

DA "TEORIA DO DELITO" DE BELING AO CONCEITO DE DELITO NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL*

KAI AMBOS**

I

Há exactamente 100 anos, ERNST BELING publicava a sua obra fundamental *A Teoria do Delito*¹. Segundo a opinião geral, foi nesta obra que ele fundou a teoria do tipo². Em todo caso, é no mínimo correcto afirmar que BELING deu vida nova à teoria do tipo, desenvolvendo o seu potencial para o Estado de Direito e "extraindo da máxima *nullum crimen sine lege* todas as suas consequências sistemáticas"³. Contudo, não podemos deixar de mencionar que, muito antes de BELING, dois criminalistas do século XIX, CRISTOPH CARL STÜBEL e HEINRICH LUDEN, já se haviam ocupado minuciosamente da teoria do tipo⁴. STÜBEL, que é até mesmo considerado como fundador da teoria do tipo objectivo, já a elaborara em 1805, portanto cerca de um século antes de BELING⁵, e LUDEN também tratou dessa teoria em 1840⁶.

* Tradução do original alemão "Von Belings 'Lehre vom Verbrechen' zum völkerstrafrechtlichen Verbrechensbegriff" (publicado em *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, www.zis-online.de, 10/2006) por Rubens Enderle. Agradeço ao Prof. Dr. Fabio D'Avila (Porto Alegre/Frankfurt am Main) pelos comentários à tradução. A tradução foi revista pelo autor. Texto original com grafia de Portugal.

** Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na *Georg-August Universität Göttingen*; Director do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais; Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen.

1. Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen* [A Teoria do delito], Tübingen, J. C. B. Mohr, 1906.

2. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* [Direito penal: parte geral] (Vol. 1), Munique, C. H. Beck, 4ed, 2006, § 7 nota marginal n.12, § 10 nota marginal n. 1.

3. Karl Alfred Hall, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs aus dem Geist des Prozesses* [O desenvolvimento do conceito de delito a partir do espírito do processo], in: Friedrich Geerds (ed.), *Festschrift (FS) für Hellmuth Mayer* [Homenagem a Hellmuth Mayer], Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 38; ver também Hall, *Die Lehre vom Corpus delicti* [A doutrina do corpus delicti], Stuttgart, Kohlhammer, 1933, p. 155 e segs.

4. Para uma análise pormenorizada da teoria do tipo de Luden e Stübel, ver Shahryar Ebrahim-Nesbat, *Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert* [A construção das formas penais de participação no século XIX], Frankfurt/M et al., Peter Lang, 2006, p. 59 e segs., 85 e segs.

5. Na sua monografia intitulada *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewisheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten* [Do tipo do delito, de seu autor e da certeza requerida para uma sentença final, particularmente no que diz respeito ao homicídio segundo o direito geralmente aplicado na Alemanha e na região da Chur-saxónia], Wittenberg, Zimmermann, 1805.

6. Nos seus *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, zweiter Band: Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte* [Discursos sobre o direito penal comum germânico,

Sob influência da teoria preventivo-geral da coação psicológica⁷, de FEUERBACH, e como consequência da máxima do *nullum crimen*, STÜBEL já esboçara um sistema de Direito Penal fundado no princípio da legalidade, podendo-se até mesmo dizer que ele advogara a causa de um “tipo de garantia” (*Garantietatbestand*) que se orientasse pela máxima do *nullum crimen* (com o que ele se antecipava à questão da diferenciação, estabelecida por LANG-HINRICHSEN, entre tipo integral e tipo legal de garantia⁸). O que havia de revolucionário no conceito de tipo apresentado por FEUERBACH⁹ e STÜBEL era que ele escapava do pensamento processual orientado pelo modelo, até então dominante, do processo inquisitório. O processo inquisitório partia do *delito*, do *corpus delicti*, a ser confirmado na inquirição geral para, então, chegar ao *autor*, a quem esse delito tinha de ser imputado na inquirição especial¹⁰. Assim, o juiz inquisidor, cujas funções eram, ao mesmo tempo, a de averiguar e de condenar, tinha de, primeiramente, confirmar a prática do delito pela sua manifestação externa, para, somente então, poder dirigir-se ao *auctor delicti*. Essa antítese entre delito (*corpus delicti*) e autoria (*auctor delicti*), em regra, só podia ser resolvida pela confissão do acusado, e isso precisamente pela razão de que as duas testemunhas necessárias, no mínimo, para a confirmação da culpa raramente conseguiam ser apresentadas¹¹. A concepção do tipo processual que aí se

segundo volume: sobre o tipo de delito segundo o Direito comum germânico], Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1840.

7. Paul Johann Anselm Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* [Manual de direito penal comumente aplicado na Alemanha], Giessen, Heyer, 14ed, 1847, § 8 ss., 13: “Toda a infração tem o seu fundamento de existência na sensibilidade... Este impulso sensível pode ser suprimido desde que cada um saiba que ao seu delito se seguirá inevitavelmente um mal que será maior do que o desprazer resultante da não satisfação do impulso por meio do delito”. Stübel renunciou publicamente à sua teoria penal especial-preventiva e confidenciou-o a Feuerbach (cf. Rudolf Ahrendts, *Christoph Carl Stübels Straftheorie und ihre Wandlung* [Cristoph Carl Stübel e a sua conversão], Leipzig, Weicher, 1937, p. 62 e segs.); ao mesmo tempo, ele exercia uma considerável influência sobre Feuerbach, a ponto de Binding chegar a considerá-lo como um precursor de Feuerbach (cf. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* [As normas e sua transgressão], Leipzig, Felix Meiner, 1918, vol. III, p. 96 e seg. e a nota de rodapé n. 15).
8. Dietrich Lang-Hinrichsen, “*Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*” [Teoria do tipo e erro de proibição], *Juristische Rundschau* (JR) 1952, p. 302 (307); *id.*, “*Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*” [A admissão de erro de uma causa de justificação na jurisdição do Tribunal Federal], *Juristenzeitung* (JZ) 1953, p. 362 (363 com nota de rodapé n.7). Aí ele estabelece a distinção entre “tipo integral” e “tipo de garantia”, sendo o primeiro compreendido como a materialização das características que formam a *ratio essendi* da ilicitude, enquanto o tipo de garantia era compreendido como uma parte do tipo integral, a parte regida pela máxima do *nullum crimen* (cf. Karl Engisch, “*Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*” [Os elementos típico-normativos no Direito Penal], in: Engisch (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger* [Homenagem a Edmund Mezger], Munique, C. H. Beck, 1954, p. 120).
9. Paul Johann Anselm Feuerbach, *supra* nota n. 7, § 80 e segs; ver também Ebrahim-Nesbat, *supra* nota n. 4, p. 31 e segs.
10. Cf. A. K. Hall, *Corpus delicti*, *supra* nota n. 3, p. 2 e segs; *id.*, FS H. Mayer, *supra* nota n. 3, p. 37 e segs.
11. Cf. Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* [Introdução à história do Direito Penal alemão], Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 3ed, 1965, § 109 e seg. (p. 127 e seg.). Valia como prova a confissão que se declarava como digna de fé (Art. 60 *Constitutio*

