

**Paulo Queiroz**

**DIREITO  
PENAL**

**Parte Geral**

**1**

**14ª edição:**

Revista, ampliada e atualizada

**2020**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# ► |01| INTRODUÇÃO GERAL

**Sumário** • 1. Conceito e instrumentalidade da teoria do delito; 1.1. Crítica da razão técnico-jurídica – 2. Funcionalismo (sistema racional-final, teleológico ou funcional) – 3. Evolução da teoria do delito: causalismo, finalismo e funcionalismo; 3.1. Introdução; 3.2. A teoria causal da ação (causalismo ou naturalismo); 3.3. A teoria final da ação (finalismo); 3.4. Funcionalismo – 4. Responsabilidade penal da pessoa jurídica; 4.1. Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos tribunais superiores.

## 1. CONCEITO E INSTRUMENTALIDADE DA TEORIA DO DELITO

*Não há uma única regra que permaneça válida em todas as circunstâncias, nem um único meio a que se possa sempre recorrer. A ciência precisa de pessoas que sejam adaptáveis e inventivas, não rígidos imitadores de padrões comportamentais estabelecidos.* Feyerabend. *Contra o método*. São Paulo: Unesp, 2003, pp. 220/221.

A teoria do delito (ou teoria do crime ou teoria do fato punível) ocupa-se dos pressupostos gerais – formais e materiais – que devem concorrer para que um determinado comportamento humano possa ensejar a aplicação de uma sanção penal (pena ou medida de segurança). Estudá-la é estudar as categorias sistemáticas de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, bem assim os conceitos e institutos que lhes são inerentes. A teoria do delito cuida, portanto, dos pressupostos jurídico-penais da punibilidade de uma conduta; ocupa-se, assim, da interpretação, sistematização e crítica dos institutos jurídico-penais.

A dogmática trata, pois, de subministrar critérios racionais e legítimos (pretensamente) de imputação (objetiva e subjetiva) e responsabilização penal. A teoria do delito é, portanto, uma teoria da responsabilidade penal.<sup>1</sup> Diversa é a teoria da pena, que, além do sentido e fins da pena, trata, no essencial, dos critérios de individualização da sanção penal (penas e medidas de segurança) e sua respectiva execução.

---

1. Como escreve José Miguel Zugaldía Espinar e outros, “a teoria jurídica do delito é uma teoria da imputação, isto é, um instrumento conceitual que nos permite determinar juridicamente se um determinado fato tem a consideração de delito e merece, em consequência, a imposição de uma sanção penal.” *Fundamentos de derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 201. O que Francisco Muñoz Conde escreve a propósito da culpabilidade é válido para a teoria geral do delito: “a culpabilidade não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, o Estado representante, produto da correção de forças sociais existentes num momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e não-liberdade. Daí decorre que o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou, inclusive, como uns acreditam, contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.” *Teoria Geral do Delito*, cit., p. 128.

A dogmática é assim uma espécie de gramática do direito penal, que cuida do significado dos institutos e conceitos jurídico-penais, bem como das funções, conexões e articulações entre esses conceitos. E se presta a explicar o que é o crime e quando ele é justificável, escusável e punível.

Em suma, a teoria jurídica do crime é um esquema que estabelece as condições de legitimação e deslegitimação da jurisdição penal.

Mas é importante perceber que, ao recorrer à teoria do delito e seus conceitos, o juiz não se limita a constatar um crime e aplicar-lhe uma pena, mas a construí-lo socialmente, afinal, o direito e, pois, o crime, não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, razão pela qual a interpretação da teoria do crime não é um modo de constatar ou desvelar um direito ou um crime preexistente, mas a forma mesma de produção do direito e do crime.<sup>2</sup> Afinal, o sentido das coisas (fatos, provas, textos etc.) não é dado pelas próprias coisas, mas por nós, ao atribuímos um determinado sentido num universo de possibilidades – aí incluída a falta de sentido inclusive.<sup>3</sup>

Não existem, portanto, fenômenos jurídicos, nem jurídico-penais, mas uma interpretação jurídica e jurídico-penal desses fenômenos. Conseqüentemente, não existem fenômenos criminosos (nem típicos, ilícitos ou culpáveis), e sim uma interpretação criminalizante dos fenômenos; e, pois, uma interpretação tipificante, culpabilizante etc.

Naturalmente que dizer que em direito (e em direito penal) nada é dado, que tudo é construído, logo, que o crime é um *constructo*, significa que todo conceito a que a teoria do delito se refere também o é, tais como: dolo, culpa, nexa causal, erro de tipo/proibição, autoria, participação etc.

Convém notar ainda que a teoria do delito, como toda pretensão de sistematização, implica uma esquematização, uma classificação – de pessoas e coisas – e constitui, por isso, um meio – necessário, mas insuficiente – a serviço de um fim, que nem sempre é alcançável ou mesmo desejável, tal é o número (imprevisível) de variáveis que sempre a surpreendem.<sup>4</sup> Não existe um sistema ou regra absolutamente válida, isto é, aplicável incondicionalmente a todo e qualquer fato.

2. É o que a criminologia (crítica) chama de criminalização secundária.

3. Como observa Roberto Machado, o conhecimento é antropomórfico: não provém da “essência das coisas”, não se pode dizer que corresponda à essência das coisas; a verdade é antropomórfica: não contém nenhum ponto que seja verdadeiro em si, real e válido universalmente, independentemente do homem. Nietzsche e a verdade. S. Paulo: Graal, 2002, p. 102. De modo semelhante, Flávio Kothe: “todo conhecimento é subjetivo, por mais que se procure torná-lo objetivo. Ele é tanto mais arbitrário quanto mais ele crê ser o puro fato. Interpretações montam os fatos, constituem a natureza do ‘fato’. O modo de ‘enquadrar o fato’ depende da leitura que se faz do problema. Como que se constitui o texto do problema mediante a leitura que dele se faz, e essa leitura não é ‘técnica’, embora o modo de resolver a questão utilize elementos técnicos (mas não apenas técnicos). As ‘leituras’ montam o texto que está sendo lido. Técnicas são meios, não fins, e nem começo.” Ensaio de semiótica da cultura, cit.

4. Talvez por isso, ou também por isso, Nietzsche escreveu: “desconfio de todos os sistematizadores e os evito. A vontade de sistema é uma falta de retidão”. Crepúsculo dos ídolos. S. Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 13.

Como mostra a leitura dos diversos tratados, manuais e cursos de direito penal, trata-se de sua parte mais exaustivamente estudada e, por consequência, elaborada. Mas esse estudo, pelo seu caráter geral, foi tradicionalmente marcado por excessiva abstração, a ponto de se desvencilhar, quase por completo, da realidade social a que deveria se destinar e regular, como se a dogmática penal constituísse um fim em si mesmo.<sup>5</sup> Tal excesso teria ainda como efeito colateral o franco desprestígio de tema sumamente importante: a teoria da pena. Ainda hoje a doutrina lhe dá tratamento claramente marginal.

