorosos representantes. Seria entretanto impossível apresentá-las todas nos limites deste trabalho; contentar-nos-emos com curtas indicações, indicando obras mais relevantes. Em primeiro lugar, é claro, há o círculo dos *finalistas*, (cada vez mais reduzido), no qual se destacam HIRSCH (*Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, em: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 399 e ss.) e alguns outros, como STRUENSEE (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em GA 1987, p. 97 e ss.), KÜPPER (*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990), CERZO MIR, (*Curso...*); alguns deles, como CERZO, deixaram de reconhecer a força argumentativa das estruturas lógico-reais, o que torna discutível sua qualificação como finalistas. Há também o círculo dos *hegelianos*, em regra discípulos de ERNST A. WOLFF (por ex., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1965), que partem de uma concepção retributiva da pena, e tentam enxergar o crime através das categorias da metafísica do idealismo alemão – em especial, a liberdade. O monumento máximo desta tendência é o recente manual de MICHAEL KÖHLER, (*Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1996). Podemos apontar uma terceira tendência, dos adeptos da *filosofia analítica*, como HRUSCHKA, (*Strafrecht nach logischer analytischer Methode*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin/New York, 1988), que querem evitar ao máximo possível as

como uma primeira aproximação a que formula um de seus mais destacados partidários, ROXIN<sup>45</sup>: “Os defensores deste movimento estão de acordo — apesar das muitas diferenças quanto ao resto — em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal.”

São retomados, portanto, todos os avanços imorreduros do neokantismo: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela *missão constitucional do direito penal*, que é *proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial*<sup>46</sup>. Os conceitos são submetidos à *funcionalização*, isto é, exige-se deles que sejam capazes

---

valorações, tentando resolver os problemas através de uma minuciosa análise da linguagem. E, por fim, os *ecléticos* — JESCHECK/WEIGEND (*Lehrbuch...*), WESSELS/BEULKE (*Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 28ª edição, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1998), ZIPF (em: MAURACH/ZIPF, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Vol. I, 8ª edição, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1992), BOCKELMANN/VOLK (*Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 4ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1987), autores que não se atém a pressupostos metodológicos precisos, mantendo o sistema aberto para qualquer método que se demonstre capaz de chegar a bons resultados.

- 45 ROXIN, *Strafrecht...*, § 7/24. Ao leitor que desejar informar-se mais aprofundadamente, fica indicado o estudo de SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 1 e ss., um dos mais didáticos e claros que já se escreveram a respeito do funcionalismo.
- 46 Uma exceção é o posicionamento de JAKOBS, *Strafrecht...*, § 2/1 e ss., que rechaça a idéia do bem jurídico, considerando que a

de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas<sup>47</sup>.

A teoria dos fins da pena adquire portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do delito (*prevenção especial*). Mas enquanto as concepções tradicionais<sup>48</sup> da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens ju-

---

missão do direito penal está em proteger a validade das normas. Em *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, em: *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, trad. Peñaranda Ramos, p. 293 e ss., tenta JAKOBS demonstrar que o conceito de bem jurídico nada tem de liberal, o que porém não convence, se nos lembrarmos da época em que se descartou tal conceito. Esta concepção de JAKOBS permanece minoritária entre os funcionalistas.

- 47 SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, em GA 1985, p. 341 e ss., (p. 346): "Para uma construção de conceitos escolada nos conhecimentos inesquecíveis do neokantismo, está claro que o conteúdo do conceito depende do valor relacional, isto é, da função do conceito."
- 48 BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 11ª edição, 4ª reimpressão, Ed. Hemus, trad. Torrieri Guimarães, São Paulo, 1996, § 3, p. 15; FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, editado por Mittermayer, 14ª edição, 1847, § 13, p. 38, apud ROXIN, em: ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3ª edição, C. F. Müller, Heidelberg, 1994, p. 43.



rídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva)<sup>49</sup>. Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da pena, surge também a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinquente,

---

49 A teoria da prevenção geral positiva é hoje francamente majoritária, inclusive entre penalistas não adeptos do funcionalismo. Entre os funcionalistas, citemos: SCHMIDHÄUSER, *Einführung in das Strafrecht*, 2ª edição, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984, p. 58 e JAKOBS, *Strafrecht...*, § 1/15 a defendem em toda a sua pureza; MIR PUIG, *Función fundamentadora e función limitadora de la prevención general positiva*, em: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 129 e ss. é mais temperado. ROXIN, *Sentido e limites da pena estatal*, em: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 15 e ss., (p. 43), defende uma “teoria unificadora dialética”, que integra a prevenção geral e especial nos limites da culpabilidade; essas idéias foram reiteradas, sinteticamente, há poucas semanas, em: ROXIN, *Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a 2ª Guerra Mundial — Discurso proferido no seminário internacional de Direito Penal, ocorrido em março de 2000, na Universidade Lusíada de Lisboa*, inédito, item IV; em sentido similar, FIGUEIREDO DIAS, *Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal*, em: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, RT, São Paulo, 1999, p. 86 e ss., (p. 129 e ss.). FERNANDO GAMA, *Elementos éticos para a conceituação da pretensão punitiva*, inédito, que transporta a teoria dos fins da pena para o processo penal, chegando a notáveis resultados.

Entre os não funcionalistas, vejam-se WELZEL, *Strafrecht...*, p. 238 (apesar de este autor se considerar um adepto de uma teoria retributiva, hoje é comum caracterizá-lo como defensor da prevenção geral; neste sentido, por ex., seu aluno ARMIN KAUFMANN, *Hans Welzel zum Gedenken*, em: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 279 e ss., (p. 289)); HASSEMER, *Variationen der positiven Generalprävention*, em: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (eds.), *Positive Generalprävention*, C. F. Müller, Heidelberg, 1998, p. 29 e ss.; bem como os demais estudos deste volume.

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

Um *exemplo* esclarecerá a diferença entre o método finalista e o funcionalista: a definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. WELZEL<sup>51</sup> resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é vontade de realização (*Verwirklichungswille*); como tal, ela compreende não só o que autor efetivamente almeja, como as consequências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. Assim sendo, conclui WELZEL que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, finalidade dirigida à realização de um tipo, abrange as consequências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo<sup>52</sup>.

---

Já LUZÓN PEÑA, discípulo de ROXIN, é dos poucos que dão primado à prevenção geral de intimidação, ficando a prevenção geral positiva como um “aspecto secundario y derivado del de la intimidación general” (*Prevenición General, sociedad y psicoanálisis*, em: *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 261 e ss., p. 267).

50 Veja-se VII, g.

51 WELZEL, *Um die finale Handlungslehre...*, pp. 18-21; *Strafrecht...*, pp. 37-38 e depois, pp. 66-68.

52 O belo resultado a que chega WELZEL, por um lado, parece prestar testemunho da confiabilidade das estruturas lógico-reais. Porém, só se pode dizer se este resultado é ou não belo, após uma valoração, que só poderá ser feita através da teoria dos fins da

O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível<sup>53</sup>, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso?<sup>54</sup> O funcionalista sabe que, quanto

---

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

- 53 O que as controvérsias entre os próprios finalistas provam que não é verdade; por ex., para ARMIN KAUFMANN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, em: *Strafrechtsdogmatik...*, p. 59 e ss., haveria culpa consciente só na hipótese em que o autor põe em ação uma vontade no sentido de evitar o resultado (teoria da vontade de evitação não atuada), o que não foi aceito por WELZEL.
- 54 É assim que inquire FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, p. 46 e ss., qual seria

mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos. É essa tensão liberdade versus proteção que permeia o sistema como um todo, não se podendo esquecer que a intervenção do direito penal deve, além de ser eficaz, mostrar-se legítima, o que exige o respeito a princípios como o da subsidiariedade e da culpabilidade. Partindo de tais pressupostos, ROXIN<sup>55,56</sup> procura definir o dolo como decisão contra o bem jurídico, pois só uma tal decisão justificaria uma pena mais grave. Já W. FRISCH, que dedicou valiosa monografia ao tema, conceitua o dolo como o conhecimento da dimensão do risco juridicamente relevante da conduta. Parte este autor da dupla ratio da apenação pelo dolo, segundo ele a decisão em contrário ao bem jurídico e o poder superior de evitação do risco. E após minucioso exame, conclui estarem ambos os pressupostos presentes de modo

---

o conteúdo do dolo; é mais ou menos desta forma que também GIMBERNAT ORDEIG (*Acerca del dolo eventual*, em: *Estudios de derecho penal*, 3ª edição, Tecnos, Madrid, 1990, p. 240 e ss., (p. 258)) formula a pergunta. Notável é que ENGISCH, nos alvares do neokantismo, já tenha formulado a pergunta exatamente desta maneira – o dolo é entendido como a forma mais grave de culpabilidade (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia Verlag, Aalen, reedição de 1964 da edição original de 1930, p. 50).