apresenta foi abandonada somente com a introdução do processo acusatório. Com a separação das funções de acusação e de julgamento, o juiz (jugador) não tinha mais de ocupar-se com a averiguação do delito e do autor; era ao acusador que cabia, agora, levar à audiência o autor por ele averiguado, deixando assim ao juiz apenas a tarefa de subsumir a acusação ao tipo. Se antes o inquisidor tinha de encontrar o autor, agora este é entregue ao juiz; se antes o inquisidor partia do *corpus delicti*, agora o que o juiz deve submeter à lei é a conduta do autor, conduta esta que foi denunciada pelo acusador; deste modo, ele (já) não parte do *corpus delicti* em busca de um potencial autor, mas sim de uma suposta conduta de um suposto autor para chegar a um tipo legal¹². Nisso evidencia-se não só a referida “função de garantia” do tipo mas, ao mesmo tempo, a sua *função sistemática*: o tipo contém e circunscreve – por assim dizer, como “*tipo sistemático*” – os elementos objectivos e subjectivos que compõem uma determinada forma delitiva e dos quais resulta o júízo de ilicitude¹³.

Com isso, descobriu STÜBEL – logo depois de FEUERBACH¹⁴ e muito antes de H.A. FISCHER e HEGLER (sobre estes autores, ver *infra* II) – que o tipo não deve ser entendido apenas de modo puramente objectivo, mas sim que *características* internas ou *subjectivas* (*referentes ao autor*) por vezes também imprimem nos tipos a sua marca decisiva, como, por exemplo, a exigência da “*intenção gananciosa*” (intenção de furtar) no então tipo penal de furto. Stübel referia-se a isso como “*tipo pessoal*”¹⁵ (*personaler Tatbestand*), com o que pretendia resolver o problema dos tipos lançando mão de um recurso marcadamente interno. Se utilizarmos o ulterior quadro conceptual de LANG-HINRICHSSEN¹⁶, já citado anteriormente, podemos dizer que o tipo objectivo e o tipo pessoal formam um “*tipo integral*”.

A Teoria do Tipo obteve um novo impulso graças a HEINRICH LUDEN, já citado. Sob influência da ideia hegeliana do ilícito penal como violação do Direito objectivo e racional¹⁷, ele realizou a separação entre os conceitos de acção e tipo, e desenvol-

criminalis Carolina – CCC) ou duas “testemunhas simples” (Art. 66 CCC, reproduzido em Arno Buschmann, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit* [Manual de história do Direito Penal moderno], Munique, C.H. Beck, 1998. Sobre a *tortura* para a obtenção da confissão, ver Hinrich Rüping/Günther Jerouschek, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte* [Elementos fundamentais de história do Direito Penal], Munique, C.H. Beck, 4ed, 2002, nota n. 104, 107; no caso de abjuração ou recusa da confissão ao inquisidor, o Art. 57 CCC determina a continuação do processo; sobre isso, ver também Julio Maier, *Derecho Procesual Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, Tomo I, 2ed, 2004, p. 292 e segs.

12. Cf. A. K. Hall, *Corpus delicti*, *supra* nota n. 3, p. 161 e segs; id., FS H. Mayer, *supra* nota n. 3, p. 38 e segs.

13. Cf. Roxin, *supra* nota n. 2, § 10, nota marginal n. 1.

14. Feuerbach, *supra* nota n. 7, § 55 com a nota de rodapé “a”.

15. Stübel, *supra* nota n. 5, §§ 4, 18; sobre isso, ver também Ebrahim-Nesbat, *supra* nota n. 4, p. 59 e segs.

16. Cf. *supra* nota n. 8.

17. Cf. Eckhart von Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule* [O desenvolvimento do conceito de acção no direito penal de Feuerbach a Listz, com especial atenção à escola hegeliana], Heidelberg, Carl Winter, 1966, p. 88.

veu uma *teoria do tipo em dois graus*, ou seja, uma teoria composta por um fenómeno criminoso objectivo e por um tipo subjectivo (*dolus* e *culpa* sem imputabilidade)¹⁸. LUDEN, além disso, subjectivou o conceito determinista de acção mediante o componente da “determinação criminosa da vontade”. Ao exigir uma “*intencionalidade*” para a acção, ele pressupunha um conteúdo determinado de vontade¹⁹. E, deste modo, temos, muito antes do finalismo de WELZEL²⁰, a fundação de um conceito finalista da acção, apesar de o próprio WELZEL nunca ter feito referência a LUDEN.

II

Voltemos a BELING. A sua teoria da *neutralidade axiológica do tipo* (*Wertfreiheit des Tatbestandes*), que não possuía nenhum significado para a declaração de ilicitude²¹, já era, em verdade, posta em questão pelo “tipo pessoal” de STÜBEL, pois a existência de elementos subjectivos do tipo ou da ilicitude, como mais tarde seria demonstrado especialmente por H.A. FISCHER²² e por HEGLER²³, traz não apenas consequências para a teoria do delito, como veremos, mas também realiza a normatização do tipo, convertendo essas características (por exemplo, a intenção de furtar, a intenção de enriquecimento), ao mesmo tempo, em características altamente normativas. Seja como for, desde MAX ERNST MAYER²⁴ sabemos que existem *características normativas* (objectivas) do tipo²⁵, e podemos dizer que essas características, se não chegam a fundar a ilicitude, como M.E. MAYER o vislumbrou²⁶, pelo menos apontam para ela²⁷. Com isso, a já referida função de garantia do tipo deve estender-se também a todos os pressupostos da ilicitude (elementos do tipo e – negativamente – ausência de

18. Luden, *supra* nota n. 6, p. 110, 122, 131, 346, 500 e seg.; *id.*, *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes* [Manual de direito penal germânico, geral e particular], vol. 1, tomo I, Iena, (Luden), 1847, § 7 (p. 17), § 51 (p. 334 com nota de rodapé n. 1), § 52 (p. 336 e seg.).

19. Luden, *supra* nota n. 6, p. 114; ver também Bubnoff, *supra* nota n. 17, p. 93 e seg.; Ebrahim-Nesbat, *supra* nota n. 4, p. 87 e segs.

