



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

**YURI CARNEIRO COELHO**

**AS TEORIAS DA CONDUTA NO DIREITO PENAL:**

**O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de Garantia**

**Salvador  
2010**

**YURI CARNEIRO COELHO**

**AS TEORIAS DA CONDUTA NO DIREITO PENAL:**

**O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de Garantia**

Tese apresentada como requisito à obtenção do grau de Doutor em Direito, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Curso de Doutorado, área de concentração em Direito Público.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

**Salvador  
2010**

**YURI CARNEIRO COELHO**

**AS TEORIAS DA CONDUTA NO DIREITO PENAL:**

**O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de Garantia**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do grau de Doutor em Direito Público no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e aprovada, em sua forma final, em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010, pela Seguinte Banca Examinadora:

**Banca Examinadora**

---

**Prof<sup>a</sup> Dra. Maria Auxiliadora Minahim**

---

**Prof<sup>a</sup> Dra. Alessandra Rapassi Prado**

---

**Prof.<sup>o</sup> Dr.<sup>o</sup> Nelson Cerqueira**

---

**Prof.<sup>o</sup> Dr.<sup>o</sup> Claudio Brandão**

---

**Prof.<sup>o</sup> Dr.<sup>o</sup> Luiz Regis Prado**

**Salvador  
2010**

## Dedicatória

**À minha família, minha esposa, Sandra e meus filhos Yuri e Lucas, por todos os momentos privados de suas companhias para que este trabalho pudesse ser escrito.**

## **AGRADECIMENTOS**

A Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Auxiliadora Minahim pela orientação durante toda a elaboração deste trabalho, por sua paciência e carinho na condução desta orientação, que fique registrado, *ad eternum*, o agradecimento de um filho.

Aos colegas Sebastian Albuquerque de Mello e Alessandra Rapassi, pelos conselhos, críticas e sugestões ofertadas ao longo da elaboração deste trabalho;

Ao Prof. Dr. Miguel Reale Junior, da Faculdade de Direito da USP, pela permissão de acesso à sua biblioteca particular quando iniciei meus estudos no Doutorado, tendo possibilitado, assim, uma rica coleta de material bibliográfico para o desenvolvimento deste trabalho;

## RESUMO

Este trabalho objetiva analisar os principais modelos teóricos relativos à teoria da conduta no Direito penal, tendo em vista a construção de um conceito de conduta que sirva às perspectivas de um Direito penal de garantia. A pesquisa foi realizada percorrendo as principais teorias da ação, notadamente as teorias causal, finalista e funcionalista-sistêmica. Realiza-se também uma incursão pela teoria da ação significativa e o funcionalismo teleológico roxiniano. O primeiro capítulo denota a preocupação em demonstrar a necessidade de formulação de conceitos sempre sob uma perspectiva garantista, perpassando o capítulo segundo por uma análise da evolução da dogmática através da tipicidade e as formas de preservação do garantismo sob uma perspectiva histórica. Os capítulos terceiro, quarto, quinto e sexto se ocupam da evolução da teoria da conduta, desde sua origem até o presente momento histórico, com os funcionalistas sistêmicos, focando, entretanto, nas principais correntes, quais sejam, a teoria causalista, a teoria finalista, teoria da ação significativa, funcionalista-sistêmica e funcionalista-teleológica. Notadamente, no capítulo sexto, se trata do finalismo e da necessidade de incorporação de conteúdo valorativo a proposta finalista, através de uma análise da teoria egológica de Carlos Cossio. No último e sétimo capítulo demonstra-se a importância de uma teoria da conduta de natureza pré-típica e valorativa para a construção de um sistema penal de garantia, concluindo-se, após, com a afirmação de que a perspectiva finalista da conduta, tendo agregada a condição axiológica da conduta humana atende a um Direito penal de garantia.

Palavras-chaves: Direito Penal. Teoria da conduta. Funcionalismo. Finalismo. Garantismo.

## ABSTRACT

This paper analyzes the main theoretical models on the theory of the conduct of Criminal Law in order to construct a concept of practice that will help the prospects of Criminal Law guarantees. The research was conducted covering the main theories of action, especially the causal, finalist and functionalist-systemic theories. It's also an excursion into the theory of meaningful action and teleological Roxinian functionalism. The first chapter indicates the concern to demonstrate the need to formulate concepts always under a guarantee perspective, followed by the second chapter with an analysis of the evolution of dogma through the typicality and the ways of preservation of guarantees under a historical perspective. Chapters third, fourth, fifth and sixth are concerned with the evolution of the theory of conduct, from its origins to the present historical moment, with the systemic functionalists, focusing however, in the main themes, namely, the causal theory, the finalist theory, the theories of meaningful action, functionalist-systemic and functionalist-teleological. Notably, chapter six deals with finalism and the necessity of incorporating the evaluative content to the finalist proposal, through an analysis of Carlos Cossio's egological theory. In the seventh and last chapter, the importance of a theory of conduct of a pre-typical and valor nature for the construction of a guaranteeism penal system, concluding then with the statement that the finalist prospect conduct, having aggregated the axiological condition of human conduct, supports a Criminal Law of guarantees.

Nota: o termo "garantismo" não tem tradução direta para inglês e foi adaptado neste resumo.

---

Keywords: Criminal Law. theory of the conduct. Functionalism. Finalism. Guaranteeism.

## RESUMÉN

Ce travail a pour objectif d'analyser les principaux modèles théoriques ayant trait à la théorie de la conduite en droit pénal, au regard de la construction d'un concept de conduite qui serve les perspectives d'un droit pénal de la garantie. Cette recherche s'est réalisée en parcourant les principales théories de l'action, notamment les théories causaliste, finaliste et fonctionnaliste-sistémique, sans oublier une incursion par la théorie de l'action significative et le fonctionnalisme téléologique roxinien. Le premier chapitre tente de démontrer la nécessité de formuler des concepts toujours sous l'optique garantiste ; le deuxième est consacré à une analyse de l'évolution de la dogmatique au travers de la qualification des formes de préservation du garantisme sous une perspective historique. Les chapitres trois, quatre, cinq et six traitent de l'évolution de la théorie de la conduite, depuis son origine jusqu'à nos jours, avec les fonctionnalistes systémiques, en mettant en lumière les principaux courants, que ce soit les théories causaliste ou finaliste, celle de l'action significative, fonctionnaliste-sistémique ou fonctionnaliste-téléologique. En particulier, dans le sixième chapitre, est abordé le finalisme et la nécessité de l'incorporation du contenu valorisant la proposition finaliste, au travers d'une analyse de la théorie égologique de Carlos Cossio. Dans le septième et dernier chapitre, est démontrée l'importance de la théorie de la conduite de nature pré-typifiée et valorative pour la construction d'un système pénal de garantie, se concluant, après, avec l'affirmation de que la perspective finaliste de la conduite, en y agrégant la condition axiologique de la conduite humaine qui recouvre le droit pénal de la garantie.

**Mots-clés :** Droit pénal. Théorie de la conduite. Fonctionnalisme. Finalisme. Garantisme.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	ARTIGO
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
TJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRF	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
Inc.	INCISO
Nº	NUMERO
HC	HABEAS CORPUS
DJ	DIARIO DE JUSTIÇA
§	PARÁGRAFO
RESP	RECURSO ESPECIAL
SC	SANTA CATARINA

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

### **CAPÍTULO I - DIREITO PENAL DE GARANTIA. ASPECTOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA CONDUTA**

1.1. Direito Penal de Garantia. Perspectiva conceitual.....	17
1.2. Da necessidade de um Direito Penal de Garantia em um Estado Democrático de Direito.....	23
1.2.1. A aproximação entre a Constituição e o Direito Penal.....	25
1.2.2. Dos princípios penais enquanto instrumento de contensão/preservação dos Direitos Fundamentais.....	28

### **CAPÍTULO II – A DOGMÁTICA PENAL EM BUSCA DE AFIRMAÇÃO CIENTÍFICA. A TIPICIDADE E SUA ESTRUTURA GARANTIDORA**

2.1. A estrutura independente do tipo penal de Ernest Beling.....	34
2.2. A estrutura do tipo indiciário de Max Ernest Mayer.....	40
2.3. Mezger e a concepção de tipo enquanto <i>ratio essendi</i> da Antijuricidade.....	43
2.4. O tipo na estrutura do Finalismo de Hans Welzel.....	48
2.5. A estrutura do tipo no pensamento do funcionalismo teleológico de Claus Roxin e do Funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs.....	49

### **CAPÍTULO III – O MODELO ESTRUTURAL DO DELITO E A CONDUTA ENQUANTO ELEMENTO DOGMÁTICO CENTRAL**

3.1. As origens do conceito de conduta.....	56
3.2. A conduta enquanto elemento central da estrutura dogmática do delito ...	59
3.3. As funções tradicionais da conduta no âmbito da estrutura do delito.....	62
3.3.1. Função de classificação.....	62
3.3.2. Função de limite ou negativa.....	64

### **CAPÍTULO IV – A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO TEÓRICO DE CONDUTA NA PERSPECTIVA CAUSALISTA**

4.1. Um modelo de matiz naturalista.....	66
4.2. A concepção de Von Lizst.....	69
4.3. A reconstrução do conceito na perspectiva causal-valorativa.....	71

### **CAPÍTULO V - O CONCEITO DE CONDUTA NO FINALISMO**

5.1. A relação entre o culturalismo, ontologia e a estrutura da ação no Direito Penal. O egologismo de Carlos Cossio.....	80
5.2. Perspectiva onto-axiológica da conduta e Direito Penal. Fundamentos do conceito de conduta finalista enquanto estrutura lógico objetiva .....	85
5.3. A estrutura da ação finalista.....	94

5.3.1. A problemática dos crimes culposos e a reafirmação da fundamentação finalista aos crimes culposos em contraposição à proposta funcionalista.....	97
5.4. O conceito finalista de conduta e suas possibilidades garantistas. Crítica necessária.....	102

## **CAPÍTULO VI – CONCEITO DE AÇÃO PÓS-FINALISMO; TENTATIVAS INFRUTÍFERAS**

6.1. Breve passagem pela Relação Direito e Linguagem e a crítica da teoria da ação significativa ao finalismo.....	104
6.2. A perspectiva do conceito de conduta na visão de Roxin e o Funcionalismo Moderado.....	112
6.3. O Funcionalismo Sistemico.....	115
6.4. A contraposição aos fundamentos ontológicos de conduta pelo funcionalismo.....	117
6.4.1. A teoria da evitabilidade individual de Jakobs.....	117
6.4.2. O esvaziamento do conceito de conduta. A normatização dos conceitos dogmáticos na proposta funcionalista sistêmica de Günther Jakobs.....	121
6.5. As conseqüências possíveis de um sistema penal funcionalista sistêmico: perspectivas de um sistema penal autoritário.....	130

## **CAPITULO VII – A CONDUTA ENQUANTO INSTRUMENTO DE LIMITE EXTERNO AO PODER DE PUNIR DO ESTADO**

7.1. A Tipicidade Penal e a necessidade de Manutenção da Conduta enquanto Elemento Dogmático Fundamental a um Direito Penal de Garantia.....	134
7.2. A contraposição garantista do conceito de conduta finalista de natureza ontológica à concepção funcionalista – uma desconstrução necessária do conceito funcional.....	136
7.3. O conceito de conduta e sua capacidade de criação de limites ao Poder de Punir do Estado.....	138

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>147</b>
-----------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>154</b>
--	------------

## INTRODUÇÃO

A construção de um direito que possibilite a solução dos anseios de justiça da sociedade e que seja adequado à construção do Estado Social e Democrático de Direito, voltado aos anseios fundamentais do homem, pressupõe o recurso a mecanismos que satisfaçam esta finalidade.

O presente trabalho irá evidenciar que o conceito de conduta é um destes mecanismos, não o único, mas, sem dúvida, um poderoso recurso dogmático capaz de ofertar garantias ao cidadão na sua relação com o Estado e seu poder criminalizador. Em torno desta hipótese suas construídas as demais considerações.

Deve-se alertar que a utilização dos termos conduta e/ou ação neste trabalho serão empregados para designar um sentido uniforme de ação, como sinônimos, sempre representando o atuar positivo ou negativo do agente do delito.

A conduta é o elemento central do tipo, é o elemento de enlace das estruturas dogmáticas, possuindo funções que se revelam necessárias à manutenção de um sistema penal calcado em bases democráticas, sob pena de endurecimento e quebra das garantias constitucionais.

Este trabalho se propõe a fazer uma leitura crítica da teoria da conduta, centrado no conceito ontológico de conduta e procurando demonstrar que este conceito não se encontra superado, desde que adotada uma perspectiva de inclusão dos valores considerados como fundamentais à construção do Direito Penal, em uma perspectiva principiológica e constitucionalista.

Isto significa possibilitar uma releitura do conceito de conduta finalista, considerando sua principal referência, qual seja, a característica ontológica da conduta e

agregando ao conceito outros elementos que possibilitem a sua interação com o sistema penal como um dos instrumentos de garantia do sistema.

As principais teorias da conduta foram enfrentadas neste estudo, enfatizando a concepção finalista e a funcionalista-sistêmica, com a finalidade de demonstrar que o conceito de conduta proveniente desta corrente de pensamento funcionalista não se adequa a um Direito Penal de Garantia no Estado Democrático de Direito, e que um conceito de ação deve possuir bases ontológicas.

Ademais, se buscará também demonstrar esta perspectiva ao se caminhar pelas diversas teorias da ação no Direito Penal moderno, e ressaltar que a concepção funcionalista sistêmica não pode servir de suporte à construção de um Direito Penal de garantia, tendo em vista que a concepção de ação deste sistema revela um conceito incapaz de impor limitações ao jus puniendi Estatal.

O trabalho não dispensa outros mecanismos garantidores necessários para entendimento do delito numa perspectiva que ultrapasse o plano estritamente formal, dando relevo, por exemplo, à tipicidade e sua função delimitadora. Destaca também a importância dos princípios para a configuração da tipicidade no aspecto material nos Estados Democráticos e liberais.

Esta tese reforça a importância da teoria da ação na teoria do delito como instrumento limitador do jus puniendi estatal através da compreensão dos pressupostos fundamentais da teoria da ação finalista do delito e sua capacidade de atender às diretrizes de um Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, com as correções que se demonstrará ao longo da pesquisa.

A relevância deste tema, portanto, se traduz na importância de utilização do conceito de conduta como instrumento de limitação do agir punitivo estatal e na sua atualidade, posto ser a conduta o elemento central do tipo penal e sua análise refletir diretamente no plano de aplicação do Direito Penal.

Os objetivos propostos foram alcançados através da pesquisa teórico-doutrinária, adotando como parâmetro crítico os postulados da teoria finalista da ação, mais notadamente, do neofinalismo, centrando-se o trabalho em uma análise do fenômeno no Brasil.

Desta maneira, será necessário um estudo das principais concepções da ação, desde o causalismo, centrando-se no finalismo, com breve abordagem da teoria da ação significativa até o advento das teorias funcionalistas na atualidade. Foram consultados para realização da tese, tanto a legislação como jurisprudência e bibliografia nacional e estrangeira, notadamente espanhola e alemã.

As obras monográficas sobre o tema foram trazidas à pesquisa, tanto de autores nacionais quanto estrangeiros, buscando-se fundamentar ou não, os propósitos deste trabalho. Buscou-se também um tratamento interdisciplinar em momentos da pesquisa recorrendo-se à teoria geral do direito e a filosofia do direito.

Para atender a tais objetivos o trabalho foi estruturado em oito capítulos, sendo que a conclusão constituiu o capítulo nono e derradeiro.

O capítulo I foi voltado para a construção da importância de um conceito de conduta que seja capaz de servir como instrumento garantista do cidadão numa perspectiva também constitucionalista na medida em que asseguradora de Direitos e garantias da pessoa.

Em seqüência, no capítulo II, é traçada a evolução da teoria da tipicidade, recurso que, ao longo dos anos, busca obstruir a intervenção do Estado na esfera da liberdade do cidadão, ofertando garantias provenientes de sua estrutura dogmática e que se demonstrou, através das teorias do tipo em sua constante evolução, além de aspectos críticos, como o apontamento da insuficiência da teoria funcionalista sistêmica de Jakobs na redução do poder de punir estatal.

O capítulo III delimita as origens do conceito de conduta e a necessidade de sua afirmação na estrutura do tipo, enquanto um instrumento de contenção da atividade incriminadora do Estado, suas funções neste contexto e a sua necessidade dentro do sistema penal.

O capítulo IV e V trazem a análise do conceito de conduta na ótica causalista e finalista, em seqüência, a relação possível entre o conceito de conduta no finalismo e a concepção culturalista de Carlos Cossio. Trata também dos pressupostos da teoria da ação finalista, de ordem dogmática e filosófica e enfrentando a crítica da teoria da ação significativa à teoria finalista da ação.

No capítulo V, define-se que o conceito de conduta de bases ontológicas se demonstra capaz de ofertar as condições necessárias para a construção de uma tipologia que se revele limitada na sua pretensão de impor constrições á liberdade, e que respeite, portanto, o exercício deste direito.

Neste capítulo são traçados os conceitos de estrutura lógico-objetiva e a relação entre a ontologia, o culturalismo de Carlos Cossio e o conceito de conduta de Welzel, demonstrando-se que não há incompatibilidade entre a concepção de Cossio e o conceito de Welzel. Salienta-se também que o respeito ás estruturas lógico-objetivas é o cerne do conceito de conduta finalista.

Compreendendo-se o conceito de conduta enquanto de natureza finalista, vinculado, portanto, pelas estruturas lógico-objetivas demonstra-se que este instituto tem plenas condições de impor o limite externo necessário à ampliação da intervenção penal na esfera da liberdade humana.

A problemática dos crimes culposos e as posições críticas em relação á esta estrutura do delito por parte dos críticos do finalismo também são enfrentadas e se afirma, de forma contundente, que a estrutura finalista de ação convive perfeitamente com os crimes culposos, ao contrário do pensamento dos críticos e que, toda conduta humana culposa, é finalista, não em relação ao resultado que se produziu, mas, sim, no tocante aos meios utilizados para um determinado objetivo e não alcançado em face da ausência de um dever objetivo de cuidado.