55 ROXIN, *Strafrecht...*, § 12/27.

56 Curioso é que o finalista STRATENWERTH, que publicou trabalho pondo em dúvida a capacidade de rendimento da dogmática funcionalista (*Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, DeGruyter, Berlin / New York, 1995), venha em seu manual resolver o problema exatamente da mesma forma que ROXIN, partindo de iguais premissas (*Strafrecht...*, § 8/251) e chegando a iguais resultados (§ 8/255).

suficiente naquele que conhece a dimensão do risco não permitido de sua conduta<sup>57</sup>, de modo que quem sabe agir além do risco permitido, age dolosamente.

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

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

O que caracteriza o sistema de ROXIN é a sua *tonalidade político-criminal*. Já em 1970, dizia esse autor ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a ater-se ao dogma liszteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal<sup>58</sup>. Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, traba-

---

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

58 ROXIN, *Kriminalpolitik...*, p. 1; e, na tradução brasileira, p. 1. Um rápido e claro resumo do livro encontra-se na resenha de SILVIA MILESI, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 312 e ss., à tradução italiana.

lhar juntos, sendo este muito mais “a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica”<sup>59</sup>. Logo, o trabalho do dogmático é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível. No esboço de 1970, cabia ao tipo desempenhar a função de realizar o princípio *nullum crimen sine lege*; à antijuridicidade, resolver conflitos sociais; e à culpabilidade, (que ele chama de responsabilidade), dizer quando um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial<sup>60,61</sup>.

---

59 ROXIN, *Kriminalpolitik...*, p. 40; e p. 82 de minha tradução.

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

61 Muitas das críticas (por ex., HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1990, p. 236, que teme um sacrifício da função garantística do direito penal em nome de razões de oportunidade político-criminais; ou PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998, p. 22 e ss., p. 24, para quem a proposta roxiniana significa a dissolução do direito penal, seu desapareci-

Mas se o sistema de ROXIN substitui as difusas valorações neokantianas por valorações especificamente político-criminais — no que supera o relativismo valorativo<sup>62</sup> — ele não cai no defeito acima apontado do norma-

---

mento e substituição pela política criminal) que se fazem à fundamentação político-criminal do sistema de ROXIN baseiam-se numa errônea compreensão do que este autor entende por política e, conseqüentemente, por política-criminal. A política e a política-criminal, ao contrário do que tradicionalmente se entendia, não se esgotam num conjunto de medidas eficazes para obtenção de quaisquer fins, pouco importando não só a legitimidade destes, como também daquelas. O que ROXIN deseja é justamente superar este conceito que poderíamos chamar “instrumental” de política criminal, substituindo-o por uma noção rica de conteúdo, capaz de integrar em seu bojo tanto o interesse na evitação e persecução de crimes, como o na preservação das liberdades e garantias individuais (ROXIN, *Kriminalpolitik...*, p. 45; *Política criminal...*, p. 89). Enfim, deseja-se não só a segurança, característica do Estado liberal de direito, nem só a proteção, típica do Estado social, mas a síntese entre as duas, própria de um Estado material de direito (ROXIN, *Kriminalpolitik...*, p. 10, *Política criminal...*, p. 20; FIGUEIREDO DIAS, *A “ciência conjunta do direito penal”*, em: *Questões fundamentais...*, p. 19 e ss., p. 33). “Os direitos humanos e os princípios do estado de direito e do estado social integram-se nas valorações político-criminais” (ROXIN, *Strafrecht...*, § 7/53; veja-se igualmente BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, em *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 3 e ss., (pp. 12-13), que ressalta a fundamental coincidência entre valorações político-criminais e os princípios constitucionais garantísticos). Também o conceito de política, e não só o de política criminal, vem sofrendo análogas modificações: veja-se a respeito o professor de ROXIN, HENKEL, *Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik*, em: *Festschrift für Welzel ...*, p. 31 e ss., que, após definir a política como a tentativa de realização do bem comum (p. 34), clama por uma “vinculação funcional entre direito e política” (p. 41).

62 As valorações político-criminais não são relativas, mas advêm diretamente da ordem constitucional do Estado democrático de

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

---

direito, que respeita e promove a dignidade humana e os direitos fundamentais. Daí dizer WOLTER, aluno de ROXIN, que “o direito penal é direito constitucional aplicado” (*Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 3 e ss., (p. 5)), apontando como fundamento do sistema do delito a dignidade humana (op. cit., p. 4).

63 A respeito da necessidade de tornar o direito mais sensível à individualidade, veja-se HENKEL, *Recht und Individualität*, DeGruyter, Berlin, 1958, especialmente p. 16 e ss..

64 Neste ponto, como ele mesmo ressalta, (no estudo *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, em: *Gedächtnisschrift für Radbruch*, p. 260 e ss.) seguiu ROXIN a lição de RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, em: Art. Kaufmann (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg von der Höhe, 1965, p. 4 e ss., (p. 4), que considerava: “Assim como a idéia artística se acomoda ao material, sendo uma outra, se quiser corporificar-se em bronze, e uma outra,



síntese do ontológico com o valorativo<sup>65</sup>, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo<sup>66</sup>.

Um exemplo esclarecerá o que se está a dizer. Um dos temas mais árduos já enfrentados pela doutrina está em delimitar quando há o início da execução da tentativa, separando este momento dos meros atos preparatórios impunes. Modernamente, vem adotando-se a teoria welzeliana, inclusive sancionada pelo § 22 do StGB, segundo a qual “intenta um fato punível aquele que, conforme a sua representação do fato, dá início a atos imediatamente anteriores à realização do tipo”<sup>67</sup> (chamada *teoria individual-objetiva*). Porém, o que significa isso, o que são atos imediatamente precedentes à realização do tipo? Aqui chegamos no limite da dedução. A fórmula dedutiva será sempre vaga e genérica. Não constituirá mais do que uma “*linha de orientação*”<sup>68</sup>. É preciso complementá-la, concretizá-

---

se em mármore, assim também nasce cada idéia para ser adequada a seu material. Chamamos esta relação de definição da idéia pela matéria.”

65 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edição, DeGruyter, Berlin/New York, 1994, pp. 19 e ss.

66 ROXIN, *Täterschaft...*, p. 536 e ss.; *Strafrecht...*, § 7/83; assim também WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 22; GIMBERNAT, *Concepto y método...*, p. 106; FIGUEIREDO DIAS, *Ciência conjunta...*, p. 27. Este proceder indutivo é influência em especial da chamada tópica, fundada por VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª edição, C. H. Beck, München, 1974, especialmente, por ex., p. 32: “o problema deve ser reconhecido como pré-dado e sempre como dominante”, e p. 97.

67 Vejam-se, por ex., WELZEL, *Strafrecht...*, p. 190; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 518, com referências; e entre nós, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Da Tentativa*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 54.

68 ROXIN, *Resolução do facto e começo da execução na tentativa*, em: *Problemas Fundamentais...*, p. 295 e ss., (p. 305).

la, aproximando-a dos casos em que será aplicada: daí a necessidade do pensamento indutivo, através da *composição de grupos de casos*. ROXIN começa com a tentativa inacabada do autor singular<sup>69</sup>, propondo um duplo critério: haverá tentativa assim que se possa falar em perturbação da esfera da vítima e proximidade temporal entre a conduta do autor e a produção do resultado<sup>70</sup>. E são propostos novos grupos de casos, sub-concretizações deste critério já concretizado: assim, por ex., quando os autores ficam de tocaia, à espera da vítima<sup>71</sup>; casos em que o autor realiza a circunstância qualificadora, mas não o delito base qualificado<sup>72</sup> etc. E estes parâmetros não servirão para a autoria mediata e para as omissões<sup>73</sup>; aqui será necessário efetuar novas concretizações do critério individual-objetivo. Desta forma, o doutrinador consegue entregar ao juiz critério claros de decisão, e não meras fórmulas vazias, contribuindo para a realização da segurança jurídica e do princípio da igualdade.

