

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TIPO EM DIREITO PENAL DA INDEPENDÊNCIA POR BELING À CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DE VIVES ANTÓN

HISTORICAL EVOLUTION OF TYPES IN CRIMINAL LAW: FROM BELING'S INDEPENDENCY TO VIVES ANTÓN'S MEANINGFUL CONCEPTION

Gabriela Xavier Pereira¹

Recebido para publicação em 31/07/2007

Aceito para publicação em 01/04/2008

RESUMO

Este trabalho analisa as fases evolutivas pelas quais passou o tipo penal ao longo da história da teoria do delito. Seu objetivo é o exame de como o tipo surgiu como categoria independente no conceito de crime – fase de independência por Beling. Segue a análise com a fase do tipo como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade com Mayer e como *ratio essendi* com Mezger. Após, são examinadas a fase defensiva – novamente por Beling, a fase do finalismo de Welzel – conceito complexo e a fase da teoria social da ação. Finalmente, são analisadas a fase dos funcionalismos de Roxin e Jakobs e a concepção significativa proposta Vives Antón. Com o presente estudo, é possível perceber a revolução dogmática causada pela inserção do tipo como categoria do delito e a importância dessa para o desenvolvimento da própria dogmática, bem como compreender o atual estágio evolutivo do Direito Penal no que tange à tipicidade.

Palavras-chave: Tipicidade. Evolução do tipo. Direito Penal.

ABSTRACT

This article analyzes the trends of penal law phases throughout the history of crime theory. Its aim is to demonstrate how type came to be an independent category in the concept of crime – Beling's independence phase. The analysis presents the phase of type as "*ratio cognoscendi*" with Mayer and as "*ratio essendi*" with Mezger. Next, the defensive phase is examined - once again using Beling's theories and Welzel's ending phase – a complex concept and the social theory concept. Finally, Roxin's and Jakobs' functionalism phase are examined, and the meaningful concept proposed by Vives Antón. With the present study, it is possible to observe the dogmatic revolution caused by the insertion of the type as a crime category and its importance for the development of its own dogmatic. The study

¹ Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, PR, e-mail: gabigxp@hotmail.com

also provides an understanding of the current evolving stage of penal law as far as type analysis is concerned.

Keywords: Type. Evolution of type. Criminal law.

1 Introdução

Segundo um conceito analítico, crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável.

Assim, a tipicidade representa, atualmente, o segundo elemento desse conceito, apresentando-se sob os aspectos formal e material, os quais devem estar concomitantemente presentes, para que se possa dizer-se típica uma dada conduta.

Enquanto, no sentido formal, tipicidade é a adequação do fato à norma penal, é a subsunção da situação concreta à moldura abstratamente prevista na lei penal, no sentido material, a tipicidade é constituída da violação de um bem jurídico digno de proteção penal.

O estudo da tipicidade, no entanto, até que alcançasse o estágio de compreensão atual, teve de percorrer um longo caminho, cuja noção se confunde com a história da própria teoria do delito (TAVARES, 2000, p. 130) e, nesse trabalho, compreende oito fases evolutivas a seguir examinadas.

2 Evolução histórica do tipo

Os mais remotos antecedentes do tipo encontram-se, consoante Juarez Tavares:

[...] no direito penal renascentista, notadamente em Tiberius Decianus, que o identificava com o exame da causa formal do delito (bem como) [...] nas obras de autores germânicos do século XIX, como STÜBEL e VON LISZT, especialmente este último, ao exigir como característica do crime a cominação legal de uma pena. Em todas essas obras, entretanto, o tipo é compreendido em sentido amplo, como o próprio delito, e não particularmente, como seu elemento fundamentador (TAVARES, 2000, p. 131).

Hegel, por seu turno, pensava em crime como um todo fechado, uma espécie de circunferência sem qualquer divisão.

