

UNIDADE V - TEORIA DO CRIME – EVOLUÇÃO.

1. Causalismo ou Teoria Naturalista da Ação (final do século XIX, início do século XX): Von Liszt e Belling.

1.1. O crime é dividido em duas partes:

a) objetiva: tipicidade e antijuridicidade;

b) subjetiva: culpabilidade (vínculo do agente com o fato, que se dá pelo dolo ou pela culpa). A culpabilidade tinha dois requisitos: imputabilidade e dolo ou culpa.

1.2. Crítica: há requisitos subjetivos que não pertencem à culpabilidade, mas estão no tipo. Há tipos penais que exigem requisitos subjetivos especiais. Ex: extorsão (artigo 158 do CP).

A teoria causalista da ação foi muito defendida no início do século por Nélson Hungria, Fernando Noronha, dentre outros renomados juristas, e que consiste basicamente em: ação, nexos de causalidade e resultado. Visa somente o fim da conduta, deixa de lado o que diz respeito aos elementos subjetivos do tipo, como o dolo, a culpa, etc. O tipo neste caso era totalmente objetivo.

_ Vontade - ação – resultado

_ Ação era um movimento que gerava uma transformação no mundo físico (exterior).

_ O tipo penal era puramente objetivo/descritivo.

_ O tipo penal era formado por vontade (sem conteúdo), conduta, resultado e nexos causal.

_ A antijuridicidade era puramente formal.

_ A culpabilidade era puramente psicológica, ou seja, a culpabilidade se exauria no dolo ou na culpa, isto é, havia uma culpabilidade dolosa ou uma culpabilidade culposa.

2. Finalismo ou Teoria Finalista da Ação - Hans Wezel, Rogério Grecco, Fragoso.

A teoria finalista da ação, surge aproximadamente na metade do século passado, onde encontra na pessoa de Hans Welzel, seu maior defensor. Nesta teoria, encontra-se, outrossim, além dos elementos objetivos (ação, nexos de causalidade e resultado), o elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa).

A teoria finalista, trás na vontade seu próprio centro, seja no ato de assumir o risco de praticar eventual conduta (dolo), seja na forma em que não observadas as medidas de cuidado, acabou por praticar o fato penalmente incorreto (culpa).

Crime tem três requisitos, todos objetivos:

a) Tipicidade: dolo e culpa fazem parte da tipicidade, que é composta de duas partes – tipicidade objetiva e subjetiva.

b) Antijuridicidade: é pessoal, personalíssima.

c) Culpabilidade*: é puramente normativa, não tem nenhum requisito subjetivo.

*Requisitos (todos objetivos): Imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa.

_ Welzel operou a migração do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo penal.

_ O tipo penal deixa de ser objetivo e passa ser objetivo e subjetivo.

_ A culpabilidade passa a ser puramente normativa.(Imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa)

_ A antijuridicidade continua formal e material, porém passa a possuir um conteúdo subjetivo.

Obs.Há muitos penalistas brasileiros que ainda consideram que o crime tem dois requisitos (tipicidade, antijuridicidade) formando o chamado: **Finalismo dissidente brasileiro** – Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Julio Fabrini Mirabete – o crime tem dois requisitos: tipicidade e antijuridicidade.

Obs.: Culpabilidade está fora do conceito de crime. A culpabilidade é pressuposto da pena.

3. Funcionalismo:

3.1. Funcionalismo de Claus Roxin (teleológico ou moderado): 1970. Sustenta que o Direito Penal não pode ser estudado de forma separada da política criminal. Os princípios de política criminal interferem

em todas as categorias penais. Ex.: tipicidade. Por força do princípio da intervenção mínima, todos os tipos são interpretados nessa linha, ou seja, minimamente. Aplicação do direito penal em caráter fragmentário e subsidiário. Nem tudo que é aparentemente típico é típico (ex.: princípio da insignificância) A insignificância exclui a tipicidade.

Ex.: Artigo 155, CP X furto de um palito de fósforo.

Teoria da Imputação Objetiva: é um novo requisito da tipicidade. Deve-se (em primeiro lugar) ao funcionalismo teleológico de Roxin (1970) o acréscimo na teoria do tipo penal da exigência da imputação objetiva do resultado. Não basta para a adequação típica o “causar a morte de alguém” (posição do causalismo de von Liszt-Beling) ou mesmo “causar dolosamente ou culposamente a morte de alguém” (posição do finalismo de Welzel). O tipo penal, depois do advento do funcionalismo moderado, não conta só com duas dimensões (a formal-objetiva e subjetiva), sim, com três (formal-objetiva, material-normativa e subjetiva). Tipicidade penal, portanto, significa tipicidade formal-objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva (nos crimes dolosos).

