

Dermeval Farias Gomes Filho

DOGMÁTICA PENAL

Fundamento e limite à construção
da jurisprudência penal no
Supremo Tribunal Federal

Edição atualizada: comentários de novos julgados
e adição da terceira via quando da abordagem do
funcionalismo teleológico

3ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

OS MODELOS DE DOGMÁTICA PENAL DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO CRIME COMO CONTRIBUIÇÃO À SISTEMATIZAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL

Partindo da premissa da relevância da dogmática penal como primeira linha de argumentação na construção da decisão penal, faz-se necessário abordar os embates teóricos que redundaram na construção e desenvolvimento da dogmática penal para se alcançar a forma como se apresenta nos dias atuais, que é fundamental para a sistematização e para a interpretação jurisprudencial do Direito Penal.

Para tanto, revela-se importante esclarecer as influências filosóficas e científicas que constituíram os guias dos penalistas para construir a estrutura analítica do delito e desenvolver os conceitos. Tais conceitos foram submetidos, como categorias penais, às críticas acadêmicas, lapidados pela doutrina, sobrevivendo numa correlação com o princípio da legalidade penal como dogmática penal, que exerce a tarefa de conter o legislador e principalmente o operador do Direito Penal.

A partir de agora, portanto, serão discutidos, numa modelagem interpretativa crítica, os modelos dogmáticos das principais teorias do crime que contribuíram para a sistematização do Direito Penal, ou seja, as teorias causais clássica e neoclássica, a finalista, a social da ação, a funcionalista teleológica, a funcionalista sistêmica e a da ação significativa. A teoria finalista exigirá uma análise maior em razão de seu impacto no Direito Penal do século XX e, principalmente, pela presença em grande parte do arranjo analítico da parte geral do Código Penal brasileiro reformado em 1984.

1.1. A dogmática penal no âmbito da teoria causal clássica marcada por uma orientação positivista

No final do século XIX e início do século XX, as ideias da teoria causal clássica floresceram na Alemanha. Os maiores expoentes do sistema causal-naturalista foram Franz von Liszt e Ernst von Belling. É o primeiro sistema penal com a estrutura analítica do crime, ou seja, com a sistematização da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que trouxe uma proposta formalista de interpretação dessas categorias jurídico-penais¹.

Releva anotar, para melhor identificação do modelo de interpretação da teoria causal clássica, a sua base filosófica estruturada no positivismo reinante do século XIX². Nesse período, a influência da Escola Positiva foi marcante na produção do conhecimento, de modo que, nas ciências naturais, os fenômenos científicos eram explicados através de regras de observação empírica da realidade. “A própria sociedade foi concebida como um organismo constituído de partes integradas e coesas que funcionavam harmonicamente, segundo um modelo físico ou mecânico”³. Esse método foi utilizado na

1. “Ese sistema fue desarrollado, inicialmente y con mayor prominencia por von Liszt, ajo los auspicios del positivismo naturalista, que creía que solamente eran dignas del título de ciencia las propuestas fundadas en rigurosos métodos empíricos de la ciencia de la naturaleza. Por ello, la realidad ontológica – que era el objeto de estudio del Derecho penal – debería ser observada y evaluada por los penalistas”. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo y lenguaje**: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje. Valencia: Tirante lo Blanch, 2017. p. 37.
2. Sobre o desaparecimento do positivismo descritivo do século XIX e sobre o renascimento do positivismo normativo ou prescritivo dos dias atuais, Thomas Bustamante escreve que o primeiro modelo se aprofundou na teoria pura do direito do Kelsen- que se desinteressava por questões de interpretação do direito e de fundamentação da decisões judiciais- enquanto o segundo modelo, defendido por Bentthan no passado – o conteúdo do direito não dependeria das preferências morais dos juízes, pois o critério objetivo do direito serve para identificar o direito de forma clara e para preservar o princípio da segurança jurídica – ressurgiu, encampado por autores como Frederick Schauer, Tom Campbell e Jeremy Waldron, e apresenta uma descrição normativa sobre a missão do direito, a qual só pode ser alcançada com regras, comandos, planos que sejam alicerçados em critérios não morais. BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: O que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n.1, p. 307-327, jan./abr. 2015. p. 312, 323. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>>. Acesso em: 30 jan. 2018.
3. COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à Ciência da Sociedade. São Paulo: Moderna, 1987. p. 43.

sistematização do Direito Penal do período causal, como também nas demais ciências humanas do período histórico⁴.