A exigência de que se reconhecesse uma antijuridicidade objetiva, independente da culpa-

bilidade, no entanto, foi formulada por Rudolf von Jhering (ROXIN, 2002, p. 193), o qual sustentava que todo ilícito apresentava duas dimensões: uma objetiva (antijuridicidade) e outra subjetiva (culpabilidade). Analisava tal premissa, pois, tomando por base o Direito Civil.

Liszt sugeriu que a proposta de Jhering não acudisse apenas ao ramo citado, mas também ao Direito Penal, afirmando, para tanto, que aquela circunferência inicial (crime) estaria dividida em injusto e culpabilidade, tipo objetivo e subjetivo, respectivamente.

2.1 Fase da independência

A noção de tipo como elemento autônomo dentro da teoria do delito foi concebida por Ernst von Beling, com a obra *A doutrina do Delito-tipo*, cuja publicação, em 1906, constituiu verdadeira revolução dogmática, tornando possível, inclusive, “a formulação do conceito analítico de crime” (TAVARES, 2000, 131-132).

A colaboração de Beling foi a introdução do tipo (por ele compreendido como todas as circunstâncias concretas do delito) como categoria, entre os conceitos da ação e da antijuridicidade. Antes disso, a maioria dos autores definia delito como ação antijurídica, culpável e ameaçada com pena (ROXIN, 2000, p. 277).

Nessa obra, o autor em questão propôs a divisão do injusto em duas partes: tipo (meramente descritivo, com a função de definir delitos – Bitencourt, 2007, p. 254) e antijuridicidade (contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo, ante a inexistência de uma norma justificante, havendo sempre e necessariamente uma valoração – Tavares, 2000, p. 131).

Nesse momento, o tipo era tratado “de modo objetivo e neutro, como exigia o dogma causal” (TAVARES, 2000, p. 132).

A origem do conceito de tipicidade, como se

observa, remonta o “entendimento dado por Beling ao vocábulo *Tatbestand*, do artigo 59 do Código Penal Alemão, em divergência com a exegese que era abraçada até então pelos demais penalistas germânicos” (MARQUES, 2002, p. 72). A esse tempo, afirma José Frederico Marques (2002, p. 72):

[...] compreendia-se tipicidade como sendo o conjunto de elementos de que se compõe o delito, abrangendo assim em seu conteúdo, a culpabilidade, a antijuridicidade e a materialidade. O *Tatbestand* seria, pois, a soma de todos os elementos e fatores que devem existir para que se possa aplicar a pena como consequência do crime.

Como se observa, Beling afastou-se “dessa orientação hermenêutica e restringiu o *Tatbestand* tão-só aos elementos descritivos do crime contidos na lei penal, àquilo que se denomina de figura típica ou simplesmente tipo” (MARQUES, 2002, p. 73)

Para Ernst von Beling (1944, p. 37), o Direito Penal estaria reduzido a um catálogo de tipos delitivos sendo a tipicidade a adequação a este catálogo. Destarte, todos os delitos-tipos são de caráter puramente descritivo, neles não se expressando – ainda – a valoração jurídica qualificante do antijurídico tipo de ilicitude.

Nessa primeira formulação, Beling valeu-se de “um método puramente dedutivo” (TAVARES, 2000, p. 132), pelo que a tipicidade aparece com “função meramente descritiva dos delitos, de todo solta e desvinculada dos demais elementos do crime” (MARQUES, 2002, p. 73), completamente separada da culpabilidade e da antijuridicidade” (BITENCOURT, 2004, p. 241).

Antes de Beling, observa Zaffaroni (2004, p. 428), não se podia falar propriamente em uma teoria do tipo penal, a qual foi enunciada por aquele quando da introdução, no injusto, de uma distinção entre tipicidade e antijuridicidade, categorias que continuavam conservando seu caráter objetivo, contrariando o sentido originário do *Tatbestand* inquisitorial (cujo conceito pertencia ao Direito Processual Penal, representando o *corpus delicti* desenvolvido pelos processualistas, com caráter predominantemente objetivo - Bitencourt, 2007, p. 254). A concepção inicial de Beling para o tipo restringia-se à “descrição da imagem externa de

uma ação determinada” (BITENCOURT, 2007, p. 254).

