

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

CRÍTICA ÀS TEORIAS PÓS-FINALISTAS DA CONDUTA

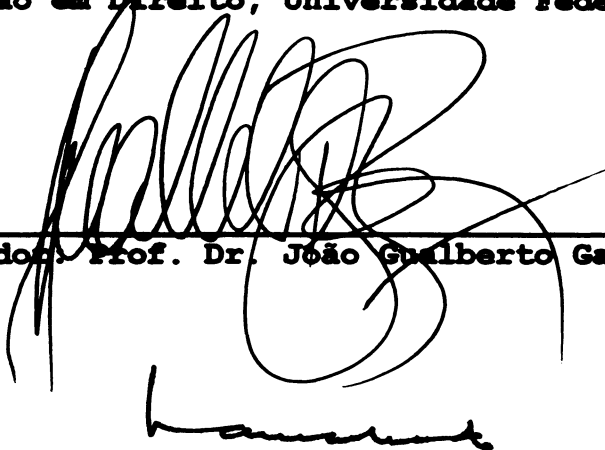
Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Sociais, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

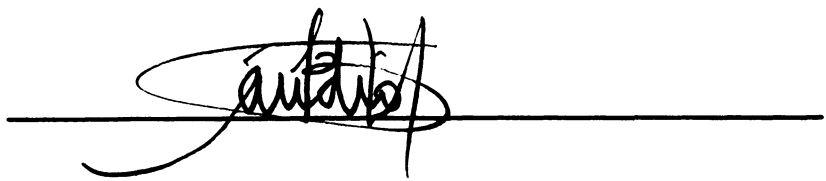
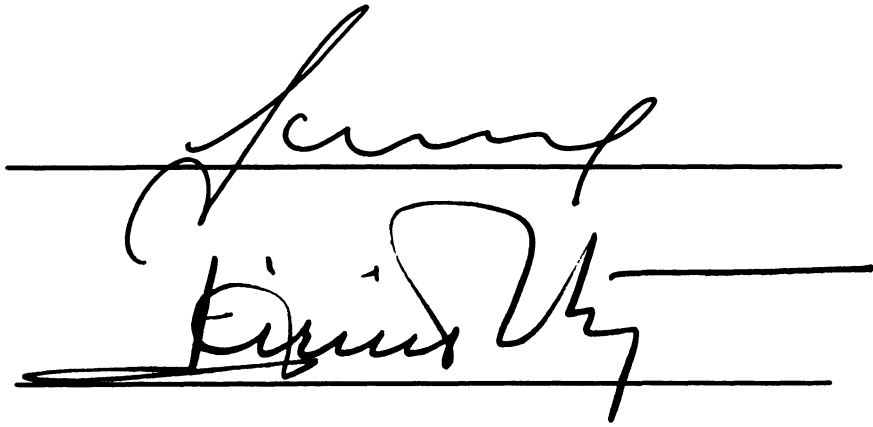
Curitiba/2002

TERMO DE APROVAÇÃO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.



Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos



AGRADECIMENTOS

Aos Professores JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO e JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, que conduziram com mãos de maestro esta pesquisa. A todo sinal de cansaço, responderam com entusiasmo; na zona cinzenta da insegurança, com lume; na dúvida, com ciência.

Também foi imprescindível, novamente, o apoio do Professor FÉLIX FISCHER no levantamento e discussão sobre o material utilizado, desde os primeiros volumes lidos para a tese - especificamente, os trabalhos de HIRSCH e VALLEJO - até, dois anos depois, os últimos adendos ao texto final, notadamente através da mais recente obra de ZAFFARONI. No seu incansável pendor pela pesquisa, continua sendo meu melhor exemplo acadêmico e profissional.

Guardo, ainda, uma especial nota de agradecimento ao Professor LUCIANO BRANCO LACERDA, que gentilmente abriu-me as portas de sua generosidade e biblioteca, ambas vastas.

ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Cf.- confira-se, conforme

CR- Constituição da República

CP - Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

e.g.- "exempli gratia"

GN- grifo nosso

HC- *Habeas Corpus*

i.é- isto é

LCP- Lei das Contravenções Penais

Sg. - segundo

STF - Supremo Tribunal Federal

StGB- Strafgesetzbuch (Código Penal - Alemanha)

tn- tradução nossa

v. - Vide

verb.- verbete

v.g.- "verbi gratia"

SUMÁRIO

I- Apresentação.....	01
II- Introdução: Necessidade sistêmica de uma teoria da conduta em direito penal.....	05
III- Do pré-causalismo ao pré-finalismo: perspectiva histórica.....	31
IV- A teoria finalista da ação.....	108
V- O Pós-finalismo.....	203
VI- Conclusão.....	378
VII- Bibliografia.....	392

Resumo

Este trabalho tem início com a defesa da necessidade de um conceito analítico de crime e, dentro dele, de uma construção conceitual da conduta que preceda a categoria da tipicidade, sobretudo para assegurar as funções deste conceito como elemento básico, de enlace e limite, nos sentidos utilizados por ROXIN.

Na medida que se narra a evolução histórica do estudo da conduta no âmbito do direito penal, do século XIX até as mais modernas teorias desenvolvidas na Alemanha atualmente, conclui-se pela superioridade do conceito finalista da ação quando comparado com as teses de traço "funcionalista", representadas nos pensamentos de ROXIN e JAKOBS, bem assim por alguns autores que pretendem retirar da definição de crime a categoria da conduta, como elemento independente.

Esta superioridade da orientação finalista fica estampada na realização das referidas funções, bem como na vinculação da teoria finalista com aspectos da realidade. Assim, o direito penal não perde contato com o mundo físico no qual opera efeitos.

Riassunto

Comincia questo lavoro con la difesa della necessità di un concetto analitico del reato e, dentro lui, di una costruzione concettuale della condotta che preceda la categoria della "fattispecie", anzitutto per assicurare le funzioni di questo concetto come elemento básico, di allacciamento e limite, nei sensi adoperati per ROXIN.

Nella misura che si racconta l'evoluzione storica dello studio della condotta nell'ambito del diritto penale, dall'ottocento fino alle piú moderne teorie svolte in Germania nell'attualità, si conclude per la superiorità del concetto finalistico dell'azione quando paragonato con le tesi di carattere "funzionali", rappresentate nei pensieri di ROXIN e JAKOBS, così come per alcuni autori che pretendono togliere della definizione di reato la categoria della condotta, come elemento indipendente.

Questa superiorità della orientazione finalistica rimane stampata nella esecuzione delle rapportate funzioni, così come nel vincolo della teoria finalistica agli aspetti della realtà. Così, il diritto penale non perde suo contatto con il mondo físico dove adopera effetti.

I- Apresentação

Esta tese revisita um tema corriqueiro na dogmática jurídico-penal, principalmente nas décadas de 50 e 60 do séc. XX: a pesquisa acerca da compreensão do fenômeno "conduta humana". Busca submeter as teorias da conduta - particularmente a teoria finalista - a uma análise crítica. Para tanto, a idéia é estabelecer a comparação desta teoria com aquelas que a antecedem e, principalmente, com suas sucessoras: as teorias "pós-finalistas" da conduta, representadas pela retomada das *teorias sociais da ação* (que, cronologicamente, precedem à teoria finalista) e pela corrente funcionalista. Porém, antes de tudo faz-se necessário sustentar a própria validade de retomar-se esta temática, para que se fuja à alusão corriqueira de um exagerado academicismo, distante do cotidiano forense, da "praxis" do direito penal. Em especial, esta acusação se faz sentir no tocante ao estudo das teorias da conduta humana e à sustentação desta como primeiro elemento analítico do crime. Introduce-se o trabalho científico explorando-se, portanto, a necessidade da existência de um conceito analítico de crime, de entalhe acadêmico, cujo ponto de partida seja o conceito de conduta humana.

Após, a análise crítica proposta necessitará do desenvolvimento de assuntos pressupostos. Para tanto, há de ser percorrida cronologicamente a evolução da teoria da conduta dentro da dogmática jurídico-penal, para que se visualize a origem do finalismo. Será obrigatório ainda focar as tradicionais refutações desta corrente de pensamento, em temas como os crimes culposos e omissivos, "automatismos" e parte dos atos reflexos, dentre outros,

além da clássica questão acerca da validade de uma estrutura sistêmica calcada em raiz ontológica. Estas refutações alicerçaram - e até hoje o fazem - a evolução doutrinária sintetizada num conjunto que pode ser denominado "pós-finalista", representado basicamente pelas teorias sociais da ação, amplamente desenvolvidas nos anos 60 e 70 (embora a primeira teoria social da ação remonte ao ano de 1932, com EBERHARD SCHMIDT¹, sendo, portanto, pouco anterior à teoria finalista da conduta) e, mais recentemente, pelas linhas funcionalistas de pensamento.

Com cariz funcionalista, serão destacadas duas das teorias da conduta humana atualmente propostas pela dogmática jurídico-penal alemã: da obra de ROXIN extrai-se o "conceito pessoal de ação"², tomando por norte as funções político-criminais que o conceito de conduta humana exerce dentro da teoria do crime; dos escritos de JAKOBS - influenciado pela teoria dos sistemas de LUHMANN - deduz-se novo entendimento da conduta humana como "a inevitabilidade de uma diferença de resultado"³. Em ambas está presente o antedito funcionalismo, como marca mais característica das discussões dogmáticas do direito penal europeu do final do século XX, principalmente na Alemanha e Espanha.

No aporte do pensamento funcionalista no Brasil, ainda pouco explorado⁴, reside o mais característico traço

¹ - Cf. VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 57.

² - ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general, p. 252 e ss.

³ - JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, parte general, p. 177: "Conducta es la inevitabilidad de una diferencia de resultado." ("Conduta é a inevitabilidade de uma diferença de resultado.")

⁴ - São, desde logo, referências obrigatórias, porque trazem a perspectiva dogmática jurídico-penal funcionalista para o Brasil, passando inclusive pela teoria da conduta, os trabalhos de PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, pp. 161-165 (embora adote sistema finalista); CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, pp. 23 e ss. (também mantendo a linha finalista); GRECO, Luis. "Introdução à dogmática funcionalista do delito", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.

deste esforço, já que poucos trabalhos jurídicos até o momento no país buscam explorar as correntes funcionalistas - até porque efetivamente recentes - basicamente centradas nos pensamentos de ROXIN e JAKOBS, exclusivamente no tocante ao tema da conduta humana. Demais, a colocação em confronto das linhas funcionalistas apontadas (cada qual bastante distinta uma da outra - frise-se de logo) com a teoria finalista da conduta, no sentido de evidenciar-se qual melhor se sustenta frente ao sistema jurídico-penal brasileiro, também se revela como proposição ora lançada.

Não se fixa agora - e nem seria salutar - a tendência do trabalho no sentido de criticar o valor da tradicionalmente aceita teoria finalista da ação. Ao contrário, as conclusões podem levar inclusive à reafirmação do valor que se tem emprestado à dogmática jurídico-penal baseada num conceito analítico de crime originado na conduta humana como um "exercício de atividade final"⁵, segundo o clássico conceito de WELZEL. Portanto, não seria o momento de cerrar portas e direcionar a pesquisa, de antemão, a um resultado programado, no sentido de apresentar os novos entendimentos da ação humana como, necessariamente, mais corretos. O que importa destacar é que a análise crítica propõe manejar os paradigmas jurídico-penais de perfil funcionalista, até o momento presentes em poucas obras da doutrina jurídico-penal brasileira. Referidos paradigmas serão direcionados ao

32, pp. 120/163. Para uma perspectiva funcionalista do injusto - ou conduta humana típica e antijurídica - TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, pp. 61-74. Enfatizando o funcionalismo nas teorias da pena, QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*, "passim". Para uma visão funcionalista da prescrição, MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição Penal*, pp. 180 e ss. Sobre a teoria da imputação objetiva, dentre outros, CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*.

⁵ - WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, p. 39: "Acción humana es ejercicio de actividad final."

particular objeto de estudo consistente na conduta humana.
É a nossa pretensão.

II- Introdução: Necessidade sistemática de uma teoria da conduta em direito penal

Qual a razão de estudar-se a conduta humana em direito penal? Por que a pretensão, em direito penal, de conceituá-la? A resposta está amparada numa evidência: todo crime é uma conduta (compreendida por ora em sentido amplo, como ação e omissão - formas do agir humano). Daí, aliás, vem a parêmia "*nullum crimen sine conducta*".

Só por esta razão já se faz evidente a importância do tema em direito penal. Avulta, por razões práticas, o conceito de conduta humana como forma de afastar do âmbito de incidência do direito penal tudo o que não for forma de manifestá-la. O conceito de conduta realiza, portanto, a função de "um primeiro filtro", no dizer de VALLEJO, dentro da teoria analítica do crime, ao "...estabelecer o mínimo de elementos que determinam a relevância de um comportamento humano para o direito penal"⁶, porém não esgotando esta análise, tarefa que será cometida a extratos posteriores (ou novas "filtragens", na linguagem figurada de VALLEJO, para que reste ao final somente a conduta humana taxada como crime, e a conseqüente punibilidade - esta também

⁶ - VALLEJO, M.J. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 13: "...establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal." A expressão "primeiro filtro" é figurada, para explicitar o primeiro passo analítico do crime e, dentro dele, uma primeira separação dos fenômenos que não apresentam o mínimo necessário para sustentar a condição de crime. Não se trata de uma definição apriorística do ponto de partida, semelhante ao "primum mobile", ou primeiro móvel (originado do "primeiro motor", ou "motor imóvel"), cuja existência apriorística cessa a infinitude da busca da origem das causalidades, tanto na filosofia aristotélica como na platônica, sendo inclusive citado como uma das provas da existência de Deus, cf. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*, p. 262 (verb.: provas da existência de Deus); no entanto, a demonstração de que este ponto de partida não é apriorístico deve ser verificada na seqüência ("infra", "passim")

condicionada positiva e negativamente, frise-se⁷). De fato, esta função se realiza antes da análise da tipicidade do comportamento, dentro daquele autêntico "método de trabalho" consistente na apreciação escalonada dos elementos do crime, compreendido como "conduta humana típica, antijurídica e culpável", segundo o "conceito analítico de crime"⁸ predominante no Brasil⁹.

⁷ - Basta evocar as condições objetivas de punibilidade, cuja existência autoriza a punição, em determinados casos (embora instituto discutível, em vista do princípio da culpabilidade e da vedação de responsabilidade objetiva em direito penal, discussão que ora não cabe), como condição positiva, e causas extintivas de punibilidade, como as previstas no rol exemplificativo do art. 107, CP, como condições negativas para a punibilidade.

⁸ - Apesar da obviedade, tanto no meio estudantil como no foro, é comum a ausência da percepção da importância do conceito analítico de crime. Não se trata de uma mera definição a ser decorada. O conceito tem uma função essencial: serve para efetivamente "analisar" todo e qualquer caso em concreto - daí sua denominação. Cada elemento constitutivo da definição do crime deve ser verificado em etapas isoladas e, somente quando presentes seus pressupostos, autoriza-se o operador a constatar a presença do elemento posterior, em uma nova etapa. É emblemático o caso do doente mental, incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta (falha do elemento cognitivo da imputabilidade), que mata alguém em legítima defesa, como reação à agressão que sofria com atualidade: o conceito analítico de crime implica em análise do injusto (conduta humana típica e antijurídica) pretérita à culpabilidade. Havendo legítima defesa, o doente mental é absolvido pela exclusão da ilicitude, e não pela inimputabilidade, que excluiria a culpabilidade, mas levaria a uma açada aplicação de medida de segurança, mediante absolvição imprópria (art. 386, § único, inc. III, CPP).

⁹ - Assim, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, p. 142. MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, p. 106. TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*, p. 01. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 80. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, pp. 141-2. PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 135. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*, p. 12. Discordando, colocando o crime apenas como conduta humana típica e antijurídica, situando a culpabilidade como pressuposto da pena, JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*, p. 133, baseado em DOTTI, René Ariel. "O incesto", passim. Também nessa linha, CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, p. 95. Esta posição sofre uma crítica rápida, mas correta, por parte de GRECO, L. "Introdução à dogmática...", p. 121. Também o argumento central de MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*, p. 140, é fatal: "O engano de Damásio evidencia-se quando se tem em consideração a imunidade penal do art. 181, em que, ao fato decorrente da ação, concorrem o tipo objetivo (formal e material) e a censurabilidade, mas não se impõe pena." A dedução da conclusão de que a culpabilidade é pressuposto da pena e não elemento do crime, apegada ao texto literal do CP vigente no Brasil (em especial, arts. 21, 26 e 180 do CP), falha, ademais: 1) por socorrer-se de interpretação literal, o mais precário dos meios de exegese; 2) por construir a teoria analítica do crime "de lege lata", ou seja, a partir da lei existente, quando o processo é justamente o reverso: a teoria analítica do crime deve ser invocada "de lege ferenda", para construção do texto legislativo; 3) deduzir-se conclusão quanto à colocação da culpabilidade como elemento do crime ou não a partir da parte especial -

Isto reflete no trabalho do legislador, o qual, ao elaborar uma "novatio legis" incriminadora, tem diante de si um limite intransponível, porquanto só poderá descrever "in thesi" uma conduta humana tomando por base a estrutura conceitual que lhe seja dada. Também o intérprete fica munido de instrumental para afastar da análise extratificada dos elementos do crime - tipicidade, ilicitude¹⁰ e culpabilidade - fenômenos que em absoluto dizem respeito ao direito penal (isto constitui a "função negativa" do conceito de conduta, na expressão de GALLAS¹¹). Finalmente, não se há de negar que

ou de um dispositivo nela contido, o art. 180 - implica igualmente em inaceitável inversão, com a devida vênia, pois é a parte geral que repercute na formação dos textos das normas penais incriminadoras da parte especial do CP, e não o contrário (sob pena de esfacelamento de qualquer sistema ordenado de direito penal, que passaria a reger-se pelo casuismo de cada tipo de delito); 4) tanto é a culpabilidade pressuposto da pena - e a parêmia "nulla poena sine culpa" assim revela - quanto também é a existência de injusto penal, sendo a distinção deste como crime e daquela como pressuposto da pena artificiosa; 5) nesta linha, a menção dos arts. 21, 22, 26, 28, . 1º, 180, § 4º, todos do CP, à "isenção de pena", deve ser substituída por "exclusão de culpabilidade", para que as redações respectivas fiquem compassadas com a concepção mais aceita nos países em que o ordenamento jurídico-penal é de matriz européia continental, a exemplo do brasileiro. Por ora, esta recomendação serve para correta interpretação dos mencionados dispositivos. De qualquer forma, impende salientar que, além da doutrina nacional citada, também há tendência na literatura estrangeira a esta forma de definir o conceito de crime, a exemplo de BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*, p. 151, para quem "delito y injusto son la misma cosa, el delito es la situación injusta", e culpabilidade, por desvalorar o sujeito da ação, e não a ação, não faria parte do conceito de crime ("delito").

¹⁰ - Prefere-se a expressão ilicitude porque, além de ser a adotada pelo CP, art. 23, é terminologicamente superior à também corrente expressão "antijuridicidade", já que os atos ilícitos são atos jurídicos, i.é, produzem efeitos no mundo jurídico, gerando perplexidade e contradição a noção de que os atos antijurídicos possam ser atos jurídicos. Assim, ASSIS TOLEDO, F. *Princípios...*, pp. 159-160; MACHADO, L.A. *Direito Criminal*, pp. 119-120. Saliente-se, contudo, que a expressão "antijuridicidade" é mais comum e que seu significado, sem embargo do que se afirmou, como sinônimo de ilicitude, está bem enraizado na doutrina jurídico-penal (v.g., CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 148; FRAGOSO, H.C. *Lições...*, p. 181; BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 235, optando por "antijuridicidade" por ser de uso majoritário na doutrina estrangeira) e na "praxis" forense. Usando-as como sinônimos, o que também é comum, PRADO, L.R. *Curso...*, p. 201.

¹¹ - GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*, pp. 22-24: "Sólo puede servir, pues, de elemento primario en la construcción del delito de comisión el constituido, no por la acción en sentido general, sino por la acción típica, por la conducta concreta descrita en el tipo delictivo. Al concepto general de acción le queda sólo la función de integrar, en el ámbito de la teoría del tipo, el medio adecuado para conocer la cualidad de actuar de la conducta típica. Sistemáticamente, cumple una función puramente

o manejo doutrinário de um conceito de conduta que atua no sentido de descartar fenômenos que o direito penal não pode atingir - por não se amoldarem como conduta humana - acaba por tocar, em favor do indivíduo, seu âmbito de liberdade, à medida em que fixa uma barreira a mais para o exercício do "jus puniendi" estatal, contribuindo para não superdimensioná-lo¹². Em resumo, sobre esta tríade de destinatários, o legislador, o intérprete (operador do direito penal, avultando, pela perspectiva da punição, os órgãos estatais, em particular polícias, Ministério Público e Magistratura) e o cidadão, espraia efeitos uma definição de conduta humana prévia à tipicidade, o que demonstra de logo seu valor conceitual e justifica sua colocação destacada - dentro da teoria do crime - como primeiro escalão ou extrato analítico. Mas não é o caso de determo-nos aqui, pois é importante desafiar uma crítica até hoje corriqueira.

De fato, já se acusou - e ainda se acusa - a dogmática jurídico-penal de aferrar-se a um exagerado e

negativa: con la ayuda del concepto general de acción puede eliminarse desde un principio lo que no puede constituir, en caso alguno, acción (y, por lo tanto, acción típica) por faltar ya alguno de los caracteres generales: el movimiento corporal, o la voluntariedad (en el caso de movimiento reflejo o de la concurrencia de vis absoluta)." ("Só pode servir, pois, de elemento primário na construção do delito de comissão o constituído, não pela ação em sentido geral, mas pela ação típica, pela conduta concreta descrita no tipo delitivo. Ao conceito geral de ação sobra somente a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado para conhecer a qualidade de atuar da conduta típica. Sistematicamente, cumpre uma função puramente negativa: com a ajuda do conceito geral de ação pode-se eliminar desde o princípio o que não pode constituir, em caso algum, ação (e, portanto, ação típica) por faltar desde logo algum dos caracteres gerais: o movimento corporal, ou a voluntariedade (no caso de movimento reflexo ou da concorrência de "vis absoluta"). (tn)") Todo este pensamento é válido com um reparo apenas: GALLAS considerava ser a função negativa a única e exclusiva cometida ao conceito de ação em direito penal, o que obviamente minimiza sua importância. Vale, sobretudo, comparar seu pensamento com o de ROXIN acerca das funções do conceito de ação (v. infra), bem como o próprio desdobramento desta função negativa, quanto aos destinatários, para que se não considere apequenada em seu âmbito de incidência.

¹² - Sistema penal deve estar compreendido, aqui, dentro da noção de "controle social punitivo institucionalizado", abarcando "...a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juizes e funcionários e da execução penal", sg. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*, p. 31.

etéreo academicismo. Utilize-se como exemplo a crítica de RICHARD SCHMID, para quem o excessivo perfil acadêmico da dogmática jurídico-penal afasta-a do cotidiano, da "praxis" diuturna, para ser cultivada como "l'art"¹³, num mundo intocado pelos fatos da vida.

Com efeito, em 1968 pronunciou-se SCHMID criticamente em relação ao nível excessivo de dogmatismo, segundo seu julgamento, existente na Alemanha:

"Em lugar de voltar-se ao homem criminoso, na Alemanha - diversamente do que sucedeu na maioria dos restantes Estados civilizados a disciplina do direito penal se cultivou "l'art pour l'art", por assim dizer, sendo elaborada com todo tipo de sutilezas jurídicas. Porém, os característicos efeitos protetores do direito penal em um Estado de Direito, ao converterem-se em evidentes, haviam perdido relevância; em outros lugares, o homem criminoso havia se convertido no principal problema científico e político; mas entre nós dele pouco se ocupava a justiça penal oficial e a doutrina universitária. Das ações criminosas se filtravam as distintas opiniões doutrinárias, teorias e definições que tinham que ser aprendidas de memória pelos futuros juizes, promotores e defensores. À justiça penal não lhe importava o efeito da pena sobre o delinqüente. Detrás desta artística fachada jurídica se escondia a mesma oposição ao progresso e às modificações que fizeram com que a burguesia e o funcionalismo alemães acabassem por se aliar com o nacional-socialismo, do qual esperavam que conservasse o existente, fortalecesse o exercício estatal do poder e se afastasse do 'falso humanitarismo'." ¹⁴

¹³ - Apud HIRSCH, Hans Joachim. *La polemica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, p. 09 e GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*, p. 140.

¹⁴ - Apud GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*, p. 140: "En lugar de volverse hacia el hombre criminal, en Alemania - a diferencia de lo que sucedió en la mayoría de los restantes Estados civilizados - la disciplina del Derecho penal se cultivó "l'art pour l'art", por así decir, siendo elaborada con toda clase de sutilezas jurídicas. Entretanto, los

Em síntese, acusou-se a dogmática jurídico-penal alemã de opor-se ao progresso e de ser uma fachada criada à semelhança daquela atmosfera que guiou o povo alemão ao nazismo. O golpe dado por SCHMID na dogmática jurídico-penal foi sintomático. Revelou a verdadeira crise pela qual passava o pensamento analítico e sistemático jurídico-penal. Até então, o pensamento dogmático sempre fora exaltado, desde o século XIX, com VON LISZT, para quem:

"o direito penal é (...) a ciência propriamente sistemática; pois somente a disposição dos conhecimentos em sistema torna possível sujeitar ao império dos princípios todas as particularidades, e sem esse pronto e seguro império a aplicação do direito, abandonada ao arbítrio, ao azar, não passará de mero "diletantismo." ¹⁵

Entre 1950 e 1960, com as discussões em torno do finalismo, a dogmática foi erguida a um "pedestal majestático", por assim dizer. Por isso a reação, ao final

característicos efectos protectores del Derecho Penal en un Estado de Derecho, al convertirse en evidentes, habían perdido relevancia; en otras partes, el hombre criminal se había convertido en el principal problema científico y político; pero entre nosotros de ello apenas se ocupaba la justicia penal oficial ni la doctrina universitaria. De las acciones criminales se destilaban las distintas opiniones doctrinales, teorías y definiciones que tenían que ser aprendidas de memoria por los futuros jueces, fiscales y defensores. A la justicia penal no le importaba el efecto de la pena sobre el delincuente. Detrás de esta artística fachada jurídica se escondía la misma oposición al progreso y al cambio que hicieron que la burguesía y el funcionariado alemanes acabaran por aliarse con el nacionalsocialismo del que esperaban que conservara lo existente, fortaleciera el ejercicio estatal del poder y se alejara del "falso humanitarismo". O pensamento crítico de SCHMID também foi destacado por ROXIN, C. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*, p. 07, muito embora, no mais, o livro daquele seja considerado por ROXIN como "pouco notável".

¹⁵ - VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*, tomo I, p. 02. O valor emprestado por VON LISZT ao pensamento sistemático inclusive levou-o a situar a dogmática como limite da política criminal do Estado, operando ambas em oposição, daí a clássica expressão lisztiana do código penal como "magna carta" do delinquente e a idéia de que "o direito penal é a barreira intransponível da política criminal", reportadas no trabalho de ROXIN, C. *Política Criminal...*, pp. 1-3.

dos anos 60, de boa parte da doutrina, emblematicamente representada por SCHMID, no sentido de descrever da capacidade de solucionar todos os casos apresentados pela "praxis" a partir da rigidez do conceito analítico de crime, caracterizado por isolar "elementos" em "extratos" (v.g., o "dolo" no "tipo")¹⁶.

Também ROXIN¹⁷, em 1970, apontou esta reação de menosprezo às grandes construções analíticas, aspecto que atingiu particularmente o tema da conduta humana. Ao conceito da conduta se atribuía, até o advento desta crise, ser "pedra-de-toque" do verdadeiro "castelo" consistente na definição analítica de crime. Após, houve concreta desvalorização da temática atinente a ela.

Todavia, o desprezo ao pensamento dogmático jurídico-penal é inaceitável e as acusações que sofre merecem descarte. A dogmática tem por virtude fixar linhas gerais necessárias para determinar "um espaço ideológico neutral e estabelecer conhecimentos que por sua validade geral podem ser transferidos a outros sistemas jurídicos"¹⁸, segundo adverte HIRSCH. Valiosa também a posição de GIMBERNAT ORDEIG:

"A dogmática jurídico-penal (...) ao assinalar limites e definir conceitos, faz possível uma aplicação segura e

¹⁶ - Remete-se à revisão destas críticas feitas por GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios...*, "passim", com ênfase nas pp. 140-142, reportando o pensamento de HOCHHEIMER e NEDELMANN (para quem as tendências em direito penal estariam aferradas "a la pura teoría, dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella, sino en la experiencia. Rechazan la psicología con la misma decisión con que descuidan la Criminología que, casi siempre, se halla en sus manos.")

¹⁷ ROXIN, C. *Política Criminal...*, pp. 9-10. Esta crise influenciou em boa medida sua obra atual, notadamente na elaboração de um método analítico não só dogmático, mas concatenado com a realidade mediante soluções distintas para "grupos de casos", sobre o que fala LUIS GRECO, *Introdução...*, pp. 135-138.

¹⁸ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 10, com apoio em WELZEL: "...la dogmática puede, en gran medida, fijar un espacio ideológico neutral y establecer conocimientos que por su validez general pueden ser transferidos a otros sistemas jurídicos."

calculável do Direito Penal, possibilita subtraí-lo à irracionalidade, à arbitrariedade e à improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontrolláveis a condenação ou a absolvição. Se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não se estabeleceu dogmaticamente seu alcance, a punição ou impunidade de uma conduta não será a atividade ordenada e meticulosa que deveria ser, mas uma questão de loteria.”¹⁹

O próprio ROXIN²⁰ arrola, atualmente, de maneira clara, as vantagens do pensamento sistemático: a- facilitar o exame do caso penal²¹: o passo a passo pela ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e pressupostos de punibilidade garantem a análise de tudo o que é importante e geram economia de pensamento; b- pressupor aplicação uniforme e diferenciada do direito, segundo seu objeto: sem isso, cada caso concreto imaginável precisaria de uma regulação especial quanto a pressupostos e conseqüências. Os agrupamentos de casos justificantes de um lado e exculpantes de outro, por exemplo, evitam isso; c- simplificar e melhorar o manejo do

¹⁹ - GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios...*, p. 158: *“La dogmática jurídicopenal (...) hace posible (...) al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrollables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se há establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería.”*

²⁰ - *Derecho Penal*, pp. 208-209.

²¹ - A expressão, segundo MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “A lide e o conteúdo do processo penal”, p. 135, significa “a situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da pena ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal.” Naquele trabalho, MIRANDA COUTINHO dá enfoque processual, tocante ao “acertamento” do caso penal, a partir da reconstituição de um fato pretérito que se realiza no processo penal, “na medida de uma verdade processualmente válida” (op. cit., p. 134). Após esta reconstituição, que prende-se à prova - matéria de fato - há ainda o esgotamento das etapas construídas a partir do conceito analítico de crime, razão pela qual a expressão “caso penal” vale também aqui.

direito (no que se mostra superior ao método do "case", baseado no estudo dos casos pretéritos e enfatizando a produção jurisprudencial do direito); d- guia a elaboração e desenvolvimento do Direito: toda a construção legislativa tem norte na análise sistemática do crime, a exemplo da criação jurisprudencial do estado de necessidade justificante supralegal, reportada por ROXIN, que hoje configura o § 34 do StGB.

Assim, apesar das críticas e mesmo dos perigos que representa (vale a advertência de JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, de que "se a teoria jurídica é bela, mas não serve para solucionar os problemas concretos, deve ser descartada como inservível", já que "a teoria não é mais importante, mas sim o resultado que permite alcançar"²²), o pensamento sistemático possui méritos inegáveis. Uma de suas resultantes é a conceituação e o isolamento sistêmico da conduta humana em direito penal. E, neste diapasão, inegável é também a série de vantagens obtidas com este isolamento que garante autonomia para a conduta humana como elemento analítico. Arrolá-las, com enganche nas razões anteditas, é tarefa singela.

Frise-se, de início, a facilidade que proporciona para análise do caso, já que a "função negativa" do conceito de conduta elimina hipóteses irrelevantes para o direito penal (movimentos da natureza, por exemplo, isolados ou atuando em relação a uma pessoa como forças externas

²² - RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*, p. 73. A afirmação de JOÃO GUALBERTO dá-se ao expor as qualidades da tópica, método analítico proposto por VIEHWEG que rechaça um sistema dogmático "fechado"; entretantes, o próprio autor evidencia serem conciliáveis a tópica e um pensamento sistêmico (op. cit., p. 84), propondo o uso da tópica para análise das excludentes de ilicitude e o apelo ao pensamento sistêmico para análise da parte especial (op. cit., p. 86). Os defeitos de um pensamento sistemático também são apontados por ROXIN, C. *Derecho Penal*, pp. 212-215.

irresistíveis que a levam, de modo irrefreável, à violação de um bem jurídico penalmente tutelado, como a pessoa que é arremessada contra uma vitrine em decorrência de uma enxurrada²³).

Também merece destaque a uniformização da concepção de conduta humana, com diferenciação por grupos de casos (ação e omissão; por exemplo), independente dos casos concretos. Afinal, os tipos penais em sua totalidade contêm, por trás de si, comandos normativos, que podem ser proibitivos, dirigidos "à não realização de uma determinada conduta" ou mandamentais (também denominados preceptivos ou ordinatórios), que "vão dirigidos à realização de uma determinada conduta"²⁴. Ora, definir quais os elementos essenciais da conduta, como fenômeno psicológico e físico, passa então a ser tarefa dogmática essencial para realizar papel "uniformizador", sob pena de estudarem-se as condutas humanas tipo a tipo, caso a caso, perdendo-se toda a noção sistêmica necessária ao tratamento do caso penal. Esta situação levaria a considerar a eleição de ações e omissões, por parte do legislador, através de tipos legais, como único

²³ - O exemplo é de ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 360-361.

²⁴ - Cf. HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 24: "Los tipos de injusto contienen prohibiciones (...) que (...) se dirigen a la no realización de una determinada conducta y (...) los mandatos (...) que van dirigidos a la realización de una determinada conducta". Para uma análise da construção do tipo, partindo do bem jurídico como primeiro passo, da norma que o protege como segundo passo e, no terceiro e derradeiro passo, da elaboração do tipo legal - invertendo-se o comando da norma, conforme recomenda a técnica legislativa em direito penal - cf. ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 382-383. Para uma abordagem mais abrangente de tipicidade material (compreendida em unidade com a ilicitude, numa superação da "ratio cognoscendi", v. MACHADO, L.A. *Direito Criminal*, pp. 118-122, e casos de exclusão da atipia material, pp. 123-136). Há, no entanto, linhas de pensamento - inclusive mais tradicionais - que descartam a necessidade de tipicidade material, ou seja, de ofensa ao bem jurídico para haver tipicidade. Assim, por ex., WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, pp. 58-60, compõe a tipicidade penal somente com a descrição do conteúdo ou matéria da norma, de modo que teríamos "antinormatividade" mais "tipicidade legal" compondo a tipicidade penal. A violação do bem jurídico (desvalor de resultado) foi mantida como questão pertinente à ilicitude: "La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal

e determinante fator a ensejar fossem estudados os comportamentos humanos, o que implicaria em incremento extremo do poder legislativo (por inexistência, no plano da conduta humana, de limitação pré-legislativa a ser observada pela fonte de produção da norma penal - o Congresso Nacional). Nesta situação indesejável, aliás, chegam todas as teorias que negam a necessidade de um conceito independente de conduta humana, pregando a absorção deste tema pelo extrato da tipicidade²⁵.

A simplificação do manejo dos fatos da vida que interessam ao direito penal dá-se pelo método analítico que, quanto mais claro for na elaboração dos extratos que o compõem - o que ocorre pela diferenciação, tanto quanto possível, destes extratos - mais facilita o exame das hipóteses concretas. Aqui também uma absorção da idéia de conduta humana pelo tipo seria contraproducente, misturando-se elementos há muito isolados pela doutrina. Aliás, HIRSCH usa este argumento, ao ensinar que a negação do conceito de conduta como necessário para fundar a noção do injusto (sobretudo do injusto pessoal, herança do pensamento welzeliano) é uma ruptura com o desenvolvimento científico havido até hoje, pois antes do causalismo - e durante - era unânime a opinião de que a conduta humana era conceito pré-jurídico, o que continuou ocorrendo.²⁶ Esta afirmação, aliás,

de um bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (bien jurídico)." (p. 75).

²⁵ - Opinião defendida por RADBRUCH, conforme VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 31, e ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 251.

²⁶ - HIRSCH, H.J. *La polemica*, pp. 23-24: "En la tesis según la cual el concepto de acción no es esencial, llama la atención, en primer lugar, que representa una ruptura decisiva con el desarrollo científico habido hasta hoy. Es sabido que la relevancia del concepto de acción no há sido puesta de manifiesto inicialmente por WELZEL. Cuando este concebió la teoría del injusto personal, más bien correspondía a la opinión unánime el que la definición del concepto de acción surtía efectos retroactivos sobre el contenido del injusto. La relevancia sistemática del concepto causal de acción, entendido de um modo prejurídico, era una opinión consolidada."

entra de certa forma - e de logo se anuncia - em choque com a concepção de conduta humana de JAKOBS, que se centra não em defini-la como tal, mas a partir de uma teoria da imputação (pré-jurídica ?!).

Já o uso do conceito de conduta humana como guia para elaboração e desenvolvimento do direito apresenta-se de fácil demonstração. Basta verificar a verdadeira revolução intrasistêmica operada na teoria do crime ao substituir-se a teoria causal da conduta humana pela finalista. Por exemplo, o tipo penal, que descrevia condutas humanas e, portanto, relações mecanicistas de causa e efeito (fase do causalismo naturalista), ao passar a descrever a conduta humana como fazer guiado por uma finalidade, tornou evidente que a finalidade estava no tipo. Isto implicou no deslocamento do dolo da culpabilidade para o tipo, que definitivamente perdeu suas características objetivas (já enfraquecidas pela inserção dos elementos subjetivos do tipo, que remonta à primeira década do século XX, e pela artificiosa noção da fase neokantiana da década de vinte, segundo a qual o dolo situava-se no tipo em crimes tentados e, nos consumados, era metodologicamente tratado no extrato da culpabilidade).

Dentro desta ótica, é de ser adicionado ao rol de vantagens uma quinta: o conceito autônomo de conduta humana serve também como elemento guia para a exegese de dispositivos legais, a exemplo da vogante orientação doutrinária e jurisprudencial relativa ao art. 22 do CP brasileiro que, em sua primeira parte, reporta como causa excludente de culpabilidade a "coação irresistível". Este artigo é interpretado, maciçamente, como alusivo à coação moral irresistível ("vis compulsiva"), porque a coação física - "vis absoluta" - exclui a conduta humana, como elemento

autônomo e inaugural do conceito de crime²⁷. Constatar isso depende da existência de um conceito de conduta humana que possa ser manejado em direito penal e a visibilidade da constatação decorre da autonomia daquele conceito.

Em síntese, a existência de uma concepção de conduta humana em direito penal e sua colocação como primeiro extrato analítico no conceito escalonado de crime facilita e simplifica a análise do caso penal, uniformiza o tratamento da conduta, permite distinguir grupos de casos (como "ação" e "omissão"), serve como guia para criação de novas normas (incriminadoras ou não) e para exegese dos dispositivos positivados em lei.

De outra forma, e também servindo para fixar a relevância de um conceito pré-típico de conduta humana, a doutrina costuma destacar-lhe funções.

É o caso de JESCHECK²⁸, que aponta: a) uma função de classificação, que implica na exigência de encaixe das formas ativa e omissiva, dolosa e culposa, no conceito de conduta; b) uma função de definição, que exige um conteúdo ou substrato material capaz de sustentar os extratos posteriores da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, porquanto estão - todos - referidos a uma conduta humana, servindo para desvalorá-la (atribuir-lhe valor negativo); c) uma função de enlace, que impede que no conceito de conduta humana estejam presentes, de forma adiantada, os mesmos extratos posteriores da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade; d) função de delimitação, já apontada como mais evidente aspecto

²⁷ - Assim, na doutrina: FRAGOSO, H.C. *Lições...*, pp. 210-211; BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 309; ASSIS TOLEDO, F. *Princípios...*, p. 338-339, com interessante alusão aos trabalhos pré-legislativos do CP de 1940; MACHADO, L. A. *Direito Criminal*, pp. 145-146; PRADO, L.R. *Curso...*, p. 236. Para uma visão sobre a jurisprudência, orientada na mesma linha, SILVA FRANCO, Alberto et alii. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, pp. 240-241.

²⁸ - JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 291.

pragmático do manejo de uma definição de conduta humana no conceito analítico de crime ("função de primeiro filtro"), pela qual se exige que fiquem excluídas "prima facie" da análise jurídico-penal fenômenos que lhe não dizem, absolutamente, respeito. Esta seria, na expressão de JESCHECK, a "significação prática"²⁹ do conceito de conduta, presente ao lado da "significação teórica", da qual "deriva o limite máximo da imputabilidade de um feito como 'obra do homem'."³⁰ Derradeiramente, haveria ainda uma "significação sistemática"³¹, pois o StGB refere o fato de forma independente da tipicidade, nos §§ 3° a 7° (que regem a matéria atinente ao direito penal no espaço, princípios de territorialidade e extraterritorialidade) como a demonstrar a necessidade de um conceito de conduta autônomo e extratificado à parte. Esta situação não pode ser transportada para o sistema brasileiro no tocante à lei penal no espaço, arts. 5° a 9°, CP. Porém, é perfeitamente aplicável ao art. 4°, que - definindo a teoria da atividade como critério de eleição da data do crime para incidência do princípio "tempus regit actum" e da excepcional retroatividade da "lex mitior" (eficácia da lei penal no

²⁹ - *Idem*, p. 291.

³⁰ - *Ibid.*, p. 291: "...concurre también un interesse teórico, en la caracterización positiva del comportamiento humano (...) ya que de ella deriva el límite máximo de la imputabilidad de un hecho como 'obra del hombre'."

³¹ - *Ibid.*, p. 291. Este argumento não é, entretanto, pacífico. VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 15, e ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 235, invocam a objeção de KLAUS OTTER de que os "feitos" referidos nas normas de lei penal no espaço e no tempo são os típicos e, inclusive, puníveis. Isto se poderia estender aos §§ 3° a 7°, StGB, ou ao mencionado exemplo do art. 4° do CP brasileiro. Porém, a menção do StGB a ação e omissão - "de lege lata" - de fato não faz alusão à tipicidade e, só aí, já denota a autonomia da conduta humana no sistema extratificado de crime. Por outro lado, ROXIN concorda com OTTER mas acaba por reconhecer que as "não-ações" (definidas pela função delimitadora da definição de ação, como "elemento limite") também ficam excluídos do campo das referidas normas (§§ 3° a 7°, StGB, e art. 4° CP brasileiro; tudo vale também para os §§ 8° e 9° do StGB, em que se centra OTTER para fazer suas objeções).

tempo) - cita o "momento da ação ou omissão", de maneira autônoma em relação aos tipos.

No pensamento de ROXIN³², estas idéias de certa forma se repetem, ao arrolar as tarefas fundamentais do conceito de conduta humana, que funciona: a) como "elemento básico", serve como "supraconceito"³³ para todas as maneiras de manifestação da conduta humana (dolosos, culposos, comissivos, omissivos), em paralelo à função classificatória de JESCHECK; b) como "elemento de enlace ou união", com duas derivações: b.1) deve ter substrato material mínimo para sustentar desvalores posteriores (o que JESCHECK denomina função de definição); b.2) não deve mesclar-se aos extratos posteriores da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, figurando de maneira desvalorada em relação a eles...

"...já que 'o significado sistemático' que corresponde à ação como elemento de união resulta perturbado se o conceito que produz a união é caracterizado com predicados valorativos que o que precisamente tem que fazer é unir entre si".³⁴

Finalmente, c) funciona o conceito como "elemento limite", correspondendo à função delimitadora de JESCHECK ou função negativa ou de primeiro filtro mencionada por VALLEJO³⁵. Aliás, o trabalho específico sobre a ação na

³² - ROXIN, C. *Derecho Penal*, pp. 234-235.

³³ - Não aceitando um conceito, mas somente um "supraconceito", para abranger ação e omissão (conforme consta da apresentação, supra), JAKOBS, G. *Derecho Penal*, pp. 176-177.

³⁴ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 234: "El concepto de acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad (...) ya que el "significado sistemático" que le corresponde a la acción como "elemento de unión" resulta perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí."

³⁵ - Cf. nota 9, supra.

dogmática penal de VALLEJO³⁶ incorpora a relação de funções trazida à lume por ROXIN.

Cumprir citar, também, a posição de MAURACH-ZIPF³⁷, observando em relação ao conceito de conduta, dentro do sistema jurídico-penal, funções de delimitação e função básica de viabilizar ao direito que extraia "a partir da matéria-prima 'conduta humana', o produto final que é o fato punível", já que "a realização do tipo só pode produzir-se dentro do campo da conduta geralmente passível de ser dirigida", pelo que "o conceito de ação é prévio ao tipo penal"³⁸. Incluem-se neste manual, de forma incomum, duas funções curiosas para o conceito de conduta: a) função didática, destinada a "demonstrar a estrutura do delito e a utilização de cada um dos elementos de dita estrutura"³⁹; b) função de transformação, alusiva à "possível comunicação transversal do conceito jurídico-penal de ação com conceitos de ação não só de ordem psicológica, pragmática, sociológica e antropológica, mas também de tipo normativo, por exemplo, éticos"⁴⁰, de forma que o conceito de conduta seria "porta de entrada para conhecimentos de outras disciplinas na dogmática jurídico-penal."⁴¹

³⁶ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, pp. 13-15.

³⁷ - MAURACH, Reinhart & ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*, vol. I, pp. 249-251.

³⁸ - *Idem*, p. 250-251: "El derecho penal extrae, a partir de la materia prima 'conducta humana', el producto final que es el hecho punible (...) La realización del tipo sólo puede producirse dentro del campo de la conducta generalmente pasible de ser dirigida: la acción típica debe ser una acción en sentido penal. De este modo, el concepto de acción es previo al tipo penal y todas las demás declaraciones que se hagan en la estructura del delito deben orientarse a esta acción: típica, antijurídica y culpable."

³⁹ - *Idem*, p. 249: "La atribución de una función didáctica", entendiendo-se que "...el concepto de acción es muy adecuado para demostrar la estructura del delito y la utilización de cada uno de los elementos de dicha estructura."

⁴⁰ - Apud MAURACH, R. & ZIPF, H., *op. cit.*, p. 249-250: "Con la función de transformación se alude a la posible comunicación transversal del concepto jurídico-penal de acción con conceptos de acción no sólo de orden psicológico, pragmático, sociológico y antropológico, sino también de tipo normativo, por ejemplo, éticos". Neste ponto, o manual remete a ENGISCH.

⁴¹ - *Idem*, p. 250: "...en este sentido, el concepto de acción se presenta como una puerta de entrada a conocimientos de otras disciplinas en la dogmática

As atribuições conferidas ao conceito de ação também são destacadas pela doutrina brasileira. Mencionando a conduta humana como elemento básico integrante das formas de comportamento, bem como sua posição neutral (i.é, ausência de valoração antecipada da tipicidade, ilicitude e culpabilidade), REGIS PRADO⁴². Aludindo às funções de elemento básico, de enlace (com destaque ao conteúdo neutral) e delimitadora cometidas ao conceito de conduta, também BITENCOURT⁴³.

Especial destaque merece o pensamento de CIRINO DOS SANTOS⁴⁴, atribuindo ao conceito de ação: a) função teórica de unificação, para que abranja ação em sentido estrito, omissão, condutas dolosas e culposas - se bem que com o reparo de que um supraconceito abrigando ação e omissão não se faz necessário, porque o objeto de análise sempre é, exclusivamente, uma ação, proibida ou ordenada no extrato da tipicidade⁴⁵; b) função metodológica de fundamentação, pois, confirmando sua opção pelo fundamento ontológico-realista próprio do finalismo, afirma que o conceito de ação tem o "poder de constituir a base psicossomática real do conceito de crime, como unidade subjetiva e objetiva qualificável pelos atributos de tipicidade, de antijuridicidade e de culpabilidade"⁴⁶; c) função prática de delimitação, para exclusão do âmbito jurídico-penal, como casos de ausência de ação, de fenômenos da natureza, de animais, atos de pessoas jurídicas, pensamentos, atitudes e emoções, movimentos do

jurídico-penal." Sem embargo, no manual de MAURACH-ZIPF, reconhece-se que tanto a função didática quanto a de "transformação" não são essenciais na estrutura do crime.

⁴² - PRADO, L.R. *Curso...*, pp. 152-153.

⁴³ - BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 150.

⁴⁴ - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, pp. 27-29.

⁴⁵ - *Idem*, p. 129. V. também ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 451-453, acerca da teoria do "agir diverso" e da impossibilidade de existência de omissão em plano pré-típico.

⁴⁶ - SANTOS, J.C. *A moderna...*, p. 28.

corpo como "massa mecânica", estados de inconsciência, coação física absoluta e, dentro do finalismo, atos reflexos.⁴⁷

Enfim, mostra-se bem sustentada doutrinariamente a idéia de que há valor imenso no pensamento dogmático jurídico-penal de índole sistematizadora. Vale a conclusão de GIMBERNAT ORDEIG: "a dogmática jurídico-penal tem um futuro"⁴⁸.

E, dentro deste pensamento, está bem sedimentado e justificado o estudo e desenvolvimento em direito penal de um conceito para a conduta humana (o que não deve ser confundido com um conceito "jurídico-penal" de conduta, como o que adotou ASSIS TOLEDO⁴⁹, diga-se desde logo), bem como a alocação sistemática da conduta no topo da teoria analítica do crime, como primeiro passo de análise ("primeiro filtro"⁵⁰), autônomo em relação à tipicidade, à ilicitude e à culpabilidade.

As funções agrupadas por ROXIN⁵¹, resumidas de modo claro e manejável, serão adotadas adiante.

⁴⁷ - Ibid., p. 30. Esta, na verdade, é uma função do conceito de conduta humana que tradicionalmente a doutrina enfoca. Veja-se, desde a perspectiva finalista, WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, p. 38. Também HIRSCH, H.J. *La polémica...*, pp. 37-39, enfocando o problema dos automatismos e reações passionais frente ao conceito finalista de conduta. V. ainda PIZARRO BELEZA, Teresa. *Derecho Penal*, 2º vol., p. 60. De maneira própria, JAKOBS, G. *Derecho Penal*, pp. 178-182.

⁴⁸ - GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios...*, p. 161. O autor combate neste texto o "efeito dominó" da indemonstrabilidade do livre arbítrio, que de forma errônea levaria a negar-se a culpabilidade, o que impediria a existência de pena ("nulla poena sine culpa"), isso impedindo a existência do direito penal e, por conseguinte, da dogmática que dele se ocupa. Conclui nestes termos: "...se puede decir: porque la existencia del derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del Derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el derecho penal, por todo ello: La dogmática juridicopenal tiene un futuro."

⁴⁹ - ASSIS TOLEDO, F. *Princípios...*, p. 109.

⁵⁰ - V. significado da expressão na nota 01, supra.

⁵¹ - V. nota 32, supra.

Sobremaneira interessante, do ponto de vista de um direito penal democrático, a alusão de MUÑOZ CONDE à idéia de que o conceito de ação, em direito penal, implica em repelir-se um direito penal de autor, de cariz autoritário porquanto autoriza um ilimitado "jus puniendi". O direito penal de ato, que "pode ser limitado e controlado democraticamente" - próprio portanto de um Estado de Direito comprometido com a preservação da segurança do indivíduo frente ao poder punitivo do estado - tem lastro na idéia de que "só a conduta traduzida em atos externos pode ser classificada de delito e motivar uma reação penal"⁵², conclui o professor espanhol.

Essa também parece ser a conclusão de ZAFFARONI⁵³, ao mencionar o "direito penal de autor" como forma de burlar o "nullum crimen sine conducta".

É sabido, com apoio no pensamento criminológico, que o sistema penal - conjunto de órgãos operadores do direito penal - age mediante seleção de pessoas estereotipadas como seus clientes. Opera como forma de controle social verticalizada, de cima para baixo, favorecendo as classes dominantes e atingindo as classes de baixa renda. Aponta ZAFFARONI:

"A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais."^{53-A}

⁵² - CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito, p. 10.

⁵³ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 340. No mesmo passo, v. *Derecho Penal*, p. 381.

^{53-A} - ZAFFARONI, E.R. *Em busca das penas perdidas*, p. 15.

Neste diapasão, tendem sistema penal e discurso jurídico penal ao descompasso. O primeiro opera com um direito penal de autor; o segundo deve propor direito penal de ato.

Não obstante o descompasso, e a evidência que os maiores efeitos de um direito penal que pune as pessoas pelo que são, e não por seus atos, dão-se na operatividade do sistema penal e não no discurso jurídico-penal proposto em cada sociedade, há de se cuidar - tanto doutrinariamente quanto "de lege lata" - para que o próprio discurso encartado no CP não passe, a seu turno, a encampar um direito penal de autor.

As anteriormente citadas contribuições dos professores ZAFFARONI e MUÑOZ CONDE passam a assumir importância, assim justificadas. Neste ponto, ZAFFARONI destaca que o conceito de conduta humana atua como "válvula de segurança do 'nullum crimen sine lege' sob a forma de 'nullum crimen sine conducta', como modo de contenção do impulso seletivo pessoal do poder punitivo" ^{53-B}.

De fato, sabendo-se que o Estado atua mediante seleção e etiquetamento de pessoas, em vista das características que portam (estereótipos) ^{53-C}, a conduta humana apresenta-se como categoria necessária quando da análise do crime e passa a ocupar, de forma obrigatória, o primeiro extrato analítico na estrutura de crime.

Finalmente, é importante rebater a idéia da absorção da análise da conduta humana na tipicidade (linha inaugurada por RADBRUCH, hoje adotada dentre outros por MARINUCCI, FIANDACA & MUSCO, OTTO, BUSTOS RAMÍREZ⁵⁴), com

^{53-B} - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 381, sustenta esta missão política para a teoria da conduta, impeditivo de um direito penal de autor.

^{53-C} - ZAFFARONI, E.R. *Op. cit.*, p. 381

⁵⁴ - V. nota 23, supra.

descarte de um conceito pré-típico. Afinal, a realização das funções do conceito de conduta como elemento básico, de enlace e limite exigem que esteja pré-tipicamente destacada e visível.

Aliás, é curiosa a forma de se resolverem os problemas que a absorção da conduta humana pela tipicidade gera em tema de limites ao poder punitivo estatal. Na doutrina italiana, por exemplo, há uma forte linha de pensamento que trabalha com uma divisão bipartida do crime, em elemento objetivo e subjetivo, estando a conduta inserida no primeiro^{54-A}. Embora não possa se falar de igualdade ao sistema preconizado por LISZT antes da clássica criação conceitual do "tatbestand" (tipicidade) por BELING⁵⁵ em 1906 (já que a ilicitude é que costuma ser suprimida, ao contrário do sistema analítico inicial de LISZT), a atual "bipartição" tão comum na literatura peninsular em um ponto se assemelha à estrutura, denominada sistema clássico ou LISZT-BELING, encontrada na Alemanha do início do século XX: a divisão do crime em lado objetivo (lado "externo") e subjetivo ("lado interno")⁵⁶. Nela se perfila FERRANDO MANTOVANI⁵⁷, que deriva

^{54-A}- Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p. 140. Na mesma linha, ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, pp. 185-186.

⁵⁵ - BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal - La doctrina del Delito-tipo*, pp. 37-38: "De este modo, redúcese el actual Derecho Penal a un catálogo de tipos delictivos. La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la "Tipicidad" (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles." ("Deste modo, reduz-se o atual direito penal a um catálogo de tipos delictivos. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorre com elas, como característica externa, a "Tipicidade (adequação ao catálogo) de modo que, dentro do ilícito culpável, está delimitado o espaço dentro do qual aquelas são puníveis.") Note-se a especial atenção de BELING ao tipo em sua função garantista, realizando o princípio da legalidade.

⁵⁶ - Cf. ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 327-328.

⁵⁷ - MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p.140.

da Constituição italiana, art. 25/2⁵⁸, um "princípio de materialidade", segundo o qual:

"...pode ser crime somente o comportamento humano materialmente manifestado no mundo exterior e, por isso, suscetível de percepção sensorial e, portanto, munido de uma objetiva corporificação: o fato material é a primeira e imprescindível base de cada juízo de desvalor penal, pedra angular do crime." ⁵⁹

Deriva deste "princípio de materialidade", constitucionalmente sustentado, para MANTOVANI, a "primeira função de delimitação do ilícito penal"⁶⁰, com três conseqüências proibitivas: 1) proíbe-se considerar o crime uma atitude voluntária meramente interna⁶¹; 2) veda-se a consideração, como crime, de uma intenção meramente

⁵⁸- Diz a Constituição italiana neste dispositivo: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia stata in vigore prima del fatto commesso." ("Ninguém pode ser punido se não por força de uma lei que esteja em vigor antes do fato cometido.")

⁵⁹ - MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, pp. 155-156: "Per il principio di materialità, espresso con la massima ulpiana del "cogitationis poenam nemo patitur" o con quella piú moderna del nullum crimen sine actione, può essere reato solo il comportamento umano materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore e, perciò, suscettibile di percezione sensoria e, quindi, munito di una sua oggettiva corporeità: il fatto materiale è la base prima e imprescindibile di ogni giudizio di disvalore penale, pietra angolare del reato."

⁶⁰ - MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, p. 157: "Il principio di materialità svolge la prima funzione di delimitazione dell'illecito penale, col triplice conseguente divieto di considerare reato: 1) un atteggiamento volontario meramente interno (es.: semplice proposito omicida, mera interversione dell'animus possidendi nell'animus domini che non si estrinsechi in atti materiali di appropriazione); 2) una intenzione meramente dichiarata, dovendo questa materializzarsi nella realtà naturalistica e sociale (es.: non basta manifestare il proposito omicida, ma occorre che si traduca almeno in atti idonei ad uccidere); 3) un modo di essere della persona, sai esso consistente in un carattere del soggetto (es.: di tipo razziale od etnico: nessuno può essere perseguito penalmente né essere sottoposto a misure sostitutive di polizia per il fatto della appartenenza a determinati tipi razziali od etnici, come invece una perdurante esperienza storica insegna) o, segnatamente, in uno stato di pericolosità sociale."

⁶¹ - Na verdade, o "princípio de materialidade" é de comum apontamento na doutrina italiana. Apontam-no como impeditivo de punir-se a "cogitatio" FIANDACA, G. e MUSCO, E. *Diritto Penale*, p. 03. No Brasil, a impossibilidade

declarada, "devendo ela materializar-se na realidade naturalística e social"⁶². (há, aqui, sem embargo, uma aparente colisão com o tipo penal de ameaça, que se resolve em tema de dolo, é dizer, se o dolo é somente de ameaçar, o crime pode se configurar, sendo a expressão verbal ou escrita da ameaça sua manifestação material/sensorial; no mais, o autor está voltado à traçar uma mínima materialidade para as hipóteses de tentativa, tanto que o exemplo ministrado é o de que "não basta manifestar o propósito homicida, mas exige-se que se traduza no mínimo em atos idôneos para matar"⁶³); 3) proíbe-se a incriminação de um "modo de ser da pessoa, seja isso consistente numa caracterização do sujeito"⁶⁴, exemplificando com a inviabilidade de tipificar o fato de pertencer-se a um grupo étnico ou racial, seja "um estado de periculosidade social"⁶⁵.

O "princípio de materialidade" é também apontado por FERRAJOLI⁶⁶. Opera, segundo FERRAJOLI, ao lado dos

de punir-se o pensamento - "cogitatio" - decorre do princípio da lesividade, conforme destaca BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*, p. 92.

⁶² - MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, p. 157.

⁶³ - *Idem*, p. 157 (v. n. 60).

⁶⁴ - *Ibid.*, p. 157 (v. n. 60).

⁶⁵ - *Ibid.*, p. 157 (v. n. 60).

⁶⁶ - FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal*, p. 708. Os princípios da legalidade ou taxatividade e conexos - de retribuição, regulatividade e materialidade "...quedaron, en gran medida, convertidos en bagatela por el Código Rocco (...). Una de estas técnicas actúa sobre la configuración del elemento objetivo del "delito", vaciando de significado empírico o extensional los términos usados por la norma que lo define, con la consiguiente expansión del poder de disposición del juez; la otra actúa sobre la configuración de la sanción, designando con nombres distintos al de "pena" ciertas medidas aflictivas independientes de la prueba o incluso de la existencia de un presupuesto de hecho, como son la prisión provisional sin juicio, por un lado, y las distintas medidas de prevención, de seguridad, y de policía, sin delito, por outro. (...) Pero há de quedar claro desde ahora que las dos técnicas cooperan en el delibitamiento de nuestro ordenamiento penal, que pasa de ser un sistema retributivo de estricta legalidad a outro tendencialmente preventivo de legalidad en sentido amplio; y que ambas provocan, además de la violación de casi todas las garantías, la recepción en nuestro ordenamiento, como criterios de identificación de la desviación punible, de los dos modelos sustancialistas del "tipo normativo de autor" y de la "defensa social", excluidos, por principio, de nuestro sistema constitucional y característicos (...) de los regímenes totalitarios." V., no Brasil, o consistente estudo sobre a obra de LUIGI FERRAJOLI efetuado em tese

princípios de retribuição e regulatividade - todos como corolários do princípio da legalidade ou taxatividade. Estes princípios, conforme leciona o professor italiano, foram amplamente violados pelo Código Rocco, através de duas técnicas básicas: 1) esvaziamento do conteúdo dos elementos do tipo; 2) aplicação arbitrária de medidas aflitivas com omissão de suas qualidades de verdadeiras penas. Estas duas técnicas debilitaram o sistema penal italiano, que passou de um sistema retributivo "de estrita legalidade a outro tendencialmente preventivo de legalidade em sentido amplo"⁶⁷. Ambas as técnicas provocam a recepção no ordenamento jurídico "como critérios de identificação do desvio punível, dos dois modelos substancialistas do 'tipo normativo de autor' e da 'defesa social'"⁶⁸, próprios de regimes totalitários. Isto avulta sobretudo nos "delitos de suspeita", como porte de chaves falsas, compra de coisas de origem suspeita, dentre outros⁶⁹.

Respectivamente, MANTOVANI empenha esforços no desenvolvimento de um princípio cujas funções, na verdade, são exercidas pelo conceito de conduta humana, desde que desenhado com autonomia em relação aos restantes elementos do crime. A seu turno, se é verdade que as técnicas apontadas por FERRAJOLI como formas comuns de criação de "tipos normativos de autor" e de "defesa social" não seriam erradicadas com a adoção obrigatória da concepção de conduta humana como ponto de partida da elaboração da noção de crime, também é verdade que - em relação aos tipos "vazios" de conteúdo (primeira técnica) - suas indefinições seriam

de doutorado por SALO DE CARVALHO, publicado com o título *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de LUIGI FERRAJOLI no Brasil*", com particular incidência na área da teoria da pena e na execução penal.

⁶⁷ - *Idem*, p. 708 (v. n. 66).

⁶⁸ - *Ibid.*, p. 708 (v. n. 66).

⁶⁹ - *Ibid.*, p. 710.

diminuídas à medida que estivesse o legislador voltado a especificar o "fazer" proibido ou ordenado. Para o que contribuiria, indene de dúvidas, um conceito de conduta pré-típico, bem formulado, a que estivesse vinculado.

As funções de "elemento básico, de enlace e limite" servem, por ora, a evidenciar a necessidade sistêmica de uma teoria da conduta em direito penal, que contribui, no mais, para a conformação de um direito penal de ato^{69-A}.

III- Do pré-causalismo ao pré-finalismo: perspectiva histórica

III.1- Teoria da imputação

Durante o século XIX, até o surgimento da concepção causal naturalista, não era comum o tratamento isolado da conduta humana como elemento do crime. Os manuais não costumavam dedicar-lhe análise apartada. Vale citar como exemplo tanto o mais prestigioso manual alemão do início daquele século, o "Tratado de Direito Penal comum vigente na Alemanha", de FEUERBACH⁷⁰, cuja primeira edição foi feita em 1801, como o também famoso "Programa de Direito Criminal", de CARRARA⁷¹, de 1859.

É certo que FEUERBACH reportou-se à ação, ao definir crime como "uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal"⁷². Porém, não a tomou como elemento autônomo, senão como parte componente do elemento objetivo do

^{69-A} - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 381.

⁷⁰ - VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, pp. 70-75. No sentido do texto, v. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 235.

⁷¹ - CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, parte general, pp. 63-69.

⁷² - VON FEUERBACH, P.J.A.R. *Tratado...*, p. 64.

crime, uma vez que dividia - efetivamente - a análise do delito em aspecto exterior, quando abordava as "distintas formas de causalidade (efetividade) da ação acerca do resultado"⁷³, e aspecto interior, representado pela apreciação das "diferenças na causa interna (psicológica) da própria ação."⁷⁴

Este "vazio" na obra de FEUERBACH foi atribuído por VALLEJO^{74-A} a uma certa "obviedade" existente no fato de a ação estar presente em todo o crime. Mais provável, porém, é que a explicação desta ausência de autonomia para a categoria da ação esteja na visão do crime menos em sua dinâmica ou execução - como ação, portanto - e mais como um recorte da realidade, um determinado "estado-de-fato". O "corpo de delito", que hoje retrata o conjunto de elementos sensíveis do crime e está mais ligado à matéria probatória no processo penal, na época tinha sentido diverso. Significava um conjunto de dados do mundo dos fatos que a lei penal "pinçava" da realidade e associava a uma resposta sancionadora: em suma, traduzia-se como o crime em sua inteireza. Correspondia ao "tatbestand", cujo conteúdo seria reformulado por BELING somente no início do século XX (1906), originando a categoria autônoma do tipo penal.^{74-B} Neste sentido, o crime parece ser percebido de forma mais estática,

⁷³ - Idem, p. 75: "*Una misma ley penal puede ser infringida de diferente modo. Estas diferencias dependerán: I) De la relación del resultado ilícito con la acción antijurídica; II) De las distintas formas de causalidad (efectividad) de la acción respecto del resultado y, finalmente, III) De las diferencias en la causa interna (psicológica) de la acción misma.*". O método de análise bipartido de FEUERBACH, cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*, p. 13, baseado em obras e edições distintas do penalista alemão, aponta a existência da análise de uma "ação externa antijurídica", no plano objetivo, e de um "desejo antijurídico do agente", no plano subjetivo.

⁷⁴ - Ibid., p. 75.

^{74-A} - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 19.

^{74-B} - V. LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, pp. 13-15.

porque centrada no resultado e concebida mediante uma análise "ex post factum".

Já na obra de CARRARA, o crime era definido como "ente jurídico", uma vez que o professor de Pisa advertia que a "idéia de delito é uma idéia de relação, isto é, a relação de contradição entre o ato do homem e a lei"⁷⁵. Até hoje convencionou-se invocar esta definição como "conceito formal de crime"^{75-~~z~~}, fundado na noção de ilicitude formal, dentro do qual despiciendo é o estudo da conduta humana. Esclarecendo a razão disso, lecionou JUAREZ TAVARES acerca da obra de CARRARA:

"Como sua antijuridicidade não era avaliada pela ofensa aos bens jurídicos, mas apenas pelo aspecto formal, aparente, de contrariedade à proibição legal, não interessava, por conseguinte, o exame do conteúdo da conduta ou da norma." ⁷⁶

Na época, portanto, o que importava era definir se o agente era ou não responsável pela superveniência de um acontecimento contrário à lei, i.é, se o resultado lesivo deveria ser-lhe imputado. Daí dizer-se da então proeminência de uma "teoria da imputação". Dentro deste contexto, a dogmática jurídico-penal construiu passos metodológicos que levavam à imputar-se a alguém criminalmente um determinado evento.

⁷⁵ - CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, pp. 50-51: "...la idea de delito no es sino una idea de relación, es a saber, la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley."

^{75-A}- A influência na doutrina peninsular é evidente, bastando consultar ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, p. 145: "Fra legge penale e reato esiste un nesso indissolubile, perché il reato é propriamente la violazione della legge penale o, per essere piú precisi, l'infrazione di un comando o divieto posto dalla legge medesima." ("Entre lei penal e crime existe um nexo indissolúvel, porque o crime é propriamente a violação da lei penal ou, para ser mais preciso, a infração de um comando ou proibição colocado pela própria lei.")

⁷⁶ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 08.

Neste período, a análise da existência do crime, no marco de uma teoria da imputação, operava-se em duas etapas: 1) a "imputatio facti" e 2) a "imputatio juris".

Primeiro, realizava-se a "imputatio facti", ou imputação do fato. Para tanto, duas sub-etapas eram percorridas: 1) fazia-se a verificação da ligação física entre a conduta do agente e o resultado (liame ou nexu causal), determinando-se este como decorrente daquela, o que para os italianos constituía o elemento do crime denominado "força física"⁷⁷; b) checava-se, na seqüência, se havia um vínculo mental entre o agente da conduta e o resultado (liame ou nexu psíquico), o que os italianos chamavam "força moral". Presentes os vínculos causal e psicológico, aperfeiçoava-se a "imputatio facti".

Restava a "imputatio juris", que se realizava numa única operação, consistente em confrontar o ordenamento jurídico penal com o fato imputado ao autor. Para isso, recorria-se à punibilidade. Haveria crime acaso houvesse previsão de pena para o fato imputado ao agente.

O objetivo do método era, pois, determinar o caminho a ser percorrido para imputar-se um crime a alguém.

Frise-se que na época as penas já giravam em torno da privação da liberdade como eixo central, porquanto havia começado, a partir do início do século XIX, o período codificador, com textos legislativos que sintetizaram o pensamento jurídico-penal produzido durante o movimento iluminista do séc. XVIII, que levara, como importante herança, ao abandono das penas capitais e de flagelos físicos. Aliás, este ideário atualmente demarca o denominado

⁷⁷ - Introduzido por CARMIGNANI e retrabalhado por CARRARA, cf. TAVARES, J. *Teorias...*, p. 09, e MACHADO, L.A. *Direito Criminal*, p. 79. V. CARRARA, F. *Programa...*, p. 36. Sobre as vidas de CARMIGNANI e seu discípulo CARRARA, bem como contatos entre as obras, ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 220-222.

"princípio da humanidade das penas". Por ele, as penas devem ter por limites a dignidade do indivíduo sentenciado, bem como a vedação de inflicção de conseqüências permanentes, sejam físicas, como marcas a ferro ou pena de morte, sejam jurídicas, como o degredo, o banimento ou a morte civil.

III.2- A fase hegeliana

Anote-se que a "teoria da imputação", adotada largamente no direito penal italiano, embora fosse de manejo comum na Europa, inclusive pelos alemães, em parte estava sendo contemporaneamente superada exatamente por estes. Basta remeter a FEUERBACH, o qual, ao abordar as "distintas formas de causalidade (efetividade) da ação acerca do resultado"^{77-a} como elemento objetivo do crime, acabou por isolar este elemento da culpabilidade (a construção de uma ilicitude "objetiva e independente da culpabilidade", no entanto, atribui-se a IHERING, a partir de 1867⁷⁸).

Também se pode citar LUDEN, que já em 1840 distinguiu sistematicamente no crime: "1°) um fenômeno delitivo, provocado por uma ação humana; 2°) antijuridicidade desta ação; 3°) qualidade dolosa ou culposa desta ação."⁷⁹ Aqui, há evidente ênfase da ação no primeiro "elemento", bem como clara distinção - prévia a IHERING - entre ilicitude e culpabilidade, com independência da primeira em relação à segunda.

^{77-a} - Cf. n. 73, supra.

⁷⁸ - Cf. ROXIN, C. *Derecho...*, p. 196. Assim, também, JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 160.

⁷⁹ - Apud ROXIN, C.. *Derecho...*, p. 236: "Algo semejante sucede con el no hegeliano LUDEN, en cuya obra "Strafrechtliche Abhandlungen" (1840) se puede encontrar una división del delito que se aproxima ya sorprendentemente a los proyectos sistemáticos del siglo XX, cuando distingue: 1°) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; 2°) antijuridicidad de esa acción; 3°) cualidad dolosa o culposa de esa acción."

Da matriz germânica defluiu, todavia, a origem da ação humana como categoria autônoma na teoria do delito, tema ora desenvolvido: a primeira concepção de conduta humana trabalhada em direito penal, apoiada no pensamento de HEGEL, que remonta a 1821.

A definição de HEGEL acerca da ação é a seguinte: "a expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação."^{79-A} Desta maneira, anota-a também JAKOBS⁸⁰. Observa ROXIN que, desse conceito, teria HEGEL derivado um "direito de vontade", dentro do que se poderia:

"...reconhecer seu ato [do agente] unicamente como ação sua, e ter na culpabilidade somente aquilo que sabe de seus pressupostos em sua finalidade, o que disso havia em seu dolo. O ato só pode ser imputado como culpabilidade da vontade."⁸¹

Dentro deste contexto, a "ação" era o evento imputado faticamente ao autor. Compunha-se, portanto, do movimento físico, do resultado, da ligação entre este movimento e o resultado (nexo causal) e da ligação mental entre o autor do movimento e o evento produzido no mundo exterior. Daí ensinar PAGLIARO que HEGEL propunha:

"... um conceito de ação no qual se recolhia o tanto de realização exterior que era coberto pelo querer. Da ação

^{79-A} - HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 116, parágrafo 113.

⁸⁰ - JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 158: "Hegel: 'Es acción la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral (...) Sólo la exteriorización de la voluntad moral es acción.'" (É ação a exteriorização da vontade desde que subjetiva ou moral (...)) Só a exteriorização da vontade moral é ação.")

⁸¹ - ROXIN, C. *Derecho...*, pp. 235-236: "Como padre del concepto jurídicopenal de acción, se suele considerar HEGEL: 'El derecho de la voluntad...es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de

ficavam fora, portanto, aquele tanto de realização exterior que não era querido e também aquele tanto de querer abstrato que não lograva converter-se na realização.”⁸²

Sobre HEGEL, também ZAFFARONI⁸³ teceu comentários valiosos. Segundo o professor argentino, o espírito da humanidade, para HEGEL⁸⁴, evoluía partindo de um “espírito subjetivo” (tomada de consciência da existência própria), passando a um “espírito objetivo” (contato mantido com outros espíritos subjetivos: neste campo situar-se-ia o direito), culminando no espírito absoluto, elevado sobre o mundo (de que são exemplos as artes, a religião). Neste passo, o homem que não atingiu o primeiro nível, como “espírito subjetivo”, não teria liberdade de vontade, não sendo “candidato a atuar com relevância jurídica”, no dizer de ZAFFARONI⁸⁵. A conclusão era uma só: o doente mental não praticava “ação”. Disto resulta, inclusive, a afirmação de ZAFFARONI no sentido de o método analítico proposto pelos hegelianos partir do autor (análise do preenchimento da condição de “espírito subjetivo”) para só depois, sendo “livre” a vontade do agente, ir ao fato⁸⁶.

Por isso, é comum se dizer que na fase hegeliana, a ação mantinha identidade com a culpabilidade, já que sem

ello había en su dolo. El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad.”

⁸² - PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*, p. 257: “HEGEL proponeva un concetto di azione, nel quale rientrasse quel tanto di realizzazione esteriore che è ricoperto dal volere. Dall’azione rimaneva fuori, dunque, quel tanto di realizzazione esteriore che non era stato voluto e anche quel tanto di volere astratto che non riusciva a convertirsi nella realizzazione.”

⁸³ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 229.

⁸⁴ - *Idem*, p. 229.

⁸⁵ - *Ibid.*, p. 229: “La consecuencia de este pensamiento que era útil al sistema, era que quien no había alcanzado la libertad, es decir, quien no había superado la etapa del ‘espíritu subjetivo’ (sic), no era candidato a actuar con relevancia jurídica.”

⁸⁶ - *Ibid.*, p. 325: “Luego, la teoría del delito de los hegelianos comenzaba por una investigación acerca del autor y recién luego - en caso que el autor

vínculo subjetivo - então matriz da culpabilidade, nas estruturas dicotômicas próprias do século XIX - não havia ação. Isto foi percebido por VALLEJO⁸⁷. Também ROXIN⁸⁸ afirmou que na fase hegeliana "...se equipara a ação à imputação do fato completo e inclusive só se considera ação a ação dolosa."

A sua vez, JAKOBS⁸⁹ chegou a apontar isso como vantagem, na medida em que implicaria em destaque da atitude do autor frente à norma (conduta como expressão de sentido, desde logo), o que estava em perfeita sintonia com a teoria retributivista-idealista de HEGEL sobre a pena, havida como afirmação do direito⁹⁰ contra o crime, tomado como negação do direito.

A utilização do conceito de conduta de HEGEL foi obra pelos seus seguidores em direito penal: ABEGG, KÖSTLIN, BERNER, HÄLSCHNER, segundo a ordem em que os arrola ROXIN⁹¹. Dentre eles, o desenvolvimento mais importante é o de BERNER, em 1857, afirmando que:

"O delito é ação. Tudo o que no mais se afirma do delito são só predicados que se acrescentam à ação enquanto sujeito. Por isso, o conceito de ação há de ser a firme ossatura que determina a estruturação da teoria do delito." ⁹²

fuese libre - iba al hecho, porque si el autor no era "libre", no se podía hablar de "conducta" con relevancia penal."

⁸⁷ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 20.

⁸⁸ - ROXIN, C. *Derecho...*, p. 236: "...se equipara la acción a la imputación del hecho completo e incluso sólo se considera acción la acción dolosa."

⁸⁹ - JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 158.

⁹⁰ - Cf. novamente ROXIN, C. *Derecho...*, p. 83. De forma dialética, a lição hegeliana clássica é a seguinte: se o crime é a negação do direito e a pena a negação do crime, a pena passa a ser afirmação do direito, pois toda negação de uma negação é uma afirmação.

⁹¹ - ROXIN, C. *Derecho...*, p. 236. Citando-os, também, VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 19. Ambos se amparam num trabalho fundamental sobre a teoria da conduta durante o século XIX, disponível só em língua alemã, realizado por RADBRUCH, "*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*", Berlim, 1903.

⁹² - Idem, p. 196.

Inaugura-se, pois, a partir daí, com base hegeliana, a idéia de ação como ponto de partida para a construção do conceito de crime.⁹³

III.3- Pontos críticos do período pré-causalista

Desde logo, impende não acatar a concepção formal de crime de CARRARA, como "ente jurídico", porque - ao definir o crime "secundum legem" - acabava por legitimar, sem qualquer questionamento ou espírito crítico, a vontade do legislador, como que num cego coroamento do legalismo puro e simples. Interessante, de novo, JUAREZ TAVARES:

"...a construção formalista de delito (...) mascara o verdadeiro substrato das normas penais, voltado à proteção dos bens jurídicos, fazendo do conceito de delito exclusivamente uma consequência dedutível do sistema jurídico positivo, independentemente de seu conteúdo ou substrato social, o que impede qualquer indagação acerca da validade do próprio sistema."⁹⁴

A par disso, cumpre também - e especialmente - tecer críticas acerca da teoria da ação adotada na linha hegeliana. Nela, a ação não ganha qualquer tratamento à parte, no sentido de ser colocada como ponto de partida do tratamento analítico de cada caso penal. Ao contrário, figura no final, como produto da imputação fática: existindo esta, há ação; ao revés, acaso inexista "imputatio facti", deixa de

⁹³ - Há uma importante alusão feita por TAVARES, J. *Teorias...*, p. 15, de que BERNER propôs em definitivo "...tomar-se a ação como conceito básico da construção do delito", indicação feita por JESCHECK, baseado em RADBRUCH, "...que atribui não só a BERNER, senão ainda aos hegelianos em geral, como ABEGG e KÖSTLIN, o mérito de conseguir materializar o conceito de ação, que antes perambulava como um espírito sem nome."

existir ação. Portanto, a ação pode ser entendida nesta teoria como produto de elaborações anteriores, e não gênese de elaborações ulteriores.

Na verdade, a "ação" hegeliana esteve contextualizada dentro dos marcos do pensamento científico que a iluminava, é dizer, seu desenvolvimento deu-se dentro do ambiente de numa teoria da imputação. Verdadeiramente, a teoria da ação de linha hegeliana não foi mais do que uma teoria da imputação. Portanto, não visou definir ação. Quis - sim - definir como se imputavam acontecimentos a alguém.

Aliás, é comum dizer-se que o conceito hegeliano de ação implicava na imputação penal por inteiro. Assim, por exemplo, VALLEJO⁹⁵.

Porém, fica visível que a confusão entre o conceito de ação e culpabilidade, ou a exigência desta para que houvesse aquela, não tinha toda esta extensão, não abrangendo a ilicitude. De fato, bastava a imputação fática - representada pelo nexos causal e pelo nexos psíquico entre o resultado e a vontade do agente - para haver ação; só após isso se apreciava a ilicitude do conjunto de elementos denominado "ação".

De qualquer forma, ainda que não fosse uma imputação jurídica, a ação era concebida a partir de uma teoria de imputação. Nada mais esclarecedor do que invocar BACIGALUPO, quando leciona sobre as origens de um tema que se não pretende desenvolver aqui, mas que toca o assunto central: a teoria da imputação objetiva, hoje revigorada.

Sustenta BACIGALUPO que, na linha hegeliana, a ação implicava somente em imputação fática, objetiva e

⁹⁴ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 11.

⁹⁵ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 19. "Según na concepción hegeliana, la acción es la exteriorización de la voluntad moral. Se trata de un concepto

subjetivamente considerada, tomando por base exatamente BERNER⁹⁶, para quem "imputar significa, pode-se dizer provisoriamente, por na conta de um sujeito algo objetivo". Para BACIGALUPO:

"Na concepção de BERNER e de outros hegelianos a imputação se esgotava na determinação de uma ação, ou seja, na comprovação de que o ocorrido era querido pelo sujeito: 'O conceito de ação esgota toda a essência da imputação. Portanto podemos dizer simplesmente: a imputação consiste em um juízo que afirma a existência de uma ação real.'" ⁹⁷

A seguir, BACIGALUPO aponta a raiz filosófica idealista desse pensamento:

"Na introdução a sua *Metafísica dos Costumes*, diz KANT: 'imputação (*imputatio*) em sentido moral é o juízo mediante o qual alguém é visto como o autor (*causa libera*) de uma ação, que então se denominava "fato" (*factum*) e está submetida às leis.'" ⁹⁸

Em resumo: a teoria hegeliana da ação era uma teoria da imputação de um fato, objetiva e subjetivamente, a alguém, razão pela qual exigia vínculo psíquico, que no século XIX foi identificado como elemento subjetivo ou

valorizado que comprende prácticamente toda la imputabilidad penal; sólo se hay imputación hay acción y si hay acción, también hay imputación."

⁹⁶ - Apud BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*, p. 199: "Imputar significa, se puede decir provisoriamente, poner en la cuenta de un sujeto algo objetivo', afirmaba BERNER hace más de un siglo y medio."

⁹⁷ - BACIGALUPO, E. Op. cit., p. 199: "En la concepción de BERNER y de otros hegelianos la imputación se agotaba en la determinación de una acción, es decir, en la comprobación de que lo ocurrido era querido por el sujeto: 'El concepto de acción agota toda la esencia de la imputación. Por lo tanto podemos decir simplemente: la imputación consiste en un juicio que afirma la existencia de una acción real.'"

⁹⁸ - Apud BACIGALUPO, E. op. cit., p. 200: "En la introducción a su *Metafísica de las costumbres*, dice KANT: 'Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio mediante el cual alguien es visto como el autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se denominaba hecho (*factum*) y está bajo las leyes.'"

culpabilidade. Sem embargo, não exigia, para haver "ação", que houvesse ilicitude na conduta.⁹⁹

Ao identificar-se como uma teoria da imputação o que era para ser uma teoria da ação¹⁰⁰, revela-se já um ponto crítico: desde que se busque propriamente definir ação, deve-se criar uma teoria da ação, e não uma teoria da imputação em que a ação surja como resultante. Toda teoria da imputação implica numa ação imputável a alguém. Porém, o pensamento fica centralizado na imputação, e a ação é colocada "a latere". Este fenômeno é perceptível no pensamento hegeliano, que fixa critérios para a imputação e, com o que decorre disso, "descobre" a ação como "exteriorização de uma vontade moral".

A colocação da ação como item de abertura da análise do crime, preconizada por BERNER¹⁰¹, considerando-a todavia como resultado de uma imputação fática, produz um sistema analítico que, além de falhar como construção teórica capaz de produzir facilidade e simplicidade no manejo do caso penal, acaba por descumprir - à míngua de um elemento com estas destinações - as funções de "elemento básico", "elemento de enlace" e "elemento limite" apontadas por ROXIN¹⁰².

Não funciona como "elemento básico" por não reunir condições de encaixe, numa mesma estrutura conceitual, para as omissões (pois estas não geram fisicamente nada, quando o conceito exige realização exterior causada

⁹⁹ - Nesse sentido, também, JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 157, explicando que imputáveis podem ser "no sólo las "malas" obras, sino también las "buenas", y la imputación no és sólo una categoría jurídica, sino también ético-social."; na sequência, desenvolve a teoria hegeliana da ação.

¹⁰⁰ - Na obra de JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 156, há uma clara retomada da teoria da ação como parte da teoria da imputação, o que será visto adiante.

¹⁰¹ - V. notas 85, 88 e 89, retro.

¹⁰² - V. notas 31 a 33, retro.

naturalisticamente, segundo PAGLIARO¹⁰³) e para as formas culposas de crime, nomeadamente a culpa inconsciente, que não se adequa à exigência de vínculo psíquico (ou de uma "vontade moral").^{103-a} Aliás, a crítica acerca da incompatibilidade com crimes culposos é recorrente, citando-se PAGLIARO¹⁰⁴, VALLEJO¹⁰⁵, ROXIN¹⁰⁶.

Ainda, a ação perde sua condição de "elemento de enlace". Ao invés de colocar-se de maneira "neutral" em relação aos demais elementos do crime, acaba pressupondo a culpabilidade, que é um destes elementos. Ora, se não há ação sem culpabilidade neste pensar, ficam obviamente misturadas ambas as noções. Melhor: a ação absorve a culpabilidade. A implicação decorrente é a impossibilidade de inimputáveis realizarem ações, como bem aponta VALLEJO¹⁰⁷. Neste sentido, torna-se o conceito impróprio para manejo jurídico-penal toda vez que o caso penal envolve pessoas incapacitadas cognitivamente para o conhecimento da norma, por razões psicopatológicas. Considerando-se a exigência de relação entre a vontade e a realização exterior, tampouco haverá "ação" nos casos de falsa representação da realidade (na época, configuradora do "error facti", ou erro de fato)¹⁰⁸.

¹⁰³ - PAGLIARO, A. *Principi...*, p. 258: "*Col tempo, ci si avvide pure che il concetto hegeliano di azione, in quanto richiedeva che il volere si realizzasse nel mondo esterno attraverso un processo causale naturalistico, era inadatto pure alla spiegazione della responsabilità per omissione.*" ("Com o tempo, percebe-se então que o conceito hegeliano de ação, enquanto exigia que o querer se realizasse no mundo exterior através de um processo causal naturalístico, era inapto à explicação da responsabilidade por omissão.")

^{103-A} - Afinal, a culpa inconsciente, cuja ocorrência sucede na maioria dos crimes culposos, caracteriza-se por não haver representação pelo agente de um resultado previsível por qualquer um que estivesse em seu lugar, dotado das mesmas capacidades.

¹⁰⁴ - PAGLIARO, A. *Principi...*, p. 258.

¹⁰⁵ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, pp. 19-20.

¹⁰⁶ - ROXIN, C. *Derecho...*, p. 236: "...se equipara la acción a la imputación del hecho completo e incluso sólo se considera acción la acción dolosa."

¹⁰⁷ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 20.

¹⁰⁸ - *Idem*, p. 20.

A seu turno, servindo a concepção de ação como "elemento limite" para filtrar "ab initio" aquilo que não interessa para o direito penal, este papel igualmente deixa de ser desempenhado diante de uma evidência: a ação não aparece na origem, mas no final da imputação do fato ao autor como realização sua. Deriva daí que a exclusão do campo de abrangência da conduta humana de hipóteses como estados de inconsciência e danos causados sob coação física irresistível, dentre outros, não decorre da essência da ação, mas de uma impossibilidade de realizar-se a imputação do fato ao autor, como "evento seu".

Demais, o sistema analítico proposto ao modo hegeliano está voltado a formatar maneiras pelas quais possa-se atribuir "algo" ao autor (imputar), sem qualquer preocupação que leve o operador a partir de uma ação. Isto, de certa forma, prejudica um sistema de pensamento que limite o direito penal de autor.

Ora, em regra este "algo" trata-se de um evento (uma modificação no mundo exterior, uma ocorrência fenomênica, "un'avvenimento", como dizem os italianos), porém nada no sistema hegeliano garante que assim o seja. Isto deriva da colocação da ação no final da análise sistêmica, como maneira de definição de uma resultante, sem preocupação de delimitação prévia da atividade legislativa (até porque, embora presente o princípio da legalidade desde FEUERBACH, não estava desenvolvida, a este tempo, a noção de tipicidade dentro do sistema de análise do crime). De outra banda, partindo do autor para realizar a "imputatio facti", o hegelianismo tendia ao autoritarismo, criando um sistema perigoso de direito penal, como bem apontou ZAFFARONI.¹⁰⁹

¹⁰⁹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 326: "Para este criterio sólo pueden actuar con relevancia jurídica quienes son "libres" y, si se define al

Porém, a visibilidade destas críticas é facilitada agora, à distância no tempo. As razões do abandono da linha hegeliana, dominante até por volta de 1880¹¹⁰, devem-se somente em parte a tudo isso: no exato ponto em que a ação mesclava-se à culpabilidade, criando confusão sistêmica, ganha corpo o modo de pensar naturalista, do final do século XIX, com pretensões classificadoras e sistematizadoras mais claras. A troca do paradigma idealista hegeliano pelo positivista-naturalista, simbolizado, segundo JAKOBS¹¹¹, na substituição da concepção hegeliana de delito como "expressão de sentido" por outra que o concebia como "acontecimento externamente perigoso" para bens jurídicos, cumpriria um giro no pensamento jurídico-penal. Saía de cena o idealismo kantiano-hegeliano, dando lugar ao sistema clássico de crime, baseado na teoria causal naturalista da ação.