A teoria da ação significativa é enfrentada, apenas como referência crítica à teoria da ação finalista, mas, ressalta-se que, apesar do caráter democrático de suas proposições, não consegue lograr o mesmo efeito da teoria finalista da conduta quanto ao seu aspecto garantidor.

No capítulo VI, é retratada a teoria da ação na concepção funcionalista sistêmica e se busca sua desconstrução, alicerçando os fundamentos da impossibilidade desta teoria servir para limitação do poder de punir estatal.

Por derradeiro, no capítulo VII, afirma-se o conceito de conduta que se entende mais adequado à qualificação como um verdadeiro limite externo ao poder de punir do Estado, mantendo-se a estrutura básica da teoria da ação finalista, e apontando

através de referências no sistema normativo brasileiro de exemplos de violação deste método.

## **CAPÍTULO I – DIREITO PENAL DE GARANTIA. ASPECTOS FUNDAMENTAIS**

### **1. Direito Penal de Garantia: Perspectiva conceitual.**

O Direito Penal da atualidade, mais notadamente em campo teórico-doutrinário, tem se debatido com a tensão entre uma política legislativa de expansão/maximização do Direito Penal e o discurso garantista, de efetivação de Direitos Fundamentais, de respeito aos direitos e garantias individuais. Propõe esta corrente<sup>1</sup>, a adoção de um

---

<sup>1</sup> Ver, neste sentido, COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal: Conceito, Teorias da Pena, Direito Penal Constitucional, Hermenêutica e Aplicação da lei penal*. Salvador: JusPodivm, 2009; GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 12. Coord. Luis Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2005; PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 3.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed., rev. e aum. Saraiva, São Paulo: 2005; STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Cris: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

modelo penal que seja garantidor e ancorado no respeito aos valores constitucionais fundamentais.

O acatamento de valores constitucionais se revela mais clara na concretização dos princípios penais de garantia, tais quais legalidade, culpabilidade, lesividade, proporcionalidade e outros da mesma natureza, cuja finalidade maior é o de intervir sempre guiado pelo respeito ao ser humano em sua dignidade.

Esta afirmação se constrói a partir da constatação de que o Direito Penal é um instrumento de violência institucional utilizado pelo Estado, posto que, cerceia um dos elementos fulcrais da dignidade humana que é a liberdade. Segundo Claudio Brandão, “A idéia de Direito Penal é ligada à de violência: tanto é violenta, em geral, a ação criminosa, quanto é violenta a reação do Estado para estas ações, ou seja, a pena”<sup>2</sup>.

Isto não impede que se possa construir um Direito Penal Garantista, o que significa que, ao restringir a liberdade e valer-se dos meios dos quais dispõe para violar a autonomia humana, o Estado seja limitado para que não se impeça ou dificulte a aplicação dos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.

Dentre tais limites, é importante que se enfatize aqueles de natureza onto-axiológica, cuja violação, se não impede, ao menos evidencia uma transgressão do Estado aos seus propósitos democráticos. Deve-se, portanto, admitir a necessidade da norma penal para assegurar a proteção de bens jurídicos, despendendo esforços para possibilitar a existência de um sistema penal compatível com os direitos e garantias fundamentais conquistados pela humanidade nos últimos séculos. A construção destes limites é uma tarefa do garantismo penal e todo doutrinador comprometido com a dignidade humana.

Garantismo ou Garantismos? As perspectivas são diversas, mas, elas se subsumem fundamentalmente em um garantismo substancialista, e um garantismo procedimentalista. Dentro de um conceito amplo, Luciana de Medeiros Fernandes salienta que

---

<sup>2</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal* : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

“O garantismo penal é concebido como emanção de um Estado de Direito (Estado Limitado), construído sobre o princípio da legalidade, perfazendo-se em função de um poder interventor mínimo, que é garante da sociedade, mas também dos Direitos individuais – inclusive do delinqüente contra a arbitrariedade – identificados como Direito humanos.<sup>3</sup>

Esta busca de elementos que permitam a convivência do Direito Penal com um Estado Democrático de Direito é que se revela enquanto função de um Direito Penal de Garantia. O termo garantismo revela para alguns uma ambigüidade, principalmente na definição de sua relação com o modelo de Direito Penal que se busca, seja de viés totalitário ou democrático.

Ferrajoli possui importante construção teórica sobre o tema, enfatizando aspectos que se revelam numa perspectiva de tutela processual e material das liberdades, criando a estrutura garantista de Direito Material através do princípio da legalidade como forte característica de seu sistema.

Ferrajoli denomina garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal, um modelo limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável, com sua axiomatização resultando da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si<sup>4</sup>.

Ferrajoli enuncia 10 princípios como fundamentais ao sistema garantista, quais sejam:

“1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicioriedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação

---

<sup>3</sup> FERNANDEZ, Luciana de Medeiros. *Direito Penal máximo ou intervenção mínima do Direito Penal?* Breves lineamentos sobre a função do Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 69. São Paulo: RT, 2008, p.47.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, págs.74-75.

entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação: 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade”<sup>5</sup>.

Aqui ficam claramente demonstradas as perspectivas de tutela material do garantismo de Ferrajoli, exercidas através dos princípios da retributividade, da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito, da necessidade ou da economia do Direito Penal, da lesividade, da materialidade e da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, e de Direito processual, quais sejam, princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito, princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, princípio do ônus da prova e princípio do contraditório.

Garantismo, para Ferrajoli,

“com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade”<sup>6</sup>.

Neste sentido, a perspectiva de Luciana de Medeiros se aproxima daquela apontada por Ferrajoli, posto que vincula o garantismo à tutela de Direitos fundamentais, interligando a autora o conceito de garantismo ao princípio da legalidade e à tutela de Direitos individuais, ou seja, trabalha com os mesmos pressupostos de Ferrajoli.

Luciano Feldens defende que a expressão garantismo não é usada de forma adequada, se resumindo em uma espécie de maniqueísmo prejudicial à formação do conceito e, conseqüentemente, à efetividade teórico- prática destas perspectivas equivocadas, pois, descriteriosas<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luis Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p.75.

<sup>6</sup>FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p.271.

<sup>7</sup> Cf.FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Garantismo; Deveres de Proteção; Princípio da proporcionalidade; Jurisprudência Constitucional Penal. Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.65.

Nesta concepção, entende-se que a referência ao garantismo encontra-se, “freqüentemente associada a discursos críticos em torno do sistema jurídico-penal”<sup>8</sup>, esteriotipando os doutrinadores em garantistas e anti-garantistas.

Em sua crítica, diz Luciano Feldens que:

“Em primeiro lugar, e por dizer o óbvio, para ser titular de Direitos Fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu, em uma ação penal; os direitos e suas garantias também socorrem aqueles que não se vejam envolvidos em uma tal ou qual relação jurídica. Em segundo lugar, porque a teoria do garantismo não é, propriamente, uma teoria da legalidade (em sentido estrito). Logo, não pode ser uma teoria do Direito Penal ou do processo penal, muito embora possa ser aplicada a esses setores, sempre a partir de uma referência constitucional. Em terceiro lugar, porque a própria Constituição, de cuja superlegalidade extrai-se a teoria garantista, ademais de autorizar, exige, em determinados âmbitos, a intervenção jurídico penal”<sup>9</sup>

A crítica apontada merece destaque por destoar da perspectiva que a maioria da doutrina trata do conceito de garantismo penal, mas, entretanto, não se compreende ser suficiente para se afastar a possibilidade de correlacionar o garantismo com o Direito Penal com vistas a efetivar direitos substanciais e formais que o cidadão, e, por óbvio, o réu, possa ter frente ao *jus puniendi* estatal.

O garantismo não se revela uma teoria exclusiva do Direito Penal, mas, sem dúvida, possui uma particular capacidade de demonstrar sua capacidade limitadora das intervenções do Estado na esfera da liberdade no Direito Penal, pois é o sistema penal que interfere com mais contundência na esfera da liberdade humana.

Alegar-se que para ser titular de Direitos Fundamentais não é preciso ser réu, é uma afirmação precisa, mas, despicienda, pois disto não se afasta o hermeneuta que pretenda construir um Direito Penal de bases democráticas. Não se pode olvidar, tampouco, que o garantismo penal, enquanto reflexo de uma interpretação que se faz dos direitos fundamentais e da esfera de proteção que é concedida à pessoa através deles, somente poderá ter suas bases estruturadas nos valores constitucionais que suportam estes Direitos Fundamentais.

Isto independe, inclusive, do fato de que a Constituição estabeleça limitações ao poder de punir e ao mesmo tempo crie esferas de punição de forma cogente, através

---

<sup>8</sup> FELDENS, Luciano, Op.cit., p.65.

<sup>9</sup> FELDENS, Luciano. Op. cit, p.66.

de mandatos de criminalização como no campo do Direito Penal ambiental, posto que, estes campos de intervenção obrigatória da norma penal não significam necessariamente que se estaria diante de tendência antigarantista.

Como se sabe, a legitimidade do Direito Penal decorre da restrita proteção de bens jurídicos fundamentais, devendo-se realizá-las, respeitando os princípios penais de garantia.

A compreensão de Luciano Feldens sobre Garantismo indica que:

“O garantismo se deve compreender, sobretudo: a) como uma teoria de base constitucional, b) orientada à otimização dos Direitos Fundamentais; c) o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização, d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, e competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente à suas principais ameaças”<sup>10</sup>

O garantismo penal reflete um Direito Penal que procure realizar Direitos Fundamentais, e há aqui um ponto de intersecção claro com o proposto pelo autor acima, podendo-se verificar que os mecanismos utilizados para garantir uma realização dos Direitos Fundamentais podem ser de estabelecimento de limites negativos e positivos ao Direito Penal. Esta forma de pensar o sistema penal, a partir dos Direitos Fundamentais é a forma mais adequada de tratamento do Garantismo penal.

Ressalte-se que esta forma de apontar o garantismo penal não impede sua compreensão enquanto um marco teórico que oferta sustentabilidade às perspectivas propostas pelos minimalistas – corrente de pensamento que propõe a intervenção do Direito Penal a níveis mínimos de tutela e com recorrência ampliada a penas não privativas de liberdade - no Direito Penal. Esta proposta se choca com o pensamento dos expansionistas – corrente de pensamento que propõe a ampliação da esfera de intervenção do Direito Penal através do aumento de conteúdo legislativo vinculado á criminalização de condutas -, adeptos de um sistema penal que contenha maiores condições de limitação da liberdade humana.

---

<sup>10</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p.67.

Não se revela indevida, portanto, a apropriação do termo “garantismo penal” pelos autores minimalistas, em confrontação aos expansionistas, sem correr-se o perigo de estabelecimento de uma postura metodológica maniqueísta.

Desta sorte, falar em Direito Penal de garantia, ou garantismo penal é apontar, enquanto instrumental teórico de construção, a necessária referência aos Direitos Fundamentais. Isto leva à possibilidade que o Direito Penal se construa limitado substancialmente pelos Direitos Fundamentais, dentro de uma perspectiva principiológica constitucional e impedindo que o Jus puniendi estatal exerça seu poder sem limitações.

## **1.2. Da necessidade de um Direito Penal de Garantia em um Estado Democrático de Direito.**

O entendimento adotado no item anterior traz a compreensão imediata de que o Direito Penal apenas deve se construir, de maneira legítima, em um Estado Democrático de Direito, se o fizer calcado no Garantismo penal, afim de que não se constitua em um instrumento mais violentador das liberdades do que já o é, ou seja, que possa ser instrumento de contenção dos processos de violação dos bens jurídicos fundamentais, mas, que, somente realize esta função dentro de parâmetros mínimos de respeito aos Direitos Fundamentais e aos princípios orientadores de um sistema penal de um Estado Democrático de Direito.

A realização dos princípios penais de garantia não se revela como o único instrumento de preservação das garantias fundamentais no Direito Penal, mas, como o elemento fundamental, sem dúvida, se tornando, inclusive um instrumento orientador de institutos da dogmática penal, realizando assim a principal função do Direito Penal que é a de proteção de bens jurídicos, ainda que de forma reflexa, quando a adoção de institutos dogmáticos são interpretados de forma a preservar a liberdade.

Desta forma, a confirmação da conduta em uma perspectiva onto-axiológica surge como instrumento através do qual se demonstrará ser possível garantir Direitos fundamentais, mais notadamente a liberdade, pois potencial bloqueador da possibilidade de expansão do poder punitivo estatal no tocante à responsabilização sem conduta.

Esta compreensão só é possível na medida em se está diante de um Estado Democrático de Direito e na busca de instrumentos de proteção da liberdade, sendo que, a Constituição Brasileira, no tocante ao valor liberdade, revela a sua supremacia em sede de preâmbulo<sup>11</sup>, no art.3º, inciso I da CF, além de todas as garantias estabelecidas no art.5º<sup>12</sup> de nossa Carta Magna.

Realçando as garantias ofertadas pelo princípio da liberdade, pela liberdade enquanto valor, Dirley da Cunha diz que

“o Direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Isto é, consiste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade. Entre nós, compreende: a) a liberdade de ação; b) a liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião ou pensamento; d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) a liberdade de informação; f) a liberdade de consciência e crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação e i) a liberdade de opção profissional.”<sup>13</sup>

Isto revela que a liberdade é o cerne de um Estado Democrático de Direito, e que, portanto, somente é possível se falar em Garantismo se houver proteção à liberdade, que, na Ciência Penal, se revela na contenção do Poder de Punir do Estado, coibindo o uso desproporcional dos mecanismos de contenção do Direito de ir e vir.

Ressalte-se que a tutela das liberdades não se manifesta apenas na possibilidade apontada de vedação da intervenção do Estado em sua esfera, mas, também,

---

<sup>11</sup> Preâmbulo da CF: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>12</sup> Art.5º, incisos II, IV, VI, IX, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XLI e LXVIII e demais garantias decorrentes do §2 do art.5º da CF.

<sup>13</sup> CUNHA, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.642.

tutelando a liberdade através da incriminação de condutas que afetem seu livre desenvolvimento como no art.148 e 149 do Código Penal.

Neste sentido, é importante anotar-se, como faz Willis Santiago Guerra, que o Estado Democrático de Direito firma-se no momento atual por uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados em nome da realização de direitos sociais<sup>14</sup>.

O Estado Democrático de Direito então, representa uma superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado<sup>15</sup>, e nesta proposição de revitalização dos direitos individuais de liberdade se situa a perspectiva garantista proposta neste trabalho em relação à conduta.

### **1.2.1. A aproximação entre a Constituição e o Direito Penal**

A Constituição demanda a compreensão de que seu papel, enquanto instrumento conformador do ordenamento jurídico é de moldar os sistemas jurídicos nela fundados, para possibilitar uma aplicação consentânea com os princípios nela consagrados.

A Constituição brasileira é o diploma normativo fundante de nosso ordenamento jurídico, e que irradia todo o sistema com suas regras e princípios, determinando vinculação das normas infraconstitucionais às normas constitucionais e estabelecendo mecanismos de controle de constitucionalidade aptos a manter o respeito à nossa Carta Magna<sup>16</sup>.

O fundamento de qualquer sistema jurídico é a Constituição, é ela que demanda a construção dos valores fundamentais em uma sociedade que determina os limites e o alcance de cada ramo de nosso ordenamento jurídico<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup>GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.159.

<sup>15</sup>GUERRA FILHO, Op. Cit, p.159.

<sup>16</sup> COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal: Conceito, Teorias da Pena, Direito Penal Constitucional, Hermenêutica e Aplicação da lei penal*. Salvador: JusPodivm, 2009, p.67.

<sup>17</sup> Cf. COELHO, Introdução. p.69.

Neste sentido é que se realça ser a Constituição o fundamento de validade da ordem jurídica, denotando que uma sociedade para se constituir democrática, deve partir de uma Constituição que se revele seu suporte, de matriz democrática. Este fundamento de validade da ordem jurídica, que é a Constituição, leva à formação de um sistema lógico e hierarquizado, estando todas as normas subordinadas ao texto Constitucional<sup>18</sup>.

A conformação do Estado de Direito como Estado Constitucional surge necessariamente da perspectiva de fortalecimento das liberdades dos indivíduos, através do que se busca a limitação do poder político<sup>19</sup>. Este fortalecimento das liberdades se demonstra mais necessário ainda no âmbito penal, na medida em que, é através do Direito Penal que o Estado promove a mais drástica intervenção institucionalizada na vida em sociedade, por intermédio da pena<sup>20</sup>.

O sistema finalista da ação criado por Welzel se revelou adequado no momento histórico de superação do positivismo como forma de ofertar garantias ao indivíduo. Entretanto, é preciso adaptá-lo à realidade de um Estado Democrático de Direito, no contexto de um neoconstitucionalismo que termina por influenciar a construção dos sistemas normativos.

O apropriado, portanto, é repensar o processo hermenêutico, de modo que seja adequado a construir um Direito Penal de garantia e que tenha em perspectiva a profunda interrelação entre o conteúdo material de uma Constituição e a construção da ciência penal.

Desta sorte, pode-se enfatizar, com Lênio Streck que:

Na era das Constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e dar conta do mundo prático não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do Direito, que sirva tão somente para colocar “capas de sentido” ao texto jurídico<sup>21</sup>

Isto demanda repensar o Direito Penal levando em consideração os novos paradigmas da Hermenêutica Constitucional, possuindo perfeitas condições de

<sup>18</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed., rev. e aum. Saraiva, São Paulo: 2005, p.21

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 3.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p.72.

<sup>20</sup> COELHO, Yuri. Op.cit, p.69.

<sup>21</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7.ed, rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.347.

conduzir o Direito Penal a pilares de sustentação dos Direitos Fundamentais do Homem e a uma maior limitação do poder de punir do Estado.

A construção de um Direito Penal cercado de garantias à liberdade importa na criação de um sistema penal dotado de respeito aos princípios, capaz de garantir que os institutos da dogmática penal também possam ser por eles permeados e se construir um Direito Penal que violente em menor grau as liberdades humanas. Sebastian Borges de Albuquerque destaca que o constitucionalismo representa o alicerce do Direito Penal, pois os princípios penais fundamentais estão categorizados como Direitos Fundamentais, positivados na Constituição como irrenunciáveis e inalienáveis<sup>22</sup>.