O Direito do período teve dificuldade para se afirmar como ciência. Isso porque a prioridade voltava-se para o estudo das ciências naturais que contribuíam para o desenvolvimento da produção industrial. Ademais, o Direito deveria ser alicerçado no modelo de Direito natural racionalista, no método analítico de decomposição do todo em partes.

Para o positivismo naturalista, a ciência somente poderia ser construída com o conhecimento oriundo do método empírico, indutivo, experimental e causal-explicativo. Por isso, “o direito precisava livrar-se das referências metafísicas e de adotar conceitos e padrões próprios das ciências da natureza”⁵.

O método positivista das ciências naturais, de decomposição dos elementos para o conhecimento do todo, influenciou o desenvolvimento da estrutura classificatória e analítica do crime em tipicidade, ilicitude e culpabilidade no final do século XIX e início do século XX. Desse modo, o conceito de crime foi dividido em partes com o objetivo de conhecimento do todo, enquanto a análise dos elementos oriundos do todo – e agora conjugados – permitiu a conclusão de que existe um fato criminoso que deverá ser imputado e gerar consequências penais⁶.

Nesse período, as categorias jurídicas que explicam o fato criminoso foram construídas e interpretadas mediante a observação

-
4. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 93.
 5. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 217.
 6. Com outras palavras, Busato explica: **“É desse contexto que brota, indubitavelmente, a formulação analítica do delito dividindo o conceito de crime em partes como forma de melhor conhecer o todo. O método analítico era exatamente o que Darwin utilizou para descrever os seres vivos. Parte-se do todo em busca de elementos que, conjugados, possam conduzir à conclusão de que existe um fato criminoso. Essa conjugação obedece** a uma rígida composição de elementos que configuram o delito, cuja presença é capaz de determinar a verdade inarredável da necessidade de imputação das consequências penais”. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 218-219.

da realidade naturalística, sem relação com o conhecimento dos valores. Conforme leciona Luís Greco: “O sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual a ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos”⁷.

Os institutos da estrutura analítica do crime foram interpretados de maneira formal, sem a possibilidade do intérprete fazer juízo de valor. O crime foi dividido em duas partes: parte objetiva, formada por tipicidade e ilicitude, denominada injusto; e parte subjetiva, formada pela culpabilidade, dentro da qual estavam o dolo e a culpa, funcionando a imputabilidade como mero pressuposto.

O conceito de ação consistia no movimento corporal voluntário causador de mudança no mundo físico (no mundo exterior)⁸. Portanto, o crime deveria produzir um resultado com alteração do mundo exterior, pois “o conceito causal de ação não pode reconhecer crime sem resultado”⁹. Essa conclusão explicava o crime material, mas trazia dificuldade de análise para o crime formal e, ainda, para o crime de mera conduta.

O tipo, cujo estudo foi desenvolvido com maior precisão na obra de Ernst von Belling, foi compreendido de forma autônoma dentro da teoria do delito¹⁰, composto de elementos com função unicamente descritiva¹¹, sem prejuízo de seu exame como tipo causal clássico formado de elementos objetivos e descritivos¹².

O tipo causal clássico era objetivo, neutro, avalorado, acrítico, mera descrição do aspecto externo da conduta¹³. Ernst von Belling

-
7. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, 2000. p. 122.
 8. LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Ed. fac-sim. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1, p. 193.
 9. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 132.
 10. BELLING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 36-56.
 11. BELLING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 56.
 12. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, 2000. p. 123.
 13. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94.

demonstrava preocupação com as funções do tipo penal, ou seja, função garantia e função limitadora, ao afirmar que não bastava uma ação antijurídica para se chegar à etapa da sanção penal, mas era preciso, para tanto, uma ação tipicamente antijurídica e culpável¹⁴.