Somente constatada a tipicidade é que se deveria passar à análise valorativa da antijuridicidade, para então proceder ao exame da reprovabilidade da conduta, que constituía a culpabilidade.

Claus Roxin (2000, p. 279) explica que o sistema “clássico”, de Liszt e Beling, partia do pressuposto de que injusto e culpabilidade se relacionavam um ao outro como o lado externo e interno do delito. Daí porque destacar o referido autor, como duas características principais do tipo enunciado por Beling, o fato de: ‘ser objetivo’ e ‘ser livre de valor (não valorativo)’. A objetividade, nesse contexto, significava a exclusão de processos subjetivos, intra-anímicos, que são assinalados em sua totalidade à culpabilidade; e não valorativo por que ausente qualquer valoração legal que aluda à antijuridicidade.

No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos (2004, p. 34) esclarece que:

O conceito de tipo formulado por Ernst von Beling, fundado no modelo causal da filosofia naturalística do século XIX, é objetivo e livre-de-valoração: objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; livre de valor porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade.

O próprio Beling, citado por Roxin (2000, p. 279), chegou a afirmar que “a simples comprovação de que foi cumprido um tipo por mim mesma não é gravosa para ninguém. As investigações sobre a tipicidade se mantêm em um terreno estritamente neutro”.

Assevera Bitencourt (2007, p. 255) que a teoria apresentada por Beling, no entanto, além de ter sua importância menosprezada pela doutrina alemã, foi severa, e, por vezes, injustificadamente criticada pelos mais renomados penalistas, dentre eles Karl Binding, que a taxavam de inútil complicação.

2.2 Fase da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade

Em razão das severas críticas, o destino da tipicidade, assevera José Frederico Marques (2002,

p. 73), citando Asúa:

[...] talvez fosse o completo olvido, se Max Ernest Mayer não a recompusesse e reelaborasse, já agora com horizontes mais amplos e procurando relacioná-la sobretudo com a antijuridicidade, a fim de estabelecer quais os nexos entre esses dois elementos do delito. Mayer aumentou o campo conceitual da tipicidade, não só admitindo elementos normativos do tipo, como também para considerar a tipicidade como indício da antijuridicidade.

Nesse sentido, Roxin (2002, p. 198-199) destaca que o sistema neoclássico deu início ao colapso da concepção clássica, uma vez que se iniciou a reestruturação das categorias do delito, por causa de se ter reconhecido que o injusto nem sempre poderia ser explicado unicamente com base em elementos objetivos e que, por outro lado, a culpabilidade não se compunha exclusivamente de elementos subjetivos.

Diante disso, “viu-se a doutrina obrigada a reconhecer elementos subjetivos do injusto e também que a culpabilidade depende de circunstâncias objetivas” (ROXIN, 2002, p. 199).

Iniciou-se, dessa forma, a segunda fase da evolução do conceito de tipo, na qual Max Ernest Mayer, em 1915, considerando a tipicidade não simplesmente descritiva, mas como indício da ilicitude, firmou o caráter indiciário do tipo. Segundo Mayer, o tipo é somente a *ratio cognoscendi*, ou seja, um indício denotador da antijuridicidade, porém não é componente desta (ROXIN, 2000, p. 281).

Para esse autor embora tipicidade e antijuridicidade fossem independentes entre si, não sendo a primeira um componente da segunda, “o fato de uma conduta ser típica já representa um indício de sua antijuridicidade” (BITENCOURT, 2004, p. 242), tratando-se, pois, de presunção *juris tantum*. A par disso, Mayer admitiu a inclusão de elementos normativos no tipo, pelo que, ao assinalar que a própria função indiciária da tipicidade, comportava a idéia de que esta não podia ser valorativamente neutra (QUINTERO OLIVARES, 1997, p. 262).