No entanto, é preciso não perder de vista que a teoria do delito tem um papel instrumental e auxiliar, porque existe e se destina a resolver conflitos de interesses, tendo declarada vocação pragmática. Por conseguinte, deve estar sempre orientada para a solução de problemas sociais reais, pois o direito penal não é uma *ciência de professores*, mas uma *ciência de casos* (Mir Puig). Além disso, o sistema, como assinala García-Pablos, não é um estado final de elaboração dogmática, mas um momento desta, não um fim, mas um meio, flexível, provisório, aberto ao problema, que não se justifica por si mesmo, nem por sua coerência ou rigor lógico, mas por seus resultados e funções.<sup>6</sup> Determinante, portanto, há de ser sempre a solução da questão de fato.<sup>7</sup>

O papel fundamental da dogmática não é, enfim, tornar possível a mais sofisticada resposta jurídico-penal, mas, sim, criar as condições de produção de decisões justas, adequadas e constitucionalmente fundadas. E é importante notá-lo porque a doutrina penal brasileira é fortemente influenciada pela sofisticada doutrina penal alemã, não raro excessivamente abstrata, sutil e pouco pragmática. Não por outra razão, Kai Ambos assinala, enfaticamente, que “até agora a dogmática e a ciência jurídico-penal de língua alemã não tiveram *nenhuma influência* prática na configuração de uma Parte Geral de direito penal internacional – e em absoluto do direito penal internacional!”. Mais: “como acertadamente critica *Lenckner*, se ela está 'caracterizada por uma extraordinária, e em parte interminável, diferenciação e refinação do instrumento dogmático, então é evidente que o estado da discussão resultará para o observador estrangeiro pouco compreensível, sobretudo se provém do *common law*, sistema jurídico que forjou tenazmente o direito penal internacional”.<sup>8</sup>

5. Como assinala Roxin, “fruto de um ponto de partida positivista, chegou-nos um sistema classificatório na forma de uma pirâmide conceitual de modo bastante análogo ao sistema de plantas de Lineu: a construção ergue-se da massa dos elementos do crime através de sucessivas abstrações feitas extrato por extrato, até chegar ao conceito superior e genérico da ação. A causa pela qual um sistema fechado, surgido de tal maneira, nos afasta da solução de nosso problema: ele isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais, e por outro, da realidade social, ao invés de abrir-lhe os caminhos até elas” (Política criminal e sistema jurídico-penal, trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22-23).

6. Derecho penal, cit., p. 413.

7. Jescheck, Tratado, cit., p. 176.

8. A parte geral do direito penal internacional. São Paulo: RT, 2008, p. 59/60.

Em suma, a melhor teoria não é, ou não é necessariamente, a que oferece a melhor sistematização, mas a que conduz a uma solução justa do caso concreto, razão pela qual uma boa teoria é aquela capaz de reduzir e solucionar problemas adequadamente, e não a que se perde em sutilezas e os multiplica. A teoria do delito, apesar de ser um exercício lógico de casos hipotéticos<sup>9</sup>, há de ser julgada segundo os seus resultados, e não de acordo com a sua coerência ou rigor sistemático. Um sistema que conduz ao absurdo deve ser revisto, substituído ou simplesmente abandonado. Também por isso, não raro o direito tem de recorrer a soluções *ad hoc*.

Consequentemente, a interpretação/aplicação dos institutos jurídico-penais, isto é, interpretação das categorias dogmáticas (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), há de ser feita criticamente, com vistas à justa solução do caso concreto, à luz dos fundamentos, objetivos e princípios próprios do modelo constitucional de direito. Aliás, seria ingênuo supor que a técnica jurídica fosse bastante para se decidir justamente; sim, porque a formação técnico-jurídica só pode oferecer, na melhor das hipóteses, isso: uma decisão técnica. Mas uma decisão técnica não é uma decisão justa ou ao menos não o é necessariamente: em particular aqueles que acompanham mais de perto as decisões do tribunal do júri sabem que os jurados, embora leigos em direito, não raro decidem com mais justiça do que os juízes togados. É que se, para o juiz técnico, importa primeiramente a técnica, para o juiz leigo, interessa primordialmente a justeza das decisões, por vezes valendo-se, inclusive, de argumentos insustentáveis do ponto de vista estritamente dogmático. Dito de outro modo: decisões tecnicamente corretas não são necessariamente decisões justas, assim como decisões tecnicamente incorretas não são decisões necessariamente injustas.

Parece, inclusive, que no fundo os grandes juízes de direito e promotores de justiça, tanto quanto os advogados talentosos, diferentemente dos meros burocratas, à semelhança dos poetas e músicos virtuosos, não se tornam, nascem; e a técnica para tais pessoas parece constituir apenas um instrumento de aperfeiçoamento de habilidades/qualidades inatas, preexistentes à formação técnica, a qual não é em si mesma garantia de justiça. É que uma boa interpretação na arte, como no direito, mais do que técnica e razão, requer talento e sensibilidade.

Em conclusão, a dogmática penal deve ser não um sistema (pretensamente) neutro<sup>10</sup> e tecnocrata, mas pragmática e político-criminalmente orientado; um sistema, por-

9. A síntese é de Juarez Tavares.

10. Como assinala Mir Puig, um dos aspectos mais criticáveis da fundamentação tradicional da teoria do delito, fortemente positivista, é a pretensão de apresentar todos os conceitos como não disponíveis valorativamente, mas como exigências sistemáticas, puramente. Por isso, entende que é preciso rechaçar tal perspectiva, que encobre autênticas decisões valorativas através de um aparato conceitual aparentemente asséptico e neutro, pois “a grande maioria dos conceitos que intervêm na teoria do delito são intensamente valorativos (...). O neokantismo chamou a atenção para a dimensão valorativa das categorias da teoria do delito, mas não o seu significado político. Desde os anos 70, reconhece-se que a construção teórica do delito deve partir da função político-criminal do Direito Penal (funcionalismo). Porém, a Política Criminal depende de cada modelo de Estado” (Derecho penal, cit., p. 108-109).

tanto, aberto à realidade social e suas necessidades, e não cerrado em si mesmo, não podendo a justiça e a eficácia das soluções dos problemas concretos fundamentarem-se exclusivamente em deduções lógicas ou silogismos,<sup>11</sup> de modo que o método da simples subsunção deve ceder lugar ao da ponderação de interesses. Semelhante perspectiva está a exigir, em consequência, uma prudente revalorização do pensamento aporético ou problemático,<sup>12</sup> bem como a adoção de um modelo integrado de criminologia, política criminal e direito penal, pois representam três momentos incidíveis da resposta social ao problema do crime: um momento explicativo-empírico (a criminologia), um decisório (a política criminal) e um instrumental (direito penal).<sup>13</sup>

Mas politizar a dogmática não significa que o juiz não deva obediência à lei, e sim que tem de ser interpretada e que toda interpretação é um complexo labor valorativo dentro do marco dos direitos fundamentais positivos (constitucionais e internacionais).<sup>14</sup>

De todo modo, a forma como é estruturada a teoria do delito pressupõe uma determinada orientação político-criminal, razão pela qual os conceitos e institutos jurídico-penais (v. g., dolo e culpa, autoria e participação etc.) são, em última análise, configurações de uma certa perspectiva política, inevitavelmente.

Finalmente, ao assinalar à dogmática jurídico-penal um papel instrumental e auxiliar, não se pretende ignorar ou rechaçar, sem mais, a sua importância, pois, como afirma Gimbernat Ordeig, quanto menos desenvolvida é a dogmática penal, mais imprevisíveis serão as decisões dos tribunais, dependendo a absolvição ou a condenação dos réus do azar e de fatores incontroláveis, subtraindo o direito penal à irracionalidade, à arbitrariedade e à improvisação.<sup>15</sup>

### 1.1. Crítica da razão técnico-jurídica

A tecnicização do direito e, por consequência, a tecnicização daqueles que operam com o direito, visou a atender a uma demanda de segurança jurídica, por se pressupor que as questões complexas e difíceis de que cuida a dogmática jurídica contemporânea deveriam competir a especialistas: advogados, promotores, juízes; enfim, pessoas com formação especializada. A técnica do direito e dos seus operadores respondeu, assim, a uma mesma pretensão de segurança e correção das decisões, a evitar a improvisação e o domínio das paixões na administração da justiça.<sup>16</sup> A tecnicização representou o triunfo da razão no direito.