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

---

69 ROXIN, *Resolução do facto...*, p. 305.

70 ROXIN, *Resolução do facto...*, p. 307.

71 ROXIN, *Resolução do facto...*, p. 309.

72 ROXIN, *Resolução do facto...*, p. 314.

73 ROXIN, *Resolução do facto...*, p. 320 e ss..

74 ROXIN, *Täterschaft...*, p. 533 e ss.; *Strafrecht*, § 7/84. Também GIMBERNAT, *Concepto y método...*, p. 115 e ss., e ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, em: *Beiträge zur Rechtslehre*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1984, p. 286 e ss., p. 307, propugnam pela adoção deste critério. É por

Logo, o sistema de ROXIN apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de direito<sup>75</sup>. Mas também não cai ROXIN no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema.

Já JAKOBS funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma *teoria funcionalista-sistêmica da sociedade*, baseada nos estudos sociológicos de NIKLAS LUHMANN<sup>76</sup>. Simplificadamente, é isto o que diz o sociólogo de Bielefeld: o

---

isso que o sistema roxiniano, no que se refere à proximidade da realidade, não fica em nada atrás do finalismo, mas o supera, uma vez que consegue libertar-se do apriorismo e da atemporalidade das estruturas lógico-reais finalistas. Daí o caráter aberto e dinâmico do sistema.

75 Sobre essas tendências contraditórias da idéia do direito, veja-se RADBRUCH, *Rechtsphilosophie...*, p. 73 e ss..

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

mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido<sup>77</sup>. As possibilidades do agir humano são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão<sup>78</sup>. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação”<sup>79</sup>: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de *expectativa*, desempenha um valor central na teoria de LUHMANN: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.

E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais<sup>80</sup>. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. LUHMANN prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas<sup>81</sup>. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de espe-

---

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

78 LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 31.

79 LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 32.

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

81 LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 42.

rar. Já expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos, (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: “normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”<sup>82</sup>. Mas as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um “processamento das decepções”<sup>83</sup>: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção<sup>84</sup>.

O direito também é um sistema social<sup>85</sup>, composto de normas, que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No direito penal, isto ocorre através da pena, que é definida por JAKOBS<sup>86</sup> como “demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente”.

A causalidade e a finalidade, dados ontológicos sobre os quais se edificavam o sistema naturalista e finalista,

---

82 LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 43.

83 LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 53; *Legitimation...*, p. 234.

84 LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 60; LUHMANN, porém, ressalta que a sanção não é único meio de restabilização de expectativas, havendo também outros meios, “equivalentes funcionais”, capazes de gerar o mesmo efeito (p. 61). Neste sentido também JAKOBS, *Strafrecht...*, § 1/12 e ss..

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

86 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 1/3; para as novas concepções deste autor, não mais baseadas em LUHMANN, veja-se JAKOBS, *Norm, Person...*, p. 98 e ss.

agora são substituídos pelo conceito normativo de *competência*<sup>87</sup>. A vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel — pedestre, motorista, esportista, eleitor — que consubstancia um feixe de expectativas. Cada qual, e não só o autor de crimes omissivos impróprios, como na doutrina tradicional, é *garante* dessas expectativas<sup>88</sup>. A posição de garante, que decorre dessa adscrição de um âmbito de competência a um determinado indivíduo, é pressuposto de todo ilícito, quer comissivo, quer omissivo. Compete a cada uma dessas pessoas organizar seu círculo de interações de maneira a não violar as normas penais, a não gerar decepções. Surgem, assim, *os delitos por competência organizacional*<sup>89</sup>. Mas ao lado desse dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, que possui conteúdo meramente negativo, há expectativas de comportamento positivo, que exigem do sujeito que cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social: são estes os *delitos por competência institucional*<sup>90</sup>. A distinção entre delitos comissivos e omissivos, fundamental nos sistemas de base ontologista, deixa de ter tamanha importância, surgindo em seu lugar a distinção entre delitos por competência de organização e delitos por competência de instituição<sup>91</sup>.

87 JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996, p. 42.

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

89 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 1/7 e § 21/16 e ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 21.

90 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 1/7, § 7/70 e ss., § 21/115 e ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 31.

91 JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 36, e tb. n. 77; mais radical ainda seu aluno, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2ª edição, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996, p. 69: “en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una

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

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

---

distinción entre los delitos de acción y los de omisión”. Esta classificação de duas formas de competência, que aqui parece bastante abstrata, terá repercussões concretas na imputação objetiva (veja-se abaixo, VII, b), na autoria e na participação, nos crimes omissivos, entre outros setores.

92 JAKOBS, *Culpabilidad y prevención* (trad. Suárez Gonzales), em: *Estudios...*, p. 73 e ss., (p. 81). Sobre o conceito de explicação, veja-se também LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 56.

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

94 JAKOBS, *Strafrecht...*, p. VII.

95 JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, em: *Estudios...*, p. 101 e ss., (p. 124), chega a afirmar, no que parece uma estra-

quanto a se alguém cometeu um crime deve ser entendida como se é preciso punir alguém para reafirmar a validade da norma e reestabilizar o sistema.

JAKOBS se mostra plenamente ciente de quanto seu sistema tem de chocante<sup>96</sup>, e de fato há muito de criticável em sua teoria. Não tanto o normativismo<sup>97</sup>, porque apesar da funcionalização total dos conceitos, o embasamento sociológico garante o contato com a realidade<sup>98</sup>, mas especialmente por tratar-se de um sistema obcecado pela eficiência, um sistema que se preocupa sobremaneira com os fins, e acaba por esquecer se os meios de que se vale são verda-

---

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

- 96 No estudo *El principio de culpabilidad*, em: *Estudios...*, p.365 e ss., (pp. 366-367), JAKOBS parece ironizar a opinião dominante, declarando ser sua “intención declarada plantearle algunas dificultades a dicha doctrina”. Muitas vezes, porém, se trata de meras questões terminológicas, mas nem sempre; é especialmente incorreto, por ex., afirmarem CANCIO MELIÁ / PEÑARANDA RAMOS / SUAREZ GONZÁLEZ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, em: JAKOBS, *Estudios...*, p. 17 e ss., (p. 35) que a negação do bem jurídico no sistema de JAKOBS não passa de um problema conceitual, de uma “barrera definicional” a separá-lo do restante da doutrina.
- 97 Criticado por SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 154 e ss. (p. 184).
- 98 O que é apontado por JAKOBS, *Strafrecht...*, p. VII. Antes de criticar o normativismo, que segundo me parece, inexistente, deveríamos é levantar reservas contra o sociologismo, que por vezes parece um retorno à falácia naturalista, à idéia da “normatividade do fático”, segundo a qual o que é, deve ser.



deiramente legítimos<sup>99</sup>. Ainda assim, é inegável que os esforços de JAKOBS abriram novos horizontes para a resolução de inúmeros problemas<sup>100</sup>, demonstrando a necessidade e a produtividade de permear antigas categorias sistêmicas com considerações sobre os fins da pena<sup>101</sup>.

---

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

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

101 Para encerrar este item, podemos fazer referência aos aspectos que, segundo aponta o próprio ROXIN, no seu recentíssimo discurso de obtenção do título de doutor honoris causa em Lisboa (*Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra — Oração de sapiência do Prof. Doutor Claus Roxin em razão de seu doutoramento honoris causa pela Universidade Lusíada de Lisboa*, inédito, III), distinguem seu sistema do de JAKOBS, o que valerá inclusive como uma bela recapitulação do até agora visto. No sistema de JAKOBS, não há espaço para a prevenção especial, que ROXIN tenta tornar fecunda para a culpabilidade; tampouco se fala em exigências de política-crime, além das de estabilização do sistema. “A prevenção geral e a observância dos direitos do argüido não estão contidas no seu (no de JAKOBS, L. G.) ponto de partida teórico-sistêmico.” Igualmente, o dado indutivo, a resistência da coisa, não encontram lugar no sistema do JAKOBS, que “renuncia a ter em conta dados empíricos”. Por fim, diz ROXIN, “eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos as idéias orientadoras de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistêmico-teórico de JAKOBS, não constituem dados prévios nenhuns conteúdos nem

## VII. A moderna discussão dos conceitos da parte geral

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

a) *Conceito de ação*: O conceito de ação, sem dúvida alguma, perdeu sua majestade. Reconhece-se que, se o que

nenhuma finalidade de política-criminal. Da perspectiva de JAKOBS, a única coisa que importa é, como ele próprio põe em relevo, a força de auto-manutenção do sistema”.

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

103 Esta qualidade do sistema é ressaltada por SCHÜNEMANN e FIGUEIREDO DIAS, *Vorwort*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. V e ss., p. XII.

importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos, e nisso estão todos de acordo. Podem-se apontar três posições básicas.