20. Ver *infra* nota n. 42.

21. Beling, *supra* nota n. 1, p. 206; cf. também *id.*, *Grundzüge des Strafrechts* [Fundamentos de Direito Penal], Tübingen, J.C.B. Mohr, 11ed, 1930, p. 30 e seg., onde admite que o legislador pode, no interior do tipo, construir “conceitos singulares, jurídico-normativos”, com o que, no entanto, a questão da ilicitude não é resolvida.

22. Hans Albrecht Fischer, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts* [A ilicitude com enfoque especial no Direito Privado], Munique, Beck, 1911, p. 138 e segs.

23. A. Hegler, “Die Merkmale des Verbrechenens” [As características do delito], *ZStW* n. 36, 1915, p. 19, 31 e segs.

24. Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts* [A parte geral do Direito Penal alemão], Heidelberg, Winter, 1915, p. 182 e segs.

25. Cf. também Engisch, *supra* nota n. 8, p. 133 e segs.; Hall, FS H. Mayer, *supra* nota n. 3, p. 40.

26. M.E. Mayer, *supra* nota n. 24, p. 182 (“legítimos elementos de ilicitude”).

27. Para esta discussão, cf. Engisch, *supra* nota n. 8, p. 135 e seg.; para a função de evidência, ver também Roxin, *supra* nota n. 2, § 10 nota marginal n. 10.

causas de justificação), de modo que podemos falar de um *amplo tipo de garantia* no sentido de um tipo total de ilícito²⁸.

A normatividade dos elementos do tipo – no sentido de uma “significação valorativa”²⁹ – pode ser encontrada, sem nenhuma dificuldade, nos elementos acessórios do Direito Civil³⁰, tais como, no que tange ao delito contra a propriedade, os elementos “alheio” ou “coisa”, ou, por exemplo, naqueles elementos acessíveis apenas mediante uma definição jurídica, como é o caso do conceito de “documento”. Porém, também os elementos (descritivos) que à primeira vista parecem axiologicamente neutros e acessíveis pela percepção sensível, como, por exemplo, o conceito de homem, revelam-se numa observação mais detalhada como elementos dotados de valor ou juridicamente insuficientes, bastando, para dar mais um exemplo, que pensemos na disputa sobre o começo e o término da vida humana em conexão com a protecção da vida não nascida (formas de diagnóstico pré-natal, interrupção da gravidez) e com a eutanásia (activa ou passiva). Motivo pelo qual até hoje se sustenta – com base na diferenciação, estabelecida por ERIK WOLF, entre elementos “plenos de valor” e elementos “valorativamente insuficientes”³¹ –, com uma boa dose de razão, que todo e qualquer elemento do tipo tem um *impacto normativo*³². Ao que certamente se poderia opor, com base num entendimento ôntico ou ontológico do Direito Penal, em consonância com WELZEL³³, o argumento de que também os conceitos jurídicos são meras “descri-

28. Cf. também Roxin, *supra* nota n. 2, § 10 nota marginal n. 15.

29. M.E. Mayer, *supra* nota n. 24, p. 182.

30. A.A. Hans-Jürgen Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken* [A libertação do Direito Penal de um pensamento civilista], Berlin, Nicolaische Verlagsbuchhandlung, 1938, p. 314 e segs., para quem esses “elementos jurídico-normativos do tipo” não constituem nenhum juízo de valor complementar do juiz, pois pode extrair-se o seu sentido – cognitivo, poder-se-ia dizer – das normas do Direito Penal Internacional.

31. Erik Wolf, in: Otto Schreiber (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* [A experiência do Tribunal Supremo na vida jurídica alemã], vol. V, Berlin, De Gruyter, 1929, p. 54 e segs.; ver também *id.*, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit* [As formas da tipicidade], Breslau, Ferdinand Hirt, 1931, p. 58. De modo que as características valorativas têm um “padrão rígido de valor”, enquanto que para as características “valorativamente insuficientes” se faz necessária uma valoração “subjectiva” (do juiz). Trata-se de um duplo conceito de normatividade, que consiste em relacionalidade valorativa e referência à valoração (ver Engisch, *supra* nota n. 8, p. 141).

32. Cf. Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des Strafrechts* [Manual de direito penal], Berlin, de Gruyter, 26ed; 1932, § 32 A II 1 b (p. 182 e segs.); Wilhelm Class, *Grenzen des Tatbestandes* [Limites do tipo], Breslau-Neukirch, Schletter, 1933, p. 166 e seg.; Hall, FS H. Mayer, *supra* nota n. 3, p. 40; no mesmo sentido, também Edmund Mezger, *Strafrecht* [Direito penal], Munique, Beck, 2ed, 1933, p. 191, segundo o qual “todo o elemento do tipo possui um carácter normativo” (o que já não consta da 9ª edição, de 1960, p. 99, e também não constará da 15ª edição, de Hermann Blei, 1973, p. 110 e seg.); entre os títulos mais actuais, cf. Roxin, *supra* nota n. 2, § 10 nota marginal n. 11, 59 e seg.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil* [Direito penal, parte geral], Bielefeld, Gieseking, 11ed, 2003, § 8 nota marginal n. 17; Johannes Wessels/Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C.F. Müller, 35ed, nota marginal n. 132 (§ 5 III, 2); Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart, Kohlhammer, 2005, nota marginal n. 127.

33. Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* [Naturalismo e filosofia dos valores no Direito Penal], Mannheim, Deutsches Druck- und Verlagshaus, 1935, p. 74 e segs.

ções de um ser onticamente configurado”, descrições de uma valoração pré-jurídica e, nessa medida, que eles são também conceitos “descritivos”, de forma que ao chamado duplo conceito de normatividade seja contraposto um conceito de descritividade: sendo esta compreendida, em sentido amplo, como captação do ser ontico, pré-jurídico, por meio do conceito jurídico e, em sentido restrito, como concordância com um ser natural³⁴. Porém, essa reabilitação dos elementos descritivos³⁵ só pode ter êxito com base num entendimento ontico do Direito Penal, entendimento que foi convincentemente refutado no debate moderno sobre o tema, particularmente por ROXIN³⁶.