11. García-Pablos, Derecho penal, cit.

12. García-Pablos, Derecho penal, cit., p. 391 e 414.

13. García-Pablos, Derecho penal, cit., p. 406.

14. Fernández Carrasquilla, Concepto, Proemio, cit.

15. Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?, Bogotá: Ed. Temis, 1983, p. 27 e 158.

16. Segundo Salo de Carvalho, “o homem teórico, forjado na cultura helênica ocidental por Sócrates, narcotizado pela busca da verdade, atribuiu ao saber científico a capacidade de distinguir o erro, de separar essência e aparência. No entanto, este otimismo na razão sistematizadora ofuscou

De acordo com Welzel, a ciência sistemática dá base para uma administração da justiça uniforme e justa, pois só o conhecimento das relações internas do direito impede o acaso e a arbitrariedade. É que a renúncia a uma teoria do delito, tanto generalizadora como diferenciadora em favor de uma valoração individual qualquer – são palavras de Claus Roxin –, faria retroceder a ciência penal a vários séculos, ou seja, àquela situação de acaso e arbitrariedade. O sistema, portanto, implica segurança, previsibilidade e certeza, conclui García-Pablos.<sup>17</sup>

Apesar disso, a tecnicização não se deu de forma absoluta, porque ainda existem aqui e ali instituições jurídicas cuja composição toca a leigos em direito, a exemplo do tribunal do júri, a quem compete decidir alguns dos crimes mais importantes: os crimes dolosos contra a vida (homicídio doloso etc.).

Mas a tecnicização e profissionalização no direito têm uma série de limitações e, pois, acarretam vantagens e desvantagens.

- 1) Uma primeira questão diz respeito à própria especialização, isto é: os juristas são realmente especialistas, isto é, peritos nos assuntos de que tratam?<sup>18</sup>

Parece-nos que em grande parte a especialização dos juristas é um mito. Sim, porque são chamados a se manifestar sobre praticamente tudo e, portanto, sobre temas os mais diversos e nos quais é ou pode ser ignorante: imprudência técnica (de médicos, engenheiros etc.), sistema financeiro etc., por vezes assumindo o papel de economistas, de administradores ou de todos conjuntamente.

Não raro a maior especialização do jurista é, assim, um simples preconceito, porque, apesar de sua formação técnica numa área específica (a lei e o direito), tem em tese competência para todo e qualquer assunto, dada a onipresença do fenômeno jurídico: medicina, psiquiatria, finanças etc.; são, paradoxalmente, especialistas sem especialidade. Exatamente por isso, certas interpretações jurídicas podem eventualmente parecer ridículas aos olhos de um autêntico especialista/perito.

Além disso, tem razão Feyerabend quando afirma que não especialistas frequentemente sabem mais do que os especialistas e deveriam, portanto, ser consultados.<sup>19</sup>

- 2) Outra questão é que decisões tecnicamente corretas não são necessariamente decisões justas, assim como decisões tecnicamente incorretas não são necessariamente decisões injustas. Imagine-se que a esposa queira matar seu marido em virtude dos maus-tratos que sofre sistematicamente; para tanto, adiciona veneno na sua

---

a pluralidade dos fenômenos existentes na realidade e as infinitas formas de interpretá-lo, ou seja, impediu perceber inúmeras formas de manifestação das verdades: de verdades marginais que transpõem os horizontes da moral”. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 179-180.

17. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 386. As citações anteriores constam do mesmo livro e página.

18. Uso a expressão “jurista” no sentido de pessoa versada na lei.

19. *Contra o Método*. S. Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 17.

refeição, a qual, por desgraça, vem a ser provada pelos filhos, que morrem. Pois bem, de acordo com a técnica fria do Código Penal, houve um homicídio doloso consumado contra o marido, que está vivo e que voltaria a viver com ela tempos depois. Enfim, trata-se de uma tragédia real lida como ficção.

São também exemplos de decisão tecnicamente correta, mas nem por isso justa: a sentença que absolve o réu confesso por questões formais; a que decreta a extinção da punibilidade (prescrição, decadência, anistia etc.); a que impede a rescisão da coisa julgada contra o réu confesso etc.

Convém notar ainda que o sistema penal está assentado sobre uma estrutura econômica e social profundamente desigual, e, por isso, é arbitrariamente seletivo e assim recruta a sua clientela entre os grupos mais vulneráveis, a revelar que a pretensão de justiça está grandemente comprometida desde a sua concepção. Em sua majestática igualdade, dizia Anatole France, a lei proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir embaixo das pontes, esmolar nas ruas e furtar pão.<sup>20</sup> E isso sem falar na descontextualização e despolitização dos conflitos que resultam da tecnicização.

Assim, pode ocorrer, inclusive, de ser aconselhável não apenas ignorar determinada regra, por mais racional, mas adotar a regra oposta.<sup>21</sup> É que a questão fundamental não reside em produzir decisões tecnicamente perfeitas, mas decisões minimamente justas e razoáveis.<sup>22</sup> Afinal, e conforme assinala Castanheira Neves, uma boa interpretação não é aquela que, numa perspectiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é, antes, aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto.<sup>23</sup>

Quanto às decisões tecnicamente incorretas, mas nem por isso injustas, bastaria lembrar certas decisões do Júri, formado que é por leigos, e cujos jurados são chamados a decidir, não segundo a lei, mas conforme “a consciência e os ditames da justiça” (CPP, art. 472), algo um tanto distinto.

3) Também por isso (distinção entre técnica e justiça), segue-se que uma boa formação técnico-jurídica não constitui garantia de profissionais (juizes, promotores, advogados etc.) justos, mesmo porque podem ser, não obstante a excelência técnica, corruptos, preguiçosos, insensíveis, covardes, desonestos, sádicos etc. E uma

20. Citado por Gustav Radbruch. *Introdução à ciência do direito*. S. Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 107.

21. Paul Feyerabend. *Contra o Método*. S. Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 37-38.

22. Como ensina Castanheira Neves, a linha de orientação exata só pode ser, pois, aquela em que as exigências de sistema e de pressupostos fundamentos dogmáticos não se fecham numa autossuficiência, a implicar também a autossubsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante, e antes se abrem a uma intencionalidade materialmente normativa que, na sua concreta e judicativa-decisória realização, se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela sua experimentação concretizadora. Não é outro o sentido da interpretação enquanto problema normativo, em que, portanto, também estarão presentes as duas grandes coordenadas da racionalidade jurídica, o sistema e o problema, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 123.

23. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 84.

boa interpretação, na arte como no direito, além de técnica e razão, requer talento e sensibilidade. É que tais atividades demandam habilidades que estão muito além da simples técnica: maturidade, experiência, coragem, capacidade de trabalho.<sup>24</sup> E decidir não é exclusividade dos juizes, afinal todos nós decidimos permanentemente, como filhos, irmãos, pais, profissionais, membros de órgão de classe etc.