III.4- A Teoria Causal Naturalista

"hombre libre" como el que pertenece a la "comunidad jurídica", es decir, a quienes compartem o se aproximan a los criterios valorativos del grupo dominante, el resto, dentro del que se incluyen no sólo a los "locos", sino también a los que pertenecen a otras culturas - como los indígenas, por ejemplo - y según el grado de autoritarismo, también a quienes no comparten el ideal político del grupo dominante, quedan todos fuera del derecho, no pudiendo ser penados - porque no son "libres" - y tampoco ejercer derecho alguno. Se les somete a medidas de seguridad (...) porque son considerados inferiores a los "libres", puesto que no han completado la etapa del 'espíritu subjetivo'." ("Para este critério só podem atuar com relevância jurídica aqueles que são "livres" e, se se define o "homem livre" como o que pertence à "comunidade jurídica", isso é, aqueles que dividem ou aproximam-se dos critérios valorativos do grupo dominante, o resto, dentro do que se incluem não só os "loucos", mas também os que pertencem a outras culturas - como os índios, por exemplo - e segundo o grau de autoritarismo, também aqueles que não compartilham do ideal político do grupo dominante, ficam todos fora do direito, não podendo ser punidos - porque não são "livres" - e tampouco exercer direito algum. Se os submete a medidas de segurança (...) porque são considerados inferiores aos "livres", posto que não completaram a etapa do 'espíritu subjetivo' (sic)."

¹¹⁰- VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 20.

¹¹¹- JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 158: "La posición contraria a la concepción de la acción como expresión de sentido es suceso externamente peligroso, y este cambio, la naturalización del fundamento de la pena..." é a base do abandono do paradigma hegeliano.

A teoria causal naturalista da ação desenvolveu-se basicamente de 1880 em diante, sendo dominante na doutrina por durante cerca de três décadas. Sua matriz filosófica foi o positivismo naturalista que dominava o pensamento científico naquele "fin de siècle".

Pela perspectiva do positivismo naturalista, o "status" científico de qualquer ramo do conhecimento humano dependia da possibilidade de uma demonstração da veracidade de seus conceitos orientada pelos critérios das ciências exatas¹¹² e naturais¹¹³. Segundo ABBAGNANO¹¹⁴, uma das teses fundamentais do positivismo é a de que "a ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido (...) a metafísica (...) não tem nenhum valor."

A demonstração da validade científica dos conceitos de qualquer ramo do conhecimento, portanto, estava calcada em método empírico¹¹⁵, consistente em repetir-se uma experiência por inúmeras vezes e, observada a comunhão de resultados, extrair-se uma lei geral, mediante a descrição do fenômeno e sua resultante. Basicamente, os passos metodológicos são dois: "observar" e "descrever" o fenômeno¹¹⁶.

¹¹² - Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 776: "Este termo foi empregado pela primeira vez por SAINT-SIMON, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia."

¹¹³ - Idem, p. 698. Para ABBAGNANO, o termo naturalismo "...tem três significados diferentes: (...) 3^o Negação de qualquer distinção entre natureza e supranatureza e tese de que o homem pode e deve ser compreendido, em todas as suas manifestações, mesmo nas consideradas superiores (direito, moral, religião, etc.) apenas em relação com as coisas e os seres do mundo natural, com base nos mesmos conceitos que as ciências utilizam para explicá-los."

¹¹⁴ - Ibid., p. 777. Cf. ABBAGNANO, outra tese fundamental do positivismo é a de que "o método da ciência, por ser o único válido, deve ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana; toda a vida humana, individual ou social, deve ser guiada por ele."

¹¹⁵ - Cf. DUROZOI, Gérard & ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*, p. 287: "O positivismo designa as doutrinas que, renunciando a qualquer 'a priori', afirmam o caráter inacessível das "coisas em si" e admitem unicamente certezas do tipo experimental, ou seja, verdades científicas feitas de relações e leis."

¹¹⁶ - ABBAGNANO, N. op. cit., p. 777: "O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes

Este método é próprio da física mecanicista-newtoniana¹¹⁷, que antecedeu à física quântica¹¹⁸, podendo-se formular como exemplo de sua utilização a ilação que produz a lei da gravidade, extraída da repetição de experiências demonstrativas de que os objetos de menor massa são atraídos pelos de maior massa. Também é apropriado para a medicina, a biologia - pense-se nos trabalhos descritivos de anatomia, calcados no "observar" e "descrever". Enfim, o método à toda evidência está voltado às ciências do "ser", aquelas que apreendem o mundo sob forma de natureza, buscando considerá-lo como "é na realidade".

Dentro deste contexto, as ciências do ser basicamente descrevem os fenômenos naturais como relações de causa e efeito: todo efeito possui causas cuja constatação é fisicamente possível. Mais: o que não for redutível a esta relação de causa e efeito não merece ocupar posição de fenômeno científico.

Fica claro que uma tal forma de pensar acaba por colocar em "xeque" todas as ciências culturais¹¹⁹, dentre as quais está o direito penal, apegadas aos "acordos" interpessoais (jurídicos, culturais propriamente ditos,

entre os fatos expressos pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos (COMTE); ou no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples."

¹¹⁷ - Ibid., p. 655: "O mecanicismo não foi apenas um princípio diretivo da física (...) em sociologia, consiste em reduzir as leis sociológicas a leis biológicas e psicológicas."

¹¹⁸ - Sobre esta mudança de paradigma na física, uma leitura dirigida ao público leigo: PAIS, Abraham. *Einstein viveu aqui*, em especial pp. 34-35 e 59-62.

¹¹⁹ - ABBAGNANO, N. *Dicionário...*, pp. 140-141, atribui a terminologia "ciências culturais" e "naturais" a DU BOIS & REYMOND, como reexpressão da classificação de AMPÈRE consistente em "ciências do espírito" (noológicas) e "da natureza" (cosmológicas). O termo "ciência cultural" tem uso corrente como sinônimo de ciência normativa, como se verifica, v.g., em SOARES MARTÍNEZ. *Filosofia do Direito*, p. 223, e CABRAL DE MONCADA, no prefácio à 1ª ed. portuguesa da "Filosofia do Direito" de GUSTAV RADBRUCH, p. 15. Todavia, é bom frisar que, conceitualmente, significa ciência cujo objeto é "algo de constituído pelo homem, algo de elaborado pela experiência da espécie humana

sociais, lingüísticos ou outra qualquer forma de amarrá-los) que propõem como "deve ser" o mundo - daí a expressão ciências do "dever-ser". Estas ciências não são físico-naturais, e sim ideais: quando, por exemplo, o Código Penal propõe que o mundo "deva ser" de uma dada forma (inclusive cominando penas para quem desafia esta ordem), a proposição fixa residência no mundo das idéias, pois a norma quer ser expressão de um acordo interpessoal que, em dado tempo e lugar, significou consenso ou, ao menos, pensamento vogante, comum, majoritário. E, neste exato ponto, dá-se o choque com o positivismo naturalista: não há como demonstrar a validade científica de proposições produzidas por uma ciência do "dever ser", de traço cultural, fazendo-se uso do método empírico de "observar e descrever", já que próprio das ciências naturais (do "ser"), presas a fenômenos físicos.

Porém, não atentando para este choque evidente, o direito penal - ciência do "dever ser" - para não perder o "status" científico naquele caudal de idéias positivistas naturalistas que o envolviam ao cabo do século XIX, findou por adaptar-se às regras do jogo. Assim, passou o pensamento jurídico penal a reduzir sistematicamente tudo quanto interessasse em campo de direito penal a uma relação de causa e efeito.

Marco desta redução sistemática foi a explicação da existência do crime como fenômeno social, cuja "causa" estaria situada num determinismo sociológico que necessariamente levaria a pessoa a ele submetida a delinquir (idéia central da sociologia criminal, cujo grande representante foi ENRICO FERRI). Noutra vertente, com igual pano de fundo, situou-se a "causa" do "efeito" crime num

através do tempo", cf. REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*, p. 191, de modo que não se trata de exato sinônimo de ciência do "dever ser".

determinismo antropogenético, calcado na idéia de que a tendência à prática do crime estaria definida por padrões genéticos. Esta linha foi desenvolvida por CESARE LOMBROSO, no clássico "L'uomo delinquente", fundamentando a antropologia criminal, como ciência afim do direito penal. Em ambas as situações, negou-se ao homem qualquer capacidade de escolha (livre-arbítrio), estando suas ações condicionadas social ou antropogeneticamente. Estas condições "causais" reduziram o crime a um fenômeno social, ou patológico (conforme a adoção da linha ferririana ou lombrosiana), dando gênese à criminologia clássica, que estudava o crime a partir da perspectiva do "ser", como fato social, com absoluto apego à matriz positivista naturalista, há muito superada¹²⁰.

Não só a explicação do crime foi reduzida à lei da causalidade (relação de causa e efeito). Também um de seus componentes, a conduta humana, foi submetida a esta redução.

Antes de adentrar nisto, porém, importa frisar que a busca de classificações, sistematizações e identificação de elementos, com critérios objetivos e avalorados, é preocupação básica da doutrina penal positivista naturalista¹²¹. Basta checar a obra de FRANZ VON LISZT¹²², emblemática deste modo de pensar, que individualiza os

¹²⁰ - A influência do pensamento positivista no Brasil foi forte, marcando por exemplo a clássica obra de MONIZ SODRÉ, denominada "As três escolas penais", p. 432, cuja conclusão filia-se ao pensamento lombrosiano.

¹²¹ - O caráter classificatório desta fase de desenvolvimento dogmático é bem apontado por GRECO, L. *Introdução...*, p. 122: "O sistema [naturalista] tem caráter eminentemente classificatório. Tem-se uma quantidade de elementares, que são distribuídas pelas diferentes categorias do delito do modo mais seguro e objetivo que se pode imaginar: através de critérios formais, sem atender minimamente ao conteúdo." Para GRECO, no positivismo "valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores. Daí a preferência por conceitos avalorados, emprestados às ciências naturais, à psicologia, à física, à sociologia." (op. cit., p. 122).

¹²² - v. nota 14, supra.

elementos do crime, conceituando-o como "conduta antijurídica, culpável e punível."¹²³

Este sistema analítico, cujo defeito era distinguir o ilícito penal dos demais ilícitos através da punibilidade (portanto, ao final da análise), seria modificado em 1906, a partir da obra de BELING. Segundo observa LUIZ LUISI¹²⁴, com BELING superou-se o antedito defeito, pois ao reelaborar a idéia de "tatbestand" - ou "estado de fato"¹²⁵ - que de "corpo de delito" passou a significar mecanismo puramente seletivo de condutas, através de sua descrição em lei, criou a noção de "tipo".

Com este instrumento novo, a distinção entre o ilícito penal e os demais ilícitos não mais precisava operar-se com base na punibilidade, ao fim da análise. Ao revés, já no início do método, consultava-se estar a conduta "descrita" no "tipo" e - sendo positiva a resposta - haveria tipicidade (adequação do fato ao tipo meramente descritivo, daí dizer-se de uma "teoria do tipo avalorado" com BELING¹²⁶). Após, a

¹²³ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 183: "Crime é o injusto contra o qual o Estado commina pena e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a acção culposa e contraria ao direito. D'estas definições resulta immediatamente a construcção systemática da theoria do crime. Devemos considerar o crime primeiramente como injusto, e portanto: a) como acção, b) como acção contraria ao direito, c) como acção culposa; ao que accresce d) a indagação da differença entre o injusto punível e o não punível." (sic)

¹²⁴ - LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, pp. 13-15.

¹²⁵ - Idem, pp. 13-15: "...a expressão 'tatbestand' surge no jargão alemão em fins do século XVIII e princípios do século XIX, no campo do processo criminal (...) o tatbestand se confunde, para todos os penalistas alemães da centúria passada, com a totalidade do delito, pois é concebido como integrado por todos os elementos objetivos e subjetivos necessários para a existência do crime. (...) Com ERNST BELING (...) o 'tatbestand' deixa de ser o delito para ser, apenas, um dos aspectos do mesmo. (...) Convém (...) salientar que o tipo não é o fato objetivo em que, concretamente, se realiza o delito, mas, segundo BELING, a mera descrição dos dados materiais que configuram objetivamente o crime. (...) O tipo, portanto, é descrição dos elementos materiais do delito, contidos na respectiva disposição legal incriminadora. (...) A sua função, pois, é meramente descritiva, e, releve-se, absolutamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade."

¹²⁶ - BELING, E.V. *Esquema...*, 61: "...con la afirmación de la existencia de una causación [de resultado] (...) no se afirman ni la antijuridicidad de la

conduta deveria ser submetida à posterior constatação da ilicitude, puramente objetiva, e culpabilidade, de caráter subjetivo, como únicos juízos de desvalor (atribuição de valores negativos).

A partir disso, o sistema analítico escalona o crime como "conduta humana típica, antijurídica e culpável". Mantém-se a bipartição estrutural objetivo-subjetiva, própria do século XIX: a) lado objetivo, composto de conduta humana, tipicidade e ilicitude, apoiado na causalidade física de um resultado ofensivo a bem jurídico; b) lado subjetivo, consistente na culpabilidade, por sua vez apoiada num nexos puramente psíquico entre o agente da conduta e o resultado (teoria psicológica da culpabilidade)¹²⁷.

A punibilidade foi descartada como elemento do crime, pois sua função de identificar a ilicitude penal passou a ser realizada pela tipicidade. Esta função do tipo, "seletivo-descritiva" de condutas, até hoje se preserva, ao lado de outras, como a garantista (realização do princípio da legalidade), a indiciária, para os que afirmam ser a tipicidade "ratio cognoscendi" da antijuridicidade, e a protetiva de bens jurídicos, fundada na noção de tipicidade material.¹²⁸

acción típica, ni su culpabilidad (...) la culpabilidad es un concepto jurídico-normativo, relativo a la faz interna, mientras que el de causalidad es descriptivo y yace en el campo externo." ("...com a afirmação da existência de uma causação (...) não se afirmam nem a antijuridicidade da ação típica, nem sua culpabilidade (...) a culpabilidade é um conceito jurídico-normativo, relativo à face interna, enquanto que o de causalidade é descriptivo e situa-se no campo externo").

¹²⁷ - Por todos, TAVARES, J. *Teorias...*, p. 20: "O delito, em seu conjunto, não se consome, todavia, na causalidade objetiva da conduta. Além desta, exige-se, para sua completa integração, que o agente tenha também se ligado ao resultado, em seu conteúdo, subjetivamente. Fazendo-se da causalidade objetiva e do liame subjetivo partes constitutivas essenciais do delito, dissocia-se sua análise, conseqüentemente, em dois estágios legais, de maneira que a primeira (causalidade) se encontra caracterizada na tipicidade e na antijuridicidade, e a última parte (vínculo psicológico) constitui a base da culpabilidade."

¹²⁸ - Por todos, ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 327-328.

Fundou-se, assim, o sistema clássico, também denominado "sistema Liszt-Beling", de grande influência no início do século XX. Aliás, até hoje labora-se predominantemente com o conceito analítico do crime como "conduta humana típica, antijurídica e culpável": apenas os conteúdos de cada um destes extratos ou escalões é que foram modificados por força da evolução da dogmática jurídico-penal (v.g., a colocação sistemática do dolo no tipo, quando no sistema "Liszt-Beling" encontrava-se na culpabilidade, por ser um elemento de caráter subjetivo).

Na estrutura positivista naturalista que deu azo ao sistema clássico de crime, a conduta humana - já se disse - foi reduzida à condição de uma relação de "causa e efeito": uma consequência lógica do fundamento filosófico, próprio da época, que lhe deu estofos. Novamente, há que se louvar em VON LISZT:

"Ação é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem (...). Destarte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1° quando a mudança foi causada voluntariamente; 2° quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e consequentemente do crime." ¹²⁹

Houve um reforço desta idéia quando VON LISZT definiu comissão como "causação do resultado por um ato de

¹²⁹ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 183.

vontade"¹³⁰, sendo o ato um "movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos"¹³¹. E mais adiante:

"Conseqüentemente o resultado deve ser produzido (ou causado) pelo movimento corpóreo; este e aquele devem estar entre si, como ordinariamente se diz, na relação de causa e efeito, em conexão causal. Dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pode supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo por que de fato ocorreu). Se o nexó entre o movimento corpóreo e o resultado é assim necessário, dizemos que o movimento corpóreo é a causa do resultado, que este é o efeito daquele, isto é, aplicamos à relação do movimento corpóreo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento)." ¹³²

Em suma: a conduta humana era definida como um movimento corporal voluntário¹³³ que figurava como "causa" de um "efeito", consistente na modificação no mundo exterior, ou resultado naturalístico¹³⁴.

Emerge, dentre os elementos conceituais, o movimento corpóreo humano como primeiro deles. Isto fundou, há mais de um século, a impossibilidade da pessoa jurídica delinquir - "societas delinquere non potest", sendo viável, então, somente a prática de crime por parte de seus representantes¹³⁵. Por igual, animais e objetos inanimados não

¹³⁰ - Idem, p. 198.

¹³¹ - Ibid., p. 198.

¹³² - Ibid., pp. 200-201.

¹³³ - Ibid., p. 198, definindo "movimento corpóreo voluntário" como tensão muscular "determinada não por coacção mechanical ou psycho-physica, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores."¹³³ [sic])

¹³⁴ - Ibid., p. 194: "A mudança no mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos resultado da comissão ou omissão."

¹³⁵ - Cf. VON LISZT, F. Tratado..., pp. 190-192, apontando como majoritária, é época, a linha doutrinária que não aceitava conduta delitativa por parte de

podiam praticar conduta criminosa, aspecto do direito penal medieval¹³⁶ que hodiernamente merece destaque apenas histórico, pois há muito está sedimentado um direito penal que só pune condutas humanas. Outra conseqüente e velha conquista: "*cogitationis poenam nemo patitur*", i.é, o mero pensar, sem exteriorização, já então - e até hoje - é impunível. Este pensamento se engrandece diante do princípio da lesividade, que exige lesão a bem jurídico para haver intervenção do direito penal¹³⁷.

O ponto mais curioso deste elemento conceitual "movimento corpóreo", porém, era a "voluntariedade" que se lhe associava. No sistema "Liszt-Beling", dividido em aspectos objetivos (tipicidade e ilicitude) e subjetivo (culpabilidade), a conduta humana estava situada no lado objetivo, exterior. Por isso, estava "esvaziada" de tudo o que possuísse perfil anímico-subjetivo, exceto a expressão "voluntário", associada ao movimento corpóreo, mantida no conceito de conduta somente como o mínimo necessário de subjetividade para cumprir função de "elemento limite". Isto, com efeito, se verifica com VON LISZT:

peessoa jurídica: OLSHAUSEN, JANKA, BÜNGER, ZIEBARTH, STORCK, GRÜNHUT, VAN HAMEL, WEISL, LILIENTHAL. Sem embargo, VON LISZT considerava que devia ser afirmado "*o reconhecimento da responsabilidade criminal do corpo colectivo, até onde vae a sua capacidade de obrar, e a punição de tal entidade, em tanto quanto figura como sujeito independente de bens jurídicos, é não só possível, como conveniente*" (sic) (op. cit., p. 190). O curioso é que há mais de um século a doutrina fixa-se na idéia de que a pessoa jurídica não pode delinquir e apresenta a idéia contrária como uma "tendência moderna". Assim vê-se na afirmação de 1895 de VON LISZT: "*Na ciência moderna, porém, a doutrina da capacidade criminal do corpo colectivo (...) tem tomado incremento.*" No Brasil, GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, p. 215: "*Contudo, a responsabilidade criminal de tais entidades vem sendo, modernamente, defendida por não poucos penalistas, tendo o tema figurado nos congressos de Direito Penal com augúrios para a reforma das legislações.*" A afirmação é de 1959.

¹³⁶ - Cf. VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 189, fazendo curiosa remissão, inclusive, ao direito mosaico, citando Êxodo, 21,28.

¹³⁷ - V. nota 57, supra.

"A voluntariedade na comissão ou na omissão não quer dizer livre arbítrio no sentido metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psico-física. Não se dá ação por parte daquele que, em um ataque de convulsão, danifica objetos alheios ou que, em razão de uma síncope, não pode cumprir o seu dever; não se dá ação por parte de quem é coagido pelo poder físico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa." ¹³⁸

Assim, na teoria causal, fazia-se necessário um movimento corpóreo "voluntário", causador de modificação no mundo exterior, para haver conduta humana. O objeto da voluntariedade não era a modificação no mundo, mas o movimento em si¹³⁹. Na relação causal, a "causa" deveria ser voluntária - mas não o efeito. A "voluntariedade", por seu turno, devia ser "livre", razão pela qual a coação moral irresistível afastava a "liberdade" e, de quebra, a própria conduta humana. Na sistemática atualmente adotada no Código Penal do Brasil, a ausência de vontade "livre" exclui a culpabilidade, na forma do art. 22, CP¹⁴⁰, o que obviamente não seria possível para VON LISZT, pelo fato de não conceber a culpabilidade como reprovação, com pilar na "exigibilidade

¹³⁸ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 197. V. também ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 237, que aponta o mérito da teoria causal no sentido de estabelecer um conceito de conduta idôneo para distingui-la de fenômenos que não interessam ao direito penal.

¹³⁹ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 18, explicou as razões da adoção do termo "voluntariedade", em lugar de "vontade": "Tendo em vista [na teoria causal] essa característica da vontade ou seu enfoque como impulso, e não como elemento psicomental, quer no sentido de um desejo racional, quer no sentido de uma faculdade, pela qual se afirma ou se nega o que é verdadeiro ou falso (sentido psiconormativo), alguns autores, para maior clareza da exposição, falam, no caso, não de vontade, mas sim de voluntariedade, tomada esta no sentido de arbítrio. Pela própria conceituação de vontade no sentido psiconormativo (como faculdade ou arbítrio), vê-se, de antemão, que não há uma diferença apreciável entre este termo e o de voluntariedade."

¹⁴⁰ - Para a distinção entre ausência de vontade, situação que dentro da teoria finalista exclui a conduta humana, e ausência de vontade "livre", caso em que no finalismo há conduta, embora não haja culpabilidade, pois o agente não é reprovável (inexigibilidade de conduta conforme o direito), v. ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 343.

de conduta conforme o direito", já que esta noção seria fruto de elaboração posterior, com FRANK, em 1907¹⁴¹.

De fato, seria diferente dizer que conduta humana significava um movimento corporal causador de uma "modificação voluntária" no mundo exterior. Neste contexto, voluntário seria não só o movimento, mas também o "para que" do movimento ser feito, i.é, estender-se-ia a voluntariedade ao efeito da causa. Todavia, na teoria causal naturalista, somente o movimento corporal precisava ser voluntário. Esta era a exigência, pouco interessando - no estudo da conduta humana - qual a finalidade do agente, a pretensão almejada com o movimento corpóreo, o "para que" da conduta. No exemplo de ZAFFARONI¹⁴², num homicídio mediante disparo de arma de fogo, para confirmar a existência de conduta humana, não havia necessidade de verificar se o agente queria matar; bastava a constatação de o agente ter voluntariamente premido o dedo contra o gatilho. Outra hipótese: no caso de um soco, era necessário que a vontade de "mexer o braço" guiasse neurologicamente o movimento motor para operar-se a conduta humana, independente de qual fosse o objetivo do agente com aquele movimento. Consagrava-se a "vontade como vontade de se movimentar"¹⁴³, simbolizada na manifestação de BELING:

"Para constatar que estamos frente a uma determinada ação é suficiente se o autor atuou ou não voluntariamente. O que queria [o autor] é irrelevante neste ponto [relativo à conduta]." ¹⁴⁴

¹⁴¹ - Cf. JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 578.

¹⁴² - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 349: "Dentro de este concepto había una acción homicida si un sujeto disparaba sobre outro con voluntad de presionar el gatillo, sin que fuese necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esa finalidad no pertenecía a la conducta."

¹⁴³ - Idem, p. 349. "Dicho en otros términos acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado."

¹⁴⁴ - Apud VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 23: "En palabras de BELING: 'Para constatar que estamos frente a una determinada acción es suficiente si el

De outro modo, dizia BELING:

"A ação existe sempre que concorra uma conduta humana levada pela vontade, com independência de em que consista essa conduta..."¹⁴⁵

Importa salientar, todavia, que a finalidade do agente com o movimento corpóreo - o "para que" do movimento - não era descurada pelos causalistas naturalistas. De fato, a irrelevância deste aspecto para definir a existência de conduta humana não significava que fosse desimportante para a existência do crime, como um todo. No sistema "Liszt-Beling", o "para que" da conduta (sua finalidade), por conta do caráter subjetivo que lhe é concernente, servia para definir a culpabilidade do sujeito ativo, que se traduzia como um nexó psíquico entre este e o resultado (teoria psicológica da culpabilidade). Basta verificar que VON LISZT textualmente situava a origem da tensão muscular caracterizadora do movimento corpóreo como resultante de...

"...idéias ou representações que se cruzam, se contrapõem e se auxiliam. A representação que triunfa chamamos motivo. (...) É possível que a representação do resultado não tenha surgido no seu espírito ou que ele a desviasse; mas pode ser também que o agente previsse o resultado, ou mesmo que essa previsão tenha sido o motivo (motivo impulsivo) do movimento corpóreo. Da previsão do resultado origina-se a idéia de dolo."¹⁴⁶

autor há actuado o no voluntariamente. Qué es lo que quería es irrelevante a este respecto."

¹⁴⁵ - Apud ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 237: "La acción debe afirmarse siempre que concorra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa conducta."

Após, situava o dolo como forma de culpabilidade (ou de imputação do resultado). Em termos:

"Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva (...) a culpa supõe: 1º, a imputabilidade do agente (...); 2º, a imputação do resultado. Esta se dá, a) quando o resultado foi previsto (dolo...); b) quando o resultado não previsto podia sê-lo (culpa em sentido estrito...)." ¹⁴⁷

Também RADBRUCH, um dos grandes responsáveis pela elaboração estrutural do sistema "Liszt-Beling", em 1904, fez referência à apontada cisão da vontade, escrevendo que se devia...

"...adotar aquele conceito amplo de ação, que exige unicamente a causalidade da vontade relativa ao fato e que remete completamente à culpabilidade o problema de qual era o conteúdo do querer." ¹⁴⁸

Resumidamente, havia uma cisão da conduta humana, seguindo a dicotomia "objetivo-subjetiva" que caracterizava o conceito analítico de crime, embora tripartido em tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Este procedimento, ao passo em que negou conteúdo subjetivo à conduta humana, exaltou-a como forma de causalidade física de resultados. É o que se deduz da análise da "voluntariedade" atrelada ao "movimento corpóreo". Sinteticamente, REGIS PRADO:

¹⁴⁶ - VON LISZT, F. *Tratado...*, pp. 198-199.

¹⁴⁷ - Idem, pp. 249-250.

¹⁴⁸ - Apud WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, p. 46: "Como escribía RADBRUCH (1904), hay `que adoptar aquel concepto amplio de acción, que exige únicamente la causalidad de la voluntad respecto al hecho y que remite completamente a la culpabilidad el problema de cuál era el contenido del querer'..."

"De consequência, a conduta voluntária é cindida em dois momentos: o externo-objetivo (*ação/resultado*) e o interno-subjetivo (*conteúdo da vontade/querer*). O primeiro figura no injusto típico e o segundo, na culpabilidade."¹⁴⁹

Da decomposição do conceito causal naturalista de conduta, outro elemento era o nexa causal (movimento "que causa" modificação...), definido - até os dias de hoje (ao menos à vista do art. 13, "caput", CP) como ligamen entre conduta e resultado, deduzido de modo naturalista ou fenomênico. Para defini-lo, adota-se o processo denominado "eliminação hipotética de THYRÉN"¹⁵⁰, consistente em eliminar mentalmente, num exercício imaginário, a conduta do agente a quem se está verificando imputar-se ou não o resultado. Acaso o resultado desapareça, a conduta deu-lhe causa, o que se não conclui no caso reverso (o resultado manter-se hígido).

Este método também é ainda atual para definição da causalidade segundo a teoria da equivalência dos antecedentes, contida no antedito art. 13, "caput", CP. Não vale, porém, quanto ao 13, § 1º, que trabalha com a teoria da causalidade adequada¹⁵¹, bem como no tocante ao 13, § 2º, que

¹⁴⁹ - PRADO, L.R. *Curso...*, p. 154.

¹⁵⁰ - Método de definição de causalidade entre conduta e resultado dentro da teoria da equivalência dos antecedentes, que dá base ao art. 13, CP, de fundo positivista naturalista (o mesmo fundamento filosófico adotado em tema de teoria causal da conduta humana). Sobre o processo de eliminação hipotética de THYRÉN, por todos, FRAGOSO, H.C. *Lições...*, p. 165.

¹⁵¹ - Na visão de FRAGOSO, H.C. *Lições...*, pp. 167-168, o art. 13, § 1º utiliza "...critérios que são próprios da causalidade adequada". Os passos metodológicos segundo os quais se constata a relação de causalidade dentro da teoria da causalidade adequada são: 1) verificar-se a previsibilidade do agente, colocando-se no seu lugar; 2) fazê-lo "ex ante", i.é, hipotetizando a não ocorrência do resultado, cf. COSTA Jr., Paulo José da, *Direito Penal - curso completo*, p. 62, para quem também o CP brasileiro adota a causalidade adequada, como limite à teoria da equivalência dos antecedentes. Nestes termos, se houver previsibilidade do resultado como ocorreu, a conduta do agente é causa adequada para produção do mesmo; ao revés, exclui-se a causalidade. Este juízo subjetivo é a maneira original de VON KRIES estabelecer as causas dentro desta teoria, baseada na "experiência", cf.

trata de nexos de inevitabilidade, constatado através de um processo hipotético, porém de "inclusão" da conduta devida, e não de "eliminação".

Todavia, cinge-se ao tema apenas a noção de que o nexo causal, nesta ótica naturalista, fazia parte do conceito de conduta, de maneira que se operava sua exclusão na ausência do nexo de causa entre o movimento corporal e o resultado (diversamente do que ocorre num sistema orientado pelo finalismo, em que se entende, de forma dominante, que a ausência do nexo causal exclui a tipicidade legal objetiva, quando a estrutura típica o exige)¹⁵².

Finalmente, deduz-se do conceito causal - como elemento conceitual - o resultado naturalístico. Deve ser definido como "mudança no mundo exterior"¹⁵³, um fenômeno sensorialmente perceptível. Este fenômeno, segundo VON LISZT, para ser tomado em consideração, implicava na consulta da "cominação penal"¹⁵⁴ (não se operava àquela época com a noção de tipicidade), já que algumas vezes era abstraído por parte do legislador, para efeito de caracterização do crime. Todavia, criticava a idéia de que os crimes em que essa abstração ocorresse pudessem ser formais, já que - se toda conduta gera um resultado natural - não existiriam crimes formais, só materiais¹⁵⁵.

MERKEL (apud VON LISZT, F. *Tratado...*, pp. 205/206), ou na "regularidade estatística" (COSTA Jr., P.J. da *Direito Penal...*, p. 62). Merecem conferência também PRADO, L.R. *Curso...*, p. 167, BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 179, e MACHADO, L.A. *Direito Criminal*, p. 114, embora nenhum mencione seja adotada no Brasil a teoria da causalidade adequada no tocante ao art. 13, § 1º, CP, em linha contrária a FRAGOSO e COSTA Jr..

¹⁵² - Aponta TAVARES, J. *Teorias...*, p. 29, que BELING, em contradição com a teoria da conduta que defendia, sustentara que o "problema da causalidade se reduz jurídico-penalmente a averiguar, nas diversas figuras delituosas, uma particular "causalidade típica".

¹⁵³ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 194.

¹⁵⁴ - *Idem*, pp. 194-195.

¹⁵⁵ - *Ibid.*, p. 195.

A abstração do resultado natural por parte do legislador (ou seja, a não menção do resultado como exigência para a cominação penal relativa a uma conduta) não importava, porém, em sua inexistência no mundo dos fenômenos. Diante disso, era inaceitável, para VON LISZT, distinguir "os crimes entre materiais e formais, considerando-se como materiais os que produzem um resultado exterior e como formais aqueles em que isto não se dá." ¹⁵⁶

Por sua parte, o perigo de ocorrência do resultado, por ser também sensorialmente perceptível, segundo VON LISZT, compunha por igual a noção de "resultado".¹⁵⁷

A exigência do resultado como "mudança no mundo exterior", expressão de VAN HAMEL¹⁵⁸, dá exata medida da dimensão naturalística, físico-newtoniana, que estava situada por trás do conceito causal de conduta. Muito expressivo é o destaque de JAKOBS à primeira fase da obra de VON LISZT, o qual, nas injúrias, por exemplo, percebia como resultado a "provocação de vibrações sonoras e de processos psicológicos no sistema nervoso do ofendido." ¹⁵⁹

Enfim, destaca-se na teoria causal da conduta humana uma tentativa de "observá-la e descrevê-la", da maneira mais neutra possível, sem qualquer juízo de valor ou carga subjetiva na estipulação de seu conteúdo. A observação e descrição, bem por isso, prende-se ao aspecto fenomênico - àquilo que é perceptível aos sentidos - daí cingir-se a uma relação de causa e efeito, em que há uma "voluntariedade"

¹⁵⁶ - Ibid., p. 195.

¹⁵⁷ - Ibid., p. 195-196.

¹⁵⁸ - Apud VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 194.

¹⁵⁹ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 161: "En esta separación del lado externo del delito como injusto y del lado interno como culpabilidad, al principio se define al aspecto externo drásticamente como una "modificación perceptible sensorialmente", así por ejemplo en las injurias como "provocación de vibraciones sonoras y de procesos psicológicos en el sistema nervioso del ofendido."

presente na "liberdade de enervação muscular"¹⁶⁰ (BELING) realizada nas condutas comissivas. A ponte com as ciências naturais também fica evidenciada justamente pelo manuseio de elementos biológicos, como se vê na "enervação muscular" antereferida ou, no caso de VON LISZT, na alusão à "tensão muscular"¹⁶¹.

III.4.1- Pontos críticos

Dentro da própria linha causal, cujos pressupostos geraram o sistema clássico ou "Liszt-Beling", as primeiras décadas do século XX foram pontuadas por modificações tanto no sistema analítico de crime como na concepção de conduta, havendo grandes discussões principalmente em torno da questão da omissão, além de outras que por igual atacavam os pressupostos naturalistas, como a discussão sobre crimes formais e materiais ser válida¹⁶², como quanto à viabilidade de conceber-se o resultado como dano social, ainda que não perceptível no mundo dos fenômenos¹⁶³. Porém, deve-se à concepção finalista de conduta humana, e a seu maior representante, HANS WELZEL¹⁶⁴, a grande derrubada dos pilares mecanicistas em que estava ancorado o conceito causal de conduta. De toda sorte, impende comentar o conteúdo do conceito causal de conduta elemento a elemento.

Inicialmente, a conduta como "movimento corpóreo" causador de "modificação no mundo exterior" não é conceitualmente adequada ao comportamento omissivo, pois

¹⁶⁰ - BELING, E.V. *Esquema...*, p. 19: "Debe entenderse ppor "acción" um comportamiento corporal (fase externa, "objetiva" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "voluntariedad"), (fase interna, "subjetiva" de la acción)."

¹⁶¹ - V. nota 128, supra.

¹⁶² - V. nota 151, supra.

¹⁶³ - Cf. TAVARES, J. *Teorias...*, p. 19. No mais, v. infra.

omitir, já diante de uma concepção meramente lingüística ("a latere" do direito), é "deixar de movimentar-se" numa direção, é um "non facere" relativo a algo.

Foi ingente o esforço da linha causal em situar sob o mesmo manto a ação comissiva e omissiva, tudo sem abandono da idéia central de naturalismo, com método empírico. Grande emblema disso foi o pensamento de BELING acerca da omissão como "um não fazer" (...) isto é, distensão dos músculos"¹⁶⁵, sendo comum a doutrina a ele recorrer para evidenciar o traço bio-fisiológico da percepção causalista sobre o tema. Veja-se, por exemplo, ZAFFARONI, ao destacar as idéias de BELING sobre omissão como "distensão muscular" no seu aspecto objetivo (externo) e a "vontade de distender os músculos" ¹⁶⁶ como aspecto subjetivo-interno. Também ROXIN invoca BELING como modelo, sustentando que para este houve ação se objetivamente alguém "empreendeu qualquer movimento ou não movimento", ao que se somaria o aspecto subjetivo de que "nesse movimento corporal ou nessa falta de movimento animava uma vontade" ¹⁶⁷. Na omissão, a vontade dominaria nervos motores "...da mesma forma que no movimento corporal; e se opõe à inovação e concentração muscular" ¹⁶⁸ (BELING). Dentre os autores brasileiros, a título exemplificativo, JUAREZ

¹⁶⁴ - WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, pp. 46-50, contendo a base de sua crítica ao conceito causal de conduta humana.

¹⁶⁵ - BELING, E.V. *Esquemas...*, p. 20: Ação consiste "...ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p.ej., levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un "no hacer" (omisión), ello es, distensión de los músculos."

¹⁶⁶ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 350: "Según este mismo concepto, la omisión era un 'no hacer' caracterizado exteriormente por la 'distensión muscular' e interiormente por la voluntad de distender los músculos."

¹⁶⁷ - ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 237: "Correlativamente sostiene BELING que existe acción si objetivamente alguien ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento", a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de 'que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad."

¹⁶⁸ - Apud ROXIN, C. Op. cit., p. 237: "La voluntad domina aquí los nervios exactamente igual que en el movimiento corporal; y si opone a la innovación y concentración muscular."

TAVARES fez uso do mesmo paradigma ao lembrar a noção belinguiana da omissão como "retração querida dos nervos motores"¹⁶⁹.

Neste pensar, para que houvesse crime omissivo, seria necessária "distensão muscular", i.é, que a pessoa estivesse em estado biológico de relaxamento muscular. Cai com precisão este pensamento diante da crítica de ZAFFARONI:

"A mãe que para matar seu bebê deixa de alimentá-lo para que morra de fome e sede, não distendia nenhum músculo se na hora em que devia dar-lhe o alimento se dedicava a praticar ginástica."¹⁷⁰

Este caso diz respeito a crime omissivo impróprio, mas o raciocínio é válido para a omissão própria: o motorista que, na forma do art. 135 do CP, deixa de socorrer alguém que está tendo convulsões prostrado sobre o acostamento da estrada, também não precisa estar em distensão muscular, assistindo passivamente a cena, para que sua conduta seja considerada omissão com subsunção típica, respondendo pelo crime mesmo que continue dirigindo, o que implica nas contrações musculares respectivas.

Portanto, é debalde a tentativa de reduzir a omissão a um conceito naturalista, um "não fazer" no sentido físico ("ficar imóvel", ou "ficar parado").

Certamente isto foi percebido pelos próprios causalistas. Para comprovar, merecem destaque estas passagens de VON LISZT:

¹⁶⁹ - TAVARES, J. Teorias..., p. 36.

¹⁷⁰ - ZAFFARONI, E.R. Manual..., p. 351: "La madre que para matar a su bebe deja de alimentarlo para que muera de hambre y sed, no distendía ningún músculo si a la hora en que debía darle el alimento se dedicaba a practicar gimnasia."

"Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1 quando a mudança foi causada voluntariamente; 2 quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e conseqüentemente do crime."¹⁷¹

Paralelamente à causação, tem-se na forma omissiva um "não impedimento" do resultado. Daí, poder-se sintetizar o conceito de conduta humana lisztiano como "...causação ou não evitação de uma modificação (de um resultado) do mundo exterior mediante uma conduta voluntária"¹⁷².

Porém, neste diapasão, perdeu-se certamente a pureza naturalista que VON LISZT procurou imprimir à estrutura do crime. Na verdade, há uma colisão entre esta pretensão e passagens de VON LISZT sobre a omissão. Dizia, e com razão:

"Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que esperado. Não dizemos de uma pessoa que nos deixou de saudar, de visitar, de convidar, se não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite.

O direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a obrar. *Non facere quod debet facere...*"¹⁷³

¹⁷¹ - VON LISZT, F. *Tratado...*, pp. 193-194.

¹⁷² - Apud ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 237: "...LISZT llegó posteriormente a formular otra descripción algo distinta: 'acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exatamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.'" Esta concepção ROXIN recolhe do Tratado de VON LISZT de 1919, apontando que o conceito é distinto da concepção inicial, colhida por ROXIN de 1891. Também não se encontra esta definição na edição brasileira, que é tradução da alemã de 1895, segundo dá a entender o prefácio do tradutor JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA, p. XXX.

¹⁷³ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 208.

Ora, onde está o naturalismo se a omissão em direito é só a antijurídica? Na verdade, não se olvidando que o "tipo" ainda não estava categorialmente desenvolvido, a frase de VON LISZT poderia ter tradução moderna na idéia de que toda omissão é omissão típica, não havendo omissão pré-típica. Isto coincide com a teoria do "aliud agere", sustentada por autores como ZAFFARONI¹⁷⁴, CIRINO DOS SANTOS¹⁷⁵, MESTIERI¹⁷⁶, dentre outros.

Então, é de se concluir que VON LISZT estava certo ao afirmar que omissão em direito é omissão de deveres. Porém, inexistindo deveres no mundo pré-jurídico, do qual partia a linha causal para definir conduta como fenômeno natural, mostrava-se contraditório o conceito de conduta como "não impedimento", já que assumia perfil naturalista para a forma comissiva do comportamento e perfil normativo (fundado no mundo dos deveres, do "dever-ser") no concernente à omissão.

A quebra da pureza metodológica e a imposição, com isto, de um novo paradigma filosófico, não se mostrava premente somente no tocante à omissão, incompatível com a estrutura naturalista de um "movimento corpóreo", como elemento de partida do conceito. Quanto ao nexu causal, como elemento conceitual da conduta, também dirigem-se objeções.

Em tema de causalidade, "ex nihilo nihil", ou seja, "do nada nada surge". De fato, também VON LISZT percebera de logo esta dificuldade:

"E, na verdade, devemos convir em que, rigorosamente considerado, o resultado produzido não é em caso algum

¹⁷⁴ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 452-453.

¹⁷⁵ - SANTOS, J.C. *A moderna...*, p. 129.

¹⁷⁶ - MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, p. 113 e p. 249, embora não nomine a teoria adotada.

causado pela omissão em si, mas sempre pelas forças naturais que exercem a sua atividade colateralmente à omissão. A criança, que a mãe deixa morrer de fome, perece de consunção; o mau nadador, a quem o companheiro recusa a mão salvadora, morre por asfixia. As forças naturais, a que não se opôs o indivíduo obrigado a agir, causaram o resultado; não o causou o autor da omissão.”¹⁷⁷

Daí concluir que não seria possível questionar quando a omissão é causal, e sim “quando a omissão é ilegal?” ou “quando o não impedir o resultado equivale a causá-lo”¹⁷⁸?

Ora, negada a existência de uma relação de causa e efeito, afastando-se em tema de omissão a relação de causalidade, repeliu-se a mais característica nota da linha naturalista. Logo, nem todo comportamento humano implicava em causação de um resultado físico, lançando-se por terra um dos postulados do naturalismo.

De mais a mais, a exigência de nexos de causa - como também de resultado naturalístico - como parte da conduta humana, colide frontalmente com a existência de crimes de mera conduta e formais, que trabalham com condutas que não podem gerar modificação no mundo exterior (os primeiros) ou que podem, porém isto desinteressa para a estrutura do tipo (os últimos), importando para efeitos diversos, como o exaurimento em tema de dosimetria de pena.

De fato, VON LISZT¹⁷⁹ foi muito coerente ao repelir a classificação dos crimes em materiais ou formais, pois no seu pensar nenhuma conduta deixava de gerar resultado naturalístico. Porém, admitindo que o legislador “abstraia aparentemente de um resultado ulterior que na verdade ele tem

¹⁷⁷ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 212.

¹⁷⁸ - *Idem*, p. 213.

¹⁷⁹ - *Ibid.*, p. 195.

em vista"¹⁸⁰, VON LISZT estava aceitando a confecção de uma "cominação penal" (não havia tipicidade...) sem conduta. Afinal, abstraindo o resultado - e por conseguinte o nexu causal - o legislador estava a prever punição de um arremedo de conduta, algo que não correspondia ao que era, para o causalismo, o comportamento humano. Isto era contraditório com a parêmia "nullum crimen sine conducta", da qual partia VON LISZT¹⁸¹.

Por outro lado, a grande crítica feita à teoria causal diz respeito ao artificialismo conceitual a que se chega ao cindir-se a conduta humana quanto ao seu aspecto externo, onde há vontade de realizar o movimento corporal, e aspecto interno, correspondendo ao conteúdo, ao "para que" do movimento: trata-se aquele aspecto no plano da conduta humana, enquanto este último é dela dissociado e tratado no âmbito da culpabilidade.

Ora, uma tal forma de pensar é subverter o conceito em prol da pureza do sistema. Reconhece-se que a conduta é *provida de finalidade, é dirigida "para algo"*. Porém, como o sistema é bipartido em aspecto objetivo-externo e subjetivo-interno, todo o conteúdo "interno" da conduta humana é recolhido e remetido ao respectivo aspecto subjetivo. Ocorre, assim, um "esvaziamento" de conteúdo, do qual a conduta humana passa a estar desprovida. Nada mais forçado.

Além de a linha causal ter reconhecido que a conduta possuía uma finalidade a orientá-la (denominada por VON LISZT de motivo¹⁸²), porém contraditoriamente apartar esta finalidade como elemento conceitual da conduta, para manter a pureza do sistema, esta postura gerava inúmeras

¹⁸⁰ - Ibid., p. 195.

¹⁸¹ - Ibid., p. 189.

inconveniências práticas, dentre as quais a impossibilidade de definir-se a tentativa.

De fato, suponha-se o exemplo de um cadete, no estande de tiro de uma academia militar, ter efetuado um disparo de arma de fogo e atingido a perna de outro que passava próximo aos alvos. Dentro da teoria causal, haveria conduta humana, diante do movimento corpóreo (apertar o gatilho), da voluntariedade (o agente "quis apertar o gatilho"), da modificação no mundo exterior (perna lesionada) e do nexo causal (ligação entre movimento físico e resultado). Superada a existência de conduta humana, é o caso de subsumir a conduta a um tipo. Qual seria a subsunção correta? Como saber se, à luz do nosso ordenamento jurídico-penal, deveria ser enquadrada a conduta como tentativa de homicídio, lesão corporal dolosa ou lesão corporal culposa?

A concepção de conduta causal naturalista não permite qualquer conclusão, pois para determinar-se a adequação típica, é imprescindível saber qual a finalidade do disparo. Se o agente: a) quis matar, não logrando êxito, seria situação de "conatus" atinente ao homicídio; b) quis ferir o inimigo na perna, seria caso de lesão dolosa consumada; c) quis praticar exercícios de tiro e, por quebra de dever de cuidado quanto à análise do campo de tiro, não percebeu a presença de uma pessoa no local, dar-se-ia lesão corporal culposa. Como o fim da conduta não faz parte dela, fica impossível saber, no âmbito pré-típico, o que foi realizado pelo agente. "Por isso a finalidade é - em sentido figurado - 'vidente', a causalidade, 'cega'"¹⁸³, afirmou WELZEL de maneira antológica, sintetizando toda a

¹⁸² - Ibid., p. 198-199: "O movimento corpóreo é o efeito (a resultante) das idéias ou representações que se cruzam, se contrapõem e se auxiliam. A representação que triunfa chamamos motivo."

problemática gerada pela artificialidade do conceito causal naturalista de conduta.

A "cegueira" da teoria causal-naturalista da conduta humana, provocada pelo "esvaziamento" do seu conteúdo, levava a um procedimento irracional. Com efeito, a partir dos postulados do sistema "Liszt-Beling", teríamos que esgotar a análise até o último extrato, o da culpabilidade, lá "descobrir" o "motivo" do agente, na expressão lisztiana, e "retornar" ao extrato da tipicidade, para realizar a subsunção. Metodologicamente, é nada econômico e, pois, inaceitável este caminhar.

Esta mesma "cegueira" alusiva ao reconhecimento da finalidade do agir humano como parte elementar da conduta provocava problema também nos crimes culposos. De fato, restava impossível definir quais deveres de cuidado competiam ao agente sem que se soubesse qual a conduta que pretendia realizar. Somente a finalidade da conduta define quais os deveres de cuidado que a devem cercar¹⁸⁴. E, sem esta definição, restava inviável definir o padrão de comportamento exigido, para cotejá-lo com a conduta realizada, dentro do procedimento de comparação de comum adoção em tema de crimes culposos. Calha a crítica realizada por WELZEL:

"...este sistema [causal] se mostrou também como inapropriado para a compreensão do crime culposo, já que se estabeleceu que o elemento decisivo do injusto na culpa não radica na pura causação do resultado, mas na contravenção objetiva do cuidado na ação."¹⁸⁵

¹⁸³ - WELZEL, H. *Derecho Penal...*, p. 40: "Por eso la finalidad es - dicho de forma gráfica - "vidente", la causalidad, 'ciega'."

¹⁸⁴ - Cf. ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 429.

¹⁸⁵ - WELZEL, H. *Derecho Penal...*, p. 47: "Finalmente, este sistema se ha mostrado también como inapropriado para la comprensión del delito culposo, ya que se ha establecido que el elemento decisivo del injusto en la culpa no

Ainda, a objetivação do tipo penal impedia a existência de qualquer elemento subjetivo no tipo, em flagrante contradição com o ordenamento, que previa - como até hoje - inúmeros elementos subjetivos descritos nos tipos legais (exemplificativamente, "para si ou para outrem", no art. 155, CP, ou "para fim libidinoso", no art. 219, CP), conforme perceberam FISCHER e HEGLER¹⁸⁶. Ruía o sistema clássico, sendo de destacar a frase de HEGLER: "Nem todo o objetivo pertence ao injusto, nem todo o subjetivo, à culpabilidade."¹⁸⁷

Outra consequência nefasta: a famosa "concepção objetiva" das excludentes de ilicitude. Na estrutura de crime objetivo-subjetiva, a ilicitude situava-se no aspecto objetivo. Por esta razão, suas excludentes também eram puramente compostas de elementos objetivos. Em decorrência disso, um médico que praticasse aborto com consentimento da gestante e, duas semanas após, descobrisse que a mulher estava correndo risco de vida em razão da gravidez, uma vez processado, poderia valer-se do estado de necessidade de terceiro, ainda que não tivesse, ao tempo da conduta, a mais mínima noção de que salvava a gestante da morte iminente, sendo absolvido - solução inaceitável¹⁸⁸ e superada pela

radica en la pura causación del resultado, sino en la contravención objetiva del cuidado en la acción."

¹⁸⁶ - Cf. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, p. 136. No Brasil, refere-se LUISI, L. Op. cit., pp. 16-17, a HANS A. FISCHER como pioneiro, em 1911, na idéia de que há situações que dependem da "intenção e propósitos presentes como guias no espírito do agente", no campo do direito privado, bem como a NAGLER e HEGLER. A dissertação de mestrado de MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos Subjetivos do Injusto*, pp. 42-44, reforça a origem dos elementos subjetivos do tipo com HEGLER.

¹⁸⁷ - Apud MARQUES, D.F. *Elementos...*, p. 42.

¹⁸⁸ - O exemplo é clássico. Trabalha-o, por exemplo, JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 449, apontando que a solução deve ser a punição pela tentativa, já que o desvalor do resultado está objetivamente justificado, mas não o desvalor da conduta. Outra linha entende que a punição deve ser pelo crime consumado, já que se "el autor no los conoce [os pressupostos do estado

concepção de injusto pessoal. Afinal, desnecessário, numa estrutura puramente objetiva, qualquer elemento de ordem subjetiva, "in casu", cognição do estado necessário relativa ao bem jurídico mais relevante (vida da gestante).

Enfim, o que se percebe é a falha no ponto de partida: a raiz naturalista, com gênese na qual seria definida uma estrutura de conduta também natural, correspondente ao "mundo do ser", acabou se apegando à causalidade, que em verdade sequer é aspecto conceitualmente pertencente - de fato - à conduta humana, mas sim um elemento relacional, à medida que estabelece ligação entre ela - conduta - e um resultado eventualmente dela derivado. O que pretendia ser um conceito natural de conduta revelou-se não "tão natural" assim, na expressão de ZAFFARONI¹⁸⁹, pois ficara claro que "esse conceito 'natural' de ação era um invento que nada tinha que ver com a realidade da ação..."¹⁹⁰

Neste ponto, é de salientar que o nexos causal é questão que diz exclusivamente respeito aos tipos penais, quando materiais, i.é, exigentes de modificação no mundo exterior. Por isso, argutamente JUAREZ TAVARES critica BELING, em termos:

"BELING, por sua vez, já havia salientado especificamente que o problema da causalidade se reduz jurídico-penalmente a averiguar, nas diversas figuras delituosas, uma particular causalidade típica. (...) A posição de BELING, embora

de necessidade] o no persigue el fin de salvación, el hecho será un aborto contrario al derecho por falta de los elementos subjetivos de justificación." (WELZEL, H. op. cit., p. 110, laborando em relação ao mesmo exemplo). Por razões que nada têm em comum com o naturalismo, recentemente TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, pp. 253-254, sustenta a desnecessidade de um "dolo justificante".

¹⁸⁹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 350.

¹⁹⁰ - Idem, pp. 350-351: "Se hacía demasiado claro que esse concepto "natural" de acción era un invento que nada tenía que ver con la realidad de la acción máxime en cuanto a la concepción de la omisión como exteriorizada mediante una 'distensión muscular'."

corretíssima, contradiz, porém, a estrutura da ação causal, por ele proposta.”¹⁹¹

De conformidade com os postulados causais naturalistas, o nexó de causa era matéria relevante em qualquer conduta, daí a tamanha importância dada ao tema nesta corrente doutrinária. Afinal, se o tipo descreve condutas, e a causalidade delas faz parte, todo o tipo penal exigiria nexó causal. Mero lançar de olhos sobre a parte especial do CP nega a validade disso. Daí a importância do assunto relativo ao nexó de causa encontrar-se, na atualidade, reduzida ao âmbito dos tipos que lhe exigem, associada, como pressuposto, à imputação objetiva do resultado ao autor (teoria da imputação objetiva), já que, como afirma BACIGALUPO, a causalidade física, nos crimes de resultado, e só neles:

“...requer uma limitação: entre os comportamentos causais de um resultado típico só alguns culminam na responsabilidade penal. A teoria da causalidade se completa mediante corretivos de natureza não causal, mas normativa, isto é, corretivos que se deduzem da natureza do ilícito penal. Este conjunto de corretivos da causalidade dá lugar à teoria da imputação objetiva.”¹⁹²

¹⁹¹ - TAVARES, J. *Teorias...*, pp. 29-30. De fato, sustentou contraditoriamente BELING, E.V. *Esquema...*, p. 65: “Para valorar este conflicto de teorías [sobre causalidade] debe observarse que él es trasladado enteramente a un terreno prejurídico y apriorístico, para extraer de allí consecuencias de naturaleza jurídica. Este es un error metodológico. El problema jurídico-penal de que aquí se trata no es en modo alguno el problema de la “causalidad” como tal, sino la comprensión del contenido de los delito-tipos en particular, de una particular causalidad típica.” “Para valorar este conflicto de teorías deve-se observar que ele é transportado inteiramente a um terreno prejurídico e apriorístico, para extrair daí consequências de natureza jurídica. Isto é um erro metodológico. O problema jurídico-penal aqui tratado não é de modo algum o problema da “causalidade” como tal, mas a compreensão do conteúdo dos delito-tipos em particular, de uma particular “causalidade típica’.”

¹⁹² - BACIGALUPO, E. *Derecho Penal...*, p. 255: “La causalidad requiere una limitación: entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo

Enfeixando as críticas, pode-se dizer que a teoria causal da conduta, não obstante cumprir a tarefa de "elemento limite", ao separar "prima facie" fenômenos irrelevantes para efeito de tratamento jurídico-penal (como movimentos em estado de inconsciência, por exemplo), não cumpria função como "elemento básico", já que a forma omissiva de comportamento humano não se deixava explicar pela teoria da conduta, chocando-se com as exigências conceituais do naturalismo (causação de modificação no mundo exterior).

Isto, aliás, foi reconhecido por RADBRUCH¹⁹³: na idéia de ação e omissão como "posição e negação, A e não-A", ambos não podem ser reduzidos a um mesmo supraconceito. Com tal argumento, pioneiramente, RADBRUCH apresentou um sistema analítico de crime que prescindia do conceito de conduta humana como ponto de apoio inicial.

O funcionamento do conceito naturalista como "elemento básico" frustou-se também em tema de crimes culposos, pois a abstenção da finalidade da conduta como elemento conceitual impedia a descoberta do padrão de comportamento exigido, impossibilitando a definição da quebra

algunos culminan en la responsabilidad penal. La teoría de la causalidad se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva."

¹⁹³ - Apud ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 238: "Ese descubrimiento ya llevó tempranamente a RADBRUCH a sostener la tesis, nunca rebatida desde la perspectiva del concepto natural de acción, de que comisión y omisión "no pueden ser agrupadas bajo un supraconceito común", sino que se comportan entre sí como "posición y negación, a y non-a. Consiguientemente, según él, el sistema está "rasgado de arriba abajo en dos partes", por lo que es necesario "considerar también doblemente cualquier otro concepto del sistema, como predicado de la acción y como predicado de la omisión". De ese modo se había renunciado a la acción como elemento base." CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 128, igualmente retoma a lição de RADBRUCH de ação e omissão como contrários ("A e não-A"). BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 153, também faz esse destaque.

de dever de cuidado, elemento central das formas imprudentes "lato sensu" de conduta.

Como "elemento de enlace", também não operava corretamente o conceito naturalista de conduta, já que, exigindo nexos de causa e resultado natural, fundiam-se na conduta humana exigências que na verdade são próprias de algumas estruturas típicas (crimes materiais), levando à confusão entre conduta e tipicidade, inaceitável pela neutralidade que se exige do conceito de conduta¹⁹⁴. A função de elemento de enlace deve suportar os extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Ademais, de maneira a não se confundir com eles e também não provocar confusão entre os extratos "per se". E, neste particular, evidentemente havia um problema insolúvel alusivo à tentativa, que exigia definir-se a estrutura típica emprestando-se um elemento próprio da culpabilidade (o "motivo", na expressão de VON LISZT, acima citada).

Pode-se, por fim, acrescentar que o período causal-naturalista é marcado pela ênfase absoluta ao desvalor de resultado no injusto. Porém, na estrutura analítica de crime, não se deve prezá-lo com exclusividade. O desvalor da conduta também há de ser ressaltado. Sem a completude ensejada pela atuação do direito penal em ambas as direções, o indivíduo ficaria reduzido à condição de mero produtor de resultados lesivos quando o direito penal seleciona uma destas realizações, apegadas somente à ofensa ao bem jurídico. Há necessidade de que a conduta humana, para efeito de incriminação, seja considerada também em seu aspecto subjetivo. Isto leva a dosimetrias penais distintas segundo a intenção do agente, refinando os critérios necessários para

realização do princípio da proporcionalidade entre crime e pena. Altera, também, o tratamento dado à co-delinquência, tanto no tocante à co-autoria (com a noção do injusto pessoal) como em relação à participação (desloca-se o grau de acessoriedade da teoria extrema para a teoria limitada).

"Pari passu", considerar a conduta humana tanto no tocante ao desvalor do resultado que produz, como também no que diz respeito ao desvalor da ação "per si", implica em maior limitação da atuação do direito de punir, seja "in abstracto", para construção do tipo (preceito primário, em que se permite com conforto a inclusão de elementos subjetivos, e preceito secundário, consentâneo com a gravidade do evento como desvalor de conduta e resultado), seja em concreto, no que se refere ao decreto condenatório.

As dificuldades sistêmicas geradas no bojo do sistema "Liszt-Beling" implicaram em esforços doutrinários que se nortearam, basicamente, pela substituição do paradigma naturalista fracassado por um fundamento filosófico diverso, de cariz normativista, porém tendente à manutenção de certos postulados do sistema clássico. Adentra-se à fase denominada "neokantiana."

III.5- A fase neokantiana

O conceito analítico de crime "neokantiano", ao suceder a concepção clássica de crime, ou sistema "Liszt-Beling", implicou em mudanças de destaque em todos os elementos do crime.

Em tema de conduta humana, abandonou-se o naturalismo que marcava o pensamento anterior. Neste ponto,

¹³⁴ - ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 239, parece não ter percebido isso, ao afirmar "la ventaja de ser neutral frente al tipo" o conceito causal

aliás, fizeram-se sentir muito fortemente os efeitos da mudança de paradigma filosófico, de um naturalismo mecanicista para outro estruturado axiologicamente, prezando os valores com que trabalhava (e até hoje trabalha) o direito penal.

No campo da tipicidade, não obstante a manutenção do seu caráter objetivo, passam a ser aceites elementos subjetivos¹⁹⁵ ("para si ou para outrem", no furto, art. 155, CP, v.g.).

Uma curiosa construção, presente por exemplo na obra de MEZGER¹⁹⁶, dentro destas modificações esquemáticas em relação ao sistema clássico, situava o dolo dos crimes tentados como "elemento do injusto" e da culpabilidade, de modo simultâneo, ao passo em que o tratava, nos crimes consumados, somente no extrato da culpabilidade. Obviamente, estava MEZGER a contornar uma crítica insuperável contra o sistema objetivo-subjetivo, do qual era defensor, tangente à

naturalista de conduta.

¹⁹⁵ - Esta alusão é comum na doutrina. Por todos, BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 139.

¹⁹⁶ - MEZGER, E. *Derecho Penal*, p. 279. Assim, MEZGER afirma que, de fato, "la base de cualquier tentativa punible con arreglo al § 43 [StGB] es la "resolución de cometer un crimen o delito". Artificiosamente, segue dizendo que "...esta resolución es un proceso subjetivo en el alma del autor, esto es, un "elemento subjetivo del injusto" (Eb. SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum*, 1946, p. 13). Por eso, es, a la vez (Lehrb., 172, nota 7), también dolo, es decir, culpabilidad. Si se toma en cuenta esta unidad de elemento subjetivo del injusto y culpabilidad (dolo), las dificultades que se han acumulado acerca de este punto y, con frecuencia, innecesariamente, disminuyen." (op.cit., p. 279) A solução implica em haver dolo no injusto (mais certamente no tipo) para crimes tentados e ausência disso quando o crime está consumado. Ora, o que muda em relação às formas tentadas, quando comparadas às consumadas, é a incompletude do tipo quanto aos aspectos objetivos. Subjetivamente, conduta tentada e consumada são iguais. Tanto assim que se costuma apontar - já dentro do injusto pessoal, em que o tipo legal é composto de tipo objetivo e subjetivo - a tentativa como caso de defeito de congruência por excesso subjetivo, porque o tipo objetivo não se completa no caso concreto, estando completo somente o tipo subjetivo. V., neste sentido, MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 356: "el autor cuenta con que se produzca el íntegro tipo objetivo, mas no puede llevarlo a cabo, sea porque no se dieron circunstancias con que él contaba (trata de robar dinero en un bolsillo vacío), sea que calculara mal el medio y el efecto causal (opresión del gatillo de una pistola descargada (...)) En el caso de la tentativa, en consecuencia, la falla reside en el terreno objetivo del tipo."

tentativa, consistente na inviabilidade de tipificar-se, por exemplo, a "conatus" relativa ao tipo de homicídio, por não se poder distingui-la de lesões corporais dolosas ou mesmo culposas, a não ser contando-se, já na conduta humana (e no extrato da tipicidade, que descreve condutas), com a intenção do agente.

No concernente à ilicitude, houve o desenvolvimento e fortalecimento de sua concepção material, como produção de "danosidade social"¹⁹⁷, conforme assinalado por JESCHECK. O impulso a esta forma de pensar, frisou BETTIOL¹⁹⁸, foi dado por MAX ERNST MAYER, com a teoria das normas de cultura, a partir da qual "um fato deve ser considerado antijurídico apenas enquanto contraste com as concepções éticas, sociais, políticas dominantes."¹⁹⁹

Alargou-se a concepção de ilicitude material no pensamento alemão. Exemplificativa, até mesmo simbólica, é a concepção material de injusto de SAUER, já na década de 40 do novecentos. Este autor desenvolveu as relações entre tipo e ilicitude sob forma de "ratio essendi", ao considerar o tipo como "antijuridicidade tipificada"²⁰⁰. Na seqüência, situou o tipo, dentro do sistema analítico de crime, topologicamente, entre o conceito geral de injusto (abstrato) e o fato delitivo em concreto, arrematando: "O tipo é um sintoma da criminalidade objetiva, da danosidade social e da perigosidade social de um obrar".²⁰¹

Sobremaneira importante, esta concepção de ilicitude material daria fundamento às causas permissivas supralegais, servindo até hoje para fundamentá-las, ainda que

¹⁹⁷ - JESCHECK, H.H. Tratado..., vol. I, p. 279.

¹⁹⁸ - BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, p. 338.

¹⁹⁹ - Idem, p. 339.

²⁰⁰ - SAUER, W. *Derecho Penal*, p. 111.

²⁰¹ - Idem, p. 111.

dentro de uma concepção unitária de ilicitude²⁰² que - antes de contrapor ilicitude formal (relação de contrariedade entre a conduta e o ordenamento jurídico) e material (lesividade ao bem jurídico) - as soma em unidade. Como resultado prático desta concepção unitária, calha como exemplo o tratamento do consentimento do ofendido, no Brasil, pois é caso de afastamento da ilicitude, ainda que não previsto no rol do art. 23, CP, uma vez não se lesionar qualquer bem jurídico (já que disposto pelo titular). Neste passo, v.g., ASSIS TOLEDO²⁰³.

A culpabilidade também foi palco de reelaboração. A grande mudança disse respeito ao abandono da noção de puro nexó psicológico que permeava a concepção anterior, passando-se a entendê-la como reprovabilidade, censurabilidade do agente pelo ato. No texto de SAUER²⁰⁴, v.g., concebeu-se a culpabilidade como "uma falta ético-social", que "encerria a reprovação da lesão grave, socialmente relevante, de um dever".

Dentro desse contexto, a culpabilidade estava composta de elementos psicológicos e normativos. O dolo, aliás, concebido como "dolus malus", era verdadeiro emblema, já que se tratava de um elemento psicológico-normativo,

²⁰² - V. sustentação das razões da concepção unitária em BETTIOL, G. *Direito...*, pp. 333-339.

²⁰³ - TOLEDO, F.A. *Princípios...*, p. 164 e, mais adiante, pp. 171-172 e pp. 214-215. Autores há, porém, que contestam esta concepção, como ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, pp. 480 e 481, dizendo desnecessária a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude e taxando a concepção material de ilicitude como perigosa, pois levaria à criação de um injusto supralegal, e não só de causas excludentes não previstas em lei. Esta posição do professor platino, se é correta no tocante aos riscos (e então a ilicitude material só deve ser usada como "corretivo" para a formal, restringindo-a), só se justifica - no afirmar-se "inútil" uma tal concepção material - se for adotada a concepção de tipicidade conglobante por ele defendida, mas não dominante, que dá trato ao consentimento do ofendido, bem como o princípio da insignificância no estrato da tipicidade. Assim - e só assim - é possível apontar-se a "inutilidade" de uma concepção material de ilicitude.

composto por cognição da conduta, vontade de realizá-la e cognição da ilicitude da conduta (por exemplo, MEZGER²⁰⁵) - primeiramente atual (teoria extremada do dolo), depois meramente potencial (teoria limitada do dolo). Figurava como pré-requisito para outra elaboração que é marco do pensamento "neoclássico": a exigibilidade de conduta conforme o direito, introduzida por FRANK²⁰⁶ em 1907 e cada vez mais incontestada como elemento da culpabilidade (aliás, o grande símbolo desta como censura, reproche, reprovação).

Todavia, a preservação de uma estrutura bifacetada em aspectos objetivo e subjetivo, com o dolo inserido na culpabilidade, mantinha as grandes linhas do sistema "Liszt-Beling", ou clássico. Predominava uma noção objetiva do injusto (conduta humana típica e ilícita) e uma noção subjetiva da culpabilidade, agora encampando também a idéia de reprovabilidade do agente pelo ato, em vista de um "poder-agir-de-outro-modo".

A manutenção, por parte da corrente "neokantiana", destas grandes linhas do sistema "Liszt-Beling", fez com que boa parte do pensamento jurídico-penal situasse a fase

²⁰⁴ - SAUER, W. *Derecho Penal*, p. 222: "La culpabilidad es una falta ético-social y encierra el reproche de la lesión grave, socialmente relevante, de un deber."

²⁰⁵ - MEZGER, E. *Derecho...*, p. 227: "Pertencen a esta forma básica de la culpabilidad [dolo] los dos elementos siguientes: 1. La voluntad del hecho. Este requisito exige un examen a fondo (...); cómo se quiere alguna cosa en general y cómo, por consiguiente, esa cosa está involucrada por la voluntad. 2. El conocimiento del hecho. Se trata de investigar lo que debe ser conocido para que el hecho pueda ser considerado cometido de acuerdo con la forma básica de la culpabilidad. Aquí se toman en cuenta: a) El conocimiento de las distintas circunstancias de hecho (...); b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho." ("Pertencem a esta forma básica de culpabilidade os dois elementos seguintes: 1. A vontade do fato. Este requisito exige um exame profundo; como se quer alguma coisa em geral e como, por conseguinte, esta coisa está comprometida pela vontade; 2. O conhecimento do fato. Se trata de investigar o que deve ser conhecido para que o ato possa ser considerado cometido de acordo com a forma básica da culpabilidade. Aqui se tomam em conta: a) o conhecimento das distintas circunstâncias de fato (...); b) o conhecimento da antijuridicidade do ato.")

²⁰⁶ - Cf. JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 578, já referido e por todos.

"neokantiana" como um segundo momento do causalismo²⁰⁷, sendo comum falar-se de um sistema "Liszt-Beling-Radbruch". Afinal, diz VALLEJO²⁰⁸, "em ambos os casos o essencial da ação radica na causação procedente da vontade, sem entrar a conhecer o conteúdo desta." Daí, também, ser comum dizer-se ter a acolhida do pensamento "neokantiano" resultado num "conceito neoclássico de delito"²⁰⁹.

É preferível, no entanto, fazer uma distinção clara destes períodos, o "clássico" e o "neoclássico", e respectivos sistemas analíticos de crime, sobretudo porque os panos-de-fundo de que se serviam, de fato, eram completamente divorciados um do outro - até mesmo foram opostos, em certa medida²¹⁰. Afinal, enquanto o paradigma naturalista, situado no mundo do "ser", era base do sistema "Liszt-Beling", o modelo "neoclássico" - ou "neokantiano" - estribou-se em valorações.

De forma mais clara: a fase neokantiana representou um rompimento com a pretensão de reduzir a análise do crime à

²⁰⁷ - Neste sentido, JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 161, não faz especial distinção, embora aponte MEZGER como pertencente a uma época intermediária entre o causalismo e o finalismo; também situando o "neokantismo" dentro de um causalismo amplo, v. WELZEL, H. *Derecho Penal...*, p. 47; MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 252. No Brasil, TAVARES, J. *Teorias...*, pp. 35-38; MACHADO, L.A. *Direito Criminal*, p. 86 (ao tratar a causalidade de resultado jurídico como forma de causalismo); BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 152, embora cite a influência "neokantiana".

²⁰⁸ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 30. "*Ciertamente, no se aprecian apenas diferencias entre el concepto causal-naturalístico y el concepto causal-neokantiano (...) En ambos os casos lo esencial de la acción radica en la causación procedente de la voluntad, sin entrar a conocer el contenido de ésta.*"

²⁰⁹ - *Idem*, p. 30.

²¹⁰ - GRECO, L. *Introdução...*, pp. 125-126, assim justifica o procedimento doutrinário de lançar o causalismo naturalista e o pensamento "neokantiano" num mesmo bloco: "*Em virtude da crítica finalista, que reuniu ambos os sistemas neokantiano e naturalista sob o mesmo rótulo, de causalistas, chegou-se mesmo a desprezar a capacidade de rendimento do método referido a valores, acusando-o de não passar de um aprofundamento dos dogmas do positivismo. Porém (...) a materialização das categorias do delito e a construção teleológica de conceitos, que escapam tanto ao formalismo classificatório como à falácia naturalista do sistema anterior, compõem justamente o legado permanente do neokantismo, que hoje não cessa de ser valorizado pelo funcionalismo.*"

constatação de um fenômeno natural, físico, centrado na relação de causa e efeito. Expurgou-se do direito penal a idéia de crime como fenômeno cuja explicação seria adequada às "ciências do ser", tentativa da doutrina jurídico-penal positivista-naturalista que se justificava sobretudo pelo absoluto desprestígio ocupado pelas ciências do espírito na segunda metade do século XIX.

O "neokantismo"^{221-A}, neste diapasão, representou um resgate do valor científico das ciências do espírito. Reintroduziu a noção de que o direito penal, como aliás, os demais ramos do direito, não estavam situados dentre as ciências do "ser", mas perfilava-se como ciência cultural, ciência do "dever-ser", sem que isso implicasse em degeneração ou perda de sua qualidade científica. Recuperava-se o "status" científico das ciências culturais, e portanto, do direito penal²¹¹. Resgatava-se, sobretudo, a possibilidade

^{221-A} - Importa salientar que o conceito de "neokantismo" não é unívoco. Em direito penal, é comum falar-se da fase "neokantiana" de análise do crime partindo-se da vertente neokantiana denominada "Escola de Baden". Assim, v.g., VALLEJO, M.J. *El concepto...*, pp. 30-31 e ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 201. Neste mesmo sentido, a expressão integra este texto. Porém, registra-se que a "Escola de Marburgo" (COHEN, NATORP) igualmente representou uma linha "neokantiana", diferenciando-se da "Escola de Baden". Registra CABRAL DE MONCADA, ao prefaciá-la a tradução em língua portuguesa de *Filosofia do Direito*, de GUSTAV RADBRUCH: "Ao passo que os neokantianos de Marburgo se deixaram fortemente influenciar pelo pensamento naturalista do século XIX e se conservaram profundamente racionalistas, continuando a fazer derivar o objecto do pensamento das formas gerais do próprio pensamento (como, entre os juristas, STAMMLER e KELSEN), os da escola sudocidental afirmam, pelo contrário, que não é este, o pensamento, quem cria só por si o seu objecto, mas que acima dele há necessariamente alguma coisa em harmonia com a qual o pensamento se move e se rege, em ordem a atingir o valor da verdade. Este "alguma coisa" não é, por certo, algo de transcendente; não é uma realidade. (...) Este alguma coisa é um dever-ser puro, um valor. Os valores é que regem o pensamento e lhe permitem alcançar objetividade. E assim, se a Escola de Baden se orienta mais no sentido de uma Filosofia da cultura, onde tais valores não são dados, a de Marburgo orienta-se mais no sentido de uma filosofia do conhecimento." (pp. 15-16).

²¹¹ - Idem, p. 124: "Com a filosofia dos valores do sudoeste alemão (WINDELBAND, RICKERT), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de

de lidar-se, em direito penal, com um método adequado às ciências do espírito (ou culturais), consistente em "compreender e valorar" as condutas ilícitas, no lugar do método empírico consistente em "observar e descrever", próprio de ciências naturais, como a biologia. Neste passo, VALLEJO:

"A razão da independência das ciências do espírito frente às naturais não era outra que a necessidade que tinham aquelas de uma metodologia própria, caracterizada pelo compreender e o valorar o sentido dos fatos. A realidade adquire relevância para as ciências do espírito (culturais) sempre que se ponha em relação com valores, e estes não são perceptíveis como os objetos da natureza, mas compreensíveis através da interpretação dos objetos de que se trata. A realidade, pois, para as ciências do espírito, tem sempre um conteúdo axiológico. (...) O ideal científico das ciências do espírito, segundo GADAMER, é 'compreender o fenômeno em sua própria concreção única e histórica'..."²¹²

A expressão "neokantismo", ou "neocriticismo"²¹³, aqui encontra sua razão de ser. E importa justificá-la, aliás, para que não fique lançada como "copismo".

Afirmou DURANT, refletindo sobre a "Crítica da razão pura", de KANT, que "a razão pura deve indicar o conhecimento que não vem através dos nossos sentidos, mas é

ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores."

²¹² - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, pp. 30-31: "La razón de la independencia metódica de las ciencias del espíritu frente a las naturales no era otra que la necesidad que tenían aquéllas de una metodología propia, caracterizada por el comprender y el valorar el sentido de los hechos. La realidad adquire relevancia para las ciencias del espíritu (culturales) siempre que se ponga en relación con valores, y éstos no son perceptibles como los objetos de la naturaleza, sino comprensibles a través de la interpretación de los objetos de que se trate. La realidad, pues, para las ciencias del espíritu, tiene siempre un contenido axiológico. (...) El ideal científico de las ciencias del espíritu, según GADAMER, es 'comprender el fenómeno mismo en su concreción única e histórica.'"

independente de toda a experiência sensorial”²¹³. É dizer, abstrai-se tudo o que é perceptível sensorialmente, pela experiência (método empírico), para obter-se a razão pura (verdade na sua essência). Se o método empírico é descartado, recorre-se a método distinto: a compreensão do objeto.

A partir disso, funda-se no pensamento kantiano uma dualidade de método absolutamente fundamental para a filosofia, pois que naturalmente vai desaguar numa classificação científica também dualista. Daí MIGUEL REALE afirmar que a...

“...distinção entre ser e dever ser é antiga na Filosofia, mas começa a ter importância mais acentuada a partir da ‘Crítica da Razão Pura’ de KANT. É nesta obra capital que se estabelece, de maneira clara e com todo o peso de seu significado, a distinção entre ser e dever ser, entre “sein” e “sollen’.”²¹⁵

De fato, evidencia-se que o método empírico serve às ciências da natureza; a compreensão do objeto, segundo um sentido valorativo que se lhe imprima, às ciências culturais.

A linha neokantiana de pensamento, ao revalorizar esta distinção metodológica, promoveu verdadeiro “racha” entre os universos do “ser”, referido a fenômenos da natureza, e do “dever-ser”, referido a valores. Ambos os universos deveriam permanecer separados e incomunicáveis, porquanto cada qual era guiado por métodos sem qualquer traço comum, compreendendo a realidade a partir de enfoques distintos²¹⁶. Era uma reação clara à redução naturalista de

²¹³ - ABBAGNANO, N. *Dicionário...*, p. 710.

²¹⁴ - DURANT, Will. *A história da Filosofia*, p. 255.

²¹⁵ - REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*, p. 142.

²¹⁶ - Apesar de o objeto ser uma mesma realidade. O dualismo científico não leva a dois objetos, pois a realidade é matriz tanto para as ciências

todo o conhecimento humano ao campo da causalidade para ser conhecido e explicado com valor científico. Após taxarem este reducionismo de "ingênuo"²¹⁷, afirmam ARNAUD & FARIÑAS DULCE:

"...os autores "neokantianos" situaram a diferenciação das Ciências Naturais e das Ciências Sociais no problema do "método" de conhecimento (...). O primeiro autor neokantiano a ter exprimido, por um prisma lógico, a diferenciação entre Ciências Naturais e Culturais foi WILDELBAND. Esse historiador diferenciou, de um ponto de vista metodológico, as ciências em ideográficas e nomotéticas. As primeiras analisam a realidade com base num método individuante, pois estudam o individual, o que não pode ser repetido, o que é único na realidade, isto é, os fenômenos ou fatos histórico-sociais. As segundas, as ciências nomotéticas, examinam a realidade com base numa perspectiva generalizadora, pois estudam os fenômenos da realidade suscetíveis de generalização e de legalização, formando leis (naturais) gerais, que explicam a realidade e a delimitam. Dito de outro modo, WINDELBAND, como farão, mais tarde, RICKERT e WEBER, classificou as ciências fundamentado em métodos usados para se conhecer a realidade..."²¹⁸

naturais como culturais. Ela - realidade - pode, sim, ser analisada segundo dois métodos, cf. ARNAUD, A.J. & FARIÑAS DULCE, . *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*, p. 117. Assim, não é aceitável a proposição de DILTHEY (apud ARNAUD & FARIÑAS DULCE. M.J. Op. cit., p.115), o qual - partindo da divisão básica entre matéria e espírito - classificou as ciências como ciências da natureza e do espírito, segundo seu objeto: aquelas estudariam "fatos"; estas, "significados". Por outro lado, a conversão, pela Filosofia dos Valores, do "valor" como "realidade sui generis (...)" considerada independente de suas manifestações empíricas (...) foi substancialmente infiel à noção kantiana do dever-ser, em que declarava inspirar-se, afirmou ABBAGNANO, N. *Dicionário...*, p. 266. Isto não desfaz, entretanto, a conclusão de que uma distinção entre universos do ser e dever-ser, cada qual tratado com o método próprio, preconizada pela Escola de Baden, em sua Filosofia dos Valores, seja um retorno ao pensamento kantiano, um "neokantismo".

²¹⁷ - ARNAUD, A.J. & FARIÑAS DULCE, M.J. *Introdução...*, p. 115.

²¹⁸ - Idem, p. 116. Igualmente, CABRAL DE MONCADA, prefácio à "*Filosofia do Direito*" de GUSTAV RADBRUCH (p.17): "...o método das ciências matemático-naturais não deve considerar-se o único método científico, nem estas ciências devem considerar-se as únicas ciências possíveis; ao lado daquele deve admitir-se como igualmente válido, embora essencialmente distinto, o método das ciências históricas; ao lado do conhecimento, do geral, o conhecimento do particular e do individual (RICKERT). Nisto, nesta aplicação da reflexão

Dentro desta ótica, deixar de considerar a conduta humana como fenômeno naturalístico, como relação de causa-efeito, foi o passo lógico. Uma obviedade: se o direito penal pertence ao campo das ciências culturais, que está apartado das ciências naturais a partir da dualidade metodológica, devem seus institutos orientar-se por este método, divorciando-se das ciências do "ser".

Deste modo, a conduta humana, assim como os demais extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, com os quais aperfeiçoa-se a existência do crime, não precisam ter qualquer vínculo com a realidade. Sequer haveria necessidade de iniciar-se a análise do crime com um transporte daquilo que a conduta humana "é", diante dos sentidos, para o universo dos valores, onde ser-lhe-iam então atribuídos valores negativos (desvalores).

Era necessário, isto sim, "compreender e valorar" a conduta humana, e não mais observá-la e descrevê-la dentro de uma realidade parcial, apegada à lei da causalidade. Esta compreensão e valoração devia ater-se às finalidades que desempenhava o conceito de conduta humana dentro da estrutura analítica de crime, contribuindo, "ultima ratio", para que o próprio direito penal realizasse suas finalidades. Erigiu-se uma "Teoria Teleológica do crime"²¹⁹ (JESCHECK).

O processo metodológico a que se submeteria a conduta humana seria o mesmo que perpassou os demais

crítica, embora de estilo kantiano, as ciências históricas - como ciências ideográficas, individualizadoras, em oposição às ciências nomotéticas, generalizadoras - com um fim cognoscitivo e uma estrutura lógica peculiares, e bem assim não eleição deste grupo de ciências como base para a fundamentação duma concepção do mundo e da vida, verdadeiro objecto da Filosofia, nisto - repetimos - é que reside o ponto essencial, "punctum saliens", de divergência entre a Escola de Baden e a pura tradição do pensamento kantiano representada pela de Marburgo."

²¹⁹ - JESCHECK, H.H. Tratado..., vol. I, p. 277. Também assim, TAVARES, J. Teorias..., p. 41.

elementos do crime, a exemplo da ilicitude, "compreendida e valorada" como dano social ou violação de bem jurídico (v.g., MAX ERNST MAYER e, depois, SAUER - v. supra) e da culpabilidade, "compreendida e valorada" como reprovabilidade (inicialmente com FRANK - v. supra). Afinal, no dizer de FIGUEIREDO DIAS, havia "que encher os conceitos com estas referências, nomeadamente passando a caracterizar o ilícito como 'danosidade social' e a culpabilidade como 'censurabilidade' do agente."²²⁰

Neste contexto, surgiram duas formas básicas de tratar a questão da conduta humana. Percebeu JESCHECK que, adotado o paradigma "neokantiano":

"Por um lado, se debilitou o conceito de ação mediante o recurso ao conceito de "comportamento", entendido como atuação da vontade humana no mundo exterior (...) Por outro lado, se acreditou poder prescindir do próprio conceito de ação e iniciar a estrutura do crime pela tipicidade."²²¹

O caminho mais fortemente influenciado pela mudança de paradigma, sem dúvida, foi o segundo. Consistiu em negar autonomia conceitual à conduta dentro do sistema analítico de crime. Esta foi a postura de RADBRUCH²²², após perceber a impossibilidade de reduzir a conduta comissiva e omissiva a

²²⁰ - FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, p. 195.

²²¹ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 278: "Las dificultades que presentaba la teoría de la acción se intentaron resolver por distintos caminos. Por una parte, se debilitó el concepto de acción mediante el recurso al concepto de comportamiento, que se entendió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior (...) Por otra parte, se creyó poder prescindir del propio concepto de acción e iniciar la estructura del delito por la tipicidad." No Brasil, TAVARES, J. *Teorias...*, p. 37, acusa a mesma duplicidade de caminhos.

²²² - Apud JESCHECK, H.H. *Op. cit.*, p. 278, nota 32; apud ROXIN, C. *Derecho...*, p. 238; apud MEZGER, E. *Derecho...*, pp. 86-87; apud TAVARES, J. *Teorias...*, p. 37.

um mesmo superconceito, sobretudo de perfil causal naturalista.

Tal percepção coincidiu com uma das proposições "neokantianas" da Escola de Baden, ou "Filosofia dos Valores": a separação entre mundo do "ser" e do "dever-ser". Neste espírito, prezavam-se as condutas enquanto "compreensíveis e valoráveis" pelo direito penal, tomada a sua missão como critério referencial. Assim, somente interessariam ao direito penal aquelas condutas humanas selecionadas pelo tipo, devendo aí serem objeto de estudo.

Com a absorção de tudo o que havia de relevante no tocante à conduta humana pelo tipo penal, resolver-se-ia também a discussão sobre ação em sentido estrito e omissão estarem abrigadas sob o mesmo conceito comum, como espécies do mesmo gênero. Tudo muito simples: elimina-se o conceito de conduta humana, partindo-se do postulado de que a conduta humana não interessa em direito penal enquanto fenômeno natural, mas somente enquanto conduta desvalorada.

A proposição era, sob um enfoque "econômico", indubitavelmente vantajosa. Obtinha-se economia de tempo dentro da análise sistêmica de crime referente a um qualquer caso concreto, bem como economizavam-se esforços dogmáticos, já que desnecessário criar um superconceito de comissão e omissão. Aos tipos caberia selecioná-las, só interessando comissões e omissões típicas. Não havia motivo nenhum a justificar definições de conduta apegadas ao mundo da natureza - já que o universo do "ser" nada interessava em direito penal, categoria científica cultural e valorativa. Essa forma de pensar, no direito penal da virada do século XX para o XXI, tem sido revigorada, conforme será visto.

A outra forma de tratar a questão da conduta humana e sua definição, diante do fracasso da teoria causal

naturalista, sobretudo no tocante à inclusão das categorias da ação e omissão sob um mesmo supraconceito comum, foi construir o conceito mais genérico possível de conduta humana, também desapegado de características fundadas na realidade, de maneira a expressar somente um vocábulo designativo abrangente de comissão e omissão. A razão desta forma de tratamento residia na intenção de preservar a conduta humana - ao contrário da proposta de RADBRUCH - como ponto de partida da análise para a existência do crime.

Porém, o espírito que animava a dogmática jurídico-penal de inspiração neokantiana não estava interessado em colher do universo do "ser" os dados representativos da conduta humana. Queria-se, sobretudo, manter a função cometida à conduta humana, como elemento conceitual do crime, de filtro inicial de aspectos que em absoluto interessam ao direito penal (estados de inconsciência, "vis absoluta", etc.). Assumia a conduta, assim, importância dentro de um sistema orientado por valores, como forma de reduzir o universo das situações cuja "compreensão e valoração" o direito penal pretendia fazer.

Expressões desta época e deste pensar são os vários conceitos genéricos de conduta humana, abrangentes de ação e omissão, então surgidos. Arrola JESCHECK as concepções amplas "comportamento voluntário" (VON HIPPEL), "realização da vontade" (MAX ERNST MAYER), "comportamento espontâneo" (RITTLER), como exemplos.²²³

²²³ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 278: "La acción pasaba a ser, según esto, "comportamento voluntario", "realización de la voluntad", "comportamiento espontáneo"...", apontando os autores nas notas 28, 29 e 30. Rol semelhante consta em TAVARES, J. *Teorias...*, p. 42: "Especificamente no conceito de ação, a par de seu conteúdo causal, faz-se uma aproximação mais geral do que ao referente ao estrito movimento corpóreo. Propõem-se, para isso, inúmeros arranjos, definindo-se a ação simplesmente como "conduta volitiva [VON HIPPEL], "realização da vontade [M.E.MAYER], "conduta voluntaria" [RITTLER] ou "conduta humana" [MEZGER]." Relação de conceitos generalizantes semelhante é apresentada por VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 31.

Agregue-se a estas a posição de SAUER que, embora apresentasse uma abordagem do direito penal bastante própria, distinta das sistemáticas usuais (tanto para a época como para os dias de hoje), calcada em aproximações com a criminologia, basicamente manteve a estrutura bifacetada objetivo-subjetiva²²⁴, analisando na antijuridicidade o "obrar"²²⁵ gerador de perigo de dano social, e na culpabilidade a reprovação ético-social do "querer"²²⁶ do agente. Na concepção de "obrar", como supraconceito genérico, ficavam incluídas ação e omissão. Fez SAUER "tabula rasa" da impossibilidade de reunião de ambas em momento prévio ao injusto, já que o "comportamento"²²⁷ (definição empregada por SAUER também singela e genérica que abrange o fazer e o omitir) deveria ser analisado na sua causalidade de "perigo material de um valor vital"²²⁸, o que ocorre também na omissão de "uma ação esperada sociologicamente"²²⁹, e não como relação de causa naturalística, concepção "ipso facto" considerada "supérflua"²³⁰.

²²⁴ - SAUER, W. *Derecho...*, p. 43: "El carácter objetivo del delito es el injusto, el subjetivo la culpabilidad."

²²⁵ - *Idem*, p. 92.

²²⁶ - *Idem*, p. 223: "Objeto de la culpabilidad es la tendencia de fuerza y de valor de un hombre, especialmente su querer; ella continúa en el obrar (actuar y omitir)." O curioso é que, para SAUER, o querer era admitido como pressuposto do obrar e, no sistema analítico que propunha, mantendo a linha objetivo-subjetiva, analisava o "querer", que é pressuposto do "obrar" ("tendência de força e de valor de um homem, especialmente seu querer", que "continua no obrar"), contraditoriamente depois da análise do obrar. Consulte-se o esquema analítico ("tabla") de SAUER (op. cit., pp. 91-92) para constatação do "querer" como pressuposto do "obrar".