A essência do Direito Penal é a intervenção na liberdade humana, entretanto, é possível conter o processo de intervenção estatal através da criação de mecanismos que no processo de interpretação da norma permitam um menor arbítrio estatal.

A aproximação entre o Direito Penal e a Constituição exerce neste caso papel fundamental, pois propicia a tutela da liberdade diminuindo assim o arbítrio estatal, que, em nossa perspectiva se reflete nas opções valorativas do Direito Penal, que terminando por incidir na possibilidade de que o conceito de conduta exerça este papel conforme se irá demonstrar ao longo do trabalho.

### **1.2.2. Dos princípios penais enquanto instrumento de contenção/preservação dos Direitos Fundamentais**

O Direito Penal não deve ser visto apenas enquanto um instrumento de repressão e contenção das liberdades, posto que, se construído a partir de uma compreensão garantista, centralizado na necessidade de proteção do ser humano, é possível estruturá-lo com elementos que sirvam para o bloqueio da atividade punitiva estatal, permitindo assim compatibilizar-se com o Estado de Direito Democrático.

---

<sup>22</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Juspodivm, 2010, p.69.

O Direito Penal é, sem dúvida, o instrumento institucional mais efetivo na esfera da privação da liberdade e, sob este aspecto, limitador de um Direito fundamental, limitação esta que ele exerce de forma legítima desde que respeitando os princípios orientadores do sistema penal, de matriz constitucional e entre eles, o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é um princípio de matriz constitucional, fundamental em nosso sistema jurídico para a interpretação e aplicação das normas penais, possuindo a capacidade de preservar os direitos fundamentais postos em conflito e, portanto, com plenas condições de servir de instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, consoante a doutrina americana, nasce como uma garantia processual, como um direito ao devido processo legal substantivo<sup>23</sup>, se firmando após como princípio que permitiria a análise de mérito dos atos administrativos.

Razoabilidade é a necessária adequação de sentidos entre os valores fundamentais da organização estatal, tais como a ordem, a segurança, paz, e, em última análise, a justiça, sendo razoável o que seja conforme à razão e suponha equilíbrio correspondente aos valores vigentes em sociedade em um dado momento ou lugar<sup>24</sup>.

A função do princípio da proporcionalidade enquanto instrumento de proteção de Direitos Fundamentais é a que mais ressalta diante da Ciência penal, funcionando como “valioso instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do poder público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto, para a melhor realização do fim constitucional nela embutido”<sup>25</sup>.

A proporcionalidade também guarda necessária relação com a denominada proibição do excesso, em verdade, compreende-se, conteúdo do próprio princípio,

---

<sup>23</sup> No direito alemão o fundamento estaria no Princípio do Estado de Direito. Neste sentido, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.95.

<sup>24</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora. 6.ed, ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p.224.

<sup>25</sup> BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p.373.

pois, notadamente na esfera penal, a atuação fundamental deste princípio é evitar o arbítrio e os excessos do Estado no processo de criminalização e de aplicação da pena.

A proteção dos direitos fundamentais na esfera principiológica não se limita, entretanto, apenas ao princípio da proporcionalidade, possuindo também esta característica o princípio da legalidade.

No sentido de afirmar-se o princípio da legalidade enquanto instrumento de limitação do poder de punir do Estado, revelando-se para além de seu aspecto formal como “uma garantia denominada de legalidade material, instrumento de tutela limitador não só da forma como o Direito Penal é utilizado, mas também do seu conteúdo”<sup>26</sup>.

Esta garantia seria exercida pelo conteúdo material do princípio da legalidade, que, se configura como limitadora do poder estatal dirigida tanto ao poder legislativo quanto aos poderes executivo e judiciário, possuindo como abrangência a capacidade de vincular não só a forma como o conteúdo de criação e aplicação do Direito Penal<sup>27</sup>.

A legalidade, enquanto princípio pode ser apontado como o mais efetivo instrumento de limitação do poder de punir estatal que o Direito oferta, trata-se de verdadeiro limite interno, imanente ao sistema e que possui a maior efetividade político institucional no âmbito de contenção da atividade punitiva estatal.

Neste sentido, urge apontar que a legalidade material cumpre um papel fundamental ao estabelecer que não apenas garantias formais devem ser estabelecidas quando da criação de uma norma penal, mas que, a atenção á taxatividade, determinação e precisão dos tipos penais se revela necessário para um Direito Penal de garantia.

Fabio Guaragni aponta conseqüências relevantes para o Direito Penal, no tocante ao princípio da legalidade, ao dizer que, “o legislador encontra, portanto, um limite para sua atividade legislativa, ao ter que partir de condutas humanas quando produz

---

<sup>26</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.272.

<sup>27</sup> Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p.273.

matéria penal incriminadora, podendo fazer derivar somente delas a construção de tipos penais<sup>28</sup>.

Esta referência à obrigatoriedade do legislador ter de partir de condutas humanas para realizar a sua atividade de criação de tipos penais, ficando limitado neste sentido em sua atividade legislativa, provém de uma leitura material do princípio da legalidade, podendo-se, neste sentido, inferir uma relação entre este princípio e uma concepção ontológica de conduta para o Direito Penal.

Em verdade, está se apontando que a violação á esta condição, do legislador respeitar as estruturas lógico-objetivas implicaria em uma afronta direta ao art.5º, inciso II da Constituição Federal que salienta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei.

Esta relação entre o princípio da legalidade e o Direito Penal, através do conceito de conduta, acaba se revelando na interferência de um limite externo ao sistema – a ação – que surge interagindo com um limite interno ao sistema – o princípio da legalidade – realizador, neste caso, do limite externo.

Os limites internos são aqueles denominados como institutos criados pelo sistema normativo e que servem como limites à atuação do Estado na esfera punitiva, enquanto os limites externos são exteriores a norma, e que ela interioriza por uma necessidade de lhe conferir legitimidade.

Guaragni salientou com propriedade em relação à expressão ‘fazer’ do art.5º, inciso II da Constituição Federal em sua interpretação para o Direito Penal que:

“O termo fazer implica que a lei penal (à qual se restringe o texto) somente poderá obrigar o cidadão vinculando-o a um fazer, proibindo um fazer(normas proibitivas) ou preceituando-o(normas preceptivas, ordinatórias ou mandamentais). Não se pode proibir que o destinatário da norma penal *seja* ou ordenar que *seja* de uma ou outra forma”<sup>29</sup>

Desta forma, aponta o autor com precisão que não é possível punir-se o Estado de pessoas, suas condições pessoais, sob pena de violar-se o art.5º, inciso II da Constituição Federal, que estabelece mandamentos ou proibições à pessoas em sua condição de fazer ou deixar de fazer algo e não de ser ou não algo.

---

<sup>28</sup> GUARAGNI, Fabio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal*, p.44.

<sup>29</sup> GUARAGNI, Fabio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal*, p.44.

Hungria afirmou em relação ao princípio da legalidade penal que, “é um princípio político(político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”<sup>30</sup>, sendo um instrumento, portanto, de proteção dos Direitos fundamentais.

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais no Estado Brasileiro pode ser sentida pela leitura do preâmbulo da atual Constituição<sup>31</sup>, se erigindo como pilar ético-jurídico-político de sua própria compreensão<sup>32</sup>.

No âmbito, portanto, da proteção/restrrição dos Direitos Fundamentais há de se verificar que, quando tutelados ou relativizados, sempre ocorre a confrontação com outros direitos fundamentais, o que demanda a definição de seu âmbito de proteção, que, no Direito Penal termina por se vincular à confrontação entre os valores/bens jurídicos postos em conflito.

A proteção de bens jurídicos se constitui em uma das formas de garantia do indivíduo, posto que, ao tutelar bens jurídicos, há que se seguir uma série de critérios de ordem principiológica para se criar um tipo penal, limitando assim o poder de intervenção estatal na esfera da liberdade e possibilitando que o Direito Penal não seja apenas um instrumento de contenção das liberdades, mas, também de proteção desta.

Esta forma de proteção, não se revela exclusiva, pois não tem ela como servir de instrumento limitador isoladamente, mas, ao se adequarem às estruturas dogmáticas aos princípios penais de garantia, sem permitir possibilidade de exclusão da capacidade de limitação que a conduta enquanto estrutura ontológica têm, se estará diante de um Direito Penal que respeita os Direitos Fundamentais.

A referência ao Direito Penal enquanto um instrumento limitador da atividade estatal criminalizadora, apontando que ele pode desprezar as estruturas ontológicas e que deve sobreviver de acordo com as necessidades normativas do sistema, não satisfaz suas necessidades garantistas.

---

<sup>30</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo 1º. Arts.1º a 10º vol.1. 3. ed., rev. e atual.Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.12.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual.São Paulo: Saraiva, 2009, p.265.

<sup>32</sup> MENDES, et al. Op.cit, p.265.

Esta impossibilidade de satisfação das necessidades garantistas se revela pela circunstância de que as necessidades normativas do sistema não necessariamente levam em consideração a proteção do homem, pois ele deixa de ser o centro do sistema, o centro é a norma e o sistema gira em torno da imperatividade de ofertar legitimidade a elas, não mais que isso.

Centrar seu funcionamento em torno de uma estrutura normativa que despreza a perspectiva ontológica que se possa ter de conduta conduz a um Direito Penal que aponta, inclusive, para a possibilidade de responsabilização de pessoas por sua condição pessoal e não de fatos, posição esta que resulta danosa e violadora da liberdade em um Estado Democrático de Direito.

## **CAPÍTULO II – A DOGMÁTICA PENAL EM BUSCA DE AFIRMAÇÃO CIENTÍFICA. A TIPICIDADE E SUA ESTRUTURA GARANTIDORA.**

### **2.1. A estrutura independente do tipo penal de Ernest Beling**

O Direito Penal buscou, no âmbito da dogmática, atender aos reclamos constitucionais no que diz respeito à construção de institutos e sistemas que pudessem garantir o cidadão diante do Estado. Pode-se constatar, sobretudo, esta atividade, notadamente a partir do período científico, com o estabelecimento de critérios de segurança e racionalidade no desenvolvimento de seus conceitos.

Esta racionalidade se estabeleceu através da estruturação da dogmática, inicialmente, através da teoria do tipo e após, com a evolução das demais categorias do delito.

O final do século XIX, de certa forma, busca o início deste processo de racionalização. Não se pretende, com isto, excluírem-se os avanços do Direito Penal em período anterior, notadamente no período iluminista, mas, sim, destacar este objetivo que, na verdade, teve início com a vinculação do Direito Penal às ciências causais.

Isto não significa afirmar a correção ou não das afirmações do movimento positivista do final do século XIX, que se caracterizou pela perspectiva de rejeição da metafísica do mundo da Ciência, restringindo-a aos fatos e às leis positivas a ela vinculadas<sup>33</sup>.

O causalismo, que teve em Von Liszt e Beling sua introdução no Direito Penal, estruturou seu substrato a partir da construção da teoria do tipo penal, entendendo ser o tipo uma descrição meramente objetiva do fato, vinculando a culpabilidade ao conceito de dolo ou culpa, fora do contexto da conduta.

A noção de tipo estabelecida por Beling<sup>34</sup> contém o poder punitivo do Estado, pois estabelece seus limites a partir da descrição da conduta. Trata-se de uma forma de apresentação do princípio da legalidade, através do conceito de taxatividade, que

---

<sup>33</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. trad. José Souza e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.36-37.

<sup>34</sup> Cf. NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Landin, 2006, p.54. Beling iniciou a construção de sua teoria em 1906, na obra *Teoria do delito*, destacando a importância e o sentido estrito do tipo, reelaborando sua teoria em 1930 através de um trabalho desenvolvido em homenagem a Frank e na edição de seu *Grundzüge*, conforme salientou Asúa, *La Ley y el delito*, p.258-259.

estabelece a descrição e os limites da punibilidade, uma concepção de tipo independente.

Por isso mesmo, Raul Chaves<sup>35</sup>, ao tratar da matéria, afirma que se a função da tipicidade for a de fechar o sistema do Direito Penal, ela não passaria de uma sutileza técnica para exprimir de outra forma o princípio da legalidade.

Deve-se a Beling a elaboração do conceito de tipo, *Tatbestand*, que anteriormente correspondia à noção de *Corpus Delicti*<sup>36</sup>. Como se sabe, para Beling, o tipo é a descrição objetiva do crime, realizada pela norma penal<sup>37</sup>.

O delito tipo de Beling está engravado no vasto terreno da conduta antijuridicamente culpável, e, conforme seu conteúdo interno, são “tipos de injusto que mediante a incorporação de exigências da pena legal abstrata pressupõem uma ordem na direção específica da culpabilidade”<sup>38</sup>.

Neste contexto, a formulação dos delitos tipos para o legislador não parece um jogo caprichoso, pois, através disto é que se realiza a valoração, classificando o injusto culpável e estabelecendo uma escala de valores através do tipo, como imagens normativas, sendo também normativas o injusto e a culpabilidade<sup>39</sup>.

## Segundo Asúa

O tipo legal é mais que um conceito básico que domina o Direito punitivo em sua total extensão e profundidade, pois, isto se deduz do fato de que sem referência a um delito tipo independente todas as discussões de ordem penal cairiam no vazio e precisamente, os delitos tipos estão a sua vez, referidos aos tipos legais<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> CHAVES, Raul. *Da tipicidade penal*. Bahia: Artes Gráficas, p.93.

<sup>36</sup> JUNIOR, Miguel Reale. *Teoria do Delito*. São Paulo: RT, 1998, p.38.

<sup>37</sup> JUNIOR, Miguel Reale. *Op.cit*, p.39.

<sup>38</sup> ASÚA, *La ley y el Delito*, p.260. “...tipos de lo injusto que, mediante la incorporación de las exigências que la pena legal abstracta presupone em orden a la dirección específica de la culpabilidad”.

<sup>39</sup> Cf. ASÚA, *La ley y el Delito*, p.260-261.

<sup>40</sup> ASÚA, *Op. Cit*, p.265, tradução nossa, “El tatbestand legal es más bien un concepto básico que domina el derecho punitivo en su total extensión y profundidad, pues, esto se deduz del hecho de que sin referencia a un delito tatbestand independiente todas las discusiones de orden penal caerían en el vacío y precisamente, los delitos tipos están su vez, referidos a los tipos legales.”

A teoria do tipo tem em Ernest Beling seu precursor<sup>41</sup>, que teve o mérito de construir uma teoria do tipo vinculada ao princípio da legalidade, conferindo, neste sentido, uma clara garantia ao destinatário da norma penal.

Antes de sua formulação, entretanto, o delito era compreendido como um fato contrário ao direito e ao mesmo tempo culpável, dificultando a vinculação do delito ao conceito de taxatividade penal, segundo Alamiro Velludo<sup>42</sup>.

Principal representante deste momento histórico anterior, com a escola clássica, Carrara representava a idéia de delito enquanto ente jurídico, na busca de um sistema penal completo e definitivo.

Carrara entendia que a idéia geral de um delito é a de uma violação (ou abandono) da lei, porque nenhum ato pode “ser-lhe censurado se uma lei não o proíbe”<sup>43</sup>. O autor entendia que o homem somente poderia ser responsável criminalmente se fosse moralmente responsável, ou seja, a imputabilidade política seria decorrente da imputabilidade moral<sup>44</sup>.

Segundo Luiz Jimenez de Asúa, para Carrara, o delito era a “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.”<sup>45</sup>.

Neste sentido, Carrara compreende o delito enquanto um ente jurídico e não como fenômeno natural, revelando já nesta fase uma preocupação com a sistematização do Direito Penal que foi aperfeiçoada por Beling com uma construção mais vinculada à legalidade.

Esta construção de Beling se traduz de certa maneira na consecução dos objetivos do pensamento político liberal, próprio do positivismo da época em que se construiu

---

<sup>41</sup> Cf. NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal, parte general - teoría jurídica del delito*, Tomo II, V. I. Bosch, S.A. Barcelona, 2000, p. 21.

<sup>42</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Landin, 2006, p.54.

<sup>43</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. I. Trad. de José Luiz de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956, p.50.

<sup>44</sup> CARRARA, Programa de Direito Criminal, p.55.

<sup>45</sup> ASÚA, Luiz Jimenez de . *La ley y el delito*. Principios de Derecho Penal. 2 Ed., Buenos Aires: Editorial Hermes, p.218-219, tradução nossa, “infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputável y políticamente dañino.”

a teoria. Desta forma, é possível dizer que a tal elaboração tem por função alicerçar as liberdades em contrapontos erigidos em face do Estado, funcionando o tipo, numa perspectiva formal, como um destes exemplos.

A idéia de que todos os preceitos penais que fundamentam a impunidade em referência a uma espécie delitiva ou a um grupo delas - como seria exemplo a hipótese de impunidade do furto entre ascendentes e descendentes -, apesar da existência de delitos-tipos, careceria de sentido se fosse desconectado das hipóteses legais correspondentes no Direito Penal<sup>46</sup>.

O tipo penal, aqui, é eleito enquanto o instrumento ideal de contraposição ao arbítrio do Estado, com a construção de sua estrutura voltada para esta perspectiva, de natureza objetiva, neutra, estritamente descritiva.

A teoria do tipo de Beling teria afetado não apenas a Ciência do Direito Penal, mas também o fundamento do sistema político, ao tratar a lei como única fonte do Direito Penal, consagrando o princípio da legalidade com a função de limitação do arbítrio<sup>47</sup>.

Também forte influência ocasionou esta construção teórica no tocante à teoria da antijuridicidade, pois, “as discussões sobre a antijuridicidade adquirem interesse penal senão em vista de condutas referidas à tipicidade penal.”<sup>48</sup>

As relações entre a referência à tipicidade e à antijuridicidade são a tal ponto estreitas, que só é suficiente para a punibilidade aquela antijuridicidade da conduta que precisamente desde o ponto de vista da tipicidade em questão, leva em si a conduta.<sup>49</sup>

A ação para ser antijurídica, portanto, precisa, necessariamente, manter esta correspondência com a antijuridicidade e também, da mesma forma, com a culpabilidade. A tipicidade penal passa a ser, portanto, o elemento central, o conceito central do Direito Penal, pois sem referência à tipicidade não podem ser

---

<sup>46</sup> Cf. ASÚA, *La Ley e el delito*, p.266.

<sup>47</sup> Cf. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Tipo Penal e Linguagem*. Forense: Rio de Janeiro, 1982, p.12.