- 4) É certo ainda que as decisões estão de um modo geral predeterminadas ou pré-condicionadas por nossos preconceitos e, portanto, na sua origem prescindem da formação técnico-jurídica, de sorte que um conhecimento formal do direito parece servir apenas para justificar decisões tomadas a partir de certas experiências e prejuízos, que independem da técnica e que lhe precedem necessariamente. Enfim: a interpretação é o resultado do seu resultado; o meio interpretativo e, pois, a forma técnico-jurídica, só são escolhidos depois do resultado já estabelecido;<sup>25</sup> decidimos, primeiro; classificamos depois.
- 5) Não infreqüentemente, os técnicos do direito (a doutrina em especial) se põem a criar e sofisticar conceitos e institutos com absoluta independência da realidade, sem nenhuma relevância prática ou mesmo teórica ou acadêmica. A técnica, que deveria ser assim um meio a serviço da justiça, converte-se em um fim em si mesmo por meio de um diálogo (às vezes um monólogo) entre diletantes do direito, que se ocupam de certas extravagâncias e elegend os temas considerados importantes e lançam, por assim dizer, a moda no direito.
- 6) Outro problema grave reside no ensino jurídico que, ligado a um modelo pedagógico autoritário, no mais das vezes privilegia a memória, a repetição e a uniformidade de pensamento, em prejuízo da inteligência, da imaginação e da diversidade, e assim desencoraja a formação crítica e aniquila a individualidade.<sup>26</sup> Falta, com freqüência, o essencial: a formação de espíritos capazes de pensar por conta própria, mesmo porque ensinar não é só transmitir informação, mas criar as condições para produção do conhecimento.<sup>27</sup>

---

24. Já Radbruch afirmava que “o novo direito penal não poderá vingar sem um juiz totalmente novo. Exige, portanto, uma inversão da formação criminalista. O que vale para o juiz em geral vale particularmente para o juiz penal: para meio centavo de doutrina deveria corresponder um real de conhecimento da natureza humana e da vida. Por isso a formação do futuro juiz penal não poderá ser uma formação meramente jurídica, deverá estender-se a técnica criminal, psicologia criminal, teoria carcerária, antes de tudo também experiência prática em instituições de todos os tipos. Tudo isso é necessário para o juiz penal, mas de modo algum suficiente, pois, afinal, o bom juiz penal o é de nascença. O coração bondosamente compreensivo e a mão que conduz com firmeza, que não lhe podem faltar, não lhe poderão ser dados por nenhuma formação. Introdução à ciência do direito. S. Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 123.

25. Radbruch, Gustav, citado por Arthur Kaufmann. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 121.

26. E a ciência precisa de pessoas que sejam adaptáveis e inventivas, não rígidos imitadores de padrões comportamentais estabelecidos. Feyerabend, cit.

27. Paulo Freire. *Pedagogia da Autonomia*. Paz e Terra: S. Paulo, 2004. Freire chama isso de concepção “bancária” da educação, que consiste em transmitir informação sem nenhum senso crítico. *Pedagogia do oprimido*. S. Paulo: Paz e Terra, 2004.

Não surpreende assim que ensinar/aprender direito significa hoje, basicamente, preparar alguém para ser aprovado em concurso público e, pois, obter um emprego estável e bem remunerado, de modo que o “bom” aluno, o “bom” profissional, é aquele que obtém aprovação em concurso público, concurso que em geral se limita a cobrar informação de leis e códigos;<sup>28</sup> e indiretamente estimula a subserviência e o conservadorismo. Por consequência, o “bom” juiz, o “bom” promotor, é também aquele que se conforma com a orientação dominante ditada pelo tribunal ou instituição a que pertence. E o “êxito” na carreira jurídica é um *continuum* desse processo de domesticação, que precede à formação jurídica inclusive.

Não é preciso dizer o quanto essa cultura da lei e da ordem favorece a legitimação de estruturas elitizadas de poder (instituições, tribunais, conselhos) facilmente criticáveis e eventualmente extinguíveis fosse outro o ambiente.

- 7) Numa confusão mais ou menos consciente entre lei e direito, ignora-se que o direito, assim como justiça, ética, estética etc., seja, em última análise, um conjunto móvel de metáforas e metonímias associadas ao que julgamos bom e razoável, e que por isso tem conteúdo grandemente indeterminado; afinal, o direito e o torto não preexistem à interpretação, mas são dela resultado. Pressupõe-se, enfim, que a interpretação depende da lei e do direito, e não o contrário, que é a lei e o direito que dependem da interpretação. Exatamente por isso, a lei, por mais clara, pode ser interpretada de formas diversas e, portanto, conduzir a resultados também diversos.

## 2. FUNCIONALISMO (SISTEMA RACIONAL-FINAL, TELEOLÓGICO OU FUNCIONAL)

Um sistema assim formulado e orientado é claramente teleológico ou funcional, visto perseguir por meio da dogmática (meio) a realização da justiça criminal no caso concreto (fim), segundo uma dada concepção político-criminal, relativamente aos fins da pena.<sup>29</sup>

Pois bem, semelhante perspectiva, de orientar a dogmática político-criminalmente, deve-se a Claus Roxin, que a propôs pela primeira vez em sua obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*<sup>30</sup> (*Política criminal e sistema de direito penal*), de 1970.

28. Salo de Carvalho chama a atenção inclusive para o fato de que os currículos e livros didáticos de direito penal são pensados e estruturados a partir da disposição dos temas e dos institutos apresentados pelo Código Penal, sendo certo que a codificação determina o conteúdo programático dos cursos. Antimanual, cit., p. 24.

29. Para uma crítica ao funcionalismo, Juarez Tavares. Teoria do crime culposos. Rio: Lumen Juris, 2009.

30. Nela defende Roxin que o “caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas desse sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma

E os defensores dessa orientação estão de acordo – são palavras de Roxin – em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e consideram que a formulação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias – ação, causalidade, estruturas lógico-reais –, senão que, única e exclusivamente, deve guiar-se pelas finalidades do direito penal.<sup>31</sup> Mas o próprio Roxin reconhece que tal ponto de vista não introduz algo de absolutamente inovador, pois parte de postulados neokantianos, mas avança no sentido de substituir a “algo vaga orientação neokantiana aos valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena”.<sup>32</sup> Em consequência, cada categoria do delito – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal.<sup>33</sup>

O funcionalismo pretende unir assim a teoria do delito à teoria da pena ou integrar política criminal e dogmática penal, temas tradicionalmente tratados de forma separada, como se nenhuma relação mantivessem entre si (ao menos para a doutrina).<sup>34</sup> De acordo com esse ponto de vista, o sistema de direito penal há de estar estruturado teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas,<sup>35</sup> é dizer, as finalidades que constituem o sistema de direito penal só podem ser de tipo político-criminal, já que os pressupostos de punibilidade devem ser orientados segundo os fins do direito penal, motivo pelo qual as categorias básicas do sistema tradicional (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) se apresentam como instrumentos de valoração política.<sup>36</sup>

Mas se é certo que, por um lado, a perspectiva funcional constitui um avanço em face do pensamento tradicional (causalista, neokantista, finalista ou misto), uma vez que junta a teoria do delito à teoria da pena,<sup>37</sup> por outro, incerta é a sua exata

---

unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito”, afirmando, mais adiante, que “a unidade sistemática entre política criminal e direito penal, (...) também deve ser realizada na construção da teoria do delito, é somente o cumprimento de uma tarefa que é colocado a todas as esferas da ordem jurídica” (Política criminal, cit., p. 20 e 22).

31. Derecho penal, cit., p. 203.

32. Roxin, Derecho penal, cit., p. 203.

33. Política criminal, cit., p. 29.

34. Digo ao menos para a doutrina por considerar que o legislador e os juízes em geral, notadamente o tribunal do júri, diferentemente da doutrina, sempre se guiou por motivos pragmáticos, buscando sempre resolver, prioritariamente, situações concretas, e, nesse sentido, sempre foi funcional, sobretudo se se tiverem em conta, no que se refere ao legislador, as múltiplas causas de extinção de punibilidade (CP, art. 107).