²²⁷ - *Ibid.*, p. 95: "El delito es un comportamiento antijurídico y culpable".

²²⁸ - *Ibid.*, p. 140: "La causalidad es actuación formal de la voluntad hacia el resultado, peligro material de un valor vital con la inclusión de posibles daños mayores."

²²⁹ - *Ibid.*, p. 150: "La omisión es causal cuando la acción esperada (sociológicamente) hubiese probablemente evitado el resultado, de outro modo: Cuando la omisión de esta acción es peligrosa socialmente y por el contrario la acción hubiese apartado el peligro."

²³⁰ - *Ibid.*, p. 133.

Sintomática deste pensar também foi a posição de MEZGER²³¹, para quem, com o conceito de ação, destacava-se e punha-se em primeiro plano "aquilo que é comum a todos os fatos puníveis", de modo a justificar sua adoção como ponto de partida no conceito analítico de crime. Seguiu afirmando que o conceito de ação que sustentava...

"...assinala na conduta humana que converte em objeto de consideração jurídico-penal - um acontecimento natural-real no mundo da experiência. Como elemento do sistema normativo jurídico-penal, indica o que deve ser castigado com a pena, e está concebido para servir, em sua ulterior estruturação, para a apreciação de determinadas finalidades humanas."²³²

Note-se aí a força do método preconizado pelo "neokantismo", presente na conversão da conduta em "consideração jurídico-penal", "elemento do sistema normativo", assim "compreendida" para posterior "avaliação", representada na expressão "avaliação de determinadas finalidades humanas." Finaliza MEZGER:

"A tentativa de circunscrever exatamente dentro da "conduta humana" o evento ao qual se podem conectar medidas jurídico-penais, se deve ajustar aos verdadeiros acontecimentos da

²³¹ - MEZGER, E. *Derecho...*, p. 87: "...en la determinación conceptual, que aquí intentamos, del hecho punible, se trata de poner de relieve los distintos puntos de relación del hecho punible. Se trata, ante todo, de destacar y poner en primer plano, en el concepto de acción, aquello que es común a todos los hechos punibles. Queda, así, justificado nuestro punto de partida sistemático".

²³² - MEZGER, E. *Op.cit.*, p. 87: "El concepto de acción, que hemos presentado como base de la pena, señala en la conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico-penal - un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia. Como elemento del sistema normativo jurídico-penal, indica lo que debe ser castigado con pena, y está hecho para servir, en su ulterior estructuración, para la apreciación de determinadas finalidades humanas."

vida. Por isso, o conceito de ação é um conceito *ontológico*,
o ser jurídico.”²³³

Então, ação e omissão estão contidas no superconceito “conduta humana”, pois tratando-se do ponto de partida sistemático do direito penal, a “...ação, como base do sistema jurídico-penal, tem que ser caracterizada antes de tudo e em geral unicamente como ‘conduta humana’”²³⁴. O interessante é que o conceito assim externado por MEZGER é assumido como ontológico, dentro do padrão neokantiano do valor como realidade.²³⁵

Vale salientar que estes conceitos, vazios de conteúdo e generalizantes, tinham razão de ser: nenhuma carga naturalista deveria pesar no conceito de conduta para que este pudesse ser jurídico-penalmente “compreendido e valorado” (método “neokantiano”). Dava-se assim ao jurista plena liberdade de valoração da conduta, já que nenhum compromisso tinha com conteúdos pré-jurídicos, nem mesmo em tema de conduta humana. É por força deste descompromisso que acima se afirmou - e ora se reitera - ser mais simbólico do “neokantismo” a absorção do conceito de conduta pelo extrato da tipicidade penal. Também é por força deste descompromisso que se passa a falar, dentro do “neokantismo”, de “conceitos

²³³ - Idem, p. 87: “La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la “conducta humana” el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los verdaderos acontecimientos de la vida. Por ello, el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico.”

²³⁴ - MEZGER, E. *Derecho Penal*, pp. 90-91: “Mientras se trate del punto de partida sistemático de, derecho penal, debemos atenernos al principio de que la “acción”, como base del sistema jurídico-penal, tiene que ser caracterizada ante todo y en general, únicamente como “conducta humana”. Seu supraconceito “conduta humana”, para abranger ação e omissão, está apontado na op.cit., pp. 102-103, e reproduzido por TAVARES, J. *Teorias...*, p. 42, e como “comportamento humano”, por JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 278, o que já foi destacado.

²³⁵ - ABBAGNANO, N. *Diccionario...*, p. 267-268: “A filosofia dos valores (...) fez do dever-ser o centro de sua especulação, mas o transformou em uma realidade sui generis, o valor ou sua consciência...” Apontando o valor como realidade, embora “a-espacial e a-temporal”, REALE, M. *Introdução...*, p. 141.

jurídico-penais de conduta humana". Daí ter afirmado JUAREZ TAVARES:

"Com efeito, se, por exemplo, tomarmos o conceito de ação, segundo a fórmula da *conduta humana*, proposta por MEZGER, não só se cria uma real possibilidade de generalização integralizante, como conceito, o que é perfeitamente válido sob ponto de vista científico, pois os conceitos devem ser necessariamente os mais gerais e englobalizantes possíveis, mas também abrem-se as portas para que penetre, aqui, uma variada série de conjeturas e ilações, ligadas à compreensão da própria atividade humana, sob aspecto material (sociológico, psicológico e filosófico)."²³⁶

Importa notar que o segundo caminho dogmático, voltado à criação de concepções genéricas de conduta, de qualquer modo não superou a formulação clássica consistente em colocar a conduta de um lado (objetivo do crime) e de outro, seu conteúdo (aspecto subjetivo do crime). Neste ponto, comentando as diferenças entre a concepção clássica e a "neokantiana" de ação, VALLEJO taxou-as de insignificantes, já que, naquela "se fala de movimento corporal que provém da vontade", enquanto nesta, "de comportamento humano voluntário, mas sem entrar em nenhum caso no conteúdo da vontade."²³⁷

Uma terceira consequência do "neokantismo" deve ainda ser revelada. A busca da "compreensão e da valoração" da conduta humana dentro do contexto jurídico-penal, preconizada pelo "neokantismo", produziria uma das variáveis

²³⁶ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 43.

²³⁷ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 32: "En verdad, el matiz diferenciador es insignificante, pues, por un lado se habla de movimiento corporal que proviene de la voluntad, y, por otro, de comportamiento humano voluntario, pero sin entrar en ningún caso en el contenido de la voluntad." Isso já foi objeto de análise, cf. notas 207, 208 e 209.

conceituais de conduta mais importantes desta época. Fruto da busca da "compreensão" da conduta como "fenômeno social", EBERHARD SCHMIDT²³⁸ concebeu-a como "conduta voluntária em relação ao mundo externo social". Afirmava então:

"A ação não nos interessa como fenômeno fisiológico desde pontos de vista das ciências naturais, mas como fenômeno social na direção de seus efeitos relativos à realidade social."²⁴⁰

Criava-se aquela que seria a primeira "teoria social da ação", precursora de todas as demais teorias sociais da ação que, com força, desenvolveram-se na Alemanha a partir do final da década de sessenta, ganhando foro independente, capaz de derivar um sistema analítico de crime diverso daquele das matrizes clássica (sistema "liszt-Beling") e finalista. Apesar de inaugurar uma linha que seria largamente explorada no futuro, a teoria social da ação "originalmente (...) nada mais era do que uma das muitas tentativas de ajustar o causalismo às exigências sistemáticas da ordem jurídica, principalmente no tocante à omissão"²⁴¹, afirmou, com razão, JUAREZ TAVARES. Afinal, este modelo pioneiro de teoria social "compreendia" a conduta humana a partir do enfoque de atuação do direito penal, voltado às condutas socialmente danosas, apegando-se ao método "neokantiano", o que basta para identificar esta sua gênese.

²³⁸ - Apud TAVARES, J. *Teorias...*, p. 37: "As duas linhas acima expostas irão convergir, mais tarde, no conceito proposto por EB. SCHMIDT, precursor de um conceito social de ação: "ação é, segundo seus efeitos na realidade, um fenômeno social"."

²³⁹ - Apud ROXIN, C. *Derecho...*, p. 244: "Ya Eb. Schmidt en su reelaboración del tratado de Liszt había definido la acción como 'conducta voluntaria hacia el mundo externo social'."

²⁴⁰ - Apud ROXIN, C. *Op. cit.*, p. 244: "La 'acción' no nos interesa como fenómeno fisiológico social", porém "...en la 'dirección de sus efectos hacia la realidad social.'"

²⁴¹ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 91.

É bem verdade que não é costume vincular-se a forma embrionária de teoria social da ação de EBERHARD SCHMIDT ao "neokantismo". Ao debruçar-se sobre a origem deste pensamento, a dogmática costuma situá-la como "um passo além"²⁴² do pensamento "neoclássico". Isto - de fato - se verifica no desenvolvimento ulterior das teorias sociais da ação, principalmente em JESCHECK²⁴³ e WESSELS²⁴⁴, que não são de modo algum autores apegados à concepção neoclássica - o que justifica, aliás, todo um tratamento à parte das teorias sociais da ação. Porém, principia na época e sob a égide do "neokantismo", mormente em sua metodologia.

Com efeito, dentro do sistema "neoclássico", guiado pelos valores centrais do direito penal, somente interessavam as condutas como "fenômenos sociais", e não todas as condutas. Partindo dessa premissa - e o "neokantismo" dava à doutrina a liberdade de partir de enfoques como esse, já que se não atrelava a categorias pré-jurídicas - o pensamento de EBERHARD SCHMIDT convergiu para a idéia de que as condutas que não significassem fenômenos sociais nunca poderiam implicar em lesão a bens jurídicos, sendo - de consequência - desimportantes para o direito penal.

Manejou então claramente o método de compreender e valorar, aplicando-o à conduta humana. Entendê-la como "fenômeno social" foi basicamente isso. Logo, criou um conceito de conduta humana que, posto não a reduzir em direito penal às situações de criação de resultados lesivos a bens jurídicos, por outro lado reduzia o campo de análise pré-jurídico a fenômenos sociais, ou condutas "em seu sentido

²⁴² - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 278. Embora considere ter sido o pensamento de EBERHARD SCHMIDT "um passo a um momento posterior de evolução", JESCHECK situa o pioneiro conceito social de ação ao lado dos conceitos generalizantes frutos do neokantismo.

²⁴³ - JESCHECK, H.H. *Op. cit.*, pp. 295 e ss.

²⁴⁴ - WESSELS, Johannes. *Direito Penal*, p. 22 e ss.

de atuação na realidade social"²⁴⁵. O destaque de WESSELS à seguinte concepção de EBERHARD SCHMIDT sobre a conduta demonstra tudo isso:

"[Ação é]...a conduta portadora de vontade, que afeta a esfera de vida de seus co-sócios através de seus efeitos, e que se apresenta, sob aspectos normativos, como unidade de sentido social."^{245-A}

Era um conceito que visivelmente "preparava", "adaptava" a compreensão da conduta humana para, através do direito penal, realizarem-se ao depois as desvalorizações da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Enfim, "compreender e valorar".

Em suma, extrai-se da abordagem histórica que o "neokantismo" baseou: a- uma concepção analítica de crime que extirpou a conduta humana como ponto de partida; b- outra concepção que a conceituava de maneira genérica; c- a forma primeva de teoria social de ação, que ulteriormente, e não obstante, derivou na criação de sistemas analíticos desapegados dos pilares neoclássicos.

A segunda das conseqüências anteditas, é dizer, a concepção genérica de conduta, foi a principal marca da fase "neokantiana". De modo sintético, o pensamento "neokantiano" configurou a retomada do direito penal como ciência cultural. Neste contexto, os elementos do crime foram construídos a partir de um sistema de valores, voltado para as finalidades do direito penal. A metodologia de trabalho do direito penal, como qualquer ciência compreendida no universo do "dever-

²⁴⁵ - Apud JESCKECK, H.H. *Tratado...*, p. 278: "El concepto social de acción de Eb. Schmidt, desarrollado ocasionalmente [no período neokantiano], supone ya el paso a un momento de evolución posterior: la acción se concibió como "fenómeno social en su sentido de actuación en la realidad social".

^{245-A} - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 20.

ser", era "compreender e valorar" fenômenos. Enfatizado o universo dos valores, não havia razões para manejar-se um conceito de conduta humana apegado ao universo do "ser", daí ter sido criada uma concepção genérica de conduta, com o fito de abranger ação e omissão sob um mesmo manto (quanto menos exigente o supraconceito, mais fácil de inserir ambas as formas do agir, comissão e omissão).

III.5.1- Pontos Críticos

De início, a crítica mais comum ao pensamento "neokantiano" consiste na "desordem" com que se construía os elementos do crime. A idéia central de orientá-los segundo os valores prezados pelo direito penal esbarrava no relativismo valorativo, já que se não buscava hierarquizar estes valores segundo uma ordem de importância.

Desta forma, a sensação gerada era a de que cada autor, ao considerar este ou aquele valor como guia para o direito penal, como primordial para realização de suas finalidades, construía um sistema particular. Um excelente exemplo disso é o posicionamento de SAUER²⁴⁶, definindo o crime como "um querer e obrar antijurídico (socialmente danoso) e culpável, insuportável cultural e ético-socialmente, em contradição grave com a Justiça e o Bem Comum". Veja-se o uso das concepções valorativas de "insuportabilidade cultural", "insuportabilidade ético-social, dano social", "Justiça" e "Bem Comum" (com iniciais maiúsculas!). Qual a hierarquia entre elas? Definir esta hierarquia fica ao alvedrio do doutrinador? É possível

²⁴⁶ - SAUER, W. *Derecho...*, p. 52: "...se puede definitivamente definir el delito como un querer y obrar antijurídico (socialmente dañoso) y culpable, insuportable cultural y ético-socialmente, en contradicción grave con la Justicia y el Bien Común."

conceberem-se estes conceitos de maneira absoluta? Afinal, não havendo como definir, dentro de uma ordem de valores relativos, qual preponderava, estas inquietações surgem de forma automática.

A liberdade doutrinária no tratamento do crime - se por um lado positivo desvinculava o direito penal de categorias pré-jurídicas (claramente uma das pretensões "neoclássicas"), deixando florescer um dogmatismo pleno de força criadora - por outro, absolutamente negativo, implicava em barreira para o avanço teórico, pois a liberdade dada à doutrina para construir sistemas de crime referidos em valores relativizados (i.é, sem que houvesse um fator preponderante, a servir de "guia" para construção do sistema), implicava em extrema ausência de uniformidade no tratamento das questões submetidas ao direito penal. Este problema foi percebido por JESCHECK:

"O modo de pensar próprio desta fase foi determinado de forma essencial pela teoria do conhecimento do *neokantismo* (*Stammler, Rickert, Lask*), que, junto ao método científico-naturalístico de observar e descrever, restaurou uma metodologia própria das ciências do espírito, caracterizada pelo "compreender e valorar". Isto foi o que moveu a contemplar-se a essência do Direito Penal na orientação a valores e idéias, embora seu conteúdo quase não pode concretizar-se por causa da característica renúncia do neokantismo ao conhecimento vinculante de critérios materiais de valor." ²⁴⁷

²⁴⁷ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 277: "El modo de pensar propio de esta fase vino determinado de forma esencial por la teoría del conocimiento del neokantismo (*Stammler, Rickert, Lask*), que, junto al método científico-naturalístico del observar y describir, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por el comprender y el valorar. Esto fue lo que movió a contemplar la esencia del Derecho Penal en la orientación a valores e ideas, aunque su contenido no pudo apenas concretarse a causa de la característica renuncia del neokantismo al conocimiento vinculante de criterios materiales de valor."

Na mesma linha, a abordagem de LUIS GRECO:

"Se não conseguiu o neokantismo chegar a resultado plenamente satisfatórios em várias questões, isso se deve (...) especialmente à *desordem dos pontos de vista valorativos* com os quais os neokantianos trabalhavam, conseqüência direta de um postulado essencial neokantiano: o *relativismo valorativo*. O neokantiano chega até a referir-se a valores, mas não opta entre eles, por julgar uma tal opção cientificamente impossível." ²⁴⁸

A liberdade de opção valorativa foi demonstrada, mediante exemplos, por JESCHECK:

"Assim MITTASCH (...) reconduzia o direito penal à "idéia de estado" como supremo valor, enquanto RADBRUCH (...) defendia ainda uma *teoria dos valores puramente relativista*. (...) Resulta característica a conseqüência que extrai THIERFELDER (...) de que o valor material fundamental do direito é constituído pelo povo como "comunidade dotada de uma especial base biológica." ²⁴⁹

²⁴⁸ - GRECO, L. *Introdução...*, pp. 126-127. O relativismo valorativo, que implica em ausência de hierarquia entre os valores, é explicado por REALE, M. *Introdução...*, p. 141: "...os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação. Não podemos dizer que o Davi de Miguel Ângelo valha cinco ou dez vezes mais que o Davi de Bernini. A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico. Não se trata, pois, de mera falta de temporalidade e de espacialidade, mas, ao contrário, de uma impossibilidade absoluta de mensuração. Não se numera, não se quantifica o valioso. Às vezes nós o medimos, por processos indiretos, empíricos e pragmáticos, como acontece, por exemplo, quando exprimimos em termos de preço a "utilidade" dos bens econômicos, mas são meras referências para a vida prática, pois os valores como tais são imensuráveis, insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum."

²⁴⁹ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 277, nota 26: "Así MITTASCH (...) reconducía el derecho penal a la "idea del Estado" como supremo valor, mientras RADBRUCH (...) defendía entonces todavía una teoría de los valores puramente relativista. (...) Resulta característica la consecuencia que extrae THIERFELDER (...) de que el valor material fundamental del Derecho lo constituye el pueblo como "comunidad dotada de una especial base biológica."

Com isto, reforça-se a idéia da gênese neokantiana da teoria social da ação. Afinal, dentro da liberdade de escolha de valores dominantes, EBERHARD SCHMIDT elege a noção de conduta humana como "fenômeno social", dotada de sentido (relevância social). Dono da liberdade de definir conduta humana "para o direito penal", i.é, um conceito jurídico-penal de conduta humana (pois não interessaria a um sistema de valores criar um conceito universal de conduta, mas somente um conceito útil sistemicamente para o direito penal), EBERHARD SCHMIDT nada mais fez do que agregar à noção causal de resultado seu "sentido social", para que ficasse estruturado o agir humano como algo dotado de referência social. Desta forma, quando JESCHECK comenta a teoria de EBERHARD SCHMIDT como "passo a um momento de evolução posterior"²⁵⁰, a única justificativa para isso é o fato de o próprio JESCHECK²⁵¹ ter adotado também uma teoria social da ação, pois o pensamento de EBERHARD SCHMIDT era somente uma das inúmeras variáveis conceituais que a liberdade provocada pelo relativismo neokantiano permitia.

Além desta crítica central ao relativismo valorativo, que fazia divergir toda a construção dogmática de um rumo unificado, também merece comentário crítico o rasgo entre os universos do "ser" e do "dever ser", concebidos como *campos intocáveis, no sentido de patrocinar desapego entre o direito penal e a realidade*. Isto é inaceitável, justamente por querer o direito penal exatamente interferir nesta realidade, sendo sua "massa de trabalho", seu objeto, precisamente as condutas que ocorrem no universo social. Neste passo, a lição de FIGUEIREDO DIAS:

²⁵⁰ - Idem, p. 278.

²⁵¹ - Idem, p. 296.

"Muitas das aquisições da concepção neoclássica do crime persistem hoje como irrenunciáveis (...) É certo que os seus fundamentos ideológicos e filosóficos devem se considerar em larga medida ultrapassados: sobretudo na medida em que a essência do direito não se considera mais compatível com a profunda cisão entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser que as correntes neokantianas ainda supunham; e em que se reconhece que uma tal cisão, pensada até o fim, se torna suscetível de reeditar muitas das teses do naturalismo positivista que com ela se tinha procurado ultrapassar."²⁵²

Por outro lado, já se disse que o total desapego a categorias pré-jurídicas do "neokantismo" desembocou num duplo caminho, consistindo o primeiro na eliminação do conceito de conduta da estrutura analítica de crime, e o segundo, na elaboração de conceitos genéricos de conduta. Ambas as maneiras de pensar a conduta humana merecem rejeição.

O primeiro deles, desprezando um conceito inicial de conduta humana e reduzindo o espaço de tratamento das condutas aos tipos penais - por só interessar ao direito penal aquilo que está tipificado - provocou absoluto empobrecimento das discussões dogmáticas tangentes à comissão e omissão. Significou deixar ao legislador verdadeira "carta branca" para definir não quais são as condutas puníveis, mas - antes disso - o que são condutas, em suas formas e conteúdos, sem que se pudesse questionar os critérios para realização desta função. Acaso o perfil do sistema jurídico-penal fosse democrático, sorte. Ao contrário, tendo perfil autoritário, pouco se poderia atacar o trabalho legislativo. Vem daí a fundada objeção de JESCHECK:

²⁵² - FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões fundamentais...*, p. 196.

"As deficiências deste sistema [neoclássico], tal como apareceu nos anos vinte, radicam, no aspecto político, em sua acentuada neutralidade frente aos valores fundamentais do Direito Penal, que prejudicou de forma decisiva a posição da ciência em sua confrontação com a ideologia do Estado totalitário e com os problemas sociais da época industrial, e favoreceu o divórcio entre dogmática e política criminal."²⁵³

Nunca é demais demarcar que a liberdade de criação de espaços de punibilidade é maior quanto menor é o número de exigências para considerar-se existente um crime. Expressão disso foi o direito penal de vontade ("o delito era um sentimento depravado que refletia a expressão de caráter de seu autor", segundo CHAVES CAMARGO²⁵⁴) da Escola de Kiel, que consistiu numa concepção unitária de crime, desprovida de elementos analíticos (conduta humana, tipicidade, ilicitude, culpabilidade), que, no dizer de JUAREZ TAVARES, "abandonava o critério do bem jurídico e passava a ver no crime uma infração ao dever."²⁵⁵ A Escola de Kiel, que costuma ser apontada como reação ao "neokantismo"²⁵⁶, com este tinha porém

²⁵³ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 281: "Las deficiencias de este sistema, tal como apareció en los años veinte, radican, en lo político, en su acentuada neutralidad frente a los valores fundamentales del Derecho Penal, que perjudicó de forma decisiva la posición de la ciencia en su confrontación con la ideología del Estado totalitario y con los problemas sociales de la época industrial, y favoreció el divorcio de Dogmática y Política Criminal."

²⁵⁴ - CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, p. 89. VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 34, faz semelhante afirmação, sustentando que para a Escola de Kiel, o crime era "expressão de caráter ou expressão de um sentimento jurídico depravado". Apoiar-se em ERIK WOLF e SCHAFFSTEIN, que - ao lado de DAHN - foram os mais destacados autores desta corrente.

²⁵⁵ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 56. No entanto, a aproximação entre a Escola de Kiel e o pensamento finalista de WELZEL, apontada por TAVARES, op.cit., p. 71, ainda que de forma referencial, não se justifica por força do paradigma filosófico do finalismo, que parte de estruturas pré-jurídicas, ao passo em que a concepção da escola de Kiel não se apegar a esta raiz filosófica. Neste sentido, ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 333.

²⁵⁶ - Assim, JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 351, falando da crítica desacertada da Escola de Kiel à base material do conceito de bem jurídico, própria do "neokantismo" (danosidade social, já referida). Apontando o pensamento dogmático da Escola de Kiel como "radicalmente contrário ao conceito neokantiano de delito", também VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 34.

um ponto de contato, no sentido de também permitir que se chegasse a um direito penal autoritário, com plenitude de poderes conferidos ao legislador para erigir como crime o que quisesse, inclusive a permissão da analogia "in malam partem", mediante a previsão de pena para toda a conduta que ferisse o "são sentimento do povo", como na Lei Complementar de 28 de junho de 1935, editada pelo Estado Nacional-Socialista alemão²⁵⁷.

Volvendo à crítica que se formulava às conseqüências da fase neokantiana, no tocante à supressão do conceito de conduta, a parêmia "nullum crimen sine conducta", deixou de operar efeitos.

Deu-se, de resto, a inviabilização das funções de elemento básico, de enlace e limite. Esta foi a conseqüência da redução da análise da conduta aos comportamentos selecionados pelos tipos.

Cumprе analisar criticamente também o segundo caminho, que resultou numa concepção genérica de conduta, como "comportamento humano", ou simplesmente "conduta humana" (MEZGER, por todos). A intenção era criar um supraconceito, abrangente de comissão e omissão. Como naturalisticamente são avessas, comissão e omissão necessitavam de um supraconceito vazio de conteúdo natural, de caráter genérico. Foram então enfeixadas dentro da concepção consistente em "comportamento humano" ou "conduta humana".

Um tal conceito de conduta apresenta absoluta ausência de conteúdo. Isto implica em sucesso na obtenção de um conceito genérico, porém ao preço de estar tão esvaziado de sentido que passa a figurar no sistema analítico de crime com cunho apenas formal ou estético.

²⁵⁷ - Cf. WELZEL, H. *Derecho Penal...*, p. 24. V. também MACHADO, L.A. *Direito Criminal*, p. 58.

Por outro lado, se a função de "elemento básico", apenas formalmente, é preenchida", já que o conceito abrange ação e omissão, as tradicionais funções conceituais de "elemento de enlace" e "elemento limite" igualmente restam prejudicadas.

Não se realiza a conduta humana como "elemento de enlace", primeiro porque um conceito formal de conduta não tem força suficiente para suportar os juízos de desvalor que virão no decorrer (tipicidade, ilicitude, culpabilidade), já que se estará desvalorando algo que não tem substância nenhuma (a antedita inexistência de conteúdo).

Por outro lado, impossível fica a realização das funções negativas de filtragem em relação a situações com as quais - "ab initio" - o direito penal não pode laborar (conduta como "elemento limite"). O conceito (significante), não significando "o que é" efetivamente a conduta (significado), não tem como ser lido "a contrario sensu", isto é, não consegue definir "o que não é" conduta.

É bem verdade que a capacidade de significar das palavras é duvidosa. Questiona COUTINHO, com efeito: "Mas quem disse que se necessita, sempre, pelos significantes, dar conta dos significados?"²⁵⁹ Logo em seguida, porém, exorta não ser "definitivamente, o caso de desistir-se de seguir

²⁵⁸ - TAVARES, J. *Teorias...*, p. 37, destaca a vantagem de uma concepção genérica como "comportamento humano", ou "conduta humana", "abranger todas as hipóteses possíveis de realização da conduta". E isto, de fato, ocorre. ROXIN, C. *Derecho...*, p. 238, faz objeção ao conceito genérico como elemento básico, ao reclamar a falta de um "elemento autônomo superior", taxando o conceito genérico de mera "designação". Materialmente, de fato, nem como elemento básico a concepção generalizante serve. Porém, formalmente, cumpre esta função, como demonstra o enfoque de JUAREZ TAVARES.

²⁵⁹ - COUTINHO, J.N.M. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro", in *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, nos. 3 e 4, pp. 65-66.

lutando para tentar dar conta (...) o que serviria para justificar o motivo de seguir vivendo". Continua afirmando:

"...sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito." ²⁶¹

O mito, na primeira e mais antiga acepção, é "verossimilhança", segundo ABBAGNANO, que continua sua abordagem acerca do mito nestes termos:

"...o que o mito diz - supõe-se - não é demonstrável nem claramente concebível, mas sempre é claro o que ele ensina sobre a conduta do homem em relação aos outros homens ou em relação à divindade." ²⁶²

Não há que se duvidar da possibilidade de o "significante" dar conta do "significado" em tema de conduta humana. Ao contrário, é o caso de continuar tentando, e não de abandonar-se - como fez a linha "neokantiana" - a pretensão de erigir no conceito de conduta um mínimo de conteúdo (significado), para que o significante (conceito) não seja mera expressão formal daquilo que quer trazer ao entendimento. Até porque o "ser" da conduta só necessita de um conceito certo, adequado à sua realidade, sem necessidade de apelar-se para um mito substitutivo daquilo que não pode ser exteriorizado com palavras. Afinal, a conduta é fenômeno.

²⁶⁰ - Idem, p. 65.

²⁶¹ - Ibid., p. 65.

²⁶² - ABBAGNANO, N. *Dicionário...*, p. 673.

Assim, ainda que visto como "primeiro momento", ou ponto de partida para a análise da existência de crime, é dado ao conceito de conduta humana buscar conteúdo que a signifique, e não se reduzir à mera formalidade. Daí a crítica de JESCHECK²⁶³: "...a noção básica de "comportamento humano" (...) carece de valor sistemático e prático se não é objeto de ulterior definição."

Foi exatamente este tentar que foi abandonado na linha "neoclássica", ou "neokantiana", produzindo-se um conforto aparente, pois - dentre outras dificuldades - ficou inviável vislumbrar, em plano pré-típico, situações que refugissem ao direito penal, como estados de inconsciência, atos reflexos e coações físicas irresistíveis.

Destaque-se do conceito "neoclássico" - uma "fórmula vazia de conteúdo", no dizer de JESCHECK²⁶⁴ - somente um ponto positivo: a incriminação de coisas e animais, bem como de pessoas jurídicas, restou de qualquer forma afastada.

Por outro lado, se o supraconceito "comportamento humano" para ação e omissão era genérico e vazio de sentido, a definição de ação no sentido estrito, como comissão, apegava-se ainda ao posicionamento clássico, na noção central de que o conteúdo da vontade deveria ser dela separado, de modo que se mantinha a "voluntariedade" da ação, consistente externamente no movimento físico, com o querer que a guia analisado à parte (no extrato da culpabilidade). Ora, a preservação deste pensar permitia invocar todas as críticas feitas à teoria causal naturalista, dentro da qual se

²⁶³ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 293: "Para salir al paso de estas dificultades, algunos defensores del concepto causal de acción han derivado a la noción básica de "comportamiento humano", que, sin embargo, carece de valor sistemático y práctico si no es objeto de ulterior definición."

²⁶⁴ - Idem, p. 281: "Así, el concepto de acción se había rebajado a una fórmula vacía de contenido" y precisaba de una nueva concepción para recuperar su posición de concepto fundamental del sistema."

realizava a função de "elemento limite", porém as atuações como elemento de enlace e elemento básico ficavam prejudicadas, aquela pela mistura do conteúdo da comissão com resultado e nexos de causa, aspectos atinentes ao tipo penal, e este porque colidia com a omissão e crimes culposos.

Finalmente, tanto em relação ao supraconceito "comportamento humano", como em relação ao conceito de comissão, mantido à semelhança do naturalismo (ao invés de movimento corporal voluntário, modificação voluntária no mundo exterior), é importante frisar que se desapegaram ambos à essência da conduta humana na realidade. O supraconceito genérico implicava em ausência de qualquer "essência" na conduta, ao passo em que o outro retirava-lhe o conteúdo da finalidade. Ambos eram conceitos "idealistas" de conduta, no dizer de ZAFFARONI, que assim ponderou:

"O conceito causal de ação - que até então se havia sustentado com o mais furioso materialismo positivista fisicalista - passou a ser sustentado pelo idealismo. O neokantismo, que é partidário das teorias do conhecimento em que o conhecimento cria - ou quase isso - o objeto que conhece, foi o que veio em auxílio do conceito causal de ação que naufragava. Se o universo é um caos e a ordem jurídica põe em ordem esse caos, isso implica, definitivamente, no desconhecimento de outras ordens, e, nada obsta a que, ao "por em ordem", a vontade fique sem conteúdo." ²⁶⁵

²⁶⁵ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 352: "El concepto causal de acción - que hasta entonces se había sostenido con el más furioso materialismo positivista fisicalista - pasó a ser sostenido por el idealismo. El neokantismo, que es tributario de las teorías del conocimiento en que el conocimiento crea - o poco menos - el objeto que conoce, fue el que vino en ayuda de este concepto causal de acción que naufragaba. Si el universo es un caos y el orden jurídico pone orden en esse caos, ello implica, en definitiva, el desconocimiento de otros órdenes, y, nada obsta a que, al "poner orden", la voluntad quede sin contenido."

Ora, justamente no "idealismo" apontado por ZAFFARONI reside o desapego entre a concepção da conduta humana e o mundo físico. Porém, se o direito rege os acontecimentos humanos, o conceito de conduta deve implicar em contato entre a ordem legislativa e a realidade e colocar uma barreira diante do legislador no sentido de que - "de lege ferenda" - se atenha exclusivamente ao comportamento humano como objeto pré-existente ao conhecimento, e não a conceitos jurídico-penais de ação, "idealistas", em que o direito penal cria seu próprio objeto, cuja presença não lhe é, portanto, pretérita. Por isso é que a supressão do conceito de conduta, efetuada por RADBRUCH, é tão sintomática deste pensar, não devendo ser acolhida.

Enfim, o sistema "neokantiano" de crime e o tratamento que emprestou à conduta humana foram esforços para manter, sob paradigma diverso, a concepção objetivo-subjetiva de crime e parte das conclusões mecanicistas sobre a conduta humana, notadamente no plano da comissão. Fazia-se necessário mudar a estrutura analítica e, também, substituir-se o paradigma. A dogmática estava às portas da teoria finalista da conduta e de suas conseqüências em tema de conceito analítico de crime.

IV- A teoria finalista da ação

A teoria finalista da ação aparece como clara reação ao normativismo projetado pela linha "neokantiana" de pensamento, que elaborou sobre uma base idealista a manutenção do sistema clássico objetivo-subjetivo, denominado sistema "neoclássico". Chega-se a afirmar, a exemplo de HIRSCH, que o conceito finalista de conduta humana supõe apenas parte "de uma pretensão científica de maior

envergadura" de WELZEL, consistente em "fazer frente a uma visão unilateral da metodologia normativa da ciência jurídico-penal."²⁶⁶ Vale dizer, a teoria finalista da conduta é apenas a consequência de uma pretensão maior: desafiar o método neokantiano e desalojá-lo da condição de eixo paradigmático do direito penal.

De fato, a teoria finalista implicou, antes de tudo, no câmbio do paradigma filosófico utilizado pela dogmática jurídico-penal para estruturar o conceito analítico de crime. O neokantismo determinara um absoluto divórcio entre os universos do "ser" e do "dever ser", propondo que todas as questões ensejadas pelo direito penal deviam ter soluções no segundo, o que implicou em plena liberdade para o legislador. Opondo-se a isso, WELZEL considerou necessário estabelecer limites ônticos ao legislador.

Para tanto, e sem embargo de não se ter perfilado como jusnaturalista (ao contrário, aludia que sob a expressão "natural" - segunda parte da denominação "direito natural" - "se oculta o diverso, oposto e cambiante"²⁶⁷), WELZEL partiu de um pressuposto oriundo do jusnaturalismo:

"...se não houvesse transcendência, isto é, se a obrigatoriedade e o dever ser transcendente à existência só fossem a projeção fictícia de fatos psicológicos ou sociológicos, então o homem encontrar-se-ia entregue sem remédio ao poder superior. As fronteiras de sua entrega total só poderiam subsistir enquanto vários blocos de poder se contrabalançassem reciprocamente; mas desde o momento em que

²⁶⁶ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 29: "La contribución de WELZEL, sobre el concepto prejurídico de acción, tan sólo supone un aspecto parcial de una pretensión científica de mayor envergadura: hacer frente a una visión unilateral de la metodología normativa de la ciencia jurídico-penal."

²⁶⁷ - WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 249: "La segunda parte, la "naturaleza", lo "natural", se ha mostrado como título común de contenidos los más diversos. Bajo la unidad engañosa de la misma denominación, se oculta lo diverso, opuesto y cambiante."

uma potência lograsse poder ilimitado, o homem ficaria entregue a ela, não so de maneira física, mas também espiritual. Esta significação realmente "existencial" do problema jurídico foi levada à consciência em todos os tempos pelo Direito natural; uma idéia que destacou a existência de um dever ser transcendente à existência e vinculante como o pressuposto de possibilidade de uma existência humana *dotada de sentido.*" ²⁶⁸

Portanto, o direito (dever ser) é pressuposto da existência humana dotada de sentido. Do contrário, estaria reduzido o dever ser, nas situações em que se impusesse, a uma forma de mera "submissão" do homem (um mecanismo de coação humana); na hipótese de não se impor, restaria em seu lugar a pura "aniquilação do homem pelo homem"²⁶⁹.

Além de depender do direito, a existência humana, já que dotada de sentido, dependeria também de estruturas diversas, igualmente dotadas de sentido e limites²⁷⁰. Estes limites, segundo WELZEL, seriam traçados a partir da própria

²⁶⁸ - Idem, p. 251: "...si no hubiera trascendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia solo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior. Las fronteras de su entrega total solo podrían subsistir mientras varios bloques de poder se contrabalancearan recíprocamente; pero desde el momento en que una potencia lograra poder ilimitado, el hombre quedaría entregado a ella, no solo de manera física, sino también espiritual. Esta significación realmente "existencial" del problema jurídico la ha llevado a conciencia en todos los tiempos la idea del Derecho natural; una idea que ha puesto de manifiesto que la existencia de un deber ser trascendente a la existencia y vinculante es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido."

²⁶⁹ - WELZEL, H. Op. cit., p. 267.

²⁷⁰ - ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, p. 302, afirma que a teoria das estruturas lógico-objetivas, dentro da qual atua o pensamento de WELZEL, fixa, dentre outros pilares, o de que "...el derecho no es el único orden del universo. El universo no es un caos en que la orden jurídica sea el único. Hay otros órdenes que también son tales y que no pueden ser indiferentes para el derecho. En principio, hay un orden del mundo físico que el derecho no puede rebasar." ("...o direito não é a única ordem do universo. O universo não é um caos em que a ordem jurídica seja a única. Há outras ordens que também são tais e que não podem ser indiferentes para o direito. Em princípio, há uma ordem do mundo físico que o direito não pode desprezar.")

consciência do dever ser” e também “das estruturas óticas a interpretar”, pois...

“...as constelações objetivas óticas são preliminares a toda interpretação de seu sentido e esta se acha, por isso, vinculada àquelas. (...) o objeto da valoração deslinda também a possibilidade de determinadas valorações. Inclusive os mais estritos nominalistas vinculavam a vontade de Deus ao princípio da contradição: Deus poderia haver salvo Judas, mas não, por outro lado, uma pedra. A bem-aventurança ou a desesperança são coisas das quais só pode participar, com efeito, um ser dotado de sensibilidade. Aqui há que mencionar também a limitação do dever ser pela impossibilidade física. Nenhuma norma, nem moral nem jurídica, pode preceituar às mulheres que dêem à luz filhos viáveis aos seis meses, em lugar de nove...”²⁷²

Enfim, chega-se com WELZEL àquilo que ZAFFARONI²⁷³ aponta como ponto de partida dentro de um marco realista: “o

²⁷¹ - WELZEL, H. *Introducción...*, p. 256. À p. 250, WELZEL aponta que o fenómeno da “voz da consciência” do dever-ser evidencia a existência de uma consciência do dever-ser, apontando - na sequência - que no campo psicanalítico se buscou eliminá-la concebendo-se-a como superego (“super `yo’”) ou como um “dado coletivo-inconsciente”, e sociologicamente como uma pretensão social com caráter de tabu.

²⁷² - *Idem*, p. 256: “...las constelaciones objetivas óticas son preliminares a toda interpretación de su sentido, y estas se hallan, por eso, vinculadas a aquellas. (...) el objeto de la valoración deslinda también la posibilidad de determinadas valoraciones. Incluso los más estrictos nominalistas vinculaban la voluntad de Dios al principio de contradicción: Dios podría haber salvado a Judas, pero no, en cambio, a una piedra. La bienaventuranza o la desesperación son cosas de las que solo puede participar, en efecto, un ser dotado de sensibilidad. Aquí hay que mencionar también la limitación del deber ser por la imposibilidad física. Ninguna norma, ni moral ni jurídica, puede preceptuar a las mujeres que den a luz hijos viables a los seis meses, en lugar de a los nueve...”

²⁷³ - ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. II, p. 302: “El derecho no puede alterar el orden físico (ni exigir el físicamente imposible).” Mesmo a partir de sua mais nova obra, dada à lume no ano 2000, quando passa a adotar uma perspectiva funcionalista, naquilo que denomina “funcionalismo redutor”, abandonando portanto seu apego ao pensamento finalista estampado tanto no “Tratado” quanto no “Manual”, ZAFFARONI preserva o limite ontológico para atuação do direito penal, cf. *Derecho Penal*, pp. 369-371, ao desenvolver seu raciocínio acerca dos “dados óticos”. Aliás, a frase de abertura do comentário é primorosa: “El mundo existe, aunque a veces moleste.” (“O mundo existe, ainda que às vezes incomode.”)

direito não pode alterar a ordem física (nem exigir o fisicamente impossível).”²⁷⁴ Desde que se compreenda o realismo, conforme ABBAGNANO²⁷⁵ - e a partir do “realismo empírico” kantiano - como doutrina cujo cerne é a “independência da existência das coisas em relação ao ato de conhecer” (“rectius”, as coisas tem existência “per si”), fica evidente estar perfilado o pensamento de WELZEL dentro de uma teoria realista do conhecimento²⁷⁶.

A teoria realista do conhecimento está baseada, segundo ZAFFARONI, na idéia de que “o objeto - enquanto “matéria do mundo” - existe fora de nós e antes de nosso conhecimento”²⁷⁷. O homem não determina a realidade, mas sim encontra-se numa ordem objetiva da realidade que lhe é anterior, “composta de estruturas lógico-objetivas prévias à toda regulação jurídica, as quais necessariamente hão de vincular o legislador”, no dizer de VALLEJO²⁷⁸, comentando os fundamentos do finalismo.

De maneira sumária, dentro de um modelo realista de conhecimento, seguido pelo finalismo de WELZEL, os objetos pré-existem às idéias, ao contrário das teorias idealistas do conhecimento. No idealismo, há uma inversão da ordem de

²⁷⁴ - A partir da noção de HEIDEGGER do “dasein”, ou “ser no mundo”, não caberia, cf. ABBAGNANO (*Dicionário...*, p. 832), a distinção entre idealidade e realidade como “mundo exterior”, já que o homem - estando no mundo e não fora dele - está imerso na realidade, de maneira que, ao estudar-se a realidade, enfrenta-se o problema de como as coisas presentes no mundo se relacionam com o homem que também nele está. Isto dificultaria a precedência do objeto em relação à idéia ou vice-versa. Porém, a solução deste conflito refoge ao tema do trabalho, sendo própria de filosofia.

²⁷⁵ - ABBAGNANO, N. *Dicionário...*, p. 834.

²⁷⁶ ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 69, assim sustenta, ao asseverar que o finalismo “não tende a compatibilizar-se com as posições filosóficas idealistas.”

²⁷⁷ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 337: “...dentro de una teoría realista del conocimiento, que parte de la base de que el objeto - en cuanto ‘material del mundo’ - existe fuera de nosotros y antes de nuestro conocimiento.”

²⁷⁸ - VALLEJO, M.J. *El concepto...* p. 36: “No es el hombre quien determina el orden de lo real, sino que el hombre se encuentra ya con un orden objetivo, que responde a unas “estructuras lógico-objetivas” previas a toda regulación

existência, implicando em idéias que, no dizer de ZAFFARONI²⁷⁹, existem antes dos objetos e "criam-nos", a exemplo do conceito de ação como "comportamento humano", vazio de conteúdo, artificialmente "criado" pela dogmática jurídico-penal neokantiana²⁸⁰ para justificar a preservação do sistema objetivo-subjetivo de análise do crime. Isto pontua as diferenças enormes dos paradigmas filosóficos do finalismo e do neokantismo.

Observada a ordem objeto-idéia na teoria realista do conhecimento, resta classificar os atos como portadores de "idéias". Já se viu que dentro da teoria realista do conhecimento, os objetos são realidades "lógico-reais" ou "lógico-objetivas", existentes antes das idéias humanas que sobre eles recaem. Estas idéias projetam-se sobre objetos pré-determinados de acordo com suas realidades. Podem modificá-los ou não.

Se após uma idéia ser lançada em relação a um objeto qualquer, este se modificar, ocorre um "ato de vontade"²⁸¹. Se, ao revés, o objeto mantiver-se em sua forma real, prévia à idéia, tratar-se-á de um "ato de conhecimento". Os "atos de conhecimento" podem limitar-se a "descrever" os objetos ou, de outro lado, julgá-los, atribuindo-lhes valores positivos ou negativos ("desvalorar" é o verbo comum na terminologia jurídico-penal para designar esta situação). Daí definir ZAFFARONI o ato de conhecimento

jurídica, y que necesariamente han de vincular al legislador (...) siendo la acción la primera de ellas."

²⁷⁹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 337: "Para el idealismo lo primario - lo real - son las ideas, y como mientras no tenemos el conocimiento no tenemos la idea, el conocimiento no sólo toca, sino que hace nada menos que crear el objeto." (Para o idealismo o principal - o real - são as idéias, e como enquanto não temos o conhecimento não temos a idéia, o conhecimento não só toca, mas faz nada menos que criar o objeto.)

²⁸⁰ - *Idem*, p. 353.

²⁸¹ - *Ibid.*, p. 337: "El acto de voluntad es el que se dirige al objeto alterándolo". ("O ato de vontade é o que se dirige ao objeto alterando-o.")

como aquele que "se limita a prover de dados o observador, sem alterar o objeto enquanto 'matéria do mundo'". De fato, tanto após ser descrito como ser valorado, positiva ou negativamente, um objeto permanece como era antes da descrição ou do julgamento.²⁸²

Trazendo-se este discurso para a esfera do direito penal, o primeiro passo consiste em definir qual o "objeto" em relação ao qual as "idéias" do direito penal operam. Este objeto pré-existe ao direito penal, dentro da teoria realista do conhecimento de que se abebera o finalismo. Consiste na conduta humana, que figura, dentre as estruturas "lógico-objetivas", como a "primeira delas"²⁸⁴ a ser tomada em conta pelo legislador. Diz ZAFFARONI:

"Partindo de que a vinculação que [a teoria das estruturas lógico-objetivas] estabelece ocorre entre o legislador e o objeto de sua regulamentação, não cabe dúvida de que o mais importante - e no fundo é o único objeto de regulamentação - objeto regulável é a conduta humana, que pertence ao homem e que demanda um certo sentido antropológico, o que faz que a diferença entre esta teoria ou grupo de teorias e o jusnaturalismo freqüentemente seja de grau."²⁸⁵

²⁸² - Ibid., p. 337: "Acto de conocimiento es el que se limita a proveer de datos al observador, sin alterar el objeto en cuanto 'material del mundo'". ("Ato de conhecimento é o que se limita a prover de dados o observador, sem alterar o objeto enquanto 'matéria do mundo'.")

²⁸³ - Se "a clareza é a gentileza do filósofo" (ORTEGA), cumpre exemplificar. Uma árvore é um objeto que pré-existe à qualquer idéia que dela se faça, através de um ato. Se corto seus galhos para obter lenha, pratico ato de vontade, pois modifico a realidade pré-existente do objeto. Se descrevo verbalmente como um "eucalipto com dois metros e meio de altura, com folhas verde-claras e tronco esbranquiçado", trata-se de um ato de conhecimento descritivo. Se se diz tratar de um "belo exemplar de eucalipto", está-se diante de um ato de conhecimento valorativo positivo. Finalmente, ao dizer-se que "fornece péssima lenha para lareira", há um ato de conhecimento valorativo negativo, ou a atribuição de um desvalor.

²⁸⁴ - VALLEJO, M.J. El concepto..., p. 36.

²⁸⁵ - ZAFFARONI, E.R. Tratado..., vol. II, p. 299: "Partiendo de que la vinculación que [a teoria das estruturas lógico-objetivas] establece lo es entre el legislador y el objeto de su regulación, no cabe duda de que el más importante - y en el fondo como objeto de regulación único - objeto regulable

A conduta humana, como ponto de partida analítico do crime, funda fortemente a noção de que WELZEL estabeleceu verdadeira ponte a ligar os universos do "ser" e do "dever ser", ao condicionar que este universo extraísse daquele primeiro os objetos dos quais trataria. A conduta humana pertence ao universo das "constelações objetivas ônticas", que funcionam como "preliminares a toda interpretação de seu sentido". Nas palavras de WELZEL:

"...todas as normas morais e jurídicas só podem referir-se a atos, os quais são algo distinto de meros processos naturais causais, distinguindo-se destes pelo momento da direção consciente em relação a um objetivo; isto é, pelo momento da "finalidade". A estrutura da ação humana é o pressuposto de possibilidade para valorações, as quais, se não têm sentido, só podem ser valorações de uma ação, tais como, por exemplo, a ilicitude e a culpa. No campo da chamada doutrina da imputação ou da ação é, por isso, também, onde a doutrina do Direito natural realizou progressos mais firmes desde Aristóteles e os escolásticos." ²⁸⁶

es la conducta humana, que pertenece al hombre y que demanda un cierto sentido antropológico, lo que hace que la diferencia entre esta teoría o grupo de teorías y el jusnaturalismo frecuentemente sea de grado." Isto não desfaz a observação de que WELZEL não se punha entre os jusnaturalistas, cf. n. 267, supra, pois, como assinala o próprio ZAFFARONI, as formas de jusnaturalismo vinculam o legislador não ao seu objeto, considerado de forma ôntica, mas a uma imagem do homem, considerada a partir de certa e determinada natureza (op. cit., p. 298), formando um direito "ideal superior ao escrito" (op. cit., p. 300). Isto não se via em WELZEL, que só pode ser arrolado como jusnaturalista se a isto se referir toda e qualquer limitação ao poder do legislador. (op. cit., p. 300).

²⁸⁶ - WELZEL, H. *Introducción...*, p. 257: "...todas las normas morales y jurídicas solo pueden referirse a actos, los cuales son algo distinto de meros procesos naturales causales, distinguiéndose de estos por el momento de la dirección consciente hacia un objetivo; es decir, por el momento de la "finalidad". La estructura de la acción humana es el presupuesto de posibilidad para valoraciones, las cuales, si han de tener sentido, solo pueden ser valoraciones de una acción, tales como, p. ej., la ilicitud y la culpa. En el campo de la llamada doctrina de la imputación o de la acción es,

Fincou-se, portanto, o fundamento de que o legislador está vinculado a estruturas ônticas que delimitam sua atividade, denominadas por WELZEL "estruturas lógico-objetivas"¹⁸⁷ ou, na tradução de COUSIÑO MacIVER, "estruturas lógicas das coisas"¹⁸⁸. A conduta humana, como "pedra-de-toque" do conceito analítico de crime, é a mais importante destas estruturas, de maneira que o modo de pensar realista demandou sua reeaboração conceitual, nos termos que seguem.

O objeto do direito penal é a conduta humana. Esta conduta, no fecho de todo o fundamento filosófico proposto pelo finalismo, figura em sentido ôntico, como estrutura lógico-objetiva, dotada de uma realidade independente do conhecimento que dela se faça, inclusive do conhecimento jurídico-penal. A conduta humana é objeto que pré-existe ao direito penal como idéia.

Ao direito penal cumpre ordenar como "devem ser" estas estruturas lógico-reais que são as condutas humanas. Para realizar esta tarefa, usa de valores negativos (desvalores), atribuindo-os a todas aquelas condutas que refogem à sua proposta de como "deveriam ser". Este fenômeno ocorre quando vincula à conduta humana os atributos da tipicidade (primeiro desvalor), ilicitude (segundo desvalor) e reprovabilidade - ou culpabilidade (terceiro desvalor, que recai, em verdade, sobre um dado sujeito, não pela sua personalidade, mas pelo cometimento da conduta injusta).

Portanto, quando pelo direito penal se constata um crime, isto é, ser uma qualquer conduta humana típica, ilícita e culpável, não se está - no marco do finalismo -

por isso, también donde la doctrina del Derecho natural ha realizado progresos más firmes desde Aristóteles y los escolásticos."

¹⁸⁷ - Apud ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, p. 300.

¹⁸⁸ - Apud ZAFFARONI, E.R. *Op.cit.*, p. 300. No original, a expressão é "sachlogische Strukturen", sendo "sache" coisa, reporta o professor argentino.

alterando a conduta. Apenas são-lhe atribuídos três valores negativos (desvalores), permanecendo a conduta idêntica ao que era antes de o direito penal operar esta tríplice desvalorização.

Na ótica finalista, o direito penal, em relação ao seu objeto, que é a conduta, "realiza", em sentido figurado, um ato de conhecimento valorativo negativo, porquanto não altera o objeto conduta humana, porém fornece dados ao intérprete para compreendê-la como crime. Por esta razão é que se costuma dizer que o conceito finalista de conduta humana é um conceito apreendido ontologicamente, uma vez que a conduta humana permanece, para o direito penal, tal qual "é" na realidade. Não há, neste diapasão, um conceito jurídico-penal de conduta. Esta pré-existe ao direito penal e este apenas a valora negativamente, porém não a modifica.

Fixado o pressuposto de que o direito penal, no finalismo, apreende a conduta humana como uma estrutura lógico-objetiva (compreende-a na sua "estrutura lógica de coisa"), de maneira ôntica, resta agora pesquisar o que seria esta conduta humana na realidade. Vale dizer, se labora o finalismo com um conceito ôntico-ontológico²⁸⁹ de conduta (estudo do ser da conduta pelo que ela é), qual é a expressão conceitual disso ? O que é na realidade a conduta humana ?

Para responder a estas perguntas, WELZEL recorreu ao pensamento clássico de ARISTÓTELES. Deste filósofo são várias as passagens que revelam a orientação teleológica de seu pensamento, como no excerto:

²⁸⁹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 338, define desta maneira o que vem a ser um conceito ôntico-ontológico: "onto, ente; ôntico, o que pertence ao ente; ontológico, o que pertence à ciência ou estudo do ente." Frise-se que, na atualidade, ZAFFARONI já não mais opera com a idéia de que o finalismo produza verdadeiramente um conceito ontológico, até porque seria impossível apreender a conduta na sua inteireza, cf. *Derecho Penal*, pp. 395-396. Afirma que não há um conceito ôntico, "pero hay límites ônticos a la construcción jurídico-penal del concepto de acción." (op. cit., p. 396)

"Toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem (...) Se existe, então, para as coisas que fazemos, algum fim que desejamos por si mesmo e tudo o mais é desejado por causa dele; e se nem toda a coisa escolhemos visando à outra (...), evidentemente tal fim deve ser o bem, ou melhor, o sumo bem."^{289-A}

De fato, assinala DURANT que uma das marcas do pensamento aristotélico está na idéia de que "tudo no mundo se move naturalmente para preencher uma finalidade específica"²⁹⁰. Neste passo, sustenta WELZEL que, para ARISTÓTELES:

"Todo devir tem lugar por causa do fim, e por isso este é, em última análise, também a causa atuante do devir. Não há acontecer casual e cego, puramente mecânico, mas todo acontecer está orientado a um fim, é acontecer teleológico. O fim é a "natureza" do objeto, que se atualiza no processo do devir. Idéia (essência), forma, causa atuante, fim e "natureza" constituem uma unidade no sistema aristotélico."²⁹¹

Um termo aristotélico sintetiza esta idéia: "enteléquia", que se decompõe como "echo" (tendo), "telos" (finalidade), "entos" (dentro)²⁹², ou seja, os objetos ou entes têm sua finalidade dentro de si mesmos. A finalidade

^{289-A} - ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, I-1-1094-A, p. 17. Também I-7-1097-A.

²⁹⁰ - DURANT, W. *História...*, p. 86.

²⁹¹ - WELZEL, H. *Introducción...*, p. 24: "Todo devenir tiene lugar por razón del fin, y por eso este es, en último término, también la causa actuante del devenir. No hay acontecer casual y ciego, puramente mecánico, sino que todo acontecer está orientado a un fin, es acontecer teleológico. El fin es la "naturaleza" del objeto, el cual se actualiza en el proceso del devenir. Idea (esencia), forma, causa actuante, fin y "naturaleza" constituyen una unidad en el sistema aristotélico."

²⁹² - Cf. DURANT, W. *História...*, p. 87, nota 1.

lhes é imanente, "rectius", a finalidade é uma idéia vinculada ao ente. Esta forma de pensar os objetos reprisa-se em SÃO TOMÁS DE AQUINO, com o respectivo acréscimo teológico-cristão a situar Deus como sujeito instituidor da finalidade nas coisas, conforme frisa ABBAGNANO²⁹³.

Os entes ou objetos presentes no mundo podem ser divididos em duas categorias: os acontecimentos da natureza e as ações humanas. O modelo de pensamento aristotélico, segundo WELZEL, foi extraído "tanto do acontecer orgânico como, sobretudo, da ação dirigida a um fim"²⁹⁴. Prossegue WELZEL:

"Da mesma maneira que o ser futuro se acha preformado potencialmente no embrião, atualizando-se teleologicamente no processo de seu desenvolvimento, e da mesma maneira que na ação humana o fim está mentalmente previsto e dirige e guia os movimentos corporais reais, assim também todo o acontecer universal é um grande processo determinado a partir de um fim, movido e guiado por ele. (...) Todo objeto em cada estágio do ser tem seu próprio e específico fim, sua própria "entelequia"..."²⁹⁵

²⁹³ - ABBAGNANO, N. *Diccionario...*, p. 458: "Os escolásticos insistem sobre a superioridade causal do fim, que chamam de "causa das causas". S. TOMÁS, seguindo as pegadas de ARISTÓTELES, resolve na causalidade do fim a necessidade própria dos movimentos naturais. "A necessidade natural que inere nas coisas e as dirige", escreve ele, "chega às coisas imprimida por Deus, que as destina a um fim, do mesmo modo como a necessidade com que a flecha se desloca e graças à qual se dirige para o alvo foi-lhe imprimida por quem a lançou e não pertence à flecha."

²⁹⁴ - WELZEL, H. *Introduccion...*, p. 25: "El modelo mental de esta concepción está tomado tanto del acontecer orgánico como, sobre todo, de la acción dirigida a un fin."

²⁹⁵ - *Idem*, p. 25: "De igual manera que el ser futuro se halla preformado potencialmente en el germen, actualizándose teleológicamente en el proceso de su desarrollo, y de igual manera que en la acción humana el fin está mentalmente previsto y dirige y guía los movimientos corporales reales, así también todo el acontecer universal es un gran proceso determinado desde un fin, movido y guiado por él. (...) Todo objeto en cada estadio del ser tiene su fin propio y específico, su propia "entelequia"..." Impende salientar que WELZEL aponta a metafísica teleológica como "esquema excelente para o desenvolvimento da "teoria ideal do Direito natural", pois a "união da natureza com o fim (...) representava uma ponte pela qual podiam fluir

Neste ponto, WELZEL demarca o fundamento filosófico da sua teoria da conduta humana: ela - no seu "ontos", no seu ser - é, sempre, guiada por um fim que lhe é imanente. Daí a razão de ZAFFARONI ao apontar o fundamento filosófico do finalismo no pensamento aristotélico, em termos:

"Os antecedentes desta concepção podem achar-se claramente em Aristóteles, o qual não concebia nenhuma conduta voluntária que não fosse final. Por conseguinte, para Aristóteles eram voluntários os atos que para nós seriam inculpáveis, com o que distinguia adequadamente a vontade da culpabilidade. Estes conceitos também se entroncam com o tomismo, como legítima continuidade do aristotelismo.(...) Fica clara, pois, a origem aristotélico-escolástica da teoria [finalista]." ²⁹⁶

Portanto, amparado no pensamento aristotélico de que tudo no mundo dirige-se para um fim, WELZEL munuiu-se de instrumental para definir a conduta humana como um "exercício de atividade final"²⁹⁷, realizando, "pari passu", um cotejo com o conceito causalista:

"A ação é, por isso, acontecer 'final', não só 'causal'. A 'finalidade' ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de

ilimitadamente os conteúdos materiais" em direção aos "princípios jurídicos formais." (op.cit., p. 25).

²⁹⁶ - ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p.67: "Los antecedentes de esta concepción pueden hallarse claramente en Aristóteles, quien no concebía ninguna conducta voluntaria que no fuese final. Consiguientemente, para Aristóteles eran voluntarios los actos que para nosotros serían inculpables, con lo que distinguía adecuadamente la voluntad de la culpabilidad. Estos conceptos también se entroncan perfectametne con el tomismo, como legítima continuador del aristotelismo.(...) Queda claro, pues, el origen aristotélico-escolástico de la teoría [finalista]." No Brasil, TAVARES, J. *Teorias...*, p. 54, também aponta o pensamento aristotélico como fonte do finalismo.

certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, colocar diante de si fins diversos e dirigir sua atividade, em conformidade com seu plano, à consecução dos fins. Em virtude de seu saber causal prévio pode dirigir os distintos atos de sua atividade de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o sobredetermine finalmente. Atividade final é um obrar orientado conscientemente a partir de um fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido a partir de um fim, mas é a resultante casual dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é - dito de forma figurada - 'vidente', a causalidade, cega." ²⁹⁸

Verifica-se, pois, que - na comparação com a proposta causal naturalista e neokantiana - a vontade passou a ser mais abrangente, por estar dotada de um conteúdo: a finalidade, calcada na capacidade humana de sobredeterminar as ações, ou seja, representar mentalmente o objetivo a ser alcançado com o movimento físico. A vontade não é, pois, limitada ao movimento corporal (vontade de se movimentar), tal qual figurava nos sistemas pretéritos (à exceção da base hegeliana, que encorpava o conceito de conduta com a própria culpabilidade).

A partir do pensamento de WELZEL, a conduta passou a conter um "para que", consistente na finalidade, que lhe dá rumo, "vidência". Com a concepção finalista da ação

²⁹⁷ - WELZEL, H. *Derecho Penal...*, p. 39: "Acción humana es ejercicio de actividad final."

²⁹⁸ - *Idem*, pp. 39-40: "La acción es, por eso, acontecer 'final', no solamente 'causal'. La 'finalidad' o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal prévio puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es - dicho en forma gráfica - 'vidente', la causalidad, 'ciega'."

preencheu-se o vazio da voluntariedade da conduta humana nas teorias causais, representado por uma vontade de movimentar-se desprovida de direção, "ipso facto", "cega", na figuração de WELZEL.

A ausência do "para que" da conduta tornava seu conceito irreal nos pensamentos causais. Concebê-la como "atividade final do homem"²⁹⁹ era, para WELZEL, expressar um conceito ontológico de conduta, ou seja, um conceito que estava a definir a conduta a partir do que ela é na sua realidade. Alude ZAFFARONI que, com o "fazer final" - síntese conceitual-finalista de conduta - desenhou-se na teoria do delito o conceito "mais abarcativo de dados da realidade".³⁰⁰

Criou-se com isto uma demarcação intransponível para a atividade legislativa. "Amarrou-se" o legislador, na proposta de WELZEL, a uma estrutura lógico-objetiva presente no mundo do ser, aspecto que simultaneamente serviu a garantir o firme contato da concepção de crime com a realidade, na medida em que, se o "direito não pretende outra coisa que ser uma ordem reguladora de condutas", tem que "respeitar o ser da conduta" (ZAFFARONI)³⁰¹. Isto é fato: se o

²⁹⁹ - Idem, p. 37.

³⁰⁰ - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 396: "En la dinámica teórica de la acción, el concepto más abarcativo de datos de realidad de la acción ha sido el finalista..." Sem embargo, o professor argentino nega, na atualidade, que o conceito finalista seja ontológico no sentido de expressar toda a realidade da ação; apenas implica em vantagem política (op. cit., p. 397) sobre os demais, por respeitar um aspecto da realidade da ação útil para os interesses de um direito penal funcionalmente auto-redutivo (op. cit., p. 395): "...el concepto de acción será mas funcional quanto más reductor resulte. Cuando en su construcción menos entes se tomen de la realidad de la conducta, será más amplio y, por ende, menos reductor [do poder punitivo do Estado]." (op. cit., p. 396: "...o conceito de ação será tanto mais funcional quanto mais reductor resulte. Quando, na sua construção, menos entes sejam tomados da realidade da conduta, será mais amplo e, por conseguinte, menos reductor [do poder punitivo do Estado].")

³⁰¹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 338: "El derecho no pretende otra cosa que ser un orden regulador de conducta. Para ello tiene que respetar el "ser" de la conducta." Esta frase ainda tem correspondência no seu pensamento atual, cf. *Derecho Penal*, p. 395: "...lo cierto es que el derecho penal debe construir su concepto de acción procediendo por abstracción de datos de la realidad." Em resumo, o autor platino considera que não existe um "concepto

direito, ao erigir o conceito de crime como conduta humana típica, ilícita e culpável, está desvalorando a conduta, deve realizar estes juízos de desvalor tomando em consideração a conduta como é na realidade, pena de desvalorar coisa diversa, o que impediria, inclusive, manejar-se no dia-a-dia a idéia de crime (tome-se em consideração, aqui, aquela questão da instrumentalidade do conceito analítico, que serve como mecanismo de trabalho: os extratos de desvalorações são "fases" de necessária apreciação para constatar-se a existência do direito de punir do Estado).

Porém, WELZEL foi mais além. A conduta humana, notabilizada pela capacidade de sobredeterminação, simbolizava...

"...precisamente a capacidade da vontade humana de propor-se qualquer fim e sobre a base de seu saber causal, poder realizar estes fins de acordo com um plano possibilitam ao homem a peculiaridade específica, a plenitude e vastidão de sua existência histórica, de sua cultura e sua civilização."³⁰²

Para WELZEL, a conduta humana, em sentido ôntico, era o pressuposto que permitia ao homem desenvolver-se apurando os graus de seu estágio civilizatório³⁰³, não podendo ser colocada ao largo do direito penal. Ao contrário, o direito penal teria necessariamente que a reconhecer neste contexto ôntico, pois assim - e só assim - poderia tratar do

de acción real" (op. cit., p. 395), mas que é necessário montar o conceito jurídico-penal de ação considerando aspectos da realidade da conduta humana que sejam foco de interesse para um direito penal orientado por uma idéia central de auto-redução, o que denomina "funcionalismo redutor".

³⁰² - WELZEL, H. *Derecho...*, p. 38: "Precisamente la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan possibilitan al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y su civilización."

homem como "pessoa responsável"³⁰³ pelas suas condutas, exigência herdada do jusnaturalismo e apontada por WELZEL como "pressuposto mínimo que tem que mostrar uma ordem social se esta não quer simplesmente 'forçar' através do seu poder, mas obrigar enquanto direito" um homem visto como "sujeito da conformação de sua vida"³⁰⁵.

Vem daí, aliás, outra famosa visão de WELZEL - com a qual, diga-se já e sem embargo, não concordamos. Diz com a missão do direito penal, como desvalorização das condutas quando trazem em si conteúdos ético-sociais negativos (desvalor da ação), em detrimento da idéia lisztiana de desvalorização de condutas violadoras de bens jurídicos (desvalor de resultado)³⁰⁶. Para WELZEL, Se o homem é pessoa responsável, dentro de uma ordem social que o "obriga enquanto direito" - o que implica em tratá-lo como sujeito - e não através de coação, sua conduta deverá ser punida quando simbolizar ausência de responsabilidade em face de um direito existente como "dever ser transcendente à existência e vinculante" e atuante como "pressuposto da existência humana dotada de sentido"³⁰⁷. Afinal, escreveu o mestre de Bonn:

³⁰³ - Cf. nota 299.

³⁰⁴ - WELZEL, H. *Introducción...*, p. 252: "Todo mandato (...) que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho."

³⁰⁵ - Idem, p. 251: "...mientras la coacción convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, la obligatoriedad le impone la responsabilidad por un orden de su vida dotado de sentido, haciendo de él el sujeto de la conformación de su vida." ("...enquanto a coação converte o homem em mero objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre coisas, a obrigatoriedade lhe impõe a responsabilidade por uma ordem de sua vida dotada de sentido, fazendo dele o sujeito da conformação de sua vida.")

³⁰⁶ - VON LISZT, F. *Tratado...*, p. 93: "Todo derecho existe por amor de los hombres e tem por fim proteger intereses de la vida humana. A protección de intereses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz. Chamamos bens jurídicos os intereses que o derecho protege."

³⁰⁷ - WELZEL, H. *Introducción...*, p. 251. V. também nota 268, para reprodução do excerto original.

"...a missão primária do Direito penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, de sua propriedade, etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é tarde demais. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade." ³⁰⁸

Em resumo: o homem responsável, neste pensar, tem verdadeiramente um compromisso ético-social com o Direito, no sentido de pautar suas condutas segundo o "dever ser" proposto pelo legislador. Entende WELZEL que há garantia para este homem de que o legislador parta da realidade do mundo, onde ocorrem efetivamente as condutas. Então, as condutas serão tratadas pelo direito penal do modo como são na realidade, pois assim - qualificadas pela capacidade de sobredeterminação do acontecer causal - funcionam como pressuposto do estágio civilizatório humano. Garante-se ao homem, finalmente, pelo existir transcendental do Direito apontado por WELZEL^{308-A}, uma dotação de sentido para a sua existência. Resulta disso que o Direito penal, ancorado nos lastros ontológicos que limitam a capacidade criadora do legislador, funciona como espécie de "tutor" ou "professor" social, tendo por norte "ensinar" os conteúdos ético-sociais das condutas. Isto também está claro em WELZEL:

³⁰⁸ - WELZEL, H. *Derecho...*, p. 03: "...la misión primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad."

"...a missão mais profunda do direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proibir e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela, na forma mais concludente à disposição do Estado, a vigência inquebrantável destes valores positivos de ato, junto do 'dar forma' ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalecer sua consciência de permanente fidelidade jurídica." ³⁰⁸

Diante deste quadro, o homem responsável, tratado como sujeito, deve contraprestações, no sentido de guiar-se pela pauta jurídica de valores atribuídos às condutas ontologicamente consideradas. Quando sua conduta contraria a pauta de valores, merece punição "per si", tornando-se secundário o que resulta da ação (desvalor de resultado).

Evidentemente, não concordamos com a missão proposta por WELZEL, porquanto um direito penal assim orientado pode descambar, no extremo oposto do período causal-naturalista, para um puro direito penal de ato, capaz mesmo de derivar para um direito penal de ânimo de cariz autoritário. Afinal, dar ao Estado o poder de punir a conduta pela carga de desvalor que porta em si, sem qualquer necessidade de lesividade (ofensa a bem jurídico), implica em inchar a potestade punitiva de maneira intolerável: por trás da tutela dos valores mais elevados da "consciência jurídica" de um povo poder-se-á punir determinado estado ou modo de ser. Daí a necessidade de que o desvalor de ação opere - frisa-se de novo - em conjunto com o desvalor de resultado.

^{308-A} - V. n. 268.

³⁰⁹ - Idem, p. 03: "...la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica."

Estabelece-se daí um limite ao poder de punir: sem lesividade, o direito penal não atua.

Feita a crítica, sintetiza-se: a concepção finalista sobre a conduta humana, como "fazer final", não esteve amparada na só percepção do equívoco causal naturalista e neokantiano de uma conduta "vazia" de finalidade. Penalista e jusfilósofo, WELZEL exigia um Direito penal em conexão com a realidade, pois a realidade da existência humana importaria num Direito transcendente à existência concreta de cada homem, pena de o Direito transformar-se em subjugação pela força. Para estar vinculado à realidade, teria o Direito penal de partir de uma estrutura ôntica de conduta, que - caracterizada pela capacidade humana de sobredeterminação de cursos causais - era invocada como símbolo da civilização humana. Só partindo desta base, o direito poderia tratar o homem como "sujeito responsável" e "obrigá-lo", cobrando-lhe uma postura ético-social conforme à tábua de valores jurídico-penalmente desenhada. Por isso é que a missão do direito penal seria desvalorar as condutas que trouxessem "em si" a negação da tábua ético-social (desvalor da ação, com secundarização do desvalor de resultado), desde que possível considerar o homem como sujeito responsável por isso.

Há, pois, uma conexão evidente entre a missão do direito penal, como desvalorador de condutas pelo desvalor da ação "em si", e a adoção de um conceito de conduta que ressalta a sobredeterminação do curso causal pelo homem³¹⁰. Somente pode-se desvalorar uma conduta pelo que traz em si de negativo se seu conteúdo, isto é, a finalidade que a guia,

³¹⁰ - Como também há, paralelamente, uma conexão evidente entre a missão do Direito penal lisztiana de desvalorar condutas que violassem bens jurídicos (desvalor do resultado) e a adoção de um conceito de ação que a situa como

for revelado. Do contrário, o Direito penal não tem como desvalorar a ação humana em si, mas só o resultado lesivo que ela produz, levando à frustração da missão do Direito penal idealizada por WELZEL. Um conceito de conduta como "fazer final", nesta ordem de idéias, figura como pressuposto para realização da missão do direito penal.

Nada obsta concluir, também, que quando a missão do direito penal for desenhada ao modo liberal, no sentido de proteção de bens jurídicos contra conduta lesivas, igualmente um conceito de conduta como "fazer final" figure como preliminar para realizá-la. Afinal, dá-se a proteção dos bens contra "condutas", ou "fazeres finais". Neste sentido, o conceito finalista de conduta pode ser adotado sem obrigar à adoção da missão proposta por WELZEL para o direito penal. Preserva-se, assim, o princípio da lesividade e o desvalor de resultado como marco axiológico.

Fechado o comentário acerca da missão do direito penal, devemos evidenciar, de outro lado, que HIRSCH³¹¹ estava pleno de razão ao afirmar que o conceito finalista de conduta humana supõe apenas parte "de uma pretensão científica de maior envergadura" de WELZEL, não se limitando a explorar os erros do conceito causal de conduta.

Formava-se assim o esteio de uma estrutura analítica finalista de crime, caracterizada por um "injusto pessoal" (assentado na sobredeterminação do curso causal da conduta) e uma culpabilidade puramente normativa (reprovabilidade da conduta por força da causalidade sobredeterminada finalisticamente pelo sujeito ser ético-socialmente reprovável, ao violar a tábua de valores do

"causa" do efeito "modificação do mundo exterior", reduzida pois à causação física de um resultado lesivo.

³¹¹ - V. nota 266, supra.

Direito penal, desde que o homem que a praticou pudesse ser "sujeito responsável" por ela).

Salientada a aliança entre a missão do direito penal em WELZEL, a desnecessidade de adotar esta missão mesmo perfilando-nos como finalista, o caráter ontológico da conduta, bem como os pressupostos filosóficos do homem como sujeito responsável e do Direito como consciência transcendente à existência humana e seu pressuposto, cumpre agora atentar para a nomenclatura adotada por WELZEL e decompor os elementos conceituais da concepção finalista de conduta.

É costume dizer-se que WELZEL tomou como modelo a fenomenologia de NICOLAI HARTMANN para estruturar seu conceito de ação, como consta em MAURACH-ZIPZ³¹² e ROXIN³¹³. Em verdade, já se viu que a base filosófica da teoria finalista da conduta remonta à filosofia clássica aristotélica e à escolástica³¹⁴ e tem pontos de conexão com heranças, apontadas pelo próprio WELZEL³¹⁵, do jusnaturalismo.

Todavia, WELZEL buscou esclarecer que a aliança com NICOLAI HARTMANN limita-se à terminologia "finalidade"³¹⁶, com

³¹² - MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal...*, p. 255.

³¹³ - ROXIN, C. *Derecho...*, p. 239.

³¹⁴ - ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 68, expressamente se levanta contra a conexão entre os pensamentos de WELZEL e HARTMANN, embora TAVARES, J. *Teorias...*, pp. 55-56, mesmo conhecendo as objeções do próprio WELZEL quanto a esta conexão, aponte-as para além da mera terminologia.

³¹⁵ - WELZEL, H. *Introduccion...*, p. 253: "*Todos estos elementos - el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales - cuentan entre las nociones supratemporales de la doctrina del Derecho natural, porque representan el presupuesto de posibilidad de todo orden ético-social y son, por ello, independientes de los contenidos de estos órdenes.*"

³¹⁶ - TAVARES, J. *Teorias...*, pp. 55-56, mesmo conhecendo estas objeções de WELZEL, finda por apontar conexões que vão além da terminologia entre o finalismo welzeliano e HARTMANN, em especial na dissecação dos "momentos" da conduta humana. Elucidativo é HIRSCH, H.J. *La polémica...*, p. 39: "...el concepto de finalidad (...) no proviene de WELZEL, sino de NICOLAI HARTMANN; con posterioridad, WELZEL lo adoptó como denominación." ("... o conceito de finalidade (...) não provém de WELZEL, mas de NICOLAI HARTMANN; posteriormente, WELZEL adotou-o como denominação."). Neste sentido, também, REGIS PRADO, L. *Curso de Direito...*, p. 159: *A origem da teoria finalista -*

a qual definiu a presença de um conteúdo na vontade que guia o movimento corporal nas condutas humanas. Este esclarecimento vem em termos:

"...quando eu, no ano de 1935, tomei de NICOLAI HARTMANN não a questão (que era muito mais antiga), mas sim o nome de "finalidade" para caracterizar a ação como um acontecimento dirigido e encaminhado voluntariamente, não imaginei que com esta denominação iam unidas muitas falsas interpretações. Entretanto, elaborou-se na cibernética uma designação muito mais ajustada à peculiaridade determinante da ação, isto é, sua direção e condução. Quiçá à teoria final da ação se lhe haveriam economizado muitas falsas interpretações como teoria da ação, enquanto acontecimento (cibernético) dirigido ou conduzido pela vontade. Não sem razão SPIEGEL fala de uma *consideração biocibernética antecipada*'." ³¹⁸

Mais ainda: além de negar a aliança com a filosofia fenomenológica de NICOLAI HARTMANN³¹⁷, admitindo-a somente em relação à nomenclatura "finalismo", WELZEL finda por

explicada pelo seu próprio criador HANS WELZEL - radica na obra *Fundamentos da Psicologia do Pensamento*, do filósofo RICHARD HÖNIGSWALD, nos trabalhos dos psicólogos KARL BÜHLER, THEODOR ERISMANN, ERICH JAENSCH, WILHELM PETER e dos fenomenologistas P.F. FINKE e ALEXANDER PFÄNDER, e não em NICOLAI HARTMANN, embora tenha este último contribuído para a reformulação do seu pensamento no livro "*Naturalismus und Wertphylosophie im Strafrecht*" e para a utilização do termo mais familiar finalidade." Valeu-se REGIS PRADO do prólogo de WELZEL à 4ª ed. de seu "O Novo Sistema Jurídico-Penal", pp. 11-20, onde o Professor de Bonn efetivamente repele a usual correlação entre seu pensamento e a fenomenologia de HARTMANN.

³¹⁷ - A finalidade como conteúdo da vontade consta, por exemplo, em ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 342.

³¹⁸ - WELZEL, H. *Derecho...*, p. 44: "...cuando yo en el año de 1935 tomé de NICOLAI HARMANN no la cuestion (que era mucho más antigua), pero sí el nombre de "finalidad" para caracterizar la accion como un acontecimiento dirigido y encauzado voluntariamente, no imaginé que con esta nominación iban unidas muchas falsas interpretaciones. Entretanto se ha elaborado en la Cibernética una designación mucho más ajustada a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento. Quizá a la teoría final de la acción se le habrían ahorrado muchas falsas interpretaciones como teoría de la acción, en cuanto acontecimiento (cibernético) dirigido o encauzado por la voluntad. No sin razón SPIEGEL habla de una consideración biocibernética *antecipada*'."

³¹⁹ - Assim tratada por SEVERINO, Emanuele. *A filosofia contemporânea*, pp. 210-213.

reconhecer esta nomenclatura incorreta. Este nome, na autocrítica welzeliana, ressalta estar a conduta dirigida a um "fim", quando o que importa é estar "dirigida", notadamente em face dos crimes culposos. "O dirigir em direção ao objetivo se refere ao caso mais importante de uma ação, mas não ao único"³²⁰, afirmou WELZEL, pois "...o objetivo pode ser totalmente irrelevante (juridicamente), enquanto que o governar e o próprio dirigir são sempre o juridicamente relevante quando têm lugar de modo inadequado e pouco cuidadoso", como nos crimes culposos.

Por esta razão, considerou-se possível, do ponto de vista lingüístico, apelar-se para a noção de "cibernética". Extraída dos estudos matemáticos de NORBERT WIENER, em 1948³²¹, a expressão "cibernética", como "fato governado e dirigido pela vontade"³²² (VALLEJO) poderia ser invocada, resultando em uma "teoria da ação cibernética". Porém, prevaleceu, até mesmo por vontade de WELZEL³²³ (embora tenha reconhecido a restrição a que conduz sua terminologia primeira), a nomenclatura "teoria finalista da conduta". De todo modo, a ponte com a cibernética possui valor elucidativo.

O termo cibernética foi empregado por NORBERT WIENER originalmente para designar "o estudo das comunicações e, em particular, das comunicações que exercem controle efetivo, com vistas à construção das máquinas

³²⁰ - Apud VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 45: "El dirigir en dirección al objetivo se refiere al caso más importante de una acción, mas no al único: el objetivo puede ser totalmente irrelevante (juridicamente), mientras que el gobernar y el dirigir mismo son siempre lo juridicamente relevante cuando tienen lugar de modo inadecuado y poco cuidadoso: en el caso de la acción culposa."

³²¹ - Cf. VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 45.

³²² - Idem, p. 45.

³²³ - Ibid., p. 45, citando WELZEL: "Tengo escrúpulo en recibir un uso matematizante y quiero conservar la antigua calificación - finalidad..."

calculadoras" , abrindo-se para significar, conforme ABBAGNANO, possibilidade de uma máquina realizar operações que, "durante a execução, podem ser dirigidas (...) essa é a característica fundamental das operações realizadas pelo homem ou por qualquer ser inteligente", de modo que "o esquema desse funcionamento pode ser percebido nas operações mais simples feitas por um ser humano"³²⁵.

Afinal, a dirigibilidade ou governabilidade das ações é atributo humano, com o que se faz uma ponte entre a cibernética e a biologia. Chega-se ao esquema denominado "antecipação biocibernética da conduta"³²⁶, cuja característica maior é evidenciar a dirigibilidade ou governabilidade do curso causal, pelo homem, quando realiza suas atividades finais. Este esquema, que ZAFFARONI³²⁷ atribui a NICOLAI HARTMANN, de fato coincide em parte com as etapas da conduta humana indicadas por WELZEL.

Ao diferenciar nexos causal e nexos finais, NICOLAI HARTMANN afirmou que o processo para identificar este último é representar-se "um determinado fim que pode achar-se muito adiante (1). No pensamento se situam os meios retrocedendo do fim (2), para terminar realizando-os, e com eles também o fim."³²⁸ O nexo de finalidade é, desde logo, diverso do nexo causal, porque enquanto o segundo ocorre no mundo físico, o

³²⁴ - Apud ABBAGNANO, N. *Diccionario...*, p. 133.

³²⁵ - ABBAGNANO, N. *Diccionario*, p. 133.

³²⁶ - ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 65.

³²⁷ - *Idem*, p. 65.

³²⁸ - Apud ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 65: "La diferencia entre nexo causal y el nexo final se halla en lo siguiente: en el nexo causal de una causa sale un efecto; este efecto produce un avanzar de caso en caso, sin que con el nexo se realice un fin. En el nexo final, por lo contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante (1). En el pensamiento se ubican los medios retrocediendo desde el fin (2), para terminar realizándolos, y con ellos también el fin (3)." Na sequência, ZAFFARONI apresenta graficamente o esquema da antecipação biocibernética, que tem grande utilidade didática. Repete este esquema no *Manual...*, pp. 343-344, bem como na adaptação para o Brasil co-escrita com PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 417.

primeiro é mental (uma previsibilidade de nexos entre o fim e os meios escolhidos).³²⁹ O nexo de previsibilidade consiste no vínculo mentalmente estabelecido entre a finalidade e os meios escolhidos para atingi-la. A idéia de NICOLAI HARTMANN, porém, era estabelecer a diferença que há entre a infinitude de puras relações causais encadeadas e a situação em que, baseado no domínio da relação de causa, traça-se uma finalidade: uma vez traçada a finalidade, os encadeamentos causais tornam-se finitos.

Este não foi o enfoque de WELZEL. O professor da Universidade de Bonn, ao apresentar as "fases" da conduta humana, pretendeu dissecar os elementos conceituais da teoria finalista da ação. Com este propósito, indicou as "duas etapas" necessárias para levar-se a cabo a "direção final de uma ação":

"A) A primeira transcorre totalmente na esfera do pensamento.

Começa com:

[a.1-] a antecipação (o propôr-se) do fim, que o autor quer realizar. A partir do fim, segue...

[a.2-] a seleção dos meios da ação para consecução do fim (...) [que] vão sempre unidos com outros efeitos além do fim perseguido. O fim é sempre só um setor dos efeitos dos fatores causais postos em movimento, daí pertencer à seleção dos meios...

[a.3-] a consideração dos efeitos concomitantes. (...)

B) Põe (sic) em movimento, conforme o plano, os meios de ação (fatores causais) escolhidos com anterioridade, cujo

³²⁹ - ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 65 e *Manual...*, p. 344: "En el campo de la causalidad sólo hay causas y efectos, en un proceso ciego que va al infinito. El nexo de causalidad - a nivel científico - no tiene una dirección. En lugar, la finalidad siempre es "vidente" (WELZEL), es decir, tiene un sentido y se asienta sobre la previsión de la causalidad. El nexo de finalidad 'toma las riendas' de la causalidad y las dirige."

resultado é o fim junto com os efeitos concomitantes que se incluíram no complexo total a realizar."

Sumariamente, a conduta, como "atividade final" ou "fazer final", para WELZEL, constitui-se, pois:

A- de uma fase interna, subdividida em:

(A.1) escolha do fim;

(A.2) eleição dos meios, dos quais derivam - e o agente representa-as - conseqüências concomitantes necessárias (que ocorrerão necessariamente com os meios escolhidos para chegar ao fim) e possíveis ou eventuais (que podem ocorrer a partir dos meios escolhidos para chegar-se a um fim);

A- de uma fase externa ulterior, consistente na exteriorização do "fazer".

O esquema guarda muitas semelhanças com a formulação de NICOLAI HARTMANN, mas este buscava identificar a conduta humana mediante a eliminação da infinitude dos puros cursos causais através da finalidade, enquanto WELZEL salienta a dirigibilidade - sobretudo após a inserção da concepção de cibernética no conceito de conduta - e faz amplas alusões acerca de efeitos concomitantes necessários e possíveis, coisa que se não contempla em NICOLAI HARTMANN.

De toda forma, ambos os esquemas salientam a existência de um conteúdo para a vontade do movimento, a dar-lhe direção, que vem a ser a finalidade, bem como consideram

³³⁰ - WELZEL, H. Derecho..., p. 40-41: "A) La primera transcurre totalmente en la esfera do pensamiento. Empieza con: [a.1-] la anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue - a partir del fin, [a.2-] la selección de los medios de la acción para la consecución del fin (...) [que] van siempre unidos con otros efectos además del fin perseguido. El fin es siempre sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, también pertenece a la selección de los medios, [a.3-] la consideración de los efectos concomitantes.(...) B) Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con

a capacidade de disposição, dirigibilidade e governo dos cursos causais destinados a levar o agente ao seu fim. Neste contexto, segundo WELZEL, a concepção de ação estaria sendo ontológica, mantendo-se o direito penal atrelado à estrutura pré-jurídica da conduta como um pressuposto para poder realizar sua missão de guia ético-social positivo das condutas, dentro da consideração do homem como sujeito responsável, cuja existência concreta, dotada de sentido, necessita de um dever que lhe seja transcendente.

Sendo ontológico e, pois, pré-jurídico, o conceito finalista assume validade para condutas lícitas ou ilícitas, permitidas ou proibidas. A título de exemplo, quando alguém delibera matar seu vizinho (escolha do fim), imaginando para tanto esconder-se no interior do jardim da casa deste de modo a surpreendê-lo a golpes de faca, quando da chegada da vítima do trabalho (eleição dos meios) - fase interna - e exterioriza seu fazer segundo o planejado (fase externa), dá-se uma conduta humana, fase a fase. Da mesma forma, se alguém delibera fazer pescaria marítima (escolha de um fim), imagina para tanto deslocar-se até a beira do mar, distante cem quilômetros de sua residência, com a equipagem necessária (eleição dos meios) e, após, exterioriza este fazer segundo o curso causal sobredeterminado mentalmente, há uma conduta humana. A primeira, ilícita; a segunda, lícita: mas ambas conformes às etapas da conduta finalisticamente orientada.

O conceito de conduta humana finalista, ao assumir-se ontológico, pretende-se universal e independente de quaisquer juízos de valor, como licitude ou ilicitude. Seu caráter universalizante, dentro da afirmação de que adaptado ao verdadeiro "ser" da conduta, tornou-o sólido pilar de

anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar."

definição da conduta humana como ponto de partida da análise do crime³³¹, ou, ao menos, "uma das razões principais da poderosa força de convicção desta teoria", como diz ZIELINSKI³³².

Enseja notar que - em WELZEL - a escolha dos meios, segundo momento da fase interna, não se restringe ao instrumento. O meio para matar o vizinho não é só "a faca"; tampouco o é só o caniço, para pescaria. A escolha dos meios engloba, além do instrumento propriamente dito, a maneira como o sujeito ativo pretende dele dispor. Isto, aliás, é que marca a sobredeterminação do curso causal, a idéia de governabilidade da conduta.

De se salientar, também, que há um "retrocesso"³³³, na linguagem de WELZEL, do fim para os meios, pois só escolhido aquele é que pode o agente dispor mentalmente acerca destes. "Recua-se" do fim para o ponto de partida da "exteriorização" da conduta. Só após determinado o fim, "movimento 1", podem-se definir os meios, como "movimento 2" das etapas da conduta.

³³¹ - Quiçá seja esta uma das explicações da larga adoção da teoria finalista da conduta em todo o mundo, não obstante os sérios questionamentos que sofreu na década de sessenta e setenta e a pecha de superada que lhe impingem atualmente os autores funcionalistas.

³³² - ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, p. 83: "La pretensión ontológica de la teoría, de haber encontrado un concepto de acción previamente dado al derecho - sin duda una de las razones principales de la poderosa fuerza de convicción de esta teoría..."

³³³ - WELZEL, H. *Derecho...*, p. 40: "El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama, por eso, "de retroceso", puesto que consta el fin y desde él se escogen los factores causales requeridos como medios de acción." ("O autor determina, sobre a base de seu saber causal e num movimento de retrocesso desde o fim, os fatores causais que são requeridos para o êxito dele, inclusive aquele movimento corporal com o qual pode por em marcha toda a cadeia causal (meios de ação). Este processo mental chama-se, por isso, "de retrocesso", porque consta o fim e a partir dele se escolhem os fatores causais requeridos como meios de ação.")