Requisitos do crime: tipicidade, antijuricidade e responsabilidade.

Conceito de responsabilidade não prosperou.

Proteção a bens jurídicos – função.

3.2. Funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs: O direito tem a função de proteger a norma. Crime é a violação da norma e das expectativas sociais de convivência.

Função: o Direito Penal existe para proteger a norma. Não tutela bens jurídicos. É perigoso, pois, para ele, não existem limites para o Direito Penal.

Jakobs criou o Direito Penal do inimigo. Extremamente nazista.

Obs.: Em suma, sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, ou seja, à política criminal. Essa finalidade seria a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Günther Jakobs) ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Claus Roxin)

3.3. Funcionalismo Reduccionista ou Contencionista de Raul Eugênio Zaffaroni.

Requisitos de crime: típico, antijurídico e culpável.

Teoria da tipicidade conglobante: se existe uma norma no ordenamento jurídico que autoriza, fomenta, determina ou permite a conduta, não pode ser proibido.

A teoria da tipicidade conglobante a enquadra como tipicidade material.

A tipicidade é dividida em parte objetiva e conglobante. Zaffaroni criou a tipicidade conglobante. Existe, portanto, a tipicidade formal e a tipicidade conglobante. A tipicidade conglobante se baseia na seguinte assertiva: "se existe uma norma que autoriza, fomenta ou determina a conduta, o que está autorizado por uma não pode estar proibido por outra". Destarte, a tipicidade deve ser analisada conjuntamente com todo o ordenamento. A tipicidade conglobante simplesmente afirma que se existe uma norma que permite, que fomenta ou que determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibida por outra. Quando uma norma permite determinada conduta, não sendo desaprovada pelo ordenamento jurídico, é plenamente permitida. Veja o exemplo: Ex. mulher é estuprada, procura o médico e aborta. Veja: o Código Penal, no art. 128, inciso II, permite que o médico aborte se a gravidez resulta de estupro e há consentimento da gestante. A doutrina clássica sempre viu este exemplo como uma causa excludente de antijuridicidade (descriminante). Assim, o fato seria típico, mas não seria antijurídico. Conforme a teoria da tipicidade conglobante, este “exercício regular de um direito” nada mais seria do que um fato atípico, ou seja, não haveria tipicidade material. o fato para ser materialmente típico precisa preencher três requisitos:

- a) Juízo de desaprovação da conduta: criação ou incremento de risco proibido relevante;
- b) Resultado jurídico: lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico relevante;

a) imputação objetiva do resultado: o resultado deve decorrer diretamente do risco proibido criado. No caso do exemplo do aborto, a mãe estuprada que procurou o médico e abortou não criou risco proibido pelo Direito, mas sim risco permitido pelo Direito (art. 128,II, do CP). Dessa forma, o fato é atípico.

Para ilustrar segue explicação do **prof. Luiz Flávio Gomes**:

“Para Zaffaroni a tipicidade nos crimes dolosos é complexa e divide-se em objetiva e subjetiva. A tipicidade objetiva é composta de uma parte sistemática e outra conglobante. Da primeira fazem parte a conduta, o resultado naturalístico (em alguns crimes), o nexo de causalidade e a adequação típica do fato à letra da lei. Integram a segunda (a) a lesividade e (b) a imputação objetiva.

Zaffaroni sublinha que o tipo penal (que é uma construção dogmática) tem a missão de limitar o exercício do poder punitivo, que não pode se transformar numa irracionalidade. A tipicidade objetiva tem a função de retratar um fato criminoso, isto é, um conflito penal (a conflitividade), que é uma das barreiras insuperáveis da racionalidade do poder punitivo. Do tipo objetivo, então, fazem parte o tipo sistemático (conduta, resultado, etc.) assim como o tipo conglobante. A tipicidade conglobante é a sede da conflitividade. Logo, cuida ela da lesividade assim como da imputação objetiva.

Para o autor citado, como se nota, os critérios de imputação objetiva (criação ou incremento de riscos proibidos) fazem parte do que ele chama de tipicidade conglobante. O crime doloso seria então composto de tipicidade objetiva + tipicidade subjetiva. Leia-se: de tipicidade sistemática + tipicidade conglobante + dimensão subjetiva (dolo e outros eventuais requisitos subjetivos).

