

Evolução Histórico-dogmática da Teoria do Injusto

Álvaro Mayrink da Costa
*Desembargador aposentado do TJ/RJ,
Presidente do Fórum Permanente de
Execução Penal e Professor da EMERJ.
Advogado.*

1. DEFINIÇÕES

A teoria do injusto é um instrumento conceitual que serve para determinar se o ato¹ que se julga é o pressuposto da consequência jurídico-penal prevista na lei.²

As definições de delito, como as de Direito Penal, são refletidas no *fim* e no *objeto* traçados pelo jurista, ao lado dos pressupostos fundamentais por ele eleitos. Podemos grupá-las, em razão do *fim*

¹ O Direito Penal comina à determinadas ações ou omissões humanas uma concreta sanção jurídica, pois a conduta é um pressuposto imprescindível para o exercício do ordenamento punitivo, representando o elemento substantivo do delito que é objeto primário de toda valoração jurídico-penal. A pessoa individual desempenha um papel transcendental, sendo a ação uma manifestação da vontade humana, um ato do homem, um comportamento regido pela vontade da pessoa. A qualificação do Direito Penal como um Direito Penal de *conduta* ou de *ato*, referida a realização de uma conduta tipicamente antijurídica (injusto típico) e não de *autor*, não significa de modo algum que constitua um ordenamento punitivo do *resultado* (objetivo) senão necessariamente da *culpabilidade* (reprovação normativa por realização do injusto típico). Assim, o moderno ordenamento punitivo é um Direito Penal da *culpabilidade por ato* (constitutivo de um injusto típico), e não de um Direito Penal de *resultado* (ou de responsabilidade objetiva pelo resultado). Aduza-se que o Direito Penal de *ato*, que exige a comissão de uma ação humana antijurídica como pressuposto fundamental da reação punitiva, se opõe ao Direito Penal de *autor*, de *vontade* ou de *ânimo*. O Direito Penal da *culpabilidade* pelo *ato* integra também um Direito Penal da *culpabilidade de resultado típico*, portanto, com maior precisão terminológica e conceitual, substitui-se o princípio do *fato* pelo princípio de *ato*, de *ação* ou de *conduta* (Nessa direção: Polaino Navarrete, Cobo Del Rosal, Vives Antón, Rodríguez Mourullo, Sáinz-Cantero, Bacigalupo, Zugaldía Espinar, Álvarez Garcia e García-Pablos de Molina).

² Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Temis, 1998, 67.

perseguido, em definições: a) *pré-jurídicas*; b) *dogmáticas*; c) *práticas*; ou d) *técnico-jurídicas*. Ainda podemos vislumbrar aquelas que possuem fundamentação: a) *filosófica*, b) *naturalística*, c) *sociológica*, e d) *jurídica*.

A teoria do injusto o estuda como ato punível. Sendo um conceito fundamentalmente jurídico, seu patamar é a antijuridicidade ofertada pela norma jurídica. A doutrina elabora os conceitos formal, material e analítico do injusto, ou melhor, as definições nominativa, real e conjuntural. Assim, passemos historicamente, em síntese, a visualizá-las.

A ciência do Direito Penal é uma ciência prática e a teoria do delito possui finalidade prática, tendo por objeto estabelecer uma ordem racional dos problemas e das soluções que surgem da aplicação da norma legal nos casos concretos (verdadeira ferramenta para que os juízes possam interpretar e aplicar a lei diante do *caso*), e se estrutura como método de análise em vários níveis, pressupondo o anterior, buscando descartar as causas que impedem a aplicação da lei. Estrutura-se em um *sistema de conceitos* em que o relacionamento entre eles responde a idéias ordenadoras; a teoria do injusto pressupõe que o legislador tenha *dotado* suas decisões (*ratio legis*) de forma razoável a partir de um ponto conhecido e cognoscível (garantir a aplicação da lei segundo o *princípio da legalidade*). O sistema dogmático é uma "*hipótese possível*" da vontade do legislador expressada em lei sobre toda ordem de problemas e soluções aos casos concretos, permitindo a aplicação racional da lei.³

Inicialmente, o Direito comum só conhecia a distinção entre a *imputatio facti* e a *imputatio iuris*, apresentando três fases do seu desenvolvimento (conceito clássico, neoclássico e finalista) de forma integrada em seu processo de evolução. A concepção do injusto em quatro partes, *ação*, *típica*, *antijurídica* e *culpável* (na realidade tripartida), é constituída no final do século XIX.

Carmignani definiu o *delito* como "*a infração da lei do Estado protetora da segurança pública e privada, medi-*

³ Nesse sentido: Bacigalupo, *op. cit.*, 63; Naucks, *Einführung*, 89

ante um fato do homem cometido com perfeita e direta intenção".⁴

Carrara melhora a definição, formulando-a como a *"infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso"*.⁵ Com a definição de Carrara, nasce a idéia e o fundamento da doutrina de que *"o delito não é uma conduta, nem uma proibição legal; é um ente jurídico, a lesão de um direito por obra de uma ação ou omissão humana"*.

Escreve que em Direito Penal não há ação senão por vontade do homem, único ser dotado de vontade racional (§ 29), e que o ato constitutivo do delito deve ser *moralmente imputável* (§ 30), sendo um precedente indispensável à imputabilidade política (§ 31).

Sua definição marca um avanço na ciência penal. O conceito material de delito ressalta o conteúdo teleológico que se constitui na violação de um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico-penal.

Garofalo formula a teoria do *"delito natural"*, afirmando que em certas tribos a morte do genitor era lícita, quando se tratava de velho ou enfermo, fazendo uma análise dos sentimentos, a fim de construir sua teoria com base em bens relativos à *piedade*, à *probidade* ou à *justiça*, concluindo que a lesão de tais sentimentos constitui o *delito natural*⁶.

Já Crispigni define o injusto como *"la condotta umana corrispondente al tipo descritto da una norma penale, che non presenta cause di giustificazione e che inoltre é psichicamente riferibile ad un soggetto"*.

Ranieri oferece uma definição *analítica* ao formular: *"Delito é o fato humano previsto de modo típico por uma norma jurídica san-*

⁴ Carnignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Napoli, 1831, tomo II, 31.

⁵ Carrara, *Programa*, Parte Geral, tomo I, § 21.

⁶ Mayrink da Costa, *Criminologia*, 3ª ed., Forense, 1º vol., L. 1, cap. 1.

⁷ Crispigni, *Diritto Penale*, vol. II, 11.

cionada com uma pena em sentido estrito, lesivo ou perigoso para os bens ou interesses considerados pelo legislador como merecedores da mais enérgica defesa e expressão reprovável da personalidade do agente, tal como se encontra no momento de sua comissão.”⁸

Com tal definição procura refundir os conceitos *formal, substancial e sintomático* de delito, como facetas inseparáveis de uma mesma realidade social, jurídica e humana.

Confrontando o Direito com a moral e o direito positivo com o direito natural, Ferri havia definido o injusto como *“l’attacco delle condizioni di esistenza individuale e sociale che offenda la moralità media di un dato gruppo collettivo, quando sia determinato da motivi egoistici, antisociali”*, e como *“un azione determinada da moventi individual e antisocial cheturba le condizioni di vita e contraviene alla moralità media di un dato popolo in un dato momento”*.⁹

Esta definição recebeu a adesão de outros autores da escola positiva (Colajanni) e também de outras tendências. Pessina escrevia que o injusto em sentido legal é *“quel fatto dell’uomo che la legge considera come infrangimento del Diritto, e che perciò essa vieta sotto minaccia di una punizione”*¹⁰.

O conceito formal de injusto só é dado através do direito positivo, e o material é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre a tolerabilidade ou não de condutas geradoras de conflitos que colocam em risco a paz social (*proteção subsidiária a bens jurídicos*). A exigência do Direito Penal de somente proteger bens jurídicos é a temática das reformas penais nas últimas décadas. A definição formal de injusto é todo fato previsto como ilícito em uma norma penal. Temos presentes três momentos teleológicos: a) a tendência do ordenamento a impedir um certo fato (tutela de um interesse); b) a sanção, como meio para atingir o fim determinado; c) a característica peculiar da sanção.

A definição do injusto possui significação *dogmática*, visto que tem assinaladas todas as características da conduta ameaçada por

⁸ Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, Parte General, 1975, vol. I, 141.

⁹ Ferri, *Offese e difese*, Parma, 1886, 79.

¹⁰ Pessina, *Elementi di Diritto Penale*, Napoli, 1882, vol. 1, 138.

uma sanção cujo estudo, no seu conjunto, constitui o objeto da *teoria do delito*.

Desde o prático Bohmero, quando afirmava ser o delito um *ato livre, antijurídico culpável e punível*¹¹, a Tiberius Decianus, que o definia como "*factum hominis vel dictum vel scriptum dolo vel culpa a lege su poena prohibitum quod nulla justa causa excusare potest*",¹² estão presentes as características do atuar humano antijurídico, culpável e punível.