Já os efeitos concomitantes são conseqüências que surgem a partir dos meios eleitos para chegar-se ao fim. Devem ser considerados, de fato, os efeitos concomitantes que "vão unidos aos fatores causais considerados junto à consecução do fim", diz WELZEL³³⁴, salientando que se leva a cabo "este processo mental (...) a partir do fator causal eleito como meio em direção aos efeitos que traz ou pode trazer como conseqüência". Assim, invocando os exemplos anteditos, os meios escolhidos para chegar ao fim morte do vizinho implicam, para o sujeito ativo, nas conseqüências concomitantes necessárias consistentes em ter que invadir o domicílio deste (este não é o "fim" do agente, e sim surge com os meios eleitos para atingir-se o fim, frise-se). É conseqüência concomitante eventual do meio escolhido - emboscada - uma longa espera. Já no exemplo da pescaria, uma conseqüência concomitante necessária é o tempo dispendido para deslocar-se ao local de pesca (que o agente propriamente não quer, pois do contrário este seria seu "fim"), enquanto uma conseqüência eventual ou possível é, por exemplo, ter as roupas molhadas. Quanto a elas, válida a observação de MUÑOZ CONDE:

"A consideração destes efeitos concomitantes pode fazer com que o autor volte a repensar a realização do fim e rechace alguns dos meios selecionados para essa realização. Mas, uma vez os admita, como de produção certa ou provável, também esses efeitos concomitantes pertencem à ação." ³³⁵

³³⁴ - Idem, p. 41: "...la consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia."

³³⁵ - MUÑOZ CONDE, F. *Teoria Geral do Delito*, p. 12.

Em suma, na dissecação elemento a elemento do "fazer final", pode-se aliar ao "fazer", como fase externa posterior, o termo "final", como fase interna, que abrange a escolha do fim, dos meios para atingi-lo e das conseqüências concomitantes necessárias e eventuais que este gera, representadas pelo agente.

De se notar, quanto à vontade - cujo conteúdo é a finalidade - que esta não precisa ser "livre", porquanto mesmo sob coação moral há atuação da vontade³³⁶. Um gerente de banco, submetido ao constrangimento de abrir o cofre por estar com um "colar" de explosivos no pescoço colocado pelos assaltantes-coatores, pratica um fazer guiado por um fim. Se este fazer é-lhe reprovável ou, ao contrário, não é possível submetê-lo à censura, trata-se de questão que respeita à culpabilidade. De conseqüência, a ausência de vontade afasta a conduta humana. Havendo vontade, porém não sendo livre, o assunto desloca-se para a culpabilidade, sede em que será analisada a medida em que estava constricta a liberdade de vontade do coagido.

Estes os assuntos que interessavam à exploração da vontade continente da finalidade.

Resta analisar, ainda, uma questão que divide os próprios finalistas. Trata-se da localização sistemática do resultado naturalístico, enquanto modificação no mundo exterior, como parte da conduta. Duas observações, de logo, introduzem o tema: a) está-se a falar do resultado natural destacado da conduta (como a morte da vítima em relação ao ato de matar), que caracteriza os crimes materiais, e não de uma modificação no mundo consistente na própria conduta, i.é,

³³⁶ - Neste sentido, ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 343.

no próprio movimento (como bem disse WELZEL³³⁷, há casos, como estes, em que "o resultado da conduta final pode se esgotar na mera atividade: também o brincar, cavalgar, fazer ginástica, dançar, etc., são atividades finalmente dirigidas, como cometer atos lascivos, jurar, etc."; isto se adequa, em plano de tipicidade, aos crimes denominados de mera atividade ou mera conduta); b) logicamente, onexo causal, como ligâmen entre conduta e resultado, finda por seguir a colocação sistemática do primeiro, obedecendo a solução que para a primeira questão seja dada.

Para WELZEL, o resultado é parte da conduta humana, o que implica em que também seja parte integrante do conceito final de ação o nexo causal. Isto fica claro no seguinte extrato:

"A segunda etapa da direção final se leva a cabo no mundo real. É um processo causal na realidade, sobredeterminado pela definição do fim e dos meios na esfera do pensamento. Na medida em que se não logra a sobredeterminação final no mundo real - por ex., quando o resultado não se produz por qualquer razão - a ação final correspondente é só tentada."³³⁸

De fato, pontuou HIRSCH:

³³⁷ - WELZEL, H. *Derecho...*, p. 43: "Desde luego, la conducción final se extiende también a la ejecución externa de la acción misma, de modo que el "resultado" de la conducción final se puede agotar en la mera actividad: también el jugar, pasear, cabalgar, hacer gimnasia, danzar, etc., son igualmente actividades dirigidas finalmente, como cometer actos lascivos, jurar, etc."

³³⁸ - WELZEL, H. *Derecho...*, p. 42: "La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real - p. ej., cuando el resultado no se produce por cualquier razón - la acción final correspondiente es solo intentada." WELZEL reprisou isto em "O Novo Sistema Jurídico Penal", p. 29.

"Para WELZEL só se tratava de demonstrar que, ao contrário da teoria causal, a ação exige algo mais que a mera produção do resultado, isto é, implica numa vontade que dirige o acontecer causal (a 'finalidade'). Na medida em que configura um acontecer guiado e dirigido pela vontade, a ação é 'uma manifestação de vontade que se objetiva'. Em conformidade com isso, a parte objetiva do comportamento delituoso é a 'objetivação da vontade de um acontecimento externo'. Nos trabalhos de WELZEL que dão base à teoria do injusto pessoal já se assinala de forma expressa que 'como ação pertencente a um sujeito' há de ser considerado 'todo resultado tipificado' que foi intencionalmente causado pelo autor, e que o desvalor da ação compreende, predominantemente, o desvalor dos acontecimentos (nos delitos de resultado)."³³⁹

Aliás, o próprio HIRSCH - seguidor ortodoxo de WELZEL - mantém esta posição, a partir da noção de que o resultado figura como um "rendimento" da conduta, dela fazendo parte. Sustenta o professor da Universidade de Colônia, neste passo, que:

"...este rendimento fracassa no momento em que o homem não alcança o resultado desejado, já que, então, o sujeito não conseguiu submeter o acontecer causal na necessária medida, para materializar sua vontade de realização; não logrou sobredeterminá-lo, de acordo com sua vontade, isto é, não conseguiu dominá-lo suficientemente para realizar sua vontade. (...) A respectiva ação se consumaria não só com o

³³⁹ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, pp. 42-43: "Para WELZEL solo se trataba de demostrar que, en contra de la teoría causal, la acción exige algo más que la mera producción de un resultado, es decir, implica una voluntad que dirige el acontecer causal (la "finalidad"). En la medida en que configura un acontecer guiado y dirigido por la voluntad, la acción es "una manifestación de voluntad que se objetiviza". Según esto, la parte objetiva del comportamiento delictivo es la "objetivación de la voluntad de un hecho externo". En los dos trabajos de WELZEL que dan base a la teoría del injusto personal ya se señala de forma expresa que "como acción perteneciente a un sujeto" ha de ser considerado "todo resultado tipificado" que ha sido intencionalmente causado por el autor, y que el desvalor de acción comprende, predominantemente, el desvalor de los hechos (en los delitos de resultado)."

encerramento do ato dirigido à produção do resultado, mas com a realização do querido pela vontade.”

Acrescenta HIRSCH, ao pressuposto de que a ligação entre ação e resultado pode ser aduzida também nas atividades que perseguem metas socialmente valoradas, um exemplo:

“...quem lança um salva-vidas a alguém que se está afogando, o qual, todavia, não pode alcançá-lo, não logrou dirigir o acontecer causal de forma tal que se produza o salvamento. Daí, que este esforço se considere, basicamente, inferior a quando se produz com êxito a ação de salvamento.”³⁴¹

A forma original do pensamento de WELZEL, reproduzida e aperfeiçoada por HIRSCH com a noção de “rendimento”, entretanto, não pode ser aceita.

A primeira razão disso é o fato de tanto WELZEL, como HIRSCH, terem-se utilizado de valorações para definir o resultado como parte de um conceito de ação cuja pretensão é ser ontológico e, portanto, pré-jurídico.

Quando WELZEL escreveu que, não obtido o resultado, a ação final correspondente “é só tentada”³⁴², evidentemente está valorando a conduta, tomando como referência sua incriminação e o respectivo “iter criminis”. Da mesma

³⁴⁰ - Idem, p. 43: “...este rendimiento fracasa en el momento en que el hombre no alcanza el resultado deseado, ya que, entonces, el sujeto no ha conseguido someter el acontecer causal, en la necesaria medida, para materializar su voluntad de realización; no ha logrado sobredeterminarlo, de acuerdo con su voluntad, es decir, no ha conseguido dominarlo suficientemente para realizar su voluntad. (...) La respectiva acción se consumaría no sólo con la terminación del acto dirigido a la producción del resultado, sino con la realización de lo querido por la voluntad.”

³⁴¹ - HIRSCH, H.J. *El concepto...*, p. 44: “quien lanza un salvavidas al que se está ahogando que, sin embargo, éste no puede alcanzar, no ha logrado dirigir el acontecer causal de forma tal que se produzca el salvamento. De ahí, que este esfuerzo se considere, básicamente, inferior a cuando se produce la acción de salvamento.”

³⁴² - Cf. n. 338.

maneira, quando HIRSCH³⁴³ diz que a "...ação se consumaria não só com o encerramento do ato dirigido à produção do resultado, mas com a realização do querido pela vontade." Inclusive o termo "consumaria" denota isso.

Tome-se por exemplo o art. 121, CP, tangente ao homicídio. Não se pune por "tentativa de conduta humana" quando o resultado morte não é obtido, mas sim por uma conduta humana, perfeita em seus componentes, desvalorada como crime tentado. O que é pré-jurídico, dentro da proposta finalista, foi aperfeiçoado numa tentativa de homicídio: escolha do fim matar, nexo de previsibilidade entre meios escolhidos e fins (plano mental) e, finalmente, a exteriorização de um fazer dirigido a esta meta. O resultado morte, que da conduta deveria se destacar, é que não ocorre, sendo a conduta - "per si" - perfeita, podendo-se dizer tentada somente "às vistas das exigências do tipo". Enquanto categoria pré-jurídica, a conduta se realizou como atividade finalisticamente dirigida.

Aliás, fosse punida uma "tentativa de conduta humana", estar-se-ia punindo algo que não é uma conduta aperfeiçoada, mas apenas parte dela. Violar-se-ia a parêmia "nullum crimen sine conducta", que o finalismo tanto reforçou com fundamentos filosóficos que obrigam o legislador a partir de um conceito pré-jurídico apegado à realidade.

Nos destaques feitos por HIRSCH ao pensamento de WELZEL, mais uma vez fica evidente a intenção de incluir o resultado como parte da conduta a partir de enfoques valorativos. Veja-se o excerto³⁴⁴ "como ação pertencente ao sujeito" há de ser compreendido "todo resultado tipificado". Ora, a frase mais se presta a falar da atribuíbilidade de um

³⁴³ - Cf. n. 341.

³⁴⁴ - Cf. n. 339.

resultado desvalorado mediante a tipificação (aspecto jurídico, e não pré-jurídico), não dando conta da inclusão do resultado na conduta como fenômeno pré-jurídico.

Finalmente, a idéia de "rendimento" da ação é evidentemente um julgamento e, como tal, absolutamente desapegado da matriz que se autodefine ontológica. Prova cabal disso é o apelo para atividades que visam "metas socialmente valoradas"³⁴⁵ feito por HIRSCH na introdução do exemplo do salva-vidas. Equiparar as condutas de quem tentou evitar o afogamento e não conseguiu com aquele que obteve êxito significa valorá-las, uma como bem sucedida (teve rendimento), outra como fracassada. Porém, ontologicamente, ambas foram atividades finalisticamente dirigidas ao fim de salvar aquele que se afogava, independentemente da valoração que se lhes faça.

A segunda razão pela qual não é de se aceitar a posição ortodoxa do resultado natural como parte da conduta é a inadequação gerada em tema de crimes culposos. Aqui, a não obtenção do resultado sobredeterminado finalisticamente implicaria - num conceito composto, dentre outros elementos, pelo resultado naturalístico que o agente propõe a si mesmo - em ausência de conduta. Ora, não havendo conduta, não há crime - seja doloso ou culposo. Tanto esta questão é relevante que HIRSCH, contraditoriamente, sustenta que - nos crimes culposos - o resultado "não pertence à ação"³⁴⁶, não fazendo dela parte como elemento conceitual. Ora, quer-se sustentar um conceito ontológico de conduta que muda de acordo com a desvalorização típica da conduta como dolosa

³⁴⁵ - HIRSCH, H.J. *El concepto...*, p. 44.

³⁴⁶ - *Idem*, p. 49: "A diferencia de la posición que ostenta en los hechos dolosos, en los delitos imprudentes el resultado no pertenece a la acción y, por tanto, tampoco al desvalor de acción." ("Diferentemente da posição que ostenta nos fatos dolosos, nos crimes culposos o resultado não pertencenà ação e, por isso, tampouco ao desvalor da ação").

(quando a vontade é dirigida à realização dos elementos do tipo objetivo) ou culposa (quando há uma quebra do dever de cuidado na direção do curso causal escolhido para chegar-se ao fim)?! Não se pode aceitar que o conceito seja ontológico - o que implica em uma só idéia da conduta, que deve corresponder àquilo que é na realidade - e, num caso, seja composto pelo resultado e no outro não. Ou o resultado é um dado conceitual da conduta ontologicamente considerada, ou não é, independentemente de ser dolosa ou culposa a forma de adequação típica que "a posteriori" se realize.

Em realidade, a leitura do trabalho de HIRSCH, neste ponto, evidencia a inclusão do resultado como parte da conduta para sustentar a tese de que o desvalor do resultado está dentro, e não ao lado, do desvalor da ação, na concepção do injusto jurídico-penal. Porém, sem entrar nesta discussão, que é ulterior ao tema em mesa, é certo que é possível sustentar o desvalor do resultado como parte do desvalor da conduta usando-se, aí sim, a noção de "rendimento", sem que para isso seja necessário partir da noção pré-jurídica de conduta e nela incluir o resultado naturalístico como elemento componente.

Conclui-se que, quando a conduta se dirige a um fim consistente em resultado naturalístico dela destacado, este resultado, tanto quanto o vínculo que liga conduta e resultado (nexo causal), não faz parte do conceito de ação. Assim, avulta aqui outra distinção de peso no tocante à concepção clássica assentada na relação de causa e efeito. Enquanto na teoria causal, o nexo de causa e o resultado figuravam como elementos do conceito de conduta humana (o que gerou amplas dificuldades, já vistas, tocantes à omissão, pois naturalisticamente "do nada nada surge"), isto não se

repete no finalismo, dentro do pensamento ora sustentado. Válida aqui, mais uma vez, a posição de ZAFFARONI:

"Antes de tudo, devemos distinguir a previsão da causalidade do nexo de causalidade. A previsão de causalidade pertence à conduta, e não pode separar-se dela, porque sobre ela se monta a finalidade. A previsão se refere aqui a uma causalidade futura, imaginada pelo autor. No lugar, o nexo de causalidade é algo passado, histórico, que o Juiz comprova depois do fato, no momento de julgar. Conforme esta distinção, a previsão da causalidade pertence à conduta mas o nexo de causalidade e o resultado se acham fora da conduta. A ação de jogar uma bomba sobre Hiroshima e o resultado "Hiroshima arrasada", são coisas diferentes. "Hiroshima arrasada" não pertence à ação de jogar a bomba, sendo só seu resultado." ³⁴⁷

Da mesma forma, outro finalista, MUÑOZ CONDE:

"Ao realizar-se no exterior, a ação sempre modifica alguma coisa, produzindo um resultado. Mas este resultado não é parte integrante da ação. Existe uma tendência doutrinária em considerar a ação manifestada como um resultado, o que constitui, porém, confusão entre a manifestação de vontade, e resultado, como consequência externa derivada da manifestação da vontade e as modificações que se produzem no mundo

³⁴⁷ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 346: "Ante todo, debemos distinguir la previsión de la causalidad del nexo de causalidad. La previsión de la causalidad pertenece a la conducta, y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor. En lugar, el nexo de causalidad es algo pasado, histórico, que el Juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar. Conforme a esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, pero el nexo de causalidad y el resultado se hallan fuera de la conducta. La acción de arrojar una bomba sobre Hiroshima y el resultado "Hiroshima arrasada", son cosas diferentes. "Hiroshima arrasada" no pertenece a la acción de arrojar la bomba, sino que es sólo su resultado." Saliente-se novamente, e sem embargo, que ZAFFARONI não mais se coloca, na atualidade, como partidário do finalismo, tendo porém sintetizado este pensamento de modo bastante preciso ao tempo em que foi seu adepto.

exterior como consequência daquela manifestação. Não é a mesma coisa 'o produzir' e 'o produzido'."

Na estrutura finalista, almeja-se um fim - aspecto intelectual-volitivo (fase interna). Isto não quer dizer que o resultado almejado deva efetivamente realizar-se no plano físico para haver conduta. Não é pelo fato de não se obter o resultado pretendido que a conduta deixará de ter sido uma "atividade"(exteriorização) "guiada por um fim" (aspecto interno).

Se o resultado pretendido pelo agente e o nexos de causa que o liga à conduta são fatores de não necessária ocorrência, e mesmo sem eles há conduta humana, qual o setor do conceito analítico de crime que os acolhe? É o extrato da tipicidade, que invocará a necessidade de ocorrência ou não do resultado conforme seja um crime material (exigente de resultado naturalístico), formal (de consumação antecipada ao resultado) ou de mera conduta (que não tem como gerar qualquer resultado destacado da conduta). Caso fosse necessária a ocorrência do resultado pré-figurado pelo agente, a consequência prática seria ausência de conduta humana no crime culposos, repita-se.

Superada a questão da colocação sistêmica do resultado e do nexos de causa como elementos de alguns tipos penais (referidos a crimes materiais), e não como parte da conduta humana, resta expor sumariamente os reflexos no sistema analítico de crime da adoção da teoria finalista da conduta (afinal, não há uma teoria finalista do crime, e sim da ação humana).

⁴⁴ - MUÑOZ CONDE, F. *Teoria...*, p. 21. Destaque-se também, neste passo, a posição de MACHADO, L.A. *Direito...*, p. 87

Em campo de tipicidade, o grande reflexo da adoção do finalismo foi a inserção do dolo no tipo, como elemento subjetivo, fundando a noção de tipo complexo, composto de tipo objetivo (herança dos sistemas clássico e neoclássico) e tipo subjetivo. O tipo subjetivo composto pelo dolo, é bem verdade, não é só uma decorrência dogmática da teoria finalista da conduta. Houve uma harmonização de idéias derivadas das conseqüências da teoria finalista da conduta com algumas contribuições que lhe foram pretéritas, como por exemplo o pensamento de GRAF ZU DOHNA.

Distinguiu GRAF ZU DOHNA, de forma célebre, entre objeto da valoração e valoração do objeto, escrevendo:

"Quando a lei situa uma ação sob pena, submete-a a uma valoração jurídica. Sobre a natureza dela se fala [adiante] (...) Antes nos ocupamos do objeto sujeito à valoração. A natureza do objeto e a índole de sua valoração dão, em conjunto, as características de cada delito em particular."³⁴⁹

Em seguida a esta introdução, GRAF ZU DOHNA desenvolve o texto, falando inicialmente do objeto da valoração, dentro do qual situa como elemento não necessário, mas eventual, a ação como "concreção da vontade" que "pode ser dirigida a produzir ou evitar a atividade corporal", de

³⁴⁹ - GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoria del delito*, p. 13: "Cuando da ley sitúa una acción bajo pena, la somete a una valoración jurídica. Sobre la naturaleza de la misma se habla en IB. Antes nos ocupamos del objeto sujeto a la valoración. La naturaleza del objeto y la índole de su valoración, dan, en conjunto, las características de cada delito en particular." Ao lado de GRAF ZU DOHNA, TAVARES, J. *Teorias...*, p. 56, destacou as contribuições de VON WEBER, "...principalmente, [pois] mostra que, na realização de algumas ações, previstas no tipo, se descrevem não somente um processo causal, mas, sim, condutas dirigidas de acordo com um sentido subjetivo. Isto faz com que se inclua no tipo o próprio dolo e traz como conseqüência imediata a reformulação do tratamento da problemática do concurso de agentes, que, ao invés de situar-se como elemento especial do delito, fora da estrutura deste, passa a fazer parte das questões atinentes ao chamado tipo subjetivo, por dizer respeito às variações do dolo."

modo que "ação e omissão são as duas formas de manifestar-se a ação (...) tanto uma como outra expressão supõem que se realiza uma decisão de vontade." ³⁵⁰ Pelo fato de afirmar a ação como "concreção da vontade"³⁵¹, tem-se que o conceito deixa de ser causalista, no sentido da vontade dirigir-se ao próprio - e tão-somente - movimento corporal. Para GRAF ZU DOHNA, seriam três os elementos da ação: "decisão de vontade, manifestação de vontade e resultado"³⁵².

Não se pode porém caracterizar este conceito como finalista. A princípio, está claro não partir GRAF ZU DOHNA de um pressuposto filosófico que valorize ontologicamente a concepção de ação. Muito pelo contrário, chega a dizer que "unicamente nos delitos dolosos de resultado se encontram reunidos"³⁵³ os três elementos da ação, dado que faz depender a existência integral da ação - com seus "três elementos" - da estrutura típica, desde que dolosa. É dizer, o conceito de ação deixa de ser pré-jurídico e passa a depender da configuração do tipo penal.

Demais, sustenta que há tipificações de resultados involuntários de lesão vinculados a "atividades sem vontade"³⁵⁴, bem como omissões involuntárias que produzem ou não um resultado (delitos de esquecimento). Nestes casos de "involuntariedade", não haveria conduta - aspecto que deixa claro não ser GRAF ZU DOHNA um autor "finalista"³⁵⁵.

³⁵⁰ - Idem, p. 18: "No son características exteriores las que hacen afirmar que el delito es acción, pues acción es, esencialmente, concreción de voluntad. Esa voluntad puede ser dirigida a producir o a evitar la actividad corporal. Tomadas en ese sentido, acción y omisión son las dos formas de manifestarse la acción."

³⁵¹ - Ibid., p. 18 (v. nota 350).

³⁵² - Ibid., p. 20: "...podemos distinguir estos tres elementos de la acción: decisión de voluntad, manifestación de voluntad y resultado. Pero únicamente en los delitos dolosos de resultado se encuentran reunidos."

³⁵³ - Ibid., p. 20 (v. n. 352).

³⁵⁴ - Ibid., p. 19.

³⁵⁵ - ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 119, afirmou, aliás, que DOHNA foi um "mais acérrimos defensores do neokantismo na

Porém, a distinção entre o objeto da valoracão, consistente na conduta que concretiza pela vontade do agente um resultado, e valoracão do objeto, equivalente a denominar ilícito o objeto da valoracão (resultado tipificado) e culpável o agente que o praticou, simplesmente desmontou a estrutura psicológico-normativa de culpabilidade, introduzida a partir de FRANK. O dolo, como elemento psicológico-normativo, era composto de: a) cognição; b) vontade de realizacão; c) cognição da ilicitude da realizacão conhecida e querida ("dolus malus"). Esta estrutura implicava em mistura do "objeto da valoracão" com a "valoracão do objeto", já que ambos ficavam agrupados como partes de um mesmo "elemento" da culpabilidade, dentro da teoria psicológico-normativa. A distinção operada por GRAF ZU DOHNA demonstra que aquilo que o agente "conhece e quer" é objeto da valoracão, devendo pré-existir à valoracão do objeto, que consiste em o próprio agente julgar aquilo que "conhece e quer" como "ilícito"³⁵⁶. São momentos distintos, que não se agrupam. Quando se diz que um quadro é feio, o quadro (objeto da valoracão) deve existir antes da atribuicão a este quadro do desvalor "feio". Da mesma forma, a conduta conhecida e querida pelo agente deve pré-existir, analiticamente, ao momento em que o próprio agente julga-a ilícita (consciência da ilicitude, atual - quando efetivamente existente no momento da conduta - ou potencial - quando meramente possível quando da conduta).

filosofia do direito", bem como que "...a distinção entre um reino de ser alheio à valoracão (o objecto da valoracão no sistema jurídico-penal) e a esfera da valoracão humana que lhe era aplicável constituía uma consequência da sua orientacão filosófico básica [de índole neokantiana]."

³⁵⁶ - GRAF ZU DOHNA, A. *La estructura...*, p. 32: "Para el delito no es esencial una relación psíquica del autor con su hecho. Ella falta en los delitos culposos. En cambio, la existencia de esa relación, cuyas peculiaridades deben ser objeto de un análisis previo, es la esencia del dolo." O autor via a culpabilidade como a "valoracão do tipo subjetivo" (cf. op. cit., p. 59).

Ora, a partir de GRAF ZU DOHNA era necessário desmembrar o dolo, como elemento psicológico normativo, situando em algum lugar anterior à culpabilidade os seus dados psicológicos (objetos da valoração). Isto implicou, a propósito, em deixar à culpabilidade o só caráter de "normatividade" (teoria normativa da culpabilidade, que se subdivide em formas pura e limitada).

"Pari passu", surgia com WELZEL a idéia de que a conduta é uma "atividade guiada por um fim". Se a conduta é uma atividade final, e o tipo descreve condutas, logo o tipo descreve atividades finais ("fazeres finais"). Se o tipo descreve um fazer final, a finalidade (o que o agente conhece e quer) está situada no tipo, compondo-o como elemento subjetivo. Daí, terem se harmonizado os pensamentos de WELZEL e GRAF ZU DOHNA para que o dolo, composto só de elementos psicológicos (dolo natural) migrasse da culpabilidade para o tipo.

O injusto (conduta humana típica e antijurídica), que nos sistemas clássico e neokantiano era o lado "objetivo" do crime, passou a ser também composto de elementos subjetivos, ou "pessoais". Fundava-se a "teoria do injusto pessoal", em que o injusto é composto por elementos de ordem objetiva e subjetiva. O dolo foi transportado da culpabilidade para ser analisado no tipo somente com suas cargas psicológicas - elementos cognitivo e volitivo. Atualmente, consta como elemento do tipo subjetivo, eventualmente acompanhado de elementos subjetivos diversos, como as tendências internas transcendentais e peculiares (anote-se que estes elementos já haviam sido apontados como ocasionalmente integrantes da tipicidade desde a fase neokantiana, época em que foram denominados "elementos subjetivos do tipo").

O transporte do dolo da culpabilidade para o tipo resolveu o problema da tentativa, não solucionado no pensamento neokantiano. Também a culpa "stricto sensu" passou a fundar uma modalidade de tipo penal, deixando de ser elemento da culpabilidade.

Ainda, em matéria de erro, a dicotomia passa a operar-se entre erro de tipo, calcado na inexistência do elemento cognitivo do dolo (e, de consequência, o volitivo, já que "todo querer pressupõe um conhecer"³⁵⁷), e erro de proibição que implica em impossibilidade de o agente compreender a ilicitude da conduta (hipótese de erro invencível), superando-se a velha dicotomia "error facti" e "error juris"³⁵⁸, sem que se limite a mudança à mera correção terminológica³⁵⁹.

Em decorrência da teoria do injusto pessoal, as excludentes de ilicitude, ou tipos permissivos, passaram a exigir também elemento subjetivo correspondente (por exemplo, na legítima defesa, o "animus defendendi").

Já a culpabilidade, expurgada de aspectos psicológicos, passou a estruturar-se somente a partir de elementos normativos: imputabilidade, consciência potencial (e não atual) da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito.

Reflexos se projetaram, também, no campo da participação, porquanto o fato principal, ao qual acede a conduta do partícipe, passa a contar com aspecto subjetivo (antes dispensado, numa ênfase clara à causalidade física,

³⁵⁷ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 404: "Todo querer presupone un conocer."

³⁵⁸ - Esta terminologia era ainda empregada pelos neoclássicos, como MEZGER, na década de 50 (v. *Derecho Penal*, p. 227, dentre outras passagens).

³⁵⁹ - Sequer se correspondem as terminologias. O erro sobre um elemento normativo do tipo, que configurava na velha divisão um "error juris", passa a ser considerado erro de tipo (erro sobre elemento essencial do tipo, que pode ser descritivo, normativo ou misto), e não erro de proibição.

própria do sistema de pensamento pré-finalista), de modo que, não havendo dolo por parte do autor, como consequência do finalismo, "em sentido jurídico ele nem sequer actuou; e, não existindo accção em que se pudesse ter participado, tem que se excluir qualquer forma de participação"³⁶⁰, afirmou ROXIN, ao estudar os efeitos sistêmicos do finalismo.

Estas as grandes linhas das alterações sistemáticas provocadas pela adoção do finalismo por parte da dogmática jurídico-penal, todas elas basicamente assentadas na idéia de que o injusto é pessoal (teoria do injusto pessoal) e de que a culpabilidade (como parte da valoração do objeto) é puramente normativa.

Todavia, embora estas conclusões sejam dominantes na dogmática jurídico penal, muitas críticas foram e são reservadas à teoria finalista da conduta. O enfoque da atuação do modelo de WELZEL como elemento básico, elemento de enlace e elemento limite será realizado dentro da análise dos pontos críticos.

IV.1- Pontos Críticos

À teoria finalista da ação deve-se, sem dúvida, a configuração do conceito analítico de crime predominantemente adotada na atualidade pela dogmática jurídico-penal, com duas heranças que representaram significativo avanço em relação ao neoclassicismo: a teoria do injusto pessoal e a culpabilidade configurada de modo puramente normativo³⁶¹.

³⁶⁰ - ROXIN, C. "Contribuição para a crítica da Teoria Finalista da Acção", in *Problemas...*, p. 97.

³⁶¹ - Aponta estas heranças, dentre outros, FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões fundamentais...*, pp. 198-199. Adiante, op. cit., p. 200, enaltece o conceito de injusto pessoal: "Já no que respeita à concepção do ilícito pessoal, as aquisições da doutrina finalista apresentam-se hoje cheias de valor e mesmo reforçadas por toda a discussão científica posterior que suscitaram. É exato que para além da realização do dolo ou por negligência o fato não se pode

A teoria do injusto pessoal, a título de exemplo, implicou na exigência de dolo - ou no mínimo de culpa - para que uma conduta lesiva a um bem jurídico qualquer pudesse ser considerada penalmente injusta (típica e ilícita). Contribuiu, outrossim, para o abandono do princípio do "versari in re illicita" como fundamento da punibilidade dos crimes qualificados pelo resultado no Brasil, reforçando o princípio da culpabilidade e afastando o manejo da responsabilidade objetiva em direito penal.³⁶² A redação dada ao art. 19 do CP com a reforma de 1984 é retrato deste pensamento.

Sem embargo, a teoria finalista da conduta, desde sua criação na década de 30 do século XX por HANS WELZEL³⁶³, sempre foi objeto de críticas, dos ataques de MEZGER³⁶⁴ até as objeções que contribuiriam com o seu declínio³⁶⁵, especialmente na década de 60, na Alemanha, de que é particular exemplo o artigo de CLAUS ROXIN, do ano de 1962, intitulado "Contribuição para a Crítica da Teoria Finalista

dizer contrário à ordem jurídica e por conseguinte ilícito. Como nem sequer se pode dizer que preencha materialmente um tipo de crime no seu aspecto substancial, enquanto unidade de sentido social juridicamente desvalorosa, da mesma forma que isso não se pode dizer de um fato natural - uma seca, uma inundação, um terremoto - ou do fato de um animal. Todo o ilícito é por conseguinte ilícito pessoal e dele fazem parte o dolo, como representação e vontade de realização de um fato, e a negligência, como violação do cuidado objetivamente imposto." Após, porém, faz FIGUEIREDO DIAS sérias críticas à teoria normativa da culpabilidade, derivada do finalismo, que desprezaria os graus de significado de dolo e culpa para cálculo e fixação da pena. O professor português faz lembrar aqui MEZGER, ao chamar esta teoria de "teoria unitária da culpabilidade" e criticar-lhe o "empobrecimento e nivelção contrária à realidade", segundo reporta ROXIN, C. *Problemas...*, p. 129.

³⁶² - ASSIS TOLEDO, F. *Princípios...*, pp. 307/309, dá boa noção de como este princípio, próprio do direito canônico, estruturou a responsabilidade objetiva em direito penal.

³⁶³ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 35, arrola as principais obras em que se operou o desenvolvimento da teoria finalista da ação de WELZEL.

³⁶⁴ - MEZGER, E. *Derecho...*, pp. 92-93, fundamentalmente.

³⁶⁵ - SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, pp. 62-63, afirma que "desde los años sesenta, nos hallamos inmersos en una fase de transición en la dogmática jurídico-penal, caracterizada por el predominio de corrientes de signo eclético."

da Ação” e de que são símbolos os esforços voltados à retomada das teorias sociais da ação”.

Aliás, é curioso que o “declínio” do finalismo não tenha chegado a abalar as conseqüências por ele geradas em tema de teoria analítica de crime, sobretudo a inserção do desvalor de ação no injusto, a partir da antedita “teoria do injusto pessoal”.³⁶⁸ Estas proposições são assumidas quase que pacificamente na dogmática, sem que contudo se aceite a origem delas, que foi a teoria finalista da ação. De toda forma, embora em minoria, autores de nomeada seguem o pensamento finalista welzeliano na doutrina alemã, dentre os quais HIRSCH³⁶⁹ e STRATENWERTH³⁷⁰ (também MAURACH o seguia, embora a atualização do Manual deste por ZIPF haja derivado numa forma de teoria social da ação³⁷¹).

³⁶⁶ - Estudo inserido no livro “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, pp. 91-143.

³⁶⁷ - Particularmente representados pelos Professores HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pp. 295-299 e JOHANNES WESSELS. *Direito Penal*, pp. 20-24.

³⁶⁸ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 41, discorda do fato de a teoria do injusto pessoal de WELZEL ter levado ao tratamento do dolo e culpa no tipo, e não na culpabilidade. É fato que, na segunda década do século XX, a descoberta de elementos subjetivos do tipo, bem como a necessidade de trabalhar-se na zona do tipo as hipóteses de tentativa, funcionaram - efetivamente - como aspectos precursores da abolição do sistema objetivo-subjetivo de crime, conquanto, notadamente no período neokantiano, continuasse este esquema a ser sustentado, com os reparos relativos tanto aos elementos subjetivos do tipo (exceto o dolo) como no que toca à tentativa. Porém, a colocação tópica do dolo no tipo e a resolução do problema da punibilidade da tentativa em face do pensamento neokantiano (inadequado neste particular aspecto, uma vez que se deslocava a vontade para o tipo na “conatus” e mantinha-se-o na culpabilidade quando consumado o crime), justamente a partir da localização do dolo como elemento do tipo subjetivo, consistem em heranças dogmáticas atreladas inequivocamente ao finalismo.

³⁶⁹ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, pp. 13-14.

³⁷⁰ - STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*, p. 53, conceituando a ação como “...un suceso dominado por la voluntad finalista activa, es decir, dirigido finalmente (a una meta), un acto de autodeterminación que está impregnado en su contenido por los efectos conocidos, la significación valorativa y las relaciones de sentido de la situación en que se toma la decisión de obrar.” (“...um acontecimento dominado pela vontade finalista ativa, isto é, dirigido finalmente (a uma meta), um ato de autodeterminação que está impregnado de conteúdo pelos efeitos conhecidos, a significação valorativa e as relações de sentido da situação em que se toma a decisão de obrar.” tn)

³⁷¹ - MAURACH, R. e ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 269.

Impõe-se, de logo, analisar a proposição de WELZEL de *conduta humana, como sobredeterminação dos fatores causais* dirigida a uma finalidade, à vista das funções realizadas pelo conceito de conduta no sistema analítico de crime, como elemento básico, elemento de enlace e elemento limite.

Como elemento básico, a teoria finalista da conduta tem que fazer frente à inclusão, como conduta humana, das situações consistentes em comissões (ações em sentido estrito) e omissões, bem como dar conta das condutas configuradoras de crimes dolosos e culposos, funcionando como "genus proximum" de todas estas espécies de comportamentos humanos.

No tocante aos fatos comissivos, tranqüilamente adequados à idéia de fazer guiado por um fim, bem como no tocante aos crimes dolosos, em que os tipos penais descrevem, como matéria de proibição, justamente a finalidade do agente, não há qualquer dificuldade na adoção da teoria finalista da conduta.

Porém, grandes críticas foram dirigidas ao pensamento welzeliano no tocante aos crimes omissivos e culposos.

No que diz respeito aos crimes omissivos, as objeções dirigiram-se a dois aspectos: 1) neles não há *sobredeterminação do fim mediante o governo e dirigibilidade* do curso causal, isto é, um "fazer" guiado pela finalidade, pela simples razão de que o curso causal, nos crimes omissivos, é fruto de fatores alheios à conduta humana: não é o salva-vidas que mata o banhista por não o salvar do afogamento, mas a ingestão de água pelas vias aéreas. O crime omissivo justamente fica caracterizado pelo "não fazer"; 2) como a omissão não se esgota num puro "não fazer", mas sim implica em um "não fazer aquilo que deveria ser feito", e

este "dever" de agir está contido nas normas ordinatórias, preceptivas ou mandamentais que se encontram por trás dos tipos omissivos próprios (ou são obtidas pela inversão do comando das normas proibitivas, no caso dos denominados crimes comissivos por omissão), há uma impossibilidade de reduzir-se o conceito de omissão relevante em direito penal a um plano pré-normativo, presente apenas no mundo do ser, puramente ontológico e alheio a valorações.

A primeira das linhas críticas até hoje se mantém viva. Bom exemplo disso é o texto de JESCHECK, para quem...

"...a condução do processo causal mediante impulsos da vontade, característica da ação final, falta na omissão, por mais forte que seja a participação emocional do autor no processo que se desenvolve ante ele."³⁷²

No mesmo diapasão, CLAUD ROXIN rechaça a possibilidade de o conceito finalista de conduta realizar a função de elemento básico quanto aos crimes omissivos porque o omitente não "...dirige nenhum curso causal, tampouco pode atuar de modo final"³⁷³, situação que levaria à "bipartição do sistema"³⁷⁴ propugnada por RADBRUCH, em que se conceituam distintamente ação e omissão, eliminando-se o supraconceito comum.

³⁷² - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 294: "La conducción del proceso causal mediante impulsos de la voluntad, característica de la acción final, falta en la omisión, por muy fuerte que sea la participación emocional del "autor" en el proceso que se desarrolla ante él." A crítica também é reprisada por WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 21.

³⁷³ - ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 240: "Sobre todo, ya no se discute hoy que tal concepto (finalista) no es adecuado como elemento base del sistema jurídicopenal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final."

³⁷⁴ Idem, p. 240: "Con ello la teoría final de la acción vuelve a estar en la bipartición del sistema, que ya Radbruch desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable."

Esta linha crítica somente tem sustento em face da definição de WELZEL, relativa ao supraconceito de "conduta", como sendo "...a atividade ou passividade corporal do homem submetida à capacidade de direção final pela vontade."³⁷⁵ Neste passo, a omissão seria "não exercício de uma atividade final possível"³⁷⁶. Há um apelo para a "capacidade" de agir.

O conceito welzeliano original, de fato, apela para uma "possibilidade de ação" quando fala de omissão e para a efetividade da ação quando esta é definida em sentido estrito ("fazer final"). Uma é meramente potencial: a outra, realização.³⁷⁷ Daí ter ROXIN objetado que "a capacidade de realizar uma ação é algo distinto dela mesma..."³⁷⁸, o que

³⁷⁵ - WELZEL, H. *Derecho Penal...*, p. 38: "Objeto de las normas penales es la "conducta" humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad."

³⁷⁶ - Idem, p. 38, definindo que a conduta "puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción, esto es, el no ejercicio de una actividad final posible." Mais adiante, WELZEL retoma a definição de omissão como "la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final de hecho (dominio del hecho) de una persona puede ser omitida." (op. cit., p. 238: "a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação. Só aquela ação que está subordinada ao poder final de fato (domínio de fato) de uma pessoa pode ser omitida." -tn).

³⁷⁷ - STRATENWERTH, G. *Derecho Penal*, p. 56, de forma muito próxima a WELZEL, desenvolve a idéia de que "acciones reales y posibles no se distinguen en su estructura sino solamente en su modo de ser" ("ações reais e possíveis não se distinguem em sua estrutura mas somente em seu modo de ser"), definindo que a omissão se caracteriza como ação concreta, capaz de impedir o resultado, de modo que "...el concepto de acción [finalista] brinda también el fundamento de la imputación en los delitos de omisión." ("...o conceito de ação [finalista] comporta também o fundamento da imputação nos delitos de omissão.") Com isto, STRATENWERTH afirmou ser a teoria finalista uma teoria do "obrar humano (ativo), e não coisa diversa.", desservindo como conceito superior do comportamento humano. (op. cit., p. 54). Isto foi usado por ROXIN para negar à teoria finalista idoneidade para levar o conceito de conduta a realizar sua função de "elemento básico" (*Derecho Penal*, p. 240). Neste passo, também, ARMIN KAUFMANN (apud VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 39): "...a la omisión pertenece la finalidad potencial, es decir, un haber podido realizar una acción y, sin embargo, haberla omitido, mientras que a la acción corresponde la finalidad actual." ("...à omissão pertence a finalidade potencial, isto é, um haver podido realizar uma ação e, sem embargo, havê-la omitido, enquanto que à ação corresponde a finalidade atual.")

³⁷⁸ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 240: "...la aludida "capacidad de acción" [por WELZEL] no puede constituir un elemento común y de unión de comisión y omisión en el concepto de conducta, porque la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma, y por tanto comisión y omisión

levaria à necessária separação entre os conceitos de ação e omissão.

Já a segunda das críticas pretende superar o conceito finalista de conduta confrontando seu fundamento filosófico ontológico com a estrutura da omissão que, necessariamente, é axiológico. É dizer: a omissão não se adequa à condição de "estrutura lógico-objetiva" prévia ao direito e dele vinculante.

Ambas as críticas são superadas mediante a invocação da antiga teoria do "aliud agere", ou agir diverso, que remonta a LUDEN³⁷⁹. Pelos postulados desta teoria, reconhece-se que, de fato, não existe omissão em plano pré-típico, é dizer, aceita-se a natureza axiológica ou normativa da omissão (só é omissão o não-fazer relativo àquele fazer que a norma ordena, preceitua, manda). Toda omissão implica em conduta humana, ou seja, em um fazer final, sendo este fazer diverso daquele preceituado pela norma mandamental. Afinal, quando o salva-vidas deixa de realizar a operação, não é necessário que se quede inerte diante do afogamento iminente: pode estar fazendo "cooper" na beira do mar, estar arbitrando um jogo de vôlei, enfim, qualquer conduta diversa da devida. Isto demonstra que omitir não se trata de "não fazer", mas sim de "não fazer o que se deve", estando o "dever" estampado em uma norma, cuja letra determina, manda, preceitua o comportamento. Esta norma encontra-se no tipo penal.

Neste sentido, pode-se dizer sem contradição que toda omissão é uma ação: uma ação diversa da devida (ou

siguen estando separadas." Inclusive ROXIN, na sequência, cita o fato de STRATENWERTH, apesar de finalista, sustentar que o conceito finalista caracteriza "o atuar humano, e nada mais".

³⁷⁹ - Apud ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 447. Também VON LISZT, F. *Tratado...*, vol. I, pp. 210-211.

"mandada"³⁸⁰), segundo determina a norma que se antepõe ao enunciado do tipo (como "prestarás socorro", no art. 135, CP).

Afasta-se com isso a inexistência de um "fazer", ou de uma "sobredeterminação do curso causal". Há um fazer, ao qual corresponde uma sobredeterminação da causalidade (nos exemplos, tanto no "cooper" quanto na arbitragem do jogo, há fazeres finais). Porém, este fazer, e a sobredeterminação causal que se lhe segue, não interessam em plano jurídico, a não ser como signos de que não foi feito o que a norma ordenava (no exemplo, salvar o banhista era o que preceituava a norma).

Ora, o fato de não interessar ao direito penal em que consiste o efetivo "fazer" levado a cabo pelo omitente (exceto para simbolizar um "aliud agere" em relação à norma) não altera em absoluto o fato de que, preteritamente ao direito penal, houve uma conduta humana, segundo o enunciado finalista, ou seja, um "fazer final". Ao contrário: isto reforça a idéia de que pré-juridicamente há uma ação, sendo-lhe necessário e correspondente um conceito. Note-se que o salva-vidas está a praticar conduta humana: pré-figura a morte de um dado banhista como finalidade sua (que pode ser concomitante à arbitragem do jogo ou à prática de "cooper"), sobredetermina mentalmente e põe em marcha meios que o ocupam nestas atividades e que implicarão na não-salvação do banhista sujeito a um curso causal já em desenvolvimento (ingestão de água pelas vias respiratórias). Simplesmente dá-se a percepção pelo salva-vidas, como suficiente para a superveniência da morte, do curso causal já em andamento que leva ao resultado letal afogamento. Os meios escolhidos traduzem-se pela não intervenção no curso causal lesivo. De

³⁸⁰ - CIRINO DOS SANTOS, J. A moderna teoria do fato punível, p. 19.

forma sumária, há um fazer, consistente em arbitrar um jogo ou praticar o "cooper", guiado por um fim (a própria atividade de arbitragem ou esporte, simultânea ao fim proposto, "pari passu", de que ocorra a morte do banhista).³⁹¹

No finalismo, o fato da irrelevância para o direito penal da conduta consistente no "fazer" diverso do devido que há em toda a omissão não altera em nada a existência efetiva de uma ação ontologicamente considerada. Indiferente é, para existência de ação humana, que ela seja penalmente relevante. Isto é uma perfeita decorrência do pressuposto ontológico da conduta como estrutura lógico-objetiva. Estranho seria, dentro do finalismo, negar a existência de um fazer final nas hipóteses em que o "fazer" não interessasse, no seu conteúdo, ao direito penal. Neste caso, o universo axiológico valorativo estaria determinando uma estrutura que se pretendia determinada ontologicamente, quebrando a metodologia básica de WELZEL de adotar como ponto-de-partida estruturas lógico-reais de perfil pré-jurídico.

Daí concluir-se que a perspectiva finalista se ajusta à teoria do "aliud agere", segundo a qual no plano pré-típico só existem ações, jamais omissões. Porém, sendo toda omissão uma ação (em sentido finalista) diversa da devida, está de qualquer forma mantido o conceito de ação, no finalismo, como "elemento básico", valendo tanto para as condutas que realizam aquilo que uma norma proíbe, como para as situações que simbolizam a ação diversa daquela que a norma manda (ou não realização daquilo que a norma ordena). Em ambos os casos, há ações no sentido finalista.

De maneira sumária, portanto, a primeira das críticas fica rebatida ao perceber-se que na omissão há

³⁹¹- Impende salientar que é a antecipação biociobernética do fim o traço essencial do finalismo. (v. WELZEL, H. *Derecho Penal*, p. 44).

também escolha de um fim e meios respectivos, consistentes não em conduzir um curso causal que leve ao fim, mas simplesmente em exteriorizar comportamento que leva a resultados diversos (adrede e concomitantemente considerados), que não interceptem um curso causal - já fluente e não desencadeado pelo agente - capaz de levar ao fim que de início antecipou "biociberneticamente" (morte do banhista, no exemplo antedito). Isto também é antecipação biocibernética de um resultado.

E, também de modo sintético, o confronto que eventualmente poderia haver entre um supraconceito de conduta humana ontológico e o caráter axiológico da omissão igualmente não fere o finalismo, à medida em que o adaptamos a uma construção doutrinária pretérita, elaborada no século XIX, a teoria do "agir diverso" do devido ("aliud agere"), que evidencia haver, em plano ontológico e pré-típico, somente ações, pois as omissões dependem das normas.

Tal conclusão não compromete a função do conceito de ação como elemento básico, eis que fica em pé a idéia de que "fazeres finais" existem também nos crimes omissivos, sendo diversos dos "fazeres finais" devidos segundo a norma. De outra forma: o direito proíbe ou ordena "fazeres finais". A estrutura típica omissiva é simplesmente uma das maneiras legislativas de reger a conduta humana, considerada em seu sentido finalista.³⁸²

³⁸² Conclusão em que não há qualquer novidade. ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 95: "De omisión sólo podrá hablarse a nivel típico, que será cuando tengamos disponible la referencia normativa que el concepto requiere. A nivel pretípico negamos que haya "omisiones"; sólo hay acciones. A nivel típico hay tipos activos y tipos omisivos. Los tipos activos describen la conducta prohibida; los tipos omisivos describen la conducta debida, quedando prohibidas las que de ellas difieren ("aliud agere"). Se trata de una técnica legislativa diferente para individualizar conductas prohibidas." Ou, mais adiante (op. cit., p. 449): "...omisión no es ausencia de conducta, omisión es conducta. Cómo es posible que la omisión sea acción ? La explicación es simple: la omisión es una forma típica de prohibir acciones."

Com isto, fica estabelecido que o conceito finalista de conduta pode ser manejado tanto no que toca a crimes ativos como, e finalmente, no que se refere aos omissivos.

De outra banda, a crítica alusiva aos crimes culposos também avulta, no sentido de que a teoria finalista seria incapaz de estruturar conceitualmente a conduta nestas hipóteses, não lhes servindo como elemento básico a idéia de que a ação humana é um "fazer final".

Aqui é importante frisar que a adaptação do conceito finalista de conduta aos crimes culposos, realizada inicialmente por WELZEL, de fato não era aceitável, sobretudo diante dos pressupostos filosóficos que inspiraram o próprio pensamento finalista.

Primitivamente, HANS WELZEL definiu o crime culposo como "causação que era evitável mediante uma atividade final"³⁸³. Ora, enunciava-se uma atividade final capaz de evitar uma causação de resultado, ou seja, uma atividade final de perfil ideal. Conceber esta atividade final como algo "idealizado" significava que a conduta estava potencialmente guiada por uma finalidade, a qual englobaria a condução adequada do curso causal. Com isso, expressava WELZEL a "possibilidade" de o agente guiar finalisticamente a conduta de uma maneira ideal, com o que atingiria a "finalidade potencial" da conduta "ideal". O alcance desta finalidade potencial dependeria da condução correta dos

³⁸³ - Apud CERREZO MIR, José. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, nota 9, p. 42, refletindo o pensamento de WELZEL em 1949. No mesmo passo, dizia WELZEL em 1947, que "...el momento de la finalidad, que en la acción dolosa, como efectiva actividad final, es un factor realmente configurador (finalidad actual), pero en la acción imprudente, como posible actividad final, sólo es un momento de relación (finalidad potencial)." (apud ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 241).

fatores causais e, não ocorrendo, dava margem ao crime culposo.

Evidente a quebra do rigor metodológico. Ao invés de partir de uma estrutura lógico-objetiva consistente na conduta humana tal qual aparece na realidade, como base do crime culposo (elemento básico), WELZEL inseriu a noção de "finalidade potencial", para confeccionar um modelo "idealizado" de conduta, que seria aquela "adequada" para atingir o fim potencial e ausente em cada situação na qual ocorresse crime culposo. Num caso concreto de atropelamento no trânsito viário, descartava a efetiva conduta do motorista para sustentar que, na hipótese, este teve diante de si a finalidade potencial de, v.g., ir para casa, o que implicava na adequada condução do curso causal, "in casu" guiar o veículo dentro dos limites de velocidade e respeitando os padrões regulamentares do trânsito - uma conduta "ideal", cuja observância evitaria a causação do atropelamento.

Naturalmente cada situação fática levava à pergunta óbvia: como encontrar e saber qual a conduta ideal, capaz de levar à obtenção da finalidade potencial e conseqüentemente evitar o resultado danoso? A única forma seria apelar-se para a norma, que estabeleceria o padrão de conduta adequado para realização do fim potencial (no exemplo antedito, normas de trânsito).

Ora, se a obtenção do padrão de comportamento "idealizado", capaz de levar à finalidade potencial, apelava para o plano normativo-axiológico, desapegava-se automaticamente da fonte ontológica e, conseqüentemente, gerava uma quebra na pureza de método proposta pelo finalismo.³⁸⁴

³⁸⁴ - Neste sentido, e novamente, CEREZO MIR, J. Op. cit., p. 42: "Tampouco pode-se resolver o problema referindo-se a finalidade potencial à

Isto obrigou os finalistas a realizarem uma alteração de concepção, abandonando a idéia de finalidade potencial de WELZEL. Operou-se esta mudança através de NIESE³⁸⁵, que percebeu não ser necessário apelar-se para uma finalidade potencial para definir-se a conduta culposa. Partiu da idéia de que a conduta humana é, semelhantemente à conduta dolosa, um fazer guiado por um fim, em que o agente primeiro define a finalidade ("movimento 1")³⁸⁶, após escolhe os meios ("movimento 2") e a seguir exterioriza o agir ("movimento 3"). Tais passos ocorrem também nas condutas culposas, em que há um fim efetivamente eleito pelo agente, porém os meios empregados levam a resultado diverso. Passa-se a atentar, no finalismo, segundo a lição de ROXIN...

"...não ao resultado produzido, mas para o objetivo perseguido pelo autor: se, ao limpar uma escopeta, por descuido escapa um tiro e mata-se uma pessoa, isso certamente não é uma ação final de matar, mas sim uma ação final de limpar, que cai sob o conceito comum de ação."³⁸⁷

O legislador é que, partindo desta conduta humana que lhe é dada de forma pré-jurídica, prioriza nos crimes culposos um aspecto dela diverso daquele que prioriza nos

previsibilidade ou evitabilidade objetivas (...). Não é possível determinar o âmbito do objetivamente previsível e evitável no plano ontológico. A fixação do nível de conhecimentos que há de servir para determinar a previsibilidade objetiva não é possível sem uma valoração [i.é, plano axiológico] do que se pode exigir."

³⁸⁵ - Apud ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 241.

³⁸⁶ - A expressão "movimento 1", bem como as subsequentes, apegam-se às fases preconizadas por WELZEL para a conduta, dentro do esquema expositivo da denominada antecipação biocibernética da ação humana. V. a propósito n. 330, "supra".

³⁸⁷ - ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 241: "Desde las investigaciones de Niese los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor: si, al limpiar una escopeta, por descuido se escapa un tiro y mata a una persona, ello ciertamente no es una acción final de matar, pero sí una acción final de limpiar, que cae bajo el concepto común de acción."

crimes dolosos, ao definir a matéria de proibição (isto é, "aquilo que é proibido"). Nos crimes dolosos (e aqui se restringe a comparação ao dolo direto de primeiro grau), a matéria de proibição consiste na finalidade do agente ("movimento" 1)³⁸⁸, associada ao fazer que leva a este fim ("movimento" 3). Por exemplo, no art. 121 "caput CP, pune-se a finalidade de matar alguém, quando exteriorizada ("movimentos" 1 e 3).

Nos crimes culposos, o legislador não configura a matéria de proibição através da finalidade do agente (que lhe é - aliás - indiferente, no que concerne a defini-la), mas sim invoca o mau uso dos meios para se chegar a um fim qualquer. Proíbe-se a escolha de meios inadequados ou, escolhidos os meios corretos, a má utilização destes, que leva o agente a não conseguir governar o curso causal de maneira a obter o fim a que se propusera originalmente, gerando - sim - um evento distinto e lesivo (em regra os crimes culposos são materiais³⁸⁹).

Assim, se um pedreiro resolve colocar um balde de tinta na quina do andaime, ao pintar um prédio, para facilitar-lhe o serviço (não contando com qualquer evento lesivo que disto possa derivar) e, com um vento mais forte, o balde é arremessado abaixo e atinge a cabeça de um pedestre, matando-o, a possibilidade de punição existente será a culposa, não a dolosa. A finalidade do agente, pintar o prédio, é indiferente para o legislador definir aquilo que é proibido. No caso, há por parte do legislador um apego ao mau uso dos meios para chegar-se ao fim, isto é, ao posicionamento temerário do balde na extremidade do andaime

³⁸⁸ - Novamente remeto à n. 330.

³⁸⁹ - Todavia, há exceções à tendência, recomendável dogmaticamente, de que os crimes culposos sejam materiais, como nas modalidades formais previstas no

(meio escolhido para o agente chegar ao seu fim), aliado à exteriorização desta finalidade de pintar o prédio com sobredeterminação falha do curso causal ("movimentos" 2 e 3, portanto).

Modificando sua posição original, WELZEL de certo modo encampou as idéias acima:

"Só com a compreensão de que o momento essencial do crime culposo não reside no resultado, mas na forma e modo de execução da ação (isto é, na contravenção do cuidado), se abriu caminho para uma explicação conforme à estrutura da ação culposa. Os tipos dos crimes dolosos e culposos compreendem a ação final (dirigida) desde distintos pontos de vista: enquanto os tipo dos crimes dolosos (...) compreendem a ação final na medida que sua vontade de ação está dirigida aos resultados (objetivos) intoleráveis socialmente, os tipos dos crimes culposos se ocupam (não tanto dos objetivos, porém) da forma de execução da ação final em relação a conseqüências socialmente intoleráveis..."³⁹⁰

Note-se que esta posição firma no desvalor da conduta³⁹¹ - e não no desvalor de resultado - a tônica em tema de crimes culposos.

Investe ROXIN contra o finalismo, no tocante a crimes culposos, dizendo que o "fazer final" não realiza, no

art. 7º, incisos II, III e IX c/c § único da Lei 8.137/90, v.g, expor à venda ou ter em depósito).

³⁹⁰ - WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, pp. 155-156: "Sólo con la comprensión que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado), se abrió camino para una explicación conforme a la estructura de la acción culposa. Los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista: mientras los tipos de los delitos dolosos (dolosos en el sentido de dolo de tipo) comprenden la acción final en la medida que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los tipos de los delitos culposos se ocupan (no tanto de los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente...".

particular, a função de elemento básico, já que se a conduta é um "acontecimento controlado e dirigido pela vontade" (biociberneticamente antecipada), nos crimes dolosos haveria "controle real" e, nos culposos, "omissão do controle devido", de modo que "volta a faltar a unidade do ponto de conexão jurídica..."³⁹²

Ora, no crime culposos há também acontecimento controlado e dirigido pela vontade, que porém não chega ao resultado pretendido (o que não descaracteriza a conduta, pois o resultado dela não faz parte, conforme já visto). A ocorrência de uma perda do controle causal, pela "omissão do controle devido", é uma desvalorização do fazer final que se faz no plano da tipicidade. Isto se dá ao analisar-se se houve a quebra do dever de cuidado que incumbia ao agente, cotejando-se a obra realizada com o comportamento padrão. O objeto desta atribuição de valor negativo (objeto da desvalorização) continua sendo a conduta, considerada a partir de sua raiz ontológica e finalista. Quer ROXIN destruir o conceito finalista de conduta como elemento básico trazendo para o palco de análise aspecto que, na teoria analítica do crime, não se discute no plano da conduta humana, e sim no

³⁹¹ - WELZEL, H. *O novo sistema jurídico-penal*", pp. 18-19 (prólogo), deixa isto claro.

³⁹² - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 242: "En efecto, opina [WELZEL] que quizás hubiera sido mejor si 'en lugar de acción 'final' hubiera hablado de acción 'cibernética', es decir de la acción como un suceso controlado y dirigido por la voluntad, pues entonces dicha teoría abarcaría lingüísticamente por igual tanto a la acción dolosa como a la imprudente y afectaría en ambos casos a lo jurídicamente relevante, esto es, el control." De esse modo, ciertamente se repone a la acción en su función de elemento sistemático de enlace en los delitos comisivos, pero, frente a lo que supone Welzel, se vuelve a renunciar a su carácter de 'elemento básico': pues, dado que en el hecho doloso se trata del control real, pero en la imprudencia, de la omisión del control debido (mientras que el proceso de control consciente sigue siendo jurídicamente neutro), vuelve a faltar la unidad del punto de conexión jurídica...". Há ainda uma crítica de ROXIN à solução de NIESE, dizendo que a finalidade que se reconhece existente na conduta quando o crime é culposos - por ser jurídico-penalmente irrelevante - não viabiliza a atuação do conceito finalista como elemento de enlace. Esta crítica será analisada adiante.

escalão da tipicidade³⁹³. E - contraditoriamente - assim se posiciona após afirmar justamente que, como elemento de enlace (que implica justamente em distanciamento entre o plano da conduta humana e os extratos analíticos posteriores), a teoria finalista se justifica em sua versão biocibernética.³⁹⁴

Conclui-se que, não obstante culposa a conduta, ainda assim a estrutura do crime está montada sobre um fazer guiado por um fim.

Portanto, funciona a conduta humana, dentro do conceito finalista, tanto para abranger crimes comissivos quanto omissivos, tanto dolosos como culposos. Dá conta, assim, de suas funções como elemento básico, servindo o "fazer final" como raiz ontológica comum a todas as técnicas de tipificação e formas de agir.

Na seqüência, é de ser verificada a atuação do conceito de conduta como elemento de enlace. Neste ponto, são dois os pressupostos para que se aceite a atuação do conceito de conduta: a) ter conteúdo suficiente para ancorar os extratos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade; b) não antecipar no seu conteúdo conceitual os extratos de desvalorização subseqüentes.

Conforme ROXIN, a posição introduzida por NIESE em tema de crimes culposos, segundo a qual se reconhece existente uma finalidade na conduta - porém jurídico-penalmente irrelevante (relevando somente a má condução do

³⁹³ VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 46, recai no mesmo erro, ao dizer que não é possível resolver o problema da exigência ou dever de cuidado ontologicamente. Isto, afinal, é correto mesmo dentro do finalismo; não implica, porém, na impossibilidade de o "fazer final" ser a base ontológica sobre a qual se debruça o julgador, no caso concreto, para estabelecer se o tipo aberto culposo configurou-se pela quebra do dever de cuidado (associada a outros requisitos) ou não.

³⁹⁴ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 242: "*De ese modo, ciertamente se repone a la acción en su función de elemento sistemático de enlace en los delitos comisivos...*".

curso causal para atingi-la) - frustra a função de "elemento de enlace" que se espera do conceito de conduta humana. Assim, o conceito finalista torna-se incapaz de suportar os extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

De efeito, a crítica de ROXIN está vazada em termos segundo os quais a finalidade do crime culposo é "inidônea como elemento sistemático de enlace, pois o objetivo perseguido por quem atua culposamente é totalmente irrelevante para efeitos jurídico penais"³⁹⁵. Em suma, não teria sentido, para o direito penal, afirmar que a conduta culposa, à semelhança da dolosa, é um "fazer guiado por um fim" - sendo esta finalidade jurídico-penalmente irrelevante - e, sobre este fazer final, apoiar os escalões da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. No mesmo sentido, a crítica de JESCHECK, para quem...

"...o caráter descuidado da execução não é, precisamente, momento algum de sua finalidade. A infração da norma de cuidado não pode equiparar-se à ação final, pois o juízo de incorreção pode ser formulado só à vista do resultado que se havia de evitar, o qual se acha na conduta culposa precisamente fora da relação final."³⁹⁶

Ora, esta postura simplesmente descarta do fato de a conduta, no finalismo, não estar só definida a partir da finalidade, porém também através da condução dos meios para atingi-la. Esta, aliás, é a razão de WELZEL valorizar a

³⁹⁵ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 241: "...esa finalidad del hecho imprudente es tanto más inidónea como elemento sistemático de enlace, pues el objetivo perseguido por quien actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos jurídicopenales..."

³⁹⁶ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 294: "Ciertamente que la imprudencia consiste normalmente, como destacan constantemente los finalistas, en la ejecución descuidada de una acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse sólo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se halla en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final."

representação da conduta como antecipação biocibernética, porquanto capaz de retirar o "peso" lingüístico em que implicou a expressão "finalismo"³⁹⁷, adotada nos primórdios de seu pensamento. Neste marco de idéias, tem o legislador liberdade de priorizar o aspecto componente da concepção de conduta que reputar mais conveniente para a realização das funções político-criminais a que se propõe:³⁹⁸ prioriza-se a finalidade da conduta nos crimes dolosos e a má condução do curso causal nos culposos³⁹⁹.

A falta de lógica vista por ROXIN no aspecto comum dos crimes dolosos e culposos serem fazeres finais quando, nestes, o fim é juridicamente irrelevante, até pode ser apontada dentro de uma tentativa de definir-se o conceito de conduta humana a partir do universo jurídico, do "dever ser", isto é, apegando-se ao universo dos valores que permeia o direito penal. Porém, atendo-se à idéia de que uma tal consideração não tem qualquer importância no finalismo, em face de seus pressupostos filosóficos ôntico-ontológicos, a crítica servirá antes para confirmar estes mesmos pressupostos do que para contrariá-los.

Afinal, se a proposta é exatamente partir de um conceito de conduta apriorístico em relação ao direito penal, pré-determinado ontologicamente, o fato de a finalidade nas condutas culposas não ter relevo para o direito penal em absoluto desconstituirá a existência de uma conduta humana finalista na base de toda a teoria analítica do crime. Isto

³⁹⁷ - V. WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, p. 44.

³⁹⁸ - E aqui, ironicamente, tem-se justamente um argumento que encampa o ponto de partida funcionalista esgrimido há muito pelo próprio ROXIN: conceitos que tornem o direito penal adequado a uma política criminal de cunho liberal. V., em especial, ROXIN, C. *Derecho Penal*, pp. 218-226, bem como a origem deste pensamento em *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, "passim".

³⁹⁹ - No sentido do texto, v. CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*, p.18, definindo a ação imprudente como "execução defeituosa de uma ação", enfatizando - pois - a má condução do curso causal.

simplesmente não importa dentro da metodologia finalista, pois considerações axiológicas só têm lugar a partir do escalão da tipicidade.

Tal aspecto não significa, porém, que o conceito finalista de conduta descaiba, em tema de crimes culposos, como elemento de enlace, por não suportar a estrutura típica culposa. O "suporte" para esta estrutura típica está exatamente no mau uso dos meios, que é tão "parte" (ou tão "integrante") da conduta humana quanto a finalidade que a guia. Não há nenhum problema de não estar na finalidade o interesse do legislador se o conceito de conduta fornece, de toda forma, o ponto de apoio para a edição dos crimes culposos, mediante o componente do mau uso dos meios. Afinal, é nisso que reside a função do conceito como elemento de enlace.

De mais a mais, há ainda um outro argumento importante: dizer-se que a finalidade da conduta não importa para a definição da matéria de proibição não é o mesmo que afirmar que a finalidade, em tema de condutas culposas, não tenha qualquer importância jurídico-penal⁴⁰⁰. Afinal, como bem pontua ZAFFARONI...

"...se não temos disponível o dado que nos informa qual era a finalidade que perseguia a conduta, não saberemos de que conduta se trata e, por extensão, não poderemos averiguar qual era o dever de cuidado que incumbia ao agente, o que nos impedirá saber se o havia violado e, por conseguinte, não poderemos averiguar se a conduta era ou não típica."⁴⁰¹

⁴⁰⁰ - Ao contrário, pois, do que afirma em relação ao finalismo ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 241.

⁴⁰¹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 429: "...si no tenemos disponible el dato que nos informa cuál era la finalidad que perseguía la conducta, no sabremos de qué conducta se trata y, por ende, no podremos averiguar cuál era el deber de cuidado que incumbía al agente, lo que nos impedirá saber si lo había

Ora, a finalidade tem importância em tema de crimes culposos para definir quais os deveres de cuidado exigidos de parte do agente. O agente que pretende consertar o freio de um veículo numa ladeira tem deveres de cuidado diversos daquele que pretende andar de ré ladeira abaixo: de ambos exigir-se-ão condutas diversas, que sigam o padrão adequado para um dos fim individualizados. Então, embora não interesse para definir aquilo que é proibido, o fim implica na possibilidade de definir quais os cuidados devidos: radicando na quebra do dever de cuidado o elemento central dos crimes culposos, e sendo obtido o cuidado devido, para cotejo com o comportamento realizado, exatamente a partir da finalidade da conduta, não há que se dizer que a conduta, como "fazer final", não sirva de suporte ou "coluna vertebral" dos crimes culposos.

No mais, a teoria finalista propicia enlace em relação aos tipos omissivos, que são um "fazer final" diverso do devido, cuja verificação necessita realizar-se no plano da tipicidade - além de abarcar, com tranqüilidade, os tipos comissivos e os dolosos.

Diga-se, por oportuno, que a linha metodológica proposta pelos finalistas está preocupada exatamente em definir um conceito absolutamente isento de qualquer aspecto jurídico-valorativo. Por essa razão, pode-se afirmar que o segundo dos pressupostos para que uma concepção de conduta humana atue como "elemento de enlace", consistente em não antecipar para "dentro" do conceito de ação, parcial ou totalmente, os conteúdos dos extratos de desvalor da

violado y, consiguientemente, no podremos averiguar si la conducta era o no típica."

tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, é pleno de êxito.

É bem verdade que, numa vertente do finalismo, o dolo chegou a ser equiparado à finalidade pré-jurídica do agente⁴⁰². Isto violava a função conceitual da conduta humana como elemento de enlace, à medida que antecipava para o plano da conduta o dolo que, na verdade, figurava analiticamente como elemento subjetivo do tipo.

Porém, concebendo-se o dolo como vontade realizadora dos elementos do tipo objetivo, dimensiona-se-o como um dolo natural, composto de elementos cognitivo e volitivo, mas voltado à estrutura típica da qual faz parte, com o que se elimina sua antecipação analítica para o plano pré-típico da conduta humana, ao mesmo tempo em que fica dotado de sentido (inclusive de sentido social, ou mesmo de sentido jurídico, quando impregnado pela noção da ilicitude da conduta, como ocorre no caso de elementos normativos do tipo que a antecipam, como "indevidamente", no art. 151, CP, ou "sem justa causa", no art. 244, CP). Desta maneira, enquanto a finalidade se mostra essencial à existência de conduta humana, o dolo assume importância somente como elemento do tipo subjetivo - ou seja, no escalão da tipicidade. Distinguem-se, assim, dolo e finalidade⁴⁰³.

⁴⁰² - Assim WELZEL, no início, conforme ZAFFARONI, E.R. *Tratado...*, vol. III, p. 86. No Brasil, esta posição é atualmente defendida por BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*, p. 26. Consta que ROXIN (*Problemas fundamentais...*, pp. 95-96: "A acção consiste no controlo do processo causal com vista ao resultado antecipado e supradeterminado pela vontade; nesse sentido, temos igualmente a essência - que se encontra à disposição do legislador - do dolo que é, por conseguinte, idêntico à finalidade.") tomou esta equiparação como referência para criticar o finalismo, no antológico texto "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação". Porém, muito a propósito, ZAFFARONI, E.R. *Op. cit.*, p. 85, distingue com clareza finalidade e dolo, pois a finalidade se encontra "en todas y cada una de las conductas humanas" e o dolo é a "captação" realizada pela lei para "individualizar una conducta que prohíbe", daí definir dolo como "*finalidad tipificada*".

⁴⁰³ - Pontua esta diferença SANTIAGO MIR PUIG, nas adições ao *Tratado de Derecho Penal*, de JESCHECK (vol. I, p. 430).

Da dedução ontológica do conceito de conduta, extraído e apresentado - portanto - de maneira pré-jurídica pelo finalismo, deflui uma concepção de caráter neutro, que não antecipa em nada as cargas negativas de valor que subseqüentemente recairão sobre a ação humana, através dos escalões da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Insta analisar, a seguir, o conceito finalista de conduta como elemento limite. Esta função conceitual aparece, pragmaticamente, como a mais importante de todas, também denominando-se função negativa do conceito de conduta. Quer significar a atuação do conceito de conduta como um mecanismo para filtragem daquelas situações que, de plano, não têm como ser consideradas relevantes para o direito penal.

De logo, movimentos instintivos de animais⁴⁰⁴ ou pessoas jurídicas, que não partem da base antropológica do homem como dono de uma existência dotada de sentido⁴⁰⁵ e, portanto, não podem sobredeterminar cursos causais segundo uma finalidade, são irrelevantes em direito penal, à luz do finalismo. Um conceito finalista de conduta, como ponto-de-partida da estrutura analítica dos crimes, é verdadeiramente incompatível com a atribuição destes a uma pessoa jurídica ou a um animal. A parêmia clássica é válida: "nullum crimen sine conducta".

⁴⁰⁴ - ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción...*, pp. 62-64, faz uma análise mais profunda, inclusive invocando estudos em campo extrapenal, relativos à inteligência de animais. Conclui dizendo: "...el animal recién encuentra una solución del problema siempre según el principio de prueba y error, en el cual se empieza enseguida con intentos totalmente faltos de plan y de sentido, sin comprender la situación real del problema como tal. Aun cuando haya aprendido mediante la ejercitación y la experiencia de determinadas conductas, le falta al animal toda comprensión de la situación de hecho aprendida." ("...o animal logo encontra uma solução para o problema sempre segundo o princípio da prova e do erro, no qual começa em seguida com intentos totalmente vazios de plano e sentido, sem compreender a situação real do problema como tal.)

⁴⁰⁵ - WELZEL, H. *Introducción...*, p. 251.

Porém, há mais a ser analisado. São as hipóteses clássicas de coação física irresistível, atos reflexos, estados de inconsciência, automatismos e ações em curto circuito. Todas estas hipóteses, que no seu conjunto formam uma plêiade de situações que de antemão devem ser analisadas como conformes ou não ao conceito de conduta humana, não foram objeto de particular atenção quando trabalhadas tanto a teoria causal naturalista como o enfoque causal "neokantiano". Afinal, sendo enfoques superados, pelas razões já vistas (inclusive, no tocante ao "neokantismo", apontou-se a inidoneidade conceitual para funcionar como "elemento limite"), considera-se de melhor alvitre a confrontação esmiuçada de cada ponto destacado com a teoria finalista da conduta.

No tocante à coação física irresistível, ou "vis absoluta", não há como considerar-se existente uma conduta guiada por um fim. O coato (ou coagido) não sobredetermina o curso causal a partir de um fim. Ao contrário, serve como instrumento à disposição do coator. Este, sim, tem o controle do curso causal, à medida em que aplica força física sobre o coato e, com isso, logra êxito na obtenção de um fim qualquer. Na situação apontada, em que alguém (coagido) é empurrado contra uma vitrine por um coator⁴⁰⁶, cuja intenção é *danificar a loja do inimigo, quem destrói coisa alheia móvel*, na forma do art. 163, CP, é o coator. O coagido funciona como massa física nas mãos do coator, sendo tão instrumental quanto seria uma pedra que fosse atirada contra o obstáculo com o mesmo fim. Daí dizer-se que, em relação ao coagido, não há conduta humana, do que se deduz a impossibilidade de adequação típica de seu papel, que é mera resultante da conduta do coator. Quanto a este, há conduta humana e a

autoria do crime de dano, no exemplo laborado, classifica-se como imediata.

Não é demais repisar que esta situação, na qual não há vontade por parte do coato (sequer haveria a vontade de "se movimentar", da fase causal-naturalista), não se compara àquela em que a coação é moral, ou seja, opera mediante "vis compulsiva".

Na coação moral há vontade e, portanto, finalidade, que é o conteúdo da vontade. O que não existe é liberdade na manifestação da vontade, como no antedito exemplo do gerente de banco que subtrai coisas alheias móveis em favor do assaltante que o rende, colocando-lhe um "colar" de explosivos no pescoço e ameaçando-o com o mecanismo detonador. Esta ausência de liberdade na vontade não se traduz em inexistência da vontade, mas em existência de vontade não censurável, de maneira que o coagido, nesta situação, posto ter praticado conduta humana (atividade dirigida a um fim), pode não ser merecedor de reproche, afastando-se a culpabilidade (hipótese da coação moral irresistível, aventada no art. 22, CP, acima aludido).

Cumprido observar, ao final do cotejo, que a coação moral pode ser exercida mediante violência física: v.g., o sujeito a quem vão sendo arrancados tufo de cabelo, ou cuja pele é submetida a cortes longitudinais, para que preencha um documento falso. O preenchimento do documento será uma conduta humana, porém não se poderá exigir do agente conduta diversa, na forma do art. 22, CP. O sujeito não é culpável pela conduta. Somente o coator, na hipótese, responde pelo falso - sendo hipótese de autoria mediata⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 360, narra um exemplo semelhante.

⁴⁰⁷ - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*, p. 281: "A autoria mediata define a realização do tipo com utilização de terceiro como

Ainda, não só a coação física irresistível afasta a conduta humana, como também forças da natureza com o mesmo caráter de irresistibilidade: imagine-se a quebra da antecitada vitrine, contra a qual uma pessoa é "arremessada" por um poderoso vendaval. A irresistibilidade, que caracteriza a força maior, neste caso, afasta também a própria conduta humana (obviamente, tendo operado sobre o agente uma força da natureza, não há que se falar de coação). Trata-se, no dizer de ZAFFARONI, de uma "força física irresistível"⁴⁰⁸. O professor argentino adverte, porém:

"...colocar-se sob os efeitos de uma força física irresistível é uma conduta, e se deve investigar também sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade para determinar se há delito."⁴⁰⁹

No tocante aos casos de atos reflexos puramente somáticos, há que inicialmente conceituá-los. São situações em que não há intermediação, por parte do cérebro, entre o estímulo e o movimento motor que se lhe sucede⁴¹⁰. Nestes casos, leciona JESCHECK, "o movimento ou a falta dele são desencadeados de forma imediata por um estímulo diretamente dirigido ao sistema nervoso"⁴¹¹.

instrumento, em que o fato típico aparece como obra do autor mediato, e o instrumento atua em posição subordinada ao poder do autor mediato."

⁴⁰⁸ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 360: "La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero."

⁴⁰⁹ - Idem, p. 361: "...colocarse bajo los efectos de una fuerza física irresistible es una conducta, y debe investigarse también su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para determinar si hay delito."

⁴¹⁰ - Assim, JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 179, ao definir atos reflexos como "movimentos que surgem mediante uma transmissão direta (que não passa pelo sistema nervoso central) de um estímulo sensorial a uma ação motora".

⁴¹¹ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 297: "...no son acciones los actos reflejos puramente somáticos, en los cuales el movimiento o la falta del mismo son desencadenados de forma inmediata por un estímulo directamente dirigido al sistema nervioso."

Em regra, o ser humano responde a um estímulo mediante atuação do sistema neuro-motor obediente ao comando do cérebro. O cérebro "lê" o estímulo e determina resposta neuro-motora. Por exemplo, a sensação de sede é objeto de "leitura" cerebral, que ato contínuo produz uma ordem neurológica que implica no movimento motor alusivo a encher um copo com água e bebê-la.

Porém, no caso dos atos reflexos, entre o estímulo e a resposta neuro-motora, não há mediação cerebral. É o caso do atleta que, sentado à beira do leito hospitalar, estimulado pelo toque com martelo no joelho, efetuado por um médico, instantaneamente aplica um chute na enfermeira, que estava de costas para o examinando, causando-lhe um leve hematoma. Não há que se cogitar de conduta típica do crime de lesões leves, porquanto sequer há conduta: se não há mediação cerebral, não há que se falar de uma finalidade a guiar a atividade do atleta.

Outro exemplo curioso foi colhido por VALLEJO⁴¹² da jurisprudência espanhola (Sentença do Tribunal Supremo de 23 de setembro de 1983). Amigos saíram para beber e, altas horas da noite, no interior de um bar, um deles, em pé, inclina-se em direção ao canto do balcão no intuito de pegar uma garrafa de vinho. Outro aproxima-se dele e, num gesto repentino, dá-lhe forte aperto nos órgãos sexuais, a título de pilhéria. Ato contínuo, em movimento reflexo, a vítima da brincadeira gira a coluna e finda por atingir, com o cotovelo, o autor da

⁴¹² - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 65: "Muy interesante resulta al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983 (...): encontrándose varios convecinos en una bodega, el autor se había inclinado hacia delante para sacar vino de una barrica y cuando se encontraba en esta posición con las piernas un poco separadas dando la espalda a la víctima, ésta le agarró los genitales para gastarle una broma; al sentirse dolorido, el autor giró bruscamente su cuerpo golpeando con el codo a la víctima, que cayó golpeándose contra el suelo de cemento en la cabeza y muriendo poco después." O acórdão do caso, na íntegra, está na op. cit., pp. 105-108.

brincadeira, provocando-lhe a queda e forte pancada na cabeça, pela colisão com o chão de cimento, após o que fica momentos desacordado e sangrando na testa. Em seguida, porém, recupera-se e é levado para casa, após negar-se a ir a um hospital. Os amigos, pela manhã, descobrem que a esposa encontrara-o morto na calçada, pouco além da frente da casa, onde fora deixado. A hipótese foi considerada pela Corte como ato reflexo: a reação corporal diante da pressão nos órgãos sexuais deveu-se "a um estímulo de um centro sensorial a um motor gerador do movimento corporal"⁴¹³, sem intermediação cerebral. Não havendo conduta humana, o Tribunal travou a análise da existência de crime em plano pré-típico. Atuou o conceito de conduta como filtro, pelo qual se deu o inicial afastamento do evento da esfera do direito penal.

O caso é interessante porque há uma divisão doutrinária tangente aos atos reflexos puros e aqueles que não têm esta característica. Os primeiros não são controláveis pelo agente, jamais caracterizando conduta humana, a exemplo do vômito ou acessos de tosse⁴¹⁴ (afinal, não correspondem a qualquer finalidade, nem servem para realizá-la). Os demais, não puramente somáticos, podem ser "contra-movimentados", isto é, uma contração muscular pode evitá-los⁴¹⁵ (caso do sujeito que, ao volante, espanta uma mosca que repentinamente lhe toca levemente o nariz: trata-se de ato reflexo, fulcrado na relação, sem mediação cerebral, entre estímulo nervoso e reação motora, cuja realização, porém, pode ser evitada pela contração muscular orientada a evitar finalisticamente a reação motora).

⁴¹³ - Idem, p. 65: *El Tribunal Supremo absolvió al autor por estimar que su reacción se debió "a un estímulo fisiológico o corporal sin intervención de la consciencia por haberse producido la transmisión del estímulo de un centro sensorio a uno motor generador del movimiento corporal..."*

⁴¹⁴ - Exemplos de VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 62.

⁴¹⁵ - JAKOBS, G. *Derecho...*, p. 179.

O exemplo ocorrido no bar, trazido por VALLEJO, é do segundo grupo, porquanto prévio condicionamento poderia levar a vítima da brincadeira a evitar o giro brusco com o corpo (a exemplo daquele que percebe e antecipa mentalmente o estímulo, pré-ordenando sua musculatura à contrair-se). No pensamento finalista, pouco interessa a distinção no particular aspecto da "possibilidade" de evitar a reação reflexa, mediante contração muscular ou "contra-movimentação" (aspectos característicos dos atos reflexos não puramente somáticos), já que este dado transferiria a discussão para um plano axiológico (tratar-se-ia de julgar a "possibilidade" deste contra-movimento), incompatível com seus princípios filosóficos. Daí, em regra, os atos reflexos - independentemente do duplo tratamento - não serem ações dentro do finalismo⁴¹⁶. Porém, é possível imaginar-se que, demonstrado - num caso concreto qualquer - que o ato reflexo não era puramente somático, já que possível contê-lo, bem como que efetivamente o sujeito ativo anteviu o impulso que causaria a reação sensorial, bem como a lesão que dali surgiria, e não a barrou, colocando-se como instrumento de si mesmo (meio selecionado para atingir o fim correspondente à lesão almejada), há um fazer guiado por uma finalidade e, portanto, conduta humana. Naturalmente que esta hipótese é quase "laboratorial" e de difícil configuração no caso concreto.

A coação física irresistível e os atos reflexos, de todo modo, são situações absolutamente distintas de outras duas que, dentro do finalismo, são consideradas condutas humanas. São as hipóteses de ação em curto circuito e automatismos.

⁴¹⁶ - Por exemplo, o caso do motorista que espanta um inseto e colide é reportado como caso de ato reflexo e, portanto, ausência de ação, no

As ações em curto circuito⁴¹⁷ são atividades humanas muito velozes, caracterizadas como reações incontidas do agente, "impulsivas ou explosivas"⁴¹⁸ (MUÑOZ CONDE), ante um estímulo qualquer. Classicamente ocorrem nas hipóteses em que o agente é movido por violenta emoção, como no caso do sujeito que, cancelando a viagem de rotina para fazer uma romântica surpresa à esposa, surpreende-a nos lençóis com o jardineiro, em pleno ato sexual. A reação violenta, furiosa, de sacar a arma de fogo e atirar repetidas vezes, levada a termo pelo marido traído, muito embora forme-se em um átimo, é um fazer guiado por um fim. Evidentemente não há, neste caso, aquele bem planejado passo-a-passo que caracteriza a antecipação biocibernética da conduta, bem dividida em escolha do fim (1), eleição dos meios com consideração de circunstâncias concomitantes (2) e exteriorização do fazer (3). Este esquema reitor, no entanto, continua a operar, embora as etapas praticamente se manifestem num único instante. Sustenta STRATENWERTH, neste sentido:

"Precisamente no Direito Penal se encontram múltiplos comportamentos nos quais um alto grau de excitação afetiva ou impulsiva tem o efeito de reduzir a consciência das situações em que se desenvolve o obrar ou desnaturam o processo de formação da vontade convertendo-o em um mero 'curto-circuito'. Já nestas situações resulta duvidoso saber se o comportamento, em geral, foi conduzido de forma ainda consciente ou 'querida'; o comportamento, de toda forma, pode 'ser posto em marcha sem uma planificação consciente

pensamento finalista de CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria...*, p. 30.

⁴¹⁷ - Não há pacificidade doutrinária tocante ao que seriam as ações em curto circuito. Para JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (*A moderna teoria...*, p. 30), as ações em curto circuito são sinônimos de automatismos, enquanto a denominação "reações instintivas de afeto" é empregada para significar o que aqui denominamos ações em curto circuito. Porém, nossa terminologia é consentânea com o pensamento de STRATENWERTH (v. *infra*) e VALLEJO (*El Concepto...*, p. 62), dentre outros.

⁴¹⁸ - MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, p. 18.

voluntária (KRÜMPLEMANN (...), PLATZGÜMMER (...), SCHEWE...)".

Inclusive, é comum dizer-se que nas hipóteses de ação em curto-circuito, a velocidade da reação humana não permite contra-motivação, excluindo-se "as representações contrárias"⁴¹⁹ (MEZGER), pois de tal forma intervém a vontade que não é possível "por em movimento uma reação que impeça incorrer naquela ação."⁴²¹ (MAURACH-ZIPF). Todavia, dentro do finalismo tais dados não desvirtuam a existência da conduta, pois há finalidade, dirigida de modo consciente, embora passional.

Havendo conduta humana, as situações de ação em curto-circuito em regra constituirão objeto de ulterior análise, tocante à dosimetria da pena. Afinal, os estímulos externos que provocam a impetuosa e descontrolada reação por parte do sujeito ativo podem configurar hipótese de menor censura, que reflete na dosimetria da pena, mediante atenuantes (caso do art. 65, III, "c", CP, "sob a influência de violenta emoção") e minorantes (art. 121, § 1º, e 129, §

⁴¹⁹ - STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, parte general, I*, p. 53: "Precisamente en el Derecho Penal se encuentran múltiples comportamientos en los que un alto grado de excitación afectiva o impulsiva tiene el efecto de reducir la consciencia de las situaciones en que se desarrolla el obrar o desnaturalizan el proceso de formación de voluntad convirtiéndolo en un mero "cortocircuito". Ya en tales situaciones resulta dudoso saber si el comportamiento, en general, ha sido conducido en forma todavía consciente o "querido"; el comportamiento, de todos modos, puede "ser puesto en marcha sin una planificación consciente voluntaria" (KRÜMPLEMANN (...) PLATZGÜMMER (...) SCHEWE)" Esta também é a posição de MUÑOZ CONDE (*Teoria Geral...*, p. 18).

⁴²⁰ - MEZGER, E. *Derecho Penal*, p. 107: "...el llamado actuar impulsivo que tiene su origen en un suceso psíquico, en el cual, no obstante, el impulso psíquico con exclusión de las representaciones contrarias, se convierte, sin más, en acciones dirigidas a un fin. Estas "acciones de corto circuito" se realizan eludiendo la personalidad total, pero no la conciencia. Aquí existe una acción..."

⁴²¹ - MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 247: "Un caso distinto está constituido por las acciones pasionales y de cortocircuito (...); si bien en ellas se produce la intervención del elemento voluntad, ello ocurre a una velocidad tal, que para el sujeto actuante no existe la posibilidad de poner en movimiento una reacción que impida incurrir en aquella acción."

4, ambos do CP - "sob domínio de violenta emoção"), ainda que não sirvam para eximir o agente de pena, conforme expressa letra do art. 28, inciso I, CP (cuja redação é reação legislativa histórica à hipótese de isenção de pena figurada no CP de 1890, que levava à absolvição aquele que houvesse cometido o crime sob grave perturbação dos sentidos⁴²²).

Válido salientar que quando a emoção, bem como a paixão, não atuarem "per si", mas como conseqüências de uma psicopatologia que interfere na capacidade psíquica de culpabilidade, haverá inimputabilidade, na forma do art. 26, "caput", CP. Porém, são casos em que a emoção e a paixão aparecem como meros sintomas⁴²³ de uma psicopatologia mais profunda.

No concernente aos automatismos, a discussão sobre a existência de conduta humana é de difícil solução, talvez sendo o ponto crítico da teoria finalista enquanto proporcionadora de um conceito de conduta capaz de realizar a função de elemento limite. Concebidos como produtos de

⁴²² - Na verdade, a legislação anterior a 1940 era muito criticada por isso, tendo a doutrina enaltecido a redação do art. 24, I, CP, redação de 1940 (atual art. 28, I, CP, com mesma redação), a exemplo de RIBEIRO PONTES, *Código Penal Brasileiro*, pp. 61-62: "O que o dispositivo (...) visa - tudo o indica - é a repressão severa dos decantados 'crimes passionais'. O que a lei tem em vista é a eliminação dos pretextos que tanta fama dão a advogados, réus e vítimas. O que se pretende é o fechamento da válvula de proteção - que sem descanso - tem feito voltar à sociedade pretensos perturbados por um estado que - para os seus defensores - nada mais é que uma loucura passageira e invencível, transtornadora de todo e qualquer entendimento." A sistemática absolvição em tema de crimes passionais contribuiu, de todo modo, para formar uma cultura popular que até hoje marca presença nos vereditos do Tribunal do Júri.