III

Mas a revisão da teoria de BELING não permaneceu limitada ao conceito de tipo, tendo alcançado também a *teoria causalista (clássica) do delito*, baseada em seu conceito causalista de acção. BELING, como se sabe, entendia por acção – no sentido de uma mera causalidade natural – um movimento externo capaz de ser percebido e que tinha de ser atribuído a uma vontade humana, mas que não levava em conta o momento do propósito da vontade; o propósito importa apenas para a determinação da culpabilidade: “Para a comprovação de que uma ‘acção’ tenha ocorrido, basta a certeza de que o autor agiu voluntariamente ou permaneceu sem agir. O que o autor pretendia é, aqui, indiferente; o conteúdo da vontade só tem significado para a questão da culpabilidade...”³⁷. BELING seguia, assim, o conceito de acção de FRANZ VON LISZT, que também definia a acção – no sentido de um mero impulso ou estímulo nervoso de causas naturais – como “o efeito, atribuído à vontade humana, de uma alteração provocada no mundo externo”³⁸. Com base num tal conceito de acção, isento de valor e de propósito, que ao mesmo tempo pode ser entendido como o conceito mais geral do sistema, estava aberto o caminho para a construção de uma *teoria do delito* em dois estádios, uma teoria dual, *objectiva-subjectiva*, que arrematava, num só golpe, o ilícito, presente no aspecto *objectivo* do delito – consistindo este na acção, no tipo e na ilicitude – e a culpabilidade, presente no seu aspecto *subjectivo* e psicologicamente compreendida³⁹.

34. Engisch, *supra* nota n. 8, p. 141.

35. Para a sua existência, entretanto, cf. Engisch, *supra* nota n. 8, p. 140 e segs. (143,145).

36. Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* [Política criminal e sistema de direito penal], Berlim, de Gruyter, 2ed, 1973, p. 5 e seg., 13 e seg.; assim como id., *supra* nota n. 2, § 7 nota marginal n. 90 com nota de rodapé n. 112; cf. também Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Bogotá/Montevidéu, Temis/Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 51 e segs.

37. Ernst Beling, *Grundzüge des Strafrechts* [Fundamentos de direito penal], Tübingen, J. C. B. Mohr, 8ed, 1925, p. 20 e seg. (§ 14).

38. Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* [Tratado de Direito Penal alemão], Berlim, J. Guttentag, 4.ed, 1891, p. 128.

39. Este quadro e os seguintes são baseados em Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlim, Springer, 3ed, 2005 § 3 nota marginal n. 60.

Quadro 1: O conceito clássico de delito, baseado na teoria causalista da acção.

I. Ilícito objectivo	
<p style="text-align: center;">1. Tipicidade</p> <p>Acção (movimento corporal voluntário)</p> <p>Resultado (alteração no mundo exterior)</p> <p>Causalidade (Teoria da equivalência)</p>	<p style="text-align: center;">2. Ilícitude</p>
II. (Subjectiva) Culpabilidade-psicológica	
<p>Imputabilidade como “pressuposto da culpabilidade”</p> <p><i>Elementos da culpabilidade:</i></p> <p>Intenções, Motivos</p> <p>Propósito (<i>Consciência da ilicitude</i>)</p> <p>Ausência de “causas de exclusão da culpabilidade” (<i>estado de necessidade, etc.</i>)</p>	

A dicotomia entre ilícito objectivo e culpabilidade subjectiva correspondia, ao mesmo tempo, ao espírito do *modelo processual do Direito inquisitório*⁴⁰; neste modelo, porém, encontrava-se – como já o mostrámos – a diferença entre o delito objectivo (*corpus delicti*) e a autoria subjectiva (*autor delicti*). Numa perspectiva filosófico-construtiva do Direito Penal, essa teoria do delito – com a descoberta de características subjectivas do tipo e com a completa subjectivação do conceito de acção, tal como já fôra preparada por LUDEN⁴¹ e pensada em suas últimas consequências

40. Sobre isso, ver Hall, FS H. Mayer, *supra* nota n. 3, p. 38; *id.*, *Corpus delicti*, *supra* nota n. 3, p. 10 e seg.

41. *Supra* nota n. 19 – Havia, porém, um paralelo entre Luden e Beling, tanto mais que ambos extrafiam o tipo a partir do delito singular. Assim escreve Beling, em referência a Luden: “Ele [o conceito puro do tipo, K.A.] é obtido a partir da inclusão das características das formas singulares de delito, mediante abstracção; ele é a unidade conceitual na qual é resumida a pluralidade dos tipos singulares” (*supra* nota n. 1, p. 111).

por WELZEL⁴² no seu conceito finalista de acção – teria de fracassar. Em seu lugar surgiu, primeiramente, um *conceito neoclássico de delito*, que acolhia intenções e motivos como tipo subjectivo e normativizava a culpabilidade⁴³. Conceito que foi, em seguida, substituído por uma *teoria (pós-) finalista do delito*, que, ao deslocar o propósito da culpabilidade para o tipo, e ao compreender a culpabilidade em sentido puramente normativo, operava a substituição da dicotomia entre ilícito e culpabilidade – essa dicotomia causal, objectivo-subjectiva – por uma *tripartição objectivo-subjectivo-normativa*, diferenciada, entre tipo objectivo/ilicitude, tipo subjectivo/ilicitude e culpabilidade normativa.

Quadro 2: O conceito (pós-) finalista de delito desde a teoria finalista da acção

I. Tipicidade	
<p>1. Objetiva</p> <p>Acção Resultado Causalidade como pressuposto mínimo (objectivo) da imputação</p>	<p>2. Subjectiva</p> <p>Intenções, motivos Propósito</p>
II. Ilícitude	
<p>Situações e acção objectivas de justificação Elemento subjectivo de justificação</p>	
III. Culpabilidade” (puramente normativa)	
<p>Capacidade de culpabilidade Consciência da ilicitude Ausência de causas de exclusão da culpabilidade Propósito, intenções, motivos como formas de culpabilidade (em sentido estrito)</p>	

42. Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht* [O Direito Penal alemão], Berlim, De Gruyter, 11ed, 1969, p. 33 e segs. Segundo Welzel, a conduta humana é orientada sempre por um propósito, um objectivo: a acção humana não é apenas uma mera causa objectiva para um dado resultado, mas sim determina esse resultado; ela contém, assim, um elemento subjectivo, isto é, o apetite, o desejo, o conhecimento, etc., de que o acto causal produzirá um resultado determinado. Nesse sentido, a acção final possui “visão”, mas a acção causal é “cega”.

43. Cf. o esquema de Gropp, *supra* nota n. 39, § 3, nota marginal n. 62.

Mas também numa *perspectiva processual* pode-se considerar a teoria do delito (pós-) finalista como preferível à teoria causalista, pois no novo processo de acusação⁴⁴, instaurado a partir do início do século XIX, devia o juiz ocupar-se detalhadamente do autor, inquirir sobre os motivos de seu delito, a finalidade de sua acção e, *last but not least*, sobre seu propósito. A implícita “subjectivação” do andamento do processo, particularmente a subjectivação da actividade julgadora do juiz, serviu para acelerar a superação da teoria causalista da acção, ao dar-lhe – em contraposição ao espírito inquisitório e acusatório⁴⁵ – um tratamento plena ou preferencialmente processual; mas esse avanço não foi suficiente para a superação total daquela teoria, o que se mostra pelo facto de que ainda hoje os sistemas processuais acusatórios, destacadamente o sistema anglo-americano (ver adiante), andam de mãos dadas com uma estrutura causalista do delito. Sem a orientação filosófica do Direito Penal para um conceito finalista da acção não há, portanto, como afirmar a sua orientação rumo a uma teoria (pós-) finalista do delito.