Há um grande número de autores que se limitam a reduzir a definição a *um ato ou fato proibido por lei sob a ameaça de uma pena*.¹³

Alguns costumam diferenciar a noção *formal* da *substancial*. Para Manzini, em sentido formal é "*fatto individuale com sui si viola un precetto giuridico murito di quelle sanzione specifica, che é la pena in senso proprio*" e, em sentido substancial, é "*un azione od omissione, imputabile ad una persona, lesiva o pericolosa per un interesse penalmente protetto costituita da determinati elementi, ed eventualmente integra da certa condizioni a accompagnata da determinati circostanze preveduti dalla legge*".¹⁴ Porém, para Von Liszt deve ser observado primeiro a adequação típica do autor aos elementos do injusto, considerando o fato, sob o aspecto formal, como repete Manzini, como "*il fatto a cui é riconnessa dall'ordinamento giuridico la pena come conseguenza giuridica*", e depois, em sentido substancial, como "*l'attacco agli interessi giuridicamente protetti, che, secondo l'opinione del legislatore*", enfatizando que é particularmente "*danger un dato ordinamento dalla vita colletiva, e che proviene dalla personalità responsabili, che manifesta con l'attacco stesso la sua pericolosità sociale*".¹⁵ Entende o injusto como um *fato* ao qual a ordem jurídica associa uma pena como consequência lógica.

¹¹ Von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, I, § 24.

¹² Tiberius Decianus, *Tractatus criminales*, Venecia, 1551.

¹³ Nesse sentido: Rossi e Von Hippel.

¹⁴ Manzini, *op. cit.*, vol. I, 496.

¹⁵ Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, 26ª ed., I, 1932, § 26.

A *definição legal de injusto* é relevante tanto no campo teórico como no prático. O objeto da ciência jurídico-penal é o Direito Penal positivo, não podendo a elaboração doutrinal da teoria jurídica do injusto desconhecer a existência da definição legal, repercutindo de forma decisiva nos momentos-chave da teoria do injusto. Quando se configura a *ação* como elemento essencial do injusto, não é possível esquecer que a lei opera com um *conceito de ação* estabelecendo uma relação entre ela e as demais características do injusto. A lei brasileira não define expressamente, visto que, segundo o critério adotado pelo art. 1º do Decreto-lei nº 3.914, de 9.12.41, através da exposição de motivos do Código Penal, *crime* e *contravenção* são infrações penais cujo traço distintivo está na cominação. Os códigos são livros para a prática e não tratados para teóricos, e uma definição legal é uma declaração normativa delimitadora de atuar do autor no âmbito injusto.

Inicialmente a antijuridicidade se confunde com a imputação do fato, procurando o conceito de injusto, partindo da distinção objetivo-subjetiva. Os caracteres externos objetivos da ação pertenceriam ao injusto, ao passo que os elementos subjetivos à culpabilidade.

A ciência do Direito Penal brasileiro, até a Reforma Penal de 1984, acolhia majoritariamente o *conceito causal da ação*, elaborado nos fins do século XIX por Von Liszt, produto da influência do pensamento científico-natural (consiste em uma modificação causal do mundo exterior, perceptível aos sentidos e produzida por um movimento corporal). Vemos, então, como elementos do conceito de ação: a) a manifestação da vontade; b) o resultado; c) a relação de causalidade. A mais importante contribuição da teoria causal para a teoria do delito foi o conceito de tipo proposto por Beling. Com o conceito de tipo, formulou-se o conceito analítico de injusto e elaborou-se o conceito de ação. O conceito causal de ação não pode cumprir, como salienta Cerezo Mir, a função de elemento básico, unitário, da teoria do injusto.

A primeira definição de Beling é a de que o injusto "*é uma ação típica antijurídica e culpável submissível a uma sanção penal*

adequada e que satisfaça as condições de punibilidade'.¹⁶ Já na segunda definição,¹⁷ diz que *"é uma ação tipicamente antijurídica e correspondentemente culpável, sempre que não se dê uma causa legal de justificação"*.

Nesta definição, a *tipicidade* perde o seu caráter independente, como os demais elementos do injusto, e mediante a expressão *"tipicamente antijurídica"* faz-se a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade que estavam desvinculadas na primeira definição formulada. A expressão *"correspondentemente culpável"* equivale a *"tipicamente culpável"*, traduzida entre o tipo de injusto e o tipo de culpabilidade.

Na definição de 1906, há a exigência *"submissível a uma sanção penal adequada"* que desaparece em 1930, pois ao dizer *"tipicamente culpável"* elimina qualquer resquício (*"delito é a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade"*).

Para M. E. Mayer, que define injusto como um acontecimento típico, antijurídico e imputável,¹⁸ a definição de Beling (1906) é pleonástica, negando que a tipicidade tenha caráter puramente descritivo, e que os tipos penais contenham elementos objetivos e subjetivos. Afirma que é desnecessária a inclusão de condições de punibilidade na definição do delito.

Por outro lado, Mezger define o injusto como *"a ação tipicamente antijurídica e culpável"*,¹⁹ colocando a tipicidade como uma parte do estudo da antijuridicidade. Também considera desnecessária a inclusão da pena na definição do injusto. Já ao escrever o seu *Studienbuch* introduz várias modificações, passando a definir *"o fato punível como uma ação tipicamente antijurídica, pessoalmente imputável e cominada com pena"*, advogando a tautologia, embora afirmando que a pena é uma *conseqüência* do injusto.

¹⁶ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 7.

¹⁷ Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.

¹⁸ M.E. Mayer, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechtslerbuch*, Heidelberg, 1915.

¹⁹ Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1946, § 12 A.

2. ESTRUTURA CONCEITUAL

Do ponto de vista lógico, toda definição é tautológica, não só por ser definição, mas também por não chegar a atingi-la, e quando não nos informa os caracteres do injusto, não sabemos quando uma conduta é punível e, conseqüentemente, quando é ilícito penal.

A *concepção unitária* do injusto surgiu como reação àquelas correntes que, em nome de um logicismo, terminaram por fracionar o injusto em um número relevante de elementos, equiparados num mesmo plano formal de indagação, permitindo que fosse gradualmente perdendo a sua noção de um todo *unitário*.

O ponto de partida da construção sistêmica é o "*conceito total de delito*" ou "*conceito sintético*", cujas idéias básicas são expressadas na oposição entre *infração de um dever ético-social* e *lesão ou perigo concreto de um bem jurídico*.²⁰

De um lado, o ato prepondera sobre o autor e a liberdade do autor é o fundamento de sua responsabilidade; já pela segunda vertente, o autor prepondera sobre o ato, e o fundamento que legitima a responsabilidade penal advém do interesse macrossocial em evitar novas lesões aos bens jurídicos. Bacigalupo conclui que o conceito de injusto pode ser resumido na idéia sobre o que se deve constituir como partida da teoria do injusto. Tal conceito se resumiria no que se entende *globalmente* por "*digno de repressão*" (*o intolerável*) ou "*merecedor da pena*" (guardando íntima relação com a *teoria da pena*). Portanto, como "*delito total*" tem a finalidade de tirar elementos particulares para a utilização do conceito de injusto na aplicação da lei pelo juiz no caso concreto.²¹

Como reação a este método analítico de base lógico-formal, também chamado método de exame analítico, desenvolveu-se o método de exame unitário, segundo o qual o delito se apresenta como uma entidade e não se deixa cindir em diversos elementos. Há indicadores deste método em Carnelutti, para o qual os elementos do injusto não são partes do ato, fisicamente separados ou separáveis, mas aspectos dele, apenas logicamente distintos.

²⁰ Gallas, Fest. Für Gleispach, 1936, 5055.

²¹ Bacigalupo, *op. cit.*, 65.

Nenhuma das características do injusto é um elemento, se por elemento se entende uma seção do injusto; cada uma, pelo contrário, é um aspecto, se aspecto é todo injusto visto sob uma certa perspectiva, como todo prisma apresenta-se à vista numa de suas facetas. O contraste entre os dois métodos foi enfocado por Mezger quando afirma que, pelo método fornecido pela ação, naturalisticamente tudo permanece ou soçobra se o pressuposto permanece ou não, ao passo que, pelo método da consideração unitária, o injusto consiste na rebelião da vontade individual diante da vontade coletiva; é um acontecimento unitário e organicamente homogêneo que apresenta assim diversos aspectos, mas que não se deixa dividir em partes singulares. O injusto como unidade é comparável a um círculo determinado pelo centro e pela circunferência, e como elementos singulares podem ser considerados outros tantos setores arbitrários do próprio círculo. Por isso, em última análise, qualquer sistematização da doutrina do injusto no Direito Penal é *per se* desprovida de importância e só serve para uma visão de conjunto e para clarear idéias.²²

A maior diversidade conceitual situa-se nas distintas formas de estruturar a culpabilidade. Como infração do dever está constituída pelo poder de atuar de outro modo (reprovabilidade), ou sob o ponto de vista da lesão ao bem jurídico expressada na atitude anti-social do autor (interesse social) manifestada no ato cometido.

Aldo Moro também demonstrou a necessidade de conceber o injusto em *sentido unitário*, tendo o mérito de identificar o injusto na sua essência irreduzível de ato contrário ao direito: "O crime é realmente um todo unitário do ponto de vista ético-jurídico; fato e antijuridicidade (compreendendo esta última a culpabilidade) não são elementos, nem momentos, nem aspectos do todo unitário que é o injusto. Uma vez que todas essas observações produzem o sentido de uma concreta separação de partes e, pelo perigo que acarretam de generalizar o equívoco, é melhor que sejam por prudência rejeitadas."

Diz Bettiol que as raízes gnoseológicas do método unitário trouxeram uma verdadeira crise de desconfiança em relação à análise

²² Mezger, "Die Straftaat als Ganzes", in Zeit, B. 57. 677.

conceitual, ao que os alemães denominam *begreifen*, isto é, o entendimento por meio de conceitos e coordenações lógicas de caráter formal.