<sup>48</sup> ASÚA, *La Ley e el delito*, p.266, tradução nossa, “las discusiones sobre la antijuridicidad adquieren interés penal sino en vista de conductas referidas a la tipicidad penal”.

<sup>49</sup> ASÚA, *La Ley e el delito*, p.266, tradução nossa. “las relaciones entre la referencia al tatbeständ y la antijuridicidad son hasta tal punto estrechas, que sólo es suficiente para la punibilidad aquella antijuridicidad de la conducta que precisamente desde el punto de vista del tatbeständ en cuestion, lleva en sí la conducta.”

produzidos resultados penais adequados, definitivos e que ofertem segurança ao sistema.

De forma clara se encontra, portanto, o ideário garantidor desta construção teórica, pois, este substrato do delito, o tipo, enquanto referência da conduta vinculada à taxatividade, de forma neutra e objetiva, apenas descritiva, se revelava nitidamente limitador, como se fora um obstáculo formal à intervenção do Estado na liberdade humana.

Revela-se o tipo em Beling como um quadro conceitual que serve para unidade da figura delitiva, sem o qual os elementos do delito perderiam seu sentido, de um delito-tipo<sup>50</sup>.

A concepção de Beling era do tipo independente, separado da antijuridicidade e da culpabilidade, com a função valorativa se concretizando na antijuridicidade e o juízo que permite a atribuição a um ser imputável do ato cometido e de reprová-lo à título de dolo e culpa está na culpabilidade<sup>51</sup>.

Na compreensão de Alamiro Velludo, “o tipo inicialmente congrega funções sistemáticas e garantidoras, posto que até então, o fato criminoso era especificado apenas como uma ação antijurídica, culpável e passível de sanção.”<sup>52</sup>

Desta maneira, para Renato de Mello, Beling entende o tipo como “descrição dos elementos materiais do crime, contidos na disposição legal incriminadora, sem referências de natureza axiológica nem à esfera anímica do autor, independente da antijuridicidade e da culpabilidade<sup>53</sup>.

Mezger, no que pese as críticas ao sistema de Beling, não deixou também de reconhecer o seu mérito em “haver despertado a atenção com respeito a esta

---

<sup>50</sup> Cf. BELING, Ernest Von. *Esquema de Derecho Penal: La doutrina del delito tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires, Depalma, 1944, p.5-6.

<sup>51</sup> Cf. ASÚA, *La ley y el Delito*, p.256-257.

<sup>52</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Landin, 2006, p.57

<sup>53</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: Interesses difusos*. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v.3. São Paulo: RT, 2003, p.76.

importante figura do genuíno tipo penal, que reveste uma importância básica em todo o sistema<sup>54</sup>.

A ilicitude, segundo o mesmo autor, ganha a clareza necessária através de um recurso “extraordinariamente engenhoso”, o tipo.

Não se deve deixar de realçar, que esta estrutura da tipologia no sistema causal tinha perspectiva garantista, pois visava ofertar segurança ao sistema ao estabelecer que somente se pudesse imputar um crime a alguém se estivesse previsto em um tipo penal, ou seja, a própria existência do tipo era garantista nesta concepção.

Tratava-se de impedir que, por via de um processo de interpretação ou de subjetivação, se ampliasse os limites da figura penal, visando alcançar pessoas e situações para cujo fim não se destinava.

## **2.2. A estrutura do tipo indiciário de Max Ernest Mayer**

A proposta de Beling, de um tipo penal neutro, avaliado, descritivo, não teve forças de limitação às críticas que lhe eram emprestadas, notadamente à sua desvinculação com a antijuridicidade, tendo ganhado o papel de aproximação do tipo com a ilicitude a construção de tipo indiciário de Max Ernest Mayer.

A influência do pensamento neokantiano, da escola de Baden e Marburgo foi visível na construção do pensamento de Mayer, afastando-se do caráter objetivo e neutro da construção de Beling, na medida em que aceitava categorias apriorísticas de compreensão da realidade e admitia a incorporação dos valores ao tipo penal.

Mayer adota um relativismo axiológico, de natureza crítica. “É esta, conclui Mayer, a direção acertada, a da axiologia relativa crítica. Todo valor cultural é condicionado por mil contingências de lugar e de tempo”<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Rodríguez Muñoz. Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.366, tradução nossa, “haber despertado la atención respecto a esta importante figura del genuíno tipo penal, que reviste una importancia básica en todo el sistema”

O relativismo crítico não descrê da capacidade cognoscitiva, não nega a possibilidade de conhecer os fundamentos do justo; afirma somente que esses valores serão sempre relativos, porque “é da essência de todo valor ser culturalmente condicionado”<sup>56</sup>.

Partindo dessas bases, Mayer estabelece um fundamento socio-culturalista para o direito e resolve a questão da validade jurídica em termos de eficácia, dizendo que a medula de toda a legislação “é o reconhecimento de normas de cultura por uma sociedade organizada especialmente por um Estado”<sup>57</sup>.

O direito se revela, portanto, enquanto um instrumento cultural para Mayer, reflexo de um processo de percepção dos dados culturais, que integrados fornecem este substrato cultural para a esfera normativa e somente se permite realizá-la com legitimidade se construída a realidade jurídica a partir da leitura e conexão com sua cultura.

A cultura, afirma ele, não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm a significação e o sentido de pretender realizá-los, ou – como escreve Stammler – exprime-se como uma aspiração para aquilo que é justo, sendo, portanto, sistema de dados referidos a valores, pressupõe a idéia de valor e o Direito, como fenômeno cultural, pressupõe necessariamente a idéia do direito referido a valores<sup>58</sup>.

Mayer acredita que a “positivação em verdade tem o condão de juridiscizar o imperativo comportamental já preexistente na sociedade, fragmentando ações que espelham valores importantes para o controle e, portanto, alçadas como antijurídicas em sua índole penal.”<sup>59</sup>

Tal concepção, embora não se apóie na neutralidade de Beling e incorpore forte carga axiológica ao sistema proposto, não recusa a contribuição do positivismo legalista, na medida em que toma o tipo como indício da ilicitude, instrumento de sua

---

<sup>55</sup> Cf. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3. ed., fac símile da 2.ed rev. São Paulo: RT, 1998, p.188.

<sup>56</sup> Cf. REALE, *Fundamentos do Direito*, p.189.

<sup>57</sup> Cf. REALE, Op. Cit, p.192.

<sup>58</sup> REALE, Op. Cit, p.195.

<sup>59</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, p.62.

cognição. A conduta típica, para o autor, será antijurídica desde que não haja uma causa de justificação.

Apesar desta aproximação, Mayer separa a tipicidade e a antijuridicidade, mantendo-as como categorias autônomas. Asúa, ao destacar o acerto do pensamento do doutrinador alemão sobre o tema, destaca as duas funções por este atribuídas ao tipo: de concreção e de cognição da antijuridicidade<sup>60</sup>.

A primeira ocorre em razão da existência anterior da norma que delimita e dá uma forma à antijuridicidade. Já a função de conhecimento ocorre quando coincidem, no tempo, a aparição da antijuridicidade e do tipo.<sup>61</sup>

Asúa destaca que se equivocam aqueles que pensam ter surgido em Mezger a construção de uma teoria que determine a independência da característica típica, mas, sim, com Beling e Mayer, devendo-se realçar a importância desta concepção para evolução da teoria da tipicidade<sup>62</sup>.

Mezger traça crítica contundente à proposta de Mayer por entender que, de maneira inadmissível do ponto de vista jurídico, concede este autor às normas de cultura uma preferência em relação às normas jurídicas<sup>63</sup>.

Esta contribuição, em que pese a alegação de que normatizou o tipo penal e lhe concedeu fragilidade, por outro lado, admitiu a incorporação decisiva dos bens jurídicos como elementos do tipo e a necessidade de proteção destes valores limitando o poder punitivo estatal.

De outro lado, a manutenção da separação das categorias do delito tem um valor decisivo na esfera da liberdade do cidadão, já que, dentre outras consequências, a tipicidade impede a analogia. De fato, a existência de analogia - repudiada no Direito Penal - exigiria a existência de outro tipo rigorosamente análogo.

### **2.3. Mezger e a concepção de Tipo enquanto *ratio essendi* da Antijuridicidade**

---

<sup>60</sup> Cf. ASÚA, *La ley y el Delito*, p.270.

<sup>61</sup> ASÚA, *La ley y el Delito*, p.270.

<sup>62</sup> Cf. ASÚA, *La ley y el delito*, p.272.

<sup>63</sup> Cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, p.407.

O ápice da incorporação do neokantismo ao Direito Penal surge com a construção da teoria do tipo em Mezger, que inclui a axiologia como estrutura fundamental a compor o tipo penal. Esta atitude, em sua mescla com os dados objetivos do tipo permitiria a compreensão da antijuridicidade, posto que, o tipo passa a ter uma função de essência da antijuridicidade. Desenvolve-se desta forma, a partir desta idéia, a teoria dos elementos negativos do tipo.

Neste plano a tipicidade passa a ser um elemento da antijuridicidade, sua essência, ocorrendo uma mistura dos elementos objetivos com os valorativos passando a compor a estrutura do injusto.

Mezger salientou que “é absolutamente preciso, quando os juízos valorativos são totalmente indispensáveis para a determinação do que tem de se considerar como acção típica, ter ‘o valor de valorizar’ e não se esconder atrás de figuras criptonormativas.”<sup>64</sup>

Ao tratar dos elementos típicos normativos, o autor reforça a idéia de que todos os elementos com valoração jurídica pertencem a esta categoria, mas, os elementos de valoração cultural, não são da esfera do Direito embora sejam por este incorporados<sup>65</sup>.

Isto designa claramente a referência aos juízos valorativos que tornarão, por conseqüência, a concepção de tipicidade como ‘*ratio essendi*’ da antijuridicidade fundamental para seu sistema.

No plano das garantias individuais, a manutenção da vinculação ao princípio da legalidade e o recurso à escala de valores mantinham-se como elementos importantes nesta estrutura dogmática do crime, entretanto, com o advento do Nacional Socialismo na Alemanha, as posições de Mezger sofreram profunda alteração.

---

<sup>64</sup> MEZGER, Op. Cit, p.389, tradução nossa. “es absolutamente preciso, cuando los juicios valorativos son totalmente indispensables para la determinación de lo que ha de considerarse como acción típica, tener “el valor de valorizar” y no esconderse tras figuras criptonormativas.”

<sup>65</sup> Cf. MEZGER, Op. Cit, p.390.

A contribuição relativa à culpabilidade, ao tipo, à antijuridicidade e à concepção de sistema penal, põe em questionamento o caráter garantidor de suas formulações quanto ao delito.

Para Mezger a ameaça da pena não era característica essencial do delito, por entender que a enunciação desta constituiria uma verdadeira tautologia em razão de sua construção do delito como uma ação tipicamente antijurídica<sup>66</sup>, ou seja, se há injusto a ele deve seguir a sanção penal.

Asúa afirma que Mezger reconstrói sua teoria adequando-a ao período do Nacional Socialismo, tendo reimpresso a segunda edição de seu livro após a derrota do pensamento Nacional Socialista, para adaptá-lo ao novo regime<sup>67</sup>.

Retratando esta nova fase de Mezger, Munoz Conde relata todas as transformações teóricas ocorridas em suas obras, com detalhamento, expondo uma faceta de adesão ao Nacional Socialismo e a construções teóricas de sustentação deste regime político<sup>68</sup>.

Mezger, logo no prólogo de seu livro *Kriminalpolitik*, em outubro de 1933, expõe que o novo Estado alemão se constrói sobre as idéias básicas de povo e raça, uma nova tese de cultura, sendo que, para este autor, surge a concepção de responsabilidade do indivíduo frente a seu povo e a idéia de confirmação racial do povo como um todo<sup>69</sup>.

Torna-se evidente a opção de Mezger, neste texto, da postura de defesa da pureza racial do povo alemão, da denominada raça ariana, nitidamente totalitária para a construção de um sistema penal.

Mezger se une desde o primeiro momento ao regime nacional-socialista e a seus fundamentos ideológicos, tendo sido inclusive nomeado membro da Comissão de reforma do Direito Penal que teria a missão de adequar o Direito Penal aos novos

---

<sup>66</sup> Cf. ASÚA, *La ley y el delito*, p.270.

<sup>67</sup> Cf. ASÚA, *Op. Cit.*, p.270.

<sup>68</sup> V. CONDE, Francisco Munoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no nacional socialismo*. Trad. por Paulo César Busato da 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

<sup>69</sup> MEZGER, Edmund. *Kriminalpolitik auf Kriminologischer Grundlage*, 1934, apud, CONDE, Francisco Munoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no nacional socialismo*, p.79.

postulados políticos, postura que durou até 1945, tendo, após a derrota do regime, este autor retornado às propostas anteriores ao regime<sup>70</sup>.

Mezger incorporou, em verdade, todo um programa de limpeza étnica, que redundou na criação do projeto de lei sobre os “estranhos à comunidade”, que previa a denominada inocuização – castração, esterilização ou internamento em campos de concentração – daqueles que seriam associais, vagabundos, homossexuais ou simplesmente fracassados<sup>71</sup>.

Aqui se encontra claro que a sanção penal não seria aplicada por um fato, o Direito Penal do fato não era a base política-criminal do sistema e sim o do autor, uma vez que a ausência de conduta não seria empecilho para imputação penal, bastava uma condição pessoal, nitidamente constituindo-se em um Direito Penal de autor.

Neste projeto de lei sobre os ‘estranhos a comunidade’ buscou-se ainda o controle total a ser concedido à polícia nazista, que controlada por Heinrich Himmler, concentrou um poder absoluto para ser utilizado contra opositores do regime e aqueles que o sistema considerasse inapropriados para a manutenção da pureza racial alemã. A nova legislação, de limpeza étnica – projeto dos estranhos à comunidade - não somente se dirigiu aos judeus, seu principal alvo, mas também contra os ciganos e negros - lei de Nuremberg, em 1935 -, polacos – Direito Penal polônes, 1940 – e contra ucranianos e russos, que, apesar de serem da raça ariana padeciam de “defeitos” ou “taras” genéticas que os tornavam pessoas de menor valor<sup>72</sup>.

Demonstrando estas afirmações, o art.1º, em seu §1º, do projeto de lei sobre o tratamento dos estranhos à comunidade, ao conceituar o “estranho à comunidade”, diz que<sup>73</sup>;

“§1º É estranho à comunidade: 1. Quem, por sua personalidade ou forma de condução de vida, especialmente voltada por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter é incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo.

---

<sup>70</sup> Cf. CONDE, Francisco Munoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no nacional socialismo*, p.79-80.

<sup>71</sup> Cf. CONDE, Op. Cit, p.105.

<sup>72</sup> Cf. CONDE, *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no nacional socialismo*, p.106.

<sup>73</sup> CONDE, Op. Cit, p.118.

2. Quem. a) por uma atitude de rechaço ao trabalho ou dissoluta leva uma vida inútil, dilapidadora ou desordenada e com isto molesta a outros ou à comunidade, ou por tendência ou inclinação à mendicância ou vagabundagem, ao trabalho ocasional, pequenos furtos, estelionatos ou outros delitos menos graves, ou em estado de embriaguez provoca distúrbios ou por estas razões infringe gravemente seus deveres assistenciais ou, b) por seu caráter associal ou encrênqueiro perturba continuamente a paz da generalidade, ou

3. Quem por sua personalidade ou outra forma de condução de vida revela que sua mente está dirigida à comissão de delitos graves (delinquentes inimigos da comunidade e delinquentes por tendência)”

Este trecho é diminuto em relação a toda a lei dos “estranhos à comunidade”, mas, se presta a revelar o teor da norma que teve a contribuição de Mezger, segundo Munoz Conde, para sua construção, e que se demonstra violentadora da esfera mínima de liberdades que o homem possa dispor, que é nitidamente de constrição dos Direitos Fundamentais e de natureza totalitária.

Mezger chega a defender que os tipos penais tem de entender-se em sentido amplo depois da nova redação do §2º do Código Penal, que ordena a aplicação analógica e que a antijuridicidade é toda lesão a uma ordem vital concreta do povo alemão, proclamando um conceito de conjunto no delito e renunciando à sua construção inicial de antijuridicidade objetiva<sup>74</sup>.

Esta interpretação de Mezger seguia de forma clara a doutrina do nacional-socialismo, que, Segundo René Ariel Dotti,

Sustentava a legitimidade da incriminação por analogia sempre que a ação ou a omissão atentasse contra a *ideologia da lei* e o *são sentimento do povo*. A fórmula, vaga e opressiva, foi introduzida por uma lei de 1935, que alterou o § 2º do CP de 1871, para declarar: “Será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a idéia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo”<sup>75</sup>.

No tocante à culpabilidade, apenas à título de referência, Mezger compreendia que “Culpabilidade no sentido do Direito Penal, significa a afirmação de uma referência

---

<sup>74</sup> Cf. Op. Cit., p.271.

<sup>75</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.59.

juridicamente desaprovada, de uma ação a personalidade do agente”<sup>76</sup>, pois, neste sentido, “a todo juízo jurídico-penal de culpabilidade é indispensável a referência a um ato injusto realizado”<sup>77</sup>.

Mezger reconhece que no Direito Penal de sua época, existem vestígios de um Direito Penal sem culpabilidade, conforme declarou, reconhecendo esta situação através de decisões jurisprudenciais no campo do Direito Penal aduaneiro e de impostos, além de presunções de culpabilidade, como o parágrafo 259 do Código Penal Alemão<sup>78</sup>.

Neste plano, cumpre revelar, segundo Munoz Conde, a tendência deste autor em admitir uma culpabilidade pela condução de vida<sup>79</sup>, o que tornaria questionável a contribuição de seu sistema à construção de um Direito Penal capaz de limitar a ação repressiva do Estado na esfera da punibilidade.

#### **2.4. O tipo na estrutura do Finalismo de Hans Welzel**

A superação da teoria causal do delito, seja em relação à sua concepção naturalista quanto à corrente causal valorativa, surge com a teoria finalista do delito, criada pelo Professor Alemão Hans Welzel e que tem como marco teórico de criação a sua obra *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*<sup>80</sup>.