Em nossa configuração, todos os delitos (dolosos ou culposos) contam com uma dimensão formal-objetiva (fática/legal) e outra material-normativa. Nos crimes dolosos ainda há a dimensão subjetiva.

Esquemáticamente, no crime doloso, a tipicidade para Zaffaroni seria: tipicidade objetiva + tipicidade subjetiva. Aquela compreenderia a tipicidade sistemática + tipicidade conglobante.

Para nós, a tipicidade penal é composta da tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva.

O que Zaffaroni chama de tipicidade conglobante (ofensividade + imputação objetiva) nós denominamos de tipicidade material, que requer (de acordo com nossa concepção) três juízos valorativos distintos: 1º) juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes); 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico, que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) e 3º) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – “nexo de imputação”).

O resultado jurídico será desvalioso quando a ofensa for (a) concreta ou real (perigo abstrato ou presunção de perigo não encontra espaço no Direito penal da ofensividade), (b) transcendental, ou seja, dirigida a bens jurídicos de terceiros (nunca o sacrifício de bens jurídicos próprios pode justificar a imposição de um castigo penal), (c) grave ou significativa (relevante) e (d) intolerável.

A exigência imperiosa da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico) não era retratada com clareza nas anteriores construções da teoria do delito (causalista, neokantista, finalista ou mesmo funcionalista).

De outro lado, tudo que Zaffaroni insere na chamada tipicidade conglobante (o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra) faz parte do primeiro juízo valorativo da tipicidade material, ou seja, do juízo de desaprovação da conduta (criadora ou incrementadora de riscos proibidos). Se existe uma norma que permite, fomenta ou determina a conduta, não se pode dizer que essa conduta tenha criado risco proibido. O que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma gera risco permitido, logo, não há que se falar em desaprovação da conduta (ou em tipicidade penal).

Os critérios determinantes da tipicidade conglobante de Zaffaroni, em suma, são relevantes para o juízo de aprovação (ou desaprovação) da conduta. O que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode ser proibido por outra, portanto, não constitui fato típico (ou um fato materialmente típico).”

NOVAS PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA O DIREITO PENAL

A sociedade moderna destaca-se por ser uma sociedade de massas e o Direito Penal deve acompanhar os novos problemas que vão surgindo. Mas deve o Poder Público interferir o mínimo possível na vida do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade.

Para solucionar o impasse decorrente do crescimento da sociedade e dos problemas daí decorrentes, a doutrina estrangeira apresenta algumas formas de solução: o **direito intervencionista**, as **velocidades do Direito Penal**, o **Direito Penal do inimigo** e o **Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade**.

DIREITO INTERVENCIONISTA OU DE INTERVENÇÃO

O direito intervencionista respeita o princípio da intervenção mínima.

Seu criador e principal defensor é o alemão **Winfried Hassemmer**. Para ele, o Direito Penal **não oferece resposta satisfatória** para a criminalidade oriunda das sociedades modernas. Além disso, o poder punitivo estatal deveria limitar-se ao núcleo do Direito Penal, isto é, à estrutura clássica dessa disciplina, sendo **os problemas resultantes dos riscos da modernidade resolvidos pelo direito de intervenção, única solução apta a enfrentar a atual criminalidade**.

O **direito de intervenção**, na forma proposta por **Winfried Hassemmer**, consiste na **manutenção**, no âmbito do Direito Penal, **somente das condutas lesivas aos bens jurídicos individuais** e também daquelas que causam **perigo concreto**. As demais, de índole **difusa ou coletiva**, e causadoras de perigo abstrato, por serem **apenas de maneira mais branda, seriam reguladas por um sistema jurídico diverso, com garantias materiais e processuais mais flexíveis**, possibilitando um tratamento mais célere e amplo dessas questões, sob pena de tornar o Direito Penal inócuo e simbólico. **Além disso, não seria tarefa do Poder Judiciário aplicá-las, mas sim da Administração Pública**.

Defende a diminuição da intervenção do Estado. Por exemplo, retirar do Direito Penal as condutas que hoje constituem crimes ambientais, transportando-as para o direito de intervenção, em que os ilícitos seriam combatidos com sanções diversas, mais céleres, tais como a multa, a suspensão e a interdição de atividades etc.

AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Jesús-Maria Silva Sánchez, professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra, Barcelona, apresenta a **teoria das velocidades do Direito Penal**, revelando uma nítida preocupação com a consolidação de um único **“Direito Penal moderno”**, ou seja, busca evitar a modernização generalizada caracterizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes às penas privativas de liberdade.

Parte do pressuposto de que o **Direito Penal**, no interior de sua unidade substancial, **contém dois grandes blocos**, distintos, de ilícitos: o primeiro, das infrações penais às quais são cominadas **penas de prisão**, e, o segundo, daquelas que se vinculam aos **gêneros diversos de sanções penais**.

Aquele é o modelo padrão, vigente no âmbito cultural da grande maioria das nações. Ademais, **a pena privativa de liberdade não pode**, em um Estado que é e precisa manter-se democrático e de direito, **ser imposta pela Administração Pública**.

Defende **Sánchez** que seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das **sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas)** se **flexibilizassem** os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização, da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.

Dessa forma, haveria manifesta distinção entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido.

O Direito Penal teria, então, duas velocidades. Segundo Sánchez, em uma **primeira velocidade**, representada pelo Direito Penal “**da prisão**”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma **segunda velocidade**, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de **penas de privação de direitos ou pecuniárias**, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma **flexibilização** proporcional à menor intensidade da sanção.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do inimigo foi desenvolvida por **Günther Jakobs**, professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, reconhecido mundialmente como um dos maiores criminalistas da atualidade.

A ele é também atribuída a criação de uma nova teoria da ação jurídico-penal, o **funcionalismo radical, monista ou sistêmico**, ou seja, o **pensamento que reserva elevado valor à norma jurídica como fator de proteção social**. Para ele, apenas a aplicação constante da norma penal é que imprime à sociedade as condutas aceitas e os comportamentos indesejados.

O pensamento de Jakobs coloca em discussão a real efetividade do Direito Penal existente, **pugnando pela flexibilização ou mesmo supressão de diversas garantias materiais e processuais** até então reputadas em uníssono como absolutas e intocáveis.

Inimigo representa aquele que, em situação de confronto, deve ser enfrentado e a qualquer custo vencido.

Inimigo, para Jakobs, é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas **as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas**.

Em síntese, trata-se de um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de veiculação a uma organização criminosa, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.

Para Silva Sánchez, a transição do “cidadão” ao “inimigo” seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.

Fundamenta filosoficamente sua teoria nas idéias de **Jean Jacques Rousseau**, já que o inimigo, ao desrespeitar o contrato social, guerreando com o Estado, deixa de ser um de seus membros. Ademais, abeberando-se em **Immanuel Kant**, sustenta que uma pessoa ameaçadora contumaz da comunidade e do Estado, que não acolhe o Estado comunitário-legal, deve ser tratada como inimiga.

EFEITOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

De acordo com a teoria do alemão **Günther Jakobs**, o Estado não deve reconhecer os direitos do inimigo, por ele não se enquadrar no conceito de cidadão. Não pode o inimigo ser tratado como pessoa, pois entendimento diverso colocaria em risco o direito à segurança da comunidade.

O inimigo, assim, não pode gozar de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual. Possível, inclusive, a sua incomunicabilidade. Em uma guerra, o importante é vencer, ainda que para isso haja deslealdade com o adversário.

Como representa grande perigo à sociedade, deixa-se de lado o juízo de culpabilidade para a fixação da reprimenda imposta ao inimigo, privilegiando-se sua periculosidade. A pena teria duração determinada, ao contrário da medida de segurança, possibilitando sua retirada do convívio público por todo o tempo em que persistir sua situação de perigo, compreendida como a probabilidade de tornar a cometer infrações penais.

Encontra amparo no positivismo criminológico de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, que clamava por um sistema penal em consonância com a real necessidade de **defesa social**, mormente quando estava assombrado por criminosos revestidos de indissociáveis aspectos endógenos.

Deve ainda o Direito Penal do inimigo antecipar a esfera de proteção da norma jurídica, adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição. Se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para a manutenção da ordem deve ser combatida a sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime.

Essa antecipação não se importa com a quantidade de sanção penal a ser aplicada, pois o que se tem em mente é a garantia da sociedade. **O inimigo não tem direitos e, assim, seu sacrifício se impõe para a proteção do interesse público.**

Para viabilizar esse adiantamento, deve o Estado valer-se abundantemente da ação controlada para retardar a prisão em flagrante ao momento em que possa ser capturado o maior número de inimigos. Compete providenciar, também, a infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas, para eficaz desbaratamento. Medidas preventivas e cautelares têm seu campo de incidência alargado, autorizando-se mais facilmente interceptações telefônicas e quebras de sigilos bancário e fiscal.