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

A segunda é a daqueles que, se bem que utilizem um conceito de ação, não o posicionam anteriormente ao tipo, mas dentro dele, como um de seus momentos. Assim é que SCHMIDHÄUSER<sup>107</sup>, inicialmente adepto do terceiro gru-

---

104 Primeiramente esboçado em *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 262; agora, em *Strafrecht...*, § 8/44 e ss..

105 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 6/32.

106 Já LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal, Parte General*, vol. I, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 265 e ss., e GIMBERNAT, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, em: *Estudios...*, p. 182 e ss., (p. 195), ocupam uma posição especial, por serem dos poucos que adotam um conceito ontológico de ação, (nisso aproximando-se do finalismo e do naturalismo), se bem que não lhe confirmam nenhuma função de construção do sistema, como faziam estas duas vertentes. RUDOLPHI, em: RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edição, Luchterhand, Berlin, 1997, (26. Lfg.), vor § 1/18, por sua vez, defende uma teoria pessoal bastante parecida com a de ROXIN.

107 SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil — Studienbuch*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1982, § 5/5 e ss.; também SCHÜNE-MANN, *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, pp. 346-347, e MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, em: *El derecho penal...*, pp. 29 e ss., (p. 52), podem enquadrar-se entre os adeptos desse grupo, cada qual com seu conceito de ação.

po (logo abaixo), acabou por defender o que ele chama de teoria intencional da ação.

Um terceiro grupo<sup>108</sup> despreza por completo o conceito de ação, não só o considerando elemento do tipo, como recusando-se a defini-lo, o que é tido como perda de tempo. A ação acaba no mais das vezes sendo absorvida pela teoria da imputação objetiva.

*b) Tipo e imputação objetiva:* o tipo é renormatizado, especialmente por considerações de prevenção geral. Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que ex ante não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas<sup>109</sup>.

---

108 OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 5ª edição, DeGruyter, Berlin-New York, 1996, § 5/32 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a construção dogmática do fato punível*, em: *Questões fundamentais...*, p. 187 e ss., (p. 214-216); FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 3ª edição, Zanichelli Editore, Bologna, 1995, pp. 186-187; e a insuperada monografia de MARINUCCI, *Il reato come 'azione': critica di un dogma*, Giuffrè, Milão, 1971. Esta era também a antiga opinião de ROXIN, em 1962: *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação...*, p. 91 e ss., (p. 127).

109 RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 69 e ss., (pp. 76-77); WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus*, em: *Grundfragen...*, p. 103 e ss., p. 105; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, em: GA (1999), p. 207 e ss., (pp. 214-215).

Curiosa é a concepção de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996, (trad. Cancio Meliá), p. 101 e ss., que tenta construir o sistema de imputação objetiva com base na idéia de papel social, ou rol: só será objetivamente

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

---

imputável, isto é, só viola a norma, aquele comportamento que não era esperado do detentor daquele papel social. Aquele que age dentro do seu rol, ainda que venha a causar danos, não responde por eles.

Há, também, uma posição minoritária, em geral fora da Alemanha e da Espanha, que nega tal teoria: FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale...*, pp. 214-215.

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

c) *Relações entre tipicidade e antijuridicidade*: com a renormativização do tipo novamente se confundiram os limites entre tipo e antijuridicidade, o que fez copiosa gama de autores<sup>111</sup> adotar a teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta<sup>112</sup>.

111 ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin, 1970, p. 174 e ss. (que posteriormente modificou seu posicionamento); SCHÜNEMANN, *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 347 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Doutrina do fato punível...*, pp. 220-222, apesar de esse mesmo autor, em *Resulate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem*, em *Bausteine...*, p. 360, declarar: “não desejo ser posicionado entre os partidários da teoria dos elementos negativos negativos do tipo”, o que talvez torne injusta minha compreensão de suas idéias; MIR PUIG, *Función de la pena ...*, p. 76-77; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, p. 558; e, aparentemente, também SOUSA E BRITO, *Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung*, em: *Bausteine...*, p. 71 e ss., (p. 86). Por fim, faça-se referência à recentíssima proposta de PAULO QUEIROZ, *Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito*, em: Lélío Calhau (ed.), *Estudos Jurídicos — Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*, Minas Gerais, 2000, p. 36 e ss., no sentido de construir um tipo total compreensivo não só de causas de justificação, mas também de causas de exculpação, como elementos negativos, chegando ao que ele chama de um “configuração monista-funcional” da teoria do delito.

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

Outros autores<sup>113</sup> têm uma construção assemelhada à de MEZGER, ou seja, apesar de não adotarem a teoria dos elementos negativos do tipo, declaram o fato justificado indiferente para o direito penal.

Por fim, um terceiro grupo<sup>114</sup> mantém-se numa posição mais tradicional, entendendo que o tipo e antijuridicidade devem permanecer em categorias distintas, ou porque os princípios que as regem, as valorações político-criminais, são diferentes<sup>115</sup>, ou porque há uma efetiva distância axiológica entre fato atípico e fato justificado<sup>116</sup>.

*d) Posição sistemática do dolo:* neste ponto, os funcionalistas em regra mantêm-se fiéis ao que propunha o finalismo: o dolo deve integrar o tipo, sendo um momen-

---

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

114 ROXIN, *Strafrecht...*, § 10/16 e ss., especialmente §10/23; JAKOBS, *Strafrecht...*, § 6/59, porém ressalta que o tipo é *ratio essendi*, não só *cognoscendi*, da antijuridicidade.

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

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

to da conduta proibida<sup>117</sup>. Porém, está-se de acordo que essa consequência não decorre, de maneira alguma, de estruturas lógico-reais, mas isso sim de uma valoração jurídica.

Ainda assim, não deixa de haver quem<sup>118</sup> defenda o duplo posicionamento do dolo e da culpa, tanto no tipo, como na culpabilidade. Parte-se da consideração de que o sistema não é formado por compartimentos estanques, podendo um mesmo elemento ter relevância para mais de uma categoria sistemática<sup>119</sup>.

Outros autores, porém, dissecam o dolo, situando cada elemento num determinado estrato do sistema: SCHMIDHÄUSER<sup>120</sup>, por ex., quer posicionar o momento volitivo do dolo no tipo, enquanto o momento cognitivo iria para a culpabilidade. O inverso parece defender SCHÜNEMANN<sup>121</sup>, para quem o tipo compreenderia o elemento cognoscitivo do dolo, a culpabilidade o volitivo (que em

117 Uma exceção seriam REYES ALVARADO, *Imputación...*, p. 65, que posiciona o dolo na culpabilidade, e MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, 2ª edição, Giuffrè, Milano, 1999, p. 479, que mantêm um sistema parecido com o modelo clássico (acima, III), porém adscrevendo funções político-criminais a cada elemento.

118 ROXIN, *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 266; *Kriminalpolitik...*, pp. 42-43; *Strafrecht...*, 12/26; FIGUEIREDO DIAS, *Doutrina do fato punível...*, pp. 223-227; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale...*, p. 183. Este posicionamento foi inaugurado por GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, em ZStW 67 (1955), p. 1 e ss. (p. 44 e ss.) e tem por importantes seguidores JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 243; e WESSELS/BEULKE, *Strafrecht...*, § 5/142 e ss..

119 ROXIN, *Kriminalpolitik...*, pp. 42-43; *Strafrecht...*, § 7/76 e ss..

120 SCHMIDHÄUSER, *Einführung...*, pp. 198-199.

121 SCHÜNEMANN, *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, pp. 361-362 e 364.



seu sistema parece abranger mais que a vontade, sendo chamado de “componente emocional”).

e) *Conteúdo do dolo e consciência da ilicitude*: apesar de ainda manter-se dominante<sup>122</sup> a teoria da vontade, que vê no dolo o “conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo”, alguns autores<sup>123</sup> vêm defendendo, enfaticamente, a supressão do elemento volitivo do dolo, que consideram desnecessário e injustificável.

Quanto à consciência da ilicitude, as posições novamente são as mais variadas. Uma vez que o dolo não mais pode ser deduzido de considerações meramente ontológicas, mas sim axiológicas, pode-se apontar uma quase unanimidade entre os funcionalistas em rechaçar a teoria estrita da culpabilidade, defendida pelo finalismo ortodoxo<sup>124, 125</sup>. Considera-se, sob as mais diversas justificativas, que o erro sobre a presença de situação legitimante exclui o dolo, mantendo-se a maioria dos doutrinadores próxima à teoria limitada da culpabilidade<sup>126</sup>.

---

122 Veja-se, por todos, ROXIN, *Strafrecht...*, § 12/3.

123 JAKOBS, *Fahrlässiges Erfolgsdelikt...*, pp. 38-39, e também *Strafrecht...*, § 8/23; FRISCH, *Vorsatz und Risiko...*, p. 255 e ss.; SAMSON, *Strafrecht I*, 7ª edição, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1988, p. 51; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, em: *Estudios...*, p. 257.