O injusto deve ser estudado com método e critério lógico-concretos. A unidade existe tão-somente no terreno naturalístico, enquanto as distinções que os juristas formulam entre os vários elementos de um ato jurídico se projetam exclusivamente num campo normativo, visto que, na realidade naturalística, se pode distinguir, quando muito, elementos de caráter objetivo e subjetivo. O método de exame unitário, mais que um método de natureza estritamente jurídica, é de fundo naturalístico e foi por isso que encontrou acolhida entre os positivistas. Preponderam as *teorias de união*, isto é, aquelas que combinam *critérios de justiça* com *critérios de utilidade* na legitimação da pena. O conceito clássico de injusto foi resultante do pensamento jurídico, produto do positivismo científico que não abarcava as valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas.

Para Wolf, cada elemento do injusto é de *caráter normativo* pela inevitável transformação de toda a realidade em contato com a norma jurídica e pela força dos exageros dos positivistas, que consideravam o injusto somente sob o aspecto naturalístico e, portanto, extrajurídico; tornou-se necessário tomar o *justo caminho* para concluir que, se os elementos de caráter normativo tendem nestes tempos a prevalecer no âmbito da noção do delito, isto não significa que os elementos naturalísticos possam desaparecer por completo, uma vez que o injusto é também um fenômeno do mundo natural e o fato que o constitui é produto de forças físicas dominadas e dirigidas pela vontade do homem.²³

Todavia, foi Rocco quem deu um conteúdo ao delito com a individualização e com a delimitação de seu *objeto jurídico*, porém não se pode dizer que a introdução desta noção conduziu a uma sistematização diversa da abordagem dos elementos constitutivos do injusto.

Os *elementos do injusto* continuaram a ser distinguidos em objetivos e subjetivos. A antijuridicidade não dispunha de autono-

²³ Wolf, *Die Tupen der Tatbestandsmassigkeit*, Breslau, 1931.

mia no pensamento de Rocco, mas era considerada como o *âmbito do delito*. O sistema de Rocco era fruto de uma concepção analítica do delito, de um método de exame jurídico que atuava sobre a noção do próprio delito. A antijuridicidade não é mais uma categoria formal e específica que se situa acima do injusto, mas um *quid* que circula no interior do injusto como fator de coesão dos dois elementos.

Através de Delitala é atingido um estado de consolidação dos resultados de um método analítico no estudo da noção do injusto considerado como um *fato humano, antijurídico e culpável*. Três seriam os elementos constitutivos: a) o *fato* entendido como a soma dos elementos objetivos caracterizadores e imputáveis ao autor, e constantes da norma como elementos constitutivos de uma hipótese; b) a *antijuridicidade*, assinalando o contraste entre o fato e as exigências de tutela do ordenamento jurídico-penal, objetivamente entendido; c) a *culpabilidade*, como desaprovação pelo comportamento psicológico mantido pelo autor imputável em confronto com o fato antijurídico produzindo um sistema tripartido.

O *sistema tripartido* é dominante na Itália, embora tenha configuração diversa, conforme os autores admitissem ou não a distinção entre *fato* e *antijuridicidade*. O *fato* adquire relevo jurídico-penal passando a constituir elemento do injusto na ausência de uma causa de justificação que surge como um *elemento negativo do fato e, portanto, do injusto*.²⁴ Já Battaglini inclui entre os elementos do delito a *punibilidade*, isto é, a possibilidade abstrata de um fato ser passível de pena, por isso o sistema tripartido desse autor se apóia sobre o exame do fato, da culpabilidade e da punibilidade.²⁵ O injusto é um *fato punível* enquanto é *um ato típico, antijurídico e culpável*, e a *punibilidade* uma categoria formal que se refere a *todos* os elementos do injusto.

Antolisei nega a distinção entre *ato* e *antijuridicidade* e retorna à *bipartição* dos elementos do injusto em elemento objetivo (ato material) e elemento subjetivo (culpabilidade).

²⁴ Crispigni, "La sistematica della parte generale del Diritto Penale", in Riv. Pen., 1934, 1.261.

²⁵ Battaglini, "Gli elementi del reato nel nuovo codice penale", in Annali, 1934, 1.089; Diritto Penale, 109 e segs.

O método de Antolisei, marcado com a dicotomia (elemento objetivo e elemento subjetivo), ou método tradicional (lógico-sistemático), também adotado por Manzini e Florian, temperado pelo reconhecimento de um fator irracional e pela necessidade de um sistema *realístico*, é orientado para os valores concretos da vida. Em Carnelutti, para a sistematização da noção do injusto, adotaram-se conceitos sistemáticos inerentes ao negócio jurídico (capacidade, legitimação, causa, vontade, forma), não se notando diferença *ontológica* entre o negócio jurídico e o injusto.

Na sistematização dos elementos do injusto, a doutrina aponta também os *pressupostos do injusto*, entendendo como tais aqueles elementos, requisitos ou fatores que devam preexistir ou que sejam concomitantes ao fato delituoso. Não se deve confundir os *pressupostos do fato* com os *pressupostos da valoração do próprio fato* (o ato com sua valoração jurídica). Para alguns autores, a distinção se faz entre *pressupostos do delito*, de um lado, dos quais dependeria a subsistência de um título do injusto, e *pressupostos do ato*, de outro, dos quais se faria depender a possibilidade da configuração de um determinado fato punível.²⁶ A qualidade de funcionário público seria um *pressuposto do injusto* de peculato em relação ao de apropriação indébita, enquanto a gravidez seria um *pressuposto do ato* do aborto, uma vez que este pressupõe o estado de gravidez da mulher.

Numa consideração finalística, a categoria dos pressupostos do injusto perde expressão lógica, pois estes atendem a uma exigência de ordem puramente sistemática, que nada tem a ver com os valores tutelados. Delitala criticou a noção dos pressupostos do injusto, considerando como pressupostos do injusto o *sujeito ativo*, de um lado, e o *objeto jurídico*, do outro.

A *definição* reúne quatro elementos: *conduta humana (ação ou omissão)*, *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, daí o *fato punível* ser constituído pela *conduta típica, antijurídica e culpável*. A *pena* e a *punibilidade* são *conseqüências* do injusto. Não basta que o ato seja típico, requer-se que seja praticado contra a ordem jurídi-

²⁶ Manzini, Trattato, vol. I, 558 e segs.

ca (antijuridicidade). No sentido *dualista* dos requisitos do injusto, há vertente respeitável no Direito pátrio.²⁷

No que concerne aos elementos constitutivos do injusto, a maior parte dos autores entende oportuno seguir a *tripartição*, vale dizer, consideram o injusto integrado pelos elementos do *ato*, da *antijuridicidade* e da *culpabilidade*, muito embora advirtam que a origem da *tripartição* atenda a uma ordem meramente lógica, não teleológica. Schönke e Schröder preconizam, na Alemanha, a necessidade de retorno a um sistema tripartido, acentuando que o primado deveria ser conferido ao elemento da culpabilidade. Conduta típica e antijuridicidade (um injusto) seriam etapas que se galgam para atingir o verdadeiro objetivo: a *vontade culpável*. Qualquer divisão analítica tem um valor convencional e a sua função dispõe de caráter unicamente instrumental. Juarez Tavares adverte que as funções do injusto estão condicionadas aos elementos que a compõem e aos processos de imputação processados em seu conteúdo, porque é impossível a projeção de funções aprioristicamente, senão no contexto das delimitações positivas.²⁸

Para a existência do injusto, é necessário que o ato material causado seja um ato ofensivo a bens ou interesses protegidos (*nullum crimen sine injuria*), isto é, que possa ser valorado como contrário ao que a norma penal protege. Não se pode inserir a proteção do bem jurídico como pressuposto do tipo por ausência de conteúdo real. No funcionalismo, uma vertente sustenta que a função da teoria do injusto não é identificar condutas proibidas, mas sim merecedoras de pena; já outras, com a proposta de Jakobs, partem do pressuposto de que à norma penal só interessa garantir a expectativa de uma conduta correta. O bem jurídico não se confunde com interesses jurídicos protegidos sendo um elemento da própria condição do

²⁷ Celso Delmanto, René Ariel Dotti, José Frederico Marques, Nilo Batista e Luiz Flávio Gomes. Juarez Tavares ao estudar o conteúdo do injusto observa que sua determinação não diz respeito à relação entre o tipo e a antijuridicidade, mas à estrutura desses dois elementos e à significação dos juízos de valor emitidos sobre a conduta delitiva. Damásio de Jesus também defende que a culpabilidade não integra o delito, não é seu elemento ou característica do fato, atuando como ligação entre o autor do delito e a pena, tratando-se, pois, de pressuposto da pena.

²⁸ Juarez Tavares, *Teoria do Injusto Penal*, 2ª ed., Del Rey, 2002, 2.5, 334.

sujeito e de sua proteção social (“*valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real*”).²⁹

A *punibilidade* é antes uma nota genérica de todo injusto. Há casos determinados em que o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um *delito*, faz depender a punibilidade do injusto da verificação de um ulterior resultado, o que a doutrina chama de *condições de punibilidade*.

Maggiore ao definir o injusto como um “fato punível”, um conjunto analítico, buscava a decomposição do conceito em suas fases constitutivas (*Bestandteile*), e afirmava que o injusto não se definiria como ação típica + antijuridicidade + culpabilidade, mas sim como um *todo* da ação, um *todo* da antijuridicidade e um *todo* da culpabilidade, razão pela qual se diz que é *ação antijurídica e culpável*.