IV

Por mais consequente e convincente que a dissolução da teoria causalista do delito por uma teoria pós-finalista possa parecer no contexto do debate alemão, ela não pode omitir que BELING, em termos globais, está mais actual do que nunca. Busquemos uma correlação entre os ordenamentos jurídicos estrangeiros e as teorias do delito mencionadas e teremos prontamente de reconhecer – assumindo aqui o risco que toda a simplificação implica⁴⁶ – que o modelo pós-finalista não é de modo algum o modelo dominante. Já foi dito que o *Direito Penal anglo-americano* (o sistema da *common law*) traz consigo uma teoria causalista do delito. Nele vale, até hoje, a máxima “*actus non facit reum nisi mens sit rea*”, que remonta ao Direito Canónico⁴⁷ e era adoptada pelo juiz EDWARD COKE (1552-1634)⁴⁸. Resulta daí um conceito de delito dual, objectivo-subjectivo, constituído de *actus reus* e *mens rea* no sentido da teoria causalista do delito (ver *supra*, Quadro 1)⁴⁹, e no âmbito do qual se instaura a controversa questão de saber se a *mens rea* abarca

44. O chamado processo penal reformado. Cf. Rüping/Jerouschek, *supra* nota n. 11, p. 98 e segs.

45. Ver Hall, FS H. Mayer, *supra* nota n. 3, p. 39.

46. A complexidade da questão mostra-se na recente discussão sobre ontologismo e normativismo no seio da ciência do Direito Penal. Cf. Moises Moreno, in: UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 579 e segs., assim como Schünemann, in: *loc. cit.*, p. 643 e segs.

47. Cf. Gropp, *supra* nota n. 39, § 3, nota marginal n. 2.

48. Cf. Joachim Vogel, *Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law* [Elementos de delito penal: considerações sobre a teoria francesa do delito penal e a teoria do delito penal da common law], Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), tomo 145, 1998, 127 e segs. (136).

49. Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro Slokar/Alejandro Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2ed, 2004, p. 375.

somente o dolo e a negligência ou se ela compreende também outros elementos (normativos) da culpabilidade⁵⁰.

Mas também no grupo dos *países europeus continentais*, submetidos à tradição do Direito romano (o sistema da *civil law*), apenas a Áustria, Portugal e Espanha – além da Alemanha⁵¹ – podem ser inequivocamente situados no interior da teoria do delito pós-finalista⁵². De resto, encontram-se países em que a teoria causalista do delito domina ou, no mínimo, exerce uma influência crescente. Primeiramente, como ordenamento da mais alta importância, deve-se mencionar a Itália, onde a diferenciação entre *fatto* (elemento material) e *colpevolezza* (elemento moral), originalmente introduzida por Carrara⁵³, continua a ser dominante e se faz acompanhar de uma teoria objectiva da ilicitude, orientada pela noção de bem jurídico e que despreza todas as características subjectivas presentes na categoria da culpabilidade ou da censurabilidade (*Vorwerfbarkeit*)⁵⁴. De modo semelhante, o Direito francês estabelece a diferença entre o *élément matériel* objectivo e o *élément moral* ou *psychologique*⁵⁵ subjectivo, o que todavia gera uma disputa para determinar se a diferença em questão abarca todos os pressupostos de punibilidade, como, por exemplo, a imputabilidade⁵⁶. A diferenciação *sueca* entre um agir ilícito ou negligente e a responsabilidade pessoal corresponde igualmen-

50. Cf. Kai Ambos, *Es posible el desarrollo de un derecho penal sustantivo común para Europa? Algunas reflexiones preliminares*, Cuadernos de Política Criminal 88, 2006, p. 51 e segs.

51. Cf., à frente de outros autores, Roxin, *supra* nota n. 2, § 7 nota marginal n. 4 e segs. Mas também na Alemanha ainda há autores que seguem a teoria causalista do delito. Cf. sobretudo Baumann/Weber/Mitsch, *supra* nota n. 32, § 12 nota marginal n. 5; Wolfgang Naucke, *Strafrecht*, Neuwied, Luchterhand, 10ed, 2002, § 7, principalmente a nota marginal n. 151.

52. Cf. Kai Ambos, *supra* nota n. 50, p. 62. Para Bacigalupo (in: *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, vol. 23, Madrid, Dykinson, 2005, p. XXXV), só passa a existir uma dogmática espanhola do direito penal com a "*Teoría jurídica del delito*", de Jiménez de Asua (e nota de rodapé n. 73), portanto somente a partir de 1931.

53. Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. 1, Lucca, Canovetti, 5ed, 1877, p. 9, 48 e segs.

54. Ferrando Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Pádua, Cedam, 4ed, 2001, p. 107 e segs.; Antonio Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Mailand, Giuffrè, 8ed, 2003, p. 254 e segs.; cf. também Carlo Enrico Paliero, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien*, 110 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* [Condições elementares da parte geral para um direito de sanções europeu, Revista para a ciência global do Direito Penal] (ZStW) 110 (1998), 428.

55. Gaston Stefani/ Georges Levasseur/ Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 18ed, 2003, p. 225, comparar essa diferenciação com a diferenciação entre *actus reus* e *mens rea*. Cf. também Stefano Manacorda, *Die allgemeine Lehre von der Straftat in Frankreich: Besonderheiten oder Lücken in der französischen Strafrechtswissenschaft? [A teoria geral do delito penal na França: particularidades ou falhas na ciência jurídico-penal francesa?]*, GA 145 (1998), p. 125.

56. Cf. Stefani/ Levasseur/ Bouloc, *supra* nota n. 55, p. 225 com nota de rodapé n. 1; Manacorda, *supra* nota n. 55, p. 125 e seg. — Roger Merle/ André Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 7ed, 1997, p. 727 e segs. entendem o "*élément moral*" como aspecto intelectual (espiritual) da culpabilidade, isto é, *dolus* e negligência; mas, então, pode-se falar com pertinência de um "*élément intellectuel*", cf. Frédéric Desportes/ Francis Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 10ed, 2003, p. 205 e segs.

te à divisão clássica, objectivo-subjectivo, do conceito de delito⁵⁷. *Last but not least*, também o Direito Penal *grego* segue a estrutura clássica do delito. De qualquer forma, podemos detectar uma diferença essencial no seio da discussão travada nesses países: enquanto na França ou na Suécia a preferência por um sistema clássico não é quase ou de modo algum posta em questão (quanto à França, poder-se-ia até mesmo dizer que a teoria finalista é absolutamente desconhecida), já na Itália e na Grécia encontra-se uma fértil discussão, influenciada pela teoria penal alemã e com uma orientação claramente voltada para um modelo de delito (pós-) finalista. A doutrina predominante advoga um sistema de delito em três estádios ou, de todo modo, reclama o reconhecimento das características subjectivas do tipo no sentido do conceito neoclássico de delito⁵⁸.