A tipicidade, por sua vez, consistia na adequação do fato à letra da lei, em um juízo de adequação do fato concreto ao tipo legal. Por isso, a tipicidade causal clássica era formal, uma vez que significava a subsunção do fato à forma da lei, sem conteúdo valorativo. Por essa razão, não era possível, nessa época, aceitar o método axiológico, no exame da tipicidade, com análise do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado.

O conceito de ilicitude (antijuridicidade) não se desenvolveu de forma concomitante com o de tipicidade. Até o final do século XVIII, a ilicitude se confundia com a culpabilidade e, apenas, eram feitas ressalvas sobre as excludentes de ilicitude (causas de justificação). Foi Ihering quem desenvolveu a ideia de antijuridicidade objetiva para o Direito Civil em 1867¹⁵.

Após isso, contribuíram, para o desenvolvimento do conceito da antijuridicidade formal e criação de seus contornos, os estudos de Franz von Liszt, a ideia de *Binding* de que o delito era um ato contrário à norma, mas não à lei, bem como a contribuição de Merkel com sua teoria dos elementos negativos do tipo¹⁶.

A ilicitude causal clássica era formal¹⁷, portanto consistia na relação de contradição entre o fato típico e uma norma do ordenamento jurídico. Dito com outras palavras: “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”¹⁸.

Por sua vez, o injusto – que constitui a valoração da tipicidade e da ilicitude, a junção valorativa dos dois primeiros elementos da

14. BELING, *op. cit.*, p. 38.

15. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 147.

16. *Ibidem*, *loc. cit.*

17. Ressalta-se que “mais tarde, Von Liszt enuncia o conceito de antijuridicidade material: antijurídico é o fato que ofende ou põe em perigo um bem jurídico”. *Idem*, p. 147.

18. GRECO, *op. cit.*, p. 123.

estrutura analítica do delito – era objetivo-formal. Isso porque era composto de elementos objetivos, descritivos e formais, constantes somente na lei, analisados de forma ontológica e não axiológica. Não se analisava no injusto os elementos subjetivos. A lesão ao bem jurídico seria antijurídica independente do ânimo do agente. O injusto era a parte externa da estrutura do crime (parte objetiva), enquanto a culpabilidade era a parte interna (parte subjetiva).

A culpabilidade na teoria causal clássica se ancorava numa teoria psicológica pura, formada unicamente pelo dolo no crime doloso e pela culpa no crime culposo. Por isso, fora compreendida como a parte subjetiva do crime, registrada como culpabilidade psicológica, pois significava o vínculo psíquico que ligava o agente ao fato por ele praticado.

Ao tratar da culpabilidade, Ernst von Belling defendeu um conceito fechado, consistente na reprovação do autor por uma atitude interna em relação à antijuridicidade de sua conduta, dividindo a graduação unitária da culpabilidade em dois graus: o dolo com o significado de censura ao autor por não ter parado quando pensava em agir ilegalmente; a culpa por desconhecer a ilegalidade de seu comportamento quando devia conhecê-la¹⁹.

A presença da consciência da ilicitude no dolo foi combatida por Franz von Liszt, por entender que tal classificação paralisaria a administração da justiça, pois haveria necessidade de provar que o agente em cada caso concreto conhecia o preceito violado²⁰. Por sua vez, Ernst von Belling afirmava que, para a existência do dolo, o autor deveria ter conhecido as circunstâncias do fato que pertence ao tipo, bem como a consciência da antijuridicidade, destacando que se tratava de uma concepção dominante na ciência de seu tempo²¹.

Prevalece a afirmação de que o dolo causal clássico era normativo, formado por conhecimento das circunstâncias do fato, vontade de realizar o resultado representado e consciência da ilicitude. O

19. BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 72.

20. LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Ed. fac-sim. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1, p. 285.

21. BELING, *op. cit.*, p. 76-77.

dolo do sistema clássico também era psicológico, com espaços de valoração, incorporados em estados mentais do agente, e exigia a consciência da ilicitude, que constitui um elemento axiológico, que se conectava à concepção de *dolus malus* do direito romano²².

Além das críticas dogmáticas relacionadas à estrutura analítica do crime, o modelo formal, fechado e avalorado, impedia a construção de soluções supralegais e dava uma aparente sensação de segurança jurídica, que era desmascarada na concretização do Direito Penal, diante das peculiaridades dos casos concretos.