Há vários atos típicos cuja punição fica fora do controle direto do sujeito ativo: a) na instigação ou induzimento ao suicídio, a inflicção de pena depende do advento de lesão corporal grave ou morte. Assim, se, ao tentar, o suicídio não se consumir ou apenas produzir lesões corporais de natureza leve, o induzimento ou a instigação não serão puníveis; b) na convalidação de núpcias, mercê de induzimento a erro de ocultação de impedimento, a imposição de pena depende da anulação do casamento; c) em certos delitos falimentares, a punibilidade depende da sentença declaratória da falência.

No Direito italiano, poderíamos alinhar a infidelidade nos negócios do Estado (v.g.: a punição está condicionada ao perigo de dano para o interesse nacional), o contágio de sífilis e de blenorragia (a ser contraída a doença), o incesto (a existência do escândalo público) e a bancarrota (a declaração de falência).

Há autores que colocam a *punibilidade* no sentido da possibilidade de aplicação da pena, como *elemento constitutivo do delito*, que integrá-lo-ia junto ao fato típico e à culpabilidade,³⁰ ou junto com a antijuridicidade típica e a imputabilidade, compreendendo a culpabilidade.³¹ Realmente, os autores divergem ao estabelecer se

²⁹ Juarez Tavares, *op. cit.*, 3.1.1.1.5, 198.

³⁰ Battaglini, *ob. cit.*, 275.

³¹ Mezger, *Grundriss*, 1938, 37.

a *punibilidade* é pressuposto, elemento ou conseqüência do injusto, bem como de assentar se pode ou não ser suspensa.

Pode existir injusto não punível? Extinta a punibilidade desaparece o injusto? Suspensa a punibilidade, a ação deixa de ser ética e juridicamente reprovável?

Aqui não se trata da punibilidade em sentido genérico ou abstrato (a qualidade do fato tem como conseqüência jurídica a pena), visto que a simples cominação da pena tornaria o ato punível. Para o legislador, o injusto é um *prius* e a punibilidade um *posterius*; ele avalia a conduta e, conseqüentemente, torna-a punível, ao passo que o juiz penal, primeiro, observa se a lei comina pena, a fim de verificar se o ato é ou não reprovável ética e juridicamente.

A norma pode declarar um ato punível e suspender a inflicção da pena, ao mesmo tempo em que estabelece condições resolutivas, bem como coloca a punição na dependência de um acontecimento contingente. Dessa forma, a inflicção da pena em cada caso pode ficar dependente de uma condição extintiva ou suspensiva. O injusto já existia, a punibilidade já existia, mas, por entender do legislador, fica suspensa a imposição da pena. Vannini considera como *condição objetiva e extrínseca de punibilidade* o acontecimento que, embora exigido normativamente para a existência do crime, não é imprescindível para a sua essência de fato contrário ao interesse tutelado. Há autores que advogam a condição objetiva da punibilidade como elemento do injusto.

Aliás, os italianos se baseiam para sustentar tal postura na redação do art. 44 do CP. (*“Quando, per la punibilità del reato, la legge ri chiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.”*). Se a condição é requerida para a punibilidade do injusto, este seria considerado perfeito e acabado mesmo que não ocorresse. O que a lei italiana quis dizer é que o culpado *responde* pelo injusto ainda que o acontecimento não tenha sido querido (v.g.: no art. 236 do CP pátrio, o injusto consiste em contrair o casamento induzindo em erro ou ocultando impedimento, porém, no momento em que o agente contrai o casamento, o crime está praticado).

Só é suspenso (por motivo de conveniência, oportunidade ou política criminal) o que existe. Se a *condição* fosse elemento do injusto, o sujeito que praticasse o fato condicionante seria co-autor (v.g.: o juiz que anula o casamento estaria praticando um ato elementar ao delito, assim como nos delitos falimentares, o que prolata a sentença declaratória). Ficaríamos submersos na responsabilidade objetiva (v.g.: o erro quanto à condição objetiva de punibilidade seria exculpante). Por outro lado, nos tipos acessórios como a recepção, o favorecimento real e o favorecimento pessoal, inexistindo co-autoria *post factum*, se a condição fosse elemento essencial, jamais se poderia falar de tipo acessório, enquanto não se verificasse o acontecimento a que estava subordinada a punibilidade do injusto principal – a *condição* (v.g.: diante do art. 7º, II, alínea a, CP, ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos fora do Brasil, os injustos que nosso país se obriga, em tratado ou convenção, a reprimir, normativamente, estabelecendo as várias condições para a aplicação da lei brasileira. Se a *condição* fosse elemento do injusto, enquanto o agente não entrasse no território nacional, não estaria consumado o injusto, e aquele que o favorecesse não estaria cometendo qualquer injusto, ainda que o auxiliasse a se subtrair à ação de autoridade pública ou que lhe prestasse auxílio destinado a tornar seguro o aproveitamento do injusto).

Obviamente, se as condições objetivas de punibilidade fossem elementares ao injusto, influenciariam na antijuridicidade.

Existem *condições objetivas de punibilidade*?

Há um evidente choque entre a pretensão de sua existência unitária e o *princípio da culpabilidade*, visto que afeta o princípio de que não há injusto se inexistente pelo menos forma negligente. Seriam meros requisitos de persecução do injusto.

Sustenta Zaffaroni que as chamadas "*condições objetivas de punibilidade*" são *elementos do tipo objetivo* e por isso devem ser abarcadas pelo conhecimento (dolo) ou pela possibilidade de conhecimento (negligência).

Assim, a partir da observação de que, às vezes, não é o injusto o único requisito para que opere a punibilidade e que, em certas ocasiões, não é uma causa pessoal que impeça a punição, afirma-se a existência de "*condições objetivas de punibilidade*".

Sob tal título alguns autores colocam (a) os *requisitos de persecução* e outros incluem (b) os *elementos objetivos do tipo* que entendem não serem alcançados pelo dolo; para outra corrente, não são (c) nem sequer atingidos pelo autor ou pela conduta; e, finalmente, (d) há aqueles que vislumbram dentro dos requisitos de persecução certos componentes objetivos que os colocam fora do tipo e como *pressupostos da punibilidade*. Na ampla discussão temática, caracterizaria sua presença objetiva, requisito de persecução, isto é, *condições processuais de operatividade da coerção penal*: a) para certos injustos; b) para o exercício de certas ações penais; c) para a ausência de perseguição punitiva.

Todas as teorias que pretenderam negar os planos analíticos, baseando-se em critérios formais, realistas ou políticos, tornaram-se infecundas ou mostraram desastrados resultados. A construção dogmática foi atacada com argumentos kelsenianos, enquanto o positivismo italiano atacava as *atrocidades tedescas*. A corrente defensora do conceito *unitário*, conhecida como a Escola de Kiel, teve como seus expoentes Kempermann,³² Dahm,³³ Schaffstein³⁴ e Larenz.³⁵ Houve, através das lucubrações oficiais, um processo de politização da ciência e, nos dias atuais, a *Kieler Schule* desapareceu.

A maioria dos autores reconhece que a afirmação de um conceito analítico do injusto iniciou-se com Carmignani e veio a completar-se com Beling; no injusto o elemento tipicidade não importa no somatório de elementos isolados, que são agrupados para compô-lo. O injusto jamais poderá ser a *soma de elementos*,³⁶ visto que sua unidade está dada pela ação. Seria possível, ante o repúdio à forma unitária, a consideração como um conceito complexo, iniciando pela tarefa analítica ou pela conduta ou pelo autor.

³² Kempermann, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. Ein Beitrag zur Revolution des Strafrechts, Dogmatik*, Berlin, 1934.

³³ Dahm, *Nazionalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, 1935, e *Der Täterstrafrecht*, Leipzig, 1940.

³⁴ Schaffstein, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1933.

³⁵ Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Berlin, 1938.

³⁶ Battaglini, *in Giustizia Penale*, 1960, IV, 1.169.

Estabelecida a presença de uma conduta típica, ela é submetida à verificação de ser ou não contrária à ordem jurídica (antijuridicidade), observando-se os aspectos objetivos e subjetivos, para, ao final, se averiguar se o direito exige que não se incorra no injusto (em Carrara, pode-se verificar através da definição de "*força física*" e de "*força moral*" e, no mesmo sentido, Binding com "*Schuldseite*" e "*Tatseite*" – "*parte da culpabilidade*" e "*parte do fato*"). Seus partidários, ante um fenômeno em que o homem participa, buscam cindir analiticamente os aspectos objetivos e subjetivos. De forma simplista, afirmam que o *injusto* (conduta típica e antijurídica) é *objetivo*, ao passo que a culpabilidade é *subjetiva*. Ora, se o injusto fosse *objetivo* seria impossível conceber a *conduta*, visto que não há conduta sem vontade. Ainda consideram as descrições legais de condutas proibidas como um mero enquadramento formal ou um mero movimento sem finalidade conhecida, ficando *objetivadas* (todo injusto é objetivo e toda culpabilidade é subjetiva).

A *conduta* é irrevocável, e o injusto é um todo *pré-jurídico* e *jurídico*, visto que a conduta existe antes da lei que a descreve, independentemente de sua descrição, sendo matéria de valoração jurídica. Daí, a *conduta* é o genérico, e o *injusto* é o específico.

O conceito de conduta ilícita (ação) penetra na teoria do delito diante do trabalho elaborativo dos hegelianos, os quais tentaram aplicar ao Direito Penal os propósitos formulados por Hegel.³⁷

Os dispositivos que a norma penal utiliza para individualizar condutas sancionadas são denominados *tipos*, tendo um caráter predominantemente descritivo, tanto o *objetivo* como o *subjetivo*. Assim, quando uma *conduta* está adequada ao tipo penal, dir-se-á *típica*, e se chamará de *tipicidade* a característica que por tal circunstância reveste-a.