Tampouco no caso da *América Latina*, ligada à tradição jurídica europeia-continental, se pode falar de uma superação da teoria causalista do delito⁵⁹. Podemos, assim, completar nosso resumido esquema do desenvolvimento do conceito de delito no século XX⁶⁰. Somente com as traduções de WELZEL (*"O Direito Penal alemão"*)⁶¹ e de GRAF ZU DOHNA (*"A estrutura da teoria do*

57. Cf. Nils Jareborg, *Der schwedische Verbrechenbegriff* [O conceito sueco de delito], in: Schünemann et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Munique, Beck, 2001, p. 1.447 e segs.; Jareborg, *Justification and Excuse in Swedish Criminal Law*, in: *Essays in Criminal Law*, Uppsala, Iustus Förlag, 1988, p. 11 e segs.

58. Cf. Tullio Padovani, *Diritto penale*, Milão, Giuffrè, 7ed, 2004, p. 95 e segs., 101 e segs.; Giovanni Fiandaca/ Enzo Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bolonha, Zanichelli, 4ed, 2004, p. 156 e segs.; Mario Romano, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. 1, Milão, Giuffrè, 3ed, 2004, p. 22 e segs.; cf. também Elio Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Pádua, Cedam, 1988. Para ulteriores indicações sobre a teoria neoclássica na Europa, cf. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlim, Duncker & Humblot, 5ed, 1996, p. 207 com a nota de rodapé n. 47.

59. Pelas valiosas indicações que me foram fornecidas, devo agradecer, aqui, aos seguintes colegas: Prof. Dr. José Luis Guzmán (Valparaíso, Chile), Prof. Dr. Daniel Pastor (Buenos Aires, Argentina), Prof. Dr. Fernando Velasquez (Medelín, Colômbia), Prof. Pablo Alfien (Porto Alegre, Brasil), Prof. Dr. Fábio D'Ávila (Porto Alegre, Brasil), Prof. Dr. Hurtado Pozo (Friburgo, Suíça), Prof. Dr. Javier Llobet (San José, Costa Rica), Prof. Dr. Jean Pierre Matus (Santiago do Chile) e ao Sr. Luis Greco (Munique, Alemanha).

60. Sobre o desenvolvimento da teoria na América Latina, ver: Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ibañez, 3ed, 2004, p. 523 e seg.; Moises Moreno, *supra* nota n. 46, p. 612 e segs. Sobre o desenvolvimento na Argentina, ver: Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, 5 tomos, Buenos Aires, Ediar, 1980-83 (reimpressão 1998-2001), tomo III (reimpressão 1999), p. 39 e seg.; para o Brasil, ver: Juarez Tavares, *Teorías del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 103 e segs. e Zaffaroni/Pierangeli, *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 4ed, 2002, p. 399 e seg.; para o México ver: Moises Moreno, *Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana*, In: Homenaje al maestro Celestino Porte Petit Candaudap, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales/Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000, p. 439 (464 e segs.); para a Costa Rica, ver: Llobet Rodríguez, *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.

61. *Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1956, tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker (Sobre a omissão do adjetivo "alemão", cf. Bacigalupo, *Welzel y la generación argentina del finalismo*, in: Hirsch/Cerezo Mir/Donna (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*,

delito")⁶² o finalismo pôde chegar ao mundo de língua espanhola⁶³. No final dos anos 1960, o finalismo começou a expandir-se na América Latina, inicialmente com JUAN BUSTOS⁶⁴ (Chile), ENRIQUE BACIGALUPO⁶⁵ (Argentina) e MOISES MORENO⁶⁶ (México) - que estudaram com HANS WELZEL, em Bonn⁶⁷ - e, em seguida, com EUGENIO RAUL ZAFFARONI⁶⁸ (Argentina), NODIER AGUDELO BETANCUR⁶⁹ (Colômbia) e os brasileiros JOÃO MESTIERI⁷⁰, HELENO CLAUDIO FRAGOSO⁷¹ e LUIZ LUIS⁷². Até este momento dominou, influenciado sobretudo por BELING e por VON LISZT, o conceito (neo)clássico-causalista de delito. Seu mais destacado representante foi, num primeiro momento, JIMÉNEZ DE ASÚA⁷³ (Espanha), que traduziu os volumes II e III da 20ª edição do "Tratado de Direito Penal alemão"

Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2005, p. 27). Tradução da parte geral da última (11ª) edição de 1969 (*supra* nota n. 42) por Juan Bustos e Sergio Yáñez, publicada em 1976 em Santiago do Chile (Editorial Jurídica de Chile). - A tradução de Fontán Balestra para o artigo de Welzel sobre a teoria da ação finalista ("*La teoría de la acción finalista*"), publicada na Argentina já em 1951, não obteve, ao contrário, nenhum efeito relevante, cf. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 17, 27.

62. *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker.
63. Cf. Bacigalupo, *supra* nota n. 52, p. XVII; *idem*, *supra* nota n. 61, p. 16 e seg.
64. *Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967; antes disso, também a sua tese de doutoramento em Bonn: *Finalität, fahrlässiges Begehungsdelikt und chilenisches Strafgesetzbuch* [Finalidade, delito negligente por ação e o código penal chileno], 1966; publicada em espanhol com o título *El delito culposo*, Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
65. *La noción del autor en el Código Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965; *id.*, *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, Álvarez, 1966; *id.*, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 2ed, 1986.
66. *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht* [O conceito finalista de ação e o Direito Penal mexicano], Bonn, Dissertação, 1977.
67. Sobre a vida e a obra de Welzel (1904-1977) ver sobretudo Fritz Loos, in: Loos (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen* [Ciência do direito em Göttingen], Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, p. 486 e segs. Welzel lecionou em Göttingen (1936-1952, como sucessor de von Hippel) e em Bonn (1952-1977). Cf. também Loos, *Juristen-Zeitung* 2004 [Jornal jurídico 2004], 1.115.
68. *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973; *idem*, *supra* nota n. 59, p. 11 e segs, 43 e segs, 97 e segs.
69. O primeiro exemplar da revista *Nuevo Foro Penal*, fundada, em 1978, por ele e por Fernando Velásquez e publicada por ele e por Fernando Velásquez, entre outros nomes, foi inteiramente dedicado ao finalismo e continha, entre outros, o artigo de Welzel "*La doctrina de la acción finalista, hoy*", traduzido por Agudelo.
70. *Curso de Direito Criminal. Parte Especial*, Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 18; e também: *idem*, *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2ª tiragem, 2002, p. 103 e segs.
71. *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 16ed, 2003, p. 181 e segs.
72. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 2ed, 1987, p. 37 e segs.
73. Cf. *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, reimpresso sem modificações in: *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, vol. 23, Madrid, Dykinson, 2005, p. 28 e segs.; *id.*, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1945, p. 207 e segs. *et passim*; *idem*, *Tratado de derecho penal*, tomo III, Buenos Aires, Losada, 3ed (reimpresso em 1992), 1965, p. 302 e segs., 359 e segs.