É certo ainda que o conceito de ação humana na teoria causal clássica, marcado pela influência do momento histórico, com o pensamento de causa e efeito da física newtoniana, se vinculava à realização de um resultado naturalístico e, por isso, não possibilitava uma adequada explicação quanto aos crimes que se consumam sem a necessidade de modificação do mundo externo.

Com isso, o modelo causal desconhecia ações humanas que não fossem meros processos causais, pois não se examinava a finalidade (conteúdo da vontade) no conceito de ação. A finalidade não era ignorada pelo modelo causal, porém só aparecia como objeto de valor no âmbito da culpabilidade²³, uma vez que o dolo estava na culpabilidade. O “dolo e a culpa eram considerados as duas espécies possíveis de culpabilidade”²⁴.

Do mesmo modo, o conceito mecânico de omissão como retração dos músculos²⁵ não conseguia solucionar, com argumentação jurídica convincente, os crimes omissivos, uma vez que tais crimes só podem ser explicados na perspectiva de uma omissão jurídica, com um nexos normativo e de evitação, e não de forma mecânica²⁶.

22. Nesse sentido: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo y Lenguaje**: hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirante lo Blanch, 2017. p. 38.

23. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 29.

24. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad., introdução e notas: Luis Greco. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 3.

25. BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 20.

26. “Hoje, está claro que uma conduta é algo distinto de um movimento com vontade de fazer o movimento, porque a vontade de fazer o movimento não existe por si, mas

Pode-se dizer, dessa forma, que o intérprete estava moldado a um modelo formalista que dificultava a valoração das categorias jurídico-penais. Acreditava-se que todos os problemas poderiam ser solucionados na ótica do ser. Não se deu crédito ao dever ser. Soma-se a isso o caráter classificatório e formalista do sistema causal clássico, que foi etiquetado como uma *falácia naturalista*²⁷.

Dessa forma, o critério ontológico de interpretação das categorias penais, alinhado à tipicidade formal e neutra, na solução de casos práticos, faziam com que, a título de ilustração, o furto de uma dúzia de ovos caipira ou o furto de um quilo de ouro fossem interpretados com tipicidade, sem necessitar de exame do grau de ofensa maior ou menor ao bem jurídico tutelado. Portanto, o princípio da insignificância²⁸, que exige uma análise material da tipicidade, não poderia ser desenvolvido neste sistema penal.

Ressalte-se que o terceiro Código Penal brasileiro, ou seja, o de 1940²⁹, seguiu uma linha positivista³⁰, com os seguintes aspectos:

-
- integra-se – de forma inseparável – com a finalidade de movimento. Assim, quando movo um dedo, não tenho uma vontade de mover um dedo, e sim uma vontade de brincar, tocar, sentir, matar, caçar etc. A vontade sem conteúdo (finalidade) não é vontade, e a ação humana sem vontade fica reduzida a um simples processo causal. [...]. Tornara-se exageradamente evidente que este conceito ‘natural’ de ação era uma invenção que nada tinha a ver com a realidade da ação, especialmente com a omissão como exteriorização de uma ‘distensão muscular’. A mãe que deixa de alimentar o filho, para que morra de fome e sede, não distende qualquer músculo se, na hora em que deixa de dar-lhe de comer, dedica-se a praticar ginástica”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 364.
27. Nesse sentido, também: GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, 2000. p. 123.
 28. O princípio da insignificância será abordado no item 2.1.1.1 quando do exame da jurisprudência penal do STF.
 29. Antes desse período, o Direito Penal brasileiro do século XIX foi marcado pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código Penal de 1890. O primeiro, com uma mistura contraditória entre ideias liberais e retrógradas, revogou o livro V das Ordenações Filipinas e trouxe novidades como a pena dos dias-multa, mas não conseguiu se desvencilhar de uma ideologia ruralista e escravagista, uma vez que manteve a pena de morte sob o argumento de que seria a única medida para conter os escravos. O segundo constituiu um documento apressado, sem correspondência com as ideias penais no cenário mundial, e foi alvo de constantes alterações legislativas, até ser substituído pelo Código penal de 1940.
 30. No mesmo sentido: PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução história. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 81. O Código Penal de 1940 recebeu a influência

sistema do duplo binário, com a possibilidade de aplicar pena e medida de segurança ao imputável; responsabilidade penal objetiva em diversas passagens; bem como se alicerçou nas formulações iniciais de Liszt e Belling, malgrado tal período do direito penal brasileiro, com raríssimas exceções, tenha sido marcado por uma pobreza doutrinária³¹.