O Estado está legitimado a aplicar medidas processuais e penais às pessoas que exercem atividades lícitas, em razão de alguns membros da classe guardarem íntima relação com organizações criminosas,

grupos de traficantes e responsáveis por lavagem de dinheiro, como se dá com bancos, joalheiros e leiloeiros. Cuida-se de meios de defesa contra agressões futuras.

Dele decorre também a **mitigação do princípio da reserva legal ou estrita legalidade**, pois a periculosidade do inimigo impede a previsão de todos os atos que possam ser por ele praticados.

Nos crimes tipificados, **as penas devem ser severamente majoradas**, com o intuito de intimidar o inimigo, mantendo em estado latente todo o perigo que pode ser por ele causado.

Deve ser mais rigorosa a execução penal, na tentativa de emendar o inimigo e evitar a proliferação de outros, que deverão sentir a força e o poder do Estado legalizado.

Possível, assim, a **eliminação de direitos e garantias individuais**, uma vez que não paira necessidade de obediência ao devido processo legal, mas a um procedimento de guerra, de intolerância e repúdio ao inimigo.

O **inimigo arrependido**, disposto a auxiliar o Estado no combate de seus antigos companheiros, contudo, **deve receber benefícios**, desde que os delate, permitindo o desmantelamento de quadrilhas, prisões em massa e recuperação dos produtos e proveitos dos crimes.

Enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um direito penal do cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o **Direito Penal do inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado.**

Silva Sánchez define o **Direito Penal do inimigo como a terceira velocidade do Direito Penal**: privação da liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais.

A proposta de Jakobs recebe **inúmeras críticas**, fundadas principalmente na violação de direitos e garantias constitucionais e legais.

DIREITO PENAL COMO PROTEÇÃO DE CONTEXTOS DA VIDA EM SOCIEDADE

Cuida-se de proposta formulada por **Günter Stratenwerth** e, com a **finalidade de garantir o futuro da sociedade, deixa em segundo plano a proteção dos interesses individuais**, para salvaguardar imediatamente os bens jurídicos inerentes a toda a coletividade.

Ao contrário da teoria proposta por Winfried Hassemer, **busca de modo precípua a proteção dos bens jurídicos difusos, pois considera mais importante a salvaguarda do todo social para, secundariamente, assegurar o patrimônio jurídico de cada indivíduo isoladamente considerado.**

Desse modo, imaginando a aplicação da teoria ao Direito Penal brasileiro, poderíamos concluir ser mais relevante a proteção do meio ambiente contra a poluição, na forma prevista na Lei 9.605/1998, do que a simples punição de um crime de ameaça, pois a sociedade estaria garantida imediatamente com a preservação do meio ambiente, ao passo que, com a segunda incriminação, somente um indivíduo teria seu bem jurídico (liberdade individual) resguardado, o que coletivamente não seria de elevada importância.

Cuida-se de proposta audaciosa que ganhará importância ao longo do século XXI, para o enfrentamento dos riscos da sociedade moderna. Como afirma **Claus Roxin**, conduzirá a uma “certa relativização, e não a um abandono da idéia de bem jurídico”, sempre considerado ao longo da história principalmente em face do patrimônio jurídico de cada indivíduo, isoladamente.

Claus Roxin ([Hamburgo](#), [15 de maio](#) de [1931](#)) é um [jurista alemão](#). Ele é um dos mais influentes dogmáticos do [direito penal](#) alemão, tendo conquistado reputação nacional e internacional neste ramo. É detentor de doutorados honorários conferidos por 17 universidades no mundo.

Claus Roxin foi o introdutor do [Princípio da bagatela](#), em 1964, no sistema penal. Claus Roxin foi o desenvolvedor do Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade no Direito Penal. Segundo tal princípio, se proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente, e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. Ninguém pode ser punido por ter feito a si mesmo.

4 – A DOGMÁTICA PENAL:

A *dogmática jurídico-penal*, ou *dogmática penal*, é uma ciência normativa que tem como fundamento e limite à lei positivada, a lei vigente. Neste caso, a lei penal.

A dogmática parte da elaboração de conceitos que arruma num edifício lógico e que vem permitir uma aplicação certa, segura e uniforme da lei penal, ou seja:

- Afirmar-se que um crime é uma ação ou um fato típico, ilícito, culposo e punível é obra dogmática;
- Afirmar-se, por exemplo, que um fato ilícito é um fato típico não justificado, é também obra da dogmática jurídico-penal.