Para Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 256):

A constatação da existência de elementos nor-

mativos do tipo, trazida por Mayer e Mezger, e a teoria dos elementos subjetivos do injusto, enunciada por Hegler e desenvolvida por Mezger, decretam definitivamente a falência do conceito de tipo descritivo-objetivo de Beling, em que pese a grande contribuição que, a seu tempo, representou. O tipo, na verdade, passou a ser resultado de juízos de valor.

Modernamente, são adeptos do entendimento do caráter indiciário da tipicidade em relação à antijuridicidade Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (2002, p. 255), Bustos Ramírez e Héran Hormazábal Malarée (BRANDÃO, 2002, p. 56).

2.3 Fase da *ratio essendi* da antijuridicidade

Mais tarde, Edmund Mezger, buscando o estreitamento da relação de entre o tipo e a antijuridicidade, “incluindo a tipicidade na antijuridicidade” (BITENCOURT, 2007, p. 256), categorias até então independentes, sustentou “que a tipicidade não é apenas indício ou *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, e sim o seu fundamento real ou *ratio essendi*” (MARQUES, 2002, p. 74)

Assim, teve início a terceira fase da evolução do conceito de tipo, conhecida como a fase da *ratio essendi*, na qual Mezger, em 1931, com a publicação do “Tratado de Direito Penal”, concebeu a estrutura bipartida de delito, “visando combater a neutralidade valorativa do conceito de tipo de Beling” (BITENCOURT, 2004, 242), definindo delito como ação tipicamente antijurídica e culpável (TAVARES, 2000, p. 136).

Afirmou Mezger que a tipicidade era a razão de ser da antijuridicidade, o que, segundo o professor Cláudio Brandão (2003, p. 56), é inadmissível, uma vez que:

[...] a filosofia nos ensina que a essência é a substância do ser. Se dizemos que a relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de essência, estamos, em verdade, afirmando que elas são uma só coisa, e, se assim são, não existe sentido em diferenciá-las.

A despeito de Francisco de Assis Toledo e,

dentre os estrangeiros, Cobo del Rosal e Vives Antón partilharem desse entendimento, a doutrina, de modo geral, assegura que a proposta de Mayer é a que melhor se adapta ao Direito Penal (BRANDÃO, 2003, p. 56).

Nesse particular, García Arán e Muñoz Conde (2002, p. 255) destacam que “a identificação entre tipo e antijuridicidade conduzem a considerar as causas de justificação como elementos negativos do tipo”. De igual modo refere Bitencourt (2004, p. 243), para o qual:

[...]a construção de Mezger coincide com a chamada teoria dos elementos negativos do tipo, que inclui as causas de justificação no próprio tipo (teoria não defendida por Mezger). Referida teoria pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral, absolutamente inadmissível no atual estágio da dogmática penal.

Afirma Tavares (2000, p. 137) que a compreensão conjunta desses elementos, tipicidade e da antijuridicidade “não possui efeitos em si malévolos, mas proporciona e dá base para que nela se inicie uma subjetivação do injusto, que já se havia feito com a introdução dos elementos subjetivos da justificação”. García Arán e Muñoz Conde (2002, p. 255), por seu turno, salientam que “as conseqüências de identificar tipo e antijuridicidade se refletem sobre toda a matéria de erro”, uma vez que, como ressalta Luzón Peña (1999, p. 300), assim considerado “o erro sobre a ocorrência dos elementos das causas de justificação é um erro sobre elementos de uma parte do tipo, a negativa, e portanto, é um erro de tipo e não um erro de proibição”.

Além disso, afirma Quintero Oliveres (1997, p. 268), que a consideração da tipicidade como razão de ser da antijuridicidade e não indício desta leva à equiparação das condutas, segundo conhecido exemplo de Welzel, daquele que mata um mosquito (irrelevante para o Direito Penal) àquele que mata uma pessoa em legítima defesa, uma vez que em ambos os casos, segundo postulado da teoria dos elementos negativos do tipo, estar-se-ia diante de condutas atípicas, situações que, na realidade, dificilmente se podem equiparar.