A criação Welzeliana possibilitou um giro metodológico na estrutura do delito, quebrando-se a fundamentação do sistema causal, calcado no positivismo científico, para considerar como fundamento teórico filosófico o ontologismo de Nicolai

---

<sup>76</sup>MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, p.18, tradução nossa. “Culpabilidad em el sentido Del derecho penal significa la afirmación de una referencia, juridicamente desaprobada, de la acción a la personalidad del agente.”

<sup>77</sup>MEZGER, Op. Cit, p.22, tradução nossa. “A todo juicio jurídico-penal de culpabilidad es indispensable La referencia a um acto injusto realizado”.

<sup>78</sup> Cf. MEZGER, Op. Cit, p.44.

<sup>79</sup> CONDE, Francisco Munoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no nacional socialismo*. Trad. Por Paulo César Busato da 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.14.

<sup>80</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. trad. apresen. e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

Hartmann<sup>81</sup>. O aprofundamento desta transformação far-se-á quando se tratar da conduta especificamente na perspectiva do finalismo, no capítulo V deste trabalho.

A estrutura da tipicidade é alterada substancialmente, incluindo-se o elemento subjetivo do delito no tipo, deslocando-se o dolo e a culpa para a culpabilidade e admitindo-se os elementos normativos de valoração cultural.

A estrutura fundamental do tipo penal gira em torno do conceito de ação, e, na medida em que o dolo e a culpa integram o tipo, ter-se-á uma tipicidade objetiva e uma tipicidade subjetiva, ressaltando aqui profunda diferença com a proposta metodológica do causalismo.

No componente típico do causalismo, a estrutura neutra buscava ser realizadora da segurança do indivíduo perante o Estado, ao se vincular à legalidade, enquanto no finalismo, a inclusão dos elementos subjetivos no tipo penal e a vinculação da ação à uma concepção de natureza ontológica são seus diferenciais.

A necessidade de caracterizar a ação enquanto finalista, pontuando a finalidade como elemento da estrutura ôntica da conduta e por consequência do delito, termina por ser, conforme se verá ao longo deste trabalho, o aspecto de destaque da doutrina quanto às garantias que pode oferecer ao Direito Penal. Isto porque não seria possível a criação de tipos penais que não correspondam a este conceito pré-jurídico de ação, se configurando como um autêntico limite externo a atuação do legislador no processo de intervenção na esfera da liberdade.

## **2.5. A estrutura do tipo no pensamento do funcionalismo teleológico de Claus Roxin e do Funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs**

Claus Roxin<sup>82</sup> estruturou seu pensamento a partir da crítica ao finalismo de Hans Welzel, sobretudo a proposta de vinculação do Direito Penal às estruturas lógico-

---

<sup>81</sup> V. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p.5.

<sup>82</sup> V. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. trad. de Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972.

objetivas, notadamente no que tange à importância concedida às funções que supostamente o conceito de ação desempenharia na estrutura da tipicidade penal.

Em 1972, com a obra *Política Criminal e Sistema de Direito Penal*, Claus Roxin<sup>83</sup> elabora uma proposta para a compreensão da relação entre tipo e Direito Penal que se diferencia em suas bases metodológicas da que consubstanciava o finalismo.

No campo do pensamento funcionalista roxiniano, passa a prevalecer a idéia de que o Direito Penal, deve se construir à luz da política criminal, importando verdadeiramente as suas finalidades, sendo que, também se torna necessário respeitar a construção de um Direito Penal que leve em consideração a necessidade de tutela de bens jurídicos.

O pensamento funcionalista teleológico de Roxin compreende que a desvinculação às estruturas lógico-objetivas que o finalismo havia trazido para o Direito Penal seria fundamental para a construção de um Direito Penal centrado no homem, em que as garantias individuais fossem respeitadas.

Salientava Roxin que “a construção sistemática jurídico penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais”<sup>84</sup>. Nesse sentido, faz interpretações da conduta condizentes com desvalor emprestado à mesma, deixando de lado a base ontológica do conceito.

O exemplo mais significativo dessa posição diz respeito à prática de eutanásia. O autor explica que aquele que desconecta máquina que mantém pessoa viva a seu pedido, apenas no plano do fenômeno, realiza uma conduta comissiva. Considerando que se deve privilegiar o significado social do fato, avalia a conduta como omissiva, possibilitando desta forma que seja a conduta entendida numa perspectiva normativa e compreendida como suspensão de tratamento, não se

---

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. trad. de Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972.

<sup>84</sup> ROXIN, CLAUD. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. e Introdução de Luiz Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.205.

aplicando a pena neste caso, em face de seu significado social. Deve-se ressaltar que, não fosse esta a solução, haveria homicídio a pedido, punível na Alemanha<sup>85</sup>.

A concepção de Roxin desconsidera a realidade fenomenológica com que se apresenta a ação, por entender que, para realizar as finalidades político-criminais, aqueles que apresentam uma solução mais justa ao caso concreto, é preciso desprezar o conceito de conduta de natureza ontológica, pois, na prática, cria normativamente a conduta que se revela adequada para sua finalidade.

O autor alemão admite que seu sistema esteja calcado nas premissas neokantianas, portanto, filosoficamente próximos do conteúdo que sustentava teoricamente o pensamento neoclássico do delito, de matriz causal-valorativa, distinguindo-se pela substituição da referência abstrata aos valores da cultura pelos fins de política criminal das modernas teorias da pena.

A alteração que se demonstrou mais fundamental e impactante foi relacionada inicialmente ao tipo, com a adoção da teoria da imputação objetiva, que buscou além da relação de causalidade e dos elementos subjetivos do tipo, a necessidade de somente admitir-se a imputação de um tipo objetivo a um autor quando este realizasse um perigo não permitido dentro do alcance do tipo.

Consoante Roxin, esta é a primeira vez que a teoria do delito substitui a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientado em função das valorações jurídicas<sup>86</sup>.

Outra alteração considerada fundamental para Roxin se operou na estrutura da culpabilidade, ao considerar que esta deveria ser tratada enquanto responsabilidade, ou seja, ampliou-se seu alcance, admitindo-se que somente deveria ser aplicada quando a necessidade de prevenção geral ou especial da pena se realizasse.

Com estas contribuições, Roxin pretendeu criar um sistema que limitasse o poder de punir do Estado posto que este somente pudesse atuar em situações de lesões mais gravosas aos bens jurídicos mais fundamentais, sendo, para este autor, os

---

<sup>85</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Apreciação jurídico-penal da eutanásia*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, 2000, p.22-23.

<sup>86</sup> Cf. Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.*, p.207.

mecanismos de imputação objetiva e a vinculação da culpabilidade às necessidades de prevenção geral e especial os instrumentos adequados para esta função.

No sentido de adoção de uma concepção sistêmica, Günther Jakobs trabalha com postulados da teoria dos sistemas de Luhmann para criar um sistema penal fundado nas finalidades da pena, desvinculado das categorias lógico-objetivas que tornavam a ontologia o sustentáculo filosófico do finalismo.

Jakobs<sup>87</sup>, após Roxin, apresentou uma concepção frontalmente oposta ao seu mestre Welzel, com uma concepção normativista diametralmente oposta ao ontologismo finalista.

Jakobs despreza conceitos como ação e bem jurídico, compreendendo que sua importância para o Direito Penal é meramente descritiva, que, em verdade, o que importa ao sistema penal é a finalidade da pena, que o sistema gira em torno da necessidade de legitimidade da norma e que esta, provoca expectativas que quando violadas devem ser corrigidas com a aplicação da pena.

Neste sentido, a proposta apresentada por Jakobs não contribui para a limitação do agir estatal, pois, elementos fundamentais à estrutura da tipicidade e de contenção da intervenção do Estado, tal qual a conduta e o bem jurídico perdem sentido nesta construção sistêmica.

Jakobs se preocupa mais notadamente em descrever como funciona o sistema, buscando demonstrar as suas hipóteses de auto-reprodução, tal qual na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, buscando deduzir seu sistema penal deste contexto, fundamentando a criação do sistema penal em um conjunto de expectativas que a lei impõe e que deve o cidadão se adequar.

O delito é a violação destas expectativas, representadas pelas normas, independentemente de seu conteúdo, como se estivesse retornando ao pensamento hegeliano de circularidade e de justificação da pena de forma exclusivamente

---

<sup>87</sup>Cf. Puig, Santiago Mir. *Limites del normativismo em derecho penale*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ARTÍCULOS, RECPC 07-18, 2005, p.02, In <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>, tradução nossa. “Jakobs, aunque más de veinte años más tarde, presentó también su concepción del Derecho penal como frontalmente contrapuesta a la de su maestro Welzel, como una concepción normativista diametralmente opuesta al ontologismo finalista”.

retributiva, criando com isto limites intransponíveis para a dogmática de impossibilidade de formulação de institutos garantistas.

Jakobs constrói sua teoria a partir de uma concepção formal de sociedade, do pressuposto de legitimidade das normas válidas em uma dada sociedade<sup>88</sup>. Desta forma, surge no sistema penal a concepção funcional-sistêmica, fundada na construção de identidades normativas que se caracterizam pela construção de expectativas de condutas<sup>89</sup>.

O processo evolutivo de construção da teoria do tipo demonstra que, de certa maneira, em suas diversas configurações ao longo da história, percebe-se a busca por instrumentos que fornecessem garantias ao indivíduo, assim como elaborações teóricas que fragilizaram a estrutura garantística do tipo penal, tal qual o pensamento de Günther Jakobs.

A evolução da teoria da conduta seguiu a evolução da teoria do tipo, que, com o finalismo se tornou uma estrutura indiciária da ilicitude, que deixou de ser avalorado, incorporando, portanto elementos subjetivos à sua estrutura.

Toda esta evolução na construção da teoria do tipo persegue, até os momentos atuais, a dogmática penal, tal qual uma verdadeira obsessão científica, sendo os funcionalistas, hoje, os principais críticos da função dogmática (puramente) que o tipo penal adquiriu ao longo da história.

Alguns adeptos do movimento funcionalista<sup>90</sup> compreendem que as finalidades de política criminal ou da pena são mais fundamentais à teoria do injusto que a manutenção de estruturas dogmáticas rígidas, como os elementos tradicionais do delito, que são vistos enquanto instrumentos de engessamento da evolução da teoria do delito se interpretados à luz dos pressupostos finalistas ou causalistas.

---

<sup>88</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. org. e intr. MOREIRA, Luiz; Oliveira, Eugenio Pacelli de. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.xix, introdução.

<sup>89</sup> Cf. JAKOBS, Op.cit, p.xix, introdução.

<sup>90</sup> Ver Roxin, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Trad. de La 2ª Ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garica Conleddo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁRES GONZÁLEZ, Carlos e PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Un nuevo sistema del derecho penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires: 1999 e outros.

Raul Chaves<sup>91</sup>, já em 1958, opunha-se, por outros motivos, ao que chamou de exagerado valor atribuído à tipicidade, por si só, incompetente para refrear os impulsos de um estado arbitrário que poderia utilizá-la até mesmo “como um meio auxiliar técnico”. Isto porque, como explicava ou autor, é possível a criação de tipos abertos, indefinidos, atendendo-se tão só ao sentido literal da reserva legal.

Ocorre que, é possível opor a tais argumentos, com consistência, a compreensão de que é possível uma interpretação da teoria do tipo e seus elementos à luz da Constituição sem necessidade de desprezo às estruturas lógico-objetivas que o integram, notadamente a conduta.

A busca de instrumentos de contenção ao arbítrio estatal é em verdade a busca de limites ao poder punitivo do Estado, de limites que consideramos serem necessários ao desenvolvimento de um Direito Penal de Garantia.

Dentro deste contexto, surge a teoria da conduta, enquanto elemento principal da estrutura do tipo penal e, portanto, seu elemento central. Desta forma, é clara a evolução da teoria da conduta em paralelo à evolução da teoria do tipo.

A origem do conceito de conduta, mais precisamente o desenvolvimento científico de sua teoria, confunde-se temporalmente com o desenvolvimento do Direito Penal enquanto Ciência. Em verdade, a ciência penal se estrutura a partir do conceito de conduta, em que pese às origens do conceito anteceder à criação do sistema causal do delito, entretanto, sem a força estrutural que passou a obter dentro do sistema causal.

---

<sup>91</sup> CHAVES, Raul. *Da tipicidade penal*. Bahia: Artes Gráficas, p.94.

## **CAPÍTULO III – O MODELO ESTRUTURAL DO DELITO E A CONDUTA ENQUANTO ELEMENTO DOGMÁTICO CENTRAL**

### **3.1. As origens do conceito de conduta**

Hegel é apontado historicamente como o autor que deu origem ao conceito de ação, posto que, identificou a ação enquanto expressão da vontade vinculada à culpabilidade<sup>92</sup>. Neste sentido, também Paulo Cezar Bussato, ao afirmar que os discípulos de Hegel efetivaram a definitiva separação entre ação e culpabilidade<sup>93</sup>.

Esta separação entre ação e culpabilidade, se traduz, de certa forma, em um reflexo do pensamento de Hegel quanto à finalidade da pena, em uma perspectiva de natureza estritamente retributiva, sendo a ação neutra em sua feição psicológica e a culpabilidade o reflexo psicológico do atuar do agente, não existindo entretanto, uma unidade metodológica entre ambos.

Radbruch diz que coube aos hegelianos o mérito de haver conseguido materializar o conceito de ação, o qual, antes deles perambulava como um espírito sem nome e

---

<sup>92</sup> Cf. HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Lecciones sobre la filosofia de la historia universal*. 6. reimp. trad. de José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p;102-103.

<sup>93</sup> Cf. Bussato, Paulo Cezar. *Direito Penal e ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.1.

sem forma. Entretanto, este conceito consistia em uma intersecção entre a própria ação e a imputação, como se fosse um conceito valor<sup>94</sup>.

Para os hegelianos, somente o que é imputável é a ação e somente o que é ação pode ser considerado imputável, a imputação se torna o juízo pelo que se expressa que o ato é uma ação<sup>95</sup>, com ele seria possível se atribuir o aspecto externo do comportamento à vontade do sujeito<sup>96</sup>. Isto significa que o comportamento do sujeito vincula-se à vontade formando um juízo de imputação, capaz de reprovação pelo direito.

Esta construção foi superada com o desenvolvimento no Direito Penal do sistema causalista do delito, ou naturalista, que se estruturou a partir de um conceito de ação de ordem naturalista, calcado nos pressupostos do positivismo filosófico, confirmando-se, conforme apontado, sua vinculação com a teoria do tipo.

A construção do conceito de conduta se revelou enquanto prioritário aos dogmáticos em face da necessidade de criação de instrumentos de enlace entre os elementos do sistema jurídico e de criação de uma estrutura coerente para o delito.

A criação desta estrutura tinha como pressuposto a possibilidade dos elementos dogmáticos criados fornecessem segurança ao conceito de crime e possibilitasse, em tese, a explicação do fenômeno do delito de forma científica.

A polêmica em torno do conceito de ação encontrou seu ápice nos debates históricos travados entre os adeptos da teoria causal e da teoria finalista da ação, posto que a contraposição entre os conceitos de conduta terminavam por fornecer os principais elementos do sistema, ganhando importância as funções que a teoria da ação deveria cumprir<sup>97</sup>.

O conceito de ação surgiria como um *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os outros pressupostos do crime, um conceito naturalista, pré-jurídico que se

---

<sup>94</sup>Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Nueva edicion, revisada y puesta al dia por José Rodriguez Munoz. Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.189-190.

<sup>95</sup> Cf. MEZGER, Tratado, p.190.

<sup>96</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.52, São Paulo: RT, Janeiro-fevereiro – 2005, p.136.

<sup>97</sup> Cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal e Ação Significativa: Uma Análise da Função Negativa do Conceito de Ação em Direito Penal a Partir da Filosofia da Linguagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.34.

esgota em um movimento voluntário causador de uma modificação no mundo exterior<sup>98</sup>.

Conduta na perspectiva causal é o reflexo de um movimento corporal voluntário, a vontade, em verdade, é entendida como voluntariedade e não como reflexo de uma manifestação do elemento subjetivo do agente.

A ação se constitui na base comum de todas as formas de aparição do delito, abrangendo tanto o fazer como o não fazer e serve de base tanto aos delitos comissivos, quanto aos delitos omissivos, os fatos dolosos e os fatos culposos<sup>99</sup>.

A conduta e a afirmação de seu conceito pelos causalistas surgem como reflexo de uma perspectiva positivista naturalista, vinculada aos conceitos do positivismo Contiano, que adotavam o método das ciências naturais para conferir validade às ciências culturais.

A construção da dogmática penal, portanto de seus elementos, possibilitou a criação das teorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, e, por consequência, da elaboração do conceito de conduta que acompanhou a evolução histórica e que se afirma enquanto uma estrutura dogmática fundamental à teoria do tipo e do delito.

Os conceitos de tipo, antijuridicidade e culpabilidade passaram a ser elaborados a partir da criação do conceito de ação levando-se em consideração a estrutura da ação de natureza pré-típica e mecânica, sendo este elemento aquele do qual passam a derivar todos os outros da estrutura do crime.

Esta forma de compreensão da ação e seus reflexos têm a vantagem de possibilitar uma compreensão unificada em face da característica de enlace que passa a ter a ação, mas, de outra forma, transformou todas as categorias do crime dela dependente, o que de certa forma pode levar a uma estrutura de compreensão do

---

<sup>98</sup> GRECO, Luiz. *Introdução à dogmática Funcionalista do Delito*. Em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 08. Out-Dez-2000, nº32, São Paulo: RT, p.122.

<sup>99</sup> Cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Prol. de Octavio Peres-Vitoria Moreno. Trad y notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p.182-183. "Constituey la vase comum de todas lãs formas de aparicion Del delito; abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, sirve pues de base al delito de comission y al de omision. Compreende tanto los casos em los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado(hechos dolosos), como aquellos em los que la voluntad está dirigida a um resultado distinto al típico causado por el autor(hechos culposos).

fenômeno do crime rígida e fora do contexto valorativo-histórico que deve permear os institutos jurídicos.

De certa forma, também não há que se apontar como equivocado este processo de enlace, apenas que a estrutura científica do positivismo naturalista não se coaduna no atual momento histórico com um Direito Penal de garantia voltado para tutela de valores e que possa utilizar de um conceito de ação de bases ontológicas para esta função.