Quando a *conduta* não é *típica*, há *atipicidade* comportamental; trata-se de um atuar *atípico*.

Sabemos que na *legítima defesa*, há uma permissão legal para uma *conduta típica*, porém os doentes mentais não possuem per-

³⁷ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1913, § 118.

missão legal para violar os preceitos primários normativos. De um lado, há permissões legais; de outro, as proibições não são puníveis por ausência de culpabilidade.

Quando a ordem jurídica permite uma *conduta*, significa que é *legítima*, que não é contrária ao Direito (antijurídica). Para que uma conduta *típica* seja reprovável, é necessário que também seja *antijurídica*. As disposições permissivas do *atuar típico* (jurídico) são denominadas *causas de justificação* (exercício de um direito).

As primeiras características do ilícito penal (tipicidade e antijuridicidade) são denominadas *injusto*.

Quando se afirma que a ação típica e antijurídica deve ser culpável, traduz-se em ser o autor responsável pelo atuar, podendo ser reprovável, sendo *pressuposto* da imputabilidade ou da capacidade de culpabilidade e da ausência de causas de exculpação (erro de proibição invencível ou estado de necessidade exculpante). A diferença entre a ausência de antijuridicidade e a falta de culpabilidade, entre a justificação e a exculpação, consiste em uma conduta justificada reconhecida como legal pelo legislador, permitida e suportada *erga omnes*. A conduta exculpada não é aprovada e continua proibida, apenas não é punida, mas não tem que ser tolerada por quem é vítima de uma ação antijurídica.³⁸

Finalmente, com a constatação do *injusto*, é necessário firmar-se a reprovabilidade do autor, que seja *culpável* e que a *conduta* seja reprovável. Há casos em que o atuar do autor não é reprovável diante de uma determinada situação factual (v.g.: inimputabilidade, estado de necessidade exculpante, casos especiais de inelegibilidade de conduta diversa não devem ser reconhecidos tão-só como causa supralegal de exculpação, de forma vaga e indeterminada causando a insegurança jurídica e erro de proibição). A *conduta* não reprovável é a *conduta* de um autor não culpável (injusto não culpável).

Para que exista um injusto penal é necessário que haja uma *conduta humana (ação ou omissão) típica e antijurídica e culpável*.

³⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, tomo I, Fundamentos, Estructura da Teoria do Delito*, Civitas, trad. da 2ª ed. alemã, 1997, reimpressão 2000, § 7º, 4, 195.

O conceito clássico de injusto se compõe da *ação (ato)*, *como caráter genérico*, e *dos atributos da mesma, típica, antijurídica e culpável*, como caracteres específicos.

Quando a ciência do Direito Penal chegou ao conceito de delito, apresentou-o como juízo de desvalor que recai sobre o ato. Como situa Maurach, no injusto está a desaprovação do ato e na culpabilidade a atribuição do ato ao seu autor. Para Muñoz Conde, na antijuridicidade e na culpabilidade situam-se os vários componentes do injusto. Sustenta ao tratar dos elementos e da estrutura do conceito de injusto que este responde a uma dupla perspectiva: (a) de um lado, está o juízo de desvalor que incide sobre um fato ou ato humano e, de outro (b), um juízo de desvalor que recai sobre o autor desse ato. Ao primeiro (a) denomina-se *injusto* ou *antijuridicidade*³⁹; o segundo (b), culpabilidade ou responsabilidade. Assim, conclui que o injusto ou antijuridicidade é a desaprovação do ato, e a culpabilidade a atribuição do ato praticado por seu autor para torná-lo responsável pelo mesmo. Conclui *"que nem todo fato antijurídico realizado por autor culpável é delito"* e que *"a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são características comuns a todo delito"*. Muñoz Conde define o injusto como *"a ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível"*.³⁹

Para Damásio Evangelista de Jesus, sob o prisma formal, *o crime é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui um pressuposto da pena*.⁴⁰ Assim, na *antijuridicidade* situariam-se a ação ou a omissão, os meios e as formas em que se realiza, seus objetivos e sujeitos, a relação causal e psicológica e o resultado. Já na *culpabilidade*, ficariam as faculdades psíquicas do autor (capacidade de culpabilidade), o conhecimento por parte do autor do ato e a exigibilidade de atuar diverso. Aquele que, de maneira consciente e voluntária, realizou o injusto, afastada a suposição da existência de causa que justifique o atuar, *sabe*, sendo capaz, que realizou o injusto. É exatamente tal consciência do injusto o elemento autônomo da culpabilidade, a qual deve estar relacionada com o tipo, abarcando

³⁹ Cezar Roberto Bitencourt e Muñoz Conde, *Teoria Geral do Delito*, Saraiva, 2000, 2, 3/4.

⁴⁰ Damásio E. Jesus, *Direito Penal*, Saraiva, 23ª ed., 1999, 4, 151.

o conteúdo do injusto do referido ilícito penal, ou se em unidade de ato, de plúrimos tipos penais, estas poderiam ser divisíveis. Em suma, diante da doutrina dominante a consciência potencial é traduzida na obtenção da compreensão do injusto do ato pelo emprego da força do seu conhecimento e valor de representação.⁴¹

O Professor Muñoz Conde chama a atenção para a vertente negativa, exemplificando com a força irresistível que exclui a ação, a absoluta imprevisibilidade que exclui a relação psicológica com o resultado, as causas de justificação e a ausência das faculdades psíquicas do autor que exclui a imputabilidade.⁴²

Com o descobrimento dos *elementos subjetivos do injusto*, tornou-se impossível a delimitação da antijuridicidade e da culpabilidade conforme o critério tradicional, visto que a primeira seria objetiva e a segunda subjetiva. Também se descobriu na *reprovabilidade* um elemento *normativo* que permitiu diferenciar, do ponto de vista material, a *culpabilidade* e o injusto (lesão ao bem jurídico). O dolo e a negligência se convertem em formas e não em espécies da culpabilidade. Na obra de Radbruch,⁴³ foi substituído o conceito fundamental da teoria do injusto. O processo de transformação dos elementos descritivos formais em elementos materiais normativos sacrificou, por força dos exageros, o *conceito material de ação*.

3. LINHAS ESTRUTURAIS ESTRATIFICADAS DA CONSTRUÇÃO

A *concepção analítica*, que distingue no injusto os elementos *ação humana, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*, é obra da doutrina alemã. Começou a elaborar-se aproximadamente há cem anos e, desde então, foi evoluindo através de sucessivas retificações, inovações e modificações.

O *conceito de ação* surge no manual de Albert Friedrich Berner (1857), como pórtico inaugural do *sistema do delito* e da obrigatoriedade do reconhecimento de uma antijuridicidade objetiva independente da culpabilidade, formulada por Ihering em seu

⁴¹ Wessels, *Direito Penal*, Parte Geral, Fabris, trad. Juarez Tavares, 1976, VI, 90.

⁴² Muñoz Conde, *Teoria Geral do Delito*, trad. Juarez Tavares e Luiz Prado, Porto Alegre, 1988, 2, 3.

⁴³ Radbruch, "*Drei Strafrechtslehrbücher, Jahrhunderts*", in Rosenfeld-Fest. 1949, I, 162.

Das Schuldmoment im römischen Privatrecht de 1867, abrindo caminho para o *conceito do tipo*, criado por Beling em 1906, com sua célebre monografia "*Die Lehre vom Verbrechen*" (A teoria do delito) e para a teoria da culpabilidade o trabalho de Reinhard Frank, "*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*", em 1907. Anotem-se os impulsos dados por Liszt, Beling, Max Ernest Mager, Mezger e Welzel.⁴⁴

Podemos assinalar, principalmente, três etapas que levam o selo filosófico próprio de cada momento. A primeira etapa está representada pelo *sistema de Liszt-Beling*. Seu estilo de pensamento corresponde ao *positivismo científico* imperante na segunda metade do século XIX. Trata-se de uma *concepção objetivo-formal* do injusto que satisfaz às exigências do Estado de Direito, oferecendo um sentido prático ao sistema conceitual, garantindo a segurança jurídica. Refere-se aos distintos elementos do delito: a) a *ação* é concebida de modo puramente naturalista, como movimento voluntário corporal e troca do mundo exterior (resultado), unidos por uma relação de causalidade; b) o *tipo* se entende como pura *descrição do aspecto objetivo* do fato; não pode conter predicados de valor que pertençam à antijuridicidade, nem elementos subjetivos (que correspondem à culpabilidade); c) a *antijuridicidade* é um juízo que recai unicamente sobre o aspecto objetivo do fato (todo aspecto subjetivo pertence à culpabilidade); d) a culpabilidade se configura como um processo psicológico e espiritual que tem lugar no interior do mundo anímico do autor. É um nexó psicológico do autor com o fato (conceito psicológico de culpabilidade). Esta relação psicológica reveste as modalidades básicas de dolo (conhecimento e vontade do fato) e negligência (voluntariedade da ação que, por imprevisto ou descuido, origina um resultado não querido, mas previsível e evitável).

Portanto, o sistema clássico do delito que foi dominante no início do século passado, tinha como patamar a hipótese de que o injusto e a culpabilidade se comportam como parte externa e interna do delito. Os requisitos objetivos pertenciam ao tipo e à antijuridicidade, e a culpabilidade era concebida como o somatório

⁴⁴ Roxin, *Derecho Penal*, § 7º, III, 1, 196/197.

de todos os elementos subjetivos do delito (conceito psicológico da culpabilidade). O dolo era forma da culpabilidade.