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

125 O único funcionalista que, segundo tenho notícia, a defende é o discípulo italiano de ROXIN, SERGIO MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 146, que faz referência expressa a WELZEL. É claro que isso não significa que inexistem outros.

126 ROXIN, *Strafrecht...*, § 14/62 e ss., especialmente § 14/68; SCHÜNEMANN, *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 348; JAKOBS, *Strafrecht...*, § 11/58; FRISCH, *Vorsatz...*, p. 241

Mas não é raro encontrarem-se autores que rechaçam as teorias da culpabilidade em ambas as suas formas<sup>127</sup> e adotam a teoria do dolo. Assim, por ex., OTTO<sup>128</sup>, defensor de uma teoria modificada do dolo, para quem a consciência da ilicitude material (isto é, da lesividade social, da lesão a um bem jurídico) integra o dolo, ficando a consciência do ilícito formal, da proibição, como problema de culpabilidade.

f) *Culpa e dever de cuidado*: de acordo com a doutrina tradicional<sup>129</sup>, a culpa pressuporia um duplo juízo, posicionando-se a falta do cuidado objetivo no tipo, e a falta do cuidado subjetivo na culpabilidade.

---

e ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, p. 410, defende o que ele chama de *dolus obiective malus*, isto é, um dolo que compreende a não representação de situação justificante, mas não a consciência da ilicitude.

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

128 OTTO, *Grundkurs...* § 15/10; em sentido similar, SCHMID-HÄUSER, *Studienbuch...*, 7/79 e ss.. Veja-se também MIR PUIG, *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español*, em: *El derecho penal...*, p. 207 e ss., (p. 215-216), que defende uma teoria pura, "extrema", do dolo; FIGUEIREDO DIAS, *Schuld und Persönlichkeit*, em: *ZStW 95* (1983), p. 220 e ss., (p. 246), que sustenata uma teoria "limitada" bastante parecida com a de MEZGER, vez que quer punir por dolo aquele que não conheça a ilicitude devido a uma "deficiência da consciência ético-jurídica" (p. cit.).

129 WELZEL, *Strafrecht...*, pp. 131-132; o mesmo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, em: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin-New York, 1975, p. 315 e ss., (p. 340); JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 564; RÉGIS PRADO, *Curso...*, p. 192.

Porém, desde a década de 70 vem ganhando adeptos<sup>130</sup> a doutrina que entende que o cuidado subjetivo deve ser entendido já como um problema de tipo, de modo que quando o autor não seja capaz de atender ao cuidado objetivo, não só será inculpável, mas sequer agirá ilicitamente. Adota-se como fundamentação quase sempre a teoria das normas: estas só proíbem o possível, pois *ad impossibilia nemo tenetur*.

Uma terceira opinião<sup>131</sup> quer funcionalizar o dever de cuidado de modo que ele tenha seu limite mínimo demarcado objetivamente, enquanto o limite máximo seria fixado de acordo com as capacidades do sujeito.

*g) Causas de justificação:* da mesma forma que os tipos foram redefinidos a partir de sua função de servir à prevenção geral — só se proíbem comportamentos que ex ante pareçam objetivamente perigosos — a adoção da perspectiva ex ante no juízo sobre a existência dos pressupos-

130 JAKOBS, *Fahrlässiges Erfolgsdelikt...*, pp. 48 e ss.; SAMSON, em: *Systematischer Kommentar...*, (12<sup>a</sup>. Lfrg.), anexo ao § 16/13; OTTO, *Grundkurs...*, § 10/13; MIR PUIG, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal*, em: *El derecho penal...*, p. 225 e ss., (p. 227); uma exaustiva exposição das controvérsias encontra-se em CASTALDO, “*Non intellegere, quod omnes intelligunt*”, VVF, München, 1992, que toma partida pela doutrina individualizadora, acusando as teoria objetivistas de procederem a uma “individualização escondida” (p. 65 e ss.). Também alguns finalistas, como STRATENWERTH, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, em: *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin., 1985, p. 285 e ss.; e, entre nós, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, n. 275, adotam este posicionamento.

131 ROXIN, *Strafrecht...*, § 24/50, que faz referência a CRAMER. Se bem que, para ROXIN, o chamado dever de cuidado seja absorvido por completo na teoria da imputação objetiva, perdendo sua autonomia dogmática.

tos de justificação é também defendida por vários autores<sup>132</sup>. Dado que a norma deve incidir no momento da prática da conduta, nenhum fato somente verificável ex post pode alterar o seu caráter lícito ou ilícito. Daí porque os pressupostos objetivos de justificação não teriam mais de existir efetivamente, mas sim de ter alta probabilidade de existir, pouco importando que, ex post, se descubra que inexistiam. Essa construção, porém, não ficou sem adversários<sup>133</sup>, porque à primeira vista amplia sobremaneira os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade.

Outra construção altamente controversa é a de GÜNTHER<sup>134</sup>, o qual resolveu criar, ao lado das tradicionais

132 Essa concepção parece ter sido inaugurada pelo finalista ARMIN KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, em: *Festschrift für Welzel*, DeGruyter, Berlin, 1974, p. 393 e ss., (p. 401); entre os funcionalistas, vejam-se, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 424; MIR PUIG, *Función de la Pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, em: *El derecho penal...*, p. 30 e ss., (p. 78); WOLTER, *Zurechnung...*, p. 38.

133 Entre os funcionalistas, vejam-se OTTO, *Grundkurs...*, § 8/16; ROXIN, *Strafrecht...*, § 14/86, nota 105; entre os não funcionalistas, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 331. Bem interessante é a solução de JAKOBS, *Strafrecht...* § 11/3, que divide as causas de justificação em três grupos: no primeiro, a justificação surge como consequência de um comportamento da vítima (legítima defesa, por ex.); no segundo, o ataque ocorre no interesse da vítima (consentimento); e no terceiro, a vítima é sacrificada em prol de outras pessoas (estado de necessidade justificante). A perspectiva ex ante ou ex post, objetiva ou subjetiva, será adotada diferentemente em cada grupo, sempre tendo-se em vista o essencial: que se está a tomar uma decisão a respeito de "qual dos envolvidos deve suportar o risco do erro" (§ 11/9).

134 Lançada no livro *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, de que infelizmente não disponho. Veja-se, porém, GÜNTHER, em: *Systematischer Kommentar...*, (28ª Lfrg.), prévio ao § 32/19, especialmente § 32/

causas de justificação, que transformam o fato em lícito perante a ordem global do direito, o que ele chama de “causas de exclusão do injusto penal” (Strafunrechtsausschließungsgründe)<sup>135</sup>, que se limitam a excluir o ilícito penal, sem contudo prejudicar a valoração da parte dos outros ramos do direito. O direito penal, como ultima ratio, possui também um ilícito especialmente qualificado, especificamente penal. Seu ilícito é antes de tudo “ilícito me-

---

30 e ss.. Esta concepção conta com vários adeptos, entre os quais: SCHÜNEMANN, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 149 e ss., (p. 177); AMELUNG, *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, em: *Grundfragen...*, p. 85 e ss., (p. 92 e ss.); MIR PUIG, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad...*, p. 231; MIR PUIG, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal*, em: *El derecho penal...*, p. 225 e ss., (p. 231); LUZÓN PEÑA, *Curso...*, p. 563 e ss.; e o finalista GÖSSEL, em: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. II, 7ª edição, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1989, § 44/8.

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

135 GÜNTHER, em: *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/40.

recedor de pena” (strawwürdiges Unrecht)<sup>136</sup>, que pode ser excluído, sem que com isso se retire ao direito civil ou ao administrativo a possibilidade de declararem o fato ilícito. Para GÜNTHER<sup>137</sup>, o consentimento do ofendido seria uma dessas causas de exclusão do ilícito penal, vez que os seus requisitos no direito penal e no civil são distintos, de modo que se torna impossível afirmar que o consentimento do direito penal opera efeitos no civil.