2.4 Fase defensiva

Em razão das inúmeras críticas sofridas, Beling, em 1930, dando início ao que se é denominado pela doutrina de fase defensiva, ampliou e reformulou sua teoria, mantendo, contudo, a função descritiva do tipo, que continuava sendo valorativamente neutro, descrevendo modelos de ações independentemente de que fossem ou não valoradas como injustas.

Nesse novo trabalho, denominado “*Die Lehre vom Tatbestand*”, Beling passou-se a distinguir entre tipo de delito e figura reitora (Leitbild), correspondendo o primeiro às características de cada um dos crimes da parte especial e o segundo ao abstrato e conceitual de cada delito-tipo, estabelecendo que “ao tipo de delito – *Delikttypus* – correspondem todas as características internas e externas de cada figura legal”, sendo o *Tatbestand*, por sua vez, “uma figura ideal, [...], um modelo conceitual extraído do acontecimento externo” (BITENCOURT, 2007, p. 257).

Com tais mudanças, Beling pretendia superar alguns problemas apresentados na sua primeira formulação, tais como a explicação da participação (*strictu sensu*) e a tentativa. (MESTIERI, 2002, p. 119)

Para Beling, no exemplo de um homicídio, a figura reitora somente poderia ser descrita como a ‘morte de um homem’, pelo que a inclusão no *Tatbestand* de algo interno da alma do agente, incorrer-se-ia em um extravio metodológico, pois o *Tatbestand* assim colocado não poderia cumprir sua função de reitor comum para o parte objetiva e subjetiva (GARCÍA ARÁN e MUÑOZ CONDE, 2000, p. 308).

Na dicção de João Mestieri (2002, p. 119), valendo-se da expressão de Jiménez Huerta, Beling teria *espiritualizado* “o conceito de tipo, entendendo-o não-abstrato e simplesmente descritivo, mas a imagem reitora (*typus regens*) da espécie delitiva”, trazendo essa obra ainda “expressões hoje de uso corrente, tais como *Deliktstypus* (tipo de delito), *Tupizität* (tipicidade) e *Tatbestandmässigkeit* (adequação típica)”.

2.5 Fase do finalismo – conceito complexo

Marcando o quinto momento de evolução do conceito de tipo, aparece a fase do finalismo – *tipicidade complexa*, cujo conceito (objetivo-subjetivo), nas palavras de Zaffaroni (2004, p. 430):

[...]vem solucionar uma infinidade de problemas. A localização do querer do resultado (dolo) no tipo resolve o problema da causalidade, que está limitada pela vontade. A tentativa é claramente distinguida, e sem distorções, porque o querer do resultado (dolo) passa a ser problema típico. O tipo proíbe uma conduta e não uma causação.

Para a teoria finalista, a essência da ação residia:

[...]no fato de que o homem, através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, supradeterminando-o finalisticamente (decorrendo daí) a consequência sistemática de que o dolo, o qual no sistema clássico e também no neoclássico era considerado como forma de culpabilidade, (...) aparece como integrante do tipo (...). Isso significa uma nova subjetivização do injusto, e uma crescente dessubjetivização e normativização da culpabilidade. (ROXIN, 2002, p. 200)

Nessa fase, dolo e culpa já não são formas ou elementos da culpabilidade, constituindo-se o dolo requisito do tipo doloso e a infração do dever de cuidado, no que se refere à previsibilidade do resultado, refere-se ao tipo culposo (HIRSCH, 1999, 14). Sob essa perspectiva, o tipo seria a descrição legal da conduta proibida. (TAVARES, 2000, p. 137).

Nesse momento admitem-se “tipos dolosos e culposos, com dolo e culpa integrantes destes” (BITENCOURT, 2004, 241) e não mais da culpabilidade, como outrora.