Por fim, verifica-se que o modelo de interpretação do Direito Penal, oriundo da teoria causal clássica, em razão da influência do método positivista, que consistiu na sua plataforma de desenvolvimento, estava alicerçado em estruturas prontas e fechadas, sem alicerce jurídico para a construção de decisões penais valorativas e supralegais. Esse modelo foi combatido pelas ideias neokantistas que surgiram depois.

1.2. A dogmática penal no âmbito da teoria causal neoclássica marcada por um dualismo metodológico com subjetivismo na interpretação das categorias penais

O sistema penal neokantista, denominado ainda de teoria teleológica do delito, surgiu no início do século XX, dominou a discussão penal por três décadas³², e teve um objetivo claro, qual seja, o de transformar as categorias jurídico-penais com a inserção de critérios axiológicos. A filosofia dos valores de origem neokan-

do Código italiano de 1930 (Código Rocco) e do suíço de 1937. Adotava-se uma política criminal repressiva e, segundo parcela da doutrina, uma base filosófica mista, com ideias positivistas e também com ideias clássicas, ou seja, “o curioso é que, fruto de um estado ditatorial e influenciado pelo código fascista, manteve a tradição liberal iniciada com o Código do Império”: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-64. Para Magalhães Noronha, embora tivesse sido produzido dentro de um cenário político totalitário, o Código de 1940 teve uma orientação liberal, merecendo elogios e críticas, uma vez que, no segundo caso, não fugiu totalmente da responsabilidade penal objetiva. Sob o aspecto filosófico, o referido autor dizia que o Código era eclético, que “acende uma vela a Carrara e outra a Ferri”: NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 35. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 64.

31. TAVARES, Juares. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 105-106.
32. SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Franco (Orgs.). **Direito Penal**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. (Doutrinas Essenciais). v. 2, p. 70.

tiana foi a base metodológica para a interpretação do sistema causal neoclássico, que pretendeu retirar o direito do mundo naturalista do ser e “o situar numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro dever-ser”³³.

No alicerce do modelo neokantista, duas escolas se destacaram: Escola de Marbugo, profundamente racionalista, orientada no sentido de uma filosofia do conhecimento, influenciada pelo pensamento naturalista do século XIX; e a Escola sudocidental de Baden, orientada no sentido de uma filosofia da cultura, onde os valores deveriam reger o pensamento e lhe permitir alcançar a objetividade³⁴.

Na plataforma neokantista, as ciências culturais estavam orientadas a valores. Desse modo, o direito deveria ser interpretado de forma axiológica. Nessa fase da teoria do delito, são lançadas as bases para a construção teleológica de conceitos; surge a classificação material (valorativa) dos elementos integrantes da estrutura analítica do delito em substituição ao modelo formal e neutro da teoria clássica; e a interpretação dessas categorias passa a ser conduzida pela inserção de carga valorativa na análise dos institutos.

Houve mudança pequena no conceito de ação. “A ação jurídico-penal não pôde mais ser entendida como mero movimento corpóreo”³⁵. Foram propostos “inúmeros arranjos, definindo-se a ação simplesmente como conduta volitiva, realização de vontade, conduta voluntária ou conduta humana”³⁶, permanecendo a necessidade de modificação do mundo exterior³⁷.

A introdução de conduta humana no conceito de ação, defendida por Edmund Mezger, foi a que obteve maior aceitação³⁸. Todavia,

-
33. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2007. t. 1, p. 242.
 34. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. e prefácios do prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997. p. 15-16.
 35. GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 59.
 36. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista do Tribunais, 1980. p. 42.
 37. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2007. t. 1, p. 242-242.
 38. GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 59.

o conceito de ação do neokantismo, assim como o do naturalismo, se reduz a um processo causal, não possui finalidade. A análise da finalidade fica deslocada para a culpabilidade³⁹.