35. Roxin, Derecho penal, cit., p. 217.

36. Roxin, Derecho penal, cit., p. 217-218.

37. Di-lo claramente Roxin: “o direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática

repercussão na estrutura da teoria do delito, tantas são as concepções político-criminais sobre o papel do direito penal, ou tantos são os funcionalismos, inclusive porque, como observa Mir Puig, o problema da função do direito penal constitui um tema inevitavelmente valorativo e opinável.<sup>38</sup> No particular, Roxin entende, em conformidade com a sua teoria dialética unificadora da pena, que os direitos humanos e os princípios do Estado Social integram as valorações político-criminais, que devem constituir a espinha dorsal do sistema.<sup>39</sup>

Em consequência, teremos perspectivas funcionais liberais ou conservadoras, conforme sejam as funções (liberais ou conservadoras) cometidas ao direito penal. Daí se falar, atualmente, de um funcionalismo moderado (Roxin e seguidores), que parte da teoria dialética unificadora, e de um funcionalismo radical ou sistêmico, adotado por Jakobs e outros, que partem da teoria da prevenção geral positiva ou integradora, de inspiração sistêmica; aquele, de corte liberal; esta, conservador.<sup>40</sup> Por último, a configuração e o papel a ser desempenhado pela dogmática e cada uma de suas categorias sistemáticas dependerão, por igual, do ponto de partida que se adote.<sup>41</sup>

Deve-se ressaltar, finalmente, com Silva Sánchez, que a corrente dogmática que hoje é denominada funcionalista ou teleológica não é mais que o produto da acentuação dos aspectos teleológicos valorativos já presentes na concepção dominante, não constituindo algo absolutamente novo e que ameace destruir toda a dogmática tradicional.<sup>42</sup> O próprio Roxin reconhece que não se deve superdimensionar a divergência, pois, apesar das mudanças dialéticas de direção, tais sistemas se encontram numa linha de

---

e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto” (Política criminal, cit., p. 82).

38. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Bosch, 1982, p. 15.
39. Roxin, *Funcionalismo*, cit., p. 232. No mesmo sentido, Greco, em sua *Introdução* a esta obra, p. 64, sustenta que a política criminal legítima não pode ser do tipo lei e ordem ou abolicionista, mas a “política social do Estado Democrático de Direito, que adscrive ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, sempre com respeito absoluto aos direitos e garantias constitucionalmente asseguradas”.
40. Como o reconhece o próprio Jakobs, ao se referir a Baratta, que tem sua formulação como “conservadora”, e Smaus, que a tem como própria de uma “justiça classista” (*Derecho penal*, cit., p. 21-22, nota de rodapé).
41. Sobre a distinção entre o seu sistema e o de Jakobs, Roxin assinala que “a diferença essencial entre os meus esforços, no plano dogmático e sistemático, e os objetivos de Jakobs é que eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos os ideais orientadores de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistêmico-teorético de Jakobs, não constituem dados prévios nenhum conteúdo, nenhuma finalidade de política criminal...” (Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra – Universidade Lusíada, 21 de março de 2000).
42. *Aproximación*, cit., p. 67.

desenvolvimento contínuo: as categorias fundamentais se mantiveram desde o naturalismo até hoje, apesar de todas as modificações de conteúdo a que foram submetidas.<sup>43</sup>

### 3. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO: CAUSALISMO, FINALISMO E FUNCIONALISMO

#### 3.1. Introdução

A forma como se encontra hoje sistematizada a teoria do delito deve-se, fundamentalmente, a dois grandes sistemas – o causalista ou naturalista e o finalista – os quais travaram exaustivo debate sobre o conceito de ação humana, considerada por ambos como questão fundamental para a correta sistematização da teoria do delito. A partir de 1970 surgiu, conforme vimos, um novo sistema, chamado funcional ou teleológico, que parece assumir aos poucos *status* de dominante.

#### 3.2. A teoria causal da ação (causalismo ou naturalismo)

Para a teoria natural da ação (ou causalista), que, como sugere o nome, pretendia submeter o direito penal ao método próprio das ciências naturais, regidas pela lei da causalidade, desenvolvida por von Liszt,<sup>44</sup> Beling e também Radbruch, a vontade humana compreendia duas partes distintas: uma parte externa (objetiva), que corresponde ao processo causal (movimento corporal, natural, mecânico) da ação, e outra interna (subjativa), que corresponde ao conteúdo final da ação.

A ação (parte externa) é, portanto, segundo essa teoria, o resultado de um processo puramente causal. Nesse sentido, Radbruch escreve que há de “adotar aquele conceito amplo de ação, que exige unicamente a causalidade da vontade e que remete completamente à culpabilidade o problema de qual era o conteúdo do querer”.<sup>45</sup> Mas não quer isso dizer que os causalistas fossem a favor da responsabilidade penal objetiva, porque, em verdade, simplesmente remetem a verificação do conteúdo da ação para outro momento, o da culpabilidade (a parte interna ou subjativa). Em consequência, tipicidade e ilicitude expressariam juízos puramente objetivos (causais), ao passo que a culpabilidade, ao contrário, encerraria um juízo subjativo, quando então se examinaria o conteúdo final da ação. Também por isso, dolo e culpa (elementos subjativos) integrariam a culpabilidade, que corresponde assim à relação psicológica entre o autor e seu fato (concepção psicológica da culpabilidade).

A base desse sistema é, portanto, o conceito de ação, entendida de maneira totalmente naturalística como movimento corporal (ação em sentido estrito) e modificadora

---

43. Funcionalismo, cit., p. 211.

44. Para Liszt, a ação é mudança do mundo exterior referível à vontade humana, isto é, causação do resultado por um ato de vontade, entendido como movimento corpóreo voluntário, isto é, com tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica, mas por ideias ou representações e efetuada pela intervenção dos nervos (Tratado, cit., p. 193 e 198).

45. Citado por Welzel, Derecho penal alemán, cit., p. 4-6.

do mundo exterior (resultado), unidos pelo nexo causal e, uma vez verificada a presença de uma ação, cumpriria examinar, a seguir, se concorriam os predicados de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, questão que distingue, necessariamente, entre elementos objetivos e subjetivos.<sup>46</sup>

O sistema acaba então com a seguinte feição, conforme síntese de Luís Greco: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos; a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. O tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente e o fato.<sup>47</sup>

Com semelhante formulação, chega-se, então, a um quadro extremamente formal das características do comportamento humano que devem integrar a estrutura do conceito de crime, entendendo-se a ação naturalisticamente; o tipo objetiva e descritivamente; a antijuridicidade objetiva e normativamente; e a culpabilidade subjetiva e descritivamente.<sup>48</sup>

### 3.3. A teoria final da ação (finalismo)

Já para a teoria final da ação, criação de Welzel, a ação humana é o exercício de uma atividade final; a ação é, por isso, uma conduta final, e não apenas causal.<sup>49</sup> A finalidade – escreveu Welzel – ou o caráter final da ação se deve ao fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, eleger, em consequência, fins diversos e dirigir sua ação conforme seu plano. Por isso, a finalidade é “vidente”, a causalidade, “cega”,<sup>50</sup> sendo isso que distingue uma ação humana de um evento natural.