Isto significa que durante a construção do conceito de conduta, se a perspectiva era de possuir um conjunto de elementos que, unificados por um instituto jurídico – a ação – pudesse fornecer a condição necessária para compreender o Direito Penal enquanto ciência, este objetivo foi alcançado. A pretensão de denominar-se ciência se firmou, entretanto, o conceito de ação somente realizou suas funções de maneira concreta com o finalismo e a adoção de um conceito de conduta de bases ontológicas.

### **3.2.A conduta enquanto elemento central da estrutura dogmática do delito**

Costuma-se dizer que a ação é o elemento básico e essencial do crime, que se define como conduta típica, antijurídica e culpável<sup>100</sup>, mas esta afirmação não é absoluta para a doutrina<sup>101</sup>, afirmando-se correntemente que a ação somente interessa enquanto estrutura normativa, alheia à realidade fenomênica.

Segundo Fragoso,

Esta definição é correta, mas imprópria, pois contempla o crime como realidade fenomênica, mas, sim, como instituto jurídico. O Direito é um complexo de normas que constituem objeto da dogmática jurídica. Não é missão do jurista estudar a realidade social na elaboração científica do direito vigente.”<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. p.175.

<sup>101</sup> V. FRAGOSO, *Conduta Punível*; p.175.

<sup>102</sup> Op.cit, p.175.

Entende Fragoso, que a perspectiva de extração de um conceito de conduta a partir da realidade fenomênica não pode imperar, tendo que vista que este não é o objeto do Direito e sim, a norma, destacando não ser missão do jurista estudar a realidade e sim a norma. Ocorre que, a referência ao próprio estado fenomênico que a ação representa, denota a impossibilidade de desprezar tal estado de fato, ou seja, sua perspectiva ontológica, razão pela qual o jurista não pode desprezar os dados que a realidade lhe apresenta sob pena de desconexão do fato com a norma.

Admite o autor que, sem dúvida, a conduta punível integra a tipicidade como componente da parte exterior do delito e que a análise de um conceito de crime revela que ele apresenta, em primeiro lugar, a descrição objetiva de um comportamento humano e, de que a afirmação que o crime é uma ação típica não é incorreta, mas parte de uma consideração do crime como fato, que não seria admissível na Ciência do Direito, sem negar a preexistência da conduta como realidade em relação à norma<sup>103</sup>.

Luis Greco ressalta, levando em consideração a doutrina alemã, que o desinteresse pelo tema “teoria da conduta” é generalizado na doutrina, sendo poucos os que conferiam certa importância a este instituto da dogmática, não sem razão, segundo o autor<sup>104</sup>.

O apontamento, entretanto, realizado nestas considerações se refere à realidade da ciência penal alemã, que no seu estágio atual importar-se-ia mais precisamente com a criação de critérios para imputação objetiva do resultado que pudessem conferir uma realidade mais pragmática ao Direito Penal.

Salienta Luis Greco que a controvérsia sempre girou em torno da aceitação de um conceito de ação pré-típico ou de absorção do conceito dentro do tipo penal, sendo que, a ação terminaria por desempenhar para os autores que aceitam sua condição

---

<sup>103</sup> Cf. Fragoso, *Conduta Punível*, p.176.

<sup>104</sup> Cf. GRECO, Luiz. *Tem futuro o conceito de ação?* Temas de Direito Penal. Parte Geral. Coords. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p.149. Neste sentido, o autor aponta Roxin, ao adotar um conceito pessoal, Jakobs e Shunemann. Na doutrina espanhola, aponta o autor que os finalistas de hoje são os principais defensores do conceito de conduta como fundamental à teoria do crime, dentre eles, Cerezo Mir, Gracia Martín e Moreno Hernandez. No Brasil, aponta também que a forte influência do finalismo seria responsável pela discussão mais detida do conceito de ação, sendo Bittencourt, Juarez Cirino e Regis Prado os principais responsáveis por esta corrente e aduz ainda que, Paulo Busato e Fabio Guaragni também trabalham o tema, mas em perspectivas diversas, ou seja, Busato em uma linha da teoria da ação significativa de Vives Anton e Guaragni em uma linha constitucionalista.

pré-típica uma série de funções, como a compreensão de todas as formas de crime e a de limitação para o legislador punir não-ações<sup>105</sup>.

Neste sentido, aponta Luis Greco que o conceito de ação e sua importância têm entrado em declínio, por conta de uma virada pragmática nas ciências penais de concessão de importância apenas aos conceitos que sirvam, com efetividade à solução de problemas práticos<sup>106</sup>.

Nesta linha pragmática, Greco salienta que o conceito de ação somente poderia ter importância no sentido de servir de apelo para o jurista de que o crime não é só uma série de valorações, mas possui um substrato real<sup>107</sup>.

Compreensão esta que, sem dúvida, revela uma preocupação do autor com a pragmática, mas que, desconsidera a realidade e a necessidade de estruturação dos conceitos jurídicos a partir da realidade, de suas estruturas ontológicas, afim de que possam ofertar garantias aos indivíduos e criarem uma melhor conexão entre o Direito e a realidade.

Afirma Greco que por isto é importante que antes da primeira valoração da tipicidade, existe algo que já se valora e, para cumprir esta função não seria preciso definir um conceito de ação, bastaria fazer a referência à linguagem cotidiana de que ação é simplesmente, ação<sup>108</sup>!

Ora, não resta dúvida que a proposta de Greco, de simplificar o conceito de ação, termina por se render a uma perspectiva ontológica, pois admite nela um substrato real, não conseguindo se desvincular da proposta finalista, mesmo reduzindo o conceito a um jogo de linguagem e buscando diminuir a sua importância.

Conceituar ação como sendo simplesmente ação, é reconhecer sua base ontológica e sua referência às estruturas lógico-objetivas, ainda que não expressamente. Deve-se salientar que reduzir o significado de um termo a uma perspectiva eminentemente lingüística é reduzir a força da realidade e submeter a construção do Direito a

---

<sup>105</sup> Cf. GRECO, *Tem futuro o conceito de ação?*, p.153-154.

<sup>106</sup> GRECO, *Tem futuro o conceito de ação?*, mesma página.

<sup>107</sup> Cf. GRECO, *Op. Cit.*, p.169.

<sup>108</sup> Cf. GRECO, *Op. Cit.*, p.169.

vontade aleatória do intérprete. É também conceder um aval prévio às construções do legislador, nem sempre em harmonia com os interesses do cidadão.

Sem dúvida, questiona-se na atualidade a funcionalidade do conceito de ação para cumprir esta função global de garantismo diante da onipotência do Estado na sua atividade punitiva.

Ocorre que, conforme será demonstrado ao longo do trabalho, o conceito de ação é fundamental à construção de qualquer sistema penal que não pretenda deixar aberturas puramente dogmáticas para a construção de tipos penais violadores da liberdade humana.

Não cabe ao conceito de ação exclusivamente a função de limitação do agir punitivo estatal, mas possui ele papel decisivo neste processo de construção do Direito Penal de garantia, pois vincula o legislador, na construção da tipologia penal à realidade, e, portanto, às estruturas lógico-objetivas, e, o que se revela mais fundamental, à estrutura finalística da ação enquanto estrutura lógico-objetiva.

### **3.3. As funções tradicionais da conduta no âmbito da estrutura do delito**

#### **3.3.1. Função de classificação;**

Enunciar quais as funções e explicá-las não tem por finalidade demonstrar que elas se exaurem nas que se aponta, mas, sim, que estas se demonstram como as fundamentais. A função de classificação da ação também é situada como uma função de unificação, pois, propõe que a ação se constitua em elemento apto a unificar todas as formas de crime.

O que constitui o delito parte do conceito de ação, ele tem nesta função a capacidade de construir de forma coerente e unificada o crime, de maneira que um conceito único de ação seja capaz de explicar o crime doloso e culposos e os delitos comissivos e omissivos.

Mezger entende que o conceito de ação possui um duplo significado no sistema jurídico penal, e, um destes é referente a sua função classificatória, pois representa a mais alta unidade do Direito punitivo<sup>109</sup>. A função de classificação também é denominada de função de enlace e requer que a ação, sem adentrar a posteriores juízos de valor, possua um conteúdo material tal que ditos juízos se lhe acrescentem de modo concreto<sup>110</sup>.

Conforme se demonstrará no Capítulo V, ao tratar da conduta no finalismo, a ação possui esta capacidade classificatória, posto que o conceito defendido neste trabalho parte do pressuposto de que a ação, enquanto conceito de bases ontológicas, portanto, pré-típica, tem a capacidade de construir a estrutura da teoria dos crimes dolosos e culposos e comissivos e omissivos.

A função classificatória, em virtude da qual a ação se constitui em fator comum a todos os tipos de delitos, capaz de englobá-los<sup>111</sup>, tem sido a primeira tentativa de designação de funções ao conceito de ação.

A aceitação da capacidade classificatória do conceito de ação, entretanto, não é unânime, ao contrário, se subdivide de acordo inclusive com a aceitação do critério finalista de conduta ou não, sendo os críticos do sistema finalista os maiores detratores das funções exercidas pela ação<sup>112</sup>.

Neste sentido, Paulo Bussato diz que o que deveria inicialmente ser tratado apenas como um aspecto comum entre distintos comportamentos delitivos passou a ser um conceito absoluto, um gênero incapaz de ofertar resposta às supostas dificuldades de estabelecimento de diferenças e explicações para a distinção entre crimes culposos e dolosos e comissivos e omissivos<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Rodríguez Muñoz. Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.172.

<sup>110</sup> SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción*, p.1, tradução nossa.

<sup>111</sup> SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción*. Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Tomo 44, fascículo 1, 1991, p.1, tradução nossa.

<sup>112</sup> V. por todos, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.Fundamentos. La Estructura de La Teoría Del Delito*. Tomo I. Trad. de La 2ª Ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garica Conleddo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

<sup>113</sup> Cf. BUSATO, *Direito Penal e ação significativa*, p.48.

### 3.3.2. Função de limite ou negativa;

O conceito de ação aqui assume sua maior relevância, posto que, se busca através dele limitar o atuar do Estado apenas às hipóteses em que manifestações humanas realizadas através de ações ocorram.

Aqui, “o conceito de ação deve cumprir uma função de exclusão dos fenômenos que não apresentam os requisitos para configurar-se nem mesmo como ação e por isso, não merecem qualquer consideração no âmbito das demais categorias do delito”<sup>114</sup>.

No âmbito do cumprimento desta função, cabe declarar a impossibilidade de verificar-se a ocorrência de ações humanas nas atividades de animais, nas pessoas jurídicas, movimentos reflexos e força maior. Trata-se de uma função mediante a qual são excluídos, a priori, aqueles processos que em nenhum caso podem levar a alcançar relevância penal<sup>115</sup>.

Cumprindo esta função, não podem ser incluídos como crime os estados de pessoa, atitudes ideológicas, religiosas, políticas, que retratam modos de ser e não condutas, aptas a reprovabilidade penal.

O sustentáculo jurídico para admissibilidade desta função negativa se encontraria no princípio da legalidade e na própria estrutura lógico-objetiva da ação, em sua condição enquanto fenômeno ontológico.

---

<sup>114</sup> BUSATO, *Direito Penal e ação significativa*, p.53.

<sup>115</sup> SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción*, p.2.

## CAPÍTULO IV – A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO TEÓRICO DE CONDUTA NA PERSPECTIVA CAUSALISTA

### 4.1. Um modelo de matriz naturalista;

O conceito causal de ação surge enquanto um modelo de matriz naturalista, elaborado em finais do século XIX por Von Liszt<sup>116</sup> e Beling<sup>117</sup> e desenvolvido por Radbruch<sup>118</sup>, proporcionando uma transformação do conceito de ação, como reação à concepção hegeliana que antecedeu esta construção teórica e foi exposto no capítulo anterior.

O conceito causal de ação, do sistema clássico do delito foi produto da influência da ciência jurídica do positivismo imperante em sua época. Segundo o ideário científico do positivismo, era necessário proceder na Ciência do Direito igual às ciências da natureza, que haviam progredido consideravelmente no século XIX, rechaçando toda dependência da filosofia<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> LISZT, Fran Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. da ultima edição e comentado por José Higino Duarte Pereira. Tomo I, Rio de Janeiro: Briguiet e C. Editores, 1899.

<sup>117</sup> Cf. VALLEJO, Manuel Joaquin. *El concepto de accion em la dogmática penal*. Colex, 1994, p.22, citando a obra Grundzugen do autor.

<sup>118</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.22.

<sup>119</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.26.

Em verdade, os excessos da abstração filosófica do idealismo absoluto levou a reações do positivismo, expressão da metafísica naturalista do século XIX segundo Machado Neto<sup>120</sup>, e que tinha em Augusto Comte seu principal referencial teórico.

A metafísica e a religião, para Comte, eram expressões intelectuais de épocas anteriores em que o homem não tinha ainda o domínio da natureza, sobrevivendo a ciência como fundamental para a libertação do mundo das explicações teológicas e metafísicas<sup>121</sup>.

No positivismo, o a realidade seria explicada através do método experimental, proveniente das ciências naturais e a adoção deste método seria consequência natural da evolução do espírito humano.

Com fundamento, portanto, nesta construção científica do positivismo, foi elaborada a teoria causal da ação, de matriz naturalista, conforme já referenciado, de natureza mecanicista e reducionista, pois, de alcance teórico limitado para um Direito Penal de garantia, ainda que esta não fosse a perspectiva almejada naquele momento.

Ação é todo ato proveniente da vontade que ponha em perigo interesses juridicamente protegidos, um movimento corporal, trata-se, portanto, de um conceito unitário compreensivo tanto da ação em sentido estrito como uma omissão, um impulso voluntário ou a inervação voluntária causadora de uma modificação do mundo exterior, perceptível por todos os sentidos<sup>122</sup>.

Em busca de coerência para o sistema construído não faltaram autores, como refere Aníbal Bruno que afirmaram ser a omissão também um movimento, já que consiste em atividade neuromuscular. Da mesma forma ocorreria com os delitos formais, nos quais o resultado naturalístico aconteceria no plano da subjetividade e por isto não são constatados exteriormente<sup>123</sup>. Assim ocorreria, por exemplo, com os crimes contra a honra que produziriam no âmbito interno da vítima alterações de natureza biopsíquica.

---

<sup>120</sup> MACHADO NETO, A.L. *Filosofia da Filosofia: Introdução Problemática à Filosofia*. Cadernos de Textos, Cursos, Mementos e Sinopses. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958, p.38.

<sup>121</sup> Cf. MACHADO NETO, Op. Cit, p.39.

<sup>122</sup> Cf. VALLEJO, Op.Cit, p.23.

<sup>123</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Introdução. Norma Penal e fato punível. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.309.

Este pensamento é, na visão do mesmo autor, uma deformação da realidade, sem relação direta com o fato punível, sendo a inatividade muitas vezes superior ao tempo em que o indivíduo deveria praticar a ação<sup>124</sup>.

Maurach acrescenta restrições já referidas, afirmando que:

Os requisitos postulados pela teoria naturalista da ação, como puro fator causal, podem ser necessariamente escassos. A ação pertence tão somente o que segundo uma consideração naturalista produz o resultado típico; ação é a causação do resultado com forças mensuráveis segundo as leis da natureza<sup>125</sup>

Desta maneira, não importa o conteúdo da vontade e não interessa a ação que o autor deseje praticar, senão a mera causação de certas conseqüências por um ato voluntário, cujo conteúdo não tem importância<sup>126</sup>.

Sem dúvida, este conceito leva à constatação de que o doente mental pratica uma ação, excluindo-se, entretanto, do contexto da conduta, a *vis absoluta* ou as ações decorrentes de um ataque epléptico ou ato reflexo.

Deve-se notar que a referência às forças da natureza como instrumento de causação dos resultados, impulsionador decisivo da ação, vincula de forma injustificável uma ciência de natureza cultural às ciências da natureza excluindo as tendências subjetivas do comportamento.

O conceito causal de ação, cm sua distinção entre processo causal externo, independente da vontade do sujeito e o conteúdo da vontade, constituiu a base do sistema de Von Liszt, Belling e Radbruch, conhecido hoje como sistema clássico do delito.

O sistema clássico do delito caracterizou-se, portanto, pela descrição objetiva do tipo e por uma ação considerada neutra, estando a esfera da direção da vontade na

---

<sup>124</sup>BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Introdução. Norma Penal e fato punível. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.267.

<sup>125</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Direito Penal*, p.198. "Los requisitos postulados por la teoría naturalista de la acción, como puro factor causal, pueden ser necesariamente escasos. La acción pertenece tan solamente lo que según una consideración naturalista produce el resultado típico; acción es la causación del resultado con fuerzas mensuráveis según las leyes de la naturaleza"

<sup>126</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.23.

culpabilidade, sendo a conduta apenas um movimento voluntário que causava uma alteração na realidade exterior.

Considerar o elemento subjetivo como integrante da culpabilidade, o que excluía a finalidade como um elemento da ação, pois esta é essencialmente neutra, se torna no principal obstáculo para uma aceitação mais abrangente no século XX da teoria causalista do delito, significando a razão da derrocada dos postulados do positivismo científico no Direito Penal.

#### **4.2. A concepção de Von Lizst**

Ação, para Von Liszt, é o “facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem acto de vontade não há acção, não há injusto, não há crime”<sup>127</sup>. Salientava o autor que, “não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado”<sup>128</sup>.

Fundado nesta idéia, pretende Von Liszt construir um conceito de ação que seja eminentemente naturalista, com a omissão e a comissão integrando um conceito naturalístico de ação.

Salienta Von Liszt que, “Comissão é a causação do resultado por um acto de vontade. Este apresenta-se como movimento corpóreo voluntario, isto é, como tensão (contracção) dos músculos, determinada, não por coacção mechanica ou psycho-physica, mas por ideas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores”<sup>129</sup>.

Entende o autor que os dois elementos igualmente importantes da idéia de ação como comissão são o resultado e o movimento corpóreo<sup>130</sup>, o que, dentro de sua construção teórica revela coerência, pois, compreendendo a ação enquanto instrumento mecânico e natural, a relação com um resultado naturalístico é imediato.

---

<sup>127</sup> LISZT, Fran Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. da ultima edição e comentado por José Higinio Duarte Pereira. Tomo I, Rio de Janeiro: Briguiet e C. Editores, 1899, p.193.