de VON LISZT⁷⁴, mas que, tardiamente, deu mostras de uma certa simpatia pelo conceito finalista da acção, ao aceitar, entre outras, a categoria do desvalor da acção⁷⁵. A ele se seguiu, mais tarde, na Argentina, SEBASTIAN SOLER⁷⁶ – que traduziu os “*Fundamentos de Direito Penal*” (11ª edição, 1930) e a “*Teoria do delito*” –, no Chile, EDUARDO NOVOA MONREAL⁷⁷, na Colômbia, LUIS CARLOS PÉREZ⁷⁸ e ALFONSO REYES ECHANDIA⁷⁹ e, no Brasil, ANÍBAL BRUNO⁸⁰; vale dizer que os dois primeiros autores acima mencionados diferenciavam-se de JIMÉNEZ DE ASÚA sobretudo pelo seu procedimento extremamente positivista, não admitindo aqueles autores o reconhecimento de causas supralegais de justificação e de exculpação⁸¹. Se verificarmos as obras dos autores (ainda) modernos poderemos, com toda a certeza, declarar como predominante o finalismo ou o pós-finalismo no sentido do funcionalismo e do normativismo moderados de ROXIN⁸², no âmbito do qual,

74. Sobre isso e sobre a influência de von Liszt, ver também Bacigalupo, *supra* nota n. 52, pp. XIII e XV.

75. No volume III do seu *Tratado*, *supra* nota n. 73, onde, já no prólogo, toma em consideração a teoria finalista da acção e os trabalhos de Bacigalupo e, sem se deter no finalismo, toma desse autor o que ele tem de melhor a oferecer (“*tomamos de su acervo lo que nos parece mejor*”); também mais adiante, na página 359 e segs., introduz nuances no debate, ao reconhecer o significado da categoria de desvalor da acção (“*disvalor de acción*”) para o delito de negligência e também as teorias da tentativa e da cumplicidade, bem como os puros delitos de atividade (p. 383). Sobre isso, ver também Bacigalupo, *supra* nota n. 52, p. XVII e seg.; *idem*, *supra* nota n. 61, p. 29, 31 e seg. (sobre a posição de Jimenez de Asúa em relação à autoria e sua participação na AIDP, 1957), 34 e seg.

76. *Derecho penal argentino*, tomos I-V, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1940, e segs., em especial o tomo I (*Parte General*, 4ed, 1970, atualizado em 1986 por Guillermo Fierro), p. 313 e segs. (372 e segs.) e *pássim*.

77. *Curso de derecho penal chileno*, tomos I e II, Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960/1966, especialmente o volume I, p. 222 e segs.; cf. também o debate fundamental com o finalismo (sobretudo de Zaffaroni) in: *Causalismo y finalismo en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2ed, 1982, especialmente a p. 41 e segs.

78. *Tratado de derecho penal*, Vol. I-V, Bogotá, 1967-1974; 2ed, vol. I-III, 1975-1978; posteriormente *Derecho penal. Partes general y especial*, vol. I-V, Bogotá, 1981-1986.

79. Inicialmente, de modo extremamente positivista, no sentido da escola técnico-jurídica italiana (Rocco), em seu *Derecho penal colombiano: parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967; com orientação neoclássica, a partir da 2ª edição (1972); finalmente, uma 11ª edição, em 1987, da editora Temis (na verdade uma reimpressão da 10ª edição).

80. *Direito penal*, tomos I-V, Rio de Janeiro, Forense, 1956 ss, em especial o tomo I (3ed, 1967), p. 281 e segs.

81. Sobre Soler, cf. Bacigalupo, *supra* nota n. 61, p. 22 e segs.; para os positivistas legais, semelhantes entre si, Ricardo Núñez e Carlos Fontán Balestra (o tradutor de Welzel!), ver também Bacigalupo, *op. cit.*, p. 25 e seg. Totalmente diferente é Jiménez de Asúa, que defendia uma dogmática independente da legalidade e acreditava num direito supralegal, cf. por exemplo *La Ley y el Delito*, *supra* nota n. 73, p. 208 e seg.

82. Fernando Velásquez, *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Temis, 3ed, 1997, p. 332 e segs. (encontra-se em preparação a 4ª edição, bem mais moderada no sentido do funcionalismo); Enrique Cury, *Derecho penal*, 7ed, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2005, p. 243 e segs., 263 e segs.; Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 4ed, 2005, p. 47 e segs.; Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno: Parte general*, tomo III, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 27 e segs. (onde revê parcialmente a sua perspectiva

entretanto, são até hoje defendidas, de um lado, posições neoclássicas⁸³, de outro, posições radicalmente funcionalistas-normativistas no sentido de JAKOBS⁸⁴.