Os adversários desta construção sublinham, primeiramente, que ela rompe com o postulado da unidade da ordem jurídica<sup>138</sup>, o que não me parece correto, vez que o

---

136 GÜNTHER, em: *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/5.

137 GÜNTHER, em: *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/51. Apresentou o autor a seguinte classificação das causas de exclusão de ilicitude (GÜNTHER, *La clasificación de las causas de justificación en derecho penal*, em: *Causas de justificación...*, p. 45 e ss.), de acordo com a intensidade de seus efeitos: as primeiras são as causas oriundas de deveres jurídicos (pp. 53-54); depois, as decorrentes de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como a liberdade de reunião ou manifestação (p. 54); as que configuram direitos de intervenção na esfera alheia, como o estado de necessidade ou a legítima defesa (p. 54-55). Estes três grupos são causas de justificação que operam diante a ordem jurídica como um todo. Depois, passa GÜNTHER a elencar as causas de exclusão do injusto penal: as fundadas na renúncia do interesse por seu titular, como o consentimento e o consentimento presumido (p. 55); algumas chamadas causas de exclusão do tipo, como as indicações no aborto (p. 56); causas de atenuação do injusto, que compreendem um pequeno excesso em qualquer causa de justificação (pp. 57-58). Estas três últimas possuem eficácia restrita ao direito penal, nada prejudgando a respeito da valoração a ser emitida pelos demais ramos do direito.

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

reconhecimento de um ilícito especialmente penal nada mais faz que levar até o fim o princípio da subsidiariedade. Critica-se-lhe igualmente sua desnecessidade<sup>139</sup>, considerando-se que o consentimento ficaria melhor explicado como causa de atipicidade; não havendo porque recorrer a uma ilicitude exclusivamente penal para explicar a razão dos diferentes requisitos entre o consentimento civil e penal.

Por fim, duas palavras a respeito do elemento subjetivo de justificação. Enquanto o finalismo<sup>140</sup> exigia a finalidade de justificação (isto é, vontade de defender-se, vontade de salvar o bem jurídico ameaçado), composta de um momento cognitivo e outro volitivo, vem se impondo cada vez mais a opinião<sup>141</sup> de que seria desnecessário um elemento volitivo, (e não só entre os autores<sup>142</sup> que adotam a teoria da representação, no dolo), bastando a consciência dos pressupostos objetivos de justificação. No crime culposos, vem ganhando campo o posicionamento daqueles<sup>143</sup> que dispensam qualquer elemento subjetivo de justifica-

---

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

140 WELZEL, *Strafrecht...*, pp. 83-84; CERESO, *Curso...*, p. 198.

141 ROXIN, *Strafrecht...*, § 14/94 e ss.; FRISCH, *Vorsatz...*, p. 460; JAKOBS, *Strafrecht...*, § 11/21. No sentido da doutrina tradicional, porém, GÜNTHER, *Systematischer...*, prévio ao § 32/87.

142 Como FRISCH e JAKOBS; (veja-se a n. 114).

143 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 11/30; SAMSON, em: *Systematischer...*, anexo ao § 16/32. Observe-se que esta opinião já foi defendida entre nós pioneiramente por JUAREZ TAVARES, *Direito penal da negligência*, RT, São Paulo, 1985, p. 158. Já ROXIN, *Strafrecht...*, § 11/96, ressalta inexistir verdadeira justificação, mas tão só compensação do desvalor do resultado, obtendo-se, materialmente, uma tentativa culposa, que como tal é impunível.

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

*h) Culpabilidade:* a crítica feita por ENGISCH<sup>145</sup> à fundamentação da culpabilidade no “poder-agir-de-outra-maneira” é normalmente aceita, costumando-se admitir que o livre arbítrio é uma premissa cientificamente inverificável. Vão diminuindo paulatinamente os adeptos<sup>146</sup> deste fundamento da culpabilidade, ao passo em que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial)<sup>147</sup>. Por incumbir à culpabilidade a deci-

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

145 ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechts-philosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin, 1965, especialmente p. 22 e ss..

146 OTTO, *Grundkurs...*, § 12/17 e ss.; RUDOLPHI, em: *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 19/1, que, ainda assim, aceita a crítica de ENGISCH, fundamentando seu ponto de vista em outras razões, tais como a dignidade humana e a realidade social.

147 Isso sem esquecer que existem várias outras teorias. Registrem-se, como mais importantes: a de SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch...*, § 7/7, para quem a culpabilidade significa o ânimo contrário ao direito consubstanciado no fato individual (ligeira variante da concepção inaugurada por GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand...*, p. 45); MIR PUIG, *Función...*, p. 88, fundamenta a culpabilidade na capacidade de motivação normal do autor; FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3ª edição, Coimbra



são final sobre o se e a quanto da apenação, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena<sup>148</sup>.

Assim é que JAKOBS apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a “competência pela ausência de uma motivação jurídica dominante no comportamento antijurídico”<sup>149</sup>. O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através

---

Editora, Coimbra, 1995, p. 165, para quem a culpabilidade é “o ter que responder pela personalidade que fundamenta um fato ilícito-típico e nele se exprime” (veja-se, também, *Construção dogmática...*, p. 239).

- 148 Assim ROXIN, *Kriminalpolitik...*, p. 33, *Política criminal*, p. 67 e ss.; JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, trad. Suárez González, em: *Estudios...*, p. 73 e ss., (p. 77 e ss.). Observe-se que mesmo entre os finalistas mais ortodoxos já se encontravam manifestações neste sentido: veja-se, por ex., ARMIN KAUFMANN, *Hans Welzel zum Gedenken*, p. 290: “... os critérios e os elementos da culpabilidade não são definíveis sem recurso aos fins da pena.”
- 149 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 17/1; *Culpabilidad...*, p. 95: “el juicio de culpabilidad constytue siempre una mera descripción de la contribución que los (sub)-sistemas individuales tienen que prestar para el mantenimiento del ordenamiento, y, ciertamente sin la posibilidad, en caso de incumplimiento, de remitirse a outro ámbito”. Veja-se, também, *Norm, Person...*, p. 93. Sustentam uma concepção parecida com a de JAKOBS também ACHENBACH, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, em: *Grundfragen...*, pp. 135 e ss., (p. 138): “nós não verificamos uma responsabilidade preexistente, mas nós a adscrevemos, fazemos o autor responsável. (...) Trata-se portanto de “imputação individual”, de imputabilidade individual do fato ilícito”; MIR PUIG, (apesar das inúmeras críticas que dirige este autor a JAKOBS em outros estudos, a proximidade entre os dois chega a impressionar, pois considera a culpabilidade uma mera adscrição), *Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena*, em: *El derecho penal...*, p. 171 e ss., p. 174; MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, p. 1006 e ss., (p. 1022), que segue expressamente a concepção de ACHENBACH;

de um defeito na motivação do autor — caso em que ela é adscrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) — ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões<sup>150</sup>. Logo, culpável será aquele às custas do qual a norma deve ser revalidada, aquele que a sociedade declara sancionável. A culpabilidade nada mais é que um derivado da prevenção geral.

ROXIN é mais moderado, pois, ao contrário de JAKOBS, não descarta a idéia de culpabilidade<sup>151</sup>, valendo-se dela como elemento limitador da pena<sup>152</sup>. Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí por-

---

MUÑOZ CONDE, em: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *Derecho penal — Parte General*, 3ª edição, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 393 e ss., que faz expressa referência a JAKOBS, se bem que não compartilhe as premissas sociológicas; e GIMBERNAT ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft*, em: ZStW 82 (1970), p. 379 e ss., (p. 404), que reinterpreta as exclusões de culpabilidade, em especial a inimputabilidade, sem recorrer ao poder-agir-de outra-maneira, mas levando em conta as necessidades geral-preventivas da sociedade.

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

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

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

que é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. Culpabilidade e necessidades preventivas passam a integrar o terceiro nível da teoria do delito, que ROXIN chama de “responsabilidade” (Verantwortlichkeit). “A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei.”<sup>153</sup> Será necessário o concurso tanto da culpabilidade, como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição.

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

Alguns autores, como SCHMIDHÄUSER<sup>155</sup> e FIGUEIREDO DIAS<sup>156</sup>, tentam fazer do merecimento de pena

---

153 ROXIN, *Strafrecht...*, § 19/3. Seguem-no, com pequenas variações, SCHÜNEMANN, *Funktion des Schuldprinzips...*, p. 179; AMELUNG, *Zur Kritik...*, p. 97 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale...*, p. 276 e ss.; já COSTA ANDRADE, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als Referenzen einer Verbrechenlehre*, em: *Bausteine...*, p. 121 e ss., (pp. 144-145), confessa sua simpatia face a esta construção, mostrando-se porém cético quanto à possibilidade de reunir dois conceitos heterôgeos e disfuncionais sob a mesma rubrica.