⁴²³ - GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo I, p. 342, anota o seguinte: "A paixão sempre foi explorada, durante a vigência do antigo Código Penal, como escapatória de delinquentes. Criminosos temíveis logravam eximir-se a merecidas sanções, inculcando-se perturbados nas suas faculdades psíquicas por uma obsessão passional. Não resta dúvida de que em certos casos se encontram pessoas dominadas por forte paixão de caráter patológico. Mas, em tais hipóteses, não é a paixão em si, e sim a enfermidade - desencadeada por aquela em concorrência com outras causas - que deve ser considerada. Naturalmente, o ímpeto avassalador de sentimentos profundos, atuando num organismo predisposto, pode determinar uma psicose."

treinamentos, os automatismos são produtos de prévio condicionamento que o ser humano realiza, sem que a atuação tenha que ser trazida ao plano da consciência. Deste modo, seriam "as ações voluntárias mais rápidas" ⁴²⁴ (SPIEGEL). O gesto de caminhar é o exemplo clássico: fruto de um antigo treinamento, torna o homem condicionado à sua realização sem que para tanto lhe seja obrigatório ter consciência de que "está caminhando". Daí MEZGER, em antológica definição, ter dito que os automatismos são condutas humanas que se formam abaixo do "umbral da consciência". ⁴²⁵

De fato, durante a caminhada pode o sujeito estar pensando em como resolver dificuldades financeiras, ou conquistar o amor de sua vizinha, sem absolutamente estar consciente de que caminha em direção ao refeitório, após o soar da campainha que anuncia o horário de almoço e a interrupção do expediente em uma empresa. A caminhada é inconsciente, podendo, todavia, ser trazida ao plano da consciência. O homem que se recupera de um grave acidente, nos exercícios fisioterápicos, v.g., traz o gesto da caminhada ao nível da consciência.

Repercutem os automatismos de maneira evidente no direito penal, sobretudo quando se coloca em mira os crimes de trânsito. Afinal, o amplo comportamento de dirigir é composto de inúmeros automatismos. Produzidos por intenso e antigo treino, gestos como frear diante de obstáculos repentinos, parar quando da mudança do sinal para o vermelho,

⁴²⁴- Apud HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 39: "*SPIEGEL ha caracterizado acertadamente, las acciones automatizadas como - y he de aquí su ventaja para un conductor experimentado - 'las acciones voluntarias más rápidas.'*"

⁴²⁵ - Apud VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 67: "*...los actos automáticos, que también se desarrollan por debajo del umbral de la conciencia, mas se fundan en asociaciones; mediante la repetición del mismo acto, éste ha sido bajado, poco a poco, por debajo del umbral de la conciencia. Tales asociaciones pueden estar innatas (movimientos instintivos) o adquiridas, es decir, haber obtenido su mecanización mediante acostumbramiento o ejercicio.'*"

acionar o "pisca-pisca" momentos antes de cada curva, são exemplos de automatismos. E, mediante um destes gestos, é possível a prática de eventos lesivos, como no caso do agente que, dirigindo de maneira distraída (pensando na decisão do campeonato de futebol horas mais tarde), ao frear bruscamente o veículo diante de um cão que atravessa a pista, do qual apercebe-se de repente, acaba por perder o controle do veículo e desgraçadamente mata a noiva que o acompanhava, ao colidir com um poste⁴²⁶. Há conduta humana no gesto produtor do evento, a frenagem?

Certamente não há sobredeterminação do curso causal mediante a escolha de um fim e a governabilidade dos meios para atingi-lo, de maneira que se negar a existência de um fazer final é resposta possível. Autor adepto da teoria finalista da conduta, STRATENWERTH apresenta, no entanto, uma sustentação peculiar para o fato de tratar-se - aqui - de conduta humana. Afirma que os automatismos diferem dos atos reflexos, e que esta diferença radica no conceito finalista de conduta, havendo nos primeiros uma espécie de "finalidade inconsciente", pois a conduta pode ser trazida à luz da consciência. Em termos:

"...só com a ajuda [do conceito de ação orientado à finalidade] será possível diferenciar reações diretamente geradas por um estímulo do sistema nervoso (reflexos corporais) frente às condutas condicionadas pela experiência e que aparecem como uma resposta "pessoal" para a situação. Precisamente isto é assim porque, apesar da inconsciência, são ações dirigidas de tal forma que *podem* resultar conscientes. Com outras palavras: também comportamentos inconscientes podem ser finalmente dirigidos, e só na medida

⁴²⁶ - O exemplo é comum em doutrina, v.g., VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 47; CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria...*, p. 30.

em que o sejam, é razoável incorporá-los ao conceito de ação como objeto possível de valoração jurídico-penal.”

Aqui, no entanto, há uma evidente colisão⁴²⁸ com o pensamento finalista clássico. “Fazer final” significa finalidade atualizada, e não possibilidade de guiar-se por um fim a conduta que se realizou de modo inconsciente. Ou se amplia, diante dos automatismos, o conceito de conduta humana finalista para abranger, como condutas, os casos em que há meramente uma capacidade de guiar a conduta pela finalidade (e isto está presente nas hipóteses de atos reflexos não puramente somáticos, embora ausente nos puramente somáticos, pela ausência de possibilidade de mediação cerebral), denominável como “possibilidade de finalidade”, ou se mantém o conceito nos termos estritos de origem, situação incompatível com a inclusão dos automatismos como forma de conduta humana.

Como elemento limite, o conceito finalista de conduta originário deixa a desejar se a pretensão é de incluir os automatismos como formas de ação humana. É, de outra parte, também duvidosa a apelação de STRATENWERTH para a possibilidade de resultar consciente a conduta humana. Afinal, é inegável que a concepção finalista primeva de conduta humana é muito restritiva no focar-se na finalidade do agente, ao ponto de implicar numa exclusão das hipóteses de automatismos como exemplos de conduta humana, o que

⁴²⁷ - STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 53: “...sólo con ayuda [do conceito de ação orientado à finalidade] será posible diferenciar reacciones directamente generadas por un estímulo del sistema nervioso (reflejos corporales) frente a las conductas condicionadas por la experiencia y que aparecen como una respuesta “personal” para la situación. Precisamente esto es así porque, a pesar de la inconsciencia, son acciones dirigidas de tal forma que podem resultar conscientes. Con otras palabras: también comportamientos inconscientes pueden ser finalmente dirigidos, y sólo en la medida en que lo sean, es razonable incorporarlos al concepto de acción como objeto posible de la valoración jurídico-penal.”

acarretaria inaceitáveis conclusões no sentido de que frear um veículo não é uma conduta humana, tanto quanto caminhar em direção a um local sem estar concentrado neste gesto. Porém, a saída apresentada por STRATENWERTH escapa aos limites ontológicos da teoria finalista, pois a "possibilidade" de trazer-se à consciência um objeto que não está nela presente quando da conduta é uma constatação que depende de um julgamento, isto é, operante em universo valorativo.

Há, porém, solução dentro do finalismo capaz de resolver o problema incluindo-se o automatismo como conduta humana. Trabalhando com o exemplo do obstáculo na pista de rodagem (v.g., um animal), é de ser percebido que a ação do motorista não pode ser identificada no "frear", porém no dirigir veículo - situação em que frear é apenas ato parcial, componente da ação final em sentido lato de dirigir automotor para algum lugar. Assim, é de se considerar existente a conduta humana de dirigir, guiada por um fim, e situar-se eventual possibilidade de punição na má utilização dos meios - como o dirigir distraído, que leva o agente a frear tarde demais - de modo que eventual morte daí derivada possa ser-lhe atribuída sob forma culposa⁴²⁹.

Os movimentos mecânicos repetidos, como aqueles gestos realizados por operários em linhas de produção (que, se desatentos, podem causar acidentes, com lesão a terceiros, como no exemplo em que o operário realiza movimentação intermitente de uma esteira rolante, através de pedais e, em dado instante, deveria imobilizá-la para que sobre ela

⁴²⁸ - Apontada por ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 243.

⁴²⁹ - STRATENWERTH (apud VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 48) é contrário à solução proposta, porque seria ampliar demais o dever de cuidado exigir-se a previsibilidade objetiva dos automatismos. Porém, não é procedente esta objeção, na medida em que atividades como dirigir implicam em automatismos, e isto é plenamente cognoscível pelo motorista. Não perceber a necessidade de frear ao dirigir um veículo - quando qualquer pessoa em mesmas circunstância teria esta percepção - é, evidentemente, quebra de dever de cuidado.

passasse o engenheiro responsável pelo equipamento, mas acaba por movê-la, causando-lhe a queda e um ferimento), por serem igualmente guiáveis pela vontade em plano consciente, embora em regra desenvolvam-se sem necessidade disso (o nível da consciência pode estar ocupado por outro objeto, como o operário que pensa no jogo de seu time à noite), inserem-se no mesmo tipo de raciocínio utilizado quanto aos automatismos. Para aceitá-los como condutas humanas, há também duas saídas. A primeira consiste em manejar o conceito finalista de modo que sejam abrigados também os casos em que a mera possibilidade da condução dos fatores causais, segundo um fim trazido ao nível da consciência, baste para configurá-las. Esta solução é inadequada ante os pressupostos filosóficos ontológicos do finalismo. A segunda, "pari passu" com o que foi desenvolvido em tema de automatismos, situa-se em perceber que cada ato repetitivo é, ao lado dos demais atos, compositor de uma ação final de fabricar um componente industrial numa linha de montagem qualquer (operando-se com o exemplo antecitado), de modo que quebra o dever de cuidado aquele que continua a operar o maquinário na presença de pessoas dentro da área fabril, quando tal circunstância está a impor condução diversa dos fatores causais do "fazer final" consistente em fabricar um produto. É dizer, há uma finalidade (fabricar o produto) e o mau uso dos meios (continuar a operar a esteira) leva à produção do evento lesivo, atribuído a título culposo. Obviamente, nada disso se discute no caso de estar o ato repetitivo no plano da consciência, porquanto no campo da tipicidade repercutiria em regra sob forma de dolo e, excepcionalmente, de culpa consciente.

Finalmente, resta analisar os estados de inconsciência. São várias as possibilidades de o ser humano,

em estado de inconsciência, praticar atos danosos a terceiros. Todos, naturalmente, são casos em que não haverá conduta humana, dentro da perspectiva finalista, porquanto a inconsciência é incompatível com a escolha de uma finalidade e a correspondente sobredeterminação dos meios.

Os movimentos praticados durante o sono, por exemplo, sejam meras contrações musculares, gesticulações derivadas de sonhos, ou mesmo comportamentos praticados sob estado de sonambulismo, não caracterizam conduta humana. Imagine-se alguém que sonha estar prestes a cobrar um pênalti e, por conta disso, desfere violento chute na esposa que dorme virada para o lado contrário do leito. Não há conduta humana, pois o fim que guiou o gesto - marcar um gol - não atua no mundo físico real, mas num universo onírico alheio à esfera de sentido da existência humana.

Da mesma forma, atua sob estado de inconsciência a pessoa que pratica injúrias sob delírio febril, como o sujeito que dirige improperios à enfermeira, e aquele que - por conta de convulsões geradas por uma condição patológica qualquer, durante um estado de inconsciência⁴³⁰ - acaba por quebrar um rico ornamento de porcelana. Aliás, o "debater-se" próprio da epilepsia também pode levar a análoga situação, inexistindo ação humana. Semelhantemente, pode debater-se também alguém submetido a desmaio ou em estado de coma: ambos os casos afastam a conduta, se objetivamente causarem lesões.

Há casos em que a doença mental, como bem aponta ZAFFARONI,⁴³¹ afasta a conduta humana - e não a

⁴³⁰ - A convulsão que ocorre com o sujeito consciente, porém incontrollável, opera como força interna irresistível, a exemplo dos vômitos, das tosses incontrolláveis, dos espirros, tendo característica de ato reflexo, de maneira que se descaracteriza a conduta humana.

⁴³¹ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 363: "...cuando la consciencia no existe, porque está transitoria o permanentemente suprimida, no puede hablarse de voluntad y desaparecerá la conducta. Esto es lo que acontece cuando se trata

imputabilidade, na forma do art. 26, CP. Trata-se daquele tipo de situação em que é tão profunda a psicopatologia que os movimentos motores são espasmos, sem qualquer controle por parte do cérebro. Nestes casos, na hipótese dos espasmos produzirem a quebra de um objeto, não há crime de dano por força de ausência de conduta humana, já que a situação fica englobada dentre os casos de inconsciência.

Este tipo de situação gera um problema grave sob prisma legislativo: a medida de segurança só está prevista como sanção, na forma do art. 97, CP, para os casos de absolvição imprópria (art. 386, parágrafo único, inciso III, CPP), por inimputabilidade, na forma do art. 26, "caput", CP. Dentro do sistema analítico de crime, isto significa existência de conduta humana (fazer final, no enfoque welzeliano), tipicidade objetiva e subjetiva (isto no caso de crimes dolosos, de modo que o sujeito deverá "conhecer" e "querer" o evento objetivo - dolo direto de primeiro grau), ilicitude e ausência de culpabilidade por incapacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta e/ou de autodeterminação segundo este entendimento (inimputabilidade). "A contrario sensu", fica impossível impor a medida de segurança se a absolvição é própria, ou seja, se não há crime porque não há conduta humana.

No caso, portanto, da doença mental capaz de afastar a conduta humana, a aplicação da medida de segurança torna-se inviável por uma questão legal: só pode ser aplicada no caso do art. 26, CP. Gera-se, é claro, um contrasenso, pois a psicopatologia mais profunda, que em determinados casos pode dotar o agente de maior periculosidade (dentro do discurso positivista que deu matriz às medidas de segurança),

de (...) el idiota profundo, del tipo del que permanece en posición fetal y hace movimientos desarticulados (en uno de los cuales rompe algo)..."

não será objeto de controle estatal voltado à prevenção especial.

Hipótese ainda não aventada diz respeito à hipnose. A posição mais correta sobre o tema é a de MUÑOZ CONDE, que afirma ser dominante a opinião da existência de conduta humana, negando possa ser considerado sob estado de inconsciência o hipnotizado, se bem que...

"...teoricamente não esteja excluída a possibilidade de que o hipnotizador chegue a dominar totalmente o hipnotizado, sobretudo se este é de fraca constituição, surgindo, neste caso, uma situação muito próxima da força irresistível."^{431-A}

É interessante fazer porém um reparo. A sustentação da existência de conduta humana, para alguns, situa-se no fato de o hipnotizado jamais praticar condutas contrárias ao seu caráter. Assim é a posição de VALLEJO⁴³², com base em ROXIN. Por exemplo, não matará, mesmo que o hipnotizador apresente-lhe esta ordem, se tal tipo de conduta contrariar sua índole.

Ora, a formação do caráter do agente, propenso à prática de atos violentos ou - por outro lado - a tendência a atuar de maneira pacífica, não pode ser fator determinante nem para constatar a existência de conduta (raciocínio como: "era pacífica a personalidade do agente, mas praticou o homicídio mediante hipnose, caso em que há conduta, pois teve que superar a barreira de personalidade"), nem para repelir a presença de ação humana. Afinal, um tal critério não passa de apelação a um direito penal de autor.

Os critérios que servem a estabelecer se há conduta humana - como o nível de consciência requerido, o controle do

^{431-A} - MUNOZ CONDE, F. *Teoria Geral do Delito*, p. 18.

curso causal, etc. - devem dizer respeito ao ato que, em si, sofre a análise. Neste aspecto, a hipnose caracteriza-se por adaptação ao mundo circundante, havendo um fazer guiado por um fim e, pois, conduta. Não se pode falar de inconsciência se os atos praticados neste estado são, inclusive, objeto de registro mnemônico (daí o expediente da hipnose forense). A liberdade de escolha do fim é problema a ser discutido na culpabilidade, já que o grau de domínio do hipnotizador sobre o hipnotizado pode tolhê-lo quanto à capacidade de agir de acordo com a norma.

Finalmente, a embriaguez - termo que em direito penal engloba toxicidade derivada de substâncias diversas do álcool - pode levar a absoluta ausência de conduta na hipótese do estado comatoso (embriaguez letárgica ou terceira fase - caso de embriaguez completa). Já os casos de embriaguez incompleta de primeira fase (fase de euforia), ou completa de segunda fase (fase depressiva), são situações em que há deliberação de finalidade. Todavia, há uma perda na capacidade de direção dos fatores causais que levam ao fim pré-determinado. Então, a solução acerca da existência de conduta passa a depender do caso concreto: acaso esteja absolutamente tolhida a dirigibilidade do curso causal, não há conduta humana; porém, sendo possível esta governabilidade, há conduta (como no caso do andar em "zig-zague"). Neste ponto, aliás, há uma nova dificuldade no plano legislativo: a letra do art. 28, inciso II, CP, que taxativamente afasta a isenção de pena (leia-se a "exculpação", ou o afastamento da culpabilidade) nas hipóteses de crimes cometidos por agentes sob influência de embriaguez voluntária e culposa, numa redação que, pontuada pela adoção de um critério de responsabilidade puramente

⁴³² - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 73.

objetiva", faz "tabula rasa" da possibilidade de, em alguns casos, a embriaguez levar à falta de conduta humana (ou seja, casos em que sequer se chegaria a analisar o extrato da culpabilidade).

Derradeiramente, é interessante considerar que a inexistência de conduta humana nos casos de inconsciência não significa absoluta impossibilidade de existência de crime, porquanto o agente pode colocar-se sob estado de inconsciência com a precisa deliberação de gerar um evento lesivo. São os casos de inconsciência pré-ordenada, existentes nas situações em que a pessoa faz-se instrumento de si mesma, como no clássico exemplo da mãe que, sem coragem para matar o filho não desejado, dorme junto dele noite após noite no afã de sufocá-lo durante o sono de ambos, até lograr êxito, levando a criança à morte. Da mesma maneira, o agente que se embriaga - colocando-se em estado de embriaguez pré-ordenada à prática do crime (contemplada no CP como agravante genérica, art. 61, inciso II, alínea "l")- para que, em estado letárgico, não proceda o recolhimento, a seu encargo, de cápsulas subaquáticas ocupadas por mergulhadores, de maneira a levá-los à morte pelo término do oxigênio nos cilindros.

De se notar que, em ambos os casos, obtendo o resultado morte, os sujeitos ativos serão processados pelo homicídio, embora no exato instante da morte não houvesse conduta. Faz-se, no caso, uso da teoria da *"actio libera in*

⁴³³ - GARCIA, B. *Instituições...*, p. 351: O que há na hipótese [do que atualmente é o art. 28, II, CP] é, pura e simplesmente, um caso de responsabilidade objetiva - responsabilidade excepcionalmente sem culpabilidade, ou, pelo menos, sem aquele grau de culpabilidade tido como relevante no sistema jurídico - responsabilidade objetiva que os autores do Código de 1940 não querem, de forma alguma, confessar ter acolhido." Atualmente, BITENCOURT, C.R. *Manual...*, pp. 315-317, faz eco às críticas de BASILEU GARCIA e reparos corretos à redação do artigo 28, CP.

causa", que determina a verificação do conhecimento e vontade componentes do dolo no início do elo causal (isto é, no caso da mãe, quando delibera ir dormir; no exemplo dos mergulhadores, na hora em que o agente resolve beber até o sono, quando projeta a morte daqueles).

Como síntese, pode-se concluir que o conceito finalista de conduta funciona como elemento limite, pois afasta as hipóteses de coação física irresistível, atos reflexos e estados de inconsciência do campo de incidência do direito penal, manejado em plano pré-típico. As ações em curto circuito (caracterizadas por violenta emoção), ao contrário, são condutas humanas. Falha, porém, a teoria finalista no tocante aos automatismos e movimentos mecânicos repetidos, pois - se sustentada de forma ortodoxa - leva a desconhecê-los como condutas humanas, ao passo em que, para considerá-los condutas, apela para um critério extensivo, calcado na "possibilidade de consciência", com o que se produziria uma conseqüente "dirigibilidade" do curso causal. É paradoxal, para dizer o mínimo, a idéia de uma "finalidade inconsciente". Neste ponto, a solução é a verificação da atividade global que o agente realiza como um "fazer final" e o tratamento do automatismo como ato parcial dele, correspondente ao meio de realização, que - se mau conduzido e produtor de resultados lesivos⁴³⁵ - pode derivar em conduta punível a título de culpa.

⁴³⁴ - Esta teoria sofre inúmeras críticas por ser uma construção artificial do elemento subjetivo do tipo (quando criada, construía artificialmente a presença do dolo na culpabilidade), porquanto - ao fim e ao cabo - de fato não existe qualquer dolo no momento da conduta, mas estado de inconsciência e, no momento em que se manifesta a vontade, há - na melhor das hipóteses - meros atos preparatórios impuníveis. V. ZAFFARONI, E.R. & PIERANGELI, J.H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 532. Este trabalho, de toda sorte, não é cancha adequada para penetrar nesta discussão.

⁴³⁵ Em regra, porque há possibilidade de tipos culposos formais, embora isto seja indesejável desde uma perspectiva de direito penal garantista e liberal.

Um dos grandes méritos do finalismo, por outro lado, é a sua preocupação no sentido de limitar a atividade do legislador numa direção que somente favorece a construção de um direito penal de índole democrática: fazê-lo apegar-se a uma concepção de conduta humana que corresponda à realidade. Sem adentrar à discussão da possibilidade de obter-se este conceito, de antemão frisa-se que esta postura metodológica deve ser enaltecida, à parte todas as considerações de que é ultrapassada e restritiva no seu apego à finalidade (que seria somente um dos aspectos do comportamento humano⁴³⁶, noutra crítica de ROXIN).

Nunca é demais ressaltar que - quanto mais exigente o sistema analítico de crime - mais restrita é a proposta dogmática dirigida ao poder punitivo do estado.

Ora, no momento em que a dogmática jurídico-penal assumiu o compromisso de buscar na realidade os dados componentes da conduta humana e vincular a esses dados, reunidos num conceito de ação, a atividade legislativa em matéria penal, acabou por diminuir, favoravelmente ao indivíduo, a capacidade de punir do Estado. O Estado passou a ter que partir, necessariamente, de um dado de conhecimento da pessoa comum para confeccionar a legislação criminal: a idéia corrente e real de conduta.

Tais aspectos já foram sobremaneira destacados no tocante aos fundamentos filosóficos welzelianos, apegados a heranças jusnaturalistas (embora WELZEL não se tenha perfilado como filiado a esta antiga linha de pensamento) e

⁴³⁶ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 253: "...ese fenómeno tan claro de la 'manifestación de la personalidad' es deformado en la mayoría de las teorías de la acción reduciéndolo a detalles naturalísticos (como 'voluntariedad' o 'corporalidad') y a formas de aparición especialmente marcadas ('finalidad')...". Enfim, o finalismo seria apenas a apreensão de um dado parcial da conduta (a finalidade), que na verdade é mais ampla como manifestação da personalidade, sendo portanto uma teoria restritiva, no pensamento do mestre de Munich.

basicamente consistentes em uma concepção da vida humana como dotada de sentido e, por isso, absolutamente dependente de uma ordem jurídica, transcendente à concreta existência de cada homem, bem como voltada à idéia do homem fundado antropologicamente como sujeito responsável e capaz de conformar sua vida. Pela proposta doutrinária de WELZEL, não se permitia ao legislador penal a invenção de uma concepção ou forma de conduta que não correspondesse ao que é o comportamento humano no mundo dos fatos.

Afinal, efetivamente não há como o direito penal realizar a sua missão - seja ela tutelar os bens jurídicos para obter mediatamente a "manutenção da paz jurídica"⁴³⁷ (WESSELS) ou social (nossa opção quanto ao tema), seja desvalorar o conteúdo ético-social das condutas "per si"⁴³⁸ (WELZEL), com secundarização da proteção do bem jurídico - se maneja uma noção de conduta que não corresponde ao que é a conduta na realidade, pois de todos os modos a realização de sua missão passa pela punição de condutas. Então, a crítica comum (muito utilizada atualmente na linha funcionalista) de que o conceito de conduta ontológico não se coaduna com as finalidades e valorações do direito penal, carece de fundamento. Cabe aqui também referir o pensamento de HIRSCH:

"Com efeito, o objeto do direito penal deve ser indagado com vistas às suas valorações e fins. Porém, se chegamos mais perto do significado disso, somente se está assinalando que, dentre os cursos do acontecer observáveis na realidade, deve extrair-se aquele fenômeno cuja valoração seja necessária

⁴³⁷ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p.03.

⁴³⁸ - WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, p. 03.

para o Direito penal (...) , aquele fenômeno que possa ser objeto de uma proibição ou mandato.”⁴³⁹

Por conseguinte, chegar-se à necessidade de um conceito que não seja criação do direito, mas sim um conceito pré-jurídico, é mérito da teoria finalista. Apontou HANS JOACHIM HIRSCH que não existem “razões objetivas” que...

“...permitam [por parte do direito penal] um distanciamento do que se mostra na realidade⁴⁴⁰, até porque os mandatos e proibições `remetem precisamente ao fenômeno pré-jurídico do comportamento’, sendo apenas `pautas de condutas’ que devem `orientar-se pelas verdadeiras formas de aparição do dito comportamento, dando conta de sua estrutura geral.’”⁴⁴¹

Portanto, é fato que a teoria finalista da ação de WELZEL, fonte primeira do conceito de injusto pessoal, exigiu encadeamento dos extratos analíticos do crime a um fenômeno prévio ao direito, consistente na concepção ontológica de conduta. Isto gerou, no dizer de HIRSCH, a...

“...repulsa que com facilidade sentem os juristas frente a formas de pensar que não são desde o princípio de natureza

⁴³⁹ - HIRSCH, H.J.. *La polemica...*, p. 26-27: “En efecto, el objeto del Derecho penal debe indagarse con la vista puesta en sus valoraciones y fines. Sin embargo, si incidimos más de cerca en el significado de esto, solamente se está señalando que, de entre los cursos del acontecer observables en la realidad, debe extraerse aquel fenómeno cuya valoración sea necesaria para el Derecho penal (...), aquel fenómeno cuyo objeto pueda serlo de una prohibición o mandato.”

⁴⁴⁰ - Idem, p. 27: “...deben existir razones objetivas que permitan, en la conformación de la terminología jurídica, un distanciamiento de lo que se muestra en la realidad. Estas razones objetivas no existen en relación con el concepto de acción, sino que, en todo caso, el ordenamiento jurídico se remite directamente por medio de sus prohibiciones y mandatos precisamente al fenómeno prejurídico del comportamiento.”

⁴⁴¹ - Idem, p. 27: “Los mandatos jurídicos proponen influenciar los procesos dominados por el hombre; son pautas de conducta. De ahí que deban orientarse por las verdaderas formas de aparición de dicho comportamiento, dando cuenta de su estructura general.”

normativa e podem, portanto, limitar a liberdade de valoração.”

Na dogmática atual, o argumento de que o objeto do direito penal deve ser determinado a partir das avaliações e fins que lhe são próprios ganha cada vez mais força. Aliás, é a base de partida do funcionalismo, que será mais adiante enfocado. Esta ótica, porém, já era apresentada por ROXIN⁴⁴³ em 1962: “o que é final e o que não é depende exclusivamente das finalidades da ordem jurídica.” Para ROXIN, não dependeria o conceito de conduta, portanto, de uma estrutura pré-jurídica, colhida da realidade humana, já que o direito penal é o setor que delimita as finalidades humanas, contendo e barrando as atitudes capazes de causar lesão a bens jurídicos (função preventiva geral). Ora, o choque com a linha welzeliana, em especial com os fundamentos ortodoxos de HIRSCH, é claro. E, neste confronto, mais limitador do poder punitivo estatal⁴⁴⁴ é o fundamento ontológico utilizado no finalismo.

Outro ponto, porém, da crítica de ROXIN a WELZEL merece atenção mais cuidadosa. Embora o conceito finalista tenha se proposto a ser ontológico - é dizer - não ancorado em qualquer carga de conteúdo valorativo (ou axiológico), esta proposta não teria se realizado. Em outras palavras,

⁴⁴² - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 18: “Además, la teoría final de la acción de WELZEL, que estaba vinculada al concepto de injusto personal, exigía ser engarzada a la estructura de un fenómeno previamente dado al derecho. Esto provocó la repulsa que con facilidad sienten los juristas frente a formas de pensar que no son desde un principio de naturaleza normativa e pueden, por lo tanto, limitar la libertad de valoración.”

⁴⁴³ - ROXIN, C. *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*, in *Problemas fundamentais...*, p. 102.

⁴⁴⁴ - O funcionalismo apresentado especificamente por ROXIN, é - bem verdade - fulcrado em idéias garantistas, como o ponto de partida de que o direito só atua em “ultima ratio”, quando houver lesividade ao bem jurídico. Porém, estes pontos de partida não necessariamente atuam em todas as linhas funcionalistas que são sustentadas em direito penal, o que se percebe muito claramente em JAKOBS.

segundo ROXIN, os finalistas imaginaram ter chegado a um conceito ontológico de conduta, quando isto na realidade não ocorreu. Para demonstrar isto, ROXIN faz uso da clássica crítica acerca da compreensão da injúria verbal que se fazia à teoria causal da conduta, transportando-a para a finalista, em termos:

"Pois bem, porque é que não há-de estar estabelecida ontologicamente a essência da finalidade? A minha resposta é a seguinte: porque os fenômenos jurídicos não são meros processo causais e, por isso, não basta o seu controlo para converter um acontecimento em ação, no sentido dessa teoria. É certo que isso seria possível de um ponto de vista puramente científico-natural; mas há um velho exemplo que se aduz quase sempre para reduzir ao absurdo o conceito naturalista de acção: a definição da injúria como colocação em movimento de ondas sonoras e como causação de excitações sensoriais no ouvido do afectado. Isto é ridículo, naturalmente, mas seria por acaso menos ridículo querer caracterizar a acção de injúria como supradeterminação final de ondas sonoras tendente a produzir sacudidelas no tímpano? Se uma coisa destas é absurda - mesmo para qualquer finalista - ter-se-á de admitir que nos fenômenos jurídicos existem conteúdos de significação social que não se podem entender como controlo de factores causais." ⁴⁴⁵

Para ROXIN, portanto, o conteúdo de significado social da conduta de injuriar faz com que esta conduta deixe de ser um mero "fazer" supradeterminado por um fim, adrede escolhido, de fisicamente emitir sinais sonoros. Afinal, sem a compreensão, por parte do agente, do sentido social de suas palavras - ofensivas para a vítima contra a qual dirigidas - não há uma finalidade sendo levada a cabo. E, como esta

⁴⁴⁵ - ROXIN, C. *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*, in *Problemas fundamentais...*, p. 102.

finalidade depende de um sentido social, ou seja, de uma carga de valorização que o próprio agente realiza acerca das palavras que profere, entendendo-as ofensivas, o conceito finalista de conduta, neste particular exemplo, dependeria de uma carga axiológica, cuja obtenção não se realiza na esfera do "ser", mas do "dever-ser". O conceito finalista de conduta, a partir daí, deixaria de ser ontológico.

Esta crítica, que é o ponto de partida apresentado por ROXIN para combater a teoria finalista da ação e que demarca praticamente todo o texto da "Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção" é, no entanto, de ser vista com cautela. Há uma mescla de aspectos que merecem distinção. O fato de a finalidade do agente, em alguns casos, depender de um significado que seja buscado no universo do dever-ser não faz com que a conduta deixe de ser definida, ontologicamente, como um "fazer final". De outro modo: mesmo na injúria há um fazer finalisticamente guiado.

O conteúdo da finalidade que guia o fazer depende muitas vezes de uma expressão social de sentido; todavia, continua-se diante de uma situação em que o agente escolhe um fim (para isto, pode ou não estar ciente de seu sentido social), elege meios e exterioriza movimentos físicos. E bastam, dentro do finalismo, estes aspectos para que haja *conduta humana, segundo recolhe-se da realidade (concepção ontológica)*.

Neste sentido, aliás, deve ser lida a resposta de HIRSCH à crítica efetuada por ROXIN à concepção de conduta welzeliana. Afirmou HIRSCH que sustentar um conceito ontológico valorativamente neutro, ao modo do que preconiza a teoria finalista da conduta, não quer dizer que o "conteúdo da ação seja composto de elementos valorativamente

neutros"⁴⁴⁶: uma ofensa verbal não significa, no finalismo, "emissão de ondas de som" (elementos valorativamente neutros). Embora o conceito seja neutro, há um conteúdo específico de sentido em cada ação, na medida em que cada ação é "interação do homem sobre o acontecer, compreendendo o alcance do seu sentido"⁴⁴⁷. Na crítica de ROXIN, arremata HIRSCH, há portanto uma "confusão entre a estrutura geral da ação e o conteúdo específico de sentido de cada ação".⁴⁴⁸

Enfim, não há o apontado choque entre a concepção ontológica da conduta humana e o fato de, no conteúdo da finalidade eleita pelo agente em determinados casos, estar embutida uma carga de sentido social, como no caso da injúria ou do preenchimento de um documento falso⁴⁴⁹, por exemplo. Isto não significa descuidar o aspecto do sentido social, manejando-se um conceito de conduta que "não tem então qualquer utilidade"⁴⁵⁰. O direito penal - de toda sorte e

⁴⁴⁶ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 28: "El carácter ontológico del concepto de acción no supone que su contenido lo conformen sólo elementos valorativamente neutros, como entender, por ejemplo, que una ofensa verbal supone únicamente la emisión de ondas de sonido."

⁴⁴⁷ - Idem, p. 28: "Dicha acción [injúria verbal], en la medida que es una interacción del hombre sobre el acontecer, también comprende el alcance de su sentido."

⁴⁴⁸ - Ibid., p. 28: "ROXIN ha igualmente objetado que un concepto ontológico de acción no tiene en cuenta que en las formas de manifestación del derecho haya contenidos de significación social (...) Detrás de esta crítica se oculta, sin embargo, la confusión entre la estructura general de la acción y el contenido específico del sentido de cada acción."

⁴⁴⁹ - O exemplo é apresentado por HIRSCH, H.J. op. cit., p. 28.

⁴⁵⁰ - ROXIN, C. *Contribuição para a crítica...*, pp. 104-105: "Resumindo: se um conceito ontológico de acção se entende apenas de modo a abarcar o controlo do processo de um acontecimento material e sem valor, tal conceito não tem então qualquer utilidade: não é idêntico ao dolo, não proporciona qualquer dado novo para a teoria do erro e nada se pode deduzir dele em relação a outros domínios. Porém, se incluirmos a dimensão de sentido no conceito de acção, este perde o seu carácter prévio, converte-se num produto jurídico-normativo por excelência e não apresentando igualmente qualquer utilidade." É bem verdade que esta forma radical de ROXIN pensar acerca do conceito de conduta, repita-se, foi superada pelo próprio autor, pois levava à supressão do conceito de conduta da estrutura analítica de crime, o que hoje não ocorre no seu Manual. Ao contrário, ROXIN propõe a denominada teoria personalista da ação, adiante analisada, bem como exalta as funções de elemento básico, de enlace e elemento limite que o conceito de conduta deve exercer (utilizadas como ponto estrutural deste trabalho).

fatalmente - a ele ater-se-á, porque a significação social da conduta, que compõe o conteúdo específico das finalidades eleitas pelos agentes em certas condutas, sofre juízos de desvalorização na tipicidade, na ilicitude e na culpabilidade, não havendo qualquer necessidade de antecipá-los ao plano pré-típico.

A efetiva evolução dogmática que se extraiu da crítica de ROXIN foi a impossibilidade de identificar-se o dolo como um elemento pré-típico, coincidente com a finalidade que guia o fazer. Daí a correção de não se definir o dolo como a mera vontade de atingir um fim com a conduta, mas sim como vontade realizadora dos elementos do tipo objetivo, composto de elementos naturais (cognição acerca dos elementos do tipo objetivo acrescida de vontade de atingi-los) e dispensando a cognição da ilicitude da conduta (o sentido social da conduta não é equivalente ao sentido jurídico). Os elementos naturais componentes do dolo (cognição e vontade) são plenamente compatíveis com o "sentido social" das condutas, como injuriar ou falsificar. O "sentido social" antedito não passa de conteúdo da finalidade, que a não desfaz como dado ontológico em plano de conduta humana, bem como de conteúdo do elemento cognitivo do dolo, que por sua vez atua como pressuposto do elemento volitivo, em plano de tipicidade.

Embora não haja como fazer prova de que o "fazer final" é - de fato - a expressão lingüística mais aproximada daquilo que vem a ser a conduta humana na realidade, tampouco a crítica de ROXIN a esta definição remanesce válida, com a devida vênia.

Além de tudo, não é de olvidar que foi fundamental, em tema de desenvolvimento dogmático do direito penal, a concepção do injusto pessoal (tanto no tocante ao tipo penal

como no que diz respeito às excludentes de ilicitude), cujo berço inegável é a teoria finalista da conduta, sustentada de forma ortodoxa por HIRSCH. Dizer-se que a origem desta concepção é a descoberta dos elementos subjetivos do tipo não encontra apoio na própria história do desenvolvimento do direito penal, já que - dentro da linha neokantiana - os elementos subjetivos do tipo já haviam chegado a lume e, no entanto, continuavam seus partidários laborando com uma concepção puramente objetiva do injusto, i.é, sem dolo, conforme já se viu.

Da análise crítica do finalismo recolhem-se, na suma, os seguintes problemas: a) resolve de modo precário a problemática relacionada aos automatismos, o que gera atrapalhos à atuação conceitual como elemento limite; b) embora parta de um ponto de partida ontológico, não consegue demonstrar-se e provar-se efetivamente ontológico, sendo apenas sensorialmente perceptível que as condutas humanas são guiadas por um fim.

Parece, todavia, que a maior razão pela qual pode-se apontar o declínio do finalismo na dogmática alemã (e de todos os países cujos setores doutrinários secundam-na, dentre eles o Brasil) está justamente naquela "repulsa" causada no legislador e no jurista, apontada por HIRSCH, diante de freios produzidos pré-juridicamente, capazes de tolher a liberdade de criação dos conceitos jurídico-penais. Precisamente aquela "liberdade" conferida pelo paradigma neokantiano, empenhado no método da "compreensão" e livre "avaliação" dos fenômenos relevantes para o direito penal, voltou a ganhar prestígio ao final dos anos 60 do século XX. Reforçava-se, neste quadro, um conjunto de idéias produzido no bojo do pensamento neokantiano (ainda que não seja comum apontar-se esta origem em doutrina): as teorias sociais da

ação, agora enriquecidas com contribuições trazidas pelo finalismo de WELZEL.

V- O Pós-Finalismo

V.1- As teorias sociais da ação

Cabe frisar, inicialmente, que não existe uma teoria social da ação, mas várias⁴⁵¹. Todas, porém, estão ligadas por uma mesma idéia central: fazer o conceito de conduta humana depender de sua relevância social. Neste sentido exterioriza-se a opinião de JAKOBS:

"Tais propostas em parte só destacam a relevância social de conceitos de ação fundamentados de outro modo, ou são limitações de tais conceitos sociais mediante o requisito da relevância social."⁴⁵²

Também deixa demarcado tal aspecto WESSELS, ao afirmar que a teoria social da ação "vê na relevância social

⁴⁵¹ Conforme MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 261: "La teoría social de la acción se nos presenta en numerosas variantes, de manera que llega a ser dudoso si es posible hablar de una posición unívoca o si, por el contrario, es preciso distinguir diversas teorías sociales de la acción (cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER)...". Assim também ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 389. No Brasil, destaca este aspecto da diversidade de teorias sociais da ação BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 157.

⁴⁵² - JAKOBS, G. *Derecho Penal*, pp. 170-171, n.63: "Tales propuestas en parte sólo destacan la relevancia social de conceptos de acción fundamentados de otro modo, o son limitaciones de tales conceptos sociales mediante el requisito de la relevancia social." No Brasil, dentre outros, vem neste sentido DOTTEI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, p. 308: "Os demais defensores da teoria social da ação (E. Schmidt, Engisch, Maihofer, Wolff, etc.) embora admitindo as diferentes formas em que a mesma se apresenta, admitem a existência de um elemento comum: a relevância social da conduta humana."

do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento.”

De fato, nas palavras de EBERHARD SCHMIDT, a ação pode ser definida como “conduta voluntária dirigida ao mundo externo social”⁴⁵⁴. Este, historicamente, é o conceito pioneiro na linha das teorias sociais.

Destaca ENGISCH, de igual modo, o sentido social da conduta, definindo-a como “causação voluntária de conseqüências previsíveis e socialmente relevantes”⁴⁵⁵. O resultado da conduta (“conseqüências”), note-se, faz parte desta definição, no que encontra um ponto de aproximação com o causalismo. E, curiosamente, a incorporação do resultado no conceito opera-se através da teoria da causalidade adequada, como constata VALLEJO, uma vez que deve haver “previsibilidade” das “conseqüências”⁴⁵⁶.

Este aspecto é digno de nota na medida em que - seguindo o padrão naturalista - ENGISCH insere no conceito de conduta a relação de causalidade, isto é, o liame entre a causação voluntária (causa) e as conseqüências previsíveis (efeito). Porém, ao invés de fazê-lo mediante a teoria da

⁴⁵³ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 20.

⁴⁵⁴ - Apud ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 244 (v. nota 239, supra). Este conceito constou da atualização do Tratado de VON LISZT por EBERHARD SCHMIDT, vindo à lume pela primeira vez no ano de 1932.

⁴⁵⁵ - Apud MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 261: “Según ENGISCH, el actuar es “la causación arbitraria de consecuencias previsibles y socialmente relevantes.” Naturalmente o termo “arbitrário” vem no sentido de voluntário, daí ter-se preferido esta tradução àquela empregada por BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 157, que segue com muita proximidade a explanação do § 51 de MAURACH/ZIPF neste ponto.

⁴⁵⁶ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 57, afirma que ENGISCH “...trata de insertar la teoría de la causalidad adecuada en la teoría de la acción, entendiendo que la acción, como concepto natural-social, comprende todas aquellas consecuencias que, según la experiencia, son adecuadas.” (“...trata de inserir a teoria da causalidade adequada na teoria da ação, entendendo que

equivalência dos antecedentes (como na definição causal-naturalista), opera com a teoria da causalidade adequada. Nesta teoria, causa é toda aquela conduta adequada à produção de um dado resultado, obtida através do exercício imaginário de colocarmo-nos no lugar do sujeito ativo e efetuarmos uma análise "ex ante" da probabilidade da superveniência deste resultado. Opera-se, em outras palavras, com um julgamento estatístico da adequação da conduta para gerar - ou não - o resultado. Daí deriva ser valorativa a teoria da causalidade adequada, pois trata-se de um julgamento. A adoção de uma teoria da causalidade de perfil axiológico revela-se compatível com o método neokantiano. Por outro lado, a preservação da discussão em torno da causalidade no plano da conduta humana demonstra o quanto estava ENGISCH apegado, ainda, às heranças do sistema LISZT-BELING, já que o correto é discutir-se a relação de causalidade no plano da tipicidade, uma vez que tanto ela, como o resultado, não são parte da conduta, sendo exigidos algumas vezes pelo tipo penal, nos casos de crimes materiais.

Outro conceito em que se faz presente a relevância social - dado comum a todas as teorias - é aquele apresentado por MAIHOFER⁴⁵⁷, considerando a ação como "conduta objetivamente controlável pelo homem, dirigida a um resultado social objetivamente previsível." Repete-se, aqui, - e novamente a constatação é de VALLEJO⁴⁵⁸ - a inserção da teoria da causalidade adequada no conceito de ação ("resultado...previsível").

a ação, como conceito natural-social, compreende todas aquelas conseqüências que, segundo a experiência, são adequadas."

⁴⁵⁷ - Apud WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 20.

⁴⁵⁸ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 57.

Todavia, impende assinalar que a "relevância social", apontada em todas as teorias sociais da ação como dado de definição da conduta, na verdade tem sua razão de ser atrelada ao ambiente filosófico que amparou, na década de trinta, o pensamento de EBERHARD SCHMIDT. Afinal, quer-se demonstrar que todas as teorias sociais da ação possuem o mesmo estofo filosófico neokantiano, de cariz idealista, podendo-se afirmar que representam uma segunda leitura do paradigma em questão no âmbito do direito penal (a primeira corresponde ao neoclassicismo). A sustentação disto foi amplamente desenvolvida acima, quando expôs-se acerca do neokantismo e seus efeitos no direito penal⁴⁵⁹.

De todo modo, e brevemente, para evidenciar a orientação claramente neokantiana do modelo inicial de teoria social da ação, basta verificar que na sua origem, com EBERHARD SCHMIDT, dominava o pensamento neoclássico, que precedeu ao finalismo⁴⁶⁰ (décadas de 20 e 30). À época, propunha-se que o direito penal adotasse um método consistente em "compreender e valorar" o seu objeto. Referido método, próprio das ciências do "dever-ser", também chamadas ciências "do espírito" ou "ideais" - cujo prestígio havia sido perdido no período causal-naturalista (virada do século XIX para o século XX) e, após, voltava a ganhar vigor justamente em face dos esforços dogmáticos realizados pela "Escola de Baden" - dava ao dogmatizador liberdade no tratamento do seu objeto de estudo. A liberdade consistia no

⁴⁵⁹ - V. capítulo III.5, parte final. Optamos por traçar o histórico e o fundamento filosófico quando abordado o paradigma neokantiano de pensamento em direito penal justamente pela oportunidade de melhor demonstrar ser esta a verdadeira origem das teorias sociais da ação, nomeadamente do pensamento de EBERHARD SCHMIDT.

⁴⁶⁰ - Cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 244.

fato de o dogmatizador ser o sujeito do exercício de valoração do seu objeto.

Vem daí a pilastra metodológica utilizada por EBERHARD SCHMIDT, ao propor que a conduta humana deveria ser analisada como "fenômeno social"⁴⁶¹, ou - usando o discurso do método empregado, de cunho valorativo - "compreendida" como "fenômeno social" e assim "valorada". No dizer de WESSELS, as teorias sociais da ação englobariam "o agir como fator sensível da realidade social"⁴⁶², frase na qual fica também impressa a marca do método neokantiano.

A presença do método reportado se repete em ENGISCH ("causação de conseqüências socialmente relevantes"^{462-A}) e em MAIHOFFER ("conduta dirigida a um resultado social..."^{462-E}), que buscam embutir no conceito de conduta sua valoração, gerada pela (e a partir) de sua repercussão social.

Impossível não se associar esta compreensão da conduta como "fenômeno social" ao método neokantiano, que produziu na primeira metade do século XX - não por coincidência - justamente concepções valorativas da ilicitude como danosidade social e da culpabilidade como reprovação, além de superar - isto já no primeiro decênio do século passado - a concepção "belinguiana" do tipo penal avalorado.

Todavia, a concepção da conduta humana, segundo a nascente teoria social proposta por EBERHARD SCHMIDT, seria sufocada pelo advento do finalismo, calcado na existência de estruturas lógico-reais, previamente dadas ao direito, com

⁴⁶¹ - Cf. TAVARES, J. *Teorias...*, p. 37 (v. nota 238, supra).

⁴⁶² - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 20.

^{462-A} - Cf. n. 455.

perfil ontológico. Tais estruturas, vinculantes para o legislador e limitadoras de qualquer atividade dogmática em direito penal, impediram a inserção - no conceito de conduta humana - de aspectos de cunho axiológico. Valorações como a "relevância social" da conduta, por não serem colhidas da realidade - sendo, sim, um julgamento da conduta humana encontrada nesta mesma realidade - não poderiam compor o conceito da ação. Enfim, a teoria social da ação era incompatível com o fundamento filosófico ontológico do finalismo. Isto explica tenha sido retomada⁴⁶³ somente no final da década de 60 do século XX, justamente quando a teoria finalista de WELZEL passou a ser questionada com intenso vigor.

É nesta época que surgem os representativos desenvolvimentos dogmáticos das teorias sociais da ação efetuados por JESCHECK e WESSELS.

A teoria social da ação de JESCHECK é por demais conhecida, sendo referência para a elaboração de inúmeros manuais quando tratam do tema⁴⁶⁴.

O conceito social de ação de JESCHECK define-a como "comportamento humano socialmente relevante" ⁴⁶⁵. Desde logo,

^{462-B} - Cf. n. 457.

⁴⁶³ - É óbvio que as teorias sociais da ação não "desapareceram" literalmente com o advento do finalismo, para ressurgir ao fim dos anos 60. Afinal, eminentes professores, com escritos anteriores a esse "ressurgimento", defenderam-na, a exemplo de K. ENGISCH e W. MAIHOFER. O que se pretende destacar é que as teorias sociais passam a ganhar grande prestígio ao final dos 60, ao ponto de MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal*, p. 260-261, referirem-nas como concepção majoritária na doutrina alemã, na sétima edição, de 1987.

⁴⁶⁴ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 244; JAKOBS, G. *Derecho Penal*, p. 171, n. 63; MAURACH-ZIPF, *Derecho Penal*, p. 263; HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 29. No Brasil, BITENCOURT, C.R. *Manual...*, p. 158; PRADO, L.R. *Curso...*, p. 157; DOTTI, R.A. *Curso...*, p. 308; CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria...*, p. 21; TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 91.

colocou-se em evidência o sentido social da conduta, compreendida e valorada no contexto da "relação de comportamento humano com o mundo circundante."⁴⁶⁶ Avulta, por óbvio, o emprego do método neokantiano⁴⁶⁷.

Como é próprio de toda a definição obtida com método valorativo, JESCHECK vê-se compelido a esclarecer os conteúdos axiológicos das expressões empregadas, bem como a definir as razões que o levaram a conceber tais conteúdos como necessários na sua elaboração conceitual. Tudo isto implica na decomposição dos elementos conceituais, desvelando o significado dos termos "comportamento", "humano" e "socialmente relevante".

Comportamento, para JESCHECK, traduz-se como...

"...resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida ou, pelo menos, reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação da qual aquele dispõe por força de sua liberdade."⁴⁶⁸

A partir desta definição de "comportamento", pretende o ex-diretor do Instituto Max Planck traçar um supraconceito, unívoco no sentido de abarcar tanto a ação como a omissão. Intenta, com isso, fazer com que o conceito

⁴⁶⁵ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 296: "Éste es el sentido del concepto social de acción: acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante."

⁴⁶⁶ - Idem, p. 296: "Una tal síntesis [conceito unitário de ação] ha de buscarse en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante."

⁴⁶⁷ - Obviamente que a semelhança com a fase neoclássica do direito penal cinge-se a isso, porquanto JESCHECK não trabalha com a estrutura objetivo-subjetiva pré-finalista que demarcava a dogmática nas primeiras décadas do século XX, apegada ainda à herança do sistema "Liszt-Beling" no particular aspecto do desenho atribuído ao esquema analítico do crime.

⁴⁶⁸ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 296: "Se entiende aquí por "comportamiento" toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, por lo menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad."

realize uma "função classificatória", abrigando estas formas comportamentais, que são aquelas que interessam ao direito penal⁴⁶⁹. Ou, na linguagem de ROXIN, quer-se cumprir o objetivo de estabelecer a validade do conceito de ação como "elemento básico"⁴⁷⁰ ou "genus proximum" de todas as formas de condutas humanas puníveis.

A expressão "resposta do homem" vem em socorro da univocidade do conceito. Pode ocorrer uma "resposta" ativa ou omissiva por parte do homem. Para JESCHECK, é de necessária natureza normativa o supraconceito que reúne ação e omissão sob um mesmo manto, pois, muito embora admita que a "categoria ontológica fundamental do comportamento ativo é a finalidade",⁴⁷¹ inclusive sendo identificável o apelo à fundamentação welzeliana do homem como ser cuja existência é dotada de sentido⁴⁷², descarta qualquer possibilidade de fundamentar ontologicamente a omissão. Afinal, esta ocorre quando...

"...não tem lugar um fazer ativo que era de esperar segundo as normas do direito ou da moral, segundo as regras do costume ou da experiência, muito embora sua realização fosse possível empregando a finalidade."⁴⁷³

⁴⁶⁹ - Idem, p. 291. (v. n. 28).

⁴⁷⁰ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 234.

⁴⁷¹ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 295: "La categoría ontológica fundamental del comportamiento humano activo es la finalidad..."

⁴⁷² - Idem, p. 295: "...pues la capacidad de conducir procesos causales fundamenta la posición específica del hombre en la naturaleza." Trata-se de fundamento próximo ao jusnaturalismo (que de certa forma esteve presente em WELZEL, muito embora tenha-o negado). Por esta razão, doutrinaram MAURACH-ZIPF, *Derecho Penal*, p. 262, que a teoria social da ação de JESCHECK fez uma ponte com o finalismo, o que repercutiu sistemicamente, com a "inclusão do dolo no tipo" por parte deste. Neste mesmo passo, WESSELS, J. *Derecho Penal*, p. 20, ao apontar que JESCHECK dá maior significado à "colocação do fim subjetivo" no conceito de conduta.

⁴⁷³ - Ibid., p. 295: "Concorre una omisión cuando no tiene lugar un hacer activo que era de esperar según las normas del Derecho o de la Moral, según

Portanto, é concepção de natureza "valorativa", por força do juízo de valor embutido na expectativa de ação.

Consequentemente, só é possível estabelecer um supraconceito unívoco axiológico ou valorativo, como "comportamento" ou "resposta do homem" - ativa ou omissiva - às exigências que este mesmo homem percebe existentes nas situações que o envolvem, ocorrentes no âmbito de suas relações com o universo que está à sua volta.

Aplicando o conceito a exemplos, imagine-se alguém que pretende tomar um ônibus (conduta indiferente ao direito penal) ou matar o rival no amor (conduta selecionada pelo direito penal como punível). No primeiro caso, o sujeito inicialmente reconhece, na situação, a exigência de colocar-se no local apropriado para tomar a condução e sinalizar para o motorista. Seu "comportamento" ativo consiste na "resposta" a esta exigência.

No segundo exemplo, matar o rival surge como exigência que o homem reconhece - tendo a si mesmo como destinatário - dentro da situação de disputa amorosa que o envolve e circunda. A ação de matar, v.g., com uma facada, é sua "resposta", sob forma ativa. Enfim, as exigências percebidas pelo homem - de si para si - são obtidas "da relação do [seu] comportamento humano com o mundo circundante"⁴⁷⁴, pois dentro deste universo, exige de si mesmo que tome um coletivo ou livre-se do incômodo rival no amor, respectivamente.

las reglas de la costumbre o de la experiencia, pese a que su realización hubiese sido posible empleando la finalidad."

⁴⁷⁴ - Ibid., p. 296 (v. n. 464).

Se adicionarmos ao exemplo do homicídio passional o fato de a vítima estar se afogando e aquele que pretende sua morte ser o salva-vidas responsável pelo local, pode-se entender como JESCHECK estende a expressão "comportamento" para omissões. Afinal, surge como "resposta" à exigência reconhecida na situação - morte do rival - a "inatividade frente a uma determinada expectativa de ação", quando concorria "possibilidade de condução"⁴⁷⁵ (expressões de JESCHECK) do curso dos acontecimentos.

Finalmente, JESCHECK alude ainda ao fato de ser conduta não só a resposta dada a uma exigência situacional reconhecida pelo homem, mas também aquela dada a uma exigência apenas "reconhecível". Quer, com isso, abranger as condutas culposas no âmbito conceitual. Nestes casos, a existência da conduta cinge-se a dois dados: haver uma "causação de conseqüências" acompanhada da condição de que o "processo resultasse passível de condução empregando a finalidade."⁴⁷⁶

Exemplifique-se com um atropelamento de trânsito: era exigência reconhecível pelo motorista, na situação em que estava (embora não a tenha reconhecido), v.g., pista molhada e nevoeiro, a redução da velocidade. A causação de um resultado (morte da pessoa colhida pelo impacto com o veículo) associada ao fato de ter sido possível, para o motorista, conduzir o processo causal empregando a finalidade de resposta àquela exigência situacional (andar com vagar),

⁴⁷⁵ - Ibid., p. 296: O comportamento pode "...manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción (que no necesariamente ha de fundarse en el Derecho), a condición, también, de que concurra la posibilidad de conducción (omisión)."

conforma os requisitos necessários para que tenha havido, também aqui, um "comportamento", na visão de JESCHECK.

Dentre as hipóteses apresentadas, resultou evidente que nem todas interessam no sentido de punição. É que, da mesma forma que nas anteriores teorias acerca da conduta, o que se quer definir não é propriamente a conduta ilícita, mas o conteúdo⁴⁷⁷ de qualquer tipo de conduta. Bem pontua JESCHECK que "...do conceito de ação não cabe deduzir as razões pelas quais um comportamento imputável como produto humano aparece ou não como merecedor de pena..."⁴⁷⁸ Portanto, definido o conteúdo da conduta, em relação a elas está apto o direito penal a selecionar as que merecem punição, mediante o operar, no caso concreto, do conceito analítico de crime. Enfim, começa-se a definir a conduta punível somente mediante o juízo de desvalor da tipicidade.

Concebido o que significa "comportamento", dissecase ainda o conceito no tocante à palavra "humano". Aqui não há novidade: seguindo a posição tradicional - "societas delinquere non potest" - também JESCHECK considera necessária a existência de ser humano a cometer condutas que possam

⁴⁷⁶ - Ibid., p. 296: *O comportamento pode "...limitarse a la causación de consecuencias, con tal de que el proceso resultase conducible empleando la finalidad (imprudencia)."*

⁴⁷⁷ - Cf. leciona JESCHECK, op. cit., p. 299: *"El cometido del concepto de acción se agota en la caracterización y delimitación del contenido propio del ámbito que resulta de algún modo relevante para el juicio de imputación."* ("A tarefa do conceito de ação se esgota na caracterização e delimitação do conteúdo próprio do âmbito que resulta de algum modo relevante para o juízo de imputação.")

⁴⁷⁸ - Ibid., p. 299: *"Del concepto de acción no cabe deducir las razones por las que un comportamiento imputable como producto humano aparece o no como merecedor de pena. Ello únicamente puede deducirse del tipo del delito."*

servir à atuação do sistema penal. É dizer: não há como uma pessoa jurídica cometer crimes⁴⁷⁹.

Finalmente, dentro da definição "comportamento humano socialmente relevante", subsiste o ponto de maior relevo dentro das teorias sociais da ação: dimensionar com exatidão o que significa "socialmente relevante". Assim o faz JESCHECK, nos termos seguintes:

"'Socialmente relevante' será só um comportamento quando afete a relação do indivíduo com seu mundo circundante e alcancem a este último suas conseqüências."⁴⁸⁰

Percebe-se que a conduta deve transcender a esfera de individualidade, pois só assim afetará a relação do indivíduo com seu entorno. O símbolo deste afetar o mundo circundante consiste na geração de conseqüências que o toquem - isto é, que novamente projetem-se além do indivíduo. O exemplo usado por JESCHECK, em tema de omissão, é a "ausência de prestação de um auxílio possível" num acidente, eis que nestas hipóteses é "suficiente a ausência dos efeitos que haveria produzido o fazer esperado e passível de condução."⁴⁸¹

Chega-se, com isto, ao esgotamento dos elementos contidos na definição de conduta trazida pela teoria social da ação de JESCHECK, que cumpre - segundo seu idealizador - a

⁴⁷⁹ - Ibid., p. 297: "...sólo constituyen formas de actuar en sentido jurídico-penal las manifestaciones de la actividad del hombre individual, y no los actos de personas jurídicas." ("...só constituem formas de atuar em sentido jurídico-penal as manifestações da atividade do homem individual, e não os atos de pessoas jurídicas.")

⁴⁸⁰ - Ibid., p. 297: " 'Socialmente relevante' será sólo un comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este último sus consecuencias."

⁴⁸¹ - Ibid., p. 297: "...és suficiente en la omisión la ausencia de los efectos que hubiese entrañado el hacer esperado y conducible (por ej., la ausencia de prestación de un auxilio posible en caso de accidente.)"

meta de servir como elemento classificatório ou básico (ROXIN), já que serve como supraconceito comum a todas as formas de conduta puníveis (ativas e omissivas, dolosas e culposas), cumprindo ainda uma "função de definição"⁴⁸², ao servir como referência em relação aos extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade (sem antecipar estes extratos⁴⁸³, agindo como mero elemento de enlace⁴⁸⁴). Demais, exerce sua função negativa, como "elemento limite" (ROXIN), ao estipular - "a contrario sensu" - tudo aquilo que desserve como forma de conduta humana: atos reflexos puramente somáticos, movimentos corporais em estado de inconsciência e efeitos produzidos por força irresistível⁴⁸⁵, atividades sociais procedentes de pessoas jurídicas e processos de cunho exclusivamente psicológico⁴⁸⁶.

Por força da maneira como aborda a omissão - no sentido de ser uma forma do supraconceito "comportamento", já que no mundo circundante ao homem gera-se como "conseqüência" a frustração da expectativa da atividade do omitente - JESCHECK finda por definir, também, como ausência de conduta, toda a situação em que o omitente não possui capacidade de ação. Adiciona que esta capacidade é genérica, e não do omitente no caso concreto, já que o objetivo é definir quando

⁴⁸² - Ibid., p. 291.

⁴⁸³ - Ibid., p. 297: *O Conceito de ação "contiene, además, los perfiles de una definición no sólo abstracta, sino que describe de forma concreta el modo de ser de la acción, permitiendo, sin embargo, su ulterior determinación a través de los elementos generales del delito de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin, por ello, anticiparlos."* ("...contém, ademais, os perfis de uma definição não só abstrata, mas que descreve de forma concreta o modo de ser da ação, permitindo, todavia, sua ulterior determinação através dos elementos gerais do delito de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sem, por força disso, antecipá-los.")

⁴⁸⁴ - Ibid., p. 291.

⁴⁸⁵ - Ibid., p. 297.

⁴⁸⁶ - Ibid., p. 299.

- "in genere" - a omissão importa jurídico-penalmente, de forma que...

"... poderá falar-se já da presença de uma omissão no sentido do conceito de ação quando outra pessoa na posição de "autor", imaginado na posse de todos os conhecimentos e capacidades que resultariam necessárias na situação concreta, houvesse podido realizar a conduta esperada." ⁴⁸⁷

Há, pois, o tratamento da ausência de capacidade de agir como aspecto excludente da conduta humana, ou do "comportamento socialmente relevante". Este tratamento opera-se em plano pré-típico, confrontando, por exemplo, com os postulados finalistas, que alocam a análise deste dado no plano da tipicidade. Neste ponto, portanto, o pensamento de JESCHECK é bastante original.

Também WESSELS é autor de destaque no que toca às teorias sociais da ação. Define a ação - "no sentido do direito penal" - como "conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana."⁴⁸⁶ Ora, de logo se percebe que o conceito é para funcionar em plano normativo, ou "jurídico-penal", sendo afirmado por WESSELS como solução de compromisso entre uma "pura consideração ontológica e a normativa"⁴⁸⁹.

Justifica WESSELS a adoção de um conceito social a partir de críticas bastante objetivas à teoria causal naturalista e ao finalismo. A primeira teoria não conseguiu

⁴⁸⁷ - Ibid., p. 298: "Siendo así, podrá hablarse ya de la presencia de una omisión en el sentido del concepto de acción cuando otra persona en la posición del "autor", imaginado en posesión de todos los conocimientos y capacidades que resultarían necesarias en la situación concreta, hubiese podido realizar la conducta esperada."

⁴⁸⁸ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 22.

apreender o sentido antropológico da existência, seu significado social, porquanto deixava ao largo a noção de que...

"...o homem se diferencia de outras formas de vida pelo fato de que porta em si mesmo uma imagem do mundo estampada por representações de valor e está apto, através de sua potencialidade criadora, à configuração sensível de seu meio."⁴⁹⁰

Clara está a colisão entre o fundamento pretensamente baseado no "universo do ser" que deu lastro à teoria causal-naturalista da conduta e o universo axiológico que serve por alicerce às concepções da ação como fenômeno social, todas ligadas entre si pelo método neokantiano consistente na compreensão e valoração do objeto "conduta humana" dentro do ambiente (mundo circundante) em que imerso o homem. Afinal - e neste ponto está correto WESSELS - preponderava no período clássico o aspecto da produção física de conseqüências perceptíveis no mundo dos fatos. A ênfase do causalismo estava no desvalor de resultados, derivando num direito penal interessado em punir lesões a bens jurídicos, geradas por um homem concebido como mero fator causal. Obviamente, neste contexto, ficava desprezada por completo a percepção da capacidade antropológica de configuração do meio social que - de fato - o homem possui.

Já a teoria finalista, muito embora descortine na finalidade um "significativo ponto de referência"⁴⁹¹, adotaria - segundo WESSELS - "trilhos relativamente estreitos"⁴⁹² para

⁴⁸⁹ - Idem, p. 22.

⁴⁹⁰ - Ibid., p. 21.

⁴⁹¹ - Ibid., p. 21.

⁴⁹² - Ibid., p. 21.

representar a conduta humana, porque nem sempre ocorre aquele planejado passo-a-passo proposto por WELZEL, com escolha do fim, antecipação dos meios e condução planejada do curso causal. Desta forma, em situações como "formas de conduta determinadas pelo subconsciente e omissões (...) falta (...) uma direção finalística do acontecer causal."^{492-A} Exemplifica, na seqüência, com um crime omissivo culposo: a mãe que fica imóvel, por desconhecimento negligente-inconsciente, não impedindo a ingestão de veneno pela criança.

O ataque de WESSELS dirige-se justamente àquela representação da conduta humana biociberneticamente antecipada, cuja ocorrência é de visualização difícil em crimes omissivos (porém possível, na forma da teoria do "aliud agere", não enfrentada neste particular) e cuja existência, de fato, não se dá em tema de comportamentos realizados sem que a ação seja trazida ao nível da consciência, a exemplo dos automatismos. Este é, efetivamente, o verdadeiro "calcanhar de Aquiles" do finalismo, no tocante ao aspecto pragmático do funcionamento do conceito de ação como elemento limite⁴⁹³.

Enfim, após rechaçar tanto a forma clássica ou causalista de definir a conduta, quanto a teoria finalista, WESSELS faz a opção pelas teorias sociais da ação, mesclando à "expectativa normativa de conduta da comunidade jurídica" a "estrutura pessoal da conduta", manifestada pela "vontade da ação"⁴⁹⁴. Eis aí a solução de conciliação que deixa

^{492-A} - Ibid., p. 21.

⁴⁹³ - Sobre o qual discorreremos amplamente no capítulo IV, ao qual fazemos remissão.

⁴⁹⁴ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 22.

imbricados, dentro de uma construção axiológica, dados ontológicos, cujo desprezo WESSELS não quer realizar.

Decompondo-se o conceito de WESSELS, avulta como primeiro elemento a expressão "conduta", que abrange, como supraconceito, ação e omissão, que sob enfoque axiológico seriam "unicamente formas diversas de aparecimento da conduta volitiva".⁴⁹⁵ Realiza-se, de maneira absolutamente despreocupada, a elaboração de um supraconceito capaz de sustentar as formas de ação que "a posteriori" servem por objeto para o legislador. A função de elemento básico, na expressão de ROXIN cá adotada, realiza-se quanto às formas ativas e omissivas de comportamento humano. Não se preocupa o professor de Münster em indicar de que forma as condutas dolosas e culposas ficam abrangidas, também, neste conceito. Porém, é curial que a expressão "dominada ou dominável pela vontade" tenha sido cunhada justamente para o conceito de conduta em tela tornar-se apto a abranger crimes culposos, de modo que - como elemento básico - atue em plenitude o conceito de WESSELS.

Ao termo "conduta" liga-se o qualificativo "socialmente relevante". Este é - sempre - o aspecto que domina um conceito social de ação: a maneira de definir o conteúdo deste significante, pois "como o direito penal só comina penas a condutas socialmente danosas, sem relevância social também não há relevância jurídico-penal"⁴⁹⁶. Diz WESSELS:

"Socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas conseqüências

⁴⁹⁵ - Idem, p. 22.

ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor.”⁴⁹⁷

Não há, na seqüência, indicação - por parte de WESSELS - do significado das expressões “dominada ou dominável pela vontade”. Porém, a possibilidade de domínio indica, como antedito, a abrangência das condutas culposas, enquanto a vontade efetivamente atuante, “dominando” a conduta, indica as formas dolosas de comportamento.

Não se verifica em WESSELS, depois, o demonstrar da validade do seu conceito como elemento de enlace dos escalões de análise da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Porém, a atuação como elemento limite, que na prática parece ser a tarefa mais “eloqüente” do conceito de conduta - de vez que delimita “prima facie” aquilo que o direito penal deve descartar - é destacada com cuidado.

De início, por força da ausência de uma “capacidade de ação em sentido jurídico-penal” - “apenas dependente das forças naturais da vontade”⁴⁹⁵ - WESSELS nega às pessoas jurídicas e associações a realização de condutas que interessem para inflição de pena criminal. Não haveria “dominabilidade” da conduta por parte destas entidades. O pensamento e o desejo também são descartados do espectro da conduta humana enquanto não houver exteriorização da vontade. Nas teorias sociais da ação, aliás, fica evidente a impossibilidade da “cogitatio” ser conduta e, pois, passível de incriminação, porquanto não possui - enquanto tal - qualquer relevância social.

⁴⁹⁶ - Ibidem, p. 24.

⁴⁹⁷ - Ibid., p. 22.

⁴⁹⁸ - Ibid., p. 23.

Aponta WESSELS que os...

"...movimentos reflexos (como, por exemplo, ataques convulsivos, movimentos durante o sono ou estado de inconsciência) e as "reações de medo" puramente instintivas, que privados de domínio volitivo, não constituem qualquer ação em sentido jurídico."^{498-A}

A par de alguma confusão no sentido de colocar como exemplos de atos reflexos hipóteses que constituem a categoria à parte dos estados de inconsciência (convulsões e movimentos durante o sono), WESSELS coincide com os finalistas no sentido de afastar tais situações do âmbito da conduta humana, da mesma forma se posicionando em relação à coação física irresistível⁴⁹⁹ (inclusive, fazendo distinção em relação à "vis compulsiva"). Quanto à hipnose, assinala não haver conduta se faltar o "controle psíquico humano"⁵⁰⁰. Aqui reprisa-se, portanto, a idéia de um necessário domínio completo por parte do hipnotizador em relação ao hipnotizado para descaracterização da conduta humana.

Já quanto às reações de medo puramente instintivas (a exemplo do sujeito que, na madrugada, percorre - tomado de pavor - a área de um antigo cemitério cercado de lendas populares e, ao ter a manga do casado presa por um galho de árvore, gira violentamente o corpo e atinge um colega que o acompanha na caminhada), que se classificam como atos reflexos não puramente somáticos, WESSELS também os oferece como exemplos de ausência de conduta. E, aqui, há uma flagrante contradição: afinal, estes atos são "domináveis"⁵⁰¹

^{498-A} - Ibid., p. 23.

⁴⁹⁹ - Ibid., p. 23.

⁵⁰⁰ - Ibid., p. 23.

⁵⁰¹ - Cf. JAKOBS, G. *Derecho Penal*, pp. 179-180.

pela vontade, através - por exemplo - de um prévio enrijecimento muscular, de modo que se não compreende como possam estar fora do conceito de conduta "sub examen".

Para findar a análise do conceito como elemento limite, as ações em curto circuito e os automatismos - terminologicamente tratados por WESSELS como "reações espontâneas" domináveis, que resultam de uma disposição subsistente de ação⁵⁰² - são casos em que fica afirmada, pelo referido autor, a presença da conduta humana.

Tem-se, portanto, o detalhamento de duas das mais representativas teorias sociais da ação. Ao contrário do finalismo, não se derivam do conceito social de conduta elementos capazes de implicar num reordenamento ou novo desenho dos extratos desvalorativos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. E WESSELS vê nisso um ponto positivo, em termos:

"Enquanto os finalistas querem tirar, todavia, da estrutura ontológica do agir deduções finais coercitivas para a teoria do crime, desenvolvida a partir do conceito de ação, a teoria social evita qualquer assentamento prematuro nesse sentido. Sua reflexão se mostra exatamente em que ela pode compreender o conteúdo de sentido da conduta humana relevante para o Direito penal em suas variadas formas de aparecimento, sem exigir se associe a construção da teoria do crime, desde o princípio, a um determinado sistema."⁵⁰³

Dentro de uma estrutura de pensamento marcadamente valorativa, é de fato necessário que se preserve a liberdade de elaboração sistêmica e um desapego ao universo ontológico

⁵⁰² - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 23.

⁵⁰³ - *Idem*, p. 22.

ou mundo do ser. Daí tais aspectos serem objeto de enaltecimento. Porém, diante justamente desta liberdade é que se faz possível iniciar o processo crítico das teorias sociais da ação, nomeadamente em relação às versões paradigmáticas de JESCHECK e WESSELS. Releva ainda analisar criticamente ambos os modelos sob o enfoque da realização das funções de elemento básico, de enlace e limite.

V.1.1- Pontos Críticos

É comum encontrar-se alusão ao fato de serem as *teorias sociais da ação elaboradas no sentido de reunir, equilibrar ou conciliar as teorias causal e finalista*. Neste sentido, por exemplo, BITENCOURT:

*"Esta teoria tem a pretensão de apresentar uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa, sem excluir os conceitos causal e final da ação."*⁵⁰⁴

Certamente deriva esta conclusão, repetidamente sustentada, daquela liberdade conferida ao dogmatizador no momento em que parte de um método axiológico, que lhe permite agregar dados valorativos a dados ontológicos. É dizer, não há necessidade de restringir-se a estes, como na raiz dogmática finalista. Neste sentido, o que se pode dizer é que o tratamento conceitual da conduta humana, a partir do método neokantiano referido a valores, permite que sejam abrigados dados ontológicos do finalismo, como permitiu, na gênese das

⁵⁰⁴ - BITENCOURT, C.R. *Manual...*, vol. I, p. 157. No mesmo sentido: PRADO, L.R. *Curso...*, vol. I, p. 157: "A teoria social da ação reúne dados característicos da orientação causal e finalista, não apresentando uma estrutura sistemática própria do delito."; TAVARES, J. *Teorias...*, p. 92: "É lícito dizer-se, pois, que a teoria social engloba tanto aspectos do causalismo como do finalismo."

teorias sociais, que fossem abrigados no conceito os supostos dados "ontológicos" esquadrihados pela teoria causal-naturalista.

De fato, nos seus conceitos, EBERHARD SCHMIDT e ENGISCH reportam - respectivamente - "conduta voluntária" e "causação voluntária" como elementos da definição. Vislumbra-se um claro reprisar de aspectos da definição mecanicista-newtoniana, ou causal-naturalista, de conduta humana. A menção antedestacada de ENGISCH no tocante às "conseqüências previsíveis", ainda que labore com um método axiológico para estabelecer nexos causal (teoria da causalidade adequada), também tem em comum, com o causalismo clássico lisztiano, a alocação do resultado como aspecto componente do conceito de conduta. Portanto, as definições de EBERHARD SCHMIDT e ENGISCH albergam aspectos do causalismo clássico.

Mais modernamente, os conceitos de JESCHECK e WESSELS têm por característica a absorção da idéia finalista do domínio do curso causal a partir de uma finalidade proposta pelo agente. Isto é mais visível em JESCHECK, que admite servir a finalidade, na concepção de conduta, como forma de fundamentar a "posição específica do homem na natureza"⁵⁰⁵. Porém, também está presente em WESSELS, ao fazer referência ao fato de só haver conduta se for "dominada ou dominável pela vontade humana".⁵⁰⁶

Se, em quatro variantes de teorias sociais de ação, duas acoplam aspectos conceituais da definição causal-naturalista de conduta, ao passo em que outras duas, mais

⁵⁰⁵ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 295.

⁵⁰⁶ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 22.

modernas, procedem do mesmo modo em relação a dados do finalismo, parece justificar-se a orientação comum de que as teorias sociais representem soluções intermediárias, de compromisso, entre as duas tradicionais teorias causal e finalista. Mais: justifica-se sobretudo esta posição se se considera existente uma só teoria social da ação. Porém, não se trata de uma conclusão verdadeira.

Mais correto é deixar de dar tratamento às teorias sociais como se fossem uma só e concluir-se que, no curso do século XX, as várias correntes matizadas pelo método neokantiano de compreender e valorar a ação como fenômeno social afastaram-se do causalismo e aproximaram-se do pensamento finalista. Referindo-se aos conceitos ora trabalhados, o manual de MAURACH-ZIPF registra:

"As expressões deixam reconhecer uma grande proximidade com o conceito causal de ação (por ex., ENGISCH), ou inclusive a permanência dentro dele, mas por outro lado manifestam uma considerável aproximação ao finalismo (o que é especialmente claro nos casos de JESCHECK e WESSELS). Se se intenta descobrir uma linha de desenvolvimento histórico, dentro da teoria social da ação, será possível afirmar - muito cuidadosamente, em todo caso - que a tendência mostra um afastamento da posição causalista, até uma incorporação do componente pessoal da ação." ⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ - MAURACH-ZIPF, *Derecho Penal*, p. 262: *"Las expresiones dejan reconocer una gran cercanía con el concepto causal de la acción (p. ej. Engisch), o incluso la permanencia dentro de él, mas por otro lado manifiestan un considerable acercamiento al finalismo (lo que es especialmente claro en los casos de Jescheck y Wessels). Si se intenta descubrir una línea de desarrollo histórico, dentro de la teoría social de la acción, será posible afirmar - muy cuidadosamente, en todo caso - que la tendencia muestra un alejamiento de la posición causalista, hacia una incorporación del componente personal de la acción."*

Assim, fica claro que as teorias sociais da ação não são propriamente soluções a "meio caminho" entre o causalismo e o finalismo. Até porque seria impossível uma composição entre o causalismo-naturalista e o pensamento finalista no âmbito da definição da conduta, por várias razões. Avulta como primeira delas o fato de o causalismo descartar da conduta todo seu aspecto psico-individual, no sentido de negar um dado ontológico que é indissociável da conduta humana, correspondente à dirigibilidade dos cursos causais segundo uma finalidade - e isto tudo se afirma no finalismo. Um outro argumento é agregado por MAURACH-ZIPF:

"...as teorias causal e final da ação são excludentes entre si; uma teoria "final-causal" estaria finalmente destinada ao fracasso, porque não existe entre elas compromisso possível, no tocante à pergunta relativa à inclusão do resultado no conceito de ação." ⁵⁰⁸

Realmente, verificando-se os conceitos de EBERHARD SCHMIDT e ENGISCH, nada dali pode ser extraído como dado que tenha sofrido influência do finalismo. Já os conceitos de JESCHECK e WESSELS exatamente incorporam a finalidade como traço distintivo da conduta humana, diferenciado-a de meros fatores causais, de maneira que nada nestas definições pode ser apontado como herança ou resquício causal-naturalista.

Então, a conclusão é no sentido de que não há teorias sociais da ação que sirvam como solução intermediária entre a teoria causal e a finalista. Ou se aproximam de uma, ou de outra.

⁵⁰⁸ - Idem, p. 263: "...las teorías causal y final de la acción son excluyentes entre sí; una teoría "final-causal" estaría finalmente destinada al fracaso, porque no existe entre ellas compromiso posible, en cuanto a la pregunta relativa a la inclusión del resultado en el concepto de acción."

A única forma de se dar razão à idéia de haver conciliação de dados ontológicos e axiológicos nas teorias sociais é esclarecer que o método nelas empregado - definir axiologicamente a conduta humana, dentro do padrão herdado da Escola de Baden - é valorativo, sem colidir - porém - com a "importação" de dados próprios do universo ontológico. É dizer, nas teorias sociais mais modernas, aqui representadas por JESCHECK e WESSELS, "importa-se" do mundo do ser o conceito finalista e agrega-se-lhe a valoração da relevância social. Compõe-se, assim, um conceito híbrido, única e exclusivamente por força do método empregado. Como alguns autores⁵⁰⁹ consideram a fase "neokantiana" em direito penal como uma segunda fase do pensamento clássico causal-naturalista⁵¹⁰ (a denominada teoria teleológica do delito), nesta - e só nesta - maneira de pensar haveria uma união entre o "neocausalismo" (que do causalismo herdara somente a manutenção da estrutura objetivo-subjetiva de crime) e o finalismo. Eis a maneira de justificar as teorias sociais da ação como soluções de compromisso entre o finalismo e a "segunda fase" da teoria causal-naturalista.

E, desde logo, é de ser apontada que habita, neste hibridismo, uma flagrante contradição. Os partidários das teorias sociais da ação investem contra o finalismo, ao não admitirem esteja o legislador e o dogmatizador, em direito penal, vinculado à realidade e, portanto, às estruturas lógico-reais pré-jurídicas, como - por exemplo - a conduta humana. Para tanto, manejam um método científico calcado em valorações, com ampla liberdade de criação conceitual. Só

⁵⁰⁹ - A exemplo de TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 41.

⁵¹⁰ - O que aqui rechaçamos, pois operam com métodos completamente distintos: o causalismo clássico pretendia operar a partir do mundo do ser, enquanto a escola neokantiana isolava-se no universo dos valores (dever-ser).

que, no momento de conceituar a conduta, agregam na definição as evidências trazidas à tona por WELZEL, no sentido de ser a conduta humana dominada pela vontade, bem como de servir a conduta para atingir-se um fim qualquer (ou alcançar uma exigência que, na situação, o homem coloca de si para si - "exigência situacional reconhecida", JESCHECK). Inclusive a colocação do dolo como elemento do tipo é admitida⁵¹¹, quando se sabe que esta é uma consequência da teoria do injusto pessoal. Aliás, há que se apontar uma aparente contradição em WESSELS: após afirmar que a adoção da teoria social implica em inexigência de associar-se "a construção da teoria do crime, desde o princípio, a um determinado sistema"⁵¹², aponta o dolo no tipo como consequência sistêmica também da teoria social da ação, já que...

"...do ponto de vista da teoria social, que vê na ação típica uma unidade de sentido jurídico-social dominada pela vontade humana, pesados motivos falam a favor de se agregar o dolo do tipo, como relação de fato psíquica (consciência e vontade em relação à realização do tipo objetivo), ao tipo subjetivo de injusto..."⁵¹³

Tudo isto não passa do reflexo da adoção de postulados ontológicos do finalismo, contraditórios com o método valorativo neokantiano, por parte dos adeptos das teorias sociais da ação mais modernas.

⁵¹¹ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 35, embora sustente também o dolo como forma de culpabilidade, já que serve como medida para a reprovação do injusto ao agente, na medida em que implica em punição mais grave que o crime culposo. Também JESCHECK, H.H. *Tratado...*, pp. 395-396, coloca o dolo como elemento do tipo subjetivo, mas aponta sua atuação na graduação da culpabilidade (p. 591).

⁵¹² - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 22.

⁵¹³ - *Idem*, p. 35.

Além desta contradição, há uma crítica às versões modernas de teorias sociais da ação que igualmente pode ser dirigida às formas originárias da primeira metade do século XX. Afinal, destacou-se que além do método adotado para elaboração conceitual, o único aspecto comum a todas as teorias sociais é o fato de agregarem à definição de conduta sua "relevância social". Noutras palavras, para o direito penal será conduta humana somente aquela que for socialmente relevante.

Ora, avultam pelo menos dois momentos de necessária crítica: o primeiro, relativo à imprecisão conceitual tangente à definição de "relevância social"; o segundo, na frustração de um conceito de conduta capaz de funcionar como "elemento de enlace", já que tal função exige que a definição da ação humana não venha a antecipar dados dos extratos em relação aos quais dá sustento (tipicidade, ilicitude, culpabilidade).

Quanto ao primeiro aspecto, de fato a expressão "relevância social" é genérica, não possuindo a virtude de ser autoexplicativa. Isto força os partidários das teorias sociais da ação a buscar o conteúdo do significante "relevância social". E, a partir deste esforço conceitual, surgem explicações discrepantes. Compare-se JESCHECK e WESSELS: estão de acordo no sentido de que relevância social existe na conduta que "afeta" a relação do indivíduo com o ambiente que o circunda ("mundo circundante", para JESCHECK, ou "meio", WESSELS). Acrescenta JESCHECK, porém, que as conseqüências da conduta devem projetar-se neste "mundo circundante" para que haja relevância social. Porém, não

esclarece de que maneira obtém-se a percepção de que este fenômeno ocorre, em cada caso concreto.

Preocupado em deixar solucionada esta questão, WESSELS faz um acréscimo que não existe em JESCHECK - e aí já se manifesta o problema das multidefinições para uma mesma expressão - determinando que as conseqüências da conduta (ainda que não desejadas) devem constituir elemento de "um juízo de valor" para que a conduta possa ser considerada "socialmente relevante". Em outras palavras: não basta a projeção de efeitos da conduta humana no "meio" em que vive o homem; faz-se necessário que esta projeção de efeitos possa ser objeto de um juízo de valor. Todavia, este "plus" tampouco é imune a críticas.

Afinal, se há definição de que as conseqüências da conduta devam ser objetos de um juízo de valor, não há - de outro lado - esclarecimento acerca de quem seja o sujeito da valoração. De fato, WESSELS não discorre acerca deste aspecto. Seria um terceiro observador imparcial da conduta, ou aquela pessoa sobre quem, na interação, projetam-se diretamente seus efeitos? Não há resposta por parte do citado autor.

Por outro lado, a valoração pela qual se estabelece a relevância social da conduta cinge-se a medi-la tomando como referência exclusiva as conseqüências que produz no meio social, num puro desvalor de resultado? É certo que EBERHARD SCHMIDT enveredou pela busca de uma resposta, ao dispor que o sentido social de uma ação deveria ser determinado de modo objetivo⁵¹⁴. Porém, além de esclarecer pouco, o pensamento de

⁵¹⁴ - Apud WELZEL, H. *O novo sistema...*, p. 42.

EBERHARD SCHMIDT sofreu uma crítica perfeita por parte de WELZEL, que estava a sustentar ser a teoria finalista capaz de servir para evidenciar o sentido social das condutas humanas, combatendo a ênfase ao desvalor de resultado (verdadeiro apego ao modelo lisztiano que se entrevia na pioneira teoria social da ação de EBERHARD SCHMIDT). Vale reproduzi-la:

"Em uma disputa entre A e B, A toma uma faca e produz um corte em B. O corte atinge, casualmente, um abscesso oculto de B; o pus vaza e B, que até então se encontrava em grave perigo, é salvo (Para destacar ainda mais claramente o *tertium comparationis*, pode-se situar a contenda em uma clínica, entre dois enfermeiros, levando-se a cabo o corte com um instrumento cirúrgico). O sentido social da ação de A é completamente diferente do de uma intervenção cirúrgica, externamente igual, ainda que objetivamente se produza o mesmo resultado - o restabelecimento da saúde de B: apesar do resultado curativo, objetivo, é uma tentativa de lesões.

Esse exemplo mostra claramente que o sentido social de uma ação está determinado *também* pela vontade final do autor. O sentido social de uma ação se determina não apenas segundo o resultado, mas também segundo a direção de vontade que o autor imprimiu à ação. Nenhuma doutrina da ação pode ignorar esse fato." ⁵¹⁵

Esta crítica de WELZEL talvez explique, em boa medida, a razão de as teorias sociais da ação terem se afastado, no curso do século XX, dos modelos causais e aproximado-se da teoria finalista, no tocante à valorização dos aspectos pessoais da conduta humana.

⁵¹⁵ - WELZEL, H. *O novo sistema...*, pp. 42-43.

De outro lado, pode-se considerar socialmente relevante a conduta que sofre um juízo de valor positivo, ao invés de um desvalor? Permanece WESSELS em silêncio, vindo a resposta com RODRÍGUEZ MOURULLO⁵¹⁶, no sentido de haver relevância social sejam indesejáveis (atribuição de desvalor) ou desejáveis (atribuição de valor positivo) as conseqüências da conduta.

Enfim, da análise comparativa de duas teorias sociais da ação - as mais usuais, de JESCHECK e WESSELS - deduz-se que a expressão "relevância social", associada à conduta para efeitos jurídico-penais, além de genérica, leva a uma variação de significados que implica em diminuição de valor teórico por força de um obstáculo do ponto-de-vista científico: ausência de uniformidade conceitual.

À doutrina brasileira não escapou referida crítica, conforme pode ser verificado tanto no trabalho de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁵¹⁷, que a considera atrelada ao entendimento da teoria social da ação como solução de compromisso entre a teoria causal e o finalismo, como na produção científica de JUAREZ TAVARES⁵¹⁸.

⁵¹⁶ - Apud VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 59), definindo que é socialmente relevante "un comportamiento que relacione al hombre con el mundo que lo rodea, susceptible de ser objeto de un juicio de valor según las consecuencias deseables o indeseables que provoca en la esfera social." ("...um comportamento que relacione o homem com o mundo que o rodeia, suscetível de ser objeto de um juízo de valor segundo as conseqüências desejáveis ou indesejáveis que provoca na esfera social.")

⁵¹⁷ - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 20, muito embora atribuindo a imprecisão conceitual relativa à "relevância social" pelo esforço dos partidários das teorias sociais na criação de solução de conciliação entre as teorias causal e finalista. Consideramos que nem há esta solução de conciliação, desde que se considerem várias as teorias sociais, nem há correlação deste "esforço" de consenso com a imprecisão conceitual, muito mais derivada do método - referido a valores - utilizado, do que de outra justificativa.

⁵¹⁸ - TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 92.

De se notar que a razão dessa não uniformidade conceitual tem, mais uma vez, assento no método utilizado. Se o objetivo é definir a conduta como fenômeno social, e este fenômeno só existe no universo axiológico, é natural e necessário que os significados de "relevância social" divirjam, pois a percepção do que simboliza esta relevância variará segundo o entendimento do dogmatizador encarregado da definição. Por força dessa variância, igualmente será comum constatar-se: a) que o dogmatizador por vezes olvida da definição de quem é o sujeito da valoração da conduta como "socialmente relevante" (JESCHECK e WESSELS); b) que divergem os partidários das teorias sociais no critério que serve para a valoração da relevância social, pois uns focam exclusivamente o resultado da conduta no meio social (EBERHARD SCHMIDT), ao passo em que outros compõem-no com a vontade impressa na direção da conduta (WESSELS, JESCHECK); c) que não se esclarece se a relevância social existe nas condutas axiologicamente negativas ou se também devem aquelas condutas positivas do ponto de vista social serem incluídas como condutas humanas (a opção exclusiva pelas condutas merecedoras de desvaloração - ou valoração negativa - não seria de ser descartada no âmbito das teorias sociais, eis que se elabora um conceito de conduta para operar efeitos jurídico-penais, em cujo âmbito prepondera e importa o valor negativo das condutas).

Eis os inúmeros aspectos críticos que derivam do impreciso significado de "relevância social".

Todavia, e conforme antedito, esta "relevância social", que funciona como adjetivo da conduta humana nas teorias sociais da ação, finda também por frustrar o

funcionamento desta concepção como elemento de enlace. Recorde-se que, como tal, a conduta humana deve apresentar-se conceitualmente de modo que dê suporte aos extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, sem que venha a misturar-se com aspectos destes extratos, a ponto de antecipá-los indevidamente. Em outras palavras, a conduta humana, e os elementos que a definem, devem ser neutros em relação a cada um destes escalões, para que possam servir-lhes como "espinha dorsal" durante a elaboração do conceito analítico de crime e, principalmente, para viabilizar o manuseio deste conceito, como método de trabalho, em todos os casos penais em que se discuta acerca da existência efetiva de um crime.