Por conseguinte, o conceito de causalidade não foi abandonado com o finalismo, mas simplesmente lhe foi acrescentado o elemento finalidade, ou seja, substituiu-a, como diz Assis Toledo, por uma causalidade dirigida.<sup>51</sup> Assim, por exemplo, quem se dispõe a matar, elege os meios, adquire a arma a ser utilizada, adota a melhor forma de levar a cabo a empreitada criminosa, toma os cuidados para realizá-la com sucesso etc., sendo que a causalidade é apenas uma parte desse complexo processo.

Em consequência, com o finalismo, dolo e culpa são deslocados da culpabilidade para a tipicidade, já que é a finalidade da ação que dirá, por exemplo, se estamos diante

---

46. Jescheck, Tratado, cit., p. 182.

47. Luís Greco. Introdução à dogmática funcionalista do delito, Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 48, p. 36, jul. 2000.

48. Jescheck, Tratado, cit., p. 183.

49. Welzel, Derecho penal alemán, cit., p. 39.

50. Derecho penal alemán, cit., p. 39-40.

51. Principios básicos, cit., p. 95.

de um tipo legal de delito ou outro (v. g., se a intenção é matar, existe homicídio; se é apenas ferir, haverá lesão) ou, ainda, se estamos perante um fato típico ou não (como regra, só são puníveis as ações dolosas), uma vez que, do ponto de vista puramente causal, tais condutas em nada se distinguem. A doutrina finalista implica, assim, contrariamente ao sistema causalista, uma nova subjetivação do injusto e uma crescente dessubjetivação e normativização da culpabilidade.<sup>52</sup>

Mas se ação é o exercício da atividade final, como explicar a estrutura dos crimes culposos? Cláudio Brandão responde a isso, dizendo que existe, sim, nesses crimes, uma vontade dirigida a um fim, só que o fim será conforme o direito, de modo que a reprovação nos crimes culposos não recai na finalidade do agente, mas nos meios que o agente elegeu para a consecução de um fim.<sup>53</sup> No entanto, parece que o próprio Welzel não estava suficientemente convencido de semelhante explicação, visto que, como observa Luzón Peña, em sua última etapa, Welzel propôs, inclusive, ainda que de modo fugaz, substituir o conceito de ação final por ação “cibernética”, na qual o que conta é o “controle” da vontade, presente tanto nos fatos dolosos quanto nos culposos.<sup>54</sup>

O sistema finalista não pode explicar tampouco a estrutura dos crimes omissivos, visto que o omitente não detém o controle causal da ação, sendo-lhe reprovado, ao contrário, precisamente a não realização de uma conduta no sentido de evitá-lo.

De todo modo, apesar das diferenças, causalistas e finalistas concordam num ponto fundamental: partem de um conceito ontológico de ação, isto é, pré-jurídico, que pertence ao mundo do ser, da realidade.<sup>55</sup> Há quem considere, inclusive, que no fundo não há diferença alguma entre o conceito causalista e finalista de ação.<sup>56</sup>

52. Roxin, *Funcionalismo*, cit., p. 200.

53. *Teoria jurídica do crime*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26.

54. *Curso*, cit., p. 253. Este autor afirma ainda que o conceito final de ação responde a um modelo demasiado racionalista da conduta humana, limitando-se às ações mais perfeitamente elaboradas, as planificadas consciente e controladamente para um objetivo, sendo, pois, excessivamente restrito, já que deixa fora muitas formas de ação (p. 254).

55. Como observa Greco, o sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: a lógica da coisa (*sachlogik*). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, uma vez que o que vai regular é a realidade. Deve, portanto, descer ao chão, estudar essa realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, e, só após haver descoberto suas estruturas internas, passar para a etapa da valoração jurídica. “Os conceitos científicos não são variadas ‘composições’ de um material idêntico e avalorado, mas ‘reproduções’ de pedaços de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não foram fruto da criação do cientista (Welzel)” (*Introdução...*, Revista, cit., p. 39).

56. Assim, Gimbernat Ordeig: “... ou seja, para Welzel existe ação sempre que se persiga um fim, sendo ‘indiferente’ qual o fim que se persegue. Apesar de meus esforços, não consigo ver diferença alguma entre este conceito de ação e o mantido desde sempre pela doutrina causalista, para a qual há ação quando se quer algo, sendo ‘indiferente’ o que seja este algo” (*Estudios de derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 169-170).

### 3.4. Funcionalismo

Em 1970 surge, como assinalado, com a obra de Claus Roxin *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (política criminal e sistema de direito penal), o funcionalismo, que, com uma marcada preocupação pragmática, e como reação à excessiva abstração do finalismo, em especial ao seu ontologismo (estruturas lógico-reais ou materiais da ação, isto é, prévias ao direito), pretende orientar a dogmática penal segundo as funções político-criminais cometidas ao direito penal (prevenção geral e especial).

De acordo com Roxin, sob a bandeira do conceito de ação, a dogmática penal penetrou em domínios jurídicos que lhe são estranhos, e o conceito de ação, tal como formulado por causalistas e finalistas, não serve para absolutamente nada fora do direito penal, e, mesmo em relação ao direito penal, tem importância teórica secundária e carece de qualquer importância prática.<sup>57</sup>

No sistema funcionalista roxiniano, a teoria do delito está assim estruturada: o tipo – formulado conforme o princípio da legalidade e tendo por função básica a prevenção geral de delitos, motivo pelo qual uma ação é considerada punível independentemente da situação concreta e do seu autor (salvo situações excepcionais) – passa a desempenhar o seguinte papel: a) cada tipo deve ser interpretado segundo o fim da lei (teleologicamente), isto é, de maneira que os comportamentos legalmente proibidos sejam completamente compreendidos e que o efeito motivador preventivo-geral se mostre livre de lacunas; b) uma prevenção geral eficaz pressupõe a determinação (taxatividade) da lei, com a maior exatidão e fidelidade ao sentido literal possíveis; c) no âmbito da tipicidade será também analisada a presença dos requisitos que autorizam a imputação objetiva do resultado. Em consequência, a necessidade abstrata da pena, sob o aspecto da prevenção geral, e o princípio da culpabilidade são os pontos de vista político-criminais que regem o tipo, excluída, nesse contexto, a prevenção especial, que é estranha ao tipo, uma vez que pressupõe um autor concreto, que aqui não desempenha papel algum.<sup>58</sup> De notar ainda que no sistema teleológico-funcional a categoria da tipicidade enriquece cada vez mais com a adoção – e agora vasta literatura – da moderna teoria da imputação objetiva, que tem em Roxin e Jakobs seus principais expoentes.

Já na categoria do injusto (= fato típico e ilícito), a ação típica concreta é analisada segundo o aspecto da autorização ou da proibição, levando-se em conta todos os elementos reais da situação particular, que passa a ser moldado, político-criminalmente, por três funções: a) solucionar colisão de interesses de forma relevante para a punição de um ou mais envolvidos no fato; b) servir como ponto de apoio para as medidas de segurança e outras consequências jurídicas; c) ligar o direito penal à totalidade do ordenamento jurídico, integrando as valorações decisivas deste, uma vez que não é uma categoria específica do direito penal, mas do direito como um todo.<sup>59</sup>

57. Problemas fundamentais, cit., p. 91-92.

58. Roxin, Derecho penal, cit., p. 2-35.

59. Roxin, Derecho penal, cit., p. 235-236.

Finalmente, na categoria da responsabilidade, expressão compreensiva da culpabilidade e necessidade preventiva, interessa saber se o autor individual merece, concretamente, punição pelo injusto realizado, de sorte que, no campo dos pressupostos da punição, a responsabilidade se apresenta como a realização dogmática da teoria dos fins da pena, dirigindo-se não ao fato, mas ao seu autor, uma vez que se pergunta a respeito de sua necessidade individual de pena.<sup>60</sup>

#### 4. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Reinava absoluto o princípio *societas delinquere non potest* (as sociedades não podem delinquir), contrário à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Diversas legislações, porém, à vista do aumento da chamada criminalidade empresarial e com o propósito de preveni-la e reprimi-la mais eficazmente, têm-na admitido, a exemplo da Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, França e Dinamarca.<sup>61</sup> Afirma-se, assim, com Franz von Liszt, que quem pode firmar contratos, pode também firmá-los fraudulentamente.<sup>62</sup>

Entre nós, a Constituição, à semelhança dessas legislações, estabeleceu que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º). No mesmo sentido, dispõe o art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.605/98 (Lei Ambiental), que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interior ou benefício da sua entidade”.

