

3º CURSO POPULAR DE FORMAÇÃO
DE DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICAS

AULAS 3 E 4 - TEORIA DO CRIME - AÇÃO

26.01.2019

1) Conceito de Crime:

a) Formal: crime é o ilícito seguido de pena. Conceito cientificamente perfeito, mas insuficiente, porque é tautológico (não instrumentaliza ou desenvolve). Crime quando tem pena, pena quando tem crime.

b) Material: crime é a ação humana que lesa ou expõe a risco de grave lesão bem jurídico vital para a vida em sociedade. O conceito também é insuficiente, porque é inseguro. Nem todos têm a mesma concepção sobre o que é essencial. Logo, é insuficiente para operacionalizar / aplicar.

c) Analítico: decompõe em frações o fenômeno do crime, permitindo maior padronização e operação do sistema e das estruturas. É próprio do saber dogmático (Conduta típica, antijurídica e culpável). Correntes:

Bipartida: fato típico e antijurídico (Damásio, Mirabete).

Tripartida: fato típico, antijurídico e culpável (prevalente no Brasil e no mundo – Rogério Greco, Regis Prado, Juarez Tavares, Juarez Cirino, Bitencourt)

Quadripartida: fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Munhoz Conde, Cerezo Mir).

2) Sistemas Penais (Autor, Escola, Filosofia e Teoria do Crime)

a) Causalismo Naturalista ou Positivo-Naturalista ou Causal Naturalista ou Clássica ou Mecânica (final do século XIX – *Franz Von Liszt* e *Ernst Von Beling*). Aníbal Bruno.

Contexto Histórico: com a derrocada do Império Alemão, os burgueses (*Liszt* e *Beling*) necessitam de instrumentos de resistência contra o poder do monarca e prerrogativas das elites em relação a plebe (contra possível insurgência). Em consequência há um verdadeiro fetiche com a letra da Lei (legalismo exacerbado)

Contexto Filosófico: ideais positivistas. As ciências exatas são a base tecnologia própria da revolução industrial. Tudo o que não for tecnológico não é ciência (preconceito científico). O Direito quer se emancipar enquanto ciência e para isso adere

ao método descritivo das ciências naturais (descrição da realidade, sem julgamento ou valoração).

Método objetivo-subjetivo: semelhante às ciências naturais. Primeiro tudo o que pode ser percebido pelos sentidos e depois o que pode ser concluído quanto a intenção. Na teoria do crime, fato típico e antijurídico são constituídas de elementos objetivos. A culpabilidade é constituída de elementos subjetivos.

Conduta é mero processo causal, destituído de finalidade. É movimento corpóreo voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.

Tipicidade: é objetivo-descritiva, isto é, o Jurista não faz juízo de valor (não há espaço para insignificância, adequação social, sob pena de não ser mais “cientista”). O foco é a geração de um resultado, a relação de causa e efeito, perceptível pelos sentidos (o que se consegue ver do crime).

Antijuridicidade: é objetiva e resumida a uma relação de regra e exceção: o fato típico será antijurídico desde que não demonstrada excludente de antijuridicidade. Também não se faz juízo de valor. Logo, a tipicidade é indiciária da antijuridicidade, salvo se ocorrer causa de justificação (*teoria da ratio cognoscendi*).

Culpabilidade: é psicológica e traz como espécies o dolo e a culpa. Não é julgamento (juízo de valor), mas algo que está na cabeça do autor (por isso psicológica).

Críticas:

(i) a ausência de juízo de valor na tipicidade leva a resultados insatisfatórios (ex: insignificância);

(ii) dificuldade para explicar a omissão (a omissão você não vê);

(iii) dificuldade para explicar os crimes sem resultado (formais e de mera conduta);

(iv) dificuldade para explicar os elementos normativos e subjetivos do tipo (ex: subtrair coisa alheia – como descrever o “alheia” sem juízo de valor?)

b) Neokantismo ou Teoria Causal-Valorativa (ascensão do nazismo - *Mezger*)

Contexto Histórico: década de 1930 na Alemanha e ascensão do nazismo.