Com o declínio da teoria clássica, inicia-se o sistema neoclássico operando uma reformulação, ao reconhecer que o injusto não é explicável em *todas* as hipóteses, tão-só por elementos *puramente* objetivos, e que a culpabilidade, por sua vez, deveria ser traduzida *exclusivamente* por elementos subjetivos. A doutrina passa a reconhecer elementos subjetivos do injusto. A culpabilidade em situações especiais, como no estado de necessidade também depende de circunstâncias objetivas. O conceito de delito neoclássico manteve inicialmente a separação entre injusto objetivo e culpabilidade subjetiva e afirmava o dolo como forma de culpabilidade. A presença do injusto é valorada no plano da reprovabilidade (conceito normativo da culpabilidade).⁴⁵

Os elementos *normativos* e *subjetivos* condicionam, antes da antijuridicidade e da culpabilidade, a tipicidade da conduta. A *antijuridicidade* não se desfacha na pura relação de contrariedade do ato com a norma (*antijuridicidade formal*), mas se configura consubstancialmente como lesão de valores, bens ou interesses (*antijuridicidade material*). A *culpabilidade* não se concebe como nexó psicológico entre fato e autor, mas sim como *juízo de valor*. Com a introdução do *conceito de injusto pessoal*, o finalismo fortalece a subjetivação da antijuridicidade.

Culpabilidade é a reprovabilidade (juízo de reprovação pessoal) do autor capaz, que em razão do conhecimento potencial da antijuridicidade, não dirigiu a sua ação de acordo com a regra de direito, quando era exigível conduta diversa. As relações psicológicas (dolo e negligência), que antes conduziam à essência da culpabilidade, passam a ser meros pressupostos fáticos do juízo de culpabilidade.

Com o surgimento da *teoria normativa da culpabilidade* (Frank) e a introdução dos elementos subjetivos do tipo, foi construído um novo esquema de delito que coincide com a individualização do ato proibido (conduta típica) e uma dupla desvalorização (ato e autor),

⁴⁵ Roxin, Derecho Penal, § 7º, b, 199.

sem alterar basicamente o sistema Liszt-Beling. Dolo e negligência permanecem na culpabilidade; o tipo é predominantemente objetivo, bem como a antijuridicidade. A construção é denominada por vários autores "*neoclássica*", tendo sido realizada por Mezger.⁴⁶

A terceira etapa corresponde à *doutrina finalista*⁴⁷, cujo fundador e representante mais autorizado é Welzel. Começa a elaborá-la na década de 1930 e obtém seu máximo desenvolvimento a partir do término da Segunda Guerra Mundial. O próprio Welzel procede do campo da filosofia jurídica, inspirando-se na ontologia de N. Hartmann. Metodologicamente, rebate o estilo de pensamento logicista e abstrato das épocas precedentes substituindo-o por uma consideração ontológica dos problemas: *a estrutura lógico-objetiva do objeto de conhecimento determina a estrutura do conceito, bem como vincula o legislador e a ciência*.

A ação humana é o exercício da atividade final, uma estrutura lógico-objetiva finalista, e "*a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução do fim*" (prejudicialidade ontológica). Portanto, na lição welziana, que busca a *adaequatio rei et intellectus*, a espinha dorsal da ação final é a *vontade consciente do fim*, reitora do acontecer causal.

A teoria finalista e o conceito de injusto pessoal têm sua origem em uma estreita vinculação com a concepção retributiva da pena, reflexo de uma limitação da prevenção especial, que já havia inspirado o conceito de delito nos fins do século XIX e que influenciou o existencialismo e outras correntes irracionistas do século passado.⁴⁸ A teoria finalista se caracterizou por um conceito de ação baseado na direção do atuar do autor a um fim prefixado, opondo-se ao conceito causal, que só tinha em conta a produção causal do resultado. Juarez Tavares sintetiza que o finalismo inova em dois aspectos substanciais: a) subordina toda a estrutura do injusto ao

⁴⁶ Mezger, E., *Moderne Wege des Strafrechtsdogmatik*, 1950.

⁴⁷ Pagliaro, *Il fatto di reato*, 190-226; Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, 7.455.

⁴⁸ Nesse sentido: Wolf, Bockelmann, Dahm e Schaffstein.

conceito final de ação, que não é um conceito normativo, mas ontológico; b) confere à norma penal uma função primária de proteção aos valores ético-sociais; substituindo o resultado elege o sentido da própria ação como elemento básico de configuração do injusto.⁴⁹

Se a *finalidade* forma parte na estrutura lógico-objetiva da ação, deve ser necessariamente, segundo os princípios metodológicos, elemento do *conceito de ação* (toda conduta humana tem um fim). O causalismo separa o ato de vontade como *elemento da ação* (para a existência de ação basta que o sujeito tenha querido algo, sem que se interesse pelo que não tenha querido) e o *conteúdo do ato de vontade* (tenha querido o sujeito e para o que o tenha querido), que *informa o dolo e negligência* e considera-os *pertencentes* à culpabilidade. Esta separação entre o *ato de vontade* (parte integrante da ação) e o *conteúdo da vontade* (parte integrante da culpabilidade) é, *segundo o finalismo, inadmissível*. O *conteúdo da vontade* é o elemento conformador da ação, concebido como exercício da atividade final e, por conseguinte, deve ser trasladado do *conceito de culpabilidade*, onde se vinha considerando o conceito de ação. O *dolo é elemento construtivo da ação*. Este discernimento esvazia o conceito de culpabilidade (que pretende reduzir-se a puro juízo de valor cujo objeto de valorização, conteúdo da vontade, situa-se fora da própria culpabilidade) e produz correlativamente um enriquecimento da antijuridicidade. Como a *antijuridicidade* é um atributo da ação, e esta compreende o *conteúdo da vontade* (elemento fora da ação), o *dolo* passa a ser objeto do *juízo de antijuridicidade*, uma concepção subjetiva da antijuridicidade que Welzel qualifica como *injusto pessoal*. A concepção de injusto pessoal do finalismo veio a ser acolhida por defensores da *teoria social da ação* e pelos cultores do moderno funcionalismo.

Na *sistemática finalista* está a subjetivação do tipo. Para Von Weber, o *delito* é um conceito *bipartido*, ao passo que, para Graf Zu Dohna, a antijuridicidade é o juízo que recai sobre o aspecto objetivo do tipo e a culpabilidade sobre o subjetivo. Welzel sustenta um

⁴⁹ Juarez Tavares, *op. cit.*, 1.2.2.4, 151.

critério *tripartido*, afirmando que *pertence ao dolo o tipo subjetivo*, independentemente da antijuridicidade, e à culpabilidade *pertence-ria a possibilidade de compreensão da antijuridicidade*.

Hoje, há um "*finalismo ortodoxo*" e um "*finalismo heterodoxo*", partindo da base teórica de que inexistente um conceito jurídico-penal de ação, visto que há identidade entre este pretense conceito e o ôntico-ontológico.

Sem abandonar a distinção material entre *injusto* e *culpabilidade*, parece que o sistema conseguiu a unificação da direção pessoal e teleológica. Como realização do querer, a ação é entendida na *direção final*, constituindo-se no ponto inicial para os elementos pessoais do injusto. Já como *realização* do querer, é um momento causal, portador do *resultado do injusto* (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado).

Para o finalismo a essência da ação tem como pórtico, diante de sua antecipação mental e correspondente à seleção de meios, o autor que atua controlando o curso causal e dirigindo-o através de um objetivo determinado ("*supradetermina o modo final*"). O dolo aparece em uma forma limitada da direção causal e se torna componente do tipo (ulterior subjetivação do injusto), ao passo que a culpabilidade caminha para a normatização, em posição contrária ao sistema clássico.⁵⁰

No *sistema Liszt-Beling*, baseado predominantemente na filosofia neokantiana dos valores, apartando-se do naturalismo, a *conduta*, que era privada de finalidade, ficava convertida a um acontecer causal, e sendo a vontade uma capacidade de atuação muscular, o *tipo* abrangia a exterioridade da conduta, prescindindo de qualquer elemento subjetivo, ao passo que a *antijuridicidade* era objetiva (concepção material) como um dano social. O injusto era a *causação física*, a culpabilidade a *causação* psíquica. Assim, a culpabilidade era uma relação psicológica entre a conduta e o resultado (teoria psicológica); tal sistema está exposto nas obras de Liszt⁵¹ e de Beling.⁵²

⁵⁰ Nessa direção: Weber, Graf zu Dohna, Welzel, Maurach e Stratenwerth.

⁵¹ Von Liszt, Lehrbuch, 1ª ed., 1881.

⁵² Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Grundzüge des Strafrechts, 1889.