A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica é fora de dúvida, portanto. Apesar disso, alguns autores entendem que a Constituição não chegou a admiti-la.<sup>63</sup>

Mas nada há na Constituição, especialmente no dispositivo citado, que ampare tal posicionamento. Na verdade, tudo sugere justamente o contrário da tese sustentada por

60. Roxin, Derecho penal, cit., p. 241-242.

61. Cf. Shecaira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

62. Tratado, cit., t. 1, p. 191.

63. Nesse sentido, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Sheila Jorge Selim de Sales e Luiz Regis Prado, que escreve textualmente: embora ambíguo o texto, não há falar aqui, porém, em previsão de responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo em tela refere-se, claramente, a conduta/atividade e, em sequência, a pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correção significativa mencionada” (Curso de Direito Penal: S. Paulo, RT, 2005, p. 302). Também assim, Cezar Bitencourt, para quem, apesar dessa previsão constitucional, não houve em verdade pretensão de consagrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois “a obscura previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentar, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual” (Manual, cit., v. 2, p. 21).

tais autores, pois o que se quis realmente foi submeter todos, pessoas físicas e jurídicas, à lei penal, e não só à lei administrativa ou civil, indistintamente.

A Lei nº 9.605/98 se limitou, pois, a regulamentar a Constituição. Além do mais, o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica é, em princípio, um problema de direito infraconstitucional, seja porque a Constituição não a proibiu, nem expressa, nem tacitamente, seja porque a explícita referência ao crime ambiental não exclui, inclusive, a possibilidade de ampliação dessa responsabilidade.

E tampouco há aí violação ao princípio da responsabilidade penal subjetiva (CF, art. 5º), quer porque não existem normas constitucionais inconstitucionais (Bachof<sup>64</sup>), quer porque a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma exceção à regra, quer porque semelhante previsão constitucional não importa, inevitavelmente, em responsabilidade objetiva ou sem culpa, quer porque, como exceção que é, constitui um modo à parte, especial, de imputação, e, pois, sujeita a critérios distintos de responsabilização.

Além disso, a Lei Ambiental condicionou a responsabilidade penal da pessoa jurídica ao cometimento de uma infração penal por decisão do seu representante e em benefício da empresa, afastando, em princípio, a alegação de responsabilidade penal objetiva ou sem culpa.

Ainda assim, duas objeções poderiam ser feitas contra tal inovação (conforme posição adotada nas edições anteriores e agora revista). A primeira, de caráter político-criminal; a segunda, de cunho dogmático.

Político-criminalmente, semelhante dispositivo violaria o princípio da proporcionalidade, pois, tendo em vista os fins preventivos gerais e especiais da pena, tal responsabilidade seria desnecessária e inadequada, sobretudo porque as sanções administrativas já existentes seriam bastantes para combater os atos abusivos praticados por empresas; se compararmos, aliás, as sanções previstas nos artigos que tratam das sanções penais e administrativas, verificaremos que são essencialmente as mesmas, implicando (aparentemente) *bis in idem*.<sup>65</sup>

Apesar da coincidência (em parte) das sanções penais e administrativas, não há, porém, *bis in idem*, em virtude da diversidade de fundamentos da punição: no direito administrativo, a infração administrativa; no direito penal, a infração penal (crime), as quais estão sujeitas a pressupostos e requisitos distintos de apuração. E a semelhança

64. Bachof, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?. Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Reimpressão da Ed. de 2001. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

65. As penas aplicáveis às pessoas jurídicas são: multa, suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções e doações, além de prestação de serviço à comunidade (arts. 21 a 23). Já as sanções administrativas (art. 72), cujo rol é mais extenso, são: multa simples e diária, apreensão de animais, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades, além de restritivas de direito: suspensão e/ou cancelamento de registro, licença ou autorização, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais, proibição de contratar com a Administração etc.

de sanções, que parece ser cada vez mais frequente no direito contemporâneo, não implica, por si só, dupla apenação pelo mesmo fato. Aliás, no essencial não é diversa a situação das infrações (administrativas, penais etc.) praticadas por funcionários públicos, passíveis, igualmente, de pena (administrativa, penal etc.) de suspensão ou perda do cargo, entre outras.

Poder-se-ia objetar, ainda, que, se, com as medidas administrativas já previstas, não são atingidos os fins preventivos desejados, apesar da menor formalidade e maior presteza que as presidem, é improvável que tais finalidades sejam atingidas por meio do processo penal, que é, em geral, mais demorado, mais burocrático e cercado de garantias mais rigorosas.

Quanto a isso, cabe redarguir que não é rara a omissão ou ineficiência (corrupção, inclusive) dos órgãos administrativos incumbidos da repressão das infrações administrativas, a justificar, também por isso, a pronta intervenção (jurídico-penal) do Ministério Público e do Judiciário no particular, ainda que subsidiariamente. Enfim, a intervenção penal está justificada em virtude do fracasso ou insuficiência dos instrumentos (civis e administrativos) de prevenção e controle existentes, a legitimar essa sua intervenção subsidiária.

É certo ainda que com alguma frequência crimes ambientais e outros são praticados por empresas que, em virtude de sua complexa estrutura, tornam difícil, senão impossível, a identificação das pessoas físicas responsáveis pela infração.

Não é, pois, o caso de violação ao princípio da proporcionalidade, em razão da necessidade teórica e prática (principalmente) do direito penal no particular.

Já do ponto de vista dogmático, poder-se-ia afirmar que, estando estruturado e destinado a reger a vontade humana (a pessoa física) e suas motivações, exclusivamente, o direito penal, ao menos como ainda hoje o conhecemos, seria incompatível com essa responsabilidade, de sorte que penalmente a pessoa jurídica não poderia ser sujeito ativo de uma ação que seja típica, ilícita e culpável.<sup>66</sup> Faltar-lhe-ia, enfim, capacidade de ação.

De acordo com Gracia Martín, por carecer de capacidade de ação e, portanto, de realizar ações típicas, o critério de imputação do fato à pessoa jurídica não pode ter caráter jurídico-penal, tendo natureza bem diversa, como risco objetivo, benefício, enriquecimento sem causa, reafirmação do direito de terceiros de boa-fé, afirmação da validade da aparência jurídica etc., critérios que são, em todo caso, estranhos ao direito penal.<sup>67</sup>

66. De acordo com Gracia Martín, rebatendo Tiedemann, Brender e Hirsch, que defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, todos os argumentos desenvolvidos em seu favor remetem constantemente à pessoa física e, com isso, demonstram que só esta (a pessoa humana) pode ser realmente destinatária da norma penal, por ser sujeito de uma infração e de uma sanção (La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in Responsabilidad penal da pessoa jurídica: em defesa da imputação subjetiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66).