V

A partir desse esboço histórico-jurídico-comparativo do conceito de delito, não surpreende, na verdade, que o *conceito de delito no Direito Penal Internacional* seja orientado mais pela dicotomia anglo-americana *actus reus/mens rea* e *offence/*

anterior, orientada para uma teoria causalista do delito, cf. tomo I, p. 235 e segs., 429 e segs.); Luiz Régis Prado, *Curso de Direito penal Brasileiro*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ed, 2005, p. 321, 338 e segs. (sobre a imputação objectiva); Rogério Greco, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, 2004, p. 163 e segs.; também Cezar Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 10ed, 2006, p. 262 e segs., 269 e segs.; Juarez Cirino dos Santos, *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 4ed, 2005, p. 8 e seg., 30 e seg.; igualmente pós-finalista é Fernández Carrasquilla, *supra* nota n. 59, p. 524 e segs. (há diferenças de acordo com a tiragem!); há uma orientação claramente funcionalista em Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ed, 1999, p. 199 e segs. (teoria do delito como "teoría de la imputación"); moderadamente funcionalista é também Hurtado Pozo, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Grijley, 3ed, 2005, p. 373 ss, 394 ss; Paulo Queiroz, *Direito penal. Parte geral*, São Paulo, Saraiva, 2ed, 2005, p. 115 e segs. e *passim*; num outro sentido - com ênfase na necessidade de uma limitação, pelo Estado de Direito, do poder punitivo estatal - ver o funcionalista (moderado) Zaffaroni/Slokar/Alagia, *supra* nota n. 49, p. 372 e segs., 399 e segs., 432 e segs. (372: "*función correctiva reductora del poder punitivo*"; 373: "*contención ... del estado de policía*"); cf. também Zaffaroni/Pierangeli, *supra* nota n. 59, p. 383 e segs., 395 e segs.; nesse sentido, também a teoria do injusto de Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 3ed, 2003, p. 159 e segs. e *passim*; no sentido contrário, Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, tomo I, Santiago do Chile, Ed. Jurídica de Chile, 3ed, 1998, que, por um lado, certamente sustenta um conceito finalista da acção (pp. 175, 209, 292) mas, por outro lado, aloja o propósito na culpabilidade (p. 290: "*voluntad culpable*") e faz a defesa de um *dolus malus* (p. 295: "*conocimiento de la antijuridicidad de la acción*").

83. Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte general del Derecho Penal*, México, Porrúa, 20ed, 2003, p. 255 e segs.; Fernando Villamor Lucía, *Derecho penal boliviano*, La Paz, vol. I (Parte general), 2003, p. 61 e segs.; Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal*, Parte Geral, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 125 e segs. (142, 146 e seg.); Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ed, 2004, p. 35 ss, 164 s. e *passim* (onde o debate com Welzel, na p. 39 ss, é antes de natureza político-criminal - centrado no Direito Penal nazista - do que de natureza dogmática, e onde a recusa do finalismo como uma teoria autoritária é refutada com o argumento de que o reconhecimento de estruturas lógicas podem justamente colocar barreiras ao arbítrio do legislador autoritário; nesse sentido, também Bacigalupo, *supra* nota n. 61, p. 36; Zaffaroni, *Prefácio*, in: Tavares, *supra* nota n. 82, p. XXI).

84. Aqui teríamos que citar, por exemplo, os alunos de Jakobs na Colômbia (Universidad Externado) e no Peru, mas esses autores não chegaram a realizar, ao menos aparentemente, nenhuma teoria abrangente do delito (cf. porém Percy García, *Derecho penal económico: parte general*, Lima, Ara, 2003). Uma teoria do injusto extremamente subjectivista - na mesma linha de Armin Kaufmann, Eberhard Struensee e sobretudo Diethart Zielinski - é representada por Marcelo Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991; *idem*, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, [Fundamentação subjectiva do ilícito e desistência da tentativa], Colômbia, Carl Heymanns, 1995; em espanhol: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995.

Quadro 3: O conceito de delito no Direito Penal Internacional

I. Responsabilidade individual	
<p style="text-align: center;">1. Intervenção criminal</p> <p>a) Autoria e participação</p> <p>b) Autoria mediata (especialmente o domínio por organização)</p> <p>c) Cumplicidade (ações de colaboração) — Co-autoria/ “<i>join criminal enterprise I e II</i>”</p>	<p style="text-align: center;">2. Extensões da imputação/punibilidade</p> <p>a) Responsabilidade de comando (“<i>command responsibility</i>”)</p> <p>b) Tentativa</p> <p>c) Outras formas de contribuição para um facto colectivo — “<i>join criminal enterprise III</i>”</p>
<p style="text-align: center;">3. Pressupostos subjetivos de imputação e punibilidade</p>	
II. Causas de exclusão da punibilidade (“Defenses”)	
<p style="text-align: center;">1. Causas materias de exclusão da punibilidade</p> <p>a) Agir em cumprimento de uma ordem</p> <p>b) Estado de necessidade e estado de necessidade por coação</p> <p>c) Legítima defesa</p> <p>d) Erro</p>	<p style="text-align: center;">2. Outras causas de exclusão da punibilidade (imunidades, prescrição, etc.)</p>

defence do que por uma teoria (pós-) finalista do delito⁸⁵. Aquele conceito de delito é o produto jurisdicional do Direito Penal Internacional desde Nuremberga e outras codificações decisivas⁸⁶, e não uma simples consequência lógica do desen-

85. Cf. Ambos, *supra* nota n. 36, p. 135 e segs. (141 e seg.) e *passim*; *idem*, *La construcción de una parte general del derecho penal internacional*, *Revista Penal* 17 (janeiro 2006), p. 5 (22 e seg.); *idem*, *Internationales Strafrecht*, Munique, Beck, 2006, § 7, nota marginal n. 2.

86. Cf. a análise jurisdicional e codificacional em Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ed, 2004, partes I e II.

volvimento secular da Teoria do Delito. Seja como for, temos diante de nós uma *estrutura do delito em dois estádios*, no interior da qual se estabelece tão-só a diferença entre a responsabilidade individual e as possíveis causas de exclusão da punibilidade (*defences*), sem que seja reproduzida a diferenciação, fundamental para o modelo pós-finalista de delito, entre ilicitude (incluindo o dolo) e culpabilidade:

Desprezando as singularidades⁸⁷, creio ser possível, no âmbito do Direito Penal Internacional, estabelecermos uma correlação com a teoria de BELING, tanto mais que uma teoria do tipo no Direito Penal Internacional ainda está por ser desenvolvida e que, para isso, a “Teoria do delito” de BELING, e de seus precursores, pode oferecer preciosas indicações. Por exemplo, a categoria do *tipo de garantia*, mais do que qualquer outra, é tão indispensável para um Direito Penal Internacional que seja digno desse nome quanto para o Direito Penal de um precário Estado de Direito, onde o cidadão se vê, com frequência, frente a um poder punitivo politizado, poder este que só pode ser domesticado, quando isso é possível, por um Direito Penal do Estado de Direito, portanto, antes de mais nada, por um Direito Penal *determinado, tipificado* – como uma *Magna Charta* do delinquente⁸⁸.

87. Sobre os elementos singulares da teoria do delito no Direito Penal Internacional, cf. Ambos, *supra* nota n. 36, p. 169 e segs.; *idem*, *Int. Strafrecht* [Direito Penal Internacional], *supra* nota n. 85, § 7 nota marginal 10 e segs.

88. Von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* [Discursos e artigos sobre Direito Penal], vol. 2 (1892-1904), Berlim, De Gruyter, 1905 (reimpresso em 1970), p. 75 e segs. (80).