Como vimos, a segunda etapa surge quando o *sistema Liszt-Beling* é submetido a um profundo processo de transformação, cujo término pode convencionar-se no ano de 1931, quando aparece a primeira edição do tratado de Mezger. Formalmente mantém o mesmo sistema, porém se transforma substancialmente a estrutura em cada uma das peças conceituais, e tal transformação se opera sob os auspícios da corrente filosófica neokantiana patrocinada pela *escola subocidental alemã*.⁵³ Como é sabido, a *Escola de Baden* representa dentro do neokantismo uma posição menos formalista que a *Escola de Marburgo*.⁵⁴ O princípio da referência da realidade ao valor ou do valor à realidade objetiva, defendido pela *escola subocidental*, permite lograr a síntese entre o *fato sociológico* e a *valorização jurídica*, impondo-se a formação teleológica de seus conceitos. Sob o influxo dessas premissas gnosiológicas, se configura como uma *concepção teleológica do delito*, e as características essenciais da infração estão orientadas segundo a idéia de valor: (a) a *ação* e a *omissão* puníveis não são puros acontecimentos naturalísticos de suceder externo, senão concebidos referentes a um valor. Nesse sentido, a *ação* e a *omissão* são somente aqueles acontecimentos que merecem a qualificação de conduta humana e podem ser valorizados como tal de determinada maneira; (b) o *tipo* deve ser concebido como pura descrição do aspecto objetivo do fato e se enriquece com elementos normativos e subjetivos. Reconhece-se que, em certos casos, a *tipicidade da conduta* depende de determinados valores normativos e de certos elementos subjetivos. O tipo de furto inscrito no art. 155 do Código Penal requer que o autor subtraia uma coisa alheia (*elemento normativo*), exige valorização conforme o direito privado, isto é, o sujeito passivo era titular ou não de direito real da propriedade, possuidor ou detentor da coisa móvel, com ânimo de lucro (*elemento subjetivo*). Se a coisa não é alheia e o autor não a toma com ânimo de lucro, sua ação é *atípica*.

A inclusão do *conteúdo do querer* na ação faz o dolo sair da esfera da culpabilidade para a da ação e do injusto. Não se abando-

⁵³ Rickert e Lask.

⁵⁴ Cohen e Natorpe.

na o conceito de culpabilidade, apenas há redução do conteúdo de valoração. Segundo a teoria dominante, a *culpabilidade* é composta pela *capacidade de imputabilidade*, pela *consciência potencial da ilicitude* e pela *exigibilidade de uma conduta adequada à norma*.

Na dicção de Jeschek, o injusto é um *fato* apenado por uma lei, isto é, um *fato punível* que requer vários elementos que constituem os estágios de valoração da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade para o modelo da construção do delito.⁵⁵

O pensamento do homem, seu caráter, seu comportamento, vitais em sociedade, podem constituir atos ética e juridicamente reprováveis, todavia, *per se*, são *ações humanas*.

O injusto é formado por uma *ação humana apenada por lei* (princípio de intolerabilidade). Em razão das exigências do *princípio de legalidade*, que é o primeiro princípio informador do Direito Penal, a lei deverá descrever, através do processo de tipificação, as condutas reprovadas sob a imposição de uma sanção. Dessa forma, para que uma *conduta* (ação ou omissão) possa ser considerada *crime* ou *contravenção*, é imperioso que coincida com o que está inscrito na lei penal. É necessário que seja *típica* (identidade entre o ato e a previsão legal contida no tipo penal).

As *condutas* que não contrariam normas jurídicas são *lícitas* e, como tais, não há reprovabilidade jurídica. A *ilicitude* (antijuridicidade), isto é, a contrariedade ao Direito, é uma característica fundamental do Direito. Na *antijuridicidade*, há um juízo de desvalor que o ordenamento jurídico pronuncia sobre a *conduta*, visto que não é como objetivamente exige o Direito (relação de contradição de caráter objetivo entre determinado ato do cotidiano da vida e o ordenamento jurídico pessoal).

Para que um atuar injusto possa ser punido, é necessário que seu autor seja *culpável* (imputabilidade, conhecimento potencial do injusto e a não exigibilidade de conduta diversa). São excludentes: a imputabilidade, a ignorância da lei, o erro sobre a antijuridicidade, as dirimentes putativas, a inegibilidade de conduta diversa, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e o estado de necessida-

⁵⁵ Jescheck e Lehrbuch, 151-153.

de exculpante. A pena é *malum passionis propeter malum actiones* e, quando é retribuição, pressupõe que o autor seja punido ao ser culpável pelo mal realizado (a pena não é elemento do delito mas consequência).

A teoria finalista se caracteriza por um conceito de ação com patamar na direção da conduta do autor diante de um fim por ele prefixado, opondo-se ao conceito causal de ação que só tinha em conta a produção causal do resultado. O dolo, reduzido ao conhecimento e à vontade da realização do tipo objetivo, se converteu em elemento do ilícito, dando lugar ao elemento subjetivo, complementar ao elemento objetivo, abandonando a culpabilidade. De outro lado, os delitos dolosos e os negligentes se separaram diante da estrutura do delito: o dolo e a negligência são formas de antijuridicidade e não de culpabilidade. Finalmente, pode-se distinguir no ilícito o desvalor do resultado e o desvalor da ação (único elemento da antijuridicidade com a exclusão do conceito do injusto do desvalor do resultado).⁵⁶ A culpabilidade se reduz à capacidade de culpabilidade e à possibilidade do conhecimento da proibição.

*A doutrina finalista é submetida à viva discussão originando constantes revisões e retificações por parte de seus próprios patrocinadores.*⁵⁷

Em conclusão, a teoria final da ação se funda nas teorias ontológicas e fenomenológicas, que colocam em relevo determinadas leis estruturais do ser humano convertidas no fundamento das ciências de pessoa humana. Torna-se lógico colocar no centro da teoria do delito um conceito básico, antropológico e pré-jurídico, em relação à ação humana e construir, partindo da constituição ontológica de ação, um sistema, dado pelo legislador, de *estruturas*

⁵⁶ Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, 71.

⁵⁷ Vale notar que no sistema da teoria jurídica do delito fundado no conceito finalista de ação, finalidade e vontade de realização são conceitos idênticos, compreendendo o fim que busca o autor para a consecução de seu plano. Tem-se no elemento intelectual da reprovabilidade que a consciência da antijuridicidade resultaria abstraída, apartada do dolo, como elemento da culpabilidade. O autor é aquele que possui o domínio finalista do fato. No contexto assinalado, na visão do finalismo da atualidade, ressurgiu o *normativismo* diante do *antologismo* da doutrina finalista, sendo aceitas as consequências do finalismo na teoria jurídica do delito e renegado o conceito finalista da ação. É correta a crítica feita por Cerezo Mir de que um conceito de ação diverso do finalista seria inútil e geraria graves equívocos na constituição ou interpretação dos tipos de injustos, encontrando aqui o normativismo uma barreira intransponível. De igual modo, o conceito de ação finalista, quando inclui o conteúdo da vontade na ação, dá maior diversidade de compreensão do injusto doloso e negligente, mesmo que o resultado causado fique fora da esfera da ação.

lógico-reais ou *lógico-objetivas* proporcionando à dogmática jurídico-penal perspectivas permanentes.⁵⁸

A crítica à doutrina da ação finalista havia se centrado em relação aos delitos negligentes que Welzel respondeu com a elaboração do critério da finalidade potencial (causação que era evitável mediante uma atividade finalista). Conceituou, ao final, admitindo a existência nos injustos negligentes de uma ação *finalista real*.

4. CONCLUSÃO

Na atualidade as teorias do injusto tendem ao modelo finalista heterodoxo. Ressalte-se que a discussão teórica perde espaço diante dos mesmos pressupostos da pena no neoclássico e no finalismo. Bacigalupo, ao enfrentar a crítica do esvaziamento da culpabilidade, responde que nada impede que uma teoria do injusto opere com uma tipicidade vazia (sem dolo) e não há obstáculo em uma culpabilidade sem dolo, desde que o dolo continue sendo elemento do injusto.⁵⁹

Por outro lado, encontramos a *teoria do injusto* ou do ilícito penal que, em síntese, apresenta duas posições: a) *define o injusto como um ato de desobediência da norma*, concebendo-a como um imperativo, *não importando tanto o causado como o que se quer causar*, surgindo o direito subjetivo do Estado de reprimir com a pena; b) *o injusto penal é um ato socialmente danoso* (lesão ao bem jurídico), isto é, uma perturbação ao ordenamento jurídico-penal, concebida a norma como um juízo de valor sobre o fato (norma de valoração), *importando mais o causado do que o que se pretende causar*. A lesão faz surgir o Direito Penal subjetivo.⁶⁰

Busca-se unir as duas posições com as discussões polêmicas sobre um conceito formal e material de antijuridicidade e a preponderância dada ao desvalor da ação no conceito de *injusto*.⁶¹

⁵⁸ Roxin, *Derecho Penal*, § 7º, 201.

⁵⁹ Bacigalupo, *Manual*, 73; Nova Monreal, *Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal*, 1980, 2ª ed., 1982.

⁶⁰ A primeira posição (a) corresponde à escola clássica (Binding), que se vincula às teorias absolutas da pena e, a segunda (b), ao positivismo (Von Liszt), na direção de uma teoria preventiva especial da pena.

⁶¹ Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, 200; em sentido contrário: Stratenwerth, *Fest. für Schaffstein*, 1975, 177; e Gallas, *Fest. für Bockelmann*, 1979, 155.

Surge como conseqüência que a distinção entre delito consumado e frustrado carece de significação. Para a *construção do desvalor da ação*, não são requeridos todos os elementos objetivos do tipo e correlatamente a suposição de uma situação justificante, ainda que não ocorra uma situação de necessidade. O querer o fato típico constitui o desvalor da ação.⁶²

Bacigalupo sintetiza que a estrutura do ilícito difere de uma teoria do injusto pessoal e a diferença se manifesta nos elementos constitutivos do desvalor da ação.