O penalista espanhol Enrique Gimbernat Ordeig define:

A dogmática nos deve mostrar o que é devido com base no Direito. A dogmática jurídico-penal, pois, averigua o conteúdo do Direito penal, quais são os pressupostos que se darão para que entre em jogo um tipo penal, o que é que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impune e onde começa o punível. Torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtraí-lo à irracionalidade, à arbitrariedade e à improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do acaso e de fatores incontrolláveis a condenação ou a absolvição. Desta forma, em um autêntico Estado de Direito, a dogmática penal é um instrumento imprescindível para manter o Direito penal sob controle, para que a pena não chegue mais longe do que o legislador se propôs que chegue.

5 - FASES DA EVOLUÇÃO DO TIPO

Podemos identificar três fases na construção do tipo penal:

PRIMEIRA FASE

Numa primeira fase, o tipo possuía caráter puramente descritivo. Não havia sobre ele valoração alguma, servindo tão-somente para descrever as condutas (omissivas ou comissivas) proibidas pela lei penal. O tipo era concebido como descrição pura, sendo os fatos típicos conhecidos independentemente de juízos de valor. O tipo, para Beling, não tem qualquer conteúdo valorativo, sendo meramente objetivo e descritivo, representando o lado exterior do delito, sem qualquer referência à antijuridicidade e à culpabilidade. Haveria no tipo tão somente uma delimitação descritiva de fatos relevantes penalmente, sem que isto envolvesse uma valoração jurídica dos mesmos.

SEGUNDA FASE

O tipo passou a ter caráter de INDÍCIO DE ILICITUDE, ou seja, quando o agente pratica um fato típico, provavelmente esse comportamento também será antijurídico. A tipicidade opera como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou descartado mediante a comprovação de causas de justificação.

Tipo como razão indiciária da ilicitude – tipo como *ratio cognoscendi*.

TERCEIRA FASE

O tipo passa a ser A RAZÃO DE SER da ilicitude – *ratio essendi*.

É como se fosse uma fusão entre a tipicidade e a antijuridicidade. Não há que se falar em fato típico se a conduta praticada pelo agente for permitida pelo ordenamento jurídico.

Para MEZGER, aquele que atua de forma típica está atuando também antijuridicamente, enquanto não houver uma causa de exclusão do injusto. Ou a pessoa pratica fato típico e antijurídico desde a sua origem, em razão da ausência de qualquer causa de exclusão da ilicitude, ou é atípico e lícito desde o início, em fase da presença de causa de justificação. Na verdade, as causas de justificação atingiriam diretamente a tipicidade, e não somente a antijuridicidade.

6 - TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

Como decorrência dessa posição de entender o tipo como a *ratio essendi* da antijuridicidade, surgiu a TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO.

Segundo essa teoria, toda vez que a conduta do agente não for ilícita, não for antijurídica, não existirá o próprio fato típico. Para a teoria, já que a antijuridicidade integra o tipo penal, a existência de causas de justificação faz desaparecer a tipicidade. O fato deixa de ser típico. Hans-Heinrich JESCHECK, precursor da teoria dos elementos negativos do tipo, “o tipo deve abarcar não só as circunstâncias típicas do delito, mas também todas aquelas que afetem a antijuridicidade. **OS PRESSUPOSTOS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO SE ENTENDEM, ASSIM, COMO ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO.** Incluem-se, portanto, no tipo porque somente quando faltam é possível um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Elementos do tipo e pressupostos das causas de justificação se reúnem, por esta via, em um tipo total e se situam sistematicamente em um mesmo nível.

Assim, os elementos negativos do tipo são as causas de justificação, porque implicitamente integram o tipo e só permitem que ele opere quando ausentes no caso concreto.

Para essa teoria, não se estuda primeiramente a conduta típica para somente depois levar a efeito a análise de sua antijuridicidade.

De acordo com as lições de HANS WELZEL, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito, sendo que o elemento seguinte pressupõe necessariamente o antecedente.

Já consoante as lições dos que adotam a teoria dos elementos negativos do delito, como JESCHECK, a existência de um TIPO TOTAL (tipicidade + antijuridicidade) faria com que ou o fato é típico e antijurídico, ou não é nenhum dos dois. Não existiria, portanto, fato típico, mas lícito (ou não antijurídico).