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

155 SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch...*, § 9/4 e § 9/11,

156 FIGUEIREDO DIAS, *Dogmática do fato punível...*, p. 246, que, por preferir deixar a culpabilidade pura de qualquer interferência

(Strafwürdigkeit) o fundamento desta categoria. Já ROXIN<sup>157</sup>, que considera os pontos de vista preventivos como problemas de responsabilidade, deixa para a punibilidade somente aqueles casos em que a pena se exclui por motivos de política-geral, extra-penal. E, para encerrar, citemos a posição de JAKOBS<sup>158</sup>, que faz a categoria da punibilidade desaparecer, sendo absorvida pelo ilícito: as hipóteses tradicionais de não punibilidade são entendidas como causas de atipicidade ou exclusão da antijuridicidade.

### VIII. Conclusão

E se, por um lado, lá se vão já trinta anos desde que ROXIN escreveu seu Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, o manifesto do funcionalismo, por outro o sistema permanece em sua plena juventude. Os frutos que deu — que, como vimos, foram inúmeros — não passam de uma primeira safra, não sendo arriscado esperar muitas outras. E isto porque, pela primeira vez, faz-se um esforço consciente no sentido de superar as tensões sistema versus problema, segurança versus liberdade, direito penal versus política criminal, na síntese que será o direito penal do Estado Material de Direito: um direito penal comprometido com uma proteção eficaz e legítima de bens jurídicos, “o mais humano de todos os sistemas jurídico-penais até hoje formulados”<sup>159</sup>.

---

político-criminal, joga tais considerações em parte para a punibilidade.

157 ROXIN, *Strafrecht...*, § 23/21.

158 JAKOBS, *Strafrecht...*, § 10/4.

159 FIGUEIREDO DIAS, *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem*, em: *Coimbra-Symposium*, p. 357 e ss., (p. 365).

## Apêndice — resumo da apresentação oral do trabalho<sup>160</sup>

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

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

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

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

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

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

---

160 Acrescido no dia 17 de abril de 2000, a pedido do público que escutou a apresentação deste trabalho no congresso de Salvador. A versão oral do trabalho, que agora se vai resumir, diferiu, é verdade, bastante da escrita, o que se deveu não só a motivos de tempo e a considerações didáticas, como também à necessidade de responder às fundadas críticas formuladas pelo outro palestrante, o ilustre Dr. Wellington Lima, ao sistema funcionalista do delito. Faço agora, portanto, um rápido resumo daquilo que disse em minha palestra, acrescentando uma ou outra referência bibliográfica.

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

É ilustrativo o seguinte trecho do próprio ROXIN, que sintetiza os argumentos por mim aduzidos nesta palestra no sentido de esclarecer um tal mal entendido: “Uma diferença essencial entre meus esforços, no plano dogmático e sistemático, e os objectivos de JAKOBS e que eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistêmico teórico de JAKOBS, não constituem dados prévios nenhuns conteúdos nem nenhuma finalidade de política criminal. Da perspectiva de JAKOBS, a única coisa que importa é, como ele próprio põe em relevo, a ‘força de auto-manutenção do sistema.’ (...) A teoria sistêmica como fundamento do sistema do direito penal é portanto infrutífera quanto a seu conteúdo”<sup>161</sup>.

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

Além disso, não há como falar em política criminal eficaz, se esta desconhece a realidade fática sobre a qual agirá. “A idéia de estruturar categorias básicas do direito penal através de pontos de vista político-criminais permite que postulados sócio-políticos, mas também dados empí-

---

161 ROXIN, *Sobre a evolução da ciência...*, III.

ricos e em especial criminológicos possam ser tornados frutíferos para a dogmática jurídico-penal”<sup>162</sup>.

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

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

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

*e) Perguntas feitas após a exposição oral.*

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

Não o creio, porque a política criminal que orienta o sistema da teoria do delito está por sua vez vinculada ao Estado material de direito. Os direitos fundamentais e os

---

162 ROXIN, *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*, em: *Festschrift für Günther Kaiser*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 885 e ss., (p. 885).

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

demais princípios garantísticos integram, portanto, a política criminal. O que não se compreende é um direito penal que esteja desvinculado desta base valorativa fornecida pela Constituição. Mais detalhes acima, nota de rodapé nº 61.

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

Não necessariamente. Em primeiro lugar, sequer conceitos ontológicos possuem a univocidade que seus defensores lhes atribuem. Em segundo lugar, uma vez admitido que a tarefa do direito não está em descrever a realidade, mas em realizar valores, tais como a dignidade humana e a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, a utilização de conceitos valorados se torna inevitável. Cumpre, isso sim, concretizá-los, tornando-os mais seguros e precisos, através do exame da matéria jurídica.

## **Bibliografia**

ACHENBACH, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, pp. 135 e ss..

AMELUNG, *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 85 e ss..

BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 11ª edição, 4ª reimpressão, Ed. Hemus, trad. Torrieri Guimarães, São Paulo, 1996.

BITTENCOURT, *Manual de Direito Penal*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 4ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1987.



- BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, em *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 3 e ss..
- BRUNO, *Direito Penal*, Tomo I, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1967.
- BUSCH, *Modernas Transformaciones en la teoría del delito*, 3ª edição, Temis, Bogotá, Colombia, 1992, (tradução do estudo de 1949).
- CALLEGARI, *A imputação objetiva no direito penal*, em: RT 764 (1999), p. 434 e ss..
- CANCIO MELIÁ / PEÑARANDA RAMOS / SUAREZ GONZÁLEZ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, em: JAKOBS, *Estudios*, p. 17 e ss..
- CASTALDO, “*Non intellegere, quod omnes intelligunt*”, VVF, München, 1992.
- CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español — Parte General*, vol. II, 6ª edição, 1ª reimpressão, Tecnos, Madrid, 1999.
- CORTES ROSA, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem*, em: Figueiredo Dias/Schünemann (editores), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymann’s Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 183 e ss..
- COSTA ANDRADE, *Strafwürdigkeit und Strafbedüftigkeit als Referenzen einer Verbrechenslehre*, m: Figueiredo Dias/Schünemann (editores), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymann’s Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 121 e ss..
- DIEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuridicidad en derecho penal*, em: Luzón Peña / Mir Puig (cords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995, p. 87 e ss

- ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, em: *Beiträge zur Rechtstheorie*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1984, p. 88 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, em: *Beiträge zur Rechtstheorie*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1984, p. 88 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin, 1965
- \_\_\_\_\_, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*, 2ª edição, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1968.
- \_\_\_\_\_, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia Verlag, Aalen, reedição de 1964 da edição original de 1930.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale — Parte Generale*, 3ª edição, Zanichelli Editore, Bologna, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, *Schuld und Persönlichkeit*, em: ZStW 95 (1983), p. 220 e ss., (p. 246).
- \_\_\_\_\_, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal*, em: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, RT, São Paulo, 1999, p. 86 e ss..
- \_\_\_\_\_, *A “ciência conjunta do direito penal”*, em: *Questões fundamentais...*, p. 19 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Sobre a construção dogmática do fato punível*, em: *Questões fundamentais...*, p. 187 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem*, em: Figueiredo Dias/Schünemann (editores), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymann's Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 357 e ss..

- FRAGOSO, *Lições de Direito Penal — Parte Geral*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983
- FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Alfred Töpelmann Verlag, Giessen, 1907.
- FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1922.
- FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.
- \_\_\_\_\_, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.
- GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, em ZStW 67 (1955), p. 1 e ss..
- GALVÃO, FERNANDO, *Imputação objetiva*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2000.
- GAMA, FERNANDO, *Elementos éticos para a conceituação da pretensão punitiva*, inédito.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Acerca del dolo eventual*, em: *Estudios de derecho penal*, 3ª edição, Tecnos, Madrid, 1990, p. 240 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, em: *Estudios...*, p. 182 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, em: ZStW 82 (1970), p. 379 e ss..
- GÜNTHER, *La clasificación de las causas de justificación en derecho penal*, em: Luzón Peña / Mir Puig (cords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995, p. 45 e ss..
- HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Variationen der positiven Generalprävention*, em: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (eds.), *Positive*

- Generalprävention*, C. F. Müller, Heidelberg, 1998, p. 29 e ss..
- HENKEL, *Recht und Individualität*, DeGruyter, Berlin, 1958.
- \_\_\_\_\_, *Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik*, em: *Festschrift für Welzel*, DeGruyter, Berlin, 1974, p. 31 e ss..
- HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, em: *ZStW 106* (1994), p. 746 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, em: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 399 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Ludwig Rohrscheid Verlag, Bonn, 1960.
- HÖFFE, OTTFRIED, *Immanuel Kant*, trad. Marshall Farrier, State University of New York Press, 1994.
- HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, em: *Festgabe für Reinhardt Frank*, vol. I., 1930, reedição de 1969, p. 174 e ss..
- HRUSCHKA, *Strafrecht nach logischer analytischer Methode*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin/New York, 1988.
- HUME, *A treatise of human nature*, Penguin, London, 1985.
- JAKOBS, *Strafrecht — Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin/New York, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996.
- \_\_\_\_\_, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996, (trad. Cancio Meliá).
- \_\_\_\_\_, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, em: *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, (trad. Peñaranda Ramos), p. 293 e ss.