Contexto Filosófico: superação do positivismo pela retomada da metafísica e dos valores. Dicotomia entre as ciências do ser (observam e descrevem) e as ciências do dever-ser (compreendem e valoram). Nesse sentido, em uma ciência do dever-ser todo o conhecimento será impregnado por juízos de valor. O objeto de conhecimento não é

perceptível pelos sentidos, mas construído pelo juízo de valor. Racionalização no Método.

Método:

Tipicidade: mantém a essência objetiva, mas reflete um grande juízo de valor. Matar alguém é proibido? Furtar coisa insignificante é proibido? Não há problema em reconhecer elementares normativas ou subjetivas, pois são juízos de valor.

Antijuridicidade: também reflete juízo de valor (proibição).

Se tipicidade e antijuridicidade possuem juízos de valor não faz sentido separar as estruturas. O injusto penal total pode aglutiná-las. Teoria da *Ratio Essendi* (antijuridicidade é a essência da tipicidade, isto é, um fato só pode ser considerado típico se for antijurídico). São juízos de valor sobre o fato (fato foi injusto)

Culpabilidade: psicológico-normativa. Mantém o dolo e a culpa (como elementos), mas é acrescentado de imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa (*Frank* em 1904, caso do cocheiro). Juízo de valor sobre o sujeito (sujeito deve ou não ser reprovado). Por essa razão já se fala em juízo de reprovação ou censurabilidade.

Obs.: dolo normativo (consciência atual da ilicitude).

Críticas:

- Política: pensar/ser pode ser conduta? Não no causalismo, pois é imperceptível aos sentidos. No entanto pode ser conduta no neokantismo (a imensa liberdade em atribuir sentido as estruturas essenciais da teoria do crime permite ampla criminalização – Direito Penal do Autor).

- Técnica: crítica do homem de branco (*Welzel*): homem de branco toca na genitália de menina de 12 anos. É crime? Depende do que? Da intenção (dolo)?

Para saber se a conduta é típica eu preciso saber sobre a culpabilidade? Torna a teoria do crime imprestável ao condicionar a tipicidade (injusto) ao elemento da culpabilidade.

c) Finalismo (Fim da Segunda Guerra Mundial - *Hans Welzel*)

Contexto Histórico: década de 30, com ascensão na década de 40.

Contexto Filosófico: ontologia (estudo da essência do ser). Algumas estruturas tem significado pré-jurídico. São estruturas lógico-objetivas a partir das quais serão realizados juízos de valor. A ciência do dever-ser é necessariamente limitada pela ciência do ser. O normativo é limitado pelo ôntico (pela realidade). O Direito pode apenas valorar algumas estruturas, mas não alterá-las (conduta, vida, pessoa). Ex: o que

é causa? Tudo aquilo que contribui para o resultado. O sentido é dado pela física, mas valorado pelo Direito para evitar o regresso ao infinito.

Ex: conduta é o movimento corpóreo humano positivo ou negativo consciente e voluntário dirigido a uma finalidade (não é um conceito criado pelo Direito, mas que tem suas bases em outras ciências). Logo, pensar/ser não pode ser crime (limite a criminalização).

Método:

Tipicidade: mantém a face descritiva do causalismo e a face normativa (juízo de valor) do neokantismo, com a inclusão do dolo (consequência do conceito ôntico de conduta) – Face Subjetiva (consciência e vontade dirigida a uma finalidade).

Obs.: dimensão objetiva (conduta, resultado, nexo e adequação típica) e dimensão subjetiva (dolo e culpa).

Antijuridicidade: mantém o juízo de valor, que agora tem o dolo e a culpa como objetos. Por isso o injusto finalista é tratado como injusto pessoal. Antes do finalismo (causalismo e neokantismo) não havia a pergunta se o dolo era justo/injusto (justificado ou injustificado). No finalismo, ao perguntar se a conduta é injusta também engloba o dolo.

Culpabilidade: normativa pura. Tem como elementos a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude (poder saber da proibição?) e a exigibilidade de conduta diversa. Todos os elementos da culpabilidade finalista são juízos de valor.

- Críticas de Roxin ao finalismo (*Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*):

- a teoria não explica suficientemente o crime culposos, cujo resultado é involuntário e não faz parte da finalidade do agente. Os finalistas respondem que no crime culposos finalidade é lícita, mas a vontade (ilícito) é direcionada para os meios eleitos pelo agente para atingir aquela finalidade (violação a dever objetivo de cuidado – imprudência, negligência e imperícia). E a culpa pelo esquecimento?