Na concepção finalista, o tipo é compreendido de modo bipartido, sendo uma parte objetiva (descrição legal) e outra subjetiva (vontade reitora – dolo ou culpa). Tal teoria não substituiu o objetivismo dominante anteriormente pelo subjetivismo, devendo seu êxito, todavia, exatamente ao equilíbrio entre elementos objetivos e subjetivos (HIRSCH, 1999, p. 16).

O tipo, assim, seria composto de elementos objetivos-descritivos (aquilo que se concretiza no mundo exterior; b) elementos subjetivos (relacionados à consciência e vontade – compostos de dolo e culpa) e, eventualmente, c) elementos subjetivos do injusto, denominados de doutrina clássica de dolo específico.

Além disso, seria também possível a existência de elementos normativos que, por exigirem uma atividade valorativa, “fazem prova de que o tipo não está isento de juízo de valor” (BRANDÃO, 2003, p. 56).

Finalmente, impende salientar que o conceito de tipo não se confunde com tipicidade, na medida em que o primeiro pertence à lei, e o segundo, à conduta. O tipo é, portanto, a “fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta” (ZAFFARONI, 2004, 422), ou ainda, na definição de Hans Welzel, o fundador da teoria finalista da ação, “a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo da matéria proibida)” (BITENCOURT, 2004, p. 246).

Roxin (2002, p. 204) distingue, na síntese finalista-neoclássica, o injusto (que compreende o desvalor da ação e, se for o caso, do resultado) e culpabilidade (que se refere ao desvalor de ânimo ou o poder agir diversamente), afirmando Claus Roxin (2002, p. 203) que a opinião “preponderante na dogmática mais recente projeta suas construções sistemáticas nos moldes assinalados pelo sistema neoclássico e finalista”, esforçando-se, no entanto, a maioria dos autores, citando Gallas “no sentido de uma síntese entre os novos impulsos, que devemos ao finalismo, e alguns resultados imprescindíveis da época anterior de nossa ciência, orientado pela idéia de valor e fim”.

A evolução do tipo, todavia, não encerrou no finalismo, tendo sido formulado contemporaneamente a este outro entendimento, qual seja, a fase da teoria social da ação.

2.6 Fase da teoria social

A teoria social representou uma tentativa de aproximação dos modelos finalista e causalista, tendo o conceito social de ação sido enunciado pela

primeira vez por Eberhard Schmidt, para o qual a ação seria um fenômeno social. (BUSATO, 2005, p. 22-24).

Dogmaticamente, os adeptos dessa teoria divergem “no tocante à formação do tipo”, uma vez que, embora ele estivesse igualmente bipartido em objetivo e subjetivo, havia diferença no que se refere ao “sentido da atividade” (TAVARES, 2000, p. 142).

Ainda que Wessels, um de seus defensores, sob influência finalista, compreenda o tipo como o “conjunto de características que assinalam o conteúdo de injusto de determinado delito” (TAVARES, 2000, p. 142), sustentando que a finalidade “não se faz presente em todas as ações humanas” (BUSATO, 2005, p. 26), os autores dessa teoria não chegam a afirmar que o tipo é a *ratio essendi* da antijuridicidade, ainda que essa possa ser a impressão, mas assumem a conclusão de aquele tratar-se verdadeiramente de indício desta.

2.7 Fase do funcionalismo

Claus Roxin (2002, p. 205) refere que, desde aproximadamente 1970, esforços vêm sendo empenhados “no sentido de desenvolver um sistema jurídico-penal ‘teleológico-racional’ ou ‘funcional’”, orientado sob o ponto de vista valorativo político-criminal, uma vez que “não se acredita mais em soluções deduzidas de conceitos sistemáticos superiores” (ROXIN, 2002b, p. 9). Sustentando que, a despeito das várias divergências,

[...]os adeptos desta concepção estão de acordo (...) na recusa às premissas do finalismo e em partir da idéia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos, (...) mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais. (ROXIN, 2002, p. 205)