Edmund Mezger dizia que a ação correspondia a uma conduta humana com resultado externo, classificada de três formas: delito de ação, delito de omissão própria e delito de omissão imprópria ou de comissão por omissão. Dizia que tal conduta descrita era sempre uma conduta humana, que somente o dever e o omitir do homem seriam passíveis de punição, pois havia desaparecido o processo contra animais⁴⁰.

A tipicidade formal do período causalista clássico passou a ser material no neokantismo. Com isso, a tipicidade podia ser compreendida como a adequação do fato à letra lei que provocava lesão intolerável ao bem jurídico tutelado. Dito de outro modo, a tipicidade passou a ser considerada “não apenas como uma descrição formal-externa de comportamentos, mas materialmente como uma unidade de sentido socialmente danoso, como comportamento lesivo de bens judicialmente protegidos”⁴¹.

Dessa forma, os elementos formais descritivos foram transformados em elementos naturais normativos, passíveis de “juízo de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador, que tanto podia ser a proteção de bens jurídicos, quanto de qualquer outra situação estatal de conveniência”⁴².

Portanto, a título de esclarecimento, o princípio da insignificância não foi criado nessa época, mas havia espaço para a sua construção, já que o método do sistema era valorativo e a tipicidade era compreendida como categoria material, de modo que o julgador possuía liberdade para construir uma solução diversa da mera subsunção formal do fato à norma.

No causalismo clássico, a ilicitude constituía a mera relação de contradição entre o fato e a lei, enquanto, no causalismo neoclássico,

39. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.

40. MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 168-176.

41. DIAS, *op. cit.*, t. 1, p. 242-243.

42. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 135.

a ilicitude passou a ser material e consistia na relação de antagonismo entre o fato e a lei geradora de danosidade social, possibilitando o surgimento de excludentes supralegais, ou seja, não previstas na lei⁴³.

A relação entre os elementos do injusto, segundo Juarez Tavares, constitui o dado mais significativo da reformulação neokantiana⁴⁴. Na visão de Max Ernst Mayer, a tipicidade e a antijuricidade deveriam ser compreendidas de maneira separada, porquanto se comportam como a fumaça e o fogo e, desse modo, o tipo constitui um indício de ilicitude⁴⁵. Por conseguinte, o vínculo entre a tipicidade e a ilicitude denomina-se *ratio cognoscendi*, o tipo passa a ser o elemento identificador da ilicitude. O delito, assim como no período causal clássico, foi definido como uma ação típica, ilícita e culpável.

Segundo Ernst Mayer, para ilustrar a separação entre tipicidade e ilicitude, o condenado que foge da penitenciária pratica um ato ilícito, pois está obrigado a cumprir a pena. No entanto, ele não realiza, por ausência de previsão legal, uma conduta típica. E, de forma inversa, os soldados de um corpo de engenheiros militares que, numa situação de guerra, destroem a ponte de uma cidade, para preparar a sua defesa, realizam uma conduta típica que, todavia, não é antijurídica⁴⁶.

De outra forma, para Edmund Mezger, o delito (parte objetiva) deveria ser compreendido como uma ação tipicamente antijurídica⁴⁷. O tipo perderia qualquer autonomia e se tornava fundamento da antijuridicidade, passando a constituir a antijuridicidade tipificada, deixando a categoria isolada de tipo e se transformando em um tipo de injusto. Passa a existir uma visão conjunta de tipicidade e ilicitude, que corresponde a *ratio essendi*. Por conseguinte, a anti-

43. Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 139.

44. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 136.

45. MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011. p. 11-12, 64, 227.

46. *Ibidem*, p. 11-12.

47. MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 349-350.

juridicidade se tornou o principal elemento do delito que passou a ser visto como uma antijuridicidade típica⁴⁸.

Destaca-se, ainda, a teoria dos elementos negativos do tipo, a qual foi criada por Adolf Merkel a partir de 1889. Depois foi desenvolvida, entre outros, por Reinhard Frank. Nesse contexto, “a distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo em alguns autores a teoria dos elementos negativos do tipo, que vê na ausência de causa de justificação um pressuposto da própria tipicidade”⁴⁹.