Quando se afirma que a conduta é socialmente relevante, ao menos nas linhas de JESCHECK e WESSELS, evidencia-se o fato de transcender ao indivíduo, atingindo o mundo que o circunda. Surge uma inevitável associação com o princípio da lesividade. Referido princípio implica no fato de só ser possível a atuação do direito penal quando houver ofensa a um bem jurídico, de titularidade de terceiro, não sendo puníveis condutas meramente imorais⁵¹⁹, porém não lesivas de valores da vida social tutelados pelo direito. Além de se impedir a punição da mera "cogitatio"⁵²⁰ (ponto em que o princípio da lesividade também faz ponte com a teoria da conduta, já que a atuação desta como elemento limite tradicionalmente retira o simples pensar da alçada de atuação do direito penal) e de colocar em xeque os crimes de perigo

⁵¹⁹ - Cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 52; ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 467.

⁵²⁰ - BATISTA, N. *Introdução Crítica...*, p. 92.

abstrato⁵²¹ - nos quais o legislador deriva um perigo para o bem jurídico pelo simples atuar, sem necessidade de checar-se a presença de perigo real, no caso concreto, para o interesse protegido - o princípio da lesividade gera outro efeito: ninguém pode ser punido por atingir bens jurídicos próprios, só ficando autorizada a punição acaso o sujeito ativo venha a lesionar⁵²² bens jurídicos de terceiros. Nos termos empregados por NILO BATISTA, proíbe-se "a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor"⁵²³.

Ora, se para haver conduta humana, é necessário que seja socialmente relevante, "mutatis mutandis", que suas conseqüências lancem-se além do indivíduo e atinjam o mundo circundante (ou seja, terceiros), é possível concluir-se que nas teorias sociais da ação, o conceito de ação "realiza" o princípio da lesividade.

De fato, para o operador não basta conhecer os princípios regentes do direito penal. Necessário é que conheça, também, de que forma podem ser invocados na prática como limitações à existência do crime. Isto só é possível através da operatividade dos princípios do direito penal nos escalões que servem para definir o conceito analítico de crime. Os princípios, em vista disso, atuam através e nos extratos da conduta humana, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, cumprindo identificar - para cada princípio -

⁵²¹ - Nestes crimes, o conceito de bem jurídico é minimizado, cf. ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 122.

⁵²² - Por lesionar entenda-se tanto o efetivo dano como a mera exposição do bem jurídico a riscos ou perigos. Em relação aos crimes de perigo, os crimes de dano representam apenas uma maior gravidade, em escala, na lesão ao bem jurídico. Foge aos limites deste trabalho laborar sobre a diversidade de concepções acerca da definição do bem jurídico, que tradicionalmente é tomado como um ente (vida, propriedade, etc.), mas que também pode ser definido como "relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto" ou ente, conforme ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 466.

aquele ou aqueles escalões em que se materializam mais adequadamente. Exemplo disso é o princípio da legalidade, que se realiza e vive dentro e a partir do escalão da tipicidade.

Verificada a atuação do princípio da lesividade no extrato primeiro da conduta humana, a partir da adoção das teorias sociais da ação, é de ser questionada a correção disso. E a resposta é no sentido de não se aceitar este resultado prático.

A relevância social da conduta humana - para efeitos jurídico-penais - existe a partir do momento em que se opera a seleção desta conduta pelo mecanismo da tipificação, com o objetivo de proteger-se um bem jurídico. Com efeito, para construir o tipo penal, o legislador parte do bem jurídico tutelado (por exemplo, patrimônio), criando a seguir uma norma (v.g., não subtrairás bens alheios) e, por último, inverte-lhe o comando ("subtrair coisa alheia móvel...")⁵²⁴. No caso concreto, deve-se fazer o caminho de retorno. Destarte, não basta o enquadramento da conduta na descrição efetuada "in thesi" pela lei para haver tipicidade. É preciso que haja "conflitividade", isto é, "uma lesividade objetivamente imputável a um agente (dominabilidade)"⁵²⁵, no dizer de ZAFFARONI, cuja verificação dar-se-ia através do que o referido professor argentino denomina tipicidade conglobante. Em suma: não há tipicidade sem lesão ao bem jurídico.

⁵²³ - BATISTA, N. *Introdução crítica...*, p. 92.

⁵²⁴ - ZAFFARONI, E.R. & PIERANGELI, J.H. *Manual...*, p. 457.

⁵²⁵ - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 461: "La tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto (conflictividad), lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente (dominabilidad)." ("A tipicidade conglobante cumpre sua função redutora verificando a existência de um conflito (conflitividade), o que implica em uma lesividade objetivamente imputável ao agente (dominabilidade).")

Diante disso, o atributo da relevância social que as teorias sociais emprestam à conduta humana é desnecessário, "concessa venia", no plano de análise pré-típico (da conduta humana), uma vez que a seleção das únicas condutas que interessam ao direito penal dá-se no plano da tipicidade, fundamentalmente pelo fato de serem lesivas a bens jurídicos (princípio da lesividade). Assim, se for afirmada uma conduta como "socialmente relevante", esta relevância social não antecipará dados relevantes em termos jurídico-penais enquanto a conduta não for selecionada pelo mecanismo da tipicidade. E, sendo selecionada por este mecanismo, pouco valiosa terá sido a análise pré-típica da sua relevância social.

Entim, o escalão no qual deve operar o princípio da lesividade - que simboliza a relevância social da conduta - é aquele da tipicidade, e não em plano pré-típico. Afinal, no dizer de ZAFFARONI, "a conflitividade jurídica (lesividade) da ação, não é um dado necessário da ação, mas um requisito para que esta ação seja típica."⁵²⁶ Ao traçarem, no extrato da conduta humana, a necessidade de relevância social, as teorias sociais da ação acabam por antecipar uma marca característica da tipicidade penal das ações. Em outras palavras, na tipicidade é que deve ser efetuada a análise da "relevância social" da conduta, mediante o critério da lesão ao bem jurídico, levando o princípio da lesividade a realizar-se.

Por outras vias, chega-se à mesma conclusão. Por exemplo, ROXIN afirma que, nas teorias sociais, a valoração

sob prisma "social" da ação e a valoração de perfil "jurídico" efetuada no tipo se confundem, porque valoração social e jurídica andam juntas⁵²⁷. Inclusive, atos submetidos à valoração jurídica podem - por força disso - tornarem-se socialmente relevantes (e não só o contrário), como no exemplo do aborto, destacado por ROXIN⁵²⁸: em regra ações da mulher em relação ao seu corpo estão na esfera de intimidade; porém, a valoração jurídica da ação, através da tipificação, toda vez que implica em "interrupção da gravidez", gera sua relevância social. Conclui ROXIN, por esta via e com razão, que "a categoria do social é menos prévia ao tipo que integrada nele"⁵²⁹, de maneira que a...

"...relevância social não é adequada como elemento sistemático de enlace ou união, já que nela não se trata do "substantivo", ao qual há de se acrescentar os predicados valorativos jurídicos, mas que com ela designa-se (...) uma

⁵²⁶ - Idem, p. 390: "...la conflictividad jurídica (lesividad) de la acción, no es un dato necesario de la acción sino un requisito para que esa acción sea típica."

⁵²⁷ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 245-246: "...el concepto social de acción presenta una dificultad como elemento de enlace, consistente en que apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo, ya que la valoración social y la jurídica están en relación de tal dependencia recíproca que apenas son separables." ("...o conceito social de ação apresenta uma dificuldade como elemento de enlace, consistente em que pouco pode ser delimitado do elemento valorativo do tipo, já que a valoração social e a jurídica estão em relação de tal dependência recíproca que mal são separáveis.")

⁵²⁸ - Idem, p. 246.

⁵²⁹ - *Ibidem*, p. 246: "Debido a esta interdependencia entre valoración jurídica y social, la categoría de lo social es menos previa al tipo que integrada en el mismo." Por isso, lembra com precisão ROXIN que partidários das teorias sociais buscam eliminar do direito penal, no plano da ação humana, cursos causais imprevisíveis, o que justifica a construção de MAIHOFER, segundo a qual a conduta humana somente o será na medida em que seus resultados forem "objetivamente previsíveis"; anote-se, porém, que MAIHOFER (apud WELZEL, H. *O novo sistema...*, p. 44) advertira não ter elaborado, "propriamente, uma 'doutrina da ação', mas... uma doutrina da imputação: a saber, uma doutrina da imputação objetiva (causal) de resultados, cujo critério é 'idêntico à teoria da adequação'".

qualidade que uma ação pode ter ou não ter, e se falta, não desaparece a ação, mas só sua importância social.”⁵³⁰

Do mesmo pensar é VALLEJO, que chega a afirmar tratar-se a teoria social de “conceito relativo à ação típica, porque a relevância social da ação se deduz da sua tipicidade.”⁵³¹

Partindo de uma base ontológico-finalista, vale trazer também a crítica lançada no Brasil por CIRINO DOS SANTOS:

“Conceitualmente, o atributo da relevância social introduzido pelo modelo social de ação não integra a realidade descritível pela observação sensorial: é uma *qualidade* da ação atribuível por juízo de valor próprio dos conceitos axiológicos que qualificam a ação como crime - e, desse ponto de vista, a relevância social é atributo do tipo de injusto, responsável pela seleção de ações e de omissões de ação no tipo legal.”⁵³²

Em resumo: a relevância social da conduta humana não é um elemento que a define, mas somente um atributo, cuja inexistência não elimina sua efetiva ocorrência. Demais, a relevância social - seja como resultante do princípio da lesividade, seja decorrente da inviabilidade de separarem-se as valorações de cunho social daquelas de caráter jurídico,

⁵³⁰ - Ibid., p. 247: “...la relevancia social no es adecuada como elemento sistemático de enlace o unión, ya que en ella no se trata del “sustantivo”, al que hay que añadir los predicados valorativos jurídicos, sino que con la misma se designa (...) una cualidad que una acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social.”

⁵³¹ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 60: “Una de las críticas que con más frecuencia se le ha opuesto [à teoria social da ação] es que este concepto, en realidad, no es un concepto de acción, sino más bien un concepto relativo a la acción típica, porque la relevancia social de la acción se deduce de la tipicidad de la misma.”

⁵³² - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, pp. 21-22.

seja ainda por força de não ser um dado da realidade da conduta humana sensorialmente perceptível - só pode ser extraída da tipicidade da conduta, sendo impossível estabelecê-la em plano pré-típico, para efeitos de direito penal. Em decorrência, as teorias sociais da ação incluem na definição de conduta o dado da "relevância social", próprio do escalão da tipicidade, dificultando seu funcionamento como elemento de enlace, neutral em relação aos extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Até aqui, foram feitas críticas ao método empregado pelas teorias sociais da ação, bem como à imprecisão conceitual da "relevância social" que incluem como elemento de definição da conduta. Ficou evidente, ainda, que a inclusão deste atributo no conceito de conduta atenua-lhe o valor científico, como elemento de enlace. Resta analisar as teorias sociais da ação como elemento básico e elemento limite.

O funcionamento do conceito de ação como elemento básico, já se viu, foi responsável pela retomada das teorias sociais da ação na década de 60. Especialmente JESCHECK preocupou-se em reunir ação e omissão sob um mesmo supraconceito. Fundou-o de modo axiológico, uma vez que a omissão é inconcebível ontologicamente, pois omite-se "algo" que se espera jurídica ou moralmente, bem como a partir de regras de costume ou experiência⁵³³. Ora, precisamente aqui dá-se margem a uma reflexão importante.

⁵³³ - JESCHECK, H.H. *Tratado...*, vol. I, p. 295: "Concorre una omision cuando no tiene lugar un hacer activo que era de esperar según las normas del Derecho o de la Moral, según las reglas de la costumbre o de la experiencia..."

Se a expectativa de conduta, na omissão, pode fundar-se não só juridicamente, mas também a partir da moral, dos costumes e da experiência - dentro de um conjunto de parâmetros derivados da ética social - a variedade e volubilidade destes parâmetros acaba por gerar uma insegurança conceitual que levará, por exemplo, a considerar-se existente omissão - e portanto conduta humana - num local em que os costumes firmem determinada expectativa, enquanto noutro local inexistirá omissão e, portanto, conduta. O "topless", por exemplo, seria conduta, sob forma de omissão da colocação da parte superior do traje feminino de praia, em muitos países do mundo, com a possibilidade de gerar efeitos jurídico-penais, nomeadamente no campo dos crimes contra os costumes, ao passo em que sequer haveria conduta em todos os locais em que se não firma a expectativa, segundo os costumes ou a moral, do traje completo. Seriam intermináveis as discussões acerca da existência ou não de condutas humanas sob forma omissiva, pois, ao aceitarem-se os parâmetros da moral, costumes e experiência comum para definição da omissão. Enfim, o apelo à ética social seria, na lição de ZAFFARONI...

"...um juízo fático muito difícil de realizar, porque a ética social não é unívoca em uma sociedade complexa com multiplicidade de grupos e, por extensão, implicaria numa referência a um âmbito incerto e, em geral, ao alvedrio da arbitrariedade do intérprete." ⁵³⁴

⁵³⁴ - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 390: "Esta alternativa [apelo à ética social para definir existência de omissão] sería un juicio fáctico muy difícil de realizar, porque la ética social no es unívoca en una sociedad compleja con multiplicidad de grupos y, por ende, implicaría una referencia a un ámbito incierto y, en general, librado a la arbitrariedad del intérprete."

Logicamente, este é um risco que cientificamente não se pode correr. Assim, é de ser descartada a solução que admite a construção da forma omissiva de comportamento a partir não só do direito, mas de pautas ético-sociais, como costumes, moral e máximas de experiência. O que sobra? A construção da omissão como ação diversa da devida segundo o direito.

Porém, se somente o direito - ou seja - a norma penal, é parâmetro para edificar a compreensão da omissão, e se a norma penal não existe pré-típicamente (diferentemente dos já descartados parâmetros morais, éticos e consuetudinários), forçoso é concluir que o conceito de omissão pré-típico de JESCHECK, que depende desses outros parâmetros, não subsiste. O conceito de omissão somente opera a partir do tipo, com a retomada da velha teoria do "aliud agere" de LUDEN, para a qual a teoria finalista dá suporte a título de elemento básico (como já reportado, há de todo modo um "fazer final" diverso do devido).

A definição formulada por JESCHECK, portanto, não sobrevive como "elemento básico", além de forçar novamente a *confusão entre os extratos da conduta e da tipicidade*, colocando mais uma vez em risco a realização da função do conceito de conduta como elemento de enlace ou união. De mais a mais, o uso de expressões "abstratas"⁵³⁵, no dizer de HIRSCH, para definir o supraconceito "comportamento", a exemplo de "resposta do homem", "possibilidade de reação" e

⁵³⁵ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 31: "Respuesta del hombre", "posibilidad de reacción" y "exigencia situacional" son conceptos con un contenido demasiado abstracto como para obtener de los mismos un punto de apoyo que vincule a las normas jurídicas." Note-se que a crítica de HIRSCH, dentro da linguagem usada neste trabalho, endereça-se mais à função do conceito de conduta como elemento de enlace.

"exigência situacional", também torna precário seu funcionamento como elemento básico.

Tampouco serve a obra de WESSELS, o qual, neste particular, limita-se a uma vaga alusão ao fato de normativamente ação e omissão não se comportarem como fatores antagônicos, mas como formas diversas de "aparecimento da conduta volitiva"⁵³⁶. Ora, a tendência terminológica de entender o termo "ação" ou "conduta" abrangendo omissão pode provocar mal-entendidos, conforme leciona HIRSCH⁵³⁷, pois a omissão - havida em sentido social como "atuar" - colide com o sentido lingüístico de "ação" como um "fazer", já que somente o "fazer" representaria uma "...intervenção no acontecer do mundo circundante."⁵³⁸

Como elemento-limite, as teorias sociais da ação não sofrem questionamento no tocante às situações que afastam - já em plano pré-típico - do campo do direito penal. Afinal, em geral limitam-se à repetição do que as demais propõem: afastamento dos casos de coação física irresistível, atos reflexos e estados de inconsciência. Porém, é impossível deixar de referir um aspecto curioso: todos estes casos não são repelidos como objetos de incidência do direito penal por força de "irrelevância social".

O que faz os conceitos sociais da ação operarem como elemento-limite é justamente o fato de albergarem a teoria causal naturalista (vertentes iniciais) ou a teoria

⁵³⁶ - WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 22.

⁵³⁷ - HIRSCH, H.J. *La polemica...*, p. 30.

⁵³⁸ - *Idem*, p. 31: "Lingüísticamente se entiende bajo "acción" un "hacer" y en sentido próprio "el hacer" es un fenómeno social, porque representa una intervención en el acontecer del mundo circundante." A omissão, nestes

finalista (WESSELS e JESCHECK). Ou seja, os atos reflexos, as hipóteses de "vis absoluta" e os estados de inconsciência saem do campo do direito penal por não serem guiados pela vontade ou, no dizer de JESCHECK, por não cooperarem "suas forças psíquico-espirituais".⁵³⁹ Deste modo, "atos de pessoas jurídicas, efeitos da "vis absoluta", movimentos puramente reflexos ou outros não controláveis", aponta ROXIN, podem ser socialmente relevantes, forçando os defensores das teorias sociais "a tomar emprestadas características do conceito natural de ação recorrendo aos critérios da voluntariedade, dominabilidade ou semelhantes..."⁵⁴⁰

De forma sumária, a relevância social - ponto fulcral das teorias sociais da ação - merece no sentido de estabelecer quais as situações que "ab initio" não interessariam para o direito penal. A capacitação das teorias sociais da ação para funcionarem como elemento-limite depende da teoria da conduta mais tradicional que tenham abrangido (causal ou finalista).

Por outro lado, em relação especificamente à construção teórica de JESCHECK, avulta o fato de considerar inexistente conduta humana toda vez que, nos casos de

termos, não teria lugar nem axiologicamente como um fazer, mantendo-se o antagonismo, ao contrário do que pretende WESSELS.

⁵³⁹ - JESCHECK, H.H. *Tratato...*, vol. I, p. 297. Já WESSELS (*Direito Penal*, p. 23) menciona que nos atos reflexos o homem está privado de domínio volitivo.

⁵⁴⁰ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 245: "Pero también el concepto social de acción tiene sus puntos débiles. Así, en primer lugar no puede cumplir la función delimitadora, importante a efectos prácticos, pues ciertamente los meros pensamientos no son socialmente relevantes, pero todo lo demás que se quiere excluir por medio del concepto de acción: actos de personas jurídicas, efectos de la vis absoluta, movimientos puramente reflejos o otros no controlables, sí que es socialmente relevante. Y en efecto, los defensores del concepto social de acción se ven forzados, o a tomar prestadas las características del concepto natural de acción recurriendo a los criterios de la voluntariedad, dominabilidad o semejantes, y a exponerse así a las objeciones formuladas contra dicho concepto, o bien a desplazar la función delimitadora a un elemento situado al margen de lo social."

omissão, não há capacidade geral de ação. Cita como exemplo o fato de não haver omissão, de parte dos habitantes de Berlim, ao deixarem de prestar socorro àquele que, numa competição de esqui aquático, está a afogar-se, fato por todos percebido pelas imagens de televisão. Somente haverá omissão por parte de outro banhista que esteja às margens do lago.

Ora, a incapacidade geral de ação somente se justifica, como excludente da conduta humana, acaso se sustente a omissão de forma pré-típica e fundada em parâmetros de expectativa diversos da norma penal. Assim, já se viu, é o pensamento de JESCHECK. Porém, dentro da idéia de que a omissão não existe de forma pré-típica, a incapacidade de agir somente terá o condão de excluir a tipicidade da conduta. De fato, a possibilidade física de agir⁵⁴¹, ou capacidade concreta de agir⁵⁴², figura como elemento do tipo omissivo (próprio e impróprio), de modo que sua ausência não descaracteriza a conduta (até porque a omissão implica num fazer, embora diverso), mas sim o desvalor da tipicidade. Trata-se de mais uma falha decorrente da mescla de dados da tipicidade com o plano pré-típico da conduta humana.

Finaliza-se consignando o aparente perfil democrático de um direito penal que acopla a relevância social na conduta humana, para que suscite efeitos jurídico-penais. Mostram-se, afinal, as teorias sociais mais exigentes no sentido de autorizarem o exercício do poder punitivo por parte do Estado. De fato, a relevância social da conduta funciona como autêntico requisito, sem o qual o poder punitivo estatal não poderá incidir: afinal, "nullum crimen

⁵⁴¹ - ZAFFARONI, E.R. & PIERÂNGELI, J.H. *Manual...*, p. 540-541.

sine conducta", e "nulla conducta" sem relevância social. Pode-se concluir, por isso, que o conceito social de conduta restringe, delimita e - assim - reduz o poder de punir do Estado.

Porém, esta vantagem não é definitiva. Desde logo, deve-se perceber que a exigência da relevância social não terá maior importância como filtro das condutas jurídico-penalmente interessantes se não for entendida como lesividade contra bens jurídicos de terceiros. Afinal, na análise do caso penal, após o filtro mais amplo da "relevância social", a conduta humana sofrerá um outro, mais restritivo, acerca da geração de lesividade transcendente ao sujeito ativo. Este filtro, realizado no marco do tipo penal, denunciará a ofensa ao bem jurídico tutelado e autorizará, preenchidos os demais requisitos alusivos à própria tipicidade, bem como os extratos da ilicitude e culpabilidade, o exercício do direito de punir. É dizer, o que realmente importa para efeito de selecionar a conduta que interessa ao direito penal - enquanto fenômeno social - é definido no âmbito da tipicidade.

Se, todavia, relevância social e lesividade se confundem em direito penal, o escalão da tipicidade é mais que suficiente para realizar - sob este enfoque - o desvalor da conduta. Além de suficiente, é necessário que se chegue à tipicidade, pois o direito penal não reprime propriamente a lesão ao bem jurídico, mas determinadas ações a ela dirigidas. Fosse diferente, suscitaria punições inviáveis, como no caso do bem jurídico vida ser atingido mediante uma

³⁴² - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 136, bem como RÉGIS PRADO, L. *Curso...*, pp. 171 (quanto a omissivos próprios) e 172 (omissivos impróprios).

enchente, uma explosão vulcânica, etc. Como as proibições e mandados só existem mediante as normas que estão por trás dos tipos legais ("não matarás", por trás do tipo "matar alguém", serve como exemplo), a lesividade realiza-se, como princípio, através dos tipos penais.

Em poucas palavras: a garantia de que a conduta humana somente será punida se for socialmente relevante realiza-se através dos tipos penais, que fazem operar o princípio da lesividade. A antecipação deste requisito para plano pré-típico, consoante preconizado pelas teorias sociais da ação, não auxilia neste sentido.

Por outro lado, é inegável que a relevância social funciona como atributo⁵⁴³ de uma conduta humana aperfeiçoada, e não elemento para que venha a se aperfeiçoar como tal. Neste diapasão, existem condutas humanas ainda que não sejam socialmente relevantes. Basta imaginar o suicídio, não noticiado ou conhecido por terceiros, de um eremita: pela ausência de qualquer repercussão social, negar-se-á a existência de conduta humana? Percebe-se que, efetivamente, a relevância social não "integra a realidade"⁵⁴⁴ da conduta humana, não sendo sensorialmente perceptível. Não consta, afinal, como dado da estrutura ontológica da conduta.

O desapego à estrutura ôntica da ação humana tem origem conhecida: o método neokantiano, retomado nas teorias sociais da ação, que buscam defini-la a partir do conteúdo axiológico da relevância social. É aqui, e finalmente, que se retomam todas as críticas efetuadas ao modelo de pensamento

⁵⁴³ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 247.

⁵⁴⁴ - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 21.

neokantiano: se é verdade que na aparência o modelo social de ação limita o "jus puniendi", por criar condições a mais para definir existente uma ação (sobre o que incide a punibilidade, confirmados os predicados componentes do crime) por outro lado - além desta condição a mais ser perfeitamente apresentada pelo tipo penal como limite ao aparelho estatal - o conceito social opera a partir de um método que deixa livre o dogmatizador para definir como quiser a conduta humana.

O conceito social de ação pode até ter espírito democrático, antecipando o princípio da lesividade, protetivo do indivíduo contra o poder de punir do Estado. Porém, o método valorativo pelo qual se obtém o conceito, e que portanto lhe serve por pressuposto, pelo fato de poder ser manejado com liberdade, pode, arbitrariamente, levar a um conceito de conduta que não expresse um "fazer", mas sim um estado ou modo de ser, aproximando-se de um direito penal de autor. Ressurge nas teorias sociais, portanto, o problema metodológico derivado do desapego da matriz ontológica da ação humana, que confere liberdade em demasia para o legislador.

Cumpra, finalmente, avaliar a capacidade dos modelos de conduta propostos a partir de paradigmas funcionalistas (ora emergentes na dogmática moderna) apresentarem-se não só como idôneos à realização das missões do conceito de ação como elemento básico, de enlace e limite, bem como renderem bom ponto-de-partida para um direito penal de ato.

V.2- O pensamento funcionalista e a conduta humana

V.2.1- Fundamentos, pretensões e diversidade teórica do funcionalismo no Direito Penal

Após o declínio do finalismo, derivado das pesadas críticas sofridas na década de 60 do século passado, opera-se uma "renormativização" do pensamento jurídico-penal. Isto ocorre à medida em que se abandona a pretensão de recorrer ao universo do ser e fundar, mediante concepções de caráter ontológico, o sistema analítico de crime. Há um descarte das estruturas lógico-reais, de caráter pré-jurídico, apontadas por WELZEL como vinculantes para o legislador e o dogmatizador. O principal argumento procede justamente da limitação, das amarras que as estruturas pré-jurídicas (ou pré-normativas, as quais, como "leis do ser são eternas"⁵⁴⁵, na crítica de ROXIN) significam para o desenvolvimento sistêmico da teoria do crime.

Aqui, é de se demarcar com clareza uma primeira conclusão: os grandes ataques endereçados ao pensamento de WELZEL, do final dos anos 60 em diante, não dizem respeito à teoria da conduta que desenvolveu, mas sim ao método empregado⁵⁴⁶ para obter e forjar todo um sistema analítico de crime, tendo a conduta humana como vértice da pirâmide e caracterizado basicamente pela subjetivação do injusto

⁵⁴⁵ - ROXIN, C. "Contribuição para a crítica...", in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 114.

⁵⁴⁶ - Naturalmente que a teoria finalista da conduta continua sendo, até hoje, alvo de críticas, cf. capítulo IV. Porém, quer-se deixar claro que o alvo principal destas críticas estava muito mais situado no método welzeliano de construção sistêmica. É até possível afirmar que a teoria finalista da conduta simplesmente apareceu como o símbolo mais significativo da aplicação da metodologia de obtenção de conceitos a partir do universo pré-jurídico ontológico. Veja-se que, em 1970, ROXIN, C. *Política Criminal...*, pp. 09-10, já tomava o declínio da discussão acerca da teoria da conduta finalista como sintoma de que, já então, não mais se acreditava "...em soluções deduzidas de conceitos sistemáticos superiores, e menospreza-se a capacidade de rendimento prático de tais categorias." A nota 17 (op. cit., p. 10), dá - na seqüência - a dimensão doutrinária disso.

(teoria do injusto pessoal) e pela retirada de todos os elementos psicológicos da culpabilidade (teoria normativa extremada ou pura da culpabilidade).

O método empregado no finalismo, reputado reducionista pelos seus opositores, por impor limites ao desenvolvimento dogmático da teoria do crime, bem como dificuldades de implantar soluções que, embora justas, contrariassem o sistema, gerava - segundo seus críticos - um sistema fechado⁵⁴⁷ à resolução de novos problemas. No dizer de ROXIN:

"O finalismo, porém, através de seu método lógico-axiomático de deduzir soluções jurídicas de dados do ser (...) criou um sistema que (...) não confere espaço autônomo a diretrizes político-criminais na dogmática."⁵⁴⁸

Exemplo disso, comumente invocado pelos detratores do pensamento de WELZEL, é o tratamento dado pela teoria extremada da culpabilidade ao erro de proibição indireto

⁵⁴⁷ - Sg. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 247 e 281, a abertura de qualquer sistema jurídico (no que deve ser incluído, por óbvio, o do direito penal) é condição para seu funcionamento, "...pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas [o científico, relativo a proposições doutrinárias, e o objetivo, tangente à ordem jurídica] pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do "sistema objetivo" é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do Direito como um fenómeno situado no processo da História e, por isso, mutável." (op. cit., p. 281)

⁵⁴⁸ - ROXIN, C. *Política Criminal...*, p. 27. A reação em face do sistema lógico-dedutivo em direito está particularmente associada à obra de VIEHWEG, conforme leciona JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS. *A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*, p. 73 e, particularmente, p. 75: "Se o método lógico-jurídico levava o jurista a uma certa preguiça mental, a um estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta de amadurecimento do juízo, em uma palavra (a uma) depravação do humano' [citando VIEHWEG], e, pior, a uma certa sensação de irresponsabilidade diante das conseqüências de seu atuar, a tópica faz exatamente o contrário. O juiz que condena é o responsável pela condenação; não é o Código Penal. O juiz que determina a saída dos sem-terra da área invadida é o responsável por tal

sobre os pressupostos fáticos da excludente de ilicitude. Tomando-se a finalidade no tipo como decorrência do conceito de conduta, já que esta no finalismo é uma "estrutura lógico-objetiva" fundamental - vista como verdadeira "constante antropológica"⁵⁴⁹, no dizer de SCHÜNEMANN - a falsa representação da realidade relativa aos pressupostos fáticos da causa permissiva não exclui a tipicidade subjetiva, pois mantém-se o dolo íntegro, já que o fim que guia o fazer, v.g., "matar alguém", continua a existir mesmo na situação de legítima defesa putativa frente ao inimigo que retira do bolso um lenço, confundido com uma arma.⁵⁵⁰ Desta maneira, mantém-se na concepção de WELZEL íntegra a tipicidade da conduta, tanto objetiva como subjetiva, de maneira que o erro sobre os pressupostos fáticos da excludente, acaso inescusável, somente poderá levar à diminuição da reprovabilidade, com conseqüente redução da pena e, sendo escusável, ao afastamento da culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude.⁵⁵¹

No caso, segundo SCHÜNEMANN, o modelo de WELZEL conduz, a partir da ênfase à finalidade como guia do fazer e a daí derivada colocação do dolo no tipo, a uma solução que desagrada político-criminalmente, uma vez que a existência de falsa representação da realidade é o agente motor da decisão do sujeito ativo da conduta, à semelhança do que ocorre no erro de tipo. Este aspecto deveria levar o agente que incorre em erro de proibição indireto quanto aos pressupostos fáticos

decisão; não é o Código Civil. E será o tirocínio do jurista em utilizar os topoi que determinará a justiça da decisão tomada."

⁵⁴⁹ - SCHÜNEMANN, Bernd. "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", in *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 54.

⁵⁵⁰ - Solução diversa da adotada no CP brasileiro, que no art. 20, § 1º, equipara esta hipótese ao erro de tipo, daí a terminologia "erro de tipo permissivo" adotada no particular para designar as descriminantes putativas.

da excludente a um tratamento mais brando do que aquele aplicado ao outro erro de proibição indireto, tangente à valoração jurídica ou limites de alcance da causa permissiva. Em suma, o apego à estrutura "lógico-objetiva", neste caso, segundo os críticos, turba o melhor tratamento que normativamente poderia ser dado à questão. Especificamente, diz SCHÜNEMANN:

"...a intensa discussão havida a respeito ensinou que a estrutura lógico-objetiva da finalidade não pode vincular o legislador ao decidir problemas de erro, pois tal decisão é concebível com a mais variada ordenação e, finalmente, deve ser guiada por considerações político-criminais."⁵⁵²

Através deste exemplo acerca da teoria do erro fica bem evidenciado o que SCHÜNEMANN quer criticar no pensamento de WELZEL: a impossibilidade da criação de uma solução sistêmica diversa daquela elaborada a partir da teoria extremada da culpabilidade, por força do compromisso, por parte do legislador e do dogmatizador, com as verdades eternas representadas pelas estruturas pré-jurídicas lógico-reais. Desta crítica parte, segundo SCHÜNEMANN, a necessidade da elaboração de um...

"...sistema aberto, que (...) não obste o desenvolvimento social e jurídico, mas que o favoreça ou, ao menos, adapte-se a ele; de modo que não prejudique as questões jurídicas, mas

⁵⁵¹ - WELZEL, H. *O novo sistema...*, pp. 126-127.

⁵⁵² - SCHÜNEMANN, B. "Introducción...", p. 61: "...la intensa discusión habida al respecto ha enseñado que la estructura lógico-objetiva de la finalidad no puede vincular al legislador al decidir problemas de error, pues tal decisión es concebible con la más variada ordenación y, finalmente, debe ser guiada por consideraciones político-criminales."

que as canalize para que se coloquem em termos corretos...".⁵⁵³

Tudo isto se oporia, para o Professor de Munique, ao sistema erigido com base na teoria finalista da conduta, alicerçada num "construtivismo assentado sobre um número reduzido de axiomas"⁵⁵⁴, porquanto uma teoria axiomática é de valia para a "geometria", por exemplo, cujo objeto mostra-se de "reduzida complexidade" e "não sujeito a variações históricas"⁵⁵⁵, porém não para o direito, fundado em "inabarcável complexidade e contínua variação da vida social

⁵⁵³ - Idem, pp. 35-36: "En lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la Ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un "sistema abierto", de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; de modo que no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos correctos; de modo que, en todo caso, garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para más largos periodos de tiempo." Adiante, na mesma linha, leciona SCHÜNEMANN (op. cit., p. 42-43): "...el ideal de la elaboración sistemática en Derecho penal (como en la ciencia jurídica, en general) viene representado por un "sistema abierto" que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a su modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales." ("...o ideal da elaboração sistemática no Direito Penal (como na ciência jurídica em geral) vem representado por um "sistema aberto" que ordene e conserve os conhecimentos alcançados de modo seguro além do debate científico, mas que, por outro lado, não esteja imune a sua modificação, ou inclusive subversão, provocada pela aparição de novas soluções aos problemas ou de novos conhecimentos materiais."). Impossível não traçar um paralelo com CANARIS, C.W. *Pensamento sistemático...*, pp 28-45 e, em especial, p. 44: "A confecção de um sistema axiomático-dedutivo não é, assim, possível e contradiz a essência do Direito. Semelhante tentativa decorre, tal como, sobretudo, as considerações sobre a necessidade da "plenitude" dos axiomas deixaram claro, da utopia de que, dentro de determinada ordem jurídica, todas as decisões de valor necessárias se deixam formular definitivamente - decorre, portanto, de um pré-julgamento tipicamente positivista, que hoje pode considerar-se como definitivamente rejeitado".

⁵⁵⁴ - SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 63: "Es posible interpretar que la tendencia finalista hacia un constructivismo asentado sobre un número reducido de axiomas (...) constituye el estímulo desencadenante de la fase más reciente del pensamiento jurídico-penal."

⁵⁵⁵ - Idem, p. 35. Novamente o paralelo com CANARIS, C.W. *Pensamento sistemático...*, p. 29-30, ao criticar a concepção de WUNDT de que o sistema jurídico, de estrutura lógico-formal, seria comparável à matemática e, na sequência, destruir a possibilidade de conceitos lógico-formais e axiomáticos-dedutivos (derivados dos primeiros) poderem ser operados em direito.

e dos pontos de vista valorativos que servem para sua ordenação."⁵⁵⁶

Também ROXIN aponta o rechaço, por parte do pensamento funcionalista, ao ponto de partida do finalismo, já que...

"...a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), mas única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do direito penal."⁵⁵⁷

Da crítica funcionalista ao pensamento finalista extrai-se, enfim, que o método não deve ser restritivo no sentido de vincular o legislador e a dogmática a estruturas pré-jurídicas, a partir das quais as soluções não tenham em conta o universo tão mais amplo dos valores que envolvem a vida em sociedade. Em suma: há de se abandonar o universo do ser, como ponto de partida da construção sistêmica, para situá-lo no universo dos valores (dever-ser). Muito naturalmente se retorna ao neokantismo.

Assim, não só as teorias sociais da ação, apresentaram-se como herdeiras do método neokantiano de elaboração de conceitos mediante a "compreensão e valoração" do objeto, ao aplicarem-no à conduta humana e revelá-la como "fenômeno social", cuja existência depende da atribuição do valor da "relevância social". O pensamento "funcionalista" ou

⁵⁵⁶ - Ibid., p. 35: "...tal axiomatización de la Ciencia del Derecho tampoco sería deseable. El fundamento de ello radica en la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos que sirven para su ordenación."

⁵⁵⁷ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 203: "...la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal."

"teleológico", de traço pós-finalista, erigido no âmbito da dogmática alemã, que há muito ponteeia os avanços científicos em tema de teoria do crime (sendo seguida pela doutrina sul-americana), igualmente deita raízes no referido método referido a valores e - portanto - absolutamente oposto à orientação metodológica finalista. Perfeito, pois, ZAFFARONI, ao explicitar que o denominador comum "para todas as tendências contemporâneas (ecléticas ou funcionalistas) (...) é a pretensão de livrar-se de dados ônticos."⁵⁵⁸

Se as teorias sociais da ação representam uma segunda leitura do neokantismo em direito penal, o funcionalismo representa, na atualidade, sua terceira retomada. Confirma SCHÜNEMANN esta conclusão sobre o pensamento funcionalista ou teleológico:

"...se caracteriza por um total afastamento do raciocínio lógico-objetivo do finalismo e deve ser contemplado como um ulterior desenvolvimento do neokantismo. Com efeito, o moderno pensamento teleológico tem em comum com aquela corrente a dedução dos diferentes níveis sistemáticos a partir dos valores e fins que desempenham o papel reitor."⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 368: "De cualquier manera, queda claro que existe un común denominador para todas las tendencias contemporáneas (ecléticas y funcionalistas) que es la pretensión de librarse de datos ónticos." Assinale-se que no âmbito das tendências ecléticas - assim denominadas por guardarem traços do sistema finalista e da herança neokantiana - estão os sistemas de JESCHECK e WESSELS e, dentro deles, as respectivas teorias sociais da ação. Anote-se, sem embargo, que quando se diz que as teorias sociais da ação são mesclas da causal e da finalista, há um equívoco, já que - se há uma "mescla" - esta não se dá no plano da teoria da conduta. O que ocorre é o manejo do método neokantiano (neoclassicista ou, para alguns, causal de 2ª fase) pelos partidários das teorias sociais da ação, ao passo em que aceitam heranças dogmáticas do finalismo welzeliano, como o dolo no tipo. Neste passo, v. item V.1.1, retro.

⁵⁵⁹ - SCHÜNEMANN, B. *Introducción...*, p. 67: A modificação no sistema penal "...se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con

Anota AMELUNG - após engajar-se como partidário do pensamento funcionalista - que os penalistas neokantianos tinham na construção de um sistema teleológico uma "velha aspiração"⁵⁶⁰. Neste sentido é que ROXIN assume sua intenção de "elaborar, desenvolver e fazer avançar com um novo conteúdo os pontos de partida neokantianos (e neohegelianos) da entreguerra...".⁵⁶¹

A dedução de conceitos volta, portanto, a tomar valorações como referência, não se apegando ao universo do ser, ressuscitando mesmo a velha colocação baseada em KANT, segundo a qual "do ser não se deriva nenhum dever ser".^{562 563} Retorna, através do funcionalismo, o método neokantiano.

Todavia, há uma diferença entre o funcionalismo e o período neokantiano do direito penal. Referido período foi marcado por um "relativismo valorativo", orientado por normas

aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector."

⁵⁶⁰ - AMELUNG, Knut. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de ROXIN", in "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 94.

⁵⁶¹ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 203: "...en este libro, se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras..." Já em *Política Criminal...*, nas pp. 23-24, e - principalmente - no pós-fácio de 1973, p. 96, o Professor de Munique deixou clara esta retomada.

⁵⁶² - KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 426, demarca esta posição neste excerto: "Sendo assim, a ação deverá ser sempre possível sob condições naturais, quando o dever se lhe aplica. Porém, estas condições naturais não se referem à determinação do próprio arbitrio, mas somente ao efeito e à sua consequência no fenômeno. Por muitas que sejam as razões naturais que me impelem a querer e por mais numerosos que sejam os móveis sensíveis, não poderiam produzir o dever, mas apenas um querer que, longe de ser necessário, é sempre condicionado, ao passo que o dever, que a razão proclama, impõe uma medida e um fim, e até mesmo uma proibição e uma autoridade. Quer seja um objeto da simples sensibilidade - o agradável - ou da razão pura - o bem -, a razão não cede ao fundamento que é dado empiricamente e não segue a ordem das coisas, tais quais se apresentam no fenômeno, porém com inteira espontaneidade criou para si uma ordem própria..."

⁵⁶³ - SCHÜNEMANN, B. *Introducción...*, p. 47, faz uso deste raciocínio. A crença no contrário é tradicionalmente denominada "falácia naturalista", invocada comumente para atacar o finalismo, como faz o próprio SCHÜNEMANN, bem como, por exemplo, GRECO, L. "Introdução...", p. 129.

de cultura⁵⁶⁴, de modo que os extratos de análise dos crimes eram referidos a valores e fins reciprocamente independentes e, de certa forma, estanques. Cite-se como exemplo os conceitos de ilicitude e culpabilidade, que tomaram como referência valorações sem qualquer vínculo entre si: enquanto aquela exigia danosidade social para haver ilicitude e afirmar-se o injusto, esta exigia a valoração da reprovabilidade para afirmar a culpabilidade⁵⁶⁵. Porém, nada amarrava os conceitos entre si.

A ausência de um valor hierarquicamente superior, a orientar a construção da pirâmide sistêmica e ordenar os demais valores e finalidades, desencadeou uma liberdade de criação dogmática tamanha que colocou em risco o tratamento uniforme dos casos penais e, de conseqüência, o próprio valor da existência de um sistema para a análise do crime. Basta comparar os sistemas desenvolvidos por GRAF ZU DOHNA e SAUER, absolutamente dissemelhantes, embora tenham adotado - ambos - o método neokantiano.

Diversamente, no funcionalismo adota-se um valor, ou uma finalidade, como norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos em direito penal. Os conceitos, assim, passam a estar vinculados uns aos outros pelo fato de voltarem-se à uma mesma finalidade. No dizer de SCHÜNEMANN, o

⁵⁶⁴ - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 367, atribui a teoria das normas de cultura a MAX ERNST MAYER, um dos grandes representantes do pensamento neokantiano em direito penal. A variabilidade no tempo e no espaço - o que se denomina "relativismo valorativo" - das normas culturais (por exemplo, a concepção de honestidade em relação aos tipos penais que exigem "mulher honesta") de fato torna de tal forma impreciso ("flutuante") o sistema referido a valores, que sua operatividade pode ser colocada em dúvida.

⁵⁶⁵ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 199 vincula o injusto à danosidade social e a culpabilidade à reprovabilidade. No mesmo passo, SCHÜNEMANN, B. *Introducción...*, p. 50.

funcionalismo distingue-se do neokantismo da primeira metade do século XX...

"...pela superação do relativismo axiológico mediante uma diferenciação exaustiva, apoiada nas ciências sociais, do fim de prevenção, que constitui hoje o valor reitor, reconhecido de modo geral, da Administração da justiça penal."⁵⁶⁶

Também ROXIN assinala que o "sistema racional-final (ou teleológico) ou "funcional" do Direito Penal" orienta-se "por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político criminais da moderna teoria dos fins da pena"⁵⁶⁷, guiando-se em suma "pelas finalidades do direito penal"⁵⁶⁸.

O apoio nas ciências sociais, referido por SCHÜNEMANN⁵⁶⁹, também merece destaque, como característica da dogmática funcionalista. Efetivamente, há uma preocupação de ligar o sistema penal às ciências sociais - sobretudo à sociologia sistêmica - de modo que o sistema jurídico "funcione" como mecanismo através do qual se controla a atuação das pessoas segundo expectativas estampadas nas

⁵⁶⁶ - SCHÜNEMANN, B. *Introducción...*, p. 67: "Sin embargo, [o funcionalismo] se diferencia sustancialmente de la misma [neokantismo] por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del fin de prevención, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la Administración de la justicia penal." (GN) (no texto principal, mantém-se o formato original)

⁵⁶⁷ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 203: "El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena." Note-se que também ROXIN aponta o relativismo valorativo neokantiano como ponto a ser superado pelos funcionalistas. No Brasil, o trabalho de GRECO, L. "Introdução à dogmática funcionalista do delito", p. 127, já referido, igualmente afirma que "...na substituição de valorações difusas e não hierarquizadas do neokantismo por valorações político-criminais referidas à teoria dos fins que possuem a pena e o direito penal dentro de um Estado material de direito, que assenta o funcionalismo..."

⁵⁶⁸ - Idem, p. 203.

⁵⁶⁹ - V. n. 565, supra.

normas, dentro de um sistema mais abrangente, que é o sistema social. Ou, no dizer de JUAREZ TAVARES:

"...o funcionalismo pretende não apenas explicar o sistema jurídico, mas compor também uma análise global de todo o sistema social. O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana. O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se vêem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas."⁵⁷⁰

Não é por outra razão que, após destacar que metodologicamente retoma-se o idealismo neokantiano, em vista da "construção conceitual conforme os fins do direito penal", ZAFFARONI destaca estar a originalidade dos pensamentos de ROXIN e JAKOBS, os mais significativos representantes da vertente funcionalista, situada na...

"...adoção de perspectivas sociológicas mais modernas, da sociologia sistêmica norte-americana (PARSONS, MERTON) por ROXIN e da alemã (LUHMANN) por JAKOBS."⁵⁷¹

⁵⁷⁰ - TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 62.

⁵⁷¹ - ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal*, p. 368: "En general puede observarse que ambas [de ROXIN e JAKOBS] construcciones, que formulan una sistemática del delito a partir de las funciones que le asignan a la pena (prevención integración en ROXIN, prevención general positiva en JAKOBS) en el marco de conceptos sistémicos de la sociedad, importan en el plano metodológico una vuelta al idealismo neokantiano, puesto que la construcción conceptual conforme a los fines del derecho penal es también propia del neokantismo. La originalidad de estos autores se hallaría en el alto grado de sinceramiento de la metodología, en su profundización y en la adopción de perspectivas sociológicas más modernas, de la sociología sistémica norteamericana (PARSONS, MERTON) por ROXIN y de la alemana (LUHMANN) por JAKOBS." Importante mencionar, porém, que ROXIN nega o suporte em PARSONS, inclusive criticando AMELUNG por adotá-lo, já que "...conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad." ("conduz a que se proteja a pessoa não por si mesma, mas no interesse da sociedade" - *Derecho Penal*, p. 68)

Chega-se, assim, ao objetivo inicial de apresentar os fundamentos e pretensões do funcionalismo em direito penal.

Como fundamento, o sistema funcionalista ou teleológico-racional toma por alicerce o método neokantiano referido a valores para definição de cada um dos objetos de que se ocupa - a saber, os conceitos básicos relativos à teoria do crime: ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Deste modo, cada um destes escalões deve ser desenhado de acordo com sua finalidade - ou função (daí funcionalismo) - dentro do direito penal.

Para que se tenha uma idéia da aplicação prática do método, tome-se como exemplo a concepção de tipicidade. Para ser válida, no entendimento de ROXIN, é necessário que seja capaz de realizar o princípio da legalidade⁵⁷². Esta função, a ser cumprida no extrato da tipicidade, deriva de uma outra função, sistemicamente superior, para a qual se reportam todos os conceitos empregados na teoria do crime (inclusive o da tipicidade): o cumprimento da finalidade preventivo-geral da pena que incumbe político-criminalmente ao direito penal⁵⁷³. De fato, se a descrição de uma conduta no tipo motiva o indivíduo a omitir o proibido ou realizar o ordenado - prevenção geral - quanto mais pormenorizada e clara a

⁵⁷² - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 277.

⁵⁷³ - *Ibid.*, p. 218. De ser notado que somente em 1973, no pós-fácio à 2ª ed. de *Política Criminal...*, cf. indica LUÍS GRECO, p. 89, n. 01), CLAUD ROXIN sustenta que o tipo cumpre a função político criminal de prevenção geral, motivadora no sentido dissuasivo da prática da conduta descrita, mediante a ameaça de pena (invocando aqui a teoria da coação psicológica de FEUERBACH). Isto se deu em resposta à provocação de STRATENWERTH segundo a qual o princípio da legalidade, na verdade, seria uma barreira à persecução penal e, pois, às finalidades político-criminais do Direito Penal, de modo que a tarefa político-criminal atribuída ao tipo penal não poderia ser justamente a realização deste princípio.

descrição típica (princípio da legalidade)⁵⁷⁴, melhor o direito penal - através da tipicidade - cumprirá esta sua função político-criminal.

Mas por que os conceitos devem ser obtidos empregando-se este método, orientado segundo as funções que desempenham no sistema? Porque a primeira das pretensões do funcionalismo é a de, com o emprego deste método, desenvolver os conceitos e definições tangentes à teoria do crime de forma tal que possam cumprir da melhor forma suas funções no direito penal, levando-o ao êxito como sistema de controle social, capaz de - dentro do sistema social - assegurar que as expectativas normativas, que demarcam o papel social de cada pessoa, não sejam frustradas.

A partir daí, uma segunda pretensão do direito penal, dentro da perspectiva funcionalista, é assegurar que o sistema social permaneça estável. Comentando esta perspectiva em LUHMANN, muito presente na obra de JAKOBS, afirma ZAFFARONI:

"...os sistemas explicam-se só pela funcionalidade. Os humanos atuam funcionalmente à medida em que se adaptassem a papéis cuja função é equilibrar o sistema que, por sua vez, normatiza esses papéis para obter o sustento do seu equilíbrio: e assim seguiríamos dentro deste círculo."⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ - Ibid., p. 219.

⁵⁷⁵ - ZAFFARONI, E.R. Derecho Penal, p. 333: "...los sistemas se explican sólo por la funcionalidad. Los humanos actuarían funcionalmente en la medida en que se adaptasen a roles cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para obtener el sostenimiento de su equilibrio; y así seguiríamos dentro de este círculo." Note-se que neste excerto fica bem caracterizado o caráter "autopoiético" do sistema social funcionalista desenvolvido por LUHMANN (cuja origem e definição, de toda forma, encontram-se com clareza na sequência do texto de ZAFFARONI, E.R. Op. cit., p. 334).

A terceira pretensão identificada no pensamento funcionalista é fazer com que os conceitos não operem, na teoria do crime, de forma isolada, com independência entre os escalões da ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade. Para tanto, todos estão atrelados reciprocamente à medida em que se voltam para um mesmo norte: fazer com que o direito penal realize as finalidades propostas a partir das teorias preventivas da pena e, através disso, guie com eficiência a política criminal que se propõe a desenvolver. Por isso é que o conceito de tipicidade, acima invocado, v.g., dentro da ótica de ROXIN, não tem a função, fechada em si mesma, de realizar o princípio da legalidade; antes, realiza-o por força de ater-se ao valor preponderante, que lhe dá norte, consistente na realização das finalidades preventivo-gerais da pena.

Como, de forma resumida, a proposta do funcionalismo é fazer os conceitos "renderem" de forma otimizada quanto ao cumprimento de suas finalidades sistêmicas e, no seu conjunto, levarem o direito penal à realização das finalidades da pena e da política criminal que se propõe a realizar, cumpre indagar quais são estas finalidades. E, indagando-as, surgem as inúmeras variantes que representam o funcionalismo.

Afinal, se os conceitos de que depende a teoria do crime são obtidos tomando-se em conta a finalidade político-criminal do direito penal, é certo que variarão segundo varie esta finalidade. Assim, a orientação do direito penal para os fins político-criminais da teoria preventivo-geral da pena,

com vistas à proteção de bens jurídicos⁵⁷⁶, pode figurar num autor, ao passo que outro pode considerar descartável a proteção de bens jurídicos e fixar os objetivos preventivo-gerais da pena no afã de imprimir um certo conteúdo ético nas condutas das pessoas⁵⁷⁷ (independentemente da lesividade a bens jurídicos), imposto verticalmente, de cima para baixo, pelo Estado. Uma terceira orientação pode dar-se, inclusive, sob o pressuposto da negação das teorias preventivas da pena e de uma retomada do retributivismo puro, baseada em críticas que até hoje permanecem irrespondidas, como o fato das teorias preventivo-especiais levarem a penas indefinidas no seu limite máximo - pois só cumprem seu objetivo no momento da ressocialização - ou a objetualização do sentenciado como exemplo para os demais, aliada à tendência estatal de recrudescer as penas, no que toca à prevenção geral negativa. O fracasso da realização das funções político-criminais do direito penal pode levá-lo, neste passo, inclusive à

⁵⁷⁶ - Posição de ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 51, para quem a tarefa do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. No mesmo sentido, a Escola de Frankfurt, pontuada por W. HASSEMER, segundo a visão de SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 43: "...la determinación de los fines del Derecho Penal a través de la protección de bienes jurídicos, de la que prácticamente nadie duda en Alemania, obliga a la ciencia jurídico-penal en su punto de partida a un pensamiento funcional. Al limitar la escuela de Frankfurt en gran medida esta funcionalidad a las necesidades de protección de individuos concretos establece barreras de principio para los análisis referidos a los contextos funcionales colectivos, propugnando, por tanto, un funcionalismo circunscrito de modo individualista." ("...a determinação dos fins do Direito Penal através da proteção de bens jurídicos, da qual praticamente ninguém duvida na Alemanha, obriga a ciência jurídico-penal, em seu ponto de partida, a um pensamento funcional. Ao limitar a Escola de Frankfurt, em grande medida, esta funcionalidade às necessidades de proteção de indivíduos concretos, estabelece barreiras de princípio para as análises referentes aos contextos funcionais coletivos, propugnando, portanto, um funcionalismo circunscrito de modo individualista.")

⁵⁷⁷ - Ironicamente, ao modo do pensamento de WELZEL. A propósito, v. n. 309. Atualmente, percebe-se a rejeição da idéia de que o direito tenha por fim a proteção de bens jurídicos no funcionalismo proposto por GÜNTHER JAKOBS, especialmente no texto "Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", in *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, pp. 43-60.

autosupressão, justificando "funcionalmente", no sentido negativo, o abolicionismo radical.

Enfim, a gama de finalidades que dogmaticamente podem ser associadas à pena e, por conseguinte, à política-criminal que incumbe ao direito penal cumprir, implica necessariamente na possibilidade de fixar-se a referência teleológica de um sistema funcionalista também das mais variadas formas. Daí vem a existência de várias correntes funcionalistas⁵⁷⁸, que em comum têm apenas o método - neokantiano - e a pretensão de construir o sistema de análise do crime através de conceitos formulados segundo as missões político-criminais do direito penal e as finalidades da respectiva teoria da pena. Tudo isso dá lugar, portanto, a uma "diversidade teórica" no âmbito do funcionalismo, que impede identificá-lo univocamente para além do método empregado - neokantiano, da referência aos fins político-criminais das teorias da pena que nele sustenta a construção dos conceitos de ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade e, pois, o desenho da teoria analítica do crime, bem como da ponte que realiza com a sociologia sistêmica moderna.

Fixado o método, as pretensões e a diversidade teórica do pensamento funcionalista ou teleológico, quer-se, na seqüência, examinar de que modo suas vertentes mais representativas repercutem em torno do tema central da conduta humana.

⁵⁷⁸ - Correto, portanto, GRECO, L. "Introdução à dogmática funcionalista...", pp. 131-132, ao referir a existência de "diversos" funcionalismos; afirmando-se adepto do funcionalismo de ROXIN, GRECO, por exemplo, defende que a finalidade do direito penal é dada pela Constituição, sendo "proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial" (op. cit., p. 132), no que repisa ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 51, no tocante aos bens jurídicos. Este é

V.2.2- Vertente de CLAUS ROXIN: o conceito pessoal de ação

O livro de 1970 de ROXIN, "Política Criminal e sistema jurídico-penal"⁵⁷⁹, é apontado em boa parte da doutrina como o pilar histórico inaugural do pensamento funcionalista no Direito Penal⁵⁸⁰.

De fato, é naquela obra que ROXIN vai fincar os fundamentos da elaboração de seu sistema analítico de crime. Para tanto, realizou inicialmente um esforço no sentido de demonstrar que a clássica lição de VON LISZT segundo a qual "o direito penal é a barreira intransponível da política criminal"⁵⁸¹ não deveria prevalecer. Pela orientação lisztiana, direito penal e política criminal estariam em pólos opostos⁵⁸². Servia o direito penal como um conjunto legislativo orientado pelos princípios protetores da liberdade do indivíduo contra o poder de punir estatal - daí ser cognominado por VON LISZT como "Magna Carta do delinqüente"⁵⁸³. Já a política criminal, definida por VON LISZT como ciência cujo objeto é "o fundamento jurídico" e os

um fim eleito, no universo do dever ser (dos valores) para elaboração dos conceitos formadores da teoria do crime, que pode variar, segundo o pensamento - e até segundo a escolha - do dogmatizador.

⁵⁷⁹ - Compõe a bibliografia deste trabalho a tradução realizada no Brasil em 2000, com o título acima, por LUÍS GRECO.

⁵⁸⁰ - Cf., por exemplo: SCHÜNEMANN, B. "Introducción...", p. 63, referindo também os trabalhos científicos de SCHMIDHÄUSER desenvolvidos naquela época como marco inicial de um "projeto" de "sistema teleológico do Direito Penal"; FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*, p. 204; MIR PUIG, Santiago, "El sistema del Derecho penal en la Europa Actual", in *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, p. 26; no Brasil, GRECO, L. "Introdução à dogmática...", p. 121; CHAVES CAMARGO, A. L. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, pp. 36-37.

⁵⁸¹ - Apud ROXIN, C. *Política Criminal...*, p. 01.

⁵⁸² - VON LISZT, F. *Tratado...*, vol. I, p. 03, sintomaticamente, deixou registrado que "os principios directores da Política Criminal" não poderiam "fazer objeto" do Tratado, razão pela qual a matéria figuraria apenas na Introdução.

⁵⁸³ - Apud ROXIN, C. *Política Criminal...*, p. 03.

"fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a (...) origem e natureza do crime"⁵⁸⁴, encontraria no direito penal um obstáculo ou limite para seu desenvolvimento e aplicação.

Precisamente este conflito entre o direito penal como dogmática e a política-criminal, ROXIN tratou de combater. Apontou, inicialmente, que a construção de LISZT levava a um sistema fechado⁵⁸⁵ de análise do crime, um positivismo (jurídico) de caráter "classificatório"⁵⁸⁶ que "isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais, e por outro, da realidade social"⁵⁸⁷, uma vez que se caracteriza justamente por "banir da esfera do direito as dimensões do social e do político."⁵⁸⁸ Porém, como "a tarefa da lei não se esgota mais nesta função garantística"⁵⁸⁹, para ROXIN impunha-se o reconhecimento de que "problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito"⁵⁹⁰.

E qual a razão de impor-se este reconhecimento? O fato de inúmeros casos concretos levarem à evidência de que pode "ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa"⁵⁹¹, citando o exemplo do tratamento dogmático dispensado ao erro quanto aos pressupostos fáticos da norma permissiva pela teoria estrita

⁵⁸⁴ - VON LISZT, F. *Tratado...*, vol. I, p. 03.

⁵⁸⁵ - Assim reconhecido pelo próprio LISZT, cf. ROXIN, C. *Política Criminal...*, p. 05.

⁵⁸⁶ - ROXIN, C. *Política...*, p. 22.

⁵⁸⁷ - *Idem*, p. 23.

⁵⁸⁸ - *Ibid.*, p. 12.

⁵⁸⁹ - ROXIN, C. *Política Criminal...*, p. 13.

⁵⁹⁰ - *Idem*, p. 14.

⁵⁹¹ - *Ibid.*, p. 17.

da culpabilidade⁵⁹². Situações como esta levariam a um enfraquecimento do valor do próprio tratamento sistemático do crime, no caso concreto⁵⁹³, bem como a uma realização dubitativa - para dizer o mínimo - das funções político-criminais a que se propõe o direito penal. Então, para evitar o choque entre o direito penal e a política criminal, que a ambos enfraquece, ROXIN aponta uma única solução:

"...deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese..."⁵⁹⁴

Desta maneira, ROXIN verdadeiramente abre a dogmática jurídico-penal no sentido de que recepcione as orientações político-criminais e realize-as, fazendo - para isso - uso das categorias componentes do conceito de crime, as quais assumem determinadas "funções" subservientes à política-criminal.

Significa dizer que, dentro do paradigma funcionalista assumido por ROXIN, para que as categorias da ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade "sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando

⁵⁹² - Com o que finda por atacar, ainda uma vez, o pensamento welzeliano. V. n. 549 a 552, nas quais referida temática foi desenvolvida.

⁵⁹³ - Cf. ROXIN, C. *Política Criminal...*, p. 17-18: "Já demonstrei anteriormente que isso significa uma desvalorização da importância do sistema. Mas também os interesses político-criminais ficam mal servidos com um tal proceder." O valor do tratamento dos casos penais à luz de um sistema analítico foi sustentado e defendido na introdução deste trabalho, para a qual se faz remissão.

⁵⁹⁴ - *Idem*, p. 20.

conseqüências justas e adequadas”⁵⁹⁵ (LUÍS GRECO), passam a estar acopladas - cada uma - a determinadas funções político-criminais.

Vale dizer que, em 1970, ano do antológico “Política Criminal e sistema jurídico-penal”, ROXIN considerava absorvida a ação dentro do tipo penal, por força de sua crítica à teoria finalista de 1962, na qual propôs - em lugar de uma teoria finalista da ação - uma “teoria final da tipicidade”, em que o tipo determinaria quais as condutas finais que dotaria de “sentido jurídico”⁵⁹⁶. Então, atribuiu⁵⁹⁷ funções político-criminais somente à tipicidade (realizar o princípio da legalidade), à ilicitude (solucionar segundo os interesses sociais ou individuais os conflitos reproduzidos em cada caso penal⁵⁹⁸) e à culpabilidade (que serviria - talvez na mais arrojada proposição de ROXIN - como mecanismo para verificação da necessidade de punição segundo as teorias preventivas geral e especial da pena).

Verifica-se que somente à tipicidade e à culpabilidade ROXIN associava os fins preventivos da pena como tutores da realização de funções político-criminais. Este formato, inicialmente delineado em 1970, seria aperfeiçoado e, em alguns pontos, modificado, derivando em 1991 numa posição sistemática funcionalista completa.

⁵⁹⁵ -GRECO, L. “Introdução...”, p. 132, aponta ser este o significado de os conceitos, em direito penal, restarem submetidos à funcionalização.

⁵⁹⁶ - ROXIN, C. *Problemas fundamentais...*, p. 127.

⁵⁹⁷ - ROXIN, C. *Política Criminal...*, pp. 30-31, para uma sintética visão de cada uma das funções atribuídas aos extratos de análise do crime.

⁵⁹⁸ - Neste ponto, ROXIN reconheceria que não havia propriamente uma funcionalização “político-criminal” do conceito de ilicitude, mas sim uma atribuição de função orientada segundo o ordenamento jurídico “como um todo” (op. cit., pós-facio, p. 91).

Deste modo, na versão atual, ROXIN continua a ressaltar o valor das "bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena"⁵⁹⁹, aplicados fundamentalmente à tipicidade e culpabilidade. Como resultados práticos, destaca: a) a atribuição do evento típico ao agente, no nível da tipicidade objetiva, através de critérios normativos de imputação objetiva, fundados na "realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma"⁶⁰⁰ e não mais mediante a mera constatação da causalidade no sentido naturalista (aos moldes da teoria da equivalência dos antecedentes, adotada no art. 13 do CP brasileiro), que é necessária mas não suficiente; b) a criação da categoria da "responsabilidade", que preserva a culpabilidade fundada como dirigibilidade normativa^{600-A} como de necessária constatação, porém insuficiente para a imposição da pena, que dependeria ainda, segundo ROXIN, da...

"...necessidade preventiva (especial ou geral) da sanção penal (...), de modo que a culpabilidade e as necessidades de prevenção limitam-se reciprocamente e somente em conjunto dão lugar à "responsabilidade" pessoal do agente, que desencadeia a imposição da pena."⁶⁰¹

⁵⁹⁹ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 203 (v. n. 567).

⁶⁰⁰ - *Idem*, p. 204: "...el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la 'realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma' ("...o ponto de partida teleológico fez depender a imputação de um resultado ao tipo objetivo da "realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma").

^{600-A} - A expressão "dirigibilidade normativa" como critério de culpabilidade adotado por CLAUS ROXIN é tradução de CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, *passim*.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 204: "...necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal (...), de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena."

Vê-se com nitidez a presença dos fins preventivos da pena tanto numa concepção como noutra. A tipicidade desempenha a função de definir de maneira taxativa quais condutas em tese podem ser submetidas à punição estatal, realizando o princípio do "nullum crimen nulla poena sine lege", a partir do qual se opera a prevenção geral, tanto a positiva, pela confiança na capacidade do sistema jurídico-penal estabilizar expectativas e proteger os bens jurídicos afetos a cada tipo, como a negativa, pelo efeito dissuasivo derivado da cominação de pena em abstrato. Sua constatação, neste passo, não pode ficar limitada à mera produção física de um resultado naturalístico (no tocante ao tipo objetivo). A atribuição do preenchimento da tipicidade a um agente - e o exemplo derivado da punição para que os demais membros da sociedade abstenham-se de infringir a norma presente no tipo (prevenção geral) - pressupõe algo mais que a forma simplista de adequação típica causal-naturalista. Vem daí a demanda de critérios normativos de imputação do resultado no tocante ao tipo objetivo que corrijam a atribuição objetiva do resultado calcada na causalidade, restringindo-a.

Já a responsabilidade, como categoria conceitual que abrange a culpabilidade - não a elimina, e sim incorpora-a como um componente necessário - faz uma ponte com as teorias preventivas da pena, ao condicionar a punibilidade do sujeito ativo do injusto à existência de efetiva necessidade preventiva de aplicação de pena, tanto geral como especial (que aliás servem, igualmente, para reduzir o limite máximo da pena obtido pela medida da culpabilidade⁶⁰², na formulação proposta por ROXIN, a ser seguida "de lege ferenda"). Aqui, muito embora não se trate de forma alguma de solução pronta,

há um mérito evidente: a união da teoria do crime com as finalidades da pena, pois - muito embora os elementos do crime, em seu conjunto, sirvam como necessários pressupostos para a imposição da pena, curiosamente a moderna dogmática penal desenvolveu-os de maneira independente e insulada destas finalidades, em relação as quais figuram como pré-requisitos. Supera-se, com isso, o desenvolvimento da teoria do crime e da teoria da pena como "ilhas" - módulos estanques um em relação ao outro.

De forma sumária, portanto, ROXIN continua a sustentar funcionalmente a construção dos conceitos fundamentais da teoria do crime, orientando-os para o cumprimento de finalidades derivadas da política-criminal. Anote-se que, em ROXIN, esta política-criminal não assume só a tarefa de pesquisar melhores medidas de combate à criminalidade, porém - mais do que isso - realiza este papel dentro de um marco constitucional de estado material de direito, cingida pelos princípios da subsidiariedade (intervenção do direito penal em "ultima ratio") e lesividade (direito penal só atua quando há ofensa de um bem jurídico), bem como pelo da legalidade. Quanto a este, afirma ROXIN:

"...é um postulado político-criminal não menor que a exigência de combater com êxito o delito; e não só é um elemento da prevenção geral (...), mas a própria limitação jurídica do "jus puniendi" é também um objetivo importante da política criminal de um Estado de Direito." ⁶⁰³

⁶⁰² - Cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 103.

⁶⁰³ - *Idem*, p. 224: "...el principio "nullum crimen sine lege" es un postulado policriminológico no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no sólo es un elemento de la prevención general (...), sino que la propia limitación jurídica del jus puniendi es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho."

A realização do princípio da legalidade, ao lado dos princípios da subsidiariedade e lesividade, passa a estar incorporada também como missão que, político-criminalmente, deve ser levada a efeito. Neste sentido é que ao direito penal ROXIN confere a tarefa de "proteção subsidiária de bens jurídicos"⁶⁰⁴.

Cumprе questionar, porém, quanto à teoria da conduta. O que deriva da construção sistêmica de ROXIN acerca da conduta humana?

Ao modo de introdução, e em primeiro lugar, cumpre assinalar que, se em 1970, ROXIN mantinha o pensamento apresentado em 1962 alusivo à eliminação do extrato analítico da conduta e sua incorporação no tipo penal⁶⁰⁵, tal postura não se mantém contemporaneamente. Com efeito, o pensamento atual de ROXIN guinda a conduta humana à posição de categoria básica de estruturação da teoria do crime, como instrumento de valoração político-criminal⁶⁰⁶.

Em segundo lugar, não há ligação tão imediata entre a tarefa político-criminal atribuída à categoria da conduta humana e as teorias preventivas da pena, como ocorre v.g. na categoria da responsabilidade (abrangente da culpabilidade). Isto porque sua atuação político-criminal, conforme assinala ROXIN, é obtida de forma negativa: "ao valorar algo como não-ação fica excluído tudo o que de antemão não é enquadrável

⁶⁰⁴ - Ibid., p. 51.

⁶⁰⁵ - Cf., remissivamente, n. 596.

⁶⁰⁶ - Ibid., p. 218 e, mais adiante, pp. 252 e ss.

nas categorias do juridicamente permitido ou proibido"⁶⁰⁷. Neste ponto, reprisa a lição de GALLAS, antereferida⁶⁰⁸.

Desta forma, somente de maneira bastante mediata é possível estabelecer uma ponte com as teorias preventivas da pena, no sentido de não poderem se dirigir, por inutilidade e impossibilidade, àquelas situação traçadas como "não-ação", a partir da análise "a contrario sensu" do conceito de ação. Neste ponto, é questionável a afirmação de ROXIN quanto à funcionalidade político-criminal de seus conceitos estar toda associada "as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena"⁶⁰⁹, já que isto não fica nem um pouco visível no tocante à conduta humana. Começa-se, aqui, a perceber um relativismo valorativo - que na primeira forma de neokantismo derivava da referência a valores culturais e foi objeto de grandes críticas - na ausência de uma clara aliança entre o manejo funcional da categoria da conduta humana e os fins preventivos da pena, inicialmente propostos como valores político-criminais reitores de todos os conceitos da teoria do crime.

Introduzidos estes aspectos, é momento de esmiuçar o pensamento de ROXIN especificamente no tocante à ação humana, tanto quanto às funções que arroga a esta categoria

⁶⁰⁷ - Ibid., p. 218: "...tras esa categoría se encierra un fin policriminológico: con independencia de su apariencia externa y de las consecuencias causales de la presencia humana, al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido."

⁶⁰⁸ - Cf. n. 11, supra. Só que para GALLAS esta função "negativa" era desenvolvida pela ação humana como categoria situada no interior do extrato da tipicidade. Aliás, esta posição obviamente influenciou a já abandonada "teoria final da tipicidade", de 1962.

⁶⁰⁹ - Cf. deixa entrever em *Derecho penal*, p. 203, bem como, de modo geral, em *Política Criminal*. Esta foi a tônica, aliás, das críticas de STRATENWERTH, só que endereçadas às categorias da tipicidade e ilicitude, cf. ROXIN, C. *Política Criminal...*, pós-facio, pp. 89-99. Remissivamente, v. n. 573.

como à definição que propõe, por ele denominada "conceito pessoal de ação"⁶¹⁰.

De logo, quando ROXIN apresenta a missão negativa do conceito de conduta, i.é, valorar tudo aquilo que se traduz como "não-ação", fá-lo para evidenciar de que maneira a ação atua como instrumento valorativo básico de seu projeto de "sistema teleológico-político-criminal."⁶¹¹ Evidencia, com isso, o principal fim político-criminal que o conceito de conduta humana cumpre. Não significa, entretanto, que - no mais - deixe de atribuir outras funções ao conceito de conduta. No âmbito deste trabalho, estas funções vêm inclusive sendo adotadas como referência, sendo em número de três: a) função de elemento básico; b) função de elemento de enlace; c) função de elemento limite.

De maneira muito resumida - eis que mera repetição - ao "subministrar um supraconceito para todas as formas de manifestar-se a conduta punível", designando algo que se "encontre tanto nos atos dolosos e imprudentes como nos delitos de omissão", o conceito de ação funciona como "elemento básico"⁶¹².

Ao vincular todas as categorias concretas do crime, "voltando a introduzir-se em cada elemento da estrutura do crime e experimentando uma caracterização cada vez mais exata

⁶¹⁰ - Ibid., p. 252. REGIS PRADO, L. *Curso...*, p. 161, denomina-a "teoria personalista da ação".

⁶¹¹ - Cf. intitula ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 216.

⁶¹² - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 234: "[o conceito de ação]...debe suministrar un supraconcepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible, un genus proximum al que se conecten todas las concretas precisiones de contenido (...). De acuerdo con esto, la acción deve designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los delitos de omisión..."

mediante atributos adicionais"⁶¹³, a concepção de ação opera como "elemento de enlace ou união", cuja condição de excelência depende de manter-se neutra em relação aos extratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, não antecipando-lhes o conteúdo nem com eles se mesclando⁶¹⁴. Aqui, basicamente, fica superada por ROXIN a proposição que fizera de uma "teoría final da tipicidade", em que a conduta humana se integra ao escalão do tipo.

Finalmente, a terceira função implica em que o conceito de ação venha a "excluir tudo o que, de antemão e independentemente da configuração transitória dos tipos, não se considera p/ um julgamento jurídico-penal"⁶¹⁵. Neste diapasão, figura como "elemento limite", operando uma "função de delimitação"⁶¹⁶.

As duas primeiras funções estão ligadas muito mais ao desenho do sistema do que propriamente a razões político-criminais, até porque ressalta ROXIN, com propriedade, que a "afirmação da existência de uma ação ainda não implica em nenhuma valoração negativa (...) pois tanto as condutas socialmente proveitosas como as danosas são igualmente ações"⁶¹⁷. Nem por isso, porém, deixam de ter importância, à medida que o funcionar como verdadeira "coluna vertebral" do

⁶¹³ - Idem, p. 234: "...la acción debe vincular (...) todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales."

⁶¹⁴ - Cf. ROXIN, C. Op. cit., p. 234.

⁶¹⁵ - Idem, p. 234: "...el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídicopenal..."

⁶¹⁶ - Ibid., p. 235.

⁶¹⁷ - Ibid., p. 218: "...la afirmación de la existencia de una acción aún no lleva unida ninguna valoración negativa (ni tan siquiera profesional, pues tanto las conductas socialmente provechosas como las danosas son igualmente acciones)..."

conceito analítico de crime - a expressão é de ROXIN⁶¹⁸ - está em dependência com a possibilidade de a categoria da ação servir como elemento básico e, ao depois, de enlace.

Porém, a terceira função do conceito de ação é enfatizada na obra de ROXIN. A alusão de que se deve - pelo conceito de ação - descobrir o que é "não-ação"⁶¹⁹ (um conceito portanto funcionalmente negativo) evidencia o exato significado da função da ação como "elemento limite". Esta função é essencial no marco de um sistema político-criminalmente orientado, pois constatar - neste sistema - que uma ação se realizou "é o resultado de uma valoração de conteúdo"⁶²⁰. Quando se procede a verificação de que é possível "imputar-se a alguém como conduta um acontecimento que parte deste alguém ou um não fazer"⁶²¹, realiza-se a valoração. Isto significa tomar a categoria da ação como instrumento de valoração político-criminal, de maneira que não seja checada sua ocorrência no âmbito do direito penal como ente existente de maneira ontológica e pré-jurídica, ao modo welzeliano, porém identificada com base num juízo de valor:

"...um homem terá atuado se determinados efeitos, procedentes ou não do mesmo, podem ser-lhe atribuídos como pessoa, ou seja, como centro espiritual de ação, pelo que se pode falar

⁶¹⁸ - Ibid., p. 234: "El concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral."

⁶¹⁹ - V. n. 607, supra.

⁶²⁰ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 218.

⁶²¹ - Idem, p. 218: "...la afirmación de que alguien ha llevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer."

de um "fazer" ou "deixar de fazer" e com isso de uma "manifestação da personalidade."⁶²²

Ora, se este juízo de valor for viável, não se podendo atribuir a um homem acontecimentos precedentes que se tomem por objeto, então o direito penal desde logo deixará de com eles se preocupar. Esta - portanto - é a mais importante das funções assumidas pela categoria da ação e, ao que parece, a única que efetivamente sobreleva em termos político-criminais. Influenciada por esta idéia e pelo desapego à estrutura da conduta de perfil ontológico, a doutrina parece cada vez mais dirigir-se a uma diminuição do interesse pelo desenvolvimento dogmático do conceito de conduta, cingida à função pragmática de operar como elemento-limite, ou primeiro filtro analítico. Sintomática, neste sentido, é a exposição de VALLEJO⁶²³ sobre o sentido atual do conceito de ação.

Esquadrinhadas as funções do conceito de ação e destacada aquela que, pragmaticamente, mais importa, impende verificar propriamente a definição elaborada por ROXIN.

Tendo em mira a função exercida pelo conceito, ROXIN concebe a conduta humana como "manifestação da personalidade"⁶²⁴, reconhecendo proximidade com definições de

⁶²² - Ibid., p. 218: "...un hombre habrá actuado si determinados efectos, procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un "hacer" o "dejar de fazer" y con ello de una "manifestación de la personalidad."

⁶²³ - VALLEJO, M.J. *El concepto...*, p. 61 e 8ª conclusão, op. cit., p. 94: "...entiendo que el concepto de acción, aunque hoy resulta de menor trascendencia que en anteriores etapas del Derecho Penal, puede seguir cumpliendo su función delimitadora..." ("...entendo que o conceito de ação, embora hoje resulte de menor transcendência que em anteriores etapas do Direito Penal, pode seguir cumprindo sua função delimitadora..."). Por função delimitadora entenda-se o mesmo que a atuação do conceito de ação como "elemento limite".

⁶²⁴ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 252.

outros autores, a exemplo daquela de GIMBERNAT ORDEIG, para quem o "comportamento", como supraconceito, é "relação do eu consciente e fisicamente livre com o mundo exterior manejando processos causais"⁶²⁵.

Decompondo-se o conceito, entende ROXIN que a "manifestação" se caracteriza quando os pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com os acontecimentos do mundo exterior. Desta forma, ficando encerrados no homem, não são - tanto o pensamento como os impulsos de vontade - "manifestações", de maneira que impuníveis enquanto tais. Revigora-se a velha parêmia "cogitationis poenam nemo patitur".

Por outro lado, a manifestação deve estar ligada à personalidade. Ou seja, a ação significa que a "personalidade" projeta-se no mundo exterior. O termo está a abranger, na lição de ROXIN, "tudo o que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação".⁶²⁶ De logo, apresenta-se o problema das várias acepções do que significa "personalidade". É visível que a concepção de ROXIN lembra a da psicologia moderna, representada, segundo ABBAGNANO, por EYSENCK:

⁶²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios...*, p. 189: O comportamento "...podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)." Afirma ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 253: "También está próxima a las posiciones recién mencionadas y a la concepción aquí defendida la teoría de GIMBERNAT, que parte del supraconcepto de "comportamiento" como una "relación del hombre con su mundo circundante."

⁶²⁶ - Idem, p. 252: "Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como "manifestación de la personalidad", lo que significa lo siguiente: en primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción..."

"Personalidade é a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente." ⁶²⁷

Semelhante definição é invocada quando do manuseio do conceito de personalidade no âmbito da criminologia, como faz GIAN LUIGI PONTI:

"Do ponto de vista criminológico, já que a conduta criminosa é em substância um particular tipo de comportamento na sociedade visto na perspectiva de certos valores culturais e normativos, a personalidade interessa substancialmente nos seus aspectos psico-sociais e pode portanto ser definida como o complexo das características de cada indivíduo, que se manifestam nas modalidades do seu viver social, no tipo das suas inter-relações com o próximo e com o ambiente, nas relações com os grupos." ^{627-A}

Com esta concepção de personalidade, pretende ROXIN ter obtido um conceito amplo da conduta, pelo mecanismo da exclusão ⁶²⁸: manifestações da personalidade são basicamente o que sobra quando se exclui "tudo o que, segundo o consenso

⁶²⁷ ABBAGNANO, N. *Dicionário...*, p. 758. No verbete, ABBAGNANO reporta mais duas definições: a aristotélica, como "condição ou modo de ser da pessoa" e a perspectiva funcionalista de CATTEL: "Personalidade é o que permite a previsão do que fará uma pessoa numa dada situação". Consulte-se também o comentário de CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 27., apoiado - por coincidência - no mesmo autor evocado por ABBAGNANO (porém citando obra diversa). Consulte-se ainda a definição de personalidade como "conjunto estruturado e estruturante de características que o distinguem [o homem] dos outros", em DUROZOI, G. & ROUSSEL, *Dicionário de Filosofia*, p. 361, próxima, portanto, da aristotélica e diversa daquela usada por ROXIN.

^{627-A} - PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*, p. 284: "Dal punto di vista criminologico, poiché la condotta criminale è in sostanza un particolare tipo di comportamento nella società visto nella prospettiva di certi valori culturali e normativi, la personalità interessa sostanzialmente nei suoi aspetti psico-sociali e può pertanto definirsi come il complesso delle caratteristiche di ciascun individuo quali si manifestano nelle modalità del suo vivere sociale, nel tipo delle sue inter-relazioni con il prossimo e con l'ambiente, nei rapporti con i gruppi."

⁶²⁸ - Por isso, REGIS PRADO, L. *Curso...*, pp. 161-162, adjetiva-o, com razão, como "conceito normativo (social e negativo)..." (gn)

geral, não aparece como ação"⁶²⁹. Esta concepção, pelo que deduzo do texto de ROXIN, foi adrede concebida com este traço generalizante, tanto que a crítica que dirige às concepções tradicionais de conduta são justamente no sentido de serem reducionistas: a teoria causal só destaca o aspecto da causalidade nas manifestações da personalidade; a finalista, o aspecto da direção segundo um fim. Por outro lado, não estaria a antecipar juízos de valor; apenas deles deriva o conceito de conduta humana, ao contrário das teorias sociais da ação. Assim, é um "conceito normativo", mas não...

"...normativista, já que acolhe em seu campo visual a realidade da vida o mais exatamente possível e é capaz de considerar a todo momento os últimos conhecimentos da investigação empírica."⁶³⁰

Interessante que o resultado não é colocado como parte do conceito de conduta. Isto porque ROXIN considera que "os resultados extrajurídicos são indiferentes para o direito penal, enquanto que os jurídicos só tem importância na imputação ao tipo".⁶³¹ Neste ponto, a abordagem está corretíssima, à medida que o resultado, efetivamente, pode figurar como exigência do tipo (na velha concepção dos crimes materiais), porém é desnecessário na conduta, ao contrário do que se colocava durante o período causal-naturalista.

⁶²⁹ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 253: "Entender la acción como "manifestación de la personalidad" no es algo nuevo en la medida que supone una caracterización con contenido positivo de aquello que resulta como característica general cuando se ha excluido todo lo que, según consenso general, no aparece como acción." (mantido o formato original) Como se vê, trata-se de obter o conceito, funcionalmente, por exclusão.

⁶³⁰ - Ibid., p. 265: O conceito pessoal de ação "es un concepto normativo" (...) "Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica."

⁶³¹ - Ibid., p. 256: "Tampoco es preciso incluir el resultado en el examen de la acción; pues (...) su existencia es independiente del resultado y además

Parece criticável - de todo modo, e com a devida vênia - que ROXIN posicione-se desta forma quanto ao resultado se, para que a personalidade se exteriorize, exige que se ponha em "relação com acontecimentos do mundo exterior", de modo que se lhe possam ser imputados⁶³². O "acontecimento" que se imputa ao sujeito significa, afinal, um resultado, ainda que não no sentido naturalístico de "modificação do mundo exterior". Aparentemente há uma contradição, por isso, na exclusão do resultado do conceito de conduta (embora isto, "per si", esteja correto). Referido posicionamento lembra as formas como os adeptos das teorias sociais da ação definem a "relevância social", a partir das conseqüências reveladas no mundo, orientadas conforme o sentido social da existência humana.

Quanto ao funcionamento do conceito proposto por ROXIN como elemento básico, de enlace e limite, impende resenhar sua posição.

A sustentação de que opera como elemento básico vem de uma valoração: é possível imputar tanto ações dolosas como culposas, tanto comissões como omissões, ao sujeito, "como obra sua"⁶³³. Inclusive a "omissão por imprudência inconsciente" - os denominados "crimes de esquecimento"⁶³⁴ - é

los resultados extrajurídicos son indiferentes para el Derecho Penal, mientras que los jurídicos sólo cobran importancia en la imputación al tipo."

⁶³² - Ibid., p. 260: *Para admitir que hay una manifestación basta con que un suceso del mundo exterior - le pueda ser imputado a una determinada persona.* Se da imputação deste "algo" a alguém depende a existência de conduta, só com muito esforço não se verá neste "algo" um resultado (repito: sem caráter naturalístico). Por isso a contradição de que o resultado é problema a ser investigado no tipo.

⁶³³ - Ibid., p. 255.

⁶³⁴ - ZAFFARONI, E.R. & PIERANGELI, J.H. *Manual...*, p. 548.

uma "manifestação da personalidade que se pode imputar ao sujeito"⁶³⁵.

Evidentemente que, se toda manifestação "anímico-espiritual" que se exterioriza é ação, podendo ser considerada para efeitos jurídico-penais, sem uma caracterização mais esmiuçada do substrato material que a caracteriza - apenas uma aproximação de traço genérico - fica de certa maneira fácil o encaixe de todas as formas de praticar a conduta, à luz do tipo, num supraconceito preliminar. Neste sentido, a crítica passa a ser muito semelhante àquela endereçada à supradefinição "conduta humana" enunciada por MEZGER no auge do neokantismo jurídico-penal que, de tão genérica, não dizia nada.

Como elemento de enlace, ROXIN considera que a "manifestação da personalidade" consegue significar a forma "pré-jurídica" de entender a ação sem afastamento "da concepção ordinária da vida" e penetrar em cada extrato de análise do crime, como espinha dorsal do sistema analítico, de modo a ser ajustada a descrição do crime como "manifestação da personalidade típica, antijurídica e culpável"⁶³⁶. Porém, excepciona todo este papel em relação à omissão derivada de uma expectativa fundada não pela ética social, mas somente através de normas (como, v.g., a entrega de declaração de renda, que omitida, gera uma forma de ilícito contra a ordem tributária).

⁶³⁵ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 255: "Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición, como obra suya..."

⁶³⁶ - *Idem*, p. 256: A "manifestação da personalidade" associa-se à "...forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida (...) Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real."

Destes aspectos recolhem-se ao menos duas considerações importantes. A um, muito embora ROXIN defina axiologicamente seu conceito de conduta, cede no atribuir importância ao fato de corresponder a "manifestação da personalidade" a uma forma pré-jurídica de entender a ação, concebida como uma "imagem do mundo própria do jurista (...) marcada pelo mundo "sócio-natural" da "experiência cotidiana"⁶³⁷. Isto é o mínimo que se deve esperar de um sistema orientado por valores, para que não esteja atrelado a uma leitura de mundo calcada exclusivamente em normas e, portanto, não correspondente à realidade.

Porém, este mínimo não é suficiente. A princípio, porque já fica comprometido pelo fato de a concepção pré-jurídica de mundo a que recorre ROXIN ser "a do jurista", quando o universo das relações sociais regido pelo direito não pode ser concebido segundo esta visão parcial. Só "ad argumentandum", imagine-se o uso desta concepção de mundo do jurista como parâmetro para fixação da potencial consciência da ilicitude, em lugar do tradicional critério da valoração paralela na esfera do leigo ou profano. Seria de exigir-se das pessoas que são regidas pelo direito penal a visão que "o jurista" tem das relações sociais, ou o jurista é que - se propondo a tutelar estas relações, deve erigir um corpo legislativo compreensível pelo senso comum, de modo a ter sucesso em sua empreitada ?

Ao depois, porque mesmo esta visão de mundo do jurista é caracterizada de uma forma muito imprecisa, pois sabê-la "depurada de duas formas de falsificações", que

⁶³⁷ - Ibid., p. 256: "...la imagen del mundo propia del jurista está marcada por el mundo "sócio-natural" de la "experiencia cotidiana"."

seriam a "normativista" e a "naturalística", só traça critérios delimitativos - por igual vagos - e não critérios positivos, que ajudem a estabelecer com especificidade no que se traduz esta visão de mundo.

A dois, ROXIN admite não lograr êxito em um conceito de conduta capaz de não se mesclar ao tipo penal nas hipóteses de omissões fundadas exclusivamente pela expectativa constante de normas jurídicas.

Ora, é questionável conceber a possibilidade de omissões pré-típicas fundadas numa expectativa social⁶³⁸ (i.é, segundo a ética social dominante). Isto redundaria na impossibilidade de definir a existência efetiva de uma omissão em plano pré-típico, exceto em sendo aceita dentro de limites concretos de tempo e lugar - em detrimento da universalidade que dá ao conceito valor científico. Vale recordar ZAFFARONI, que critica esta forma de pensamento porque "a ética social não é unívoca numa sociedade complexa"⁶³⁹. Somente dentro do sistema de pensamento funcionalista, que descarta a construção de axiomas com validade universal em direito penal, esta postura se justifica. Porém, o desprezo da existência de axiomas não pode afastar a pretensão sistêmica de uniformizar e

⁶³⁸ - Ibid., p. 257: "Por regla general las expectativas, que son las que hacen que una "nada" meramente existente como posibilidad conceptual se convierta en una manifestación de la personalidad, están socialmente fundadas y por tanto son separables de la esfera de la valoración jurídica (o sea, del tipo)" ("Em regra, as expectativas, que são as que fazem que um "nada" meramente existente como possibilidade conceitual se converta numa manifestação da personalidade, estão socialmente fundadas e portanto são separáveis da esfera da valoração jurídica (ou seja, do tipo)").

⁶³⁹ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 390 (v. transcrição na n. 534). De mais a mais, ZAFFARONI mais adiante coloca que, dentro da dicotomia omissões esperadas e não esperadas socialmente, o conceito pré-jurídico de conduta de ROXIN simplesmente deixa de existir, voltando a RADBRUCH (op. cit., p. 394).

universalizar conceitos, mas somente deve impedir o "fechamento" do sistema.

Outro problema consiste justamente na confissão de que as omissões juridicamente fundadas (que na verdade são todas, uma vez que só interessam em direito penal no extrato da tipicidade) antecipam o juízo de valor alusivo à punibilidade em tese daquele que desobedece à norma mandamental, próprio do tipo. Sustenta ROXIN que o sistema funcionalista não fica prejudicado por isso, de vez que uma mesma circunstância pode operar em mais de um extrato. No caso, o tipo estaria a definir a existência de uma "manifestação da personalidade" que opera - também - pré-tipicamente.

Se é assim, de que serve, no caso de omissões "fundadas na norma penal" - onde ocorre o problema, segundo ROXIN - o extrato analítico pré-típico, se está a confundir-se com o realizado no tipo? O fato de um elemento conceitual "operar" em dois extratos - como o dolo, nalgumas construções doutrinárias, que tem dúplice função, no tipo e na culpabilidade⁶⁴⁰ - é diferente do fato de ser obtido no plano do tipo e sustentado pré-tipicamente, levando o fato a uma estranha pré-jurídica ou "prévia valoração como juridicamente relevante"⁶⁴¹, na bem realizada crítica de FIGUEIREDO DIAS. Até porque isto contraria uma condição de funcionamento da categoria da conduta que o próprio ROXIN aponta para o sucesso da definição como elemento de enlace. Superior, aqui, é a teoria finalista acoplada à omissão como agir diverso do mandado, em que é possível apenas "identificar" ações finais

⁶⁴⁰ - Como nas posições de JESCHECK e WESSELS, já apresentadas.

⁶⁴¹ - FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões...*, p. 213.

em plano pré-típico e checar que são diversas da ordenada no campo da tipicidade.

Finalmente, operar como elemento limite é, em ROXIN, a função que se atribui à "manifestação da personalidade" com maior relevo, e a única que efetivamente apresenta cariz político-criminal (ainda que não se vislumbre um imediato liame com os fins preventivos da pena).

Ao realizar esta função, serve a teoria da conduta para excluir efeitos procedentes de animais e de pessoas jurídicas. Nestas, particularmente, "falta uma substância psíquico-espiritual"⁶⁴². No mais, os pensamentos, atitudes internas e disposições de ânimo não são puníveis por não representarem "manifestações", já que cingidas ao aspecto interior do homem.

Igualmente não emanariam do homem como centro anímico-espiritual, mas de forma puramente somática, situações em que opera sob coação física irresistível. Da mesma forma, atuações em estado de inconsciência, como a queda em desmaio que gera danos, movimentos sob efeito de narcóticos, delírios de alto grau, ataques convulsivos na epilepsia e vômito, embriaguez letárgica ou comatosa não configuram conduta humana.⁶⁴³ Acrescenta importante alusão acerca da impossibilidade de omissão por parte de quem age inconscientemente.

⁶⁴² - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 258: "*Tampoco son acciones (...) los actos de personas jurídicas, pues (...) les falta una sustancia psíquico-espiritual...*" Entretanto, ROXIN reconhece a necessidade político-criminal de mecanismos para puni-las (op. cit., p. 259).

⁶⁴³ - Cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 261.

Quanto às hipóteses de automatismos, atos reflexos não puramente somáticos, impulsos afetivos intensos (ações em curto-circuito), trata-as ROXIN a partir da idéia de que são produtos da adaptação do aparato anímico a acontecimentos do mundo exterior e, portanto, manifestações da personalidade - i.é, condutas humanas⁶⁴⁴.

De fato, mostra-se bastante favorável a concepção de ROXIN no sentido - principalmente - de resolver o problema dos automatismos, exemplificados através do caso da pessoa que perde a direção do veículo ao desviar-se de uma lebre⁶⁴⁵, que pela teoria finalista fica solucionado de modo claudicante. Afinal, se a personalidade se revela mediante a atuação do homem como centro anímico-espiritual - sem que para isso se exija esteja operando ao nível da consciência - os automatismos ficam abrangidos no campo da conduta humana, bem como, com mais razão, as ações em intenso estado emocional (em curto-circuito). Os atos reflexos, desde que não sejam puramente somáticos, também são colocados como condutas - já que coordenados pelo sistema nervoso central - como na hipótese da pessoa que repele espontaneamente um inseto enquanto dirige, perdendo o rumo e causando lesões a outrem.⁶⁴⁶ Quanto à embriaguez, só não haverá ação quando "os movimentos do bêbado já não permitem reconhecer uma relação com o meio circundante."⁶⁴⁷ Interessante que o estado de

⁶⁴⁴ - *Idem*, p. 264.

⁶⁴⁵ - *Ibid.*, p. 262, exemplo 2: "Una mujer que conduce de noche un coche por la autopista a 90 km/h, ve de pronto a una distancia de 10 a 15 metros por delante un animal del tamaño de una liebre, por lo que gira "el coche a la izquierda" y choca contra la valla divisoria, produciéndose la muerte de la acompañante."

⁶⁴⁶ - *Ibid.*, pp. 261-262, embora destaque que os atos reflexos puramente somáticos - fechar os olhos pelo choque contra um objeto, convulsões por descarga elétrica e comprovações médicas de reflexos - não constituem "manifestações da personalidade", com toda coerência.

⁶⁴⁷ - *Ibid.*, p. 264: "Sólo se excluirá la acción si los movimientos del borracho ya no permiten reconocer una relación con el medio circundante."

hipnose, para ROXIN, permite encaixar como "manifestação da personalidade" uma vez que significa também adaptação ao mundo circundante. Só um aspecto é objetável: ROXIN recorre de novo ao argumento da "barreira de caráter"⁶⁴⁸, que não pode ser usado porque originado em tipo de autor, não tangendo o ato.

Enfim, e por fecho, mais do que esclarecer as hipóteses de "não-ação" (que em geral são tratadas de modo uniforme desde a teoria causal, já então bastante eficiente no particular), o que merece destaque, aqui, é a ênfase ao modo de operar com o caso penal, pois afirma ROXIN que:

"...do ponto de vista da ação só se precisa examinar o que é necessário para comprovar que em todo caso concorre uma manifestação da personalidade. Assim, por ex., se ao limpar uma escopeta escapa um tiro, o exame de se concorre uma ação só tem que se estender à questão de se acaso o fato não foi causado por "vis absoluta", por um puro movimento reflexo ou similar; porém, questões como se concorre, e a respeito do que concorre, tentativa ou consumação, e dolo ou culpa, não são ainda importantes neste contexto."⁶⁴⁹

De tudo se colhe que o ponto de maior dificuldade da definição de conduta de ROXIN é, justamente, fundar de modo genérico o respectivo conceito, no afã de construí-lo funcionalmente como elemento básico. Assim, o substrato material da conduta humana - ou o que efetivamente

⁶⁴⁸ - Ibid., p. 264.

⁶⁴⁹ - *ibid.*, p. 255: "...desde el punto de la acción sólo se necesita examinar lo que es necesario para comprobar que en todo caso concurre una manifestación de la personalidad. Así, p. ej., si al limpiar una escopeta se escapa un tiro, el examen de si concurre una acción sólo tiene que extenderse a la cuestión de si acaso el suceso no ha sido causado por "vis absoluta", por un puro movimiento reflexo o algo similar; en cambio, cuestiones como si concurre, y con respecto de qué concorre, tentativa o

representa-a no âmbito da vida - não se torna visível. Isto não escapou à observação de CIRINO DOS SANTOS, externada nos seguintes termos:

"A ação como *manifestação da personalidade* constitui a mais geral e, por isso mesmo, a menos específica definição do conceito de ação, capaz de apreender todas as modalidades de *objetivações da personalidade* - para usar a fórmula semelhante de ARTHUR KAUFMANN -, mas parece excluir o traço humano específico que distingue a ação de qualquer outro fenômeno natural ou social: a realização do propósito; em outras palavras, a manifestação da personalidade, como mera relação entre pensamentos/emoções e acontecimentos exteriores, parece negligenciar a natureza *constitutiva dos atos psíquicos* para a estrutura da ação humana, conhecimento já incorporado à teoria científica da ação." ⁶⁵⁰

Note-se que ROXIN considera virtuoso justamente este perfil genérico presente em sua proposição, o que reflete o pano-de-fundo alusivo ao fato de obter o conceito a partir de suas funções, e não de derivar as funções do conceito após obtê-lo dos dados da realidade.

Ora, somente sob este enfoque axiológico-funcionalista, no sentido de que assim o conceito de ação viabiliza o cumprimento da função de elemento básico, é que faz-se possível ver aí uma virtude. A crítica de CIRINO, ao contrário, evidencia um apego ao finalismo, por destacar a "realização do propósito", segundo deixa anotado.

consumación, y dolo o imprudencia, no son todavía importantes en este contexto."

⁶⁵⁰ - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria...*, p. 26. (mantido o formato original). No mesmo sentido, ZAFFARONI, E.R. et alii, *Derecho Penal*, p. 394: "...el concepto de personalidad es harto equívoco y con el requisito aclarativo de que sea expresión de la actividad anímico-espiritual se

Pode-se desde logo concluir, aqui, que quando se considera ação tudo o que emana do homem como centro anímico-espiritual, o critério mostra-se de certa maneira esvaziado, no sentido de não definir seguramente aquilo que é ação. Ou seja, aplicando o conceito da "manifestação da personalidade" a um fato da vida, não se obtém com certeza o que representa - ou não - "isso"⁶⁵¹. Afinal, se o conceito não porta o substrato da conduta humana, ou aquilo em que efetivamente ela consiste, como identificá-la ? Reconhece-o o próprio ROXIN:

"O conceito aqui defendido (...) proporciona um supraconceito válido para todas as manifestações da conduta delitativa, mas por outro lado renuncia a buscar o que conceitualmente têm em comum na unidade do substrato material (voluntariedade, corporalidade, finalidade, não evitação ou similar)." ⁶⁵²

Na verdade, e por força do método de análise, a ação como manifestação da personalidade traduz-se como o que remanesce após o julgamento consistente em checar não se houve ação, mas sim se incidem os casos de ausência de ação. Se não incidem, tem-se presente a manifestação da personalidade, como uma espécie de saldo residual. Todo o esforço conceitual, a partir disso, é para definir a diferença quando se suprimem, dos fatos da vida humana, as formas de ausência de ação. Por isso é que seu conceito é -

adelanta poco." ("...o conceito de personalidade é muito equívoco e com o requisito esclarecedor de que é "expressão da atividade anímico-espiritual" antecipa-se pouco.")

⁶⁵¹ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 265, percebe este detalhe: "...la caracterización [da ação humana] como "manifestación de la personalidad" tampoco ofrece una definición de la que lógicamente se pudiera deducir en el caso concreto lo que es una acción."

⁶⁵² - Idem, p. 265: "El concepto aquí defendido (...) proporciona un supraconcepto válido para todas las manifestaciones de la conducta delictiva, pero por otra parte renuncia a buscar lo que conceptualmente tienen en común

antes - o sinal do método empregado, do que propriamente expressão de conteúdo para definir conduta humana. Dentro desse espírito, ROXIN considera esta a "maneira adequada de formar conceitos", pois deve-se recorrer a conceitos amplos "se não se quer forçar de modo cientificista a matéria jurídica com sua riqueza de peculiaridades"⁶⁵³.

Fica evidente que ROXIN, quando formulou seu conceito amplo de conduta, anteviu, já aí, seu "punctum dolens", e procurou antecipar as críticas que sofreria e a respectiva defesa. Afinal, isto resulta do método - orientado pela função do conceito como elemento-limite, único pragmaticamente ordenado segundo um fim político-criminal - de constatação da existência de conduta humana em cada caso penal.

V.2.3- Vertente de GÜNTHER JAKOBS: a teoria da evitabilidade individual

Deparamo-nos, no funcionalismo de JAKOBS, com uma estrutura de pensamento completamente diferente daquela apresentada por ROXIN. Seu funcionalismo é radicalizado, no sentido de que "funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma teoria funcionalista sistêmica da sociedade"⁶⁵⁴, conforme pontua LUÍS GRECO. Para compreensão adequada, portanto, do pensamento de JAKOBS, é necessário: a) entender a função que

en la unidad del substrato material (voluntariedad, corporalidad, finalidad, no evitación o similar)."

⁶⁵³ - Idem, pp. 265-266: "Dicha clase de formación conceptual no es una solución apurada, sino que ante conceptos muy amplios, si no se quiere forzar de modo cientifista la materia jurídica con su riqueza de peculiaridades, es la única maner adecuada de formar los conceptos..."

⁶⁵⁴ - GRECO, L. "Introdução...", p. 139. Neste sentido, REGIS PRADO, L. Curso..., p. 164, nomina a teoria de JAKOBS como "funcionalista radical".

estabelece para o direito penal dentro do sistema social; b) esclarecer, dentro do direito penal, a função que desempenham as categorias básicas componentes do conceito de crime (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade). Nesta segunda fase, naturalmente, avulta o apego ao tema da teoria da conduta.

De início, desenhar o funcionamento do direito penal dentro do sistema social implica em - necessariamente - fazer uma ponte com a sociologia sistêmica, que é uma das características do funcionalismo em direito penal⁶⁵⁵. É precisamente isto que JAKOBS realiza em seu "Direito Penal - Fundamentos e Teoria da Imputação"⁶⁵⁶, tomando pontos de apoio na teoria sistêmica de LUHMANN, que avultam notadamente na definição da missão atribuída à pena⁶⁵⁷. Justifica JAKOBS o apoio na teoria sistêmica de LUHMANN porque nela se encontra...

"...atualmente a exposição mais clara da distinção entre sistemas sociais e sistemas psíquicos, com conseqüências para

⁶⁵⁵ - Esta ponte também se verifica na influência de PARSONS no pensamento de KNUT AMELUG, citada por ROXIN (n. 571). Particularmente, porém, não se repete na obra de ROXIN, porque baliza as funções do direito penal a partir de metas político-criminais, dentre as quais avulta a consecução dos fins preventivos da pena. Deste modo, atua o direito penal no sistema social segundo estas bases. Pensa o contrário, todavia, ZAFFARONI, E.R. et alii, *Derecho Penal*, p. 368 (v. n. 571), que vê a influência do pensamento de T. PARSONS e MERTON em ROXIN.

⁶⁵⁶ - A primeira edição, de 1983, foi saudada por ROXIN (apud PEÑARANDA, SUÁREZ e CANCIO, *Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, p. 114) nos seguintes termos: "Trata-se do mais audacioso e mais conseqüente esboço de um sistema puramente teleológico existente até esta data. Com isso, JAKOBS não só elaborou (...) a evolução dogmática dos últimos 20 anos. Sua ampla obra surpreende o leitor também com tal avalanche de reflexões originais que de certo modo já antecipa os próximos 30 anos..." Utilizamos-nos da 2ª ed., de 1991, traduzida para o espanhol em 1995.

⁶⁵⁷ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, pp. 13-14.

o sistema jurídico, embora geralmente à muita distância do direito penal.”⁶⁵⁸

Porém, busca estabelecer um limite à correlação costumeira que a doutrina estabelece entre sua obra e a teoria sistêmica luhmanniana, destacando que...

“...quem inclusive só conheça esta teoria [sistêmica de LUHMANN] superficialmente perceberá com rapidez que as considerações que aqui se efetuam de nenhum modo atêm-se a ela conseqüentemente, nem sequer em todas as questões principais.”⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ - Apud PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLES, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho Penal...*, pp. 30-31, nota 31: JAKOBS explica a incorporação de elementos da teoria de LUHMANN porque nela, na atualidade, encontra-se “la exposición más clara de la distinción entre sistemas sociales y sistemas psíquicos, con consecuencias para el sistema jurídico aunque generalmente a mucha distancia del Derecho penal.”

⁶⁵⁹ - Apud PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO. Op. cit., p. 31, n. 31: “Pero incluso quién sólo conozca esta teoría superficialmente advertirá con rapidez que las consideraciones que aquí se efectúan de ningún modo se atienen a ella conseqüentemente, ni siquiera en todas las cuestiones principales.” PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO inclusive aludem a outras fontes fundamentais de JAKOBS, como HEGEL e, num fabuloso comparativo, CARRARA (op. cit., pp. 31-34). Da leitura de TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, pp. 73-74, recolhe-se que em obras posteriores JAKOBS vem ganhando independência em relação a LUHMANN.

Objetivada porém a pretensão de traçar a função do direito penal dentro do sistema social, parte JAKOBS do fato de que a vigência segura e estável das normas é imprescindível para manter os contatos sociais⁶⁶⁰, no âmbito de um sistema social. Esta frase exige toda uma série de pressupostos de entendimento.

Em LUHMANN, a identificação do sistema social dá-se mediante o procedimento de diferenciá-lo de seu entorno ou ambiente. Diz LUHMANN:

"...sistema e entorno, enquanto constituem as duas partes de uma forma, podem sem dúvida existir separadamente, mas não podem existir, respectivamente, um sem o outro. A unidade da forma permanece pressuposta como diferença..."⁶⁶¹

Portanto, é possível reconhecer o sistema social quando se o distingue do seu entorno - ou ambiente - que se constitui para LUHMANN, segundo ZAFFARONI, dos "sistemas humanos"⁶⁶². Então, sistema social e sistemas humanos são partes de uma mesma "forma", e à medida que se reconhece um sistema, este se diferencia simultaneamente do outro sistema: para LUHMANN, ocorrem "simultaneidade e diferença temporal" quando "se efetua uma distinção", pois "se indica uma parte da forma; sem embargo, com ela se dá, ao mesmo tempo, a outra parte", de modo que "cada parte da forma (...) é a outra parte da outra."⁶⁶³ É neste passo que JAKOBS descortina,

⁶⁶⁰ - Cf. JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 11.

⁶⁶¹ - LUHMANN, Niklas. *Teoría de la Sociedad*, p. 37: "...sistema y entorno, en cuanto que constituyen las dos partes de una forma, pueden sin duda existir separadamente, pero no pueden existir, respectivamente, uno sin el otro. La unidad de la forma permanece presupuesta como diferencia..."

⁶⁶² - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 332: Em "...la tesis sistémica de LUHMANN (...) el ambiente del sistema social no es otra cosa que los sistemas humanos..."

⁶⁶³ - LUHMANN, N. *Teoría...*, p. 35: "Cuando se efectúa una distinción, se indica una parte de la forma; sin embargo con ella se dá, al mismo tiempo, la

elogia e se vale da diferenciação entre sistemas sociais e sistemas psíquicos.

O direito, neste contexto, assim como "a economia e a ciência, a política ou a educação", é um sistema de função. Todos estes "sistemas de funções" coincidem no fato "do operar comunicativo".⁶⁶⁴ Neste passo, comenta JUAREZ TAVARES acerca do pensamento luhmanniano...

"...o papel funcional do direito relacionado ao futuro de suas comunicações, explica a necessidade da simbolização de toda a ordem jurídica, cujas normas podem ser compreendidas como uma estrutura de expectativas simbolicamente generalizadas. Isto quer dizer que a simbolização desempenha a função de condição estabilizadora do sistema. (...) Como a norma jurídica tem como seu objeto material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta e sua regulação num futuro ainda desconhecido e incerto. A função da norma jurídica, desse modo, está orientada a redução das complexidades das relações vitais da sociedade, mediante uma formulação abstrata e indeterminada..."⁶⁶⁵

Estabelece-se, assim, o direito como subsistema a atuar dentro do sistema social. A sociedade é o "ambiente do sistema jurídico"⁶⁶⁶, seu "entorno". Deste modo, "todas as operações do sistema jurídico são sempre igualmente operações na sociedade", de maneira que "ao mesmo tempo em que se diferencia da sociedade, o sistema jurídico se executa

otra parte. Es decir, se da simultaneidad y diferencia temporal. Indicar es al mismo tiempo distinguir, así como distinguir es al mismo tiempo indicar. Cada parte de la forma, por tanto, es la otra parte de la otra."

⁶⁶⁴ - LUHMANN, N. *Teoría...*, p. 67: "...los sistemas de funciones como la economía o la ciencia, la política o la educación, la atención a los enfermos o el derecho (...) concuerdan (...) sólo en el hecho del operar comunicativo."

⁶⁶⁵ - TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 72.

⁶⁶⁶ - *Idem*, p. 69.

socialmente".⁶⁶⁷ A mesma percepção do pensamento de LUHMANN acerca do direito está presente em ZAFFARONI:

"A complexidade que o ambiente opõe ao sistema [social] é a multiplicidade de vivências dos seres humanos, que pluraliza as expectativas díspares. Mas isto é complexo para o sistema, porque encontra-se necessitado de harmonizá-las para estabilizar-se, de modo que sempre será o sistema o que determina o que é o complexo e o que dele deve selecionar e reduzir. Assim, o sistema vai selecionando seus próprios limites, mas também harmoniza as expectativas selecionando-as e simplificando estas seleções, com o estabelecimento de normas generalizantes e com crescente separação dos papéis relativos às concretas expectativas dos seres humanos."⁶⁶⁸

Ao modo de resumo, o sistema penal é subsistema do sistema social, operando dentro dele e - "pari passu" - dele se diferenciando, por força do seu agir comunicativo, calcado no binômio lingüístico justo/injusto (lícito/ilícito). Esta linguagem serve como símbolo da maneira de agir do direito. A função desta linguagem é reduzir o volume de expectativas entre os seres humanos. Estes, no seu conjunto, formam o ambiente do sistema social. A linguagem - simbolizada na norma que opera segundo o binômio justo/injusto - uniformiza as expectativas dos seres humanos nos contatos sociais e, através do sistema jurídico, leva à estabilidade do sistema social. Assim, "os sistemas sociais (...) estabilizam

⁶⁶⁷ - Ibid., p. 69.

⁶⁶⁸ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 332: "La complejidad que el ambiente opone al sistema [social] es la multiplicidad de vivencias de los humanos, que pluraliza las expectativas dispares. Pero esto es complejo para el sistema, porque se encuentra necesitado de armonizarlas para estabilizarse, de modo que siempre será el sistema el que determine qué es lo complejo y qué debe seleccionar y reducir de ello. Así, el sistema vá seleccionando sus propios límites, pero también armoniza las expectativas mediante una simplificación de las seleccionadas, con el establecimiento de normas generalizantes y con creciente separación de los roles respecto de las concretas expectativas de los humanos."

expectativas objetivas e válidas, pelas quais "se" pode orientar..."⁶⁶⁹ (LUHMANN), fornecendo ao homem "modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros."⁶⁷⁰ (LUÍS GRECO).

De fato, assinala JAKOBS que, nos contatos sociais, só é possível orientarmo-nos se não contarmos, a cada momento, com comportamentos imprevisíveis de outra pessoa. "Do contrário, cada contato social se converteria num risco imprevisível"⁶⁷¹. Assim, o ser humano cria expectativas ao estabelecê-los. Dentre estas expectativas quanto ao comportamento dos demais seres humanos, interessam dois grupos: a) aquelas baseadas nas leis da natureza, às quais estão sujeitos os seres humanos, v.g., em sua dimensão orgânica e fisiológica; b) aquelas especificamente baseadas na pretensão de que os demais sigam as normas vigentes⁶⁷².

Ao primeiro grupo percente, por exemplo, a expectativa de que, durante um ataque epilético, a pessoa tenha convulsões, ou afogue-se acaso não saiba nadar⁶⁷³. Espera-se, aqui, que o estado ou situação da outra parte no contato social siga as regras da natureza, e não que respeite normas jurídicas, pois isto se mostra impossível. A expectativa é de "caráter cognoscitivo", pois - explica JAKOBS - "em caso de decepção, houve erro no cálculo e deve-se voltar a aprender, isto é, calcular melhor para o

⁶⁶⁹ - Apud GRECO, L. "Introdução...", p. 139, n. 80.

⁶⁷⁰ - GRECO, L. Op. cit., p. 139.

⁶⁷¹ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 09. "...en los contactos sociales, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible." A palavra "impredecible" literalmente significa impossível de pré-dizer.

⁶⁷² - Idem, p. 10. A base disso também é luhmanniana, conforme se constata através de GRECO, L. "Introdução...", pp. 139-140: "LUHMANN prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas."

futuro".⁶⁷⁴ Deste modo, não se pode imputar a quebra de um jarro decorrente das convulsões ao epilético, nem tampouco a morte de outrem, pela falta de socorro, a quem não sabe nadar. A imputação destas situações às pessoas "poderia converter qualquer um em autor no sentido penal"⁶⁷⁵, anulando a segurança nas expectativas. Deste modo, estes casos devem ser tratados como evento natural, desinteressando ao direito penal. Daqui deriva algo sobremaneira importante: a separação destas expectativas assentadas em leis da natureza - cujas decorrências não podem ser imputadas ao ser humano - das expectativas calcadas em normas jurídicas, é atribuída por JAKOBS ao conceito de ação⁶⁷⁶. Aproximamo-nos, desde logo, da compreensão da função do conceito de ação no marco de uma teoria da imputação.

No segundo grupo situa-se, v.g., a expectativa normativa do proprietário de um veículo que o deixa no posto de gasolina para limpeza. Firma-se, para este proprietário, a expectativa de que os detentores do veículo cumpram o papel social que deles se espera, bem como mantenham-se distantes das condutas normativamente proibidas. Quando alguém reage de forma contrária à expectativa fundada na obediência à norma, gera-se - na terminologia de JAKOBS - uma "decepção" desta expectativa. No exemplo dado, haveria decepção para o dono do

⁶⁷³ - Ejemplos de JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 10.

⁶⁷⁴ - Ibid., p. 10: "*Estas expectativas [fundadas nas regras da natureza] son de carácter cognoscitivo, lo que quiere decir que en caso de decepción se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender...*", calculando-se melhor a situação para o futuro.

⁶⁷⁵ - Ibid., p. 10: "*El tratamiento de estas situaciones como algo natural ocurre porque la imputación de dichas situaciones podría convertir potencialmente a cualquiera en autor en sentido penal, sin posibilidad de revisión y consiguientemente anularía tanta seguridad en las expectativas como la que puede garantizar.*

⁶⁷⁶ - Ibid., p. 10: "*...los límites de esta clase de expectativa [assentadas em leis da natureza] con la siguiente [assentadas em normas] es el problema del concepto de acción...*"

veículo acaso o frentista responsável pela lavagem dele se apropriasse, *"animus rem sibi habendi"*, contrariando a norma que veda a apropriação indébita contida no tipo penal do art. 168, CP.

Neste embate entre a expectativa fincada na norma (ninguém deve apropriar-se de bens móveis alheios) e o fato correspondente à decepção (o frentista ter-se apossado com ânimo definitivo do veículo), deve prevalecer a primeira. Daí surge a necessidade de que a expectativa normativa se afirme "contrafaticamente"⁶⁷⁷, isto é, contra o fato que configurou a decepção: "prende-se o malfeitor para por em destaque a incorreção de sua conduta".⁶⁷⁸ Por isso, LUHMANN define que "normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente".⁶⁷⁹

Ao pressuposto de que "as pessoas vivem num mundo já conformado (dotado de instituições)"⁶⁸⁰, JAKOBS segue afirmando que as expectativas normativas (baseadas em normas jurídicas) podem referir-se a dois objetos: a) "expectativa de que todos mantenham em ordem seu círculo de organização, p/ que não se produzam efeitos exteriores capazes de gerar dano a outros."⁶⁸¹ Possuindo caráter negativo, impõe que os círculos de organização de cada ser humano permaneçam separados. Espera-se que um não "invada" o círculo do outro:

⁶⁷⁷ - Ibid., p. 10: "A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (contrafáticamente)..."

⁶⁷⁸ - Ibid., p. 11: "Se encierra al malhechor para poner de manifiesto lo incorrecto de su conducta."

⁶⁷⁹ - Apud GRECO, L. "Introdução...", p. 140.

⁶⁸⁰ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 11: "Dado que las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo viven en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones), las expectativas normativas estables (...) pueden referirse a dos distintos ámbitos de objetos."

do contrário, dá-se "decepção da expectativa", representada pelos "delitos de domínio ou delitos em virtude da responsabilidade por organização"⁶⁸²; b) expectativa de que as instituições funcionem ordenadamente, com conteúdo positivo: instituições devem estar em harmonia com esferas individuais de organização. "A decepção desta expectativa conduz aos delitos denominados 'de infração de um dever' ou 'delitos em virtude da responsabilidade institucional'"⁶⁸³.

Operando-se ainda com o exemplo do veículo, o frentista encarregado de lavá-lo deve abster-se de invadir o círculo de organização do proprietário⁶⁸⁴, competindo-lhe - na qualidade de frentista - garantir essa expectativa. Daí a origem da idéia de "competência" em JAKOBS, emanada do fato de que, segundo LUÍS GRECO, a...

*"...vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel - pedestre, motorista, esportista, eleitor - que consubstancia um feixe de expectativas", de modo que "cada qual é garante dessas expectativas"*⁶⁸⁵.

Portanto, o respeito às normas está em relação de dependência com o conhecimento de como está conformado o mundo e de segundo que regras estão interrelacionadas as

⁶⁸¹ - Ibid., p. 11: "Por una parte es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros."

⁶⁸² - Ibid., p. 11.

⁶⁸³ - Ibid., p. 11: "La decepción de esta expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de infracción de un deber o delitos en virtud de la responsabilidad institucional."

⁶⁸⁴ - Ibid., p. 46: "La norma obliga a elegir la organización a la cual no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma." ("A norma obriga a escolher a organização na qual não sucedam danos, mas o autor se organiza de modo que causa dano imputavelmente: seu projeto de conformação do mundo se opõe ao da norma.")

⁶⁸⁵ - GRECO, L. "Introdução...", p. 140, assinalando que a distinção entre crimes comissivos e omissivos perde força neste contexto.

trocas (ou seja, relações sociais). Sem estes conhecimentos, a vida em sociedade torna-se inviável. Porém, existindo, fixa-se o âmbito de "competência" de cada pessoa, e a infração da norma - da qual depende a estabilidade da vida em sociedade, assume caráter público⁶⁸⁶. Vem daí, segundo JAKOBS, que "aquele que descuida das regras elementares de convivência (...) a pena irá declará-lo incompetente"⁶⁸⁷.

Surge, pois, necessidade de traçar o significado da pena. Para tanto, JAKOBS parte da seguinte afirmação:

"A infração da norma não representa conflito penalmente relevante pelas suas conseqüências externas (...) o comportamento humano não é só um fato que surte efeitos no mundo exterior, mas é comportamento que "significa algo", na medida em que a pessoa domina ou pode dominá-lo. (...) Quem conduz um veículo bêbado (...) expressa com sua conduta que se encontra em situação na qual tem coisas mais importantes para respeitar que a vida dos participantes no tráfego".⁶⁸⁸

Esta contradição à norma por meio de uma conduta consiste na "quebra da norma". A conduta expressa um "significado" ou "sentido", qual seja:

"Ao sujeito que atua de um modo contrário à norma mediante uma conduta evitável imputa-se-lhe a formulação de uma máxima de comportamento incompatível com aquela, desautorizando-a

⁶⁸⁶ - JAKOBS, G. Derecho Penal..., p. 12.

⁶⁸⁷ - Idem, p. 11: "...al que descuida las reglas elementales de la convivencia: a este último sólo mediante la pena se le declarará incompetente."

⁶⁸⁸ - Ibid., p. 13: "La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas (...) el comportamiento humano no es sólo un suceso que surta efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona domina o puede dominar su comportamiento, éste "significa" también algo (...) Quien conduce un vehículo sabiendo que está bebido (...) expresa con su conducta que él, en la situación en que se encuentra, tiene otras cosas más importantes que respetar ante todo la vida de los participantes en el tráfico".

como modelo geral de orientação no contato social.”
(PEÑARANDA, SUÁREZ e CANCIO MELIÁ)⁶⁸⁹

Desde logo, verifica-se que se a infração penal funda-se exclusivamente no significado expresso pelo comportamento que desatende à norma, “significando” desprezo pela motivação que da norma poderia surgir e levar à sua obediência, descarta-se a lesão de um bem jurídico⁶⁹⁰ - na visão tradicional de entes protegidos pelo direito - como materialmente necessária para ocorrência do ilícito (princípio da lesividade). Talvez aqui - e só aqui - seja possível estabelecer uma relação entre a obra de JAKOBS e de seu mestre WELZEL, que partia da idéia de um direito penal calcado em desvalores de conduta (também desprestigiando o desvalor de resultado), fundando a punição na contrariedade ético-social do comportamento do sujeito ativo de um ilícito em relação aos mais elevados valores da consciência jurídica, sustentáculos do Estado e da sociedade.⁶⁹¹

No mais, lecionam PEÑARANDA, SUÁREZ e CANCIO MELIÁ, “separam-se a partir deste ponto por completo: em lugar da dogmática ontologicista de WELZEL, JAKOBS propugna uma

⁶⁸⁹ - PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO. *Un nuevo sistema del Derecho penal...*, p. 25: “El dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, en constituir un desencadenante de procesos causales nocivos, sino en su capacidad para expresar un determinado sentido: al sujeto que actúa de modo contrario a la norma mediante una conducta evitable se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquella, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social.”

⁶⁹⁰ - De fato, JAKOBS, G. “Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, in *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, pp. 43-60, descarta a idéia de que o direito penal sirva à proteção de bens jurídicos. Demonstrando este descarte, também, PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO. *Un nuevo sistema del Derecho penal...*, p. 26.

⁶⁹¹ - A respeito, para os excertos da obra de WELZEL no particular, v. n. 307 a 309.

renormatização dos conceitos jurídicos penais..."⁶⁹² Esta renormatização, é sabido, atende às funções dos conceitos dentro do sistema penal que, particularmente em JAKOBS, funcionam como fases para a imputação de um acontecimento ao sujeito que tinha como evitá-lo. Desde logo, o conceito de ação serve para distinguir as expectativas fundadas segundo as leis da natureza das expectativas fundadas em normas jurídicas: só a partir destas é possível imputar um acontecimento ao sujeito. Porém, isto não é suficiente, havendo necessidade de que se impute ao sujeito uma decepção que efetivamente contradiga uma norma: esta é a tarefa cumprida pelas categorias da tipicidade e da ilicitude, no âmbito da teoria da imputação.⁶⁹³

Retomando-se o tema do significado da pena para JAKOBS, este assinala que não só o comportamento, mas também a pena não deve ser considerada pelo seu efeito exterior (que seria meramente a imposição de um mal, "rectius", retributivismo), porquanto "significa algo, isto é, que o significado do comportamento infrator não é determinante e que o determinante segue sendo a norma."⁶⁹⁴ Colocam-se o significado do comportamento infracional e da pena num mesmo plano. Deste significado da pena deriva sua missão, consistente em "reafirmar a vigência da norma", conforme LUHMANN⁶⁹⁵, de modo a estabilizá-la. Não está a pena destinada, portanto, a evitar lesões de bens jurídicos. Em suma, define JAKOBS:

⁶⁹² - PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO. *Un nuevo sistema del Derecho penal...*, pp. 17-18.

⁶⁹³ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 13.

⁶⁹⁴ - Idem, p. 13: "La pena - como la infracción de la norma - no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (...) sino que también la pena

"Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo de uma pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma."⁶⁹⁶

Assim, muito embora varie o ambiente social dentro do qual a pena opera efeitos - e deste ambiente podem-se recolher objetivos através da pena muito variados - para JAKOBS há um núcleo imutável: em qualquer lugar e de modo atemporal, "a pena é sempre reação ante a infração de uma norma"⁶⁹⁷, que demonstra a necessidade de observá-la, sendo inflingida à custa de um responsável. Define-se, pois, como "mostra da vigência da norma às custas do responsável"⁶⁹⁸.

De certa forma, isto lembra a clássica posição de HEGEL⁶⁹⁹, no sentido de que se o crime é a negação do direito, a pena é a negação do crime: como dialeticamente a negação de uma negação é uma afirmação, tem-se que a pena - "negação da negação do direito" - é a afirmação do direito. Porém, é necessário traçar o paralelo somente no âmbito da "forma" como a noção do sentido da pena é apresentada: afinal, no idealismo de HEGEL vê-se uma maneira de fundamentar a pena de modo absoluto ou retributivista, ao passo que em JAKOBS a pena está fundada de modo relativo, dentro do marco de uma teoria relativista ou preventivista da pena, porquanto "relacionada" a finalidades que dizem respeito ao papel de

significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma"

⁶⁹⁵ - Apud JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 13: "Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma".

⁶⁹⁶ - JAKOBS, G. *Op. cit.*, p. 14: "Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de una pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma."

⁶⁹⁷ - *Idem*, p. 08: "La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma..."

estabilização de expectativas normativas do subsistema penal dentro do sistema social. Com razão, portanto, PEÑARANDA, SUÁREZ e CANCIO MELIÁ, afirmando que JAKOBS...

"...admitiu que a imagem que mostra a teoria absoluta da pena em HEGEL não difere muito de sua própria concepção; a diferença estaria estribada propriamente em que o ponto de referência na fundamentação hegeliana da pena é o conceito abstrato de Direito, enquanto que em JAKOBS esse ponto de referência vem constituído pelas condições de subsistência da sociedade..."⁷⁰⁰

De fato, JAKOBS considera que a pena serve para reafirmar contrafaticamente a validade da norma, impedindo que "prevaleça" o "significado" do comportamento antinormativo como desautorização da norma (modelo geral de conduta). Entre o fato que quebra a norma e a própria norma, esta prepondera, através da pena.

Acaso preponderasse o fato antinormativo "sobre" a norma, estaria em risco a tarefa cometida ao sistema penal no sentido de estabilizar e uniformizar as expectativas de comportamento, mediante normas, no âmbito dos contatos sociais. Quando os seres humanos passassem a perceber a não realização de suas expectativas normativas - ocorrendo a respectiva "decepção" - deixariam de "confiar" na norma como

⁶⁹⁸ - *Ibid.*, p. 09: "La pena (...) es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable."

⁶⁹⁹ - HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, pp. 100-108, em especial p. 106. Acerca de HEGEL, no sentido do texto, ROXIN, C. *Problemas Fundamentais...*, p. 16.

⁷⁰⁰ - PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO. *Un nuevo sistema del Derecho penal...*, p. 31: "...[JAKOBS] ha admitido que la imagen que muestra la teoría absoluta de la pena en HEGEL no difiere en mucho de su propia concepción; la diferencia estribaría propiamente en que el punto de referencia en la fundamentación hegeliana de la pena es el concepto abstracto de Derecho, mientras que en JAKOBS ese punto de referencia viene constituído por las condiciones de subsistencia de la sociedad..."

modelo geral de conduta e tomá-la, pois, como fator motivacional prevalecente no momento de praticar suas condutas.

Por isso, a teoria de JAKOBS acerca da pena é definida como "prevenção geral positiva": a) prevenção porque busca associar a pena a todos, "dado que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar"⁷⁰¹ - o exercício da confiança na norma faz com que se reforce o modelo geral de conduta como válido, estabilizando-se as expectativas e diminuindo o número de decepções, prevenindo-as; b) geral, porque opera em relação aos seres humanos em geral - que no seu conjunto compõem o "ambiente" do sistema social, na terminologia de LUHMANN aqui empregada por JAKOBS; c) positiva, porque a aplicação da pena restaura a confiança⁷⁰² das pessoas na norma como modelo geral de conduta e, portanto, a validade de suas expectativas normativas.

Sem embargo, importa destacar que em certa medida também a prevenção negativa opera no tocante ao exercício da fidelidade ao direito, oriundo - segundo JAKOBS - do fato das pessoas saberem que o comportamento antinormativo é onerado com a pena e "aprenderem em geral a considerá-lo como alternativa de comportamento a não ter em conta"⁷⁰³. Afinal, isto fica bem próximo da intimidação obtida a partir da velha

⁷⁰¹ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 18: "Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar". Com isso, todos exercitariam a "confiança na norma" como guia para as expectativas nos contatos sociais.

⁷⁰² - Idem, p. 18.

⁷⁰³ - Ibid., p. 18: "...la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese

teoria da coação psicológica de FEUERBACH, que infundia intimidação através da norma e dissuadia as pessoas em geral da prática de crimes. É cediço que a prevenção positiva opera mediante sentimentos axiologicamente positivos, como a "confiança" no valor da norma como regente das expectativas nos contatos sociais, e a prevenção negativa opera com sentimentos axiologicamente negativos, como a intimidação, o temor, através da "ameaça" da pena. Neste passo, a opção de JAKOBS pela primeira linha fica - de certa maneira - fragilizada.

ENFIM, a réplica ante a infração da norma mediante a pena não existe por si mesma (se isso ocorresse, estaríamos diante de uma teoria retributivista ou absoluta da pena, ao modo de HEGEL e KANT), mas porque, afirma JAKOBS, "na vida social não se pode renunciar a orientações garantidas"⁷⁰⁴. Deste modo, a pena surte efeitos no plano da interação social, devendo "proteger as condições de tal interação e tem, portanto, função preventiva"⁷⁰⁵.

Se a pena serve para restaurar a confiança na norma penal como expectativa normativa válida - o que é necessário para que se viva em sociedade, sem o risco de ser surpreendido nas relações sociais com condutas não esperadas - tem-se que, materialmente, "a contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas" traduz-se pela idéia de que as

comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta."

⁷⁰⁴ - Ibid., p. 18: "*La réplica ante la infracción de la norma por medio de pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas."*

⁷⁰⁵ - Ibid., p. 18: "*...la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no*

"expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e exigida na lei, não se dêem por perdidas quando resultam defraudadas"⁷⁰⁶.

Logo, o verdadeiro bem jurídico-penal protegido pelo direito penal é a "firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção"⁷⁰⁷, afastando-se de toda a tradição relativa à definição do bem jurídico como um ente ou valor juridicamente protegido. No homicídio, a lesão do bem jurídico-penal não está erigida na causação da morte (que é simplesmente lesão de um "bem"), mas na oposição à norma simbolizada pelo comportamento evitável de homicídio⁷⁰⁸. Então, exemplifica JAKOBS⁷⁰⁹, o bem jurídico-penal nos crimes contra a propriedade é a validade do conteúdo da norma que determina a proteção da propriedade; nas lesões, a validade do conteúdo da norma de que se deve respeitar a integridade física alheia, etc.

Em fechamento, pode-se verificar uma circularidade⁷¹⁰, própria do pensamento sistêmico de LUHMANN,

se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva."

⁷⁰⁶ - Ibid., p. 45: "La contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas."

⁷⁰⁷ - Ibid., p. 45: "...se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción..."

⁷⁰⁸ - Cf. JAKOBS, G. Op.cit., p. 46.

⁷⁰⁹ - Idem, p. 47.

⁷¹⁰ - Cf. nota com propriedade TAVARES, J. Teoria do Injusto Penal, pp. 70-71: "O sistema se produz e se reproduz por ele mesmo. Tendo em vista esta circularidade do sistema, fica abstraída para a definição dos seus elementos, qualquer relação de causalidade entre o sistema e o ambiente. Nisso assume particular importância o conceito de autopoiese, que justamente indica esta particularidade do sistema: um sistema operativamente fechado de normas se caracteriza pelo fato de que, para a produção de suas operações, se remete à rede de suas próprias operações e, nesse sentido, se reproduz." Ou seja: a norma penal é modelo de conduta que, contrariada pelo fato, é reafirmada pela pena e restabelecida como modelo de conduta que, novamente contrariada por um

aplicável ao sistema jurídico-penal concebido por JAKOBS: o direito penal tem por missão a proteção de suas próprias normas, e a pena serve sobretudo para restaurar a confiança na validade delas. O direito trata de proteger "a si mesmo", garantindo o funcionamento de suas próprias normas - é dizer, o sistema jurídico-penal reproduz-se e mantém-se de maneira autônoma (autopoiética, na linguagem trazida de LUHMANN⁷¹¹). Sem que tudo isso ocorra, não se firmam as expectativas normativas de conduta e a vida em sociedade não se torna possível.

Gera-se, - a partir daí - um problema a ser definido pelo próprio direito penal: de que maneira alguém será considerado "incompetente" por ter quebrado a expectativa de que sua conduta seguisse a norma penal e, pois, violado seu próprio âmbito de "competência"? Afinal, sendo-lhe imputável esta quebra de expectativa, há interesse por parte do direito penal na sua conduta. O mecanismo para realizar esta imputação é justamente a teoria do crime. Por isso, suas categorias relevantes (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade) são metodologicamente desenvolvidas por JAKOBS no sentido de que "funcionem" como mecanismos analíticos a partir dos quais seja possível estabelecer esta "imputação".

fato, é reafirmada pela pena e restabelecida como modelo de conduta, que... numa circularidade fechada, autônoma e incessante.

⁷¹¹ LUHMANN, N. *La sociedad...*, p. 39: "...el sistema - ciertamente en dependencia del entorno, pero en ningún sin él, y sin estar determinado por él - se puede organizar por sí mismo y puede construir su propio orden (...). A este nivel de la discusión el concepto de autopoiesis de HUMBERTO MATURANA significa un elemento nuevo. Los sistemas autopoieticos son los que producen por sí mismos no sólo sus estructuras, sino también los elementos de que están compuestos..." ("...o sistema - certamente em dependência com seu entorno, mas em nenhum caso sem ele, e sem estar determinado por ele -pode se organizar por si mesmo e pode construir sua própria ordem (...). Neste ponto o conceito de autopoiese de HUMBERTO MATURANA significa um elemento novo. Os sistemas autopoieticos são os que produzem por si mesmos não só suas estruturas, mas também os elementos de que estão compostos..."

Vem daí estarmos diante de um funcionalismo orientado por uma teoria da imputação, da qual faz parte o conceito de ação. Na definição de JAKOBS, a função da teoria da imputação é definir qual "pessoa há de ser castigada para a estabilização da norma"⁷¹², derivando que se pune aquele que contrariou a norma e é culpável por isso. Extraem-se daí três conceitos: a) comportamento do sujeito; b) infração de uma norma; c) culpabilidade, desenvolvidos a partir da teoria da imputação.⁷¹³ Interessa o primeiro deles, como foco temático: só há infração à norma mediante um comportamento. Entra em cena o conceito de conduta humana.

Referido conceito - dentro da teoria da imputação - serve para que se obtenham respostas a duas questões: a) o que é um sujeito; b) o que é sua ação.

Parte JAKOBS de uma crítica muito particular alusiva às teorias tradicionais (causal e finalista). Ambas definem o que é o sujeito considerando apenas aquilo que dele se projeta para o mundo exterior (um comportamento voluntário no causalismo, ou orientado a um fim externo, no finalismo), sem qualquer preocupação quanto aos impulsos que dão origem a este comportamento voluntário ou finalisticamente orientado, de maneira que, por mais irreprimíveis e fora de controle por parte do sujeito que sejam, não excluem a conduta. De forma sintética, elucida:

"Na determinação do sujeito da imputação se declara sistema uma estrutura psico-física da qual no âmbito do injusto só

⁷¹² - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 156: "La función de la imputación se deriva de la función de la pena y ya se esbozó en relación con ella. La imputación establece a qué persona ha de castigarse para la estabilización de la norma."

⁷¹³ - Tudo cf. JAKOBS, G. *Op. cit.*, p. 156.

interessa o "output" na forma de atos voluntários (conceito causal de ação) ou de atos dirigidos (conceito final), enquanto que o controle dos impulsos, no âmbito do injusto, é assunto (interno) do sistema, isto é, do sujeito da imputação."⁷¹⁴

Assim, não há ação (nem lícita) quando o sujeito consegue reprimir impulsos que o impelem a atuar ilicitamente, pois o sistema "sujeito" não gera "output", sendo questão cingida ao âmbito interno. Ao revés, o sujeito arrastado pela explosão dos impulsos atua.⁷¹⁵

Ora, este desprezo dos impulsos internos na definição de conduta dentro das teoria tradicionais leva JAKOBS a duas posições: a primeira consiste em concordar com esta postura, já que o direito penal não poderia descer a esta análise dos impulsos internos se de fato quer servir como maneira de assegurar expectativas em contatos sociais, porquanto a direção dos impulsos é absolutamente imprevisível⁷¹⁶. A segunda é negar serem referidas teorias (causal e finalista) efetivamente ontológicas - conforme pretendiam, sobretudo o finalismo. Afinal, o dado da realidade consistente nos impulsos que deram direção à vontade (ou seja, o "controle dos impulsos")⁷¹⁷ não assume qualquer importância no campo do injusto. Enfim...

"...partindo da distinção entre governo da ação e do impulso ou motivação", JAKOBS sustenta que a localização do primeiro

⁷¹⁴ - Ibid., p. 169: "En la determinación del sujeto de la imputación se declara sistema una estructura psicofísica de la cual en el ámbito del injusto sólo interesa el "output" en forma de actos voluntarios (concepto causal de acción) o de actos dirigidos (concepto final), mientras que el control de los impulsos, en el ámbito del injusto, es asunto (interno) del sistema, es decir, es asunto del sujeto de la imputación."

⁷¹⁵ - Ibid., p. 169.

⁷¹⁶ - Ibid., p. 170.

⁷¹⁷ - JAKOBS, G. *Idem*, p. 169.

no injusto e do segundo na culpabilidade não é uma questão ôntica [mesmo no finalismo], mas uma decisão acerca do sujeito do injusto, que corresponde ao direito penal.”⁷¹⁸

Esta crítica merece três considerações: a) a teoria finalista da conduta busca definir o que vem a ser ação humana, e não o que a gera, de modo que os impulsos - muito embora dados da realidade (verdadeiras estruturas “lógico objetivas”, se quisermos usar a terminologia welzeliana) - não teriam mesmo que ser referidos como parte do conceito de conduta; b) que o sistema analítico de crime, gerado a partir do ponto de partida da teoria finalista da ação, tem - de qualquer forma - lugar reservado ao tratamento jurídico-penal dos impulsos, no extrato da culpabilidade, pois servirão como objeto da censurabilidade do fato ao autor (v.g.: a violenta emoção reduz a censura; o impulso psicopatologicamente determinado pode diminuí-la ou até eliminá-la, se no momento da conduta impediu a formação da capacidade cognitivo-volitiva tangente à imputabilidade, na forma do art. 26, “caput”, CP); c) a crítica de JAKOBS não passa da evidência de que, desde logo, começa a aparecer o problema do tratamento de questões próprias da culpabilidade antecipadamente, no campo da conduta humana, que ocorre quando a conduta é definida como parte de uma teoria da imputação⁷¹⁹. A metodologia de JAKOBS, neste sentido, é

⁷¹⁸ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 392: “...partiendo de la distinción entre “gobierno de la acción” y del “impulso o motivación”, JAKOBS sostiene que la pertenencia del primero al injusto y del segundo a la culpabilidad no es una cuestión óntica, sino una decisión acerca del sujeto del injusto, que corresponde al derecho penal.”

⁷¹⁹ - Aliás, JAKOBS retoma a posição hegeliana ao final de seu trabalho sobre o conceito jurídico penal de ação (*Estudios...*, p. 124), concluindo que “el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable...” (“...o injusto não produz por si mesmo a pena, sendo jurídico-penalmente um mero conceito auxiliar. Por isso, um conceito de ação que armazene o programa completo do Direito Penal

criticada por SCHÜNEMANN, pois "a imputação se explica pela culpabilidade e a culpabilidade pela imputação, estabelecendo-se um círculo vicioso."⁷²⁰

De todo modo, após aceitar a maneira como o sujeito é identificado pelo causalismo e pelo finalismo - apontado porém sua ausência de base ontológica em ambas as teorias -, JAKOBS mostra-se pronto a enfrentar a tarefa de erigir um conceito de ação. Seu ponto de partida é LUHMANN, para quem, no âmbito do conceito jurídico-penal de ação, "...trata-se do que é um sujeito, do que é o mundo exterior para o sujeito e de quando se pode vincular a conformação do mundo exterior com o sujeito (imputá-la ao sujeito)."⁷²¹

Se a vinculação ao mundo exterior deve cingir-se ao sujeito, a imputação penal está orientada segundo as capacidades individuais, de maneira que o modo "standard" de executar um papel social não serve como referência para a imputação do acontecimento ao agente. A imputação, portanto, para JAKOBS, não se baseia nos elementos identificadores do titular de um determinado papel, senão afeta também a parte do sujeito que o fundamenta em sua singularidade, em distintos papéis, ou seja, de modo que os elementos de identidade são independentes dos papéis. Ex: um cirurgião descuidado em seu trabalho - o que lhe é individualmente

deve ser ampliado até a culpabilidade. Ação é converter-se a si mesmo em culpável..."

⁷²⁰ - SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 47: ao apresentar a culpabilidade como resultado da imputação jurídico-penal, "...la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso."

⁷²¹ - Apud JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 169: "El concepto penal de acción es, pues, una noción equívoca de lo que ha de analizarse [refere-se ao causal e ao finalista]); se trata de lo que es un sujeto, de lo que es mundo exterior para el sujeto y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársela)."

evitável - não pode evitar dúvidas sobre sua competência em outros papéis, aduzindo que o descumprimento das exigências foi especificamente vinculado ao papel de cirurgião.⁷²² Não se deixa de ter em conta o "standard" (até porque a imputação objetiva opera com critérios como o risco permitido para a atividade, i.é, recolhendo-o do respectivo papel social⁷²³), mas juntamente com a individualização, não em lugar dela. Ao fato de a imputação jurídico-penal dirigir-se não a papéis conformados dentro de uma objetiva ordem social, e sim ao sujeito individualmente determinado, JAKOBS denomina "garantia individualizadora".

Esta "garantia individualizadora" contém a idéia de que "as normas jurídicas sempre sejam o motivo dominante"⁷²⁴, no que reside absoluta lógica, porquanto não haveria razão para dirigir a norma como fator motivacional a... um papel social ! O papel é conformado pela norma de maneira objetiva - isto é, por existir como "dever ser", e não porque seu titular assume-a como fator motivacional determinante. Deriva daqui, portanto, a necessária consideração de um sujeito tomado em sua individualidade como destinatário do fator motivacional contido na norma.

Então, o sujeito que infringe a norma, optando por fator motivacional diverso, fá-lo como expressão de sentido individual. "A contrario sensu", frustradas as possibilidades de direção individual da ação - por exemplo, na provocação de um resultado morte -, falta uma...

⁷²² - JAKOBS, G. *Idem*, p. 172.

⁷²³ - Como deixa acentuado o próprio GÜNTHER JAKOBS (*A imputação objetiva no Direito Penal...*, p. 52).

⁷²⁴ - *Idem*, p. 172: "La garantía individualizadora tiene por contenido que las normas jurídicas siempre sean el motivo dominante."

"...expressão de sentido individual de que algo é mais importante que respeitar com caráter dominante a vida humana; falta, pois, um projeto desconforme ao direito e a norma não resulta lesionada".⁷²⁵

Afinal, um ato só é "expressão de sentido individual" quando se compreende quem é o sujeito e quando é responsável pelas conseqüências de sua organização⁷²⁶. A direção da ação determina-se sempre em função das capacidades individuais do autor, o que garante igualdade entre a expressão de sentido da ação e a expressão de sentido do sujeito. Nesta solução, o injusto é "objetivação de atitude incorreta frente à norma"⁷²⁷, cujo pressuposto é a evitabilidade individual do comportamento: se o comportamento individualmente não era evitável por qualquer razão - incluindo-se como razão a orientação baseada na norma - não há como ser tomado como "expressão de sentido do sujeito". Então, não haverá conduta.

Chega-se, pois, ao conceito de conduta como evitabilidade individual: a "teoria da evitabilidade individual" de JAKOBS, segundo a qual ação é "a causação de um resultado individualmente evitável"⁷²⁸. O que significa

⁷²⁵ - Ibid., p. 172: *Quando logo "se frustran las posibilidades de la dirección individual de la acción, como ocurre cuando el individuo causa inevitablemente (ni siquiera imprudentemente) un resultado, p.ej., una muerte, falta una expresión de sentido individual de que algo es más importante que respetar con carácter dominante la vida humana; falta, pues, un proyecto no conforme a Derecho y la norma no resulta lesionada."*

⁷²⁶ - Ibid., p. 172.

⁷²⁷ - Ibid., p. 173: *"En la solución aquí elegida el injusto no es ni perturbación de la existencia del bien jurídico (como en el concepto causal de acción) ni perturbación de la seguridad del bien jurídico (como en las teorías de la tentativa de orientación causalista), sino objetivación de una actitud incorrecta ante la norma."*

⁷²⁸ - Ibid., p. 174: *"La causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e (individualmente) imprudente."* Este conceito, em 1992, sofreu uma evolução dogmática apresentada pelo próprio JAKOBS, no texto "El concepto jurídico-penal de acción", in *Estudios de Derecho Penal*, pp. 101-125.

"causar um resultado" e o que se traduz como "individualmente evitável" faz parte da decomposição do conceito.

Desde logo, "causar um resultado" é gerar um mínimo de resultado externo. Este mínimo é representado pelo movimento corporal. Assim, ao definir-se a ação como "causação evitável de um resultado", não se trata de resultado no sentido dos crimes materiais, mas de todos os movimentos corporais cognoscíveis em sua conformação e - sendo cognoscíveis - de suas conseqüências.⁷²⁹ Com esta consideração, sem embargo de abrigar no conceito de conduta o resultado, JAKOBS claramente distingue sua teoria da inevitabilidade individual da teoria causal, que também alocava o resultado no conceito de conduta - porém, como resultado naturalístico (modificação no mundo exterior).

Importa salientar que - num trabalho ulterior⁷³⁰ - JAKOBS busca superar seu conceito de ação como "causação de um resultado individualmente evitável", aduzindo sua insuficiência frente à tentativa e aos crimes omissivos. Quanto à tentativa, assinala inexistente qualquer causação de resultado, exceto se este for considerado no sentido especificamente jurídico-penal, como "tomada de postura frente à vigência da norma"⁷³¹ por parte do sujeito. No caso de um crime de dano, o resultado não seria o dano em si, mas

⁷²⁹ - Ibid., p. 174.

⁷³⁰ - JAKOBS, G. "El concepto jurídico-penal de acción", in *Estudios de Derecho Penal*, pp. 101-125, trabalho de 1992, no qual supera o conceito de ação apresentado na obra "Direito Penal", insuficiente - segundo sua autocritica - no tocante à tentativa e crimes omissivos. (op.cit., pp. 111-112.)

⁷³¹ - JAKOBS, G. *Estudios...*, p. 117.

a postura do agente: "não reconheço nenhuma norma que me vincule e proíba a destruição"⁷³².

Ora, aqui - além de a ação englobar o resultado como acontecimento natural num primeiro momento (definição do livro "Direito Penal"), passa a englobar o "resultado jurídico" da postura contrária à norma: afinal, esta postura faz-se presente nos crimes tentados. Porém, tanto um resultado (natural) como o outro (jurídico) fazem parte da concepção de tipo penal, de modo que a definição de JAKOBS serve mais como definição da ação típica do que simplesmente da ação. Mais: a exigência de que o resultado produzido pelo autor seja uma postura contrária à norma, num conceito de ação restrito ao direito penal, acaba por exigir ilicitude para que exista ação! Então haverá aqui dupla frustração da conduta como elemento de enlace: não só pela confusão com dados da tipicidade, como também da ilicitude (postura contrária ao direito).

Já no que diz respeito à expressão "individualmente evitável", impende frisar que, para seu entendimento, não interessa saber sobre o conhecimento da norma por parte do sujeito da conduta. Aliás, o conhecimento da norma sequer é discutido no extrato da conduta humana - aspecto em que, aliás, coincide com as demais teorias. A propósito, diz JAKOBS:

"A evitabilidade é independente da cognoscibilidade da regulação jurídica e tem que ser assim porque a

⁷³² - Idem, p. 116: "Cuando sin razón alguna para hacerlo un autor destruye una cosa ajena, el sentido que expresa no es solamente "prefiero destruir la cosa a dejarla incólume" (...) sino también: "no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción", y ésta sí que es una proposición que pertenece al contexto jurídico-penal."

cognoscibilidade não aporta nada ao poder do autor de realizar ou não algo, mas só dá um bom motivo ao autor leal ao direito para utilizar seu poder a fim de evitar o proibido (assim como para realizar o prescrito)."⁷³³

Portanto, o que interessa no plano da conduta é saber se esta é evitável: somente se a resposta for positiva pode-se prosseguir nas fases destinadas à imputação de uma determinada configuração do mundo ao sujeito, que tenha significado "quebra" da norma e decepção de expectativa que em relação a ele (sujeito) se nutria. Afinal, sendo o evento individualmente evitável, é sinal de que a norma poderia pesar como fator determinante da conduta, denotando que o comportamento havido consistiu em desprezo à norma. Mas como determinar se havia evitabilidade na conduta ?

O método consiste em hipotetizar: o autor, tendo um motivo dominante para evitar uma determinada ação, havê-la-ia evitado ? O motivo se dá por suposição, ou "faz-se-de-conta" que há um motivo qualquer.⁷³⁴ Ex.: Se alguém joga telhas de um telhado⁷³⁵ numa calçada, pode evitar a ação "jogar telhas na calçada". Quando está consciente disso, basta-lhe omitir o "jogar"; se não está consciente da existência da calçada, ou as arremessa sem consciência atual

⁷³³ - Ibid., p. 173: "*La evitabilidad es, pues, independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica y tiene que ser así porque la cognoscibilidad no aporta nada en absoluto al poder del autor de realizar o no realizar algo, sino que sólo da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido (así como para realizar lo prescrito)...*" Evidentemente que isto entra em choque com a idéia de resultado como "tomada de postura contrária à norma" presente como elemento conceitual da ação em *Estudios...*, pp. 116-117.

⁷³⁴ - Ibid., p. 174: "*La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante para evitar una determinada acción, la habría evitado. Así, pues, el motivo se da por supuesto meramente...*"

⁷³⁵ - O exemplo é apresentado por JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 174. Optou-se pela palavra calçada, muito embora não corresponda à tradução literal, por tornar o exemplo mais claro.

(automatismo), ainda assim pode evitar ação se, suposta uma motivação dominante, reconhecer as características próprias da ação que está realizando e a omitir.

Então, em todos estes casos, há ação, independente de que o autor não esteja interessado em jogar telhas no caminho, não conheça eventual proibição disso ou não lhe importe a proibição (coloque-se de modo indiferente à norma). Porém...

"...é inevitável a ação se o autor não pode reconhecer que onde joga telhas passa uma calçada, ou que as telhas que joga caem onde passa a calçada (esta conhecida): então o autor executa a ação "jogar telhas", mas não a ação "jogar telhas numa calçada". O conteúdo de uma ação depende da respectiva capacidade de conhecer do sujeito atuante."⁷³⁶

Neste ponto, é importante fazer um reparo: a definição de JAKOBS alusiva à conduta, como ausente quando inevitável a ação, implica em novo tratamento do erro de tipo inevitável. Basta pensar no exemplo: não se pode imputar a ação de jogar telhas na calçada àquele que não tem como chegar à consciência de que ali há uma calçada, ou àquele que não tem como conhecer que atinge a calçada com as telhas, apesar de conhecer a existência do passeio: em ambos os casos, em atingindo uma pessoa, haveria tradicionalmente erro de tipo inevitável, porque o elemento cognitivo do dolo desapareceria, à vista da falsa representação da realidade, e a impossibilidade de cognição afastaria a aplicabilidade

⁷³⁶ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 174: "Pero sí es inevitable la acción si el autor no puede reconocer que allí donde arroja las tejas discurre un camino, o que las tejas que arroja caen donde discurre un camino (éste sí conocido)-: Entonces, el autor executa aun la acción "arrojar tejas", pero ya no la acción "arrojar tejas a un camino". Lo que es contenido de una acción depende, pues, de la respectiva capacidad de conocer del sujeto actuante."

subsidiária do tipo culposo. Porém, seguindo-se o raciocínio alusivo à inevitabilidade, a hipótese passa a excluir não só a tipicidade, mas também a própria ação humana !

Verifica-se, aqui, nova ofensa à idéia de que a definição de conduta, como elemento de enlace, não pode antecipar os extratos analíticos posteriores à constatação de existência de conduta humana, porquanto aqui, claramente, finda por mesclar-se o extrato da conduta ao da tipicidade. Como nota ZAFFARONI, a "individualmente não evitável causação de um resultado não seria uma ação atípica, e sim diretamente não seria uma ação."⁷³⁷ Isto é fruto de considerar a verificação da existência de conduta não propriamente como elemento necessário para a existência de crime, mas sim como fase necessária de uma teoria analítica do crime construída como teoria da imputação. Esta, porém, é a intenção de JAKOBS, para quem...

"...ação só é a causação imputável; sem esse fator normativo, considerando só o processo bio-psicológico, o que acontece pertence exclusivamente ao âmbito da natureza, e esta como tal carece de relevância jurídica. Só se a ação é entendida não como elemento natural no âmbito da imputação, mas como conceito que, por sua vez, se acha determinado pela imputação, a ação converter-se-á no que deve ser: uma tomada de postura relevante no plano da comunicação, uma expressão de sentido comunicativamente relevante."⁷³⁸

⁷³⁷ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 393: "La individualmente no evitable causación de un resultado no sería una acción atípica, sino que directamente no sería una acción."

⁷³⁸ - JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*, pp. 113-114: "...acción sólo es la causación imputable; sin ese factor normativo, considerando sólo el proceso bio-psicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaleza, y ésta como tal carece de relevancia jurídica. Sólo si la acción se entiende no como elemento natural en el ámbito de la imputación, sino como concepto que, a su vez, se halla determinado por la imputación, la acción se

Por outro lado, é bastante duvidoso que se aproxime da realidade - ou do senso comum - a conclusão de que, no exemplo, aquele que arremessa as telhas sobre uma calçada sem saber que ali existe o passeio esteja, de fato, a praticar uma ação de "jogar telhas", mas não de "jogar telhas na calçada". Resulta forçada esta maneira de expressar lingüisticamente o limite alcançado pela cognição do sujeito no caso concreto e, certamente, um terceiro observador, ao aquilatar o sentido social da conduta, de modo algum faria esta limitação. Se por "tomada de postura" se entende um "processo comunicativo, em que não só é relevante o horizonte de quem se expressa, mas também o do receptor" ⁷³⁹ (JAKOBS) - a idéia de que o sujeito "joga telhas" somente, ao invés da idéia de que "joga telhas na calçada", certamente não seria a conclusão do receptor (mormente se fosse atingido por um telha !) dentro do processo comunicativo. Enfim, é mais um reflexo do esforço de definir a conduta não pelo que de fato representa na realidade, mas sim pela missão que se lhe atribui, como primeira fase da teoria da imputação jurídico-penal.

De toda forma, fica compreendido que a ação, como "causação de um resultado individualmente evitável", abrange não só resultados no sentido dos crimes materiais, mas até mesmo o mero movimento corpóreo (resultado mínimo) e sua conseqüência ou, num ulterior desenvolvimento, o resultado jurídico-penal da "tomada de postura contrária a norma", com o que só existem ações ilícitas jurídico-penalmente; toma como individualmente evitáveis os resultados à medida que a

convertirá en lo que debe ser: una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante."

evitabilidade não é definida segundo o papel social realizado pelo sujeito, porém pelas suas capacidades individuais ("garantia individualizadora"); finalmente, centra a idéia de evitabilidade a partir da hipotetização de um motivo dominante qualquer que - se houvesse passado pela consciência do agente - impediria o resultado. Este motivo não precisa ser de ordem normativa: apenas prepara cancha para que, no âmbito do injusto - extrato de análise posterior - seja verificado se o motivo contido na norma foi desprezado em troca de outro mais relevante para o sujeito.

Verificado o conceito de ação pela teoria da evitabilidade individual, bem como decompostos seus elementos e, uma vez adiantado o fracasso da definição de JAKOBS para atuar como elemento de enlace, resta expor sua idoneidade como elemento básico e explorar sua atuação como elemento limite.

A "causação de um resultado individualmente evitável" é apresentada por JAKOBS como supraconceito que engloba o atuar doloso e o culposo. O conhecimento efetivo da execução da ação e de suas conseqüências corresponde ao dolo. Vale lembrar que se o agente conhece efetivamente tais aspectos, automaticamente conclui-se que pode evitá-la, segundo qualquer motivo hipotético. A possibilidade ou cognoscibilidade individual da ação e respectivas conseqüências, a seu turno, perfila-se como caracterização da imprudência. Neste caso - e da mesma forma - acaso houvesse uma motivação suposta qualquer, em face dela poderia o agente evitar o resultado. Em ambas as situações, as condições de

⁷³⁹ - Idem, p. 112: "Una "toma de postura" o "expresión de un sentido" sólo puede comprenderse como proceso comunicativo, en el que no sólo es relevante

evitabilidade, pertencem à ação e, pois, ao injusto. Afirma JAKOBS, em arremate, que:

"No âmbito do dolo, pois, definitivamente não existe diferença alguma com o conceito final de ação; porém substituiu-se a finalidade em relação com o resultado pelas condições de evitabilidade do resultado. Esta troca de ponto de vista proporciona um conceito de ação que inclui genuinamente ações culposas, bem como reações imprudentes automatizadas, isso através das respectivas condições de evitabilidade."⁷⁴⁰

Ora, se o funcionamento, no que toca a condutas culposas, fica garantido, o preço que se paga é novo comprometimento da atuação do conceito de conduta como elemento de enlace: a ausência de cognoscibilidade de determinados aspectos que conformam a conduta - que impedem o autor de evitá-la em havendo motivação diversa - leva à confusão com o elemento da previsibilidade objetiva, própria dos tipos culposos.

Como elemento básico, e em prosseguimento, diz-se que o supraconceito de ação deve abranger comissões e omissões. Desde logo, JAKOBS delimita o conceito "causação de resultado individualmente evitável" para as hipóteses de ação (comissões), pois na omissão não há causação de nada em sentido naturalístico.

el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor."

⁷⁴⁰ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 175: "En el ámbito del dolo, pues, no existe en definitiva diferencia alguna con el concepto final de acción; sólo que el punto de vista se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado. Este cambio del punto de vista proporciona un concepto de acción que incluye genuinamente acciones imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad."

Porém, existe também responsabilidade por "omitir evitar um acontecimento cujas condições foram suficientemente postas por outra parte"⁷⁴¹. Neste passo, a omissão também pressupõe evitabilidade, embora inversa - em comparação com os comissivos - quanto à motivação e movimento corporal, de modo que JAKOBS distingue:

"Na comissão, uma concorrência de impulsos consciente ou inconsciente conduz à formação de um motivo para o movimento corporal e este causa um resultado; na omissão se produz um acontecimento que não se produziria caso o autor houvesse se motivado a impedi-lo e realizasse os movimentos corporais necessários. (...) Se se equiparam evitabilidade e ação e se define a ação como um acontecimento que designa uma diferença (por ex., vida) entre um fazer (por ex., matar com um disparo ou salvar da morte) e um omitir (não disparar ou não salvar), com independência de qual das alternativas se realize, então a omissão se ajusta ao conceito de ação..."⁷⁴²

Porém, ao atentarmos para a maneira de produzir a diferença - fazer ou omitir - lingüisticamente "ação" não serve como superconceito, porque...

"...na ação há um motivo a mais, e como consequência disso um movimento corporal a mais: o motivo delitivo (o autor causou algo proibido, que deveria omitir), na omissão há um motivo

⁷⁴¹ - Idem, p. 175: "Pero no sólo hay responsabilidad por causaciones, sino también por omitir evitar un suceso cuyas condiciones ya han sido puestas suficientemente por otra parte."

⁷⁴² - Ibid., p. 175: "En la comisión, una concurrencia de impulsos consciente o inconsciente conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal y éste causa un resultado; en la omisión se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiese realizado los movimientos corporales necesarios. (...) Si se equiparan evitabilidad y acción y se define la acción como un suceso que designa una diferencia (p. ej., vida) entre un hacer (p. ej., matar de un disparo o salvar de la muerte) e un omitir (p. ej., no disparar o no salvar), con independencia de cuál de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción..."

(etc.) de menos: o motivo de evitar o resultado delitivo (o autor não causou algo proibido, mas deveria atuar)."⁷⁴³

Então, um supraconceito deve considerar semelhanças entre ação e omissão, o que fica difícil à medida em que se vincula a ação aos aspectos físicos e psíquicos que têm lugar no atuar (como no finalismo e no causalismo). Porém, conceituando-se ação como "causação evitável do resultado" e omissão como "não evitação evitável do resultado"⁷⁴⁴, "pode-se formar um supraconceito de comportamento que na respectiva diferença de resultado, evitável"⁷⁴⁵, visualize a unidade comum entre ação e omissão. Exemplifica JAKOBS com a causação evitável da morte de alguém comparada ao não impedimento evitável (dolosa ou culposamente) das condições pré-existentes da morte: ambos coincidem na diferença evitável entre as respectivas alternativas, situadas na distinção entre a vida e a morte⁷⁴⁶. Assim, se alguém mata outrem por disparo de arma de fogo, podia evitar o resultado diferente (morte) do "status" anterior da vítima (vida). Da mesma maneira, se um salva-vidas não socorre a vítima, prestando auxílio podia evitar o resultado morte, diferente em relação à situação anterior, em que vivia a vítima. O supraconceito de JAKOBS é enunciado assim: "Conduta é a evitabilidade de

⁷⁴³ - Ibid., p. 176: "...en la acción hay un motivo de más, y como consecuencia de éste un movimiento corporal de más: el motivo delictivo (el autor ha causado algo prohibido, que habría debido omitir), en la omisión hay un motivo (etc.) de menos: el motivo de evitar el resultado delictivo (el autor no ha causado algo prohibido, pero habría debido actuar)." Na sequência, JAKOBS retoma a idéia (op. cit., p. 941).

⁷⁴⁴ - Ibid., p. 177.

⁷⁴⁵ - Ibid., p. 177: "A partir del concepto (...) de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión."

⁷⁴⁶ - Ibid., p. 177.

uma diferença de resultado".⁷⁴⁷ Esta "diferença de resultado" deve ser interpretada em relação ao "status" anterior, naturalmente. Afinal, toda vez que se aponta uma "diferença", é em relação a uma situação de referência que, no caso, é o "status quo ante" (ou configuração do mundo pretérita ao fato).

Sem dúvida, o conceito abrange ação e omissão, cumprindo sua função como elemento básico. A fórmula utilizada - "evitabilidade de uma diferença de resultado" - carece entretanto da caracterização de quem é o sujeito - diz REGIS PRADO que "a noção de ação é concebida, de certa forma, com independência do agente homem"⁷⁴⁸. Assinalando que, para o próprio professor de Bonn, a caracterização do sujeito seria derivada do conceito de ação, há aqui uma aparente contradição. Sua superação, de toda forma, advém do desprendimento da dimensão humana do conceito de ação para JAKOBS, que concebe o sujeito da ação como mero sistema de imputação - daí derivando, inclusive, admitir a incriminação de pessoas jurídicas.

De outra banda, evitabilidade é possibilidade de evitar, de maneira que ação é a "possibilidade de evitar uma diferença de resultado" em relação ao "status" anterior. Ora, no plano hipotético - possibilidade de evitar - pode-se projetar a diferença de resultado (ex.: morte de uma pessoa atualmente viva) e sua evitabilidade, com o que chegaríamos - num manejo puro do conceito de JAKOBS - à existência de uma ação sem que nada ocorresse no mundo ! Por conseguinte, percebe-se que a "definição" de ação é, antes, uma forma de

⁷⁴⁷ - Ibid., p. 177: "Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado."

imputação do resultado "ex post factum", sendo imprescindível a análise "ex post" e inaplicável o conceito a partir de uma análise "ex ante factum".

De todo modo, JAKOBS veio a usar pouco depois, em 1992, o supraconceito de conduta como "converter-se de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado"⁷⁴⁹, sendo a palavra "determinante" alusiva ao esquema social de interpretação (teoria da imputação objetiva). Nesta evolução, está delineado o sujeito e a expressão "razão determinante" traduz a atribuíbilidade do resultado ao sujeito. Neste passo, ocorre uma combinação entre o ser humano e o curso causal, "através da imputação", para obter a ação humana. Não se realiza a imputação por força da antecipação mental do resultado (como no finalismo), porém segundo um esquema de interpretação derivado da constituição da sociedade, em que a ação só existe como *causação imputável*.

Note-se que, enquanto a doutrina vem apresentando a teoria da imputação objetiva como maneira de imputar o resultado ao agente no tipo objetivo, após a constatação da causalidade física - porém de maneira a limitá-la, evitando já no plano do tipo objetivo o "regressum ad infinitum" - JAKOBS expressamente antecipa-a, tornando-a parte do conceito de conduta humana.⁷⁵⁰ É justamente nesta idéia que está centrada a expressão "converter-se em razão determinante" de um resultado, ou seja, em alguém a quem este resultado possa

⁷⁴⁸ - REGIS PRADO, L. *Curso...*, p. 163.

⁷⁴⁹ - JAKOBS, G. *Estudios...*, p. 114: "...actuar significa, por tanto, lo siguiente: convertirse, de manera individualmente evitable, en razón determinante de un resultado, rigiéndose la calificación "determinante" por un esquema social de interpretación."

⁷⁵⁰ - Cf. JAKOBS, G. *Op. cit.*, p. 113.

ser atribuído, a partir de um esquema social de interpretação.

Difícil, porém, dentro deste contexto, é uniformizar o reportado "esquema social de interpretação", exceto se a norma for o único parâmetro. Porém, sendo o único parâmetro, cai-se novamente num conceito de ação típica, e não de ação. O comprometimento, de novo, da concepção de ação como elemento de enlace é o preço pago pela teoria da evitabilidade individual para chegar a um supraconceito de conduta capaz de albergar ação e omissão.

Resta verificar a atuação da teoria da evitabilidade individual como "elemento limite". Tomando-se o conceito de ação "a contrario sensu", não existirá qualquer ação nos casos de realização inevitável do resultado, bem como de ausência deste resultado.

Como de uma ação podem derivar conseqüências diversas, a evitabilidade é relativa, podendo haver ação frente a algumas conseqüências e não haver frente a outras⁷⁵¹. No exemplo de JAKOBS⁷⁵², um agente que dispara arma de fogo em um matagal, na crença evitável de estar descarregada, e finda por acertar alguém, cuja presença é inevitável não perceber, haverá: a) dolo no apertar o gatilho; b) culpa na produção do disparo; c) inexistência de ação em relação à lesão da pessoa.

Cumprе observar que o resultado configura a ação em JAKOBS, e sua evitabilidade varia segundo suas conseqüências. Mais uma vez, fica claro que - no primeiro

⁷⁵¹ - JAKOBS, G. *Derecho Penal*, p. 178.

extrato da teoria do crime - o problema de JAKOBS é apresentá-lo como fase para imputar o resultado ao agente. Assim, definir a ação humana não é preocupação "per si", mas somente enquanto funcione como fase da teoria da imputação.

Outra observação: dentro da forma mais tradicional, o caso do disparo de arma de fogo seria tratado não como hipótese de ausência de conduta, mas como erro de tipo invencível quanto à produção do resultado morte (pela imprevisibilidade objetiva de constatar-se no local a presença da vítima), pouco importando a efetiva evitabilidade do disparo (até porque um residual erro de tipo vencível tocante ao crime de disparo de arma de fogo - art. 10 da Lei 9437/97 - seria inviável, no sistema brasileiro, por ausência de forma culposa para esta conduta típica, "ex vi" art. 20, caput, CP).

Desde logo, se os resultados são exigíveis para a existência de ação - ainda que o mero movimento físico já o seja, ou, na revisão de 1992, a tomada de postura contra a norma a partir de um esquema social de interpretação - o pensamento não configura ação e, portanto, é impunível, atuando aqui o conceito de ação proposto por JAKOBS⁷⁵³ como elemento limite.

⁷⁵² - Ibid., p. 178.

⁷⁵³ - Ibid., p. 178, assinalando porém que o pensamento pode estar presente como fase intermediária da objetivação do comportamento, como o médico na hipótese de emergência: exige-se dele a formulação de pensamento correspondente ao diagnóstico, e o contrário é omissão. O que JAKOBS afirma é uma obviedade, uma vez que o "pensar" - neste caso - como ação prescrita, deve ser de qualquer forma objetivado e, assim sendo, se iguala às demais condutas que passam, antes da objetivação, por uma fase interna.

Dentro da idéia de evitabilidade como critério reitor, as ações em curto circuito (reações passionais) são evitáveis e, portanto, ações.⁷⁵⁴

Os automatismos (ou movimentos mecânicos repetidos), seguindo com o critério estribado na evitabilidade, podem ser condutas, perdendo importância a distinção entre automatismos como ação ou omissão. Afinal, tanto o acelerar (ação automatizada) como o deixar de frear (omissão automatizada) um veículo levam às mesmas diferenças, que podem ser evitadas no âmbito organizacional do agente⁷⁵⁵, em havendo motivação predominante.

Já os atos reflexos (em tratamento inovador) podem configurar omissões, pois - embora não se solucionem só com motivação - podem ser detidos com contra-atividade corporal (i.é, a motivação dirigida a evitar o ato reflexo determinaria uma ação em sentido contrário, como no exemplo da contração do músculo, que impediria o chute no médico que realiza o exame de reflexos com "toque de martelo" no joelho do atleta). Neste caso, segundo JAKOBS, só responderá aquele que for garante, em caso de omissão imprópria⁷⁵⁶.

Somente descarta-se a ação diante das reações absolutamente inevitáveis, como "reação enérgica de vômito" ou quando não se dispõe de tempo para reagir (caso de automatismos rápidos).

Como se viu, automatismos e atos reflexos variam segundo o caso concreto, como ação ou não-ação. De fato,

⁷⁵⁴ - Ibid., p. 181, "in fine".

⁷⁵⁵ - Ibid., p. 179.

⁷⁵⁶ - Ibid., pp. 179-180.

JAKOBS não proporciona tratamento unitário para ambas as figuras. Os automatismos, sendo neutralizáveis motivadoramente e não faltando tempo hábil para tanto, são ações, pois se houvesse motivação predominante, o movimento corporal não teria lugar (ex.: freiar e acelerar em pista congelada). Já automatismos independentes e determinados atos reflexos, embora não neutralizáveis motivadoramente, podem ser detidos por ato voluntário consciente (contra-atividade muscular), e a ausência deste ato é omissão. Agora, se...

"...o automatismo pode se desenvolver antes do sujeito perceber a situação ou o caráter errôneo de reagir automaticamente na situação (...) [casos em que] não é ação, nem a ausência de uma ação paralisadora é omissão. Ex.: o condutor freia automaticamente quando veículo balança em estrada supostamente molhada, mas na realidade manchada de graxa; ao freiar, veículo patina em seguida e lesiona outra pessoa."⁷⁵⁷

Este tratamento não uniforme em tema de atos reflexos e automatismos, muito embora aparentemente seja inseguro, é de inegável lógica dentro do sistema erigido por JAKOBS, uma vez que se pauta na inevitabilidade do resultado caso a caso. O problema reside em definir qual a "velocidade" a partir da qual o resultado pode ser evitado.

Outra dificuldade consiste em definir, nos atos reflexos (como o caso de reflexo patelar) o limite entre os casos em que é e não é viável a contração muscular para

⁷⁵⁷ - Ibid., p. 180: "El automatismo se puede desenvolver ya antes de que el sujeto haya percibido la situación o el carácter erróneo de reaccionar automáticamente en la situación: Entonces ello no es acción, ni la ausencia de una acción paralizadora es omisión. Ejemplo: El conductor frena automáticamente cuando el vehículo se balancea por una carretera supuestamente mojada, pero en realidad manchada de grasa; al frenar, el vehículo patina en seguida y lesiona a otra persona."

evitar o resultado (que não ocorrendo configura "omissão" para JAKOBS), pois faz-se necessário recorrer a um critério que beira à ciência médica, de manejo difícil no âmbito do direito penal.

Por fim, esta omissão existiria somente em relação aos garantes na omissão imprópria, afirma JAKOBS.⁷⁵⁸ Porém, além de ser uma extensão bastante exagerada do campo de garantia (o sujeito garantidor deve manter constante atenção sobre o controle da musculatura do próprio corpo, contraindo-a, para evitar atos reflexos), se for combinada com a idéia exposta por JAKOBS noutra obra, segundo a qual o homem é garante do seu próprio âmbito de organização ("o motorista é garante de que o emprego de seu veículo não produza dano algum"⁷⁵⁹), leva a um alargamento perigoso do âmbito respectivo ao dever de evitar o resultado.

Neste particular, correta a posição de JAKOBS quando afirma que, embora exclua-se ação quando inevitável o automatismo, pode haver responsabilidade "pelo comportamento pelo qual o sujeito veio a parar na situação (evitabilidade por haver empreendido uma situação)."⁷⁶⁰ Esta concepção se aproxima daquela que sustentamos para resolver, no âmbito do finalismo, o problema dos automatismos: considerá-los como

⁷⁵⁸ - Ibid., p. 180, supra.

⁷⁵⁹ - JAKOBS, G. *Estudios...*, p. 115: "...que alguien acelere conscientemente su automóvil, que afortunadamente perdía velocidad, (...) y así cause un grave daño, o que conscientemente no lo frene cuando el vehículo va a gran velocidad (simplemente limitándose a observar y omitir), causando así igualmente un grave daño, son dos posibilidades que tienen exactamente el mismo significado: en ambos casos el sujeto organiza su ámbito a costa de la víctima, se arroga por tanto un ámbito de organización. (...) Por ello puede decirse: el automovilista es garante de que el empleo de su vehículo no produzca daño alguno..."

⁷⁶⁰ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 180: "Aun faltando la evitabilidad en la situación, puede que el comportamiento por el que el sujeto ha venido a parar a la situación proporcione un fundamento de responsabilidad (evitabilidad por haber emprendido una situación)."

parte de ações mais amplas e finalisticamente dirigidas, v.g, a própria condução do veículo para algum local - de que o ato de frear é apenas parte - de modo que seja afirmada a existência da ação maior para, no extrato da tipicidade, atribuir-se ao agente, com base nela, o resultado a título de culpa ou, ao contrário, afastar o tipo culposo por ausência de previsibilidade objetiva.

Superados os problemas tangentes a atos reflexos e automatismos, cumpre definir que também não são ações as "modificações na situação do corpo de um sujeito em que não cabem intervenção suscetível de motivação"⁷⁶¹, nem omissões, quando não cabe resolver a "vis absoluta" através de "contra-atividade". Ao revés, a força física resistível é omissão, pois evitável mediante contra-atividade. Já a coação moral irresistível é ação, no que não discrepa das demais teorias.⁷⁶²

Quanto aos estados de inconsciência, se falta "...possibilidade de experimentar conscientemente a ação própria, falta o terreno em que deve produzir-se outra motivação predominante".⁷⁶³ No caso de embriaguez, é preciso traçar a fronteira entre a ação que o agente pode conscientemente experimentar e falta de possibilidade de experimentar. Porém, mesmo faltando ação, o mero "empreender a situação (...) pode dar lugar à responsabilidade"⁷⁶⁴,

⁷⁶¹ - Idem, p. 181: "*Las modificaciones de la situación del cuerpo de un sujeto en que no cabe intervención susceptible de motivación no son acción; en caso de fuerza absoluta, no se pueden resolver mediante contraactividad, es decir, no son tampoco omisión.*"

⁷⁶² - Ibid., p. 181.

⁷⁶³ - Ibid., p. 181: " [nos estados de inconsciência]... le falta al sujeto la posibilidad de experimentar conscientemente la acción propia, faltando así el terreno en que debe producirse otra motivación predominante."

⁷⁶⁴ - ibid., p. 182, observando tratar-se de solução idêntica àquela reservada para automatismos.

situação que se aplica à embriaguez e casos em que a pessoa *faz-se instrumento de si mesmo, como no clássico exemplo da mãe que, ao dormir, sufoca o filho que está posicionado junto de seu corpo* (reportado por JAKOBS⁷⁶⁵)

Sinteticamente, pode-se dizer que a teoria da *evitabilidade individual atua positivamente, como elemento limite, em relação a pensamentos, hipóteses de "vis absoluta", reações passionais ou em curto-circuito e estados de inconsciência. Porém, no tratamento de atos reflexos e automatismos, deixa a desejar - nem tanto pelo fato de proporcionar tratamento não uniforme para cada uma das figuras - mas, principalmente, por fazer a evitabilidade depender de uma impossível análise e delimitação da velocidade, no caso dos automatismos, bem como ao estender desmesuradamente o campo de atividades impostas ao garante, ao ponto de impor-lhe a contração muscular quando isto se mostra possível para evitar o ato reflexo de caráter somático, todavia previsível. Na pior das hipóteses, esta extensão estaria justificada somente se o agente tivesse tomado consciência do fator de estímulo do ato reflexo com antecedência.*

Finalmente, deriva da postura funcionalista orientada pela teoria dos sistemas de JAKOBS a possibilidade de as pessoas jurídicas delinquirem, em revisão da parêmia tradicional "*societas delinquere non potest*". Afinal, se para JAKOBS a definição de ação serve para definir o sujeito e quando a ele se imputa sua obra, questões naturalísticas não perpassam pela solução do problema. Importa, sim, a

⁷⁶⁵ - Ibid., p. 182.

"determinação valorativa do sujeito da imputação"⁷⁶⁶. Ora, determinando-se este sujeito como sistema - ambiente do sistema social - sua formação pode estar composta tanto de uma "pessoa física (mente e corpo)" como de uma "pessoa jurídica (estatutos e órgãos)". Afinal, interessam no pensamento de JAKOBS os "outputs". As atuações dos órgãos com apoio em seus estatutos são ações próprias da pessoa jurídica.⁷⁶⁷

Além da perda da dimensão humana do direito penal, que é coroada no funcionalismo sistêmico de JAKOBS - para o direito penal, a pessoa passa a ser um sistema psicossomático de "outputs" - fica difícil definir de que maneira a motivação segundo a norma pode ser digerida a órgãos que agem segundo estatutos, sem que se possa ver, por trás disso, a mão do ser humano - tanto na condução destes órgãos como na elaboração dos estatutos como roteiros de conduta.

V.2.4- Outras vertentes do funcionalismo

O funcionalismo atualmente em voga na Europa conduziu ainda a duas vertentes dignas de nota: a) uma corrente que nega a existência do conceito de conduta de maneira autônoma na estrutura analítica de crime; b) outra linha que não nega sua existência, porém define a ação humana a partir da omissão (conceitos negativos de ação).⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ - Ibid., p. 183: "Ya para las personas físicas la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico: más bien lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación..."

⁷⁶⁷ - Tudo cf. JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 183.

⁷⁶⁸ - FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões...*, p. 212; ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, pp. 390-391, dentre outros, empregam esta terminologia, que foi apresentada pioneiramente por HERZBERG, cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 247.

A primeira corrente não passa de reprodução de uma das conseqüências da aplicação do método neokantiano em direito penal, ao qual o funcionalismo está apegado. De fato, negar autonomia conceitual à conduta, como escalão analítico do crime, não é novidade, sendo precursora a posição de RADBRUCH⁷⁶⁹, de 1930, que operou a eliminação deste estrato analítico da conduta humana após concluir pela inviabilidade de um supraconceito que abrangesse ação e omissão, tomados como "A" e "não A".⁷⁷⁰

Além de esta postura chancelar a separação entre o mundo do "ser" e do "dever-ser" (seguindo a proposição metodológica da Escola de Baden, dentro de uma filosofia orientada por valores), deixava-se claro que somente interessariam ao direito penal aquelas condutas humanas selecionadas pelo tipo, devendo aí serem objeto de estudo. Como os tipos prevêm ações e omissões, à medida que proibem ou ordenam, abarcam todas as formas do comportamento humano, eliminando a respectiva discussão dogmática endereçada à busca de um supraconceito. Por outro lado, o método de trabalho visualizado na teoria analítica do crime ganhava velocidade.

Em 1962, de certa maneira ROXIN retoma esta postura, preconizando a absorção da categoria de ação dentro do tipo penal, como resultante de sua crítica à teoria finalista, chegando a propor - em lugar de uma teoria finalista da ação - uma "teoria final da tipicidade": caberia ao tipo penal determinar quais as condutas finais que

⁷⁶⁹ - Apud ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 390; JESCHECK, H.H. *Tratado...*, p. 278, nota 32; apud ROXIN, C. *Derecho...*, p. 238; apud MEZGER, E. *Derecho...*, pp. 86-87; apud TAVARES, J. *Teorias...*, p. 37. (v. n. 222).

⁷⁷⁰ - Apud ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 238.

estariam dotadas de "sentido jurídico"⁷⁷¹. Deixava evidente, com isso, que ao direito penal não interessavam as condutas em seu sentido natural, reforçando a estrutura neokantiana que guiava seu pensamento.

Outros autores seguiram a mesma linha. Conforme explica HIRSCH, PAUL BOCKELMANN abriu mão do conceito de ação ao sustentar que...

"...as normas penais devem sustentar juízos de desvalor social e eticamente fundamentados e que, portanto, trata-se unicamente de questionar que tipo de circunstâncias, nas quais se baseia o juízo de desvalor jurídico, compõem a específica incorreção do comportamento humano."⁷⁷²

Neste sentido, não interessaria ao direito saber o que é o comportamento, mas somente quais considerações sócio-éticas tornam-no desvalioso. Porém, é absolutamente inaceitável que este desvalor sócio-ético recaia sobre um objeto que não interessa ao direito penal. Afinal, o desvalor sócio-ético que é reputado condutor da seleção de comportamentos em direito penal, não passa de adjetivo que, sem substantivo, fica desprovido de sentido. Aqui, a lição de ZAFFARONI é lapidar: "...não [se] pode qualificar de típico

⁷⁷¹ - ROXIN, C. *Problemas fundamentais...*, p. 127. Naturalmente que, ao longo do texto, ficou evidente que esta não mais é a posição externada por ROXIN, que atualmente sustenta o conceito pessoal de ação, já explorado.

⁷⁷² - HIRSCH, H.J. *La polémica...*, p. 25: "*La postura de BOCKELMANN, según la cual estas consideraciones se extraen con base en que las normas penales deben sustentar juicios de desvalor social y éticamente fundamentados y que, por lo tanto, se trata únicamente de cuestionar qué tipo de circunstancias, en las que se basa el juicio de desvalor jurídico, componen la específica incorrección del comportamiento humano, podría posibilitar una fundamentación con independencia del concepto de acción.*"

ao que não se definiu previamente, deteriorando a tipicidade à condição de adjetivo sem substantivo.”⁷⁷³

Também SCHMIDHÄUSER adota esta linha, pois a ação não se apresenta como conceito superior para os fatos puníveis. Desta maneira, diz JUAREZ TAVARES, “segundo a natureza de seu objeto, o sistema prescinde de um conceito de ação e se deve dirigir, antes de tudo, à aplicação (...) da pena justa.”⁷⁷⁴ Curiosamente, critica o sistema justamente pelo seu perfil funcionalista:

“Dizer simplesmente que no Direito Penal não se trata de ações ordenadas sob um conceito superior, mas sim da aplicação da pena justa, é enfocar o Direito Penal sob prisma estritamente pragmático...”⁷⁷⁵

A título informativo, também situa-se nesta linha HELLMUTH VON WEBER⁷⁷⁶. Na doutrina espanhola, BUSTOS RAMÍREZ⁷⁷⁷, nega autonomia conceitual à ação, pois só interessam as típicas, bem como nega à ação a realização de funções que tradicionalmente lhe são cometidas (como supraconceito para comissão e omissão e função delimitadora)⁷⁷⁸.

Na doutrina italiana, seguem esta linha MARINUCCI-DOLCINI, definindo o crime como “fato humano antijurídico,

⁷⁷³ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 391: Na identificação da ação com a ação típica (supressão do escalão da conduta humana) “...no se explica qué capta el tipo (...) no puede calificar de típico a lo que no definió previamente, deteriorando a la tipicidad a la condición de adjetivo sin sustantivo.”

⁷⁷⁴ - TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 95.

⁷⁷⁵ - Idem, p. 97.

⁷⁷⁶ - Cf. ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 356.

⁷⁷⁷ - BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual...*, p. 151.

⁷⁷⁸ - Idem, pp. 145-146.

culpável e punível"⁷⁷⁹, bem como colocando a conduta como elemento do fato. Este, por seu turno, é definido como "o conjunto dos elementos objetivos que individualizam e caracterizam cada crime em particular como específica forma de ofensa a um ou mais bens jurídicos"⁷⁸⁰, dele fazendo parte a conduta, obtida a partir dos verbos empregados pelo legislador. Também FIANDACA-MUSCO assumem a posição de que a conduta humana está absorvida pela tipicidade, como elemento objetivo, aduzindo que "as teorias da ação (...) faliram no seu intento, porque (...) os dados da dogmática penal não se jogam na doutrina da ação, mas antes na doutrina da tipicidade e da antijuridicidade"⁷⁸¹.

Não obstante o extenso rol de partidários deste pensamento, tivemos ocasião de sustentar a necessidade dogmática de um conceito de ação pré-típico⁷⁸², basicamente porque não há lógica em construir um conceito de crime que não tenha objeto, destino ou substrato, a um, e - a dois - porque "funcionalmente" de fato existem tarefas que o conceito de ação cumpre, como primeiro escalão analítico, como elemento básico, de enlace e limite. Além disso, pontua ZAFFARONI, "uma ação concebida na medida dos tipos penais tem o sério inconveniente de que habilita o legislador penal para que disfarce de ações dados que não são tais."⁷⁸³ Não bastasse o sistema penal operar de modo a selecionar pessoas

⁷⁷⁹ - MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. , Emilio. "Corso di diritto penale", p. 478.

⁷⁸⁰ - Idem, p. 478: "...l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici."

⁷⁸¹ - FIANDACA, G. & MUSCO, E. Diritto Penale, p. 186: "...le teoria dell'azione (...) sono fallite nel loro intento, perché (...) `i dadi della dottrina penalistica non si giocano nella dottrina dell'azione, ma al più presto nella dottrina della tipicità e dell'antigiuridicità"

⁷⁸² - V. cap. II, Introdução.

⁷⁸³ - ZAFFARONI, E.R. et alii. Derecho Penal, p. 390: "...una acción concebida a la medida de los tipos penales tiene el serio inconveniente de que habilita al legislador penal para que disfrace de acciones datos que no son tales..."

estigmatizadas, secundarizando o ato e sobrevalorando o autor pelas características que ostenta - seu "ser" - teríamos, a partir do desatendimento da advertência do professor argentino, espaço a mais para o desenvolvimento de um direito penal de autor.

*Esta liberdade, que vem sendo a tônica de nossa crítica no tocante ao método neokantiano, ganha a mais absoluta plenitude nas teorias que consideram o conceito de ação absorvido no tipo, eliminando com isso o tradicional princípio "nullum crimen sine conducta"*⁷⁸⁴.

Outra linha que ganha corpo dentro do pensamento funcionalista é representada pelas teorias negativas da ação, que caracterizam-se por definir a conduta humana a partir da sua forma negativa, ou seja, pelo omitir⁷⁸⁵. Partem do princípio da evitabilidade⁷⁸⁶, segundo ROXIN, e têm em HERZBERG o representante pioneiro. Este autor, em 1972, elaborou uma concepção de ação que, segundo pretendia, seria capaz de abarcar comissão e omissão: "a ação em Direito Penal é o não evitar evitável em posição de garante."⁷⁸⁷

Assim, se A dispara arma de fogo contra B, não evita o que lhe era evitável, através de mera "retração" muscular e motora. Se A deixa de socorrer B, podendo fazê-lo,

⁷⁸⁴ - No mesmo sentido, ZAFFARONI et alii. *Derecho penal*, p. 390.

⁷⁸⁵ - JAKOBS, G. *Derecho Penal*, p. 177.

⁷⁸⁶ - Cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 247.

⁷⁸⁷ - Apud ROXIN, C. Op. cit., p. 247: "HERZBERG utiliza por primera vez el principio como base del concepto de acción que denomina "negativo" y que abarca por igual a la comisión y la omisión: "La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante." Há outras vertentes importantes de teorias negativas da ação, como a de BEHRENDT, que define existente uma ação toda a vez que há, por parte do homem, possibilidade de evitar suas "manifestações de destrutividade." (cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 248; CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 25), criticável porque cingida

e B morre, também não evita o que lhe era evitável, mediante o *trancamento do curso causal*.

Por outro lado, a posição de garante foi colocada para delimitar a teoria. Do contrário, neste momento estaríamos agindo em relação a todos os cursos causais que percebemos ou temos a possibilidade de perceber e não os interrompemos (o que levaria o direito penal a não dar conta de um horizonte de "condutas" tão imenso). Todavia, esta posição não deriva de especiais situações correspectivas à posição do agente (elencadas no art. 13 § 2º do CP), caso em que ficaria restrita aos crimes omissivos impróprios. Ao contrário, opera mesmo em crimes ativos, pois deriva da criação de perigo. Conforme evidencia ZAFFARONI, nesta teoria: "...qualquer pessoa atualiza sua periculosidade para bens com um movimento físico delitivo e, por isso, em função de uma conduta precedente, assumiria a posição de garante."⁷⁸⁸

É importante frisar que muitos autores tratam da teoria da evitabilidade individual de JAKOBS como integrante do grupo de teorias negativas da conduta⁷⁸⁹. Porém, JAKOBS somente conceitua a omissão de maneira semelhante a HERZBERG, no sentido de ser não evitação de um resultado individualmente evitável (não recorre à delimitação ao agente garantidor). Porém, o conceito de ação como "causação" não pode ser lido ao revés, pela omissão. Afinal, esclarece o próprio JAKOBS:

à ilicitude (que, levada a uma "psicologização", traduz-se como manifestação de destrutividade) e a de HARRO OTTO, comentada no corpo do texto (infra).

⁷⁸⁸ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 392: "La posición de garante (...) se generaliza y extiende también a la actividad, entendiendo que cualquier persona actualiza su peligrosidad para bienes con un movimiento

"O fato de que para o conceito de ação haja de tomar-se em conta a alternativa que se oferece ao autor conduziu erroneamente a que no delito comissivo só se considere já esta alternativa, e a intentar a solução do conceito de ação, tanto para a comissão como para a omissão, unitariamente, através do omitir..."⁷⁹⁰

Definido o conceito, cumpre anunciar sua inidoneidade para realizar a função de elemento básico, porquanto não abrange omissões própria, uma vez que nestas não há garante, nem mesmo invocando-se a ampliação conceitual de HERZBERG alusiva a crimes comissivos, pois não há qualquer "movimento físico delitivo" nem "conduta precedente". Aliás, apontam ROXIN⁷⁹¹ e ZAFFARONI⁷⁹² que HERZBERG reconhece esta dificuldade. Já FIGUEIREDO DIAS ataca o conceito negativo por não servir para abrangência dos crimes formais e de mera conduta, uma vez que exigiria a presença de um resultado material.⁷⁹³

Esta crítica, corretíssima, adenda a idéia de que nos crimes omissivos próprios o conceito de HERZBERG é descabido: afinal, se o objeto da "não evitação evitável" pudesse ser o próprio movimento, crimes comissivos de mera conduta e formais estariam abrigados no conceito; todavia, crimes omissivos próprios - que são de mera conduta - não estariam, porquanto implicam em ausência de movimento

físico delictivo y, por ello, en función de una conducta precedente, asumiría la posición de garante."

⁷⁸⁹ - A exemplo de ROXIN, C. *Derecho Penal*, pp. 248-249; ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, pp. 392-393.

⁷⁹⁰ - JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 177: "El hecho de que para el concepto de acción haya de tenerse en cuenta la alternativa que se le ofrece al autor ha conducido erróneamente a que en el delito de comisión sólo se considere ya la alternativa, y a intentar la solución del concepto de acción, tanto para la comisión como para la omisión, unitariamente, a través del omitir..."

⁷⁹¹ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 248.

⁷⁹² - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 392.

⁷⁹³ - FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões...*, p. 212.

(obviamente, no sentido ordenado pela norma, pois movimento diverso pode haver, conforme a teoria do "aliud agere", ou agir diverso do devido, bem como à noção de que omitir não é estar parado...).

Por outro lado, tampouco a função de elemento de enlace resta cumprida. A criação de perigo além do permitido, critério de imputação objetiva do resultado tradicionalmente utilizado em crimes culposos na verificação da quebra de dever de cuidado e, com o incremento da adoção da teoria da imputação objetiva, também nos crimes dolosos⁷⁹⁴, é pertinente ao extrato da tipicidade. Para definição da posição de garante, HERZBERG antecipa-o para o plano da conduta humana, quebrando a neutralidade conceitual da categoria da ação (o que, já se viu, é uma incorrência comum das linhas funcionalistas, justamente por conta da produção de conceitos a partir de valorações, de que é exemplo evidente a definição do agente garantidor na teoria de HERZBERG). Com isso, dá reflexamente razão à afirmação de ROXIN:

*"Essa proximidade ao tipo do conceito negativo de ação faz com que sofra também sua força expressiva, pois, de acordo com ele, as ações positivas ou valorativamente neutras não são ações em absoluto, já que não tem o menor sentido caracterizar como "não evitação evitável" a realização de uma boa obra ou a ingestão de uma comida."*⁷⁹⁵

Por outro lado, se ao invés de considerarmos que não há uma antecipação da tipicidade, mas sim uma fusão com o

⁷⁹⁴ - Cf., por exemplo, JAKOBS, G. *A imputação objetiva...*, pp. 24-25.

⁷⁹⁵ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 249: *"Esa proximidad al tipo del concepto negativo de acción hace que sufra también su fuerza expresiva, pues, de acuerdo con él, las acciones positivas o valorativamente neutras no son acciones en absoluto, ya que no tiene el menor sentido caracterizar como "no*

tipo, todas as críticas endereçadas às teorias que suprimem a autonomia conceitual de uma ação pré-típicamente concebida passam a ter, aqui, aplicação. Neste sentido, ZAFFARONI⁷⁹⁶ e, criticando principalmente a formulação de OTTO, que efetivamente descarta a ação pré-típica e maneja o respectivo conceito a partir do princípio da evitabilidade, o texto de CIRINO DOS SANTOS:

"A possibilidade de evitar o comportamento proibido constituiria o pressuposto da *obligatoriedad* da norma penal, independente de ser norma de *proibição* ou norma de *comando*. Ação e omissão de ação não seriam conceitos pré-típicos, elaborados por uma teoria pré-jurídica ou ontológica da ação, mas conceitos pertencentes ao tipo de injusto. O ponto de partida do conceito *negativo* de ação, portanto, seria o exame da ação dentro do *tipo de injusto*, para saber se o autor tinha a possibilidade de influenciar o curso causal concreto conducente ao resultado, mediante conduta *dirigida* pela vontade."⁷⁹⁷

Por força da adoção do princípio da evitabilidade como base de construção conceitual - no que se assemelha à teoria de JAKOBS (evitabilidade individual) - a atuação do conceito como elemento limite também desserve, porquanto acaba acusando como "não-ação" casos em que há, efetivamente, ações, porém inevitáveis por desconhecimento da situação típica (erro de tipo inevitável) ou por impossibilidade de conhecer a ilicitude da conduta (erro de proibição inevitável). É dizer, delimita demais a atuação do direito penal já no primeiro extrato, por força de antecipar

evitación evitable" la realización de una buena obra o la ingestión de una comida."

⁷⁹⁶ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 392.

⁷⁹⁷ - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 24 (mantida a formatação original).

raciocínios e institutos próprios dos extratos posteriores de análise.

Por tudo isso, as teorias negativas da conduta desmerecem nossa preferência.

V.2.5- A perspectiva funcionalista da conduta humana e o direito penal brasileiro

Na teoria do crime, um conceito pré-típico de conduta humana faz-se necessário, à vista das tradicionais funções atribuídas a esta categoria - atuações qualificadas por ROXIN como de elemento básico, elemento de enlace e elemento-limite, aqui encampadas. Demais, o "nullum crimen sine conducta" contribui para impedir um discurso jurídico-penal voltado a atuar como direito penal de autor. É verdade que prepondera esta forma de direito penal não tanto na letra da lei, mas no modo de atuação do sistema penal (polícias, magistratura, Ministério Público e outros órgãos). Sem embargo, importaria proteger ao menos o discurso jurídico-penal, para não se apresentar como punitivo de modos de ser e não de ações.

As implicações de um direito penal de autor são da mais variada ordem. Pode ocupar-se do combate de um "modo de ser" político (aqui cabe recordar o sistema de classificação dos cidadãos segundo o grau de contribuição para o regime nazista, como ocorreu no governo militar alemão imediato ao pós-guerra⁷⁹⁸), em que fica evidente o uso do direito penal e,

⁷⁹⁸ - Cf. notícia MUÑOZ CONDE, F. "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo", in *Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araujo Junior*, p. 236, dando conta de que MEZGER foi classificado "...por la Comisión de Depuración como colaborador de 'segunda categoría' ('Mittläufer, lit.

principalmente, do sistema penal que o opera, como mecanismo de legitimação de qualquer grupo que esteja no poder (no caso, o grupo que sucedeu ao nacional-socialismo⁷⁹⁹). No Brasil, a doutrina de segurança nacional produziu uma legislação penal bastante sintomática disso. Quanto à forma de atuação do sistema penal, perceptível de modo geral (tanto que oferece temática para obras inesquecíveis como o filme "Z", de COSTA-GAVRAS), é muito oportuno invocar a "teoria do conflito", que - leciona ZAFFARONI - concebe a sociedade como...

"...integrada por grupos cujos interesses não coincidem, senão colidem e competem, o que dá lugar a um processo de troca contínua. Neste marco o poder punitivo não tem signo positivo, porque intervém na conflitividade social sempre ao lado do mais forte...".⁸⁰⁰

Nota-se, aqui, a importância que um direito penal de autor assume para os grupos controladores do poder: basta identificar o perfil ideológico, agregado de outros fatores

'cocorredor', 'compañero de correrías') del régimen nazi.", do que derivou sua prisão por algumas semanas em Nüremberg.

⁷⁹⁹ - BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*, pp. 23-24, coloca o desenvolvimento do finalismo como resposta de HANS WELZEL ao direito penal nazista, o que é sobremaneira interessante na medida em que alguns detratores do Professor de Bonn consideram-no afinado justamente com o nazismo. Certamente, a missão do direito penal, de cunho eticizante, elaborada por WELZEL, adapta-se a sistemas autoritários. Porém, o apego a "estruturas lógico-objetivas" limita o poder punitivo, ao vinculá-lo a dados da realidade, dando plena razão ao Professor CLÁUDIO BRANDÃO. Impende notar, no mais, que o Nacional-Socialismo alemão igualmente valeu-se de sistemas classificatórios raciais, como é sabido, operando um sistema penal que impunha, por exemplo, execuções penais diversas, segundo a tipologia racial, ou apelando para tipos de autor (v.g., "criminosos políticos"). Na literatura, v. LEVI, Primo. *É isto um homem?*, pp. 30-31, dentre outras.

⁸⁰⁰ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 371: "El vínculo que establece un derecho penal reductor con las ciencias sociales debe ser preferentemente a través del marco de una sociedad entendida conforme a una teoría del conflicto, es decir, una sociedad integrada por grupos cuyos intereses no coinciden sino que colisionan y compiten, lo que da lugar a un proceso de cambio continuo. En este marco el poder punitivo no tiene signo positivo, porque interviene en la conflictividad social siempre del lado del más fuerte, tal como se certifica con toda la historia del poder punitivo."

(podem ser, por exemplo, de ordem étnico-racial, ou derivados de faixas de renda, faixas etárias, etc.) e combatê-los mediante os conseqüentes tipos penais de autor.

Uma implicação - ou "modo de ser" imposto sob prisma social - também pode ser apontada, como no exemplo típico do art. 59 da Lei de Contravenções Penais brasileira, que pune a "vadiagem" de quem se entrega à ociosidade sem meios de subsistência, independentemente de haver qualquer lesão a bens jurídicos (ofensa ao princípio da lesividade). Referida legislação estampa a atribuição ao Estado de um discutível poder de amoldar os cidadãos como massa física de trabalho - não por outra razão, a LCP brasileira tem no "trabalhismo" de VARGAS seu pano-de-fundo político, com nítida inspiração na legislação fascista italiana.

O Estado, dentro de uma linha de direito penal de autor, chega inclusive a impor um "modo de ser" no campo íntimo da sexualidade: basta invocar as legislações que punem o homossexualismo, inspiradas por uma moral sexual média de origem canônica. As ordenações reinóis também serviram como exemplo deste tipo de preocupação, "cercando" a sexualidade de limites que, em verdade, pertencem à esfera de intimidade do indivíduo, enquanto não relacionadas com pessoas privadas de vontade ou com capacidade de autodeterminação sexual diminuída.

No tocante às teorias da pena, as linhas preventivo-especiais encaixam-se com perfeição à idéia central de um direito penal de autor. Afinal, operam como corolários de um direito penal perigosista, à medida em que a "ressocialização" é justamente uma forma atenuada de

exteriorizar a eliminação da periculosidade do indivíduo como criminoso em potencial. Ressocializar é adaptar o "modo de ser" a um padrão comportamental imposto verticalmente, de cima para baixo (dos homens que formam a cúpula do Estado para - ou melhor, "contra" - o povo).

Nas vertentes positivistas-naturalistas originais, apelava-se inclusive para uma terminologia medicamentosa: "curar" a tendência ao comportamento desviante era a tarefa de um direito penal que se apresentava como "medicina", sendo o criminoso um "doente" social. Deste direito não resultavam penas, mas medidas, aplicadas até o "doente" recuperar-se, "rectius", por tempo indeterminado⁸⁰¹. Contra tudo isso volta-se o discurso político-criminal de SALO DE CARVALHO acerca do "garantismo" no setor da teoria da pena e da execução penal, pois "a pena, desde perspectiva secularizadora, não pode servir como instrumento de reforço ou imposição de determinada moral", estando "a interioridade do sujeito (...) imunizada contra qualquer tipo de intromissão estatal."⁸⁰²

Toda esta relação de imposições tangentes ao "modo de ser" reforçam o poder estatal, elevando-o a limites intoleráveis, na exata medida em que privam a "autorealização" do indivíduo⁸⁰³.

⁸⁰¹ - V., neste sentido, MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, A. "As tres escolas penaes", p. 297 e, em especial, as analogias de ESMERALDINO BANDEIRA, citadas nas pp. 296-297. As medidas de segurança, cuja origem dogmática está no pensamento penal preventivista do final do século XIX, são indeterminadas em seu limite máximo no sistema jurídico-penal brasileiro, cf. art. 97, parágrafo 1º, CP.

⁸⁰² - CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 286.

⁸⁰³ - A expressão é de ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, p. 371, que acusa o direito penal de coarctar esta "autorealização". No mesmo sentido, o texto de CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, p. 288, ao apontar como preservado, dentro de um direito penal guiado pelo princípio da secularização

Em suma, contra toda esta extensa variante - e outras não contempladas - de conseqüências de um direito penal de autor, há necessidade de dar-se firme cumprimento à parêmia "nullum crimen sine conducta". Parte daí a necessidade metodológica de inaugurar qualquer análise de um crime questionando a existência de conduta humana. Sem conduta, não há direito penal de ato. Por conseguinte, avulta a necessidade de uma definição do que é a conduta.

Natural que só isto não basta para fincar a observância de antedita parêmia. Sem a atuação do princípio da legalidade, nas dimensões de lei prévia, estrita, escrita e certa, de nada vale o sistema de análise do crime partir do conceito de conduta humana. Porém, este princípio atua basicamente através do estrato da tipicidade, refugindo aos limites do tema ora lançado.

De outra banda, também impende questionar: há necessidade de pré-tipicidade no tratamento sistemático do conceito de conduta? Parece que sim. O legislador, no momento da construção dos tipos, passa a ter na elaboração conceitual de conduta um limite; demais, leva-se o intérprete a uma exegese consentânea com um direito penal de ato e, principalmente, torna o sistema de proibições e preceitos mais facilmente inteligível para o cidadão, que atua como destinatário tanto do preceito primário como do secundário⁸⁰⁴.

Voltamos a insistir: a existência de um conceito de conduta pré-típico não é suficiente para construção de um

(em que o direito penal desserve para impor determinadas morais), o "direito à perversidade", de "ser e continuar sendo quem deseja", em favor do cidadão.
⁸⁰⁴ - Não só o juiz, mas também o cidadão é destinatário do preceito secundário, ou sanção: afinal, se ao juiz cabe aplicá-lo, ao cidadão cabe sofrer suas conseqüências, na qualidade de sentenciado e condenado.

direito penal de garantias pleno. Afinal, de princípios como o da lesividade, intervenção mínima e - principalmente - legalidade, na quádrupla geração de efeitos como "lex praevia", "stricta", "scripta" e "certa" (princípio da taxatividade das normas), também depende o desenvolvimento de um direito penal de perfil democrático. Sem embargo, a definição pré-típica de conduta, se não suficiente, é condição necessária para referido desenvolvimento.

Na seqüência, duas outras indagações se apresentam: o método empregado para obter os conceitos em direito penal pode descartar a base ontológica da conduta, ou ao menos a pretensão de buscá-la? Como o direito penal brasileiro comporta-se diante dessa situação?

Desde logo, se a teoria finalista da conduta é justamente o emblema do compromisso do direito penal com a conduta humana enquanto dado ôntico, as teorias pós-finalistas (teorias sociais da ação e teorias funcionalistas) são símbolos do rechaço de qualquer vínculo desta ordem - a libertação da doutrina, do legislador e do intérprete dos "grilhões" representados pelo necessário respeito às "estruturas lógico-reais", pré-existentes ao conhecimento humano (teorias realistas do conhecimento).

No direito penal brasileiro, o predomínio doutrinário da teoria finalista da conduta é evidente. Também tem-se, "de lege lata", a incorporação, na reforma do CP de 1984, de claros traços de herança welzeliana: o tratamento do erro de tipo, no art. 20, "caput", CP, com exclusão do dolo, evidencia a localização sistemática do dolo no tipo; a necessidade de o resultado, nos crimes preterdolosos, poder

ser atribuído ao autor somente por culpa ou dolo, art. 19, CP, é símbolo da subjetivação do injusto (ou teoria do injusto pessoal); de igual modo, encampam aspectos da teoria do injusto pessoal os institutos do art. 29, §§ 1º e 2º, tangentes à participação de menor importância e cooperação dolosamente distinta, bem como o próprio "caput", trazendo a "medida da culpabilidade" como atenuante dos efeitos da adoção da teoria monista (esta, corolário da teoria da equivalência dos antecedentes, em tema de causalidade); o tratamento do erro de proibição (direto, mandamental e indireto quanto aos limites da norma), art. 21, que se invencível elimina a culpabilidade (evidenciando o isolamento do elemento normativo da potencial consciência da ilicitude no campo da culpabilidade, em abandono da teoria psicológico-normativa e - portanto - a adoção da teoria normativa). Frise-se que somente o erro de proibição indireto quanto aos pressupostos fáticos da causa permissiva é que discrepam da proposição de WELZEL, adotando-se no Brasil a teoria normativa limitada, e não a teoria normativa pura da culpabilidade.

Tudo isso é relevante ao definir-se, portanto, que as heranças do sistema finalista de WELZEL encontradas na legislação brasileira podem ser posicionadas como conquistas legislativas que sintetizam a evolução dogmática do direito penal dos anos cinquenta a setenta (com clara inspiração na reforma do StGB que findou em 1975), sem que isto implique em afirmar um compromisso necessário com a teoria finalista da conduta no plano legislativo. Afinal, não se pode confundir o sistema analítico de crime criado por WELZEL, que parte da teoria finalista da conduta, com a própria teoria da conduta. Some-se a isso o fato de não se poder dizer de uma expressa

adoção da teoria finalista da conduta "de lege lata", no Brasil, porque simplesmente a legislação não faz qualquer alusão ao tema.

Porém, muitos dos aspectos encontrados na lei brasileira são igualmente mantidos em linhas pós-finalistas, tanto dentre os partidários das teorias sociais da ação como dentre os funcionalistas. Aliás, foi visto que o finalismo não é criticado tanto pelos seus efeitos, mas muito mais pelo fato de seu método amarrar legislador e intérprete a dados ônticos⁸⁰⁵, que limitam a capacidade de criar-se um direito penal com desempenho funcional mais favorável, quando para tanto exigem-se conceitos que entram em choque com os dados vinculantes da realidade (ou estruturas lógico-reais).

Apesar do contrasenso em admitir-se pelo menos as grandes linhas herdadas de WELZEL como corretas (injusto pessoal, culpabilidade normativa) e atacar-se o mecanismo através do qual se as obteve⁸⁰⁶, é importante frisar que os sistemas pós-finalistas podem operar com heranças do finalismo e afastar - ao mesmo tempo - tanto seu método, como a própria teoria da conduta de cariz ontológico. É que a liberdade de criação garantida pelo método neokantiano de certa maneira concede este "conforto" ao doutrinador.

De forma conclusiva, a legislação brasileira adota uma série de heranças geradas no bojo do pensamento finalista welzeliano, porém não deixa evidente a teoria da conduta que deve ser manejada em cada caso concreto, e muito menos

⁸⁰⁵ - V. cap. V.2., subdivisão V.2.1 e, especialmente, n. 558.

⁸⁰⁶ - Com correção observa em tom crítico RÉGIS PRADO, L. Curso..., p. 165: "...de um lado, aceitam-se as conseqüências do finalismo na teoria jurídica do delito, e, de outro, refuta-se o seu conceito de ação."

resolve se esta teoria deve ou não partir da conduta como dado ôntico.

Tarefa necessária é, pois, tomarmos posição quanto à vinculação ou não do conceito de conduta a estruturas pré-jurídicas e, portanto, pré-legislativas. Aqui, em flagrante contrariedade com todas as tendências funcionalistas examinadas e, portanto, num autêntico "remar contra a maré" e (até mesmo) contra um certo modismo funcionalista que implica no desapego de todos os dados ônticos em direito penal, a proposta é de resgate da importância de partir-se da realidade como matéria-prima para obtenção de uma definição válida de conduta.

Afirmar-se a necessidade de um conceito de conduta pré-típico (e, portanto, pré-jurídico) é, antes de tudo, proporcionar uma ponte de contato entre a realidade e o universo do dever ser, afastando desde já o isolacionismo do sistema jurídico ante a vida social. Veja-se esta passagem de ZAFFARONI:

"Em um marco jurídico mais amplo, o neokantismo foi o recurso mais comumente utilizado, na América Latina, para legitimar os regimes 'de fato', sua legislação (inclusive a penal) e os próprios 'atos institucionais' dos poderes de 'fato'. Da mesma forma, a América Latina conhece, há muito, o fenômeno de constitucionalismo formal com ditadura real, cujas modalidades de terrorismo de estado também apelam à ruptura provocada pelo neokantismo entre realidade e normatividade. Esta particular preferência pela manipulação heterodoxa do neokantismo não é de se estranhar. A ruptura que, com maior ou menor intensidade - segundo suas variáveis ou escolas - o

neokantismo permite ou impõe, faz com que o discurso jurídico-penal se separe cuidadosamente da realidade..."^{806-A}

De fato, tudo o que se não deseja é um direito penal que, ao fim e ao cabo, sirva para "proteger suas próprias normas", como deduz-se da proposta teleológico-funcionalista de JAKOBS, resultante num autêntico direito penal insular, divorciado do universo do "ser".

O direito penal clássico está voltado a proteger bens jurídicos de condutas que os atinjam, autorizando a reprovabilidade de seus agentes por estas mesmas condutas, tudo para manter a paz jurídica e social⁸⁰⁷ (WESSELS). Ora, sua área de trabalho está, portanto, conformada pela vasta gama de condutas humanas que se estabelecem no meio social, dentre as quais o direito penal simplesmente elege aquelas merecedoras de desvalor. Mediante desvalorações, chega à constatação da existência do crime. Em suma: se as desvalorações da tipicidade, ilicitude e culpabilidade operam no universo do "dever ser", de modo axiológico, a seleção das condutas objeto destas desvalorações é efetuada no universo do "ser", junto aos extratos da realidade aos quais o direito penal está endereçado.

Assim, se o direito penal opera no universo social selecionando condutas, e a partir disso cumpre sua função, não está autorizado a "criar" concepções de conduta não correspondentes ao que sejam efetivamente os objetos de suas seleções e desvalorações: do contrário, o direito penal não funcionará como mecanismo regulador dessas mesmas condutas. Aliás, é estranho que, para intervir dentro de um corte da

^{806-A} - ZAFFARONI, E.R. *Em busca das penas perdidas*, p. 41.

realidade humana, parte da doutrina jurídico-penal queira tomar - como ponto-de-partida - justamente a negação de qualquer vínculo com essa mesma realidade. Em outras palavras, difícil, senão impossível, conceber-se que o direito penal consiga reger a realidade humana a partir de um sistema que a negue como base de construção científica.

Neste passo, importa destacar o pensamento de REGIS PRADO, que lembra bastante a maneira como WELZEL exalta a existência humana dotada de sentido⁸⁰⁸. Afirma REGIS PRADO: "...não é possível falar-se em eficácia normativa desconsiderando as formas peculiares do agir humano, a concepção do homem como ser livre, digno e responsável"⁸⁰⁹. Segue, mais adiante, conclusivamente:

"...parece certo que o Direito deve respeitar a estrutura do ser humano, arrancar da concepção do homem como pessoa, como ser responsável, sendo, portanto, essencial para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana...".⁸¹⁰

Também CIRINO DOS SANTOS:

"A definição de ação como atividade dirigida pelo fim (...) destaca o traço que diferencia a ação de todos os demais fenômenos humanos ou naturais, e permite delimitar a base real capaz de incorporar os atributos axiológicos do conceito de crime (...)."^{810-A}

Por outro lado, à medida em que se desvincula do universo do ser como gênese da construção sistêmica, negando a existência de uma conduta ontologicamente definida ou até

⁸⁰⁷ - Cf. WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 03.

⁸⁰⁸ - A respeito, v. n. 302 a 305.

⁸⁰⁹ - REGIS PRADO, L. *Curso...*, p. 164.

⁸¹⁰ - *Idem*, p. 165.

descartando-a do conceito analítico de crime, o direito penal - no afã de liberdade de criação legislativa e dogmática correlata ao método neokantiano do "compreender e valorar" - passa a portar um risco a mais e um limite a menos para a construção de um direito penal autoritário. Neste sentido é que destacamos o pensamento de ZAFFARONI. Sobretudo, porque um direito penal que respeita a estrutura da conduta humana segundo sua base ontológica revela-se de mais fácil compreensão para o universo de pessoas leigas que constituem os destinatários do direito penal. Afinal, se o direito penal compreender a conduta como dado ôntico e a partir disso selecioná-la, não estará fugindo da maneira como a conduta é compreendida pelo senso comum. E aí fica retratada a suma importância da definição da conduta ser obtida ontologicamente: entendê-la como "estrutura lógico-real" pré-jurídica e extrair sua definição a partir do que efetivamente "é" implicará em correspondência com a visão que o destinatário do direito penal tem acerca daquilo em que consiste - de forma leiga - a conduta humana. Aproxima-se o direito penal de seu destinatário: este passa a ter a plena noção de que sua visão atécnica do direito penal não lhe traz prejuízo, ao menos no tema da conduta humana, porquanto maneja o direito penal com uma visão da conduta realista, ou *ontológica, que há de necessariamente coincidir com a forma popular, ou vulgar, de concebê-la.*

Em resumo, se o direito penal seleciona do universo de condutas ocorrentes na sociedade humana aquelas que considera merecedoras de desvalorização, deve manter-se fiel à realidade pela qual se estrutura este objeto (conduta), pois do contrário sua seleção estará dirigida a objetos diversos

^{810-A} - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 31.

daqueles que originariamente pretendia tutelar. "Pari passu", a ponte com o universo do "ser", derivada de um conceito ontológico de ação, implica em facilidade de compreensão do direito penal pelos seus destinatários, pois a visão destes corresponderá à visão do direito penal acerca da conduta: afinal, ambos tomá-la-ão segundo sua expressão ôntica e pré-jurídica.

A partir disso, fica traçado o caminho mais poderoso de crítica - em tema de conduta humana - às tendências funcionalistas-teleológicas que vêm marcando a produção científica no direito penal. Afinal, caracterizam-se todas as vertentes exploradas pelo desapego absoluto de uma derivação ontológica do conceito de conduta humana.

O método neokantiano, reinvocado pelos funcionalistas, permite que se "compreenda e valore" o objeto de pesquisa - no caso, a conduta humana - como: a) manifestação da personalidade (teoria de ROXIN, que designa o resultado da aplicação de uma valoração, consistente em julgar se não está presente algo que emana do homem "como centro anímico-espiritual de ação",⁸¹¹ critério pouco seguro devido à sua generalidade); b) o que se poderia evitar segundo uma motivação diversa, servindo o critério da evitabilidade tanto: b.1) na teoria da evitabilidade de JAKOBS, em que fica patente o "compreender e valorar" da conduta, pois só o que se "julga" ou "valora" evitável, segundo uma motivação hipotética, é conduta, a partir da qual se imputa o resultado a um "sistema de imputação" (pessoa física ou jurídica), como na b.2) teoria negativa da ação, de HERZBERG, que igualmente torna axiológico o conceito de

⁸¹¹ - ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 252.

conduta segundo o julgamento da inevitabilidade, acompanhado da definição da existência da posição de garante (outro "julgamento" ou "avaliação" necessária para definir a existência de conduta, porquanto traduzida sempre como omissão). Finalmente, o método permite que se "julgue" inútil o conceito pré-típico de conduta, porquanto fracassa um conceito superior para ação e omissão, ao passo em que só interessam ao direito penal - ciência do dever ser - as condutas selecionadas nos tipos, de maneira que na tipicidade devem ser estudadas, eliminando-se a categoria da ação humana como extrato apartado de análise na teoria do crime. Vale lembrar que, fora do funcionalismo, nas teorias sociais da ação, também o método já servira para identificar a conduta humana como fenômeno socialmente relevante - outro juízo de valor.

Ora, desde logo fica evidente que o funcionalismo implica num espaço de liberdade de criação em favor do dogmatizador e, "ipso facto", também do legislador e do intérprete, derivado da ausência de compromisso com a compreensão dos objetos em si, como dados ônticos. O universo do ser, as estruturas lógico-reais - que funcionavam para WELZEL como vinculantes para a construção do conceito de crime - restringem a realização do direito penal como instrumental eficaz, na crítica funcionalista. A mudança da maneira de realizar a construção sistêmica, com a adoção do método neokantiano, instrumentaliza este descarte.

É, de fato, forçoso reconhecer que WELZEL superdimensionou a realidade (ou universo ontológico) como vinculante para o direito penal, levando à construção de barreiras ou impedimentos para a evolução dogmática em temas

como o tratamento do erro de proibição indireto quanto aos pressupostos fáticos de atuação, com particular restrição no avanço do tratamento científico da categoria da culpabilidade, por exemplo. Daí a comum crítica dirigida ao finalismo de ter pretendido legar um direito penal acabado, baseado em verdades eternas.

Porém, se este superdimensionamento do universo ontológico é passível de crítica, crítica maior merece seu completo esquecimento. As linhas funcionalistas proporcionam divórcio com a realidade, levando mesmo à restauração da proposição de RADBRUCH tangente à eliminação do extrato da conduta humana na teoria analítica do crime (AMELUNG, OTTO), enfraquecendo o "nullum crimen sine conducta", porquanto há o risco da seleção que o legislador realiza através dos tipos não estar efetivamente dirigida a condutas.

Por outro lado, quando as correntes funcionalistas dão "passe livre" para a doutrina orientar o direito penal não segundo a realidade em que opera, porém segundo suas finalidades, cria-se uma desorientação doutrinária tamanha que coloca em risco a própria idoneidade da dogmática penal no sentido de criação de um sistema científico para análise do caso penal. Afinal, se o conceito analítico de crime deve ter suas categorias construídas para dar atendimento às finalidades do direito penal, variará - e variarão também as categorias anteditas - segundo variem estas finalidades. E, efetivamente, está muito distante o momento em que se pode vislumbrar um "acordo" dogmático quanto aos fins do direito penal.

À guisa de comparação: enquanto ROXIN propõe um direito penal orientado pela necessidade de realizar sua política criminal, o que equivale a conseguir levar a termo as finalidades da pena de caráter preventivo (dentro de sua teoria unificadora dialética), servindo a medida da culpabilidade apenas como um limitador do máximo da punição, JAKOBS pretende que o conceito analítico de crime sirva como mero sistema de imputação de um resultado a um responsável, para que às suas custas seja contrafaticamente afirmada a norma, mediante a imposição da pena. Ao final, preserva-se o ordenamento normativo: um direito penal criado para proteção de si mesmo é o resultante da proposta de JAKOBS.

Ora, qual uniformidade de tratamento se espera do conceito de conduta humana e, mais, de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, entre ambos os autores, se a orientação teleológica destes conceitos, desde a origem, está posta sobre bases diversas? E quem conseguirá obter "prova" de que as finalidades que eleger para o direito penal são, de fato, as corretas? Acrescente-se que JAKOBS e ROXIN são apenas dois dos autores a desenvolverem sistemas autônomos de tratamento para o caso penal, dentre uma plêiade. Enfim, se o sistema penal era taxado de "fechado" na base welzeliana, como acusam ROXIN e SCHÜNEMANN⁸¹², as linhas funcionalistas erigem conceitos orientados sob bases teleológicas tão diversas e distanciadas da realidade dentro da qual opera o direito penal que se torna inseguro o manejo do conceito analítico de

⁸¹² - v. n. 548 e 553, respectivamente.

crime como método de trabalho para o operador do direito penal.⁸¹³

Há, portanto, que se reconhecer no funcionalismo um exagero em radicalizar o abandono dos dados ontológicos com os quais o direito penal tem que trabalhar, dentre os quais a conduta humana. Este exagero implica em quebrar a ponte mais firme que o direito penal tem com o universo sensível em que atua. E não se concebe possa ser bem sucedido em proteger bens jurídicos contra condutas desvaliosas realizadas no meio social se despreza a estrutura ôntica destas mesmas condutas que busca tomar como objeto. Aliás, há uma passagem curiosa de ZAFFARONI que acusa com muita clareza os desequilíbrios a que podem chegar tanto o apego às estruturas lógico-reais de que se acusa o finalismo, como o desprezo oposto na mesma medida pelas linhas funcionalistas:

"Quando o direito penal deve elaborar conceitos, não pode desconhecer que ainda quando não o faça teleologicamente, estes cumprem uma função política e, por conseqüência, não lhe resta outra alternativa que orientá-los politicamente, sob pena de construir conceitos perversos. Para não cair na perversidade deve afastar a tendência a inventar o que no mundo não existe, como também a pretender que o que existe limita mais além da necessidade. O cliente de um restaurante só pode comer o que lhe oferecem no cardápio, mas pode pretender outros pratos e desvalorar o restaurante pela precariedade de sua oferta, e inclusive queixar-se. Sabe que poderia haver outros pratos, que não é o mundo que impõe a limitação da oferta. Mas também sabe que não pode pedir carnes vermelhas com escamas nem pescados com penas, porque não existem. O ontologismo finalista as vezes se comporta como se não fosse possível queixar-se de que os pratos

⁸¹³ - As vantagens do tratamento dogmático, exaltadas pelo próprio ROXIN, cf. n. 20, são postas em xeque.

oferecidos sejam poucos; o neokantismo pede peixes emplumados; uma construção que assuma a intencionalidade da função política teleológica deve procurar o aumento da oferta de pratos possíveis no mundo."⁸¹⁴

Operando com as analogias de ZAFFARONI, a rejeição radical de todo e qualquer dado ôntico leva à possibilidade de conceituar-se, nas linhas funcionalistas, a ação humana como um "peixe emplumado", isto é, de modo absolutamente avesso à estrutura que a conduta apresenta na realidade. Aponta CIRINO DOS SANTOS que o não reconhecimento da finalidade...

"...como propósito consciente que unifica os movimentos particulares em um conjunto significativo, destrói a especificidade da ação como fenômeno exclusivamente humano."^{814-A}

Este é o sentido que se quer dar a este esforço final. Uma dogmática cujo objeto central, a conduta humana, não é compreendida em sua verdade e essência, é incompatível com o traço que define a ação do homem. Isto leva à não correspondência entre a concepção jurídica de conduta e

⁸¹⁴ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, pp. 370-371: "Cuando el derecho penal debe elaborar conceptos, no puede desconocer que aun cuando no lo haga teleológicamente, éstos cumplen una función política y, por ende, no le resta otra alternativa que orientarlos políticamente, so pena de construir conceptos perversos. Para no caer en la perversidad debe eludir la tendencia a inventar lo que en el mundo no existe, como así también a pretender que lo que existe lo limita más allá de la necesidad. El cliente de un restaurante sólo puede comer lo que en la carta le ofrecen, pero puede pretender otros platos y desvalorar el restaurante por la pobreza de su oferta, e incluso quejarse. Sabe que podría haber otros platos, que no es el mundo el que impone la limitación de la oferta. Pero también sabe que no podría pedir carnes rojas con escamas ni pescados con plumas, porque no existen. El ontologismo finalista a veces se comporta como si no si pudiese quejar de que los platos ofrecidos sean pocos; el neokantismo pide peces emplumados; una construcción que asuma la intencionalidad de la función política teleológica debe procurar que aumente la oferta de platos posibles en el mundo."

^{814-A} - CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 32.

aquela que, no meio social, as pessoas têm de suas ações e das condutas dos demais.

Note-se que podemos ir para além da crítica à concepção de conduta das linhas funcionalistas. Na construção teórica de JAKOBS, a ausência de restrições ao poder punitivo estatal se pronuncia no topo do seu pensamento, ao orientar o funcionamento do direito penal para a proteção de suas próprias normas, já que a pena serve para reafirmação da norma, como expectativa de conduta, contra o fato. Esta formulação teórica, longe de contribuir para a minimização de todos os efeitos deletérios do direito penal no tocante à verdadeira destruição de personalidades que gera na execução da pena, finda sim por legitimar o discurso jurídico-penal. O que é pior: legitima qualquer discurso jurídico-penal, desde os que se propõem liberais até os discursos que efetivamente assumem seu cariz autoritário, voltados à proteção de interesses públicos secundários, não necessariamente coincidentes com o interesse público primário⁸¹⁵ ou do bem comum. Neste sentido, a formulação teórica da missão do direito penal, como voltado à proteção de suas próprias normas, universaliza-se no pior sentido: o direito penal chinês, ou aquele operado pelos países islâmicos fundamentalistas - ambos marcadamente autoritários e restritivos de direitos e garantias - ficam chancelados. Afinal, a missão também destes ordenamentos jurídico-penais, ao realizarem a imposição da pena, consiste na proteção de suas próprias normas.

⁸¹⁵ - Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, pp. 19-20. Recorre-se aqui à famosa distinção entre interesse público primário - "o interesse do bem geral" - e o interesse público secundário - "o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público"-, formulada por RENATO ALESSI.

Quer-se com isto colocar em destaque que para JAKOBS não releva no que materialmente consistem as expectativas que as normas penais erigem. Acaso a norma penal proíba escutar-se música ou acessar-se a "internet" (como no direito penal de cunho teológico e fundamentalista imposto pelo regime "Talibã", no Afeganistão), o direito penal realiza-se à medida em que impõe uma pena às custas do responsável pela decepção destas expectativas normativas exemplificadas, de maneira a reafirmar a norma contra o fato que importou em sua violação, tornando o sistema penal estável.

Há, pois, um autêntico "esquecimento do ser"⁸¹⁶, acompanhado da supervalorização de um direito penal puramente instrumental, como marca profunda do castelo conceitual proposto por JAKOBS, sendo objeto de crítica entre os próprios funcionalistas, como SCHÜNEMANN⁸¹⁷.

Além disso, o próprio conceito de conduta humana, obtido a partir da teoria da evitabilidade individual, não deixa evidente a "especificidade da ação como fenômeno exclusivamente humano" de que fala CIRINO DOS SANTOS^{819-A}, por abrir mão da finalidade como elemento conceitual. A teoria de JAKOBS expressamente propõe a troca do critério da finalidade pelo da evitabilidade em tema de ações, manejando novamente a evitabilidade para definir a omissão como não-evitação evitável de um resultado.

⁸¹⁶ - ZAFFARONI, E.R. et alii. *Derecho Penal*, pp. 341-344, discorre acuradamente acerca do "olvido del ser" e sua repercussão no direito penal.

⁸¹⁷ - SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones...*, p. 47 (v. n. 721).

^{819-A} - Cf. n. 816-A.

Porém, a análise da evitabilidade ou não de uma conduta dá-se no mundo dos valores, porquanto é uma carga axiológica, ou julgamento, aquele que se faz acerca de ser possível para o "sistema de imputação" evitar o resultado mediante uma hipotética motivação diversa - no que se encaixa a norma, como padrão motivacional que deve dominar. Ora, rompe-se o vínculo com a realidade, à medida que a "possibilidade de evitar uma diferença de resultado" em relação ao "status quo ante" - supraconceito para ação e omissão - é um conceito jurídico penal que não busca descrever a conduta como dado ôntico, e sim situar o momento inicial de quando e como se pode imputar a um sujeito um acontecimento. De fato, a teoria da conduta serve parte da teoria da imputação, definindo o sujeito, no que consiste para ele o mundo exterior e quando se lhe vincula a conformação deste mundo exterior.⁸¹⁸ Estas objeções repetem-se quanto à teoria negativa da conduta de HERZBERG, já que igualmente estriba-se sobre a base da evitabilidade como critério reitor.

Demais, há uma autêntica perda da dimensão humana, com conseqüente sacrifício da parêmia "nullum crimen sine conducta", na consideração do sujeito como "sistema de imputação", dentro da idéia luhmanniana de que os homens são sistemas que constituem, agregados, o ambiente do sistema social. Nesta ótica, as pessoas jurídicas delinqüem, rompendo uma tradicional limitação para o poder punitivo do estado. O direito penal, atuando em relação a pessoas jurídicas como

⁸¹⁸ - Conforme LUHMANN, apud JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, p. 169: "El concepto penal de acción es, pues, una noción equívoca de lo que ha de analizarse [refere-se ao causal e ao finalista]); se trata de lo que es un sujeto, de lo que es mundo exterior para el sujeto y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársela)." (já citado, v. n. 722)

destinatárias de suas normas, aumenta sua clientela e, de conseqüência, sua força punitiva, contrariando-se a redução de seu campo de incidência, pugnada pelas linhas abolicionistas e minimalistas.

Quanto ao funcionalismo de ROXIN, apresentam-se suas premissas teleologicamente orientadas segundo os fins preventivos da pena, dentro de um direito penal preocupado em limitar o "jus puniendi", inclusive incorporando a idéia de que a política criminal do estado deve desenvolver-se dentro de um ambiente de preservação de direitos individuais, marcado por uma ordem constitucional de estado de direito material⁸¹⁹. Sua noção funcional de tipicidade serve como boa medida disso, bem como a construção da categoria da responsabilidade, que abrange culpabilidade e necessidade preventiva da pena, beneficiando o réu, já que mais exigências devem ser preenchidas para autorizar o exercício do poder punitivo do estado em comparação com a noção usual de culpabilidade.

Sem embargo, ROXIN retoma a crença na idoneidade da pena privativa de liberdade para cumprir funções preventivas, crença que na verdade o próprio ROXIN abalara em momento anterior de sua produção científica.⁸²⁰ Afinal, é cediço que a função preventivo especial é falaciosa, porquanto o sistema de execução penal opera como fator criminógeno e não o contrário, ao passo em que a prevenção geral, ainda que positiva, além de ter em cada crime o símbolo de seu fracasso, leva à objetalização do sentenciando e a uma

⁸¹⁹ - V., remissivamente, n. 603.

⁸²⁰ - Como deixa evidente o primeiro texto do *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, pp. 15-47, denominado "Sentido e limites da pena estatal". Sem

tendência de exasperação no tratamento penal dos crimes a partir de sua reiteração, por força da ineficácia dissuasiva da condenação anterior (prevenção geral negativa). Porém, em linhas gerais, o seu funcionalismo mostra-se mais preocupado em preservar garantias no cotejo com o proposto por JAKOBS.

De todo modo, a teoria pessoal da ação, pela mesma razão que serviu para objetar a teoria da inevitabilidade individual, isto é, o abandono da referência ontológica como paradigma para obtenção do respectivo conceito, e o conseqüente descarte da finalidade como elemento conceitual, não reconhece a conduta humana no seu aspecto antropológico fundamental. Aliás, já se viu que ROXIN propõe um conceito que expressa a resultante de um julgamento. A conduta humana como "manifestação da personalidade", a par da sua generalidade e insuficiência descritiva do que vem a ser ação^{822-A}, é produto de um julgamento, ou de uma imputação do que se pode atribuir ao homem enquanto ânimo e espírito - atua, pois, também como parte de uma teoria da imputação⁸²¹. Aqui, há inclusive um ponto de contato com a teoria da inevitabilidade de JAKOBS, à medida em que referem - tanto JAKOBS como ROXIN - a definição da conduta a partir de um universo axiológico, dependente de juízos de valor.

A definição da conduta como manifestação da personalidade pode levar a uma perigosa aproximação com um direito penal de autor. Naturalmente que esta não é a idéia

embargo, é bem verdade que a prevenção especial só é aceita por ROXIN como direito e opção do sentenciado, cf. *Derecho Penal*, p. 96.

^{822-A} - V. CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna...*, p. 26, apontando a definição de ROXIN como a "mais geral" e, pois, a "menos específica" definição de conduta humana. Ademais, o i. professor adiciona ainda uma crítica ao conceito de ROXIN a partir de dados da psicanálise. Consulte-se op. cit., p. 27.

⁸²¹ - A propósito, v. n. 626.

de ROXIN. Todavia, definir a manifestação da personalidade como tudo o que deriva do homem enquanto centro anímico-espiritual não parece ser guia seguro para um direito penal de ato, mormente porque se trata de terminologia não auto-explicativa. Sobretudo, esta imprecisão vem à tona diante da variedade imensa de definições do que significa "personalidade".

Neste particular aspecto, salienta-se GIAN LUIGI PONTI que - após expor cinco maneiras conhecidas de definir a personalidade - finda por concluir que esta exprime...

"...o conjunto de termos que vêm empregados para descrever o indivíduo, termos escolhidos com base em variáveis e dimensões diversas, conforme o interesse em cada situação perseguido pelo estudioso."⁸²²

Com base neste raciocínio, GIAN LUIGI PONTI deriva inclusive uma acepção de personalidade própria para a criminologia⁸²³.

De tudo dimana que o conceito de personalidade pode ser voltado a diversas ordens de interesse. Há, por exemplo, a idéia da personalidade como "habilidade ou tino social"⁸²⁴, próxima de outra, que a descortina a partir das "impressões mais intensas e vivas que [um indivíduo] suscita nos

⁸²² - PONTI, G.L. *Compendio di Criminologia*, p. 284: "In definitiva la personalità altro non esprime se non l'insieme dei termini che vengono impiegati per descrivere l'individuo, termini scelti in base a variabili e dimensioni diverse, a seconda dell'interesse di volta in volta perseguito dallo studioso."

⁸²³ - V. n. 627-A, quanto à definição.

⁸²⁴ - PONTI, G.L. *Compendio...*, p. 283: "Nell'uso comune il significato di personalità può identificarsi con la 'abilità o accortezza sociale'...".

outros".⁸²⁵ Ambas as maneiras de traduzir a idéia de personalidade baseiam-se na alteridade: a primeira implica em julgamento de outros em relação a considerar-se hábil uma dada pessoa para convívio social; a segunda, pelas impressões causadas nos outros por uma pessoa.

Ora, imagine-se agora que esse "alter" encarregado da valoração da habilidade para o convívio social ou de colher as "impressões" deixadas pela pessoa esteja referindo seu julgamento a uma carga ideológica, representando um grupo de poder estatal. A ideologia nazista serve de novo como exemplo: as impressões deixadas por uma dada pessoa, julgadas segundo esta carga ideológica, ou a afirmação ou negação de sua habilidade para viver no contexto social produzido durante o nazismo, servirão para definir a personalidade dos agentes sociais. Mais: dentro deste contexto, a definição "psico-social"⁸²⁶ de personalidade se produzirá pela aprovação de um "modo de ser" apropriado à ideologia estatal ou, opostamente, pela "reprovação" do "modo de ser", segundo a mesma referência ideológica. Ademais, como é sabido, o ser se define pela sua essência, e não pelo que se diz - ou pensa - dele.

Então, se condutas são manifestações da personalidade, são - "mutatis mutandis" - manifestações de um modo de ser prejudgado conforme a carga ideológica do "alter" encarregado do julgamento (papel que pode ser desempenhado pelo Estado e os órgãos de seu sistema penal), e neste sentido "aprovado" ou "reprovado". As manifestações -

⁸²⁵ - Idem, p. 283: *"Una seconda accezione considera inerenti alla personalità di un individuo le "impressioni" più intense e vive che suscita negli altri..."*.

"impressões" causadas pelo indivíduo dentro deste ambiente - seriam sintomáticas da personalidade que, ao fim e ao cabo, é o que parece relevar. Na medida em que na personalidade está centrado o conceito, e suas manifestações passam a ser meramente sintomáticas do modo de ser e servem como critérios de julgamento para sua aprovação ou reprovação - "problemas de personalidade"⁸²⁷ - transparece um claro direito penal de autor: a punição será fruto de uma reprovação da personalidade, com as manifestações - condutas em sentido estrito - representando sintomas de personalidade. Em síntese, punir-se-á pelo que se é, não pelo que se fez. Afirma ZAFFARONI:

"Uma séria tentativa de burlar o 'nullum crimen sine conducta' é o chamado 'direito penal de autor', que considera que a conduta não passa de ser um simples sintoma da 'perigosidade' do autor, ou bem, um simples sintoma de uma personalidade inimiga ou hostil ao direito. É uma das mais perigosas manifestações do direito penal autoritário..."⁸²⁸

Mesmo se desprezando a questão da interação social, e definindo-se a personalidade de maneira clássica ou aristotélica, como "condição ou modo de ser da pessoa"⁸²⁹, continuará presente o problema do conceito pessoal da ação,

⁸²⁶ - As definições (notas 826 e 827), cf. PONTI, G.L. *Compendio...*, p. 284, são psico-sociais.

⁸²⁷ - V. PONTI, G.L. *Compendio...*, p. 283: "Em tal sentido se diz que um sujeito apresenta "problemas de personalidade" quando as suas capacidades sociais não são suficientes para manter satisfatórias relações interpessoais."

⁸²⁸ - ZAFFARONI, E.R. *Manual...*, p. 340: "Una seria tentativa de burlar el nullum crimen sine conducta es el llamado 'derecho penal de autor', que considera que la conducta no pasa de ser un simple síntoma de la 'peligrosidad' del autor, o bien, un simple síntoma de una personalidad enemiga u hostil al derecho. Es una de las más peligrosas manifestaciones del derecho penal autoritario..."

⁸²⁹ - V. n. 627. Consta em PONTI, G.L. *Compendio...*, p. 284, uma terceira aceção de personalidade, como "conjunto das qualidades e características de um sujeito", que se avizinha da formulação aristotélica.

no sentido de enfatizar o modo de ser e relegar a efetiva realização no mundo exterior - o "fazer" - a um segundo plano.

As concepções funcionalistas de conduta humana, porquanto adaptadas ao universo jurídico e construídas para nele funcionarem, acabam por se tornar pouco inteligíveis para os destinatários do direito penal. Demais, evidenciam certa incapacidade para assegurar um direito penal que mantenha contato com seu substrato social de atuação: a realidade humana.

Daí justificar-se o apego, no Brasil, à teoria finalista da conduta. Não se quer discutir a razão de que uma crença radicalizada na existência de "verdades eternas" emperra o desenvolvimento dogmático do direito penal, e que o sistema analítico de crime, construído pelos autores finalistas, é "reducionista", à medida que não aceita soluções mais justas político-criminalmente pelo amor aos fundamentos ontológicos nem sempre demonstráveis. Assim, os casos do tratamento do erro de proibição indireto quanto aos pressupostos fáticos pela teoria extremada da culpabilidade, bem como a equiparação da conduta tentada à consumada, numa subjetivação radical do injusto, são bons exemplos do que se critica na vertente finalista.

Porém, no plano da conduta humana, descurar-se dos limites dados pela realidade - limites ônticos - a partir de uma radicalização, em igual medida, do método neokantiano, que cinde os universos do ser e do dever ser, olvidando o fato deste pretender operar naquele, igualmente desserve. Sobretudo, desserve o abandono dos limites dados pela

realidade em tema de conduta para construção do sistema analítico de crime à medida em que avultam tanto os perigos de um direito penal de autor como o afastamento da facilidade de compreensão do ordenamento jurídico-penal por parte de seus destinatários. Trata-se - pode-se dizer - de um argumento "funcionalista" (no que não há qualquer contradição: "a funcionalidade é um dado ôntico dos conceitos jurídico-penais" ⁸³⁰ - ZAFFARONI).

Se é verdade - pois - que um sistema orientado pelo finalismo padece das dificuldades tendentes à redução do espaço de criação de soluções justas para o direito penal, por outro lado a teoria finalista mostra-se mais adequada por descrever a conduta humana - ou pretender descrevê-la, o que é sem dúvida uma conquista - segundo sua realidade.

Metodologicamente, a proposta é no sentido da dogmática jurídico-penal brasileira orientar-se no sentido de não levar a retomada do neokantismo ao ponto da radical negação dos limites conformados pela realidade dentro da qual o direito penal opera. Para tanto, o desenvolvimento dos conceitos que efetivamente situam-se no plano axiológico - tipicidade (com a retomada da teoria da imputação objetiva), ilicitude e culpabilidade (ou responsabilidade, na reelaboração de ROXIN) - pode caracterizar-se por uma maior liberdade, na busca de soluções satisfatórios sob ótica político-criminal.

⁸³⁰ - ZAFFARONI, E.R. el alii. *Derecho Penal*, p. 369: "La funcionalidad política de los conceptos jurídico-penales no es un dato aleatorio ni una característica que se les proporciona a voluntad, pues los conceptos jurídicos siempre son funcionales, porque todos cumplen alguna función que afecta el ejercicio del poder punitivo. La funcionalidad es, pues, un dato ôntico de los conceptos jurídico-penales."

Porém, a categoria da conduta, ponto de partida da teoria analítica do crime, deve manter-se fiel ao universo ontológico dentro do qual se situa, para que se restrinja, através do conceito de ação humana, a possibilidade de manejar-se um direito penal de autor, bem como para que se apresente um direito penal inteligível para seus destinatários e vinculado ao mundo tangível da realidade em que pretende operar seu discurso acerca de como devem ser os comportamentos humanos. Esta postura sobretudo se legitima ao voltarmos para o ambiente político de incerteza que caracterizou o Brasil durante o transcurso de todo o século XX, associado ao fato de o direito penal e o sistema que o opera serem estruturas absolutamente opressivas, formas de controle social verticalizado, impostas de cima para baixo e reveladoras de uma atuação baseada - mas não assumida - em processos de etiquetamento de pessoas marginalizadas, oriundas das camadas sócio-econômicas mais baixas da população.

É possível construir-se, a partir disso, um modelo sistêmico de análise do crime que oriente os conceitos situados no universo axiológico de maneira funcional, servindo porém a conduta como limite ontológico de pressuposto e necessário reconhecimento.

VI- Conclusão

1) O conceito de conduta humana atua como "primeiro filtro", eliminando do campo de observação do direito penal todos os fenômenos que não sejam conduta humana. Situado pré-tipicamente no conceito analítico de crime, funciona como a) "elemento básico", por ser "supraconceito" aplicável a crimes dolosos e culposos, comissivos e omissivos; b) "elemento de enlace", sendo substrato mínimo dos desvalores da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, não devendo mesclar-se com estes extratos; c) "elemento limite", filtrando "prima facie" do campo de análise penal os casos de "não-ação".

2) No tocante à teoria da imputação "hegeliana", a concepção de ação era incompatível com crimes omissivos e culposos, negando a prática de conduta nos erros de fato e nos danos causados por inimputáveis. Além disso, deduzia os casos de "não-ação" calcada em critérios de imputação, e não a partir do conceito de ação. Descumpria, assim, suas funções de elemento básico, de enlace e elemento limite.

3) A teoria causal naturalista impossibilitava realizarem-se as funções do conceito de conduta como "elemento básico", diante da incompatibilidade com crimes omissivos e culposos, e como "elemento de enlace", já que confundia conduta e tipicidade, ao exigir nexos causal e resultado naturalístico como elementos daquela, quando na verdade situam-se nos tipos (relativos a crimes materiais), bem como não dava suporte a uma tipicidade puramente objetiva em tema de tentativa. Além disso, o desprezo pelo conteúdo da vontade violava a noção de conduta que incorpora a finalidade como elemento conceitual, inviabilizando a concepção do injusto pessoal e enfatizando a responsabilidade objetiva calcada no desvalor de resultado.

4) A fase "neokantiana" caracterizou-se pela adoção do método consistente em "compreender e valorar" a conduta humana, pelo isolamento do direito penal no universo do "dever-ser", perdendo contato com a realidade, e por um relativismo que derivou em divergências doutrinárias tocantes aos valores que deveriam guiar seus rumos, originando: a- uma concepção analítica de crime que extirpou a conduta humana como ponto de partida do conceito analítico de crime, restando absorvida pelo tipo; b- outra concepção que conceituava a conduta de modo genérico e desprovido de conteúdo; c- a primeira versão de teoria social de ação, compreendida e valorada segundo sua relevância social.

5) A primeira concepção, ao suprimir o conceito de conduta como primeiro dado analítico do crime, absorvendo-a no extrato da tipicidade (onde estariam situadas as únicas condutas importantes para o universo valorativo do direito penal, isolado no âmbito do "dever ser"), impedia a realização de todas as funções da conduta como elemento básico, de enlace e limite.

6) A segunda consequência do neokantismo, consistente na criação de um supraconceito genérico para ação e omissão, concebidas como formas de "comportamento humano" ou simplesmente "conduta humana", cumpria apenas formalmente a função de elemento básico, à míngua de conteúdo. Este vazio implicava em ausência da necessária substância para que o conceito suportasse os extratos desvalorativos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, impedindo as funções de elemento de enlace e elemento limite, já que expressar conduta humana como mera fórmula lingüística, sem conteúdo, impede se saiba o que - de plano - "não é" conduta.

7) A teoria finalista da conduta não surgiu somente pela constatação do equívoco causal naturalista e neokantiano

de uma conduta "vazia" de finalidade, mas da exigência welzeliana de um direito penal conexo com a realidade e, para tanto, transcendente à existência concreta de cada homem, pena de o Direito transformar-se em subjugação pela força.

8) O vínculo com a realidade no finalismo de WELZEL baseou-se no aspecto ôntico da conduta presente na capacidade humana de sobredeterminação dos fins, invocada como símbolo da civilização humana. Só partindo desta base, o direito poderia tratar o homem como "sujeito responsável" e "obrigá-lo", cobrando-lhe uma postura ético-social conforme à tábua de valores jurídico-penalmente desenhada pela lei. Daí derivou, para WELZEL, a missão do direito penal de desvalorar as condutas que trouxessem "em si" a negação dos valores ético-sociais (desvalor da ação, com secundarização do desvalor de resultado), necessariamente providas de finalidade. Porém, o desvalor de ação não pode funcionar como único aspecto importante para a aferição do injusto, sob pena de abrir-se mão do princípio da lesividade, importante conquista de um direito penal liberal que veda o poder de punir onde não há ofensa a bens jurídicos. Assim, o desvalor de resultado também faz-se imprescindível.

9) Se toda conduta humana é um fazer guiado por um fim, o injusto jurídico-penal (conduta típica e ilícita) contém esta finalidade, sendo, portanto, um injusto pessoal, e a culpabilidade resulta puramente normativa, consistindo na reprovabilidade do agente como "sujeito responsável" pelo injusto. Superou-se, assim, a divisão analítica do crime em aspecto objetivo e aspecto subjetivo.

10) A teoria finalista da conduta atua como "elemento básico", abrangendo crimes comissivos e, através da teoria do "aliud agere", também os omissivos (pois toda omissão não deixa de ser um fazer final, só que diverso do

devido), bem como crimes dolosos e culposos (nos quais a matéria de proibição está assentada no mau uso dos meios para se chegar a uma finalidade qualquer). Atua, a dois, como "elemento de enlace", ao dar supedâneo para todas as formas de tipicidade (inclusive culposa, pois nesses crimes a finalidade tem importância para fixar o cuidado devido), dando sustentação à ilicitude e à culpabilidade, sem que seu conceito se mescle parcial ou totalmente a estes extratos - no que reside, aliás, uma das propostas derivadas de seus fundamentos filosóficos ontológicos, exigentes de uma concepção valorativamente neutra de conduta humana. Atua, a três, como "elemento limite", pois afasta as hipóteses de coação física irresistível, atos reflexos e estados de inconsciência do campo de incidência do direito penal, sendo manejado em plano pré-típico.

11) A teoria finalista, em sua versão ortodoxa, falha no tocante aos automatismos e movimentos mecânicos repetidos, pois leva a desconhecê-los como condutas. Para considerá-los condutas, versões finalistas mais modernas apelam para um critério extensivo, calcado na "possibilidade de consciência", com o que se produziria uma conseqüente carga valorativa no conceito, incompatível com o pressuposto ontológico que toma por base. A solução é, sem embargo, tratar dos automatismos como atos parciais de ações em sentido amplo, v.g., "dirigir veículo automotor". Nestes casos, há conduta humana na acepção finalista e a realização de um automatismo de forma errada pode viabilizar - no plano da tipicidade - o enquadramento da conduta mediante formas culposas.

12) O fato de certas condutas exigirem que o agente, ao realizá-las, domine seu sentido social, não significa que nestes casos a conduta não seja ontologicamente

definida, e sim apegada a uma base axiológica, pois o conteúdo da finalidade pode estar - ou não - impregnado deste sentido social, sendo indiferente a isto o fato de a conduta ser guiada, ontologicamente, por uma finalidade. Deste modo, a estrutura ontológica da finalidade não se confunde com o conteúdo da finalidade, sendo indiferente que este conteúdo tenha carga axiológica.

13) Existem várias teorias sociais da ação, que têm em comum dois aspectos: a) amparam-se no método neokantiano de compreender e valorar a conduta humana como fenômeno social e, em consequência, b) colocam em destaque a "relevância social" da conduta como parte integrante de seu conceito. A expressão genérica "relevância social" leva a uma variação de significados que atenua o valor científico das teorias sociais, fruto do método referido a valores utilizado nesta construção teórica. Despontam imprecisões como: a) não se apontar o sujeito da valoração da conduta; b) não se adotar um critério valorativo único (não se sabe, v.g., se a relevância dá-se pelo resultado, pela vontade impressa na conduta, por ambos); c) não se esclarecer se o conteúdo axiológico para relevância social da conduta pode ser positivo ou se deve ser necessariamente negativo, por operar efeitos em direito penal.

14) As teorias sociais da ação mais modernas, embora usem um método valorativo para tratar do objeto "conduta humana", admitem aspectos ontológicos da definição finalista de conduta, o que as torna intrinsecamente contraditórias.

15) As teorias sociais da ação incluem na definição de conduta o dado da "relevância social". Porém, este dado é próprio do escalão da tipicidade, já que é no plano do tipo penal que se realiza o princípio da lesividade do bem

jurídico, do qual dimana a relevância social da conduta em tema de direito penal. Desta forma, ao anteciparem o dado típico da "relevância social" para o plano pré-típico, as teorias sociais inviabilizam-se como elemento de enlace, pela perda da neutralidade em relação ao extrato da tipicidade.

16) Para atuar como elemento básico, o conceito social de ação formulado por JESCHECK constrói a omissão com base no direito e em parâmetros pré-típicos como a moral e os costumes. Porém, a moral e os costumes devem ser descartados por implicarem em incerteza e arbítrio na definição de conduta humana. Remanescendo a norma típica como única fonte de expectativa de ação, retomando-se idéia da ausência de omissão no plano da conduta humana, de modo que o conceito axiológico de omissão proposto pela teoria social da ação perde seu caráter pré-típico.

17) A relevância social - fulcro das teorias sociais da ação - desserve no sentido de estabelecer quais as situações que "ab initio" não interessam ao direito penal, pois existem atos reflexos, hipóteses de "vis absoluta" e ocorrências sob estados de inconsciência socialmente relevantes. A capacitação das teorias sociais da ação para funcionarem como elemento-limite depende da teoria da conduta mais tradicional que venham a abranger (causal ou finalista).

18) As correntes funcionalistas retomam o método neokantiano em direito penal, de forma que os conceitos dos extratos que compõem a teoria do crime (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade) são obtidos a partir do universo dos valores, isto é, segundo as finalidades que cada um dos extratos deve realizar. Porém, diferem da fase neokantiana do início do século XX pelo fato de dirigirem a elaboração de todos os conceitos que interessam à teoria do crime para um mesmo fim, calcado nas funções e finalidades político-

criminais que o direito penal assume a partir das funções e finalidades das teorias da pena.

19) A diversidade teórica das correntes funcionalistas explica-se pelo fato das funções e finalidades das teorias da pena e da política-criminal variarem segundo a concepção dogmática de cada autor, justificando que os conceitos de ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade a partir daí elaborados variem na mesma medida.

20) O funcionalismo de ROXIN orienta-se valorativamente pela necessidade de cumprir as funções preventivas da pena, revelando-se aí as metas político-criminais que o levam a atribuir aos conceitos básicos constitutivos do crime determinadas funções. Estas metas evidenciam-se na tipicidade - encarregada de realizar o princípio da legalidade e, através dele, a prevenção geral - e na culpabilidade, abrangida pela categoria da "responsabilidade", apoiada não só na dirigibilidade normativa, mas também na dependência entre a existência do crime e a necessidade preventiva de punir. Todavia, são pouco visíveis na categoria da conduta humana, cuja missão político-criminal fica cingida à servir como fase para estabelecerem-se as situações de inexistência de ação (atuação como elemento limite).

21) Ao conceituar a conduta como "manifestação da personalidade", ROXIN faz uso de uma expressão generalizante, destinada a abranger o que se deduz a partir do julgamento das situações que não representam "produtos da adaptação do aparato anímico a circunstâncias ou acontecimentos do mundo exterior" - casos de ausência de ação. Assim, questionável a validade do conceito para cumprir a função de "elemento básico", porquanto sua generalidade não permite verificar qual o substrato material que constitui a ação humana.

Demais, renuncia-se à busca deste substrato. Já como elemento de enlace, a "manifestação da personalidade" esbarra nos crimes omissivos, porquanto o mandamento está fundado em normas contidas nos tipos penais, e não pré-tipicamente.

22) A atuação da conduta como elemento limite é o aspecto mais positivo do conceito pessoal de ROXIN, em especial no tratamento dado ao problema dos automatismos, afirmados como manifestação da personalidade por serem atribuíveis ao homem como centro anímico-espiritual.

23) Funcionaliza JAKOBS tanto os conceitos dentro do direito penal como o direito penal dentro do sistema social, influenciado por LUHMANN. O subsistema penal opera dentro do sistema social, estabilizando-o, através da linguagem simbólica justo/injusto, cuja função é reduzir o volume de expectativas entre os seres humanos (que formam o ambiente do sistema social) e uniformizá-las.

24) Para JAKOBS, as normas estabilizam expectativas de comportamento contrafaticamente, pois quando uma ação contraria a norma - "significando" a "quebra" da norma e a evidência de que, para seu autor, não têm importância os motivos que o levariam a evitar a ação (dentre os quais o comando normativo) - a pena reafirma a vigência dessa norma "contra o fato". Deriva daí uma desnecessidade de violação de bens jurídicos, na acepção tradicional (princípio da lesividade), para atuação do direito penal.

25) O direito penal, para JAKOBS, tem por missão a proteção de suas próprias normas, e a pena serve sobretudo para restaurar a confiança na validade delas. O direito trata de manter "a si mesmo". Sem que tudo isso ocorra, não se firmam as expectativas normativas de conduta e a vida em sociedade não se torna possível - aí se revelando a função do direito penal dentro do sistema social.

26) Para que se impute a alguém a "quebra da norma" em que se fundava a expectativa e se o determine como responsável por suportar os "custos" da pena, é necessário um mecanismo de análise, que é a teoria do crime. Por isso, suas categorias relevantes (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade) são definidas por JAKOBS a partir do modo como "funcionam" como etapas para a imputação da decepção da expectativa normativa àquele que foi "incompetente" para manter seu círculo de organização ou realizar suas responsabilidades institucionais. Vem daí a existência de uma forma de funcionalismo sustentada por JAKOBS e orientada como uma teoria da imputação.

27) Para que o comportamento seja expressão individual de sentido, passível portanto de imputação jurídico-penal, é necessário que revele uma motivação distinta daquela representada pela norma. Daí deriva, para JAKOBS, a definição da conduta a partir de sua evitabilidade individual.

28) A ação, como "causação de um resultado individualmente evitável" (teoria da evitabilidade individual de JAKOBS): a) abrange como resultado até mesmo o mero movimento corpóreo (resultado mínimo) e sua consequência; b) toma como individualmente evitáveis os resultados à medida que a evitabilidade não é definida segundo o papel social realizado pelo sujeito, mas pelas suas capacidades individuais; c) define a existência de evitabilidade através da hipotetização de um motivo qualquer (a norma ou outro) que - se houvesse passado pela consciência do agente - impediria o resultado.

29) A idéia de que a conduta humana só existe acaso haja cognoscibilidade acerca do resultado, presente na teoria da evitabilidade individual, de modo que sua inexistência

afasta a ação, implica no comprometimento da definição como elemento de enlace, porquanto absorve o extrato da tipicidade no tocante ao tratamento do erro que, quando invencível, acaba por afastar a conduta. O mesmo ocorre com o elemento da previsibilidade objetiva em tema de crimes culposos, que passa a compor o conceito de conduta, com outra terminologia. Na teoria de JAKOBS, a conduta perde sua neutralidade frente ao referido extrato posterior da tipicidade.

30) O supraconceito de ação como "evitabilidade de uma diferença de resultado", embora cumpra a função de elemento básico, abrangendo ação e omissão, não caracteriza o sujeito da conduta e coloca o resultado como parte do conceito de conduta, aspecto que todavia pertence ao tipo.

31) A evolução do supraconceito de ação como "converter-se de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado": a) mantém o resultado no âmbito da conduta, concebendo-o agora como postura contrária à norma, de maneira a antecipar a análise do injusto para o extrato da conduta; b) apela para um esquema social de interpretação que só se uniformiza se tomar as normas como base, exigência que torna a tipicidade absorvida no conceito de ação ou vice-versa, numa verdadeira teoria da ação típica.

32) A teoria da evitabilidade individual atua como elemento limite em relação a pensamentos, hipóteses de "vis absoluta", reações passionais ou em curto-circuito e estados de inconsciência. Porém, é criticável no tratamento de atos reflexos e automatismos, por fazer a evitabilidade depender de uma impossível análise e delimitação da velocidade, no caso dos automatismos, bem como ao estender desmesuradamente o campo de atividades impostas ao garante, ao ponto de impor-lhe a contração muscular, quando isto se mostra possível, para evitar atos reflexos de caráter puramente somático.

33) O tratamento do sujeito ativo como "sistema de imputação" cujos "outputs" interessam ao direito penal elimina sua dimensão de ser humano e permite que pessoas jurídicas pratiquem ações, sendo duvidoso, sem embargo, que a inevitabilidade motivada pela norma possa ser endereçada a órgãos que pautam suas "condutas" por estatutos, com independência da visualização dos homens que por trás deles atuam.

34) As variantes do funcionalismo representadas pela negação de um conceito pré-típico de ação e pelas teorias negativas da ação não são aceitáveis. As primeiras, por força da incapacidade de realizarem as funções do conceito de ação. Já as últimas, porque: a) excluem a abrangência dos tipos omissivos próprios, desservindo como elemento básico; b) antecipam elementos do tipo para o campo da conduta, perdendo a necessária neutralidade para funcionamento como elemento de enlace; c) porque a delimitação de ação e não-ação pelo critério da inevitabilidade é ampla demais, ao ponto de afirmar-se inexistente conduta no caso de erro de tipo invencível, por exemplo.

35) A legislação brasileira adota uma série de heranças geradas no bojo do pensamento finalista welzeliano, porém não deixa evidente a teoria da conduta a ser manejada em cada caso concreto, e muito menos resolve se esta teoria deve ou não partir da conduta como dado ôntico.

36) Se o direito penal seleciona do universo de condutas ocorrentes na sociedade humana aquelas que considera merecedoras de desvalorização, deve manter-se fiel à realidade pela qual se estrutura este objeto (conduta), pois do contrário sua seleção estará dirigida a objetos diversos daqueles que originariamente pretendia tutelar.

37) A ponte com o universo do "ser" derivada de um conceito ontológico de ação implica em facilidade de compreensão do direito penal pelos seus destinatários, pois a visão destes passa a corresponder à visão do direito penal acerca da conduta. Todavia, referida "ponte" é rechaçada no âmbito das correntes funcionalistas.

38) Um sistema penal orientado funcionalmente da maneira proposta por JAKOBS acaba por legitimar todo e qualquer sistema punitivo, inclusive os de perfil autoritário, por força de considerar ser missão do direito penal a proteção de suas próprias normas.

39) A teoria da evitabilidade individual, de JAKOBS, centra o conceito de conduta no juízo de valor consistente em verificar sua "evitabilidade" segundo uma motivação dominante diversa qualquer (preparando a análise posterior da incidência da norma penal como motivo determinante). Isto se repete na teoria negativa da conduta de HERZBERG, o qual apela, ainda, para um julgamento destinado a definir a existência da condição de garante por parte do sujeito ativo. Ambas as teorias implicam em descarte da idéia da conduta humana como dado ôntico.

40) A teoria pessoal da ação, de ROXIN, ao enfatizar a conduta como manifestação da personalidade, aproxima-se perigosamente dos postulados de um direito penal de autor, em que o modo de ser ganha importância em detrimento do fazer humano que propriamente deve gerar a reação penal.

41) A teoria finalista da conduta continua válida ao buscar a categoria da conduta dentro de limites ônticos, facilitando a intelecção do direito penal por parte do seu destinatário e estabelecendo uma necessária ponte de contato entre o direito penal e a realidade em que pretende operar

efeitos. Não impede, entretanto, a adoção de uma orientação funcionalista dos conceitos jurídico-penais obtidos no universo dos valores, desde que reconhecidos e respeitados os contornos da conduta humana existentes no mundo físico.

VII- Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Trad. Alfredo Bosi et alli da 1ª ed. italiana de 1971. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária - o processo psicológico e a verdade judicial*. Vol. I. 3ª ed.. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1981.

AMELUNG, Knut. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de ROXIN", in *El moderno sistema del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez da 1ª ed. alemã de 1984. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale, 11. ed.. Milano: Giuffrè, 1989.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ARNAUD, André-Jean & FARIÑAS DULCE, Maria José. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*. Parte general, 2ª ed.. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal - La doctrina del delictotipo*. Trad. Sebastian Soler da 11ª ed. alemã, de 1930. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco a partir da 6ª ed. italiana de 1966. Vol. I. São Paulo: RT, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, parte geral. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e o Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro da 2ª ed. alemã, de 1983. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal*. Parte geral, Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero, com base na 5ª, 6ª e 7ª ed. italiana. Parte General, vol. I. Bogotá: Temis, 1972.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1988.

_____ "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo", in *Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

COSTA Jr., Paulo José da. *Direito Penal - curso completo*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DURANT, Will. *A História da Filosofia - Os pensadores*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva do original americano. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et alii. 4ª ed.. Madrid: Ed. Trotta, 2000.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale*, 3ª ed.. Bologna: Zanichelli Ed., 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorde de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1987.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal. Vol. I, tomo II*, 4ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 1959.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría de delito*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker da 4ª ed. alemã. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

GRECO, Luis. "Introdução à dogmática funcionalista do delito". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2000. Out.-Dezembro, n. 32, pp. 120/163.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

HIRSCH, Hans Joachim. *La polemica en torno de la acción y de la teoría del injusto em la ciencia penal alemana*, trad. Carlos J. Suárez Gonzáles do original alemão de 1981-2. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1993.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal - Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____ & MELIÁ, Manuel Cancio. *El sistema funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal del Instituto Peruano de Ciencias Penales*. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2000.

_____ *A imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luíz Callegari, da versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo: RT, 2000.

_____ *Estudios de Derecho Penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Parte General. 3. ed., Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte geral, vol. I. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LEVI, Primo. *É isto um homem ?* 3^a ed. Trad. Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

LUHMANN, Niklas & GEORGI, Raffaele De. *Teoria de la Sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlso Villalobos do original italiano de 1992. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris ed., 1991.

_____ *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris ed., 1987.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição Penal - prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal. Parte geral.* São Paulo: RT, 1987.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard de. *Direito Penal. Vol. I.* São Paulo: Saraiva, 1959.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale.* 3.ed. Milano: CEDAM, 1992.

MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale - le fonti, il reato: nozione, struttura e sistematica, vol. I, 2ª ed.* Milano: Giuffrè Ed., 1999.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos Subjetivos do Injusto.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal. Vol. II (ed. atualizada).* São Paulo: Bookseller 1997.

MAURACH, Reinhart & ZIPF, Heinz. *Derecho Penal.* Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson da 7ª ed. alemã. Parte general, vol. I. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 6ª ed. São Paulo: RT, 1994.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal. Parte geral, vol. I.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal - Libro de estudio.* Trad. Conrado A. Finzi da 6ª ed. alemã. Parte general. Tijuana (México): Cardenas Ed. e Distr., 1985.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A Lide e o conteúdo do processo penal.* Curitiba: Juruá, 1989.

_____. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, 1999. Nos. 3 e 4, pp. 65/88.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris ed., 1988.

MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, Antonio. *As Tres Escolas Penaes - classica, anthropologica e critica.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale. Parte gen.* 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1996.

PALAZZO, Francesco C.. *Valores Constitucionais e Direito Penal*, trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris ed., 1989.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLES, Carlos & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

- PIZARRO BELEZA, Teresa. *Direito Penal*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1993.
- PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*. 2ª ed. Milano: Edizioni Libreria Cortina, 1980.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral. São Paulo: RT, 1999.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte General. 3.ed. Barcelona: PPU, 1995.
- _____ "El sistema del Derecho Penal en la Europa actual", in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal - Libro Homenaje a Claus Roxin*. Coord. Jorge de Figueiredo Dias, Bernd Schünemann e Jesús-Maria Silva Sánchez (ed. espanhola). Barcelona: Bosch, 1995.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal*. Parte general, 2ª ed. Barcelona: PPU, 1995.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado Ed. e sucessor, 1997.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte general, 3ª ed. Barcelona: Ariel Ed., 1989.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*. Curitiba: Juruá, 1991.
- REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIBEIRO PONTES. *Código Penal Brasileiro - comentários*. Curitiba: Editora Guaíra Ltda., 1942.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã. Parte general, tomo I. Madrid: Ed. Civitas, 1997.
- _____ *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- _____ *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.
- SALGADO MARTINS, José. *Sistema de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Kofino Ed., 1953.
- SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal (parte general)*. Trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir da 3ª ed. alemã, de 1955. Barcelona: Bosch, 1956.
- SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del derecho penal*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez da 1ª ed. alemã de 1984. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

_____ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá da 1ª ed. de 1995. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Contemporânea.* Trad. José Eduardo Rodil da edição italiana de 1986. Lisboa: Edições 70, 1987.

SILVA FRANCO, Alberto et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* Tomo I, 5ª ed. São Paulo: RT, 1995.

SOARES MARTÍNEZ. *Filosofia do Direito.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal.* Trad. Gladys Romero da 2ª ed. alemã. Parte general, vol. I. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____ *Teorias do delito - variações e tendências.* São Paulo: RT, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal.* Madrid: Ed. Colex, 1994.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.* Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer da 14ª ed. alemã, de 1847. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão,* tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Ed., 1899.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman.* Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez da 11ª ed. alemã. 4ª ed.. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

_____ *Introducción a la Filosofía del Derecho - Derecho natural y justicia material.* Trad. Felipe Gonzáles Vicén da 4ª ed. alemã. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1971.

_____ *O Novo Sistema Jurídico-Penal.* Trad. Luis Regis Prado da versão espanhola anotada por José Cerezo Mir, de 1964. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal, parte geral, aspectos fundamentais.* Trad. Juarez Tavares da 5ª ed. alemã de 1975. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____ *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 6ª ed.. Buenos Aires: Ediar, 1996.

_____ & PIERÂNGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

_____, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

_____ *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Trad. Marcelo A. Sancinetti do original alemão de 1973. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

Índice

I- Apresentação.....	01
II- Introdução: Necessidade sistêmica de uma teoria da conduta em direito penal.....	05
III- Do pré-causalismo ao pré-finalismo: perspectiva histórica.....	31
III.1- Teoria da imputação.....	31
III.2- A fase hegeliana.....	35
III.3- Pontos críticos do período pré- causalista.....	39
III.4- A teoria causal naturalista.....	46
III.4.1- Pontos críticos.....	62
III.5- A fase neokantiana.....	76
III.5.1- Pontos Críticos.....	96
IV- A teoria finalista da ação.....	108
IV.1- Pontos Críticos.....	151
V- O Pós-finalismo.....	203
V.1- As teorias sociais da ação.....	203
V.1.1- Pontos Críticos.....	223
V.2- O pensamento funcionalista e a conduta humana.....	249
V.2.1- Fundamentos, pretensões e diversidade teórica do funcionalismo no Direito Penal.....	249
V.2.2- Vertente de CLAUS ROXIN: o conceito pessoal de ação.....	265
V.2.3- Vertente de GÜNTHER JAKOBS: a teoria da evitabilidade individual.....	292
V.2.4- Outras vertentes do Funcionalismo.....	335
V.2.5- A perspectiva funcionalista da conduta humana e o direito penal brasileiro.....	345
VI- Conclusão.....	378
VII- Bibliografia.....	392