Sob esse fundamento, o citado autor afirma que os adeptos dessa concepção tentam “tomar as premissas neokantianas (e neo-hegelianas) do entre-guerras, que nos sistemas neoclássicos encontraram um desenvolvimento insuficiente (...), e desenvolvê-las, levando-as adiante de uma forma substancialmente nova”, razão pela qual o progresso estaria justamente em “substituir-se a vaga orientação a valores culturais do neokantismo por um parâmetro

sistemizador especificamente jurídico-penal: os fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena”. (ROXIN, 2002, p. 205-206)

Esclarece ainda que, em verdade, a ação típica constitui “uma unidade de fatores internos e externos, que não pode ser rompida, apenas compreendida em suas singularidades por meio de seus momentos individualizadores objetivos e subjetivos” (ROXIN, 2002, p. 205), de maneira que o injusto típico deixa de ser um acontecimento primariamente causal ou final, para tornar-se a realização de um risco não permitido dentro do âmbito (isto é, do fim de proteção) do respectivo tipo (ROXIN, 2002b).

Dois são os componentes nucleares dessa proposta. O primeiro refere-se à teoria da imputação ao tipo objetivo, uma vez que:

[...] nos delitos de resultado (...) o tipo objetivo, que para o sistema clássico esgotava o conteúdo da tipicidade – tendo a construção neoclássica acrescentado elementos subjetivos, e o finalismo o dolo –, permaneceu fundamentalmente reduzida à causalidade em todas as três concepções de sistema. Face à isto, o modelo teleológico-racional tornou a imputação de um resultado ao tipo dependente da realização de um perigo não permitido dentro do alcance do tipo (ROXIN, 2002, p. 205).

E o segundo é a “expansão da culpabilidade que se transforma na categoria da responsabilidade, (assim) (...) à culpabilidade, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) de sanção penal.” (ROXIN, 2002, p. 206).

Opera-se, como se observa, pela primeira vez, a substituição da “categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientado em função de valorações jurídicas”. (ROXIN, 2002, p.197).

De acordo com esta teoria, a causação de um resultado típico só realizará um tipo objetivo de delito se o autor criou um perigo juridicamente desaprovado que culminou em um resultado típico.

Roxin sintetiza sua idéia afirmando que Direito Penal e Política Criminal não se tratam de opostos, sendo o Direito Penal muito mais a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica, pelo que só a variedade da vida, com todas as suas transformações, torna possível a concreti-

zação de um solução correta, ou seja, adaptada às peculiaridades do caso. (2002b, p. 82-83).

Afirma, ainda, que é “errado considerar que qualquer circunstância, por ter importância para o tipo, já não pode mais significar nada para a culpabilidade. A controvérsia, sobre se o dolo “pertence” ao tipo ou à culpabilidade, é, portanto, um problema aparente” (ROXIN, 2002b, p. 87).

Finalmente, assegura que “também a sistemática do direito penal, que muitos consideram esgotada em suas possibilidades, precisa ser repensada desde seus fundamentos” (ROXIN, 2002b, p. 88).

Jakobs, por seu turno, “esforçando-se no sentido de uma fundamentação teleológico-racional do sistema jurídico-penal”, constrói uma sistemática “partindo do pressuposto de que conceitos como causalidade, poder (Könnhen), ação etc. não possuem qualquer conteúdo pré-jurídico, anterior ao Direito Penal, devendo ser determinados unicamente em função de necessidades jurídicas de regulamentação”. (ROXIN, 2002, p. 208)

Para tanto, propõe que a “realização do tipo constitui uma etapa da imputação [de modo que] o injusto não pode ser compreendido isoladamente como pensavam os causalistas, mas pelo confronto entre tipicidade e antijuridicidade”, sendo o tipo de injusto “representado pelo conjunto de caracteres que assinalam legalmente a intolerabilidade social de determinada atividade”. (TAVARES, 2000, p. 142).

A par disso, afirma Tavares (2000, p. 142) que Jakobs considera o tipo como mero indício da antijuridicidade, “indissociável da caracterização da intolerabilidade a ausência de causa de justificação”.

Schünemann (ROXIN, 2002, p. 209) afirma que a proposta de Jakobs é uma “clara renascença da teoria de construção de conceitos de Lask, combatida com ímpeto e sucesso por Welzel por quase 5 décadas”.

2.8 Fase da concepção significativa

Como última fase da evolução do conceito de tipo pode-se destacar a proposta de Tomás Salvador Vives Antón. Segundo Martínez-Buján

Perez (1999, p. 02), Vives, com base em uma base filosófica diversa, apresenta sua nova sistemática penal, partindo de três conceitos fundamentais para o Direito Penal. São eles: ação (sentido que, conforme um sistema de normas, pode atribuir-se a determinados comportamentos humanos), norma (com uma dupla essência: são decisões de poder e são também determinações da razão) e liberdade de ação (pressuposto imprescindível para que as ações sejam regidas por normas).

Explica Martínez-Buján Pérez (1999, p. 03) que “não se trata, pois, de modo algum de uma tarefa de demolição do edifício construído, e sim de propor um novo modo de determinar o significado (o sentido) dos conceitos”, uma vez que “o conceito de ação não pode mais que executar uma função negativa de estabelecer limites de ausência de ação” (BUSATO, 2005, p. 211).

O tipo penal, na concepção proposta por Vives, destaca Paulo César Busato (2005, p. 211):

[...] cumpre uma função político-criminal muito mais ampla, de expressar o perfil do Estado na medida em que mais ou menos obedeça às determinações dos princípios de Direito Penal, principalmente o de legalidade. Além disso, o tipo é criado em função da necessidade de proteção de bens jurídicos, pelo que, deve existir uma necessária correspondência entre o tipo e o dano ou perigo a um ou mais bens jurídicos.

Nessa esteira de pensamento, observa-se, de fato, uma concepção completamente nova de delito, situação que, segundo Martínez-Buján Perez (1999, p. 03), é algo que acontece raras vezes ao longo de um século e cuja proposta está destinada a receber no futuro uma ampla acolhida na doutrina científica e na práxis dos tribunais.

3 Conclusão

Não obstante as conclusões constantes no próprio texto, ou mesmo possíveis de se inferir a partir de sua leitura, cumpre tecer duas considerações finais.

É inegável o reconhecimento de que, de fato, a inserção do tipo como categoria do delito por Enst von Beling revolucionou a dogmática de modo ge-

ral, tornando possível não somente a formulação do próprio conceito analítico de crime, como referido, mas também o desenvolvimento do conceito de tipo nas fases subseqüentes – cada qual com maior ou menor aceitação pela doutrina.

No entanto, é tempo de reconhecer que outra revolução faz-se necessária em termos jurídicos-penais e não mais alterações pontuais ou mesmo de categorias/elementos do conceito de tipo, mas, como destacado por Roxin, faz-se necessária a reformulação desde os seus fundamentos, ou ainda, como sugere Vives, uma concepção totalmente nova, baseada em diversa base filosófica.

REFERÊNCIAS

- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Tradução por Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- 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. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BUSATO. P. C.; HUAPAYA. S. M. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. MUÑOZ CONDE, Franciso. **Derecho penal**. Parte General. 5. ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch libros, 2002.
- HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**. Obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La ‘Concepción significativa de la acción’ de T. S. Vives e su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del tipo**”. Disponível em: <http://crimenet.ugr.es/recpc/recpc_01-3.html>. Acesso em: 15 dez. 2006.
- MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. Trad.por Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.
- MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Curso de derecho penal**. Parte general. Barcelona: Cedecs Editorial , 1997.
- ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- _____. **Derecho penal**: parte geral. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito. Civitas: Civitas, 2000. Tomo I.
- _____. **Funcionalismo e imputação objetiva**. Tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119 de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.ed. München, Beck, 1997. Trad. e introdução Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- _____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. por Luis Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002b.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3. ed. rev. e ampl. – Curitiba: Fórum, 2004.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo horizonte: Del Rey, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.