Desse modo, no primeiro caso (*ratio cognoscendi*), o tipo constitui um indício de ilicitude; no segundo caso (*ratio essendi*), a antijuridicidade conteria o tipo; no terceiro caso (teoria dos elementos negativos do tipo), o tipo conteria a antijuridicidade. Nos dois últimos casos, antijuridicidade e tipo não são vistos como elementos autônomos, “mas sim, como um todo normativo unitário”⁵⁰.

Dentro da teoria dos elementos negativos do tipo, desenvolveu-se um conceito de tipo total de injusto, dividido em duas partes: parte positiva (tipo positivo) composta dos elementos objetivos, subjetivos e normativos; parte negativa (tipo negativo) que significa a ausência de causas excludentes da ilicitude.

Portanto, as excludentes de ilicitude, dentro dessa teoria, são os requisitos negativos do tipo de injusto. “Tomando em conta, por exemplo, o art.121 do Código Penal, na visão da teoria em destaque, o tipo total deste injusto seria: matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade etc”⁵¹. Da mesma forma, Hassemer exemplifica que a leitura do § 193 do Código Penal alemão seria: “A injúria será punida com [...] a não ser que ela ocorra em defesa de interesse legítimo”⁵².

48. TAVARES, *op. cit.*, p.149.

49. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, 2000. p. 125.

50. TAVARES, Juez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista do Tribunais, 1980. p. 45.

51. GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 82.

52. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005. p. 285.

Winfried Hassemer faz severa crítica à teoria dos elementos negativos do tipo, pois não se pode, ao mesmo tempo, censurar positivamente (tipo positivo) e justificar negativamente (tipo negativo). Diz que a referida teoria trata a excludente de ilicitude como capaz de afastar a relevância da conduta jurídico-penal. Ou seja, como exemplo: matar alguém em legítima defesa seria o mesmo que tomar um café, pois, quanto ao resultado, nenhum dos dois fatos é um injusto penal. Ora, matar uma pessoa em legítima defesa é uma lesão a um ser humano. O fato de ser justificada não afasta a natureza de lesão, “é uma transgressão à barreira do tabu (*Tabus-chronke*) que co-determina a nossa cultura jurídica”⁵³.

A teoria dos elementos negativos é aceita na Itália. No Brasil, é minoritária a doutrina que lhe rende aceitação. Além de Paulo Queiroz⁵⁴, destaca-se Miguel Reale Junior que compreende, num momento único, os juízos de tipicidade e de antijuridicidade, e não vislumbra separação e nem autonomia entre esses institutos⁵⁵.

Quanto à culpabilidade, dentro da visão neokantista, Reinhard Frank rechaçava a concepção psicológica de culpabilidade que se reduzia a uma relação psíquica entre o autor e o fato⁵⁶. O referido autor, com a introdução na culpabilidade da reprovabili-

53. *Ibidem*, p. 286.

54. Para referido autor, não haveria necessidade de se fazer ressalva à excludente no tipo, pois essas estariam subentendidas, “na formulação do tipo penal estaria implícita a ausência de causas de justificação. [...] Daí o seu nome teoria dos elementos negativos (causas de justificação) do tipo, visto que a presença de tais elementos (legítima defesa, estado de necessidade) nega o próprio tipo; sua ausência, ao contrário, confirma-o totalmente, ou seja, as causas de justificação constituem elementos que negam o tipo penal”. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 155- 156.

55. “Ao se apreender a ação em sua tipicidade, apreende-se seu caráter antijurídico, e, portanto, são uma coisa só os juízos de tipicidade e de antijuridicidade. Destarte, a ação típica é antijurídica, pois, se a função do direito é impor valores e defendê-los, a antijuridicidade consiste no ajuizamento de que foi a ação animada por um desvalor, isto é, realizada de modo típico, a revelar sua contrariedade ao valor tutelado. [...] Dessa forma, o delito se compõe da ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade”. REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 144-145.

56. AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A inexigibilidade de conduta diversa**: o fundamento para a aplicação das causas supralegais no Direito Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 11.

dade do ato praticado, criou a teoria normativa da culpabilidade em 1907⁵⁷.