-Filosófica: não há um conceito ôntico, mas há vários conceitos e um é adotado. Ex: há um conceito único de vida? Como uma sociedade relativista pode ter um Direito Penal de base ontológica? O Direito Penal é uma ciência social aplicada e não pode se afastar do que a sociedade pensa.

- Os conceitos do finalismo são inadequados para tratar da criminalidade moderna. A Parte Geral do Código Penal é obsoleta e desgastada, pois projetada na década de 40, quando a principal preocupação penal era o homicídio. Atualmente a grande preocupação é tráfico de drogas, crimes contra o patrimônio, crimes contra o

meio ambiente, crimes contra a ordem financeira. O que se fazer? Atualizar os institutos? Não pode, porque as estruturas são ônticas.

Como explicar crimes de trânsito a partir da conduta do finalismo?

- Política: moralizante.

d) Funcionalismo: as estruturas do Direito Penal (vida, conduta, nexos, dolo) devem ter seu sentido atribuído de forma a permitir que o Direito Penal cumpra sua função / objetivo.

Para que serve o Direito Penal? Os conceitos e institutos são construídos da melhor forma para atingir o objetivo do Direito Penal. Se não funcionar, altera-se.

Desde logo Roxin admite os méritos de *Mezger* e se propõe a aperfeiçoar as estruturas.

A crítica finalista é que o funcionalismo padece dos mesmos problemas do Neokantismo – apego aos juízos de valor, com ampla liberdade para atribuição de sentido as estruturas (despreza a ontologia). Roxin responde que não há perigo do final semelhante ao neokantismo, porque há sistema internacional de proteção aos direitos humanos e constitucionalismo (Roxin escreve em 1970, logo após a assinatura de diversos pactos – Ex: Pactos de 1966).

Finalistas dizem que é necessário a ontologia como defesa do totalitarismo. Funcionalistas dizem que esse escudo não existe e que os tratados internacionais e a Constituição são defesas suficientes.

(i) Funcionalismo Teleológico ou Moderado ou Dualista (Roxin): o objetivo do Direito Penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos no limite dos direitos e garantias fundamentais.

Conduta é o comportamento humano voluntário causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

São duas das mais consagradas contribuições de Roxin para a teoria do crime:

a) Imputação Objetiva: a base da imputação não pode ser algo tão primitivo e naturalista como a causalidade. A causalidade é aberta demais para ser a base da atribuição de responsabilidade e precisa ser corrigida normativamente (juízo de valor).

b) Responsabilidade: Culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa) e Necessidade da Pena.

Ambas se limitam reciprocamente. Se a pena é incapaz de orientar comportamentos futuros e impedir lesões a bem jurídico, a pena é desnecessária. Não basta ser culpável, mas deve ser necessária. Ex: pé do filho e pescoço de terceiro. Punir o pai é desnecessário porque não orientará comportamentos.

A culpabilidade passa a ser limite funcional da pena (culpabilidade funcional).

(ii) Funcionalismo Radical ou Sistêmico ou Monista (Jakobs): nega a tradicional teoria do bem jurídico. Direito Penal não protege a vida (as pessoas morrem e vão continuar morrendo / as pessoas matam e vão continuar matando). Seria manter um sistema que não cumpre sua função. O Direito Penal protege expectativas essenciais para viver em sociedade (ex: passar no farol vermelho). A punição serve para manter as expectativas e a confiança, mesmo diante da violação da norma.

Quem resolve o conteúdo da norma? O detentor de poder. Logo, pode ser autoritário. Jakobs concorda e diz que Direito Penal não define sistema político. É o sistema político que define o Direito Penal.

Conduta é o comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

(iii) Funcionalismo Reducionista ou Contencionista (Zaffaroni): função do Direito Penal é conter a violência do Estado de Polícia e a seletividade penal pela criação de um sistema racional (menos irracional).

Próxima Aula: Conduta (Elementos, Formas, Causas de Ausência) + Resultado + Nexos Causais + Adequação Típica + Dolo + Erro de Tipo