- \_\_\_\_\_, *Culpabilidad y prevención*, em: *Estudios...*, (trad. Suárez Gonzales), p. 73 e ss..
- \_\_\_\_\_, *El concepto jurídico-penal de acción*, em: *Estudios...*, p. 101 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Norm, Person, Gesellschaft — Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª edição, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, München, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, em: *ZStW* 89, (1977), p. 1 e ss..
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*, 5ª edição, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 3ª edição, Editorial Losada, Buenos Aires, 1965.
- KAUFMANN, ARMIN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, em: *Festschrift für Welzel*, DeGruyter, Berlin, 1974, p. 393 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Teoria da Norma Jurídica*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976..
- \_\_\_\_\_, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª edição, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1988..
- \_\_\_\_\_, *Hans Welzel zum Gedenken*, em: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 279 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau* em: *Strafrechtsdogmatik...*, p. 59 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, em: *Strafrechtsdogmatik*, p. 47 e ss..
- KAUFMANN, ARTHUR, *Die ontologische Struktur der Handlung*, em: *Schuld und Strafe*, 2ª edição, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983, pp. 11 e ss..

- KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- KÖHLER, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1996.
- LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edição, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpressão da edição de 1927, Scientia, Aalen, 1970.
- LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, Tomo I, F. Briguet & C. editores, Rio de Janeiro, 1899.
- LUHMANN, *Rechtsoziologie*, 3ª edição, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987.
- \_\_\_\_\_, *Legitimation durch Verfahren*, 4ª edição, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1997.
- \_\_\_\_\_, *Soziale Systeme*, 7ª edição, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999.
- LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal, Parte General*, vol. I, Editorial Universitas, Madrid, 1996
- \_\_\_\_\_, *Prevención General, sociedad y psicoanálisis*, em: *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 261 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechenbau*, em: Figueiredo Dias/Schünemann (editores), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymann's Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 97 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Aspectos essenciais de la legitima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.
- MARINUCCI, *Il reato come 'azione': critica di un dogma*, Giuffrè, Milão, 1971.

- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, 2ª edição, Giuffrè, Milano, 1999.
- MAURACH/ZIPF, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Vol. I, 8ª edição, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1992.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. II, 7ª edição, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1989.
- MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, trad. Rodriguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- MILESI, *Resenha a Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 312 e ss..
- MIR PUIG, *Función fundadora e función limitadora de la prevención general positiva*, em: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 129 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal*, em: *El derecho penal...*, p. 225 e ss.
- \_\_\_\_\_, *La perspectiva ex ante en derecho penal*, em: *El derecho penal...*, p. 93 e ss.,
- \_\_\_\_\_, *Función de la Pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, em: *El derecho penal...*, p. 30 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena*, em: *El derecho penal...*, p. 171 e ss..
- \_\_\_\_\_, *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español*, em: *El derecho penal...*, p. 207 e ss.
- MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, p. 1006 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *Derecho penal — Parte General*, 3ª edição, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

- NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1951.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 5ª edição, DeGruyter, Berlin-New York, 1996.
- PAWLOWSKI, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, C. F. Müller, Heidelberg, 1986.
- PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998, p. 22 e ss..
- QUEIROZ, PAULO, *Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito*, em: Lélío Calhau (ed.), *Estudos Jurídicos — Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*, Minas Gerais, 2000, p. 36 e ss..
- RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, em: Art. Kaufmann (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg von der Höhe, 1965, p. 4 e ss.,
- \_\_\_\_\_, *Rechtsphilosophie*, republicação da 3ª edição, de 1932, C. F. Müller, Heidelberg, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, reedição de 1967 da obra 1904.
- REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2ª edição, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996.
- RÉGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, em: *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, p. 39 e ss..
- ROXIN, *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*, em: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*,



2ª edição, Vega Universidade, Lisboa, 1993, (trad. Ana Paula Natscheradetz), p. 91 e ss..

\_\_\_\_\_, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, em: *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, p. 260 e ss..

\_\_\_\_\_, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, em: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56, (1973), p. 316 e ss..

\_\_\_\_\_, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin, 1973.

\_\_\_\_\_, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, em: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56, (1973), p. 316 e ss..

\_\_\_\_\_, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, 2ª edição, DeGruyter, Berlin, 1970.

\_\_\_\_\_, *Política Criminal e sistema jurídico-penal*, (trad. Luís Greco), Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

\_\_\_\_\_, *Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal*, em: *Problemas Fundamentais...* (trad. Ana Paula Natscheradetz), p. 145 e ss..

\_\_\_\_\_, *Resolução do facto e começo da execução na tentativa*, em: *Problemas Fundamentais...*, (trad. Maria Fernanda Palma), p. 295 e ss..

\_\_\_\_\_, *Sentido e limites da pena estatal*, em: *Problemas Fundamentais...*, (trad. Ana Paula Natscheradetz), p. 15 e ss..

\_\_\_\_\_, *Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra — Oração de sapiência do Prof. Doutor Claus Roxin em razão de seu doutoramento honoris causa pela Universidade Lusíada de Lisboa*, inédito.

\_\_\_\_\_, *Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a 2ª Guerra Mundial — Discurso proferido no seminário internacional de Direito Penal, ocorrido em*

- março de 2000, na Universidade Lusíada de Lisboa, inédito.
- \_\_\_\_\_, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edição, DeGruyter, Berlin, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*, em: *Festschrift für Günther Kaiser*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 885 e ss..
- ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3ª edição, C. F. Müller, Heidelberg, 1994.
- RUDOLPHI/ HORN/ GÜNTHER/ SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edição, Luchterhand, Berlin, 1997;
- RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 69 e ss..
- SAMSON, *Strafrecht I*, 7ª edição, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1988.
- SAUER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. da 3ª edição alemã, de 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.
- SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, em: *Festschrift für Welzel*, DeGruyter, Berlin, 1974, p. 557 e ss..
- SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, em: *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, p. 268 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Einführung in das Strafrecht*, 2ª edição, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Strafrecht, Allgemeiner Teil — Studienbuch*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1982.

SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, em: GA (1999), p. 207 e ss..

\_\_\_\_\_, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 149 e ss..

\_\_\_\_\_, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 154 e ss..

\_\_\_\_\_, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, em: Schünemann (ed.), *Grundfragen...*, p. 1 e ss..

SOUSA E BRITO, *Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 71 e ss..

STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der 'Natur der Sache'*", Mohr-Siebeck, Tübingen, 1957.

\_\_\_\_\_, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 3ª edição, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.

\_\_\_\_\_, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, DeGruyter, Berlin / New York, 1995.

\_\_\_\_\_, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, em: *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 285 e ss..

STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em GA 1987, p. 97 e ss..

SUAREZ MONTES, *Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?*, em: *Festschrift für Welzel*, DeGruyter, Berlin, 1974, p. 379 e ss.

- TAVARES, JUAREZ, *Teorias do Delito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Direito penal da negligência*, RT, São Paulo, 1985.
- VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª edição, C. H. Beck, München, 1974.
- BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Ferdinand Keip Verlag, reedição de 1970 do livro de 1873.
- WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1953.
- \_\_\_\_\_, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edição, De Gruyter, Berlin, 1969.
- \_\_\_\_\_, *Studien zum System des Strafrechts*, em: ZStW 59 (1939), pp. 491 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Um die finale Handlungslehre — Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Mohr, Tübingen, 1949.
- \_\_\_\_\_, *Diritto Naturale e Giustizia Materiale*, tradução da 4ª edição alemã de 1962, Giuffrè, Milano, 1965.
- \_\_\_\_\_, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, em: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin-New York, 1975, p. 315 e ss..
- \_\_\_\_\_, *Naturalismus und Wertphilosophie*, em: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin-New York, 1975, p. 29 e ss..
- WESSELS/BEULKE, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 28ª edição, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1998.
- WOLFF, ERNST A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1965.

WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

\_\_\_\_\_, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem*, em: *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, R. v. Dencker's Verlag, Heidelberg, 1993, p. 269 e ss..

\_\_\_\_\_, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus*, em: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 103 e ss..

\_\_\_\_\_, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*, em: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts — Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 3 e ss.

ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_, *Da Tentativa*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.