Para que uma pessoa tivesse a reprovação de seu comportamento, segundo Frank, haveria a necessidade de: uma aptidão normal do autor, conhecida por imputabilidade; uma certa e concreta relação psíquica do autor com o fato (dolo, culpa); e uma normalidade das circunstâncias em que o autor atua. De modo que o autor não poderia ser reprovado quando realizasse ações sob circunstâncias que revelasse um quadro de anormalidade⁵⁸.

A teoria normativa nasceu na Alemanha diante da necessidade prática de resolver com justiça determinadas situações concretas, quando a não exigibilidade significava autorizar o agente a agir contra a determinação da norma objetiva do direito, uma vez que no âmbito da referida norma não se encontrava a solução justa⁵⁹.

Dessa forma, a culpabilidade passou a ser um juízo de reprovação, de censura, que incide sobre o agente por ter atuado de forma contrária ao direito. Contudo, não era uma valoração pura, pois não se abandonou os dados psicológicos, já que o juízo de valor incidiria sobre uma “situação fática de ordinário psicológica”⁶⁰.

Da ideia valorativa de reprovação, surgiu um novo requisito para a culpabilidade, denominado exigibilidade de conduta diversa. Portanto, a reprovação, na culpabilidade, só poderia existir se fosse

-
57. “La evolución del concepto y sus consecuencias en la obra de Frank han sido descritas tantas veces que aquí puedo ser breve al respecto. En su monografía *Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907* (Sobre la estructura del concepto de culpabilidad), que abre nuevas vías, Frank califica, por primera vez, la culpabilidad como “reprochabilidad” y considera como presupuesto suyo, además de la imputabilidad del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra. Si ello falta, como ocurre en los § 52-54 del C.P., existe una ‘causa de exclusión de la culpabilidad’”. GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C Nuñez. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002. p. 84.
58. FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011. p. 40-42.
59. NUÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de la culpabilidad. In: GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Traducción de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002. p. 80-81.
60. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 224.

possível ao agente atuar de forma diversa; caso contrário, estaria afastado o juízo de culpabilidade.

No modelo neokantista, a culpabilidade foi alterada na composição de seus elementos. Nessa fase, a imputabilidade deixou de ser pressuposto e foi transformada em um elemento. O dolo e a culpa deixaram de ser espécies de culpabilidade e se transformaram em elementos da culpabilidade. Por fim, o terceiro e novo elemento, como já dito, passou a ser a exigibilidade de conduta diversa. Esse contorno definitivo foi dado por Edmund Mezger⁶¹.

A culpabilidade se alicerçava na teoria psicológico-normativa que acolheu o dolo normativo (*dolus malus*) e, desse modo, a consciência da ilicitude fazia parte do dolo. No contexto dessa teoria, o dolo normativo estava dentro da culpabilidade e era composto de: representação da realidade fática (elemento intelectual), vontade dos efeitos e não do processo causal (elemento intencional, volitivo) mais a consciência atual da ilicitude (elemento normativo).

Críticas positivas e negativas podem ser feitas ao sistema neokantista. A permanência com o conceito causal de ação é uma delas. Nesse período, tentou-se alocar a omissão dentro do conceito de ação. Isso era praticamente impossível já que a omissão não pode ser tratada como mera causalidade física. Hoje, a omissão é compreendida normativamente.

Sob o olhar da posição dos elementos da estrutura analítica do crime, bem como no que diz respeito ao conceito de ação, pode-se afirmar que o sistema neokantista, também chamado de causalismo neoclássico ou normativista ou teleológico “não implicou, finalmente, alteração radical da concepção Liszt-Beling”⁶².

Conforme ensina Muñoz Conde, referindo-se ao conceito de ação no causalismo clássico de Ernst von Liszt e, no neoclássico, de Edmund Mezger: “Com isso, desconhece a realidade das ações humanas, que não são simples processos causais (pois, neste caso, não poderiam ser delas diferenciados os simples fenômenos da natureza), mas processos causais dirigidos a um fim”⁶³.

61. *Ibidem*, p. 223.

62. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 46.

63. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.