67. La cuestión..., in Responsabilidad, cit., p. 45.

E mais, não seria propriamente a pessoa jurídica que celebraria contratos, uma vez que simplesmente a eles se vincularia, os quais, em verdade, seriam celebrados pelas pessoas individuais que atuam como seus agentes.<sup>68</sup> Nesse sentido, Gracia Martín, distinguindo entre *sujeito da ação* e *sujeito da imputação*, sustenta que, no caso das pessoas jurídicas, sujeito da ação e sujeito da imputação são sempre e inevitavelmente distintos, pois estas só podem atuar por meio de órgãos e representantes, é dizer, as pessoas físicas (sujeitos da ação).<sup>69</sup>

Em consequência, não podendo praticar uma ação, não podem realizar um fato típico, ilícito e culpável. Por isso é que todo o aparato de conceitos e institutos jurídico-penais hoje existente seria incompatível com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, a ideia de dolo, de descriminantes putativas, de legítima defesa, de erro de proibição, de coação moral etc.

Finalmente, se é função do direito penal motivar seus destinatários a atuarem conforme o direito, quer em caráter geral (prevenção geral), quer em caráter individual (prevenção especial), seguir-se-ia que só a pessoa humana, dotada de capacidade de discernimento e autodeterminação, poderia ser sujeito ativo de crime, visto que só os seres humanos podem ouvir e entender as normas; só eles seriam passíveis de motivação e, portanto, de cometer crimes.<sup>70</sup>

Temos, porém, que todos os argumentos de caráter dogmático são perfeitamente superáveis.

Inicialmente, porque, se a pessoa jurídica é sujeito de direito – pouco importando se se trata de ficção ou realidade – pode ser, *ipso facto*, sujeito de direito penal, visto que o direito *penal*, antes de ser *penal* (adjetivo), é *direito* (substantivo), tendo, assim, uma estrutura comum.

Exatamente por isso, a distinção entre os modos de responsabilização jurídica (penal e não penal) não é qualitativa, mas quantitativa. Também por isso, a diferenciação entre o ilícito civil e o penal, entre a sanção civil e penal, não preexiste à interpretação, mas é dela resultado. Por isso que os critérios de imputação penal e não penal não são

68. Rodríguez Mourullo apud Gracia Martín, La cuestión..., in Responsabilidade, cit., p. 43.

69. Escreve, textualmente, Gracia Martín: “No caso das pessoas jurídicas, ao contrário, sujeito da imputação e sujeito da ação têm que ser sempre e irremediavelmente diferentes, pois aquelas só podem atuar através de seus órgãos e representantes, é dizer, as pessoas físicas (sujeitos da ação). Pois bem, a meu juízo aquilo que é imputado imediatamente à pessoa jurídica são, em primeiro lugar, os efeitos jurídicos produzidos pela ação do órgão ou do representante, por exemplo, dos efeitos jurídico-civis do contrato celebrado imediatamente pela pessoa física que representa a jurídica, o que talvez possa coincidir em seus elementos naturalísticos com a descrição do tipo objetivo do fato punível. Porém, o elemento portador da possibilidade de imputação jurídico-penal é, em qualquer caso, só o exercício da vontade, em sentido psicológico e no processo de sua formação. Se a ação é concebida, como eu entendo, como exercício da atividade finalista e a omissão como não realização de uma ação finalista, então é evidente que a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido do Direito Penal” (La cuestión..., in Responsabilidade, cit., p. 41-42).

70. Assis Toledo, Princípios básicos, cit., p. 91.

essencialmente, mas acidentalmente diversos, conforme razões de conveniência político-criminal.

Quanto à objeção relativa aos fins da pena, cabe falar de prevenção especial, no sentido de evitar a reiteração (reincidência) de novas infrações pela empresa condenada, e de prevenção geral negativa, no sentido de a cominação/execução da pena servir de advertência para outros possíveis infratores (empresas). E mais: a função do direito penal é a função de todo o direito, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos, sempre que as outras formas de prevenção e controle social se revelarem insuficientes.

E do ponto de vista da prevenção, é muito mais razoável e eficaz intervir sobre a empresa, fazendo cessar a atividade lesiva, do que intervir sobre o indivíduo que (eventualmente) a representa, cuja punição poderá resultar absolutamente inútil, principalmente se lhe tocar um papel secundário na empresa ou já houver dela se desligado. Além disso, as pessoas físicas são facilmente substituíveis, mantendo-se incólume a empresa criminosa. E também não é justo punir penalmente o mais fraco (indivíduo), isentando de responsabilidade penal o mais forte (a empresa), legitimando, assim, a arbitrária seletividade do sistema penal.

Finalmente, não procede a distinção entre sujeito da ação e da imputação porque quem fala pela pessoa jurídica, pessoa jurídica é, isto é, quem a representa (pessoa física) não atua em nome próprio, mas em nome da empresa representada (v. g., quem age em nome do Estado é o próprio Estado). Franz von Liszt tinha razão, portanto: quem pode firmar contratos, pode firmá-los fraudulentamente e, pois, firmá-los criminosamente.

E por ser um modo distinto e autônomo de imputação, a responsabilidade penal da pessoa jurídica pode, inclusive, existir isoladamente, independente da responsabilidade da pessoa física eventualmente corresponsável, ao contrário do que tem decidido o STJ. Ademais, a Lei Ambiental não condicionou a responsabilidade penal da pessoa jurídica à da pessoa física, apenas ressaltando que as duas formas de imputação não se excluem. Com efeito, o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98, dispõe que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”. Não se trata, portanto, de concurso necessário, mas de concurso eventual de pessoas.

Em verdade, a responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui uma forma especial de imputação, diversa das pessoas físicas, a exigir, por isso, um tratamento penal próprio (eventualmente também uma legislação própria), com critérios próprios (penais e processuais penais) de responsabilização, aí incluídos os crimes praticáveis pela pessoa jurídica, os critérios especiais de individualização judicial da pena, além do rol das pessoas jurídicas possivelmente excluídas desse tratamento penal especial (v. g., determinadas pessoas jurídicas de direito público).

Precisamente por isso, não é suficiente que a lei preveja, sem mais, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. É necessário ainda estabelecer os critérios (objetivos e subjetivos) de imputação e individualização judicial da pena, conforme as peculiaridades da pessoa jurídica, inclusive para dar-lhe conformação constitucional e afastar as críticas político-criminais e dogmáticas que lhe são ordinariamente feitas.

Enfim, a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica – politicamente recomendável e dogmaticamente possível – quebrou uma tradição e, ao fazê-lo, o legislador deixou de estabelecer os conceitos e critérios básicos (penal e processual penal) de apuração dessa nova forma de responsabilização, como se fosse possível aplicar à empresa conceitos como dolo, legítima defesa, personalidade do réu etc., próprios da pessoa física. No essencial, a dogmática relativa aos crimes praticáveis pela pessoa jurídica está ainda por ser construída.

#### **4.1. Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos tribunais superiores**

A responsabilidade penal da pessoa jurídica está consolidada no STF e STJ, que a admitem pacificamente.

Inicialmente, o STJ só a admitia quando houvesse dupla imputação à pessoa jurídica e à física, simultaneamente.

Atualmente prevalece, porém, a tese da responsabilidade penal autônoma, seja da pessoa física, seja da pessoa jurídica, razão pela qual podem responder, nos crimes ambientais, individual ou conjuntamente.