Por derradeiro juízo crítico, na direção de Figueiredo Dias,⁶³ as deficiências da concepção finalista para cumprir as exigências do conceito geral de ação surgem quando Welzel busca uma posição definitiva prévia do esclarecimento das relações entre finalidade e dolo.⁶⁴

Diz Figueiredo Dias *"que não se poderá, em todo o caso, aduzir ao conceito o cumprimento da função que dele se espera, porque a ação pode não conter a substância indispensável para suportar as predicções posteriores e a tipicidade: o agente pode ter querido imputar à outra pessoa fatos ofensivos a sua honra e consideração, todavia não ter estas preenchido o tipo de difamação."* Conclui que o *"conceito final não se pode arvorar em conceito geral de ação"*.⁶⁵

Figueiredo Dias, numa terceira via, ressalta entre as construções normativistas e finalistas, na busca de uma concepção atual, que tanto poderá reconduzir-se à *"normatização da finalidade"* ou a uma certa *"finalização da normatividade"*.⁶⁶

A construção do conceito deve ser *teleológico-funcional e racional*, possuindo postulados próprios e determinados por seu desenvolvimento específico. Cumpre verificar a concepção elaborada em 1970 por Roxin a propósito das relações entre a política criminal e o

⁶² Bacigalupo, Manual, 76/78.

⁶³ Jorge Figueiredo Dias, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas*, RT, 1999, III, 2, b, 209.

⁶⁴ Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem im der Strafrechts Wissenschaft*, 1964.

⁶⁵ Figueiredo Dias, *Questões*, 210.

⁶⁶ Englisch, *Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition*, Festschr. für Welzel, 1974, 343; Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, 25*W*, 1962, 515.

sistema do ato punível⁶⁷ e que foi desenvolvida dogmaticamente por Schönemann⁶⁸ e Wolter.⁶⁹

Na dogmática atual se movem os projetos dentro do marco prefigurado pelo sistema neoclássico e finalista. As modernas exposições doutrinárias destacam o enlaçamento da estrutura da *concepção neoclássica*⁷⁰ do injusto e, parcialmente, a *teoria final da ação*,⁷¹ porém é majoritária a posição de uma síntese entre os novos rumos do finalismo e certas conclusões irrenunciáveis da fase neoclássica, determinada por um pensamento valorativo e teleológico.⁷²

Roxin diz que a rejeição do conceito de ação finalista se baseia, majoritariamente, no fato de que uma concepção ontológica da ação não pode ser vinculante para um sistema de Direito Penal fundado em decisões valorativas, em que a definição de ação como controle do curso causal dirigido a um determinado objetivo não se ajusta aos atos negligentes e aos delitos omissivos. Assim, conclui que a inclusão do dolo no tipo subjetivo se fundamenta independentemente do conceito de ação, sobretudo no sentido social das ações típicas (v.g.: a simulação de fatos falsos no estelionato, ou a falsificação de documento presumem o dolo do autor).⁷³

Aduz que, diante da síntese neoclássico-finalista, se pode distinguir entre o injusto e a culpabilidade, sustentando que o injusto caracteriza o desvalor da ação e a culpabilidade, o desvalor da atitude interna⁷⁴ ou o poder de evitar.

⁶⁷ Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973.

⁶⁸ Schönemann, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, Fest. für Schmitt, 117.

⁶⁹ Wolter, *Strafwürdigkeit um Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem*, 140, Jahre Goldammer's Archiv, 269.

⁷⁰ Nesse sentido: Bauman e Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985, § 15.

⁷¹ Nesse sentido: Welzel, Maurach e Zipt e Stratenwerth.

⁷² Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW67, 1955, 47. Este trabalho sobre a teoria do delito naquele momento era representativo do estágio da discussão pós-guerra. Schönemann sustenta (1984) que "o sistema dominante na atualidade deve todos os seus conteúdos ao finalismo".

⁷³ Roxin, *Derecho Penal*, § 7º, 21, 202.

⁷⁴ Nesse sentido: Gallas, Jescheck e Wessels.

As teorias modernas do injusto mantêm como danosidade (nocividade) social e a culpabilidade como reprochabilidade. Explica a diferença entre o injusto e a culpabilidade, pois aquele expressa um juízo de desvalor sobre o ato típico, ao passo que a culpabilidade traduz um juízo de desvalor sobre o autor do injusto.⁷⁵

Roxin apresenta a construção do sistema racional-finalista ou teleológico (funcional) do Direito Penal, cujos defensores são acordes em rejeitar o ponto de partida do sistema finalista, partindo da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (v.g.: ação, causalidade, estruturas lógico-reais), mas tão-só pode guiar-se pelas *finalidades* do Direito Penal. Diz Roxin que o avanço consiste em se substituir a vaga construção neokantiana de valores culturais por um *critério de sistematização especificamente jurídico-penal*, que constitui o patamar político-criminal da moderna teoria dos fins da pena. Como peças fundamentais temos: (a) *a teoria da imputação do tipo objetivo*. Nesta, o tipo objetivo, para as três concepções sistemáticas nos tipos de resultado, fica reduzido à mera causalidade; em troca, o ponto de partida teleológico depende da imputação de um resultado ao tipo objetivo da *"realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma"*, substituindo-se a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientando as valorações jurídicas.

A questão da imputação objetiva (*conceito do risco permitido*) será objeto de estudo nos temas específicos e deve ser entendida dentro do contexto da teoria do injusto, quando molda as exigências de natureza objetiva na caracterização do tipo, diante do sistema global articulado por Roxin e Jakobs, na tentativa de vencer as contradições do *conceito final de injusto*, principalmente nos campos naturalístico e normativo ao ditar uma concepção ôntica de conduta por sua finalidade, através de parâmetros normativos de valoração político-criminal, dependentes da produção de um perigo não permitido diante da tutela normativa (natureza valorativa).⁷⁶

⁷⁵ Roxin, *Manual*, § 7º, 21, 203.

⁷⁶ Nesse sentido: Fernando Galvão, *Imputação Objetiva*, 2ª ed., Mandamentos, 2002, 14 ss.

Cuida-se não só de uma correção de rumo da relação causal, mas também de um imperativo da realização típica, partindo-se de critérios normativos na esfera da tipicidade (dolo e negligência), em que o resultado jurídico é teológico-valorativo, produto da conduta e não do azar.

A outra inovação (b), afirma Roxin, do sistema racional-finalista ou teleológico se constitui na ampliação da “culpabilidade” à categoria de “responsabilidade”, enquanto a culpabilidade como *condição da pena* se deve à necessidade de prevenção geral ou especial da sanção penal. Portanto, as necessidades de prevenção e a culpabilidade se limitam reciprocamente e, em conjunto, dão lugar à “responsabilidade” pessoal do autor com a conseqüente imposição da pena. Conclui Roxin que a culpabilidade e a necessidade preventiva são condições necessárias para a pena.⁷⁷

Jakobs⁷⁸ retorna à concepção welzeliana observando que conceitos como causalidade, poder e ação não possuem um conteúdo pré-jurídico para o Direito Penal, apenas podem ser determinados segundo as necessidades da regulamentação jurídica.⁷⁹

A originalidade da concepção se baseia na formulação da dogmática jurídico-penal nos conceitos e categorias da *teoria dos sistemas sociais* (Luhman) e a peculiaridade se situa na concordância com sua teoria do fim da pena, onde a culpabilidade fica totalmente absorvida no conceito de punição geral, isto é, não é considerada como algo objetivamente dado, apenas é descrita como critério necessário sem levar em conta a capacidade do autor.⁸⁰

Outra postura original é dada por Schmidhäuser ao decompor o dolo, atribuindo componentes volitivos ao injusto, trocando seus momentos intelectivos (consciência do fato e do injusto) para a culpabilidade, aproximando-se do sistema neoclássico. Portanto, seus conceitos centrais são o injusto e a culpabilidade, ficando o concei-

⁷⁷ Roxin, Manual, § 7º, 25/26, 204.

⁷⁸ Günter Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991.

⁷⁹ Para outros funcionalistas a postura de Jakobs é um surpreendente renascimento da formação de conceitos do neokantilismo de Lask, que Welzel havia combatido por cinco décadas (Schünemann).

⁸⁰ Visão crítica formulada por Roxin, Manual, § 7º, 27/28, 204/205.

to de ação em plano secundário. Concebe o injusto como a *conduta voluntária lesiva para o bem jurídico* (atitude interna injusta).

Roxin apresenta seu projeto de sistema teleológico-político criminal sobre a concepção de um sistema de orientação valorativa, afirmando que se deve partir da tese de que um moderno sistema de Direito Penal deve estar estruturado teleologicamente, isto é, construído atendendo a finalidades valorativas. Sua posição funcional não destoa dos enunciados da doutrina tradicional no que tange à relação tipo-antijuridicidade, pois sustenta que a realização do tipo indicia a antijuridicidade, caracterizando-se como uma qualidade da ação típica, diante do ato em contradição com as vedações ou imposições do Direito Penal (um ato típico pode ser antijurídico perante o Direito Civil e não sê-lo diante do Direito Penal, observado o que se denomina *princípio de intolerabilidade* conjugado com o de *legalidade*).⁸¹ As finalidades reitoras só poderiam ser do tipo político-criminal e os pressupostos da punibilidade deveriam orientar-se para fins do Direito Penal.⁸²

⁸¹ Roxin, *Strafrecht*, 502.

⁸² Roxin, *Manual*, § 7º, 82, 230. Finaliza Roxin dizendo que estamos diante de um “*sistema aberto*” que evita as unilateralidades do antigo sistema.