<sup>128</sup> LISZT, Op. Cit, p.193.

<sup>129</sup> LISZT, Op. Cit, p.198.

<sup>130</sup> LISZT, Op. Cit, p.198.

O resultado, para Von Liszt, é referido ao movimento corpóreo como causa, produzido por ele, estando entrelaçados como numa relação de causa e efeito, mecanicista, perspectiva frontalmente contrária a fase metafísica representada pela escola clássica.

A contraposição às posições da escola clássica se revela enquanto uma evolução natural do pensamento científico no século XIX, um movimento intelectual que seguiu a evolução primeira das ciências naturais e que, como era de se esperar, terminou por influenciar as ciências culturais.

A liberdade que as ciências culturais alcançaram em relação às ciências naturais somente se manifestou no século XX e Von Liszt, um dos principais nomes representativos do pensamento positivista naturalista na Ciência do Direito, teve sua construção jurídico-penal superada apenas ao longo deste mesmo século, notadamente com o crescimento do finalismo.

A evolução para o finalismo, entretanto, ainda perpassa pelo pensamento causal-valorativo, que inicia o processo de desvinculação do pensamento naturalista puro, não se podendo olvidar a importância do pensamento de Von Liszt na construção do conceito de ação e do sistema penal causalista, pois conferiu não apenas um conceito a conduta, mas estabeleceu uma relação precisa, ainda que posteriormente superada, entre esta e o tipo penal.

A concepção de Von Liszt se ressentia dos mesmos equívocos defendidos pelos demais autores causalistas, principalmente de consideração da estrutura da ação enquanto neutra, desprovida do conteúdo da vontade, incapaz, portanto, de retratar o principal sentido da conduta humana, que é a capacidade do ser de guiar o curso causal de suas ações.

#### **4.3. A reconstrução do conceito na perspectiva causal-valorativa**

A construção na perspectiva causal-valorativa encontra em Mezger seu principal expoente – pode-se apontar Mayer e Radbruch como os outros grandes expoentes

desta corrente - de influência notadamente neokantiana, ao incorporar o sistema de valores à concepção causal pura do naturalismo representado por Liszt e Beling.

Esta concepção, denominada de neoclássica, tem seus fundamentos filosóficos extraídos da denominada escola de Baden na Alemanha, desenvolvida nas primeiras décadas do século. XX, e que buscava excluir o Direito do mundo do *ser* e incluí-lo em uma zona intermédia entre o *ser* e o *Dever-ser*, como ciência do espírito, axiológica<sup>131</sup>.

A escola de Baden deixou legado filosófico substancial para os adeptos da corrente causal-valorativa, escola representada por Windelband e Rickert, além de Lask, Radbruch y Sauer.

Segundo Welzel,

As duas doutrinas do valor mais significativas da atualidade foram constituídas desde o kantismo sub-ocidental alemão(Windelband-Rickert) e da fenomenologia(Scheler-Hartmann). Segundo ambas doutrinas o valor não pertence a realidade senão a um estrato ideal. De acordo com as primeiras, o valor resulta ser algo simbólico. Segundo a outra doutrina, é uma qualidade ideal de sentido. E os objetos reais são somente bens aos quais estão aderidos os valores irrealis. Dessa maneira, o sujeito está localizado em frente a um império de valores irrealis que se dirige a ele como 'dever'<sup>132</sup>

Windelband observa que, além do mundo dos fatos, da realidade dada naturalmente, além do mundo do ser, há o mundo do dever ser, que não constitui objeto da experiência. O mundo do dever ser é um pressuposto da experiência em todos os pontos de vista: como conhecimento, como ação moral e como sentimento estético<sup>133</sup>.

O mundo do ser é o mundo da natureza, o do dever ser é o mundo dos valores espirituais autônomos, o mundo da liberdade. A filosofia não é criadora de valores,

---

<sup>131</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina Geral do Crime.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.227.

<sup>132</sup> WELZEL, Hans. *Causalidad y acción: Estudios de derecho penal.* Trad. por Gustavo Eduardo Abozo y Tea Low. Buenos Aires: Editorial IBEF, 2003, p.137, "Las dos doctrinas Del valor más significativas de la actualidad fueron constituidas desde el kantismo sub-alemán(Windelband-Rickert) y la fenomenología(Scheler-Hartmann). Segun ambas doctrinas el valor no pertenece a la realidad sino a um estrato ideal, De acuerdo com la primera, el valor resulta ser algo simbólico. Según la otra doctrina, es una calidad ideal de sentido. Y los objetos reales son solo 'bienes', a los cuales estan 'adheridos' los valores irrealis.De esa manera, el sujeto está ubicado frente a um império de valores irrealis que se acerca a el como deber."

<sup>133</sup> Cf. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito.* 3.ed., fac símile da 2.ed rev. São Paulo: RT, 1998, p.175.

mas ela descobre, no caos da experiência, os valores cujo sistema representa a cultura humana<sup>134</sup>.

A cultura representa, para Miguel Reale:

O complexo rico e multifacetado reino da criação humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza<sup>135</sup>.

Neste sentido, o Direito somente pode se inserir nas ciências culturais, tendo esta concepção se tornado possível apenas em face da mudança de método operada pelos neokantianos. A alteração do método foi fundamental para distinguir sua proposta científica da proposta do positivismo naturalista, pois, o método das ciências culturais procura trazer os valores transcendentais como ínsitos ao direito e necessários para a sua construção.

Adota Mezger o entendimento de que a ação pode funcionar como uma categoria superior, apta a servir de instrumento de classificação e enlace para o delito e seus elementos, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade<sup>136</sup>. E enfrenta a crítica de Radbruch de que o conceito de ação não pode ser considerado como uma categoria superior comum a todas as espécies de ação e de omissão, pois não existe conceito que possa suprir estas duas categorias<sup>137</sup>.

Radbruch compreende que a ação, em sentido estrito é um atuar positivo, exige o querer do agente e o movimento corporal com suas conseqüências e a causalidade, faltando estas características à omissão, pois não pode ser subordinada a um conceito de ação qualquer que seja este<sup>138</sup>.

O fundamento da concepção de Radbruch, entretanto, é uma concepção de ordem cultural, vinculada à realidade cultural, que, “é a realidade que possui o sentido de estar a serviço dos valores jurídicos, da idéia do direito”<sup>139</sup>, servindo de

---

<sup>134</sup> Cf. REALE, Op. cit, p.176.

<sup>135</sup> REALE, Miguel. Op. cit, pág. 179.

<sup>136</sup> Cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, p.172

<sup>137</sup> Cf. MEZGER, Op. Cit, p.187.

<sup>138</sup> Cf. MEZGER, Op. Cit, p.188-189.

<sup>139</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. trad. portuguesa de L. Cabral de Moncada, 4.ed. Coimbra: Ed. Arménio Armado, 1961, p.100.

contraposição ao conceito neutro da ciência jurídica na concepção causalista e de ação neutra.

Buscava-se retirar do conceito de ação o caráter estritamente naturalístico<sup>140</sup>, abrangendo o alcance do referido conceito, em uma leitura neo-causal, apontando um desvalor na conduta delituosa, de natureza normativa e fundamental para a responsabilização penal<sup>141</sup>.

Mezger entende que um conceito de ação que se pretenda válido em um sistema de Direito Penal é um conceito valor, entretanto, aponta que não se pode deixar de considerar que este mesmo Direito Penal exige em virtude de sua referência a realidade que o conceito de ação seja estruturado e construído como um conceito natural<sup>142</sup>, inda que não seja puro. Neste sentido, afirma o autor, não sendo o conceito de conduta puramente natural, pois leva implícito, um elemento valorativo, exigem que o fazer e o deixar de fazer sejam voluntários<sup>143</sup>.

O conceito natural pretendido por Mezger não pode ter a pretensão de ser um conceito ontológico, como construiu Welzel, nem tampouco se adequa a um conceito causal naturalista, pois este prescinde da referência a valores. Desta forma, a construção de Mezger fica desprovida de sentido e coerência sistemática por se vincular a uma concepção que busca se aproximar dos valores enquanto referência e não consegue se aproximar de um conceito ontológico por negá-lo.

Mezger, ao descrever o conteúdo da ação, exclui do campo jurídico penal a responsabilidade em duas circunstâncias, nos movimentos reflexos e nos movimentos influenciados por uma força irresistível, pois estes não poderiam ser considerados como sendo um movimento corporal voluntário.

Criticam os adeptos desta tendência que o conceito puramente causal de ação pecou por não conseguir explicar os fatos omissivos e a tentativa, pois, dificilmente,

---

<sup>140</sup> Segundo Luciano Santos Lopes, caráter biológico, V. LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2006, p.23.

<sup>141</sup> Cf. LOPES, Op.Cit, p.23.

<sup>142</sup> Cf. MEZGER, *Tratado*, p.191.

<sup>143</sup> Cf. MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho penal Español: Parte General*. Teoría jurídica del delito. v.2. 5. ed, Madrid: Tecnos, 1997, p.28.

neste caso, seria possível captar o significado da ação sem levar em consideração o conteúdo de vontade do autor<sup>144</sup>.

É bem verdade, como disse Aníbal Bruno, numa interpretação original, que posteriormente Mezger teria se inclinado para uma tendência finalista, não coincidindo em sua extensão com o pensamento de Welzel, porque, apesar de manter a ação como elemento da culpabilidade, compreendia que na vontade contida na ação estava incluído o resultado buscado pelo autor<sup>145</sup>.

A tipicidade neutra, como descrição não valorativa, implica ainda em outros problemas a exemplo do que ocorre em relação aos tipos penais que contém elementos valorativos ou normativos, os quais precisam, para sua justa interpretação, de uma apreciação social ou jurídica<sup>146</sup>.

A existência destes elementos em alguns tipos penais demonstra a falta de neutralidade dos mesmos, uma antijuridicidade puramente objetiva, que torna o sistema penal carecedor de algo que é fundamental e ínsito ao sistema, a referência às estruturas lógico-objetivas, sem se distanciar dos valores, que são inerentes ao ser.

O neokantismo buscou reagir frente a estas insuficiências e propôs algumas transformações, porém sem conseguir dar um passo transcendental na teoria do delito<sup>147</sup>. Por isto mesmo, não conseguiu alcançar o êxito da concepção que a sucedeu, pois não considerou que era impossível desprezar-se as estruturas lógico-objetivas da ação, posto que prévias ao normativo.

Esta forma de entender o Direito Penal somente foi possível graças ao abandono do método científico naturalístico de observação e descrição, defendido no marco teórico do positivismo, afirmando sua cientificidade e a adoção de um método específico das ciências do espírito (culturais)<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Cf. VALLEJO, Manuel Jaen. *El concepto de accion em la dogmática penal*. Colex, 1994, p.28.

<sup>145</sup> Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Introdução. Norma Penal e fato punível. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.303.

<sup>146</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.28-29.

<sup>147</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.29.

<sup>148</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.30.

A referência às ciências do espírito, de natureza cultural, se reafirma em face da necessidade de independência das ciências naturais para formar um conceito fundado em valores, notadamente da ação, próprio para compreensão e valoração de seu sentido.

A realidade adquire relevância para as ciências do espírito sempre que se põe em relação com valores e estes não são perceptíveis com os objetos da natureza, senão compreensíveis através da interpretação dos objetos que se trate<sup>149</sup>.

O Direito é uma obra humana, um dos produtos da cultura<sup>150</sup>, tendo por função regular a conduta humana e “toda ação humana, ou mesmo um produto desta, em toda obra de cultura, tem essencialmente referência a um valor e tem como propósito realizar esse valor”<sup>151</sup>.

A posição sofreu ressalvas. Segundo Margarita Martinez Escamilla:

Welzel critica o neokantismo pela contraposição que leva a cabo entre o ser e os valores e por entender estes como algo alheio a realidade. Assim como as questões jurídico-penais não podem ser desenvolvidas partindo exclusivamente da lei, como o positivismo jurídico puro pretende, tampouco podem ser substituídas as comprovações ontológico-cognoscitivas, por valorações, como o jurista das valorações deseja<sup>152</sup>.

Mezger critica Welzel quando este afirma que uma ação somente pode ter como efeitos aqueles que integram o conteúdo do querer. Isto conduz a resultados errôneos, na medida em que levaria a renunciar de vez a compreensão de numerosos fenômenos da vida jurídica real a exemplo da responsabilidade jurídico penal pelas conseqüências não queridas da conduta culposa e os resultados que nem sequer culposamente são produzidos<sup>153</sup>.

Mezger entende que o conceito de ação precisa incluir em si os efeitos não queridos da conduta, reservando à teoria da culpabilidade a investigação do conteúdo do

---

<sup>149</sup> VALLEJO, *El concepto de acción en La dogmática penal*, p.30, tradução nossa. “La realidad adquire relevância para las ciencias del espíritu(culturales) siempre que se ponga en relación con valores y estos no son perceptibles como los objetos de la naturaleza, sino comprensibles a través de la interpretación de los objetos que se trate”

<sup>150</sup> SICHES, Luis Recasens. *Tratado general del filosofía del derecho*. México, Editorial Porua, 1959, p.159, “El derecho es una obra humana, uno de los productos de la cultura”.

<sup>151</sup> SICHES, Luis Recasens. Op. Cit, p.159, “Em toda acción humana, lo mismo que em todo producto de ésta, em toda obra de cultura, late esencialmente la referencia a um valor, el proposito de realizar esse valor”.

<sup>152</sup> ESCAMILLA, Margarita Martinez. *La imputacion objetiva del resultado*. Col. De Criminologia y Derecho penal. Dirigida por el Prof. Dr. Manuel Cobo Del rosál. Madrid: EDERSA, 1992, p.23.

<sup>153</sup> VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, p.32.

querer, não tendo isto, ressalta, nenhuma relação com uma concepção do positivismo naturalista<sup>154</sup>.

Ocorre que, relegar o conteúdo do querer a esfera da culpabilidade, como se uma ação fosse desprovida de sentido e finalidade, é impensável enquanto estrutura científica, como se a conduta fosse uma estrutura vazia. Este conteúdo para o conceito de ação se compreende ter sido elaborado em função da influência do positivismo e das ciências naturais, entretanto, com a superação desta concepção científica, não caberia mais a referência a esta estrutura dogmática.

O conceito de ação passa a ser um conceito vinculado à realização do tipo, um comportamento voluntário voltado para a concretização da vontade humana. Deve-se fazer referência, entretanto, ao fato de que não se adentrava no conhecimento e no conteúdo da ação segundo Vallejo<sup>155</sup>.

Mezger reconhece que o conceito de ação é um conceito-valor, entretanto, isto não significa que se deva carregá-lo com atributos de outros elementos da teoria do crime<sup>156</sup>, ou seja, não se deve antecipar, inserindo na conduta características que são próprias da culpabilidade e antijuridicidade. Daí enunciado que faz sobre a ação como um conceito natural que não se identificaria, todavia, com o conceito de natureza, mas, esta compreensão permitiria que se entenda a idéia central que caracteriza a ação no Direito Penal.

Este compromisso de Mezger com a natureza da ação permitiu a observação feita por Aníbal Bruno sobre o viés ontológico de sua concepção, conforme referido supra.

As contradições do pensamento neoclássico do Direito Penal fundado na escola do neokantismo decorre do fato de que, nas suas construções teóricas transparece a idéia de que não se almejou superar o positivismo naturalista de Von Liszt e Beling, senão apontar apenas correções ao mesmo.

Esta estrutura de ação da concepção causal-valorativa pouca diferença demonstra em relação ao causal naturalismo representado por Lizst-Beling. Inverter-se o

---

<sup>154</sup> VALLEJO, Op. Cit, p.32.

<sup>155</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.31.

<sup>156</sup> Cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, p.191.

conteúdo do conceito de conduta, assinalado pelos naturalistas como movimento corporal que provém da vontade e comportamento humano voluntário, sem destacar o conteúdo da vontade, iguala as concepções dos dois grupos.

Em que pese a proposta neokantiana se destacar por incorporar o aspecto valorativo da vontade á ação humana, posterga sua análise e valoração para a culpabilidade, negando-se o sentido finalístico da conduta.

Não resta dúvida de que a tipicidade sofreu alteração no pensamento causal-valorativo na medida em que incorporou elementos valorativos para compreensão de seu significado e dos elementos subjetivos do tipo. A diferença da estrutura da tipicidade foi a principal contribuição desta corrente, sendo a alteração no conteúdo da ação, de natureza pré-típica, mais perceptível a nível filosófico do que conceitual na dogmática penal.

Vallejo ainda salienta, com razão, que “se propôs, como valor reitor, sem dúvida por influência do pensamento filosófico neokantiano imperante, o conceito teleológico de bem jurídico.”<sup>157</sup>, que, segundo o autor, servia como um conceito utilizado para obtenção do núcleo material do delito, para o fim de por limites ao legislador<sup>158</sup>.

Sem dúvida, a contribuição do pensamento causal-valorativo neste campo foi profícua ao desenvolvimento ulterior das categorias dogmáticas, notadamente da tipicidade, em face da utilização do bem jurídico como princípio apto ao processo de interpretação dos tipos penais, conseqüentemente da conduta tipificada, expressão de valores, ou seja, da ação valorada servindo para uma teleologia do tipo.

O conceito causal de ação, a separação entre a antijuridicidade como parte objetiva e a culpabilidade, como parte subjetiva do delito, com a permanência do dolo e da culpa na culpabilidade, são idéias da corrente naturalista, que, no tocante à ação permanecem com a concepção da causalidade como elemento reitor desta. Tal equívoco metodológico o finalismo irá demonstrar.

---

<sup>157</sup> VALLEJO, *El concepto de acción*, p.32, tradução nossa, “se propuso, como valor rector, sin duda por influencia del pensamiento filosofico neokantiano imperante, el concepto teleológico de bien juridico.”

<sup>158</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.33.

Ocorre que, avanços também foram demonstrados neste sistema, notadamente, a incorporação dos valores à ação, o tipo como expressão de um juízo de valor próprio da antijuridicidade, com o descobrimento dos elementos subjetivos do injusto<sup>159</sup>

## **CAPÍTULO V - O CONCEITO DE CONDUTA NO FINALISMO**

### **5.1. A relação entre o culturalismo, ontologia e a estrutura da ação no Direito Penal. O egologismo de Carlos Cossio;**

A determinação do direito enquanto fenômeno do campo da cultura, demonstra a importância do egologismo de Carlos Cossio, no campo da Teoria do Direito e que tange ao objeto desse trabalho, na análise da conduta, ou ainda, mais precisamente, da relação entre a conduta e o Direito Penal.

---

<sup>159</sup> PUIG, *Introducción a las bases Del Derecho Penal* p.242,

A Teoria egológica do Direito surgiu na Argentina por volta de 1940 e tem seus antecedentes doutrinários, no plano da filosofia pura, na fenomenologia de Husserl e no existencialismo de Heidegger, com uma preocupação epistemológica herdada do pensamento Kantiano e no plano estritamente filosófico-jurídico, da Teoria Pura de Hans Kelsen<sup>160</sup>.

Cossio inicia sua investigação partindo da perspectiva que a Ciência Jurídica ao ter como objeto o direito, que tem um ser peculiar, deve ser estudada através de uma ontologia jurídica.

Cossio inicia esta investigação sobre o ser que constitui o objeto da Ciência Jurídica utilizando a Teoria Husserliana das ontologias regionais ou teoria dos objetos<sup>161</sup>. De acordo com esta Teoria geral dos objetos, as supremas regiões ônticas são quatro, a saber: objetos ideais, naturais, culturais e metafísicos, que se distinguem por características próprias bem delimitadas<sup>162</sup>.

Esta perspectiva husserliana diz respeito a um posicionamento metodológico em relação ao estudo dos objetos no campo das ciências como um todo, ou seja, não se restringe ao estudo da Ciência Jurídica. Entretanto, no presente trabalho, será tratada apenas a referência aos objetos culturais por serem estes o foco da investigação científica da Ciência Jurídica.

Husserl adota esta construção levando em consideração o método fenomenológico, que é o método da Crítica do Conhecimento, sendo a fenomenologia a doutrina universal das essências, em que se integra a ciência a essência do conhecimento<sup>163</sup>.

Husserl, neste sentido, delimita o que seja esta essência do conhecimento, que segundo ele:

“O conhecimento é um facto da natureza, é vivência de seres orgânicos que conhecem, é um factum psicológico. Pode, como qualquer factum

---

<sup>160</sup>Cf. MACHADO NETO, Antonio Luis. *Fundamentación Ecológica de La Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p.80.

<sup>161</sup>Cf. MACHADO NETO, *Fundamentación Ecológica de La Teoría General del Derecho*, p.82, tradução nossa. “Cossio comienza su investigación sobre el ser que constituye el objeto de la ciencia jurídica utilizando la teoría husserliana de las ontologías regionales o teoría de los objetos”.

<sup>162</sup>MACHADO NETO, Op. Cit, p.83, tradução nossa. “De acuerdo con esta teoría general de los objetos las supremas regiones onticas son cuatro, a saber: objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos, que se distinguen por características propias bien delimitadas”.

<sup>163</sup>HUSSERL, Edmund. *A idéia da fenomenologia*. Trad. de Artur Mourão. Coleção Textos filosóficos. Lisboa: Edições 70, p.22.

psicológico, descrever-se segundo as suas espécies e formas de conexão e investigar-se nas suas relações genéticas. Por outro lado, o conhecimento é, por essência, conhecimento da objectalidade e é tal em virtude do sentido que lhe é imanente, com o qual se refere à objectalidade<sup>164</sup>

O autor aponta o fenômeno do conhecimento como sendo um fato psicológico, natural da própria vivência humana, se revelando, em todas as suas configurações, por uma vivência psíquica, ou seja, conhecimento do sujeito que conhece<sup>165</sup>.

O conhecimento dos objetos provém na fenomenologia de Husserl, de uma relação do sujeito e sua intencionalidade com o objeto. Willis Santiago Guerra compreende que “A subjetividade, enquanto consciência intencional, dirigida aos objetos, para Husserl, seria ‘a primeira verdade indubitável’ para se começar a pensar corretamente.<sup>166</sup>”

Neste sentido, ressalta o autor que

Não existe, portanto, para a fenomenologia, uma relação pura do sujeito com o objeto, visto que a relação entre o sujeito e o objeto é sempre intencional: o objeto se torna tal a partir do olhar do sujeito, um olhar que, para além da existência contingente de objetos em particular, capta sua essência, o que necessariamente lhe constitui.<sup>167</sup>

A concepção do autor sobre a relação entre sujeito e objeto destaca que a subjetividade é ínsita à relação entre eles, dela decorre a chamada consciência intencional, através da qual se pode identificar o ponto de conexão da teoria welseliana com a fenomenologia de Husserl, na relação intencional entre sujeito e objeto.

Segundo Machado Neto, a região dos objetos culturais é especificamente a região humana e estes são tão reais quanto os naturais, gozam de uma existência concreta e não ideal, e estão situados sempre em uma dimensão espacial ou temporal<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> HUSSERL, Edmund. Op. Cit, p.41-42.

<sup>165</sup> Cf. HUSSERL. Op. Cit, p.42.

<sup>166</sup> GUERRA, Willis Santiago. *Subsídios para uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica*. Fenomenologia e Direito, Cadernos da EMARF, v.1, n.1, Rio de Janeiro: p.1-100, abr./set. 2008, p.3 In [http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/subsidios\\_para\\_uma\\_critica.pdf](http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/subsidios_para_uma_critica.pdf), acesso em 09/02/2010.

<sup>167</sup> GUERRA, Willis Santiago. *Subsídios para uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica*, p.3.

<sup>168</sup> MACHADO NETO, Op. Cit, p.84.

Deve-se ressaltar, esta é uma característica fundamental dos objetos considerados em uma perspectiva ontológica.

Inclinando-se por uma concepção ontológica da Ciência, e não por uma concepção lógica da mesma, Cossio entende que cada uma das ditas regiões de objetos determina um método especial que, ao mesmo tempo, atualiza um específico ato gnoseológico e também assim uma particular estrutura gnoseológica<sup>169</sup>.

Esta estrutura gnoseológica rompe de certa forma, com a estrutura lógica do pensamento kelseniano que o influenciou, modificando a forma de encarar a realidade e o objeto da ciência jurídica, daí ressaltando o aspecto cultural, centrado no homem e na conduta humana como fundamentais à compreensão da estruturação da teoria do direito em Cossio.

Cossio aduz, ao definir a cultura, que esta é tudo o que faz o homem atuar segundo valorações, e, desta forma, investiga o fenômeno jurídico sobre as bases de uma fenomenologia da cultura<sup>170</sup>. A teoria egológica considera que o objeto a ser conhecido pelo jurista não são as normas, mas a conduta humana enfocada desde certo ângulo particular<sup>171</sup>.

Desta sorte, Cossio não despreza a referência ao real, ao empírico, utiliza do método dialético para integrar esta referência ao fenômeno da compreensão, e, isto o leva a compreender o direito como um fenômeno cultural e como interferência intersubjetiva, sendo a pessoa humana o centro de seu sistema e a conduta humana objeto principal de seu conceito de Direito.

Esta aproximação do conceito de conduta extraído de uma concepção de fundo culturalista e bases ontológicas permite encontrar um conceito de conduta para o Direito Penal adequado às necessidades de construção de um Direito Penal de garantia.

---

<sup>169</sup>MACHADO NETO, Op.cit, mesma página, tradução nossa.“a inclinar-se por uma concepción ontológica de la ciencia y no por una concepción lógica de la misma, Cossio encuentra que cada una de dichas regiones de objetos determina un método especial que, al mismo tiempo, actualiza un específico acto gnoseológico que conforma así una particular estructura gnoseológica”.

<sup>170</sup>Cf. COSSIO, Carlos. *Teoría de La verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954, p.46.

<sup>171</sup>COSSIO, Carlos. *Teoría de La verdad Jurídica*., p.47, “..La teoría egológica considera que el objeto a conocer por el jurista no son las normas, sino la conducta humana enfocada desde cierto ángulo particular”.

Machado Neto, interpretando a teoria egológica de Cossio, toma como exemplo, o fato de alguém que deseja matar um adversário que uma vez o esbofeteou e leva a cabo mediante um certo disparo de arma de fogo<sup>172</sup>. E afirma que esse determinado ato humano pode ser explicado pelas ciências que manejam o instrumento da causalidade como uma cadeia causal, salientando, entretanto, que no processo de investigação do jurista ele deverá por completo se situar no âmbito particular da interferência intersubjetiva sob uma perspectiva de fazer-impedir(de outrem)<sup>173</sup>.

Os que superaram a teoria causal, quais sejam, os finalistas, trouxeram importante contribuição neste aspecto, ou seja, relativizaram o dogma causal, limitando sua influência no Direito Penal e transformaram o conceito de conduta em um conceito de bases ontológicas. Como se observa, tais bases são também culturalistas e não negam o egologismo de Carlos Cossio.

Cossio afirma de forma clara que a conduta humana constitui uma experiência de liberdade, em que a criação de algo axiologicamente original emerge a cada instante<sup>174</sup>, e isto se encontra em absoluta conformidade com uma concepção que aqui se denomina de onto-axiológica da conduta. Assim, as bases ontológicas da ação, tal como se entende são perfeitamente compatíveis com o culturalismo cossiano, na medida em que privilegia a experiência da conduta humana enquanto expressão da liberdade.

No campo da hermenêutica aplicada ao Direito Penal, nunca se trouxe as investigações da teoria egológica para o âmbito da teoria da conduta, falha dogmática pois esta apresentam aspectos harmônicos.

O privilégio da liberdade humana se insere na conduta de forma a determinar o comportamento da pessoa em suas relações intersubjetivas, dando ao homem a condição de conduzir sua vontade para a consecução de seus objetivos. Isto pode ser claramente demonstrado, por exemplo, no campo penal, quando se entende que a coação física absoluta anula a conduta na medida em que o homem perde a

---

<sup>172</sup>Cf. MACHADO NETO, *Fundamentación Ecológica de La Teoría General del Derecho*, p.89.

<sup>173</sup>Cf. MACHADO NETO, *Op. Cit.*, p.89-90.

<sup>174</sup>Cf. COSSIO, Carlos. *Teoría de La Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954, p.48.

liberdade de condução de suas ações. Não é por outra razão que não se atribui o fato ao coacto, mas aquele que livremente o coagiu.

Isto é que faz com que se possa interrelacionar a concepção de direito de Carlos Cossio e um conceito de conduta de bases ontológicas, em que a finalidade, enquanto estrutura lógico-objetiva, aliada a perspectiva da responsabilidade vinculada à pessoa permite a construção do conceito culturalista de conduta, que traduza os anseios de garantia no Direito Penal.

## **5.2. Perspectiva onto-axiológica da conduta e Direito Penal. Fundamentos do conceito de conduta finalista enquanto estrutura lógico-objetiva**

A fenomenologia marca seu espaço na filosofia do Direito contrapondo-se à teoria neokantiana, que “considera a realidade como produto de um processo de transformação, cujas condições fundamentais estão inseridas na estrutura de nosso pensamento”<sup>175</sup>.

O neokantismo repele a idéia de que o objeto da investigação científica possua um sentido e uma estrutura objetiva, afirmando que a estrutura do objeto é conformada exclusivamente pela observação do sujeito cognoscente, através de um processo de apreensão e compreensão puramente intelectual. Afasta, desta forma, a perspectiva do objeto como um ser que tem uma estrutura imanente.

Fácil desta forma apontar, que em uma construção desta natureza a ação possa ter o sentido apreendido por cada qual.

Welzel, cujo pensamento era de matriz fenomenológica, critica o normativismo do neokantismo valorativo da época precedente, rechaçando o pensamento logicista e abstrato com o argumento de que o conceito de ação do Direito Penal deve ser um

---

<sup>175</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed., trad. de José Lamêgo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.151.

conceito ontológico<sup>176</sup>. Neste sentido, afirma que não é o homem quem determina o real, pois este se encontra com uma ordem objetiva que responde às estruturas lógico-objetivas prévias a toda regulação jurídica<sup>177</sup>. Isto se estende ao legislador, que fica, portanto vinculado e limitado por estas mesmas estruturas.

Vincular o legislador significa que ele não deve se afastar da realidade quando proceder ao processo de elaboração da norma, ou seja, no momento de valorar para criminalizar ou não a conduta humana.

Da concepção neokantiana, se afasta Welzel<sup>178</sup>, no âmbito da construção da teoria da ação final, salientando o autor com propriedade que é necessário observar que a ação finalista se constrói em duas fases: a primeira ocorre na esfera do pensamento, com a antecipação dos fins que o autor quer realizar, a seleção dos meios necessários para a sua consecução e consideração dos efeitos concomitantes à realização destes; em uma segunda fase, o autor concretiza os elementos necessários à consecução da ação no mundo real.

A estrutura da ação no método finalista resulta da contemplação da realidade fenomênica para análise de suas estruturas e a partir da valoração destes fenômenos, incorporá-los ou não ao Direito.

Para Maurach, “a teoria da ação se encontra anteposta à do tipo, servindo a configuração previa desta teoria; o tipo é, em todo caso, uma ação tipificada envolvida, pela imensa maioria, a um resultado típico.”<sup>179</sup>

Na compreensão de Claudio Brandão, “por meio da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o Direito Penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao estágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática”<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, p.37. ‘Welzel critica el normativismo del neokantismo valorativo de la época precedente, rechazando el pensamiento logicista y abstrato con el argumento de que el concepto de acción del Derecho penal debía ser un concepto ontológico’

<sup>177</sup> VALLEJO, Op. Cit, p.37.

<sup>178</sup> WELZEL, Op.cit, p.28.

<sup>179</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, p.185. “La teoría de la acción se encuentra antepuesta a la Del tipo, sirviendo a la configuración previa de esta teoría; el tipo es, em todo caso, una acción tipificada enlazada, por la inmensa mayoría, a um ‘resultado típico’.”

<sup>180</sup> BRANDÃO, Claudio. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 37 n. 148, out./dez. 2000, p.3, in [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/nil/Pdf/pdf\\_148/r148-05.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/nil/Pdf/pdf_148/r148-05.pdf), acesso em: 28 de outubro de 2009.

Por isto mesmo tem-se salientado a propriedade do pensamento welzeliano para restringir as possibilidades de incriminação do legislador.

Como disse Maria Auxiliadora Minahim<sup>181</sup>, os entes têm propriedades ou atributos que o caracterizam como tal. Um determinado objeto é conceituado como sendo tal a partir destas qualidades essenciais reconhecidas pelo sujeito cognoscente, assim, na ausência de uma delas, não se poderá concebê-lo como a mesma coisa.

É bem verdade que o homem convencionou sobre os atributos que devem estar presentes no ente a ser designado, ou seja, há razões mais ou menos uniformes pelas quais se incluem ou excluem certos objetos em uma classificação. Como destacam Guilbourg, Ghiliani e Guarioni<sup>182</sup>, este procedimento não é um mero capricho, mas resulta da constatação de certos requisitos. Assim, resolvendo-se de forma arbitrária, usar qualquer palavra para designar um objeto, deve-se, como afirmam os mesmos autores, dar conhecimento ao interlocutor para que a comunicação se faça possível. Assim, no que tange à ação humana, esta será a mesma, em sua essência para todos, independentemente que seja chamada de ação. Outros significados podem ser arbitrariamente atribuídos, é bem verdade, mas no campo do Direito Penal a perda de articulação com a realidade implica em excessivo poder para o estado incriminador.

Manifestação clara de arbitrariedade se encontra no fundamento jurídico para a punibilidade no Direito alemão nazista, que se encontra na violação ao 'são sentimento do povo alemão'. O que fora tal sentimento já é objeto de espanto na medida em que consiste em conceito indeterminado. Mais absurda ainda a compreensão do que seja violação, que podia consistir em ser negro, judeu ou cigano, conforme se viu supra, no capítulo II, item 2.3.

Welzel salientou que,

“se nós desejamos, porém, superar a corrupção do direito operada pelo totalitarismo, não podemos simplesmente retornar ao estado existente antes de sua aparição, mas devemos examinar a doutrina precedente, que em

---

<sup>181</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Bioética*. Notas de Aula. DOUTORADO. UFBA: 2º semestre, 2009.

<sup>182</sup> Cf. GUIBOLRG, A. Ricardo; GHIGLIANI, M, Alejandro; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires; EUDEBA, 1994, p.35-42.

parte nós mesmos tínhamos defendido, ou na qual crescemos, recercando os seus limites”<sup>183</sup>

Desta sorte, pode-se afirmar que a concepção finalista do delito não surge buscando desviar o foco do totalitarismo da concepção nazista de delito, com o qual Mezger teria colaborado na construção, conforme se viu no item 2.3 do capítulo 2, mas, sim, que nega as bases totalitárias do regime nacional-socialista.

Segundo Zaffaroni, “a origem do finalismo é abertamente aristotélica, mas nenhuma corrente filosófica vigente sustenta a separação entre vontade e finalidade da conduta, de modo que, embora a tradição remonte a Aristóteles, pode-se afirmar que hoje não corresponde a uma escola ou corrente filosófica determinada”.

Em que pese a afirmação de Zaffaroni, as referências históricas são claras a respeito do fato de que, a teoria finalista da ação surge em um contexto de superação das teorias filosóficas positivistas, tendo tido Welzel uma preocupação real de encontrar limites para o legislador, que seriam a ação e a culpabilidade<sup>184</sup>.

Esta compreensão é perfeitamente compatível com o pensamento egológico, em que o Direito é concebido enquanto manifestação livre em interferência intersubjetiva, compreendendo o direcionamento da conduta do agente e a sua finalidade como reitoras do processo de intersubjetividade.

Tal construção teórica de Welzel renega todo o sistema causal, mais notadamente, da teoria da ação causal, em que, não apenas se desconhece a função da vontade como reitora da ação, mas, também, concebe a ação como um mero processo causal desencadeador de uma modificação no mundo exterior, procura também superar a vagueza e isolamento do neokantismo.

A proposta metodológica adotada, portanto, é de cunho objetivista, fundada no ser já dotado de conteúdo valorativo (o valor é inerente ao ser). O conceito é determinado

---

<sup>183</sup> WELZEL, Hans. *La posizione dogmatica della dottrina finalista