

**DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO***

Prof. Dr. Dr. h. c. Georg Freund

Professor titular da cadeira de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito da Philipps-Universität Marburg (Alemanha).

Tradução:

Deborah Alcici Salomão

Advogada. Mestre em Direito pela Philipps-Universität Marburg (Alemanha). Doutoranda em Direito pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha).

Autor convidado.

I. CONCEITO FUNCIONAL DE CRIME E ESBOÇO HISTÓRICO

O desenvolvimento do conceito de crime e suas perspectivas futuras estão intimamente relacionados ao *telos* da pena. Quem deseja se opor a pessoas perigosas por meio de "penas" sustenta um direito penal do réu e, em última instância, renuncia à possibilidade de conduta culposa da vítima. Talvez esta pessoa até apoie medidas "penais" *ante delictum*. No entanto, de acordo com o entendimento de punição de hoje, algo assim está fora de questão. Pelo contrário, reconhece-se que a pena decorrente do veredicto de culpa e sua punição concreta servem para reprovar uma má conduta pessoal correspondente ocorrida no passado. Por isso, o direito penal real é um puro direito do ato criminoso (*Tatstrafrecht*). Um "direito penal do réu", que visa proteger o público em geral de pessoas perigosas, é, por outro lado, um perigoso e fraudulento rótulo para o estado de direito.¹

* O artigo atualiza e complementa considerações anteriores de forma condensada; ver principalmente. *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 2. Ed. 2009; *Freund*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Ed. 2017, Vor § 13 Para. 2 ss. Publicado pela primeira vez no Festschrift für Feridun Yenisey, Istanbul 2014, p. 13 ss. – Traduzido para o chinês por Chen Xuan, in: Zhao Bingzhi (Hrsg.), Criminal Law Review, Vol. 40, Law Press China, 2015, p. 378 ss. – Agradeço sinceramente à minha equipe e a alguns colegas amigáveis pela revisão crítica do texto e sugestões valiosas.

¹ Sobre a necessária diferenciação entre uma lei penal estritamente baseada em fatos e uma lei relacionada com o agressor das medidas de melhoria e segurança - que pode ser diretamente atribuída à lei policial ver *Freund*, GA 2010, 193 ss.; *do mesmo autor*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre (AT), 2. Ed. 2009, § 1

1. CONCEITOS CLÁSSICO E NEOCLÁSSICO DE CRIME

Como um sistema fechado, a doutrina do crime aparece pela primeira vez no chamado conceito "clássico" de crime, que se originou sob a influência formativa de v. Liszt² e Belings³ na virada do século XX. O crime "clássico" é concebido como um ato de fato, ilegal e culposo. O conceito de ação deve ser entendido puramente de forma naturalista, como comportamento sustentado por uma vontade. A principal característica do conceito clássico de crime é sua estrita distinção entre os elementos "objetivos-externos" (ilicitude) de um ato, por um lado, e a culpa "subjativa" do agente, por outro.

Sob a influência do neokantismo, desenvolveu-se o conceito "neoclássico" de crime.⁴ O ato criminoso não era mais visto como uma descrição sem valor de um evento externo, mas em sua função protetora de interesses legais. Isto estava ligado à percepção de que os elementos normativos e subjetivos deveriam ser considerados para a compreensão do ato criminoso (por exemplo, no roubo, que requer não apenas uma remoção "objetiva" da coisa, mas sim subjativa, na intenção de se apropriar de algo). Como resultado, a distinção clássica entre ilicitude e culpa permaneceu no sistema neoclássico também, mas não mais como uma separação do elemento objetivo e do elemento subjetivo, mas da nocividade social material e da culpabilidade.

2. CONCEITO DE FINALÍSTICO DE CRIME

Após o fim do nacional-socialismo, o finalismo se estabeleceu na Alemanha,⁵ que está inextricavelmente ligado ao nome e obra de *Hans Welzel*⁶ e até cerca de 1960 dominou a doutrina criminal. Para Welzel, o conceito de ação/conduita foi logicamente predeterminado. A conduta era determinada pelo fim, isto é, destinada a fins específicos. Tal entendimento estava em marcado contraste com o conceito de conduta causal (cego) do sistema clássico. *Welzel* posicionou a finalidade em equivalência com o dolo, que foi então transferida para o campo

Para. 7 ss., 24 ss.; *Timm*, *Gesinnung und Straftat – Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, 2012, p. 38 s., 111 ss.

² *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881 (seit der 2. Ed. Lehrbuch des deutschen Strafrechts).

³ *Grundzüge des Strafrechts*, 1899; *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

⁴ Ver *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 5. Ed. 1996, § 22 III (S. 204 ss.); *Walter*, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB)*, 12. Ed. 2007, Vor § 13 Para. 23; ferner *Freund*, in: *Münchener Kommentar zum StGB (MK-StGB)*, 3. Ed. 2017, Vor § 13 Para. 7 ss.

⁵ Ver *Jescheck/Weigend*, *AT (Fn. 4)*, § 22 V (S. 209 ss.).

⁶ *Das Deutsche Strafrecht*, 1. Ed. 1947; 11. Ed. 1969.

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

do fato típico (enquanto a consciência da ilegalidade permaneceu localizada no nível da culpa). Uma consequência duradoura do finalismo está na elaboração de uma "ilicitude da ação" relacionada à pessoa do réu/agente e de um "direito finalístico da lesão" (*Erfolgsunrecht*) relacionado ao objeto da lesão.⁷

3. FORMAS MISTAS DIFUNDIDAS ATUALMENTE

As definições mais recentes de crime dificilmente podem ser resumidas em um único conceito. A maioria delas representa uma síntese entre o conceito neoclássico e o conceito finalístico do crime. A estrutura do crime resulta então no seguinte: a divisão tripartida em fato típico, ilícito e culpável permanece. O primeiro, entendido como fato típico, se divide em uma parte objetiva e uma subjetiva. A ilicitude também consiste em elementos objetivos e subjetivos. A culpa pressupõe a culpabilidade, a (potencial) consciência da ilicitude, bem como a ausência de motivos para a exclusão da culpabilidade. Tanto o dolo como a negligência assumem uma estranha "dupla função", na medida em que aparecem, por um lado, ao nível do fato típico e, por outro, ao nível da culpa.⁸

A doutrina criminal pessoal⁹ que defendo está intimamente relacionada à de *Lesch*¹⁰, que preza por uma revisão do conceito de crime. De acordo com este conceito, o fato típico, como um ilícito, é idêntico o fato culposo ou fato criminoso e denota o epítome de todas as características do crime. A divisão em um fato típico objetivo e subjetivo e sua independência em relação à culpa são corretamente reconhecidas como faticamente equivocadas.¹¹ Algo comparável pode ser encontrado na doutrina de *Pawlik*, que, com razão, que se opõe à razoabilidade de uma separação da ilicitude e da culpa.¹²

⁷ Sobre a relevância subordinada do "direito lesivo" no direito penal em relação ao comportamento errado ver MK-StGB/*Freund* (Fn. 4), Vor § 1 Para. 84 ss., 322 ss.

⁸ Sobre esta interessante relevância dupla da intenção na estrutura do crime veja *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Ed. 2017, Para. 200 ss., 645 s., 1201.

⁹ Veja a explicação do conceito correspondente no meu livro didático sobre Parte Geral (*Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 1998); veja ainda MK-StGB/*Freund* (Fn. 4), Vor § 13 Para. 24 ss., 37 ss., 127 ss.

¹⁰ *Lesch*, Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, p. 175 ss., 205 ss., 274 s., 280.

¹¹ Sobre isso *Lesch* p. 275, 280.

¹² *Pawlik*, FS Otto, 2007, p. 133 ss.; veja também, do mesmo autor: Das Unrecht des Bürgers, 2012, p. 259 ss. – Gegen die Trennung von Unrecht und Schuld etwa auch *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 3. Ed. 1916, p. 243 ss., 299; *Freund*, AT (Fn. 1), § 4 Para. 20 s.; MK-StGB/*Freund*, Vor §§ 13 ss. Para. 138; do mesmo autor, GA 2010, 193, 197; do mesmo autor, GA 1991, 387, 390 ss., 396 ss., 403 ss.; *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, p. 41 ss.; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, p. 256 ss., 328 s.; *Puig*, ZStW 108 (1996), 758, 775 s.; *Renzikowski*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115, 133 ss.; *Timm*, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 555-570, Mai.-Ago. 2018. 557

II. CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL

Embora o conceito clássico de crime fosse bastante coerente, os conceitos mistos que tomaram seu lugar sofrem com rupturas e discrepâncias internas, pois eles contêm elementos subjetivos - personalizados - de ilicitude. No entanto, a ilicitude personalizada não se enquadra no conceito de ilicitude externa e objetiva.

No entanto, falar de um "fato típico" objetivo¹³ é enganoso. Conceitos enganosos devem ser rejeitados. Objetivamente, o que é regularmente entendido pelos "fatos típicos" pode ser melhor expressado pelos termos "conduta comportamental típica e circunstância de sucesso" („*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Erfolgssachverhalt*“) Neste caso, a "conduta comportamental típica" é a violação específica das normas comportamentais, que, naturalmente, também contém momentos subjetivos como má conduta pessoal. Em contrapartida, o componente externo puramente objetivo é "acomodado" na "circunstância de sucesso" (ou em circunstâncias equivalentes) e distingue-se no sistema penal da clara má conduta real como a exigência fundamental e indispensável de qualquer punição.

Comportamentos criminosos relevantes não podem ser descritos adequadamente sem recorrer a fatores subjetivos.¹⁴ A desconsideração ou a não observância do direito por um sujeito é fundamental para o direito penal e não é justificável sem que se recorra a circunstâncias relevantes para aquele sujeito. Se um caçador atira em um colhedor de cogumelos isso pode ser considerado uma fatalidade lamentável pela qual ninguém é responsável. Se há ou não negligência ou mesmo homicídio culposo ou doloso não será possível dizer sem ter em conta as circunstâncias específicas de tomada de decisão do caçador. O objeto da avaliação deve necessariamente levar em consideração as circunstâncias individuais da situação específica. Não se trata de uma subjetivação da avaliação jurídica. Em vez disso, o comportamento (ação ou omissão) de um sujeito deve ser julgado de acordo com os critérios legais - e neste sentido objetivos -.¹⁵

Gesinnung und Straftat, p. 150 ss.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, p. 116 s., 196 ss.; LK-StGB/*Walter*, Vor § 13 Para. 27.

¹³ Veja sobre este conceito enganoso, em vez de muitos, por exemplo *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Para. 212 ss., 246 ss.

¹⁴ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT I), 6. Ed. 2011 § 2 Para. 32 enfatiza que isso é hoje em dia geralmente reconhecido; veja também *Struensee*, JZ 1987, 53 ss. com excelentes exemplos.

¹⁵ Outros esclarecimentos em *Freund*, AT (Fn. 1), § 5 Para. 34 ss.

1. NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA PENA

O direito penal faz parte do direito público. Pois, com o direito penal o Estado age com sua soberania contra a auto composição. Por exemplo, ao impor uma multa ou prisão a alguém, ele interfere maciçamente nos direitos fundamentais deste sujeito. Por esta razão, as mesmas condições de legitimidade que devem ser observadas em geral no caso de intervenções do Estado aplicam-se ao direito penal.¹⁶ Como resultado, a regulamentação do direito penal é permissível apenas dentro do escopo estabelecido pelas funções do Estado. É verdade que estas funções incluem a proteção das condições de existência e desenvolvimento do indivíduo, que pode se tornar vítima de um crime. Já a compensação da culpa depois de um crime já ter sido cometido, por si só, não é função da punição estatal. Pelo contrário, o uso da punição deve ser racionalmente legitimado.

A função específica de proteção da pena, muitas vezes, não é compreendida com clareza suficiente. Embora a proteção de bens jurídicos como a vida, o corpo, a liberdade e a propriedade, sejam geralmente função do Estado, ela só pode ser alcançada por meio do instrumento da pena, como diz o ditado: Quando a pena é imposta, "a criança já caiu no poço". A punição do assassino não traz a criança de volta à vida. A punição de quem causou dano à propriedade não repara o vaso destruído. A punição é sempre tardia para o bem jurídico afetado. A proteção de bens jurídicos como vida, propriedade e liberdade só pode ser alcançada através do estabelecimento de deveres e proibições.¹⁷

Em contraste, a principal função da pena é a restauração da paz legal perturbada, por meio de uma reação desaprovadora a uma violação da norma (*Straftat*). Na violação de uma norma comportamental legalmente legitimada por uma pessoa responsável, um questionamento da validade normativa pode ser observado. Este questionamento deve ser respondido negativamente se o direito não for prejudicado a longo prazo: Pena é a contradição à violação de normas comportamentais para a remoção do risco de um dano normativo.¹⁸ Neste conceito

¹⁶Veja *Appel*, *Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität*, 1996; *Rudolphi*, in: SK StGB, 26. Lfg. Juni 1997, vor § 1 Para. 1 ss.; compare com *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 29. Ed. 2014, Vor § 1 Para. 30 ss.; *Maunz/Dürig/Grzeszick*, *Grundgesetz*, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 20 Para. 27, 107 ss.

¹⁷ Apenas as normas legais de comportamento são meios adequados para proteger diretamente os bens jurídicos relevantes. O problema da legitimação das normas comportamentais será tratado em seguida no texto.

¹⁸Mais sobre esse conceito de direito penal: *MK-StGB/Freund*, Vor § 13 Para. 37 ss., 65 ss.; veja também *Freund*, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*. 1992, p. 88 ss.; *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 2. Ed. 1991, 1/9 ss.; *do mesmo autor*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 28 ss.

DO CONCEITO DE CRIME NA DOCTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

racional de direito penal doloso, a ideia de justa retribuição tem seu valor. Pois apenas uma reação razoavelmente desaprovadora à violação de normas comportamentais cumpre a função da pena de proteger o direito e assegurar sua validade.¹⁹

**2. DIREITO PENAL COMO ORDEM NORMATIVA SECUNDÁRIA E
QUESTÃO PRELIMINAR DA LEGITIMAÇÃO DE NORMAS
COMPORTAMENTAIS**

Apenas quando a violação de um padrão comportamental ocorre, surge a questão da sanção. O direito penal, portanto, tem um caráter secundário ou mais precisamente, um caráter acessório. Isto tem consequências de longo alcance para a compreensão da função real das leis criminais: elas não devem regular o que é proibido ou o que é um dever. Isso já é governado pelas normas de conduta pressupostas às leis penais - isto é, os deveres e proibições da ordem normativa primária. As leis criminais, como tais, regulam apenas sob quais condições se deve reagir a quais violações das normas comportamentais.²⁰

Antes que se discuta a questão da responsabilidade criminal, o problema de interesses conflitantes que surjam na justificativa de direitos e deveres devem ser adequadamente resolvidos em conformidade com os requisitos constitucionais. Em outras palavras, a liberdade de ação de um cidadão concorre com a proteção dos bens jurídicos do outro. A ordem de comportamento a ser determinada na maneira de equilibrar bens e interesses não se esgota em normas abstratas como: "Não matará". Pelo contrário, os requisitos comportamentais concretos devem ser trabalhados, por exemplo o interesse de manter a vida dos outros. Até bens supostamente absolutamente protegidos, como a vida, na verdade, não têm proteção a qualquer custo, mas têm que suportar certas reduções.²¹

¹⁹ No sentido de um conceito de lei criminal de validação de punição compensatória veja também *Timm*, *Gesinnung und Straftat*, p. 40 ss., especialmente p. 52 ss., que, em seu modelo de teoria criminal retributiva, se opõe a qualquer orientação preventiva da teoria do propósito punitivo. A punição serve então para a comunicação com o agressor, que desafiou a lei violando sua norma comportamental. A resposta social sob a forma de punição confirma a validade continuada da norma transgredida e o status do delinquente como um membro da comunidade legal. Em contraste com as teorias preventivas gerais de punição, o objetivo da punição é compensar a violação individual da norma por meio da comunicação com o agressor. Para interesses específicos de terceiros - como o fortalecimento do senso coletivo de justiça - este conceito de punição não regride, de modo que consegue preservar a qualidade subjetiva do indivíduo, em oposição a todas as teorias de punição orientadas para a prevenção.

²⁰ Esta percepção tem significado para os requisitos decorrentes do princípio da legalidade (Art. 103 II GG); mais sobre os requisitos do princípio da legalidade *Freund*, *FS Wolter*, 2013, p. 35 ss.

²¹ Enfatizado com precisão por *Jakobs*, *AT*, 2/23.

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

Basta pensar em toda a gama de tráfego rodoviário e aéreo, que pressupõe a tolerância a muitos riscos à vida. Qualquer um que observe as regras de trânsito e, no caminho, cause a morte ou danos corporais à outra pessoa, não viola de imediato a proibição legal de matar ou ferir. Isso não se esgota em uma "proibição de causalidade", deve-se considerar os requisitos comportamentais que precisam ser observados na proteção do bem legal. Há que se formar uma norma comportamental concreta com contexto e destinatários específicos. Essa norma comportamental concreta tem que corresponder ao princípio constitucional da proporcionalidade e atender individualmente aos seguintes requisitos:²²

1. Deve perseguir um propósito legítimo. Pode-se dizer também que ela deve servir ao propósito de proteger um bem jurídico concreto, determinável e vulnerável.

2. Ela deve ser o meio adequado para se alcançar a almejada proteção do bem jurídico. Assim, normas comportamentais que são ineficazes para alcançar o objetivo não podem ser legitimadas.

3. Ela deve ser o meio necessário para se alcançar o objetivo. Isso significa que, entre vários meios adequados, ele deve ser o mais brando.

4. Por fim, a norma comportamental deve ser o meio razoável para alcançar o objetivo da proteção do bem jurídico. A determinação de razoabilidade requer uma avaliação legal e consideração dos bens e interesses conflitantes.

Esclarecendo, a perspectiva crucial a partir da qual deve-se julgar se uma norma particular de comportamento é legitimada não pode ser a de um observador onisciente, mas apenas a do potencial sujeito da norma. Direitos e deveres não tem a função de circunstâncias que não poderiam ser conhecidas do potencial sujeito da norma. Em vez disso, elas devem ser adaptadas à sua situação de tomada de decisão e não devem exigir nada impossível da pessoa em questão (*ultra posse nemo obligatur*). Isso seria um absurdo e, portanto, nunca justificável.²³ Por exemplo, qualquer pessoa que prepare um prato de cogumelo para um convidado com um cogumelo comprado em uma loja especializada não viola uma norma de conduta que possa ser legitimada por ele se ele não reconhecer um cogumelo venenoso que seja prejudicial à saúde do convidado. A avaliação muda se o cozinheiro tem por hobby a identificação de co-

²² Sobre os requisitos originários do princípio da legalidade, veja *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, *Kommentar zum Grundgesetz*, 2009, Art. 20 Para. 189 ss.; *Sachs*, in: Sachs, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Ed. 2011, Art. 20 Para. 145 ss.; veja também *Appel*, *Verfassung und Strafe*, p. 569 ss.; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 10 ss.; leitura complementar: *Freund*, AT, § 1 Para. 13 ss.; MK-StGB/*Freund*, Vor § 13 Para. 152 ss.

²³ Mais profundamente, veja *Freund*, AT, § 2 Para. 23 ss., § 3 Para. 9 ss. (com vistas às condições de legitimação); MK-StGB/*Freund*, Vor § 13 Para. 179 ss., 217 ss. (com vistas às condições de legitimação).

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

gumelos e reconhece acidentalmente o cogumelo venenoso a tempo ou, pelo menos, ignora indícios claros, mas ainda assim, o serve.

**3. A LEGITIMIDADE DAS NORMAS COMPORTAMENTAIS COMO
ESPECIFICIDADES COMPORTAMENTAIS DO FATO TÍPICO**

a) Uso específico do comportamento em conformidade com a lei como razão de legitimidade (propósito legítimo)

Um primeiro passo importante para responder à pergunta se um comportamento²⁴ é criminoso ou não é analisar o bem jurídico protegido pela norma infringida. Muitas vezes é bastante claro que tipo de violação de comportamento é abrangida por uma norma de sanção específica: Por exemplo, uma punição por lesão corporal só é possível se a norma comportamental violada legitima o interesse de proteger a integridade física dos outros. As normas sancionadoras dos homicídios pressupõem que uma norma de comportamento tenha sido transgredida, justificável no interesse de proteger a vida humana.

b) Responsabilidade legal especial como um fundamento adicional de legitimidade (Modelo de norma de comportamento dos dois pilares)

Sem um propósito protetor legítimo, não há norma de comportamento legítima. No entanto, o comportamento ilícito de um crime em particular geralmente não é definido apenas por ela. Pelo contrário, deve-se distinguir entre dois tipos qualitativamente diferentes de normas comportamentais:²⁵

Alguns códigos de conduta podem ser legitimados apenas em benefício da proteção dos bens jurídicos. Isso inclui, por exemplo, a obrigação legal de pagar em caso de acidente (ver § 323c Abs. 1 dStGB²⁶). Quando se requer que o agente, por exemplo, leve a pessoa gravemente ferida para o hospital, esta obrigação só pode ser justificada no interesse da proteção da vida. Quando alguém não cumpre sua obrigação de prestar assistência, ele viola um padrão de comportamento que, por assim dizer, repousava apenas em um pilar: a proteção dos bens jurídicos. (Norma de comportamento tipo 1: norma de comportamento monisticamente legitimada)

²⁴ Fundamentalmente sobre o comportamento como um requisito central do crime *Frisch*, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; veja também *do mesmo autor*, Vorsatz und Risiko, 1983, p. 74 ss., 118 ss.

²⁵ Mais sobre este modelo de comportamento normativo dos "dois pilares" *Freund*, AT, § 2 Para. 16 ss.; *do mesmo autor*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, p. 51 ss., 54 ss., 68 ss.

²⁶ Nota da tradutora: dStGB - deutsche Strafgesetzbuch, Código Penal Alemão.

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

Por outro lado, existem normas de comportamento em que há um fundamento adicional de legitimidade para limitar a liberdade de ação do destinatário da norma. Há responsabilidades especiais que tornam uma determinada pessoa o destinatário de uma norma de comportamento - uma norma de comportamento baseada em dois pilares: a proteção dos bens jurídicos e a responsabilidade especial (responsabilidade do garantidor). (Norma de comportamento tipo 2: norma comportamental dualistamente legitimada)

Nos casos mais significativos de normas comportamentais, que proíbem ameaças ativas a certos bens jurídicos, essa responsabilidade especial está quase sempre presente. Por isso, ela acaba – de forma mais ou menos consciente – sendo assumida como condição intrínseca e lançada na balança para pesar os interesses. Qualquer um que destrua objetos estranhos jogando-os em um abismo, fira fisicamente ou mate outro, apunhalando-o com uma faca, é, naturalmente, responsável de uma maneira especial pelo evento prejudicial. O mesmo se aplica àqueles que assumiram a supervisão de uma criança de dois anos. Se ele não cumprir sua obrigação, ele também viola uma norma de comportamento cuja legitimidade não se baseia apenas na proteção de bens jurídicos, mas também na responsabilidade especial do destinatário da norma, especialmente pelo evento prejudicial.

Com base nessa compreensão de comportamento ilícito, as ofensas criminais podem ser realizadas sem a necessidade de uma forma específica de comportamento. A mera manifestação de um comportamento como ação ou omissão não é - ao contrário de um equívoco comum - normativamente decisivo. Ao contrário, isso depende unicamente do cumprimento dos critérios para a realização do ato ilícito.²⁷ Por exemplo, o padrão específico de comportamento ofensivo do homicídio somente ocorre se e quando houver dois fundamentos de legitimidade para a norma transgressora da conduta: a proteção da vida e a responsabilidade especial do destinatário da norma, especialmente pelo curso mortal a ser evitado pelo direito.

4. RELAÇÃO ENTRE A REALIZAÇÃO DO ATO E SUA (AUSENTE) JUSTIFICATIVA

A fim de evitar mal-entendidos, a questão da intervenção excepcional de um motivo de justificação (excludente de ilicitude²⁸) surge apenas quando um comportamento é de fato

²⁷ Sobre os critérios idênticos para a realização do fato típico através de ação ou omissão: *Freund*, FS Herzberg, 2008, p. 225 ss. (com uma proposta de esclarecimento para um possível projeto de lei, p. 243); veja também *MK-StGB/Freund*, § 13 Para. 65 ss.

²⁸ Nota da tradutora: o que em alemão se traduziria como justificativa do ato, em sede de direito penal brasileiro é entendido como excludente de ilicitude. Todavia, a palavra justificativa, traz em si mais significados que o
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 555-570, Mai.-Ago. 2018. 563

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

desaprovado. Portanto, o fato típico já é um ilícito. No entanto, esta ainda não é uma avaliação legal final do comportamento, mas um julgamento condicional. O comportamento é basicamente desaprovado de fato. Apenas quando não há justificativas legítimas (excludentes de ilicitude), temos o resultado final de ilicitude do ato.²⁹

Justificativas (excludentes) podem atacar até mesmo a tipicidade do fato. Quem corta lenha em nome do proprietário, não se insere no “tipo” de dano à propriedade. Pensando em negligência: quem em uma situação de autodefesa, manipula uma pistola, como lhe permite a situação de risco e ameaça, não comete um homicídio culposo por negligência, se acidentalmente dispara um tiro, pois um comportamento justificado não pode ser qualificado como “negligente”.³⁰

5. PESO SUFICIENTE DA VIOLAÇÃO DE NORMA COMPORTAMENTAL

Finalmente, ainda há um requisito muito básico de todo crime: Não se deve “atirar em pardais com canhões”³¹ - não se deve exagerar. Por causa do peso da acusação, que é especificamente associada a uma reação ao comportamento inadequado, não há sempre um comportamento criminoso. Pelo contrário, a violação de um código de conduta comportamental deve ser suficientemente grave. Isso decorre do princípio constitucional da proporcionalidade, que apenas permite uma reação de desaprovação proporcional ao delito.³²

6. CONSEQUÊNCIAS COMPORTAMENTAIS DO CRIME - REQUISITOS PARA A FORMA BÁSICA DE RESPONSABILIDADE PELAS CONSEQUÊNCIAS

Diante do acima exposto, não há crime sem transgressões pessoais suficientemente sérias. No entanto, a lei conhece muitos crimes em que, além dessa má conduta, requisitos adicionais de sanção devem ser cumpridos. Um exemplo de tal requisito de sanção adicional (além do comportamento criminoso) são os crimes que atingem o sucesso (*Erfolgsdelikt*)³³.

termo “excludente de ilicitude”. Por este motivo, preferiu-se manter o vocábulo original, fazendo-se, no entanto, menção à exclusão de ilicitude em casos de comportamentos legalmente justificados.

²⁹ Sobre esta decisão em nível de fato típico veja também *Freund*, AT § 3 Para. 1 ss.

³⁰ Veja também *Freund*, AT, § 5 para. 58 s.; veja ainda *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 15 para. 35.

³¹ Nota da tradutora: Expressão popular alemã. „Es darf nicht auf Spatzen mit Kanonen geschossen werden.“

³² Veja *MK-StGB/Freund*, Vor § 13 Para. 243 ss.; *Freund*, AT, § 2 Para. 37 s.

³³ Nota da tradutora: “Begehungs-, Erfolgsdelikt” em tradução literal, seria o cometimento de um crime de sucesso. Para este tipo criminal, não basta a tentativa, o agente tem que ter chegado à finalidade de sua ação. Este é

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

Nesse tipo de crime, a punibilidade, além da conduta de fato desaprovada, requer sucesso no mundo exterior, como a morte ou a lesão de um ser humano. O caminho prejudicial para atingir o sucesso (fim) serve, por sua vez, como um objeto de reprovação adicional.

Este encargo adicional só se justifica se o acontecimento causador do sucesso, cuidadosamente pensado e antecipado pelo agente, for o fundamento que legitima a transgressão da norma comportamental. Uma "ilicitude" ocorre apenas quando há um evento danoso que poderia ter sido evitado por um comportamento adequado. Com estas condições objetivamente apreendidas de forma adequada é que tradicionalmente temas como "causalidade", "quase-causalidade" e o chamado "cálculo do sucesso" - que é bastante confuso – são discutidos.³⁴ Se a responsabilidade padrão do destinatário da norma é tida como certos tipos clássicos de crimes de sucesso, então concomitantemente se dá a forma básica da responsabilidade pelas consequências. Esta é - exceto para casos especiais³⁵ - necessária para todos os atos concluídos com dolo ou com negligência.³⁶

7. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE COMPORTAMENTO DOLOSO E CONDUÇÃO DOLOSA DE CONSEQUÊNCIAS

O ato doloso requer comportamentais ilícitos pessoais qualificados. Enquanto o infrator meramente negligente julga erroneamente a situação em termos de interesses anteriores (por exemplo, sujeita a um erro fático), o ofensor com propósito sabe exatamente o que faz. Ele conhece a dimensão desfavorável específica do fato de seu comportamento, mais precisamente, ele conhece as circunstâncias da realização fática injustificada e age ou omite mesmo assim. Aí reside um questionamento qualificado da norma comportamental transgredida, à qual o direito penal deve responder mais rápida e agudamente do que ao comportamento meramente negligente.³⁷ Exemplo: Quem atira na direção de uma pessoa e reconhece e aceita que ela pode ser fatalmente atingida, deve ser punido de forma muito mais rigorosa do que a pessoa

o sentido da palavra "sucesso", em alemão "Erfolg": sucesso é atingir o fim da ação. O homicídio (§212 StGB), por exemplo é um *Erfolgsdelikt*, pois atinge o resultado pretendido, qual seja, a morte.

³⁴ Aprofundando e continuando o assunto: MK-StGB/*Freund*, Vor § 13 Para. 310 ss.; *Freund*, AT, § 2 Para. 45 ss.

³⁵ Casos especiais são - até onde se pode ver - no Código Penal apenas a falta de assistência (§ 323c Abs. 1 dStGB) e a não divulgação do crime planejado (§ 138 StGB), em que apenas a proteção do bem jurídico é importante para a legitimação de normas comportamentais; a responsabilidade especial não é necessária.

³⁶ Mais sobre a forma básica de responsabilidade de consequência *Freund*, AT, § 2 Para. 45 ss., § 5 Para. 61 ss., § 6 Para. 100 ss.

³⁷ Sobre a disfunção pessoal qualificada - mais exatamente: ao erro comportamental específico do ofensor doloso em detalhe *Frisch*, Vorsatz und Risiko, p. 46 ss., 195 ss. et passim.

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

que faz o mesmo, mas assume por si mesma que a bala passará raspando na vítima, que só deve se assustar.

Para justificar - além do comportamento qualificado ilícito do infrator doloso - uma responsabilidade de consequência igualmente qualificada, o perigo específico do comportamento doloso deve ser percebido e analisado na situação concreta do ocorrido. Uma consequência negligente, que permanece apenas em conexão coincidente com a má conduta dolosa, não é suficiente.³⁸ Exemplo:³⁹ um pai quer matar seu bebê e erroneamente assume que cogumelos de lata são mortais para bebês. Ele, portanto, dá ao seu filho uma refeição correspondente. Embora sua suposição esteja incorreta, a criança morre porque os cogumelos estavam estragados. O pai podia e deveria ter reconhecido isso, mas não o reconheceu. Portanto, ele é punível por causa de uma tentativa frustrada de matar, de acordo com §§ 212 I, 22, 23, 12 I StGB,⁴⁰ em concomitância com § 52 StGB e por homicídio por negligência § § 222 StGB. Mas ele não cometeu nenhum assassinato doloso.

III. CONCLUSÃO

Com base no que precede, pode ser dada a seguinte definição dos critérios gerais de crime:⁴¹

DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS GERAIS DE UM CRIME

Aquele que, por má conduta pessoal suficientemente grave, executa um fato típico de um ilícito de uma lei penal comete crime.

A má conduta pessoal só ocorre se o infrator, de acordo com suas circunstâncias individuais, é capaz de reconhecer que ele age contrariamente a uma lei penal de forma injustificada (sem a presença excludentes de ilicitude) e de evitar isso, e quando era exatamente isso o que legalmente se esperava dele.⁴²

³⁸ Mais sobre o difícil problema dos requisitos exatos para a conclusão dolosa do crime MK-StGB/*Freund*, Vor § 13 Para. 370 ss.; *Freund*, AT, § 7 Para. 115 ss.; *do mesmo autor*, FS Maiwald, 2010, p. 211 ss.

³⁹ Veja um exemplo parecido *Jakobs*, AT, 8/67; *Freund*, AT, § 7 Para. 130 ss.

⁴⁰ Pode-se pensar em uma tentativa de homicídio (§§ 211, 212 I, 22, 23, 12 I StGB); no entanto, isso não será discutido em detalhes aqui.

⁴¹ Sobre esta definição veja *Freund*, FS Küper, 2007, p. 63, 78; veja ainda MK-StGB/*Freund*, Vor § 13 Para. 291.

⁴² Nota da tradutora: Definições originais: „Eine Straftat begeht, wer durch hinreichend gewichtiges personales Fehlverhalten den Tatbestand eines Strafgesetzes rechtswidrig verwirklicht. Personales Fehlverhalten liegt nur vor, wenn der Täter nach seinen individuellen Verhältnissen in der Lage war, zu erkennen und zu vermeiden, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 555-570, Mai.-Ago. 2018. 566

DO CONCEITO DE CRIME NA DOCTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

Com essas definições, as visões da doutrina criminal pessoal são consistentemente implementadas. Os fatores de culpa indispensáveis já são levados em conta em termos de leis criminais. Se eles não estiverem presentes, a punição viola o princípio da culpa. Além disso, a punição não pode ser racionalmente justificada quando a acusação é incorreta. Seguindo os critérios gerais de cada crime, proponho a seguinte definição de comportamento negligente.⁴³

DEFINIÇÃO DE COMPORTAMENTO NEGLIGENTE (AÇÃO OU OMISSÃO)

É negligente quem, em vista da situação que encontrou, cria ou não evita a possibilidade de uma realização fática criminosa injustificada. Possibilidade esta previsível de acordo com suas circunstâncias individuais, evitável e, legalmente a ser evitada.⁴⁴

Neste contexto, previsibilidade significa: O agente deve ser capaz de reconhecer individualmente a iminente realização fática injustificada - em casos de sucesso, especialmente a ameaça de danos. Evitabilidade significa que o agente deve ser capaz de, através de suas habilidades e conhecimentos individuais, não criar ou evitar o perigo. Dever de evitar significa: No contexto de um equilíbrio global, que o interesse a ser protegido deve superar o interesse do autor (saldo de bens e interesses).

Esta definição de comportamento negligente reformula, inevitavelmente, os critérios básicos previamente definidos de cada crime. Isso está relacionado ao fato de que o comportamento negligente é o tipo básico de má conduta pessoal. Com a definição de comportamento negligente sugerida aqui, há um procedimento de exame que é útil para a consolidação legal. As noções comuns de previsibilidade e evitabilidade são trazidas para o contexto necessário com o critério normativo do dever de evitar. Sua significância limitada e a sequência de exames aplicável, são claramente expressas: Previsibilidade é um pré-requisito para que algo seja evitado; e a evitabilidade é, por sua vez, um pré-requisito para a necessidade de se evitar alguma coisa (dever de evitar). Por outro lado, nem tudo que pode ser previsto é evitável, e de modo algum tudo o que pode ser evitado deve ser evitado por força da lei.

dass er möglicherweise den Tatbestand eines Strafgesetzes nicht gerechtfertigt verwirklicht, und wenn genau dies von ihm rechtlich erwartet werden konnte.“

⁴³ Sobre esta definição veja *Freund*, FS Küper, 2007, p. 63, 78; veja ainda MK-StGB/*Freund*, Vor § 13 Para. 292.

⁴⁴ Nota da tradutora: Definições originais: “*Fahrlässig verhält sich, wer angesichts der von ihm vorgefundenen Sachlage die nach seinen individuellen Verhältnissen vorhersehbare, vermeidbare und von Rechts wegen zu vermeidende Möglichkeit der nicht gerechtfertigten Tatbestandsverwirklichung schafft oder nicht abwendet. Vorhersehbarkeit: Der Täter muss individuell in der Lage sein, die drohende nicht gerechtfertigte Tatbestandsverwirklichung zu erkennen – bei Erfolgsdelikten insbesondere den drohenden Schaden. Vermeidbarkeit bedeutet: Dem Täter muss es durch seine individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse möglich sein, die Gefahr nicht zu schaffen oder diese abzuwenden. Vermeidenmüssen bedeutet: Im Rahmen einer Gesamtabwägung muss das zu schützende Interesse das Täterinteresse überwiegen (Güter- und Interessenabwägung).“*

DO CONCEITO DE CRIME NA DOCTRINA CRIMINAL PESSOAL E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

Com este entendimento é possível lidar com o problema da desaprovação legal da conduta – importante para o estado de direito -, intrínseca a todos os crimes de forma convincente para a dogmática do direito penal. A abordagem de individualização aplicada na definição proposta no exame de má conduta por negligência - não apenas em termos de direito penal, mas também em termos de processo penal - está sujeita a um conceito "dividido" de negligência. A este respeito, refiro-me apenas aos problemas de conhecimento especial e habilidades especiais.⁴⁵ Estes se revelam problemas aparentes ao julgar o comportamento do agente ou omissor com base neles (no momento *ex ante* relevante para o comportamento analisado), apresentando situação jurídica, que, no mais tardar obriga o Estado de Direito a aplicar o princípio culpa, sempre indispensável. Com base na definição dada de comportamento negligente, é fácil formular claramente também os critérios de “crime consumado” na negligência.⁴⁶

DEFINIÇÃO DE SUCESSO DO ATO DE NEGLIGÊNCIA

O crime é consumado (*o ato ou omissão negligente tem sucesso*) quando a realização fáctica criminosa, previsível, evitável e, legalmente a ser evitada, de acordo com as circunstâncias individuais do sujeito, ocorre.⁴⁷

Para delitos consumados, pode-se dizer: o sucesso ocorrido - fim alcançado (por exemplo a morte de uma pessoa) tem que ser uma consequência específica da atuação ou omissão negligente do sujeito. Isso ocorre quando seu comportamento forma o elo final de um curso de dano que poderia e deveria ter sido evitado por direito. Nos crimes de sucesso clássicos, como a morte negligente ou lesão corporal, a responsabilidade especial do destinatário da norma é inerente ao dever de evitar.⁴⁸ Só assim se vislumbra a forma básica de responsabilidades por consequências.⁴⁹

⁴⁵ Mais sobre isso: *Freund*, AT (Fn. 1), § 5 Para. 29 ss. mwN.

⁴⁶ Sobre esta definição veja *Freund*, AT (Fn. 1), § 5 Para. 87 s.; veja ainda MK-StGB/*Freund* (Fn. 4), Vor § 13 Para. 369.

⁴⁷ Nota da tradutora: Definição original: “ *Der Erfolgssachverhalt liegt vor, wenn sich die für den Täter nach seinen individuellen Verhältnissen vorhersehbare, vermeidbare und von Rechts wegen zu vermeidende Möglichkeit der nicht gerechtfertigten Tatbestandsverwirklichung realisiert.* “

⁴⁸ Compare com o item II 3 b, acima no texto.

⁴⁹ Uma forma menor de responsabilidade consequente pode ser encontrada, por exemplo, no caso de falha na prestação de assistência (§ 323c Abs. 1 dStGB) e não divulgação de delitos planejados (§ 138 dStGB) no contexto da sentença.; As formas qualificadas de responsabilidade pelas consequências existem, acima de tudo, no ato doloso completo, mas também, por exemplo, como um estágio intermediário entre a intenção e a negligência simples, no caso de danos corporais que resultem em morte (§ 227 dStGB); sobre estas importantes diferenciações da responsabilidade pelas consequências, veja: *Freund*, FS Frisch, 2013, p. 677 ss. com sugestão *de lege ferenda*, para criar um fato típico de assassinato particularmente frívolo (como um caso qualificado de homicídio negligente).

DO CONCEITO DE CRIME NA DOCTRINA CRIMINAL PESSOAL E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

Enquanto o comportamento negligente forma o tipo básico de má conduta pessoal, o comportamento doloso é sua forma qualificada. O questionamento do padrão comportamental feito pelo agressor é consideravelmente mais importante, pois neste caso o agressor doloso reconhece corretamente as circunstâncias relevantes para a formação da norma comportamental. Daí se pode deduzir a seguinte definição:

DEFINIÇÃO DE COMPORTAMENTO DOLOSO

Age ou omite de forma dolosa quem conhece as circunstâncias que justificam a ilegitimidade do fato criminoso.⁵⁰

Assim, a especificidade do dolo consumada pode ser definida da seguinte forma:

DEFINIÇÃO DE REQUISITOS PARA UM CRIME DOLOSO CONSUMADO

O crime doloso consumado requer que, no caso de sucesso (alcance do fim), o perigo específico do comportamento criminoso doloso seja percebido.⁵¹

Este requisito deve ser cumprido para que a forma de responsabilidade por consequência qualificada, em relação à forma básica (negligente), possa ser estabelecida no sentido de um ato doloso completo.

ESQUEMA DE ESTRUTURAÇÃO DA DOCTRINA CRIMINAL PESSOAL

- para o delito de negligência por ação
 - para o delito de negligência por omissão
 - para o delito doloso
 - para o delito de omissão doloso
- (respectivamente como crimes consumados - sucesso)

I. DIREITOS COMPORTAMENTAIS PESSOAIS

1. Comportamento real

Criar ou não evitar potencialidades de um curso prejudicial com especificidades de fato típico - a ser julgado com base nos fatos disponíveis para o ator ou pessoa que falha ("consi-

⁵⁰ Nota da tradutora: Definição original: „Vorsätzlich handelt oder unterlässt, wer die Umstände kennt, welche die nicht gerechtfertigte Tatbestandsverwirklichung begründen.“ Sobre esta definição de comportamento doloso veja Freund, FS Küper, 2007, p. 63, 82; veja ainda MK-StGB/Freund, Vor § 13 Para. 305.

⁵¹ Nota da tradutora: Definição original: „Die vollendete Vorsatztat erfordert, dass sich im Erfolgssachverhalt die spezifische Gefährlichkeit des vorsätzlich-tatbestandsmäßigen Verhaltens realisiert“. Veja ainda Freund, AT, § 7 Para. 146a.

DO CONCEITO DE CRIME NA DOUTRINA CRIMINAL PESSOAL
E DA ESTRUTURAÇÃO DO DELITO

deração de perspectiva") levando em consideração os momentos individuais dos requisitos comportamentais e a responsabilidade especial.

2. Ausência de excludentes de ilicitude
3. Ausência de excludentes de culpa

II. OUTROS REQUISITOS DA SANÇÃO

1. Consequências comportamentais do fato típico
Ocorrência de um curso prejudicial que poderia e deveria ter sido evitado
2. Outros requisitos da sanção (por exemplo: condições objetivas de responsabilidade penal, queixa criminal)

Para delitos intencionais:

III. OUTROS REQUISITOS DOS DELITOS INTENCIONAIS

1. Comportamento doloso
Conhecimento das circunstâncias que não justificam o acontecimento do fato típico.
2. Induzir ou não evitar as consequências do comportamento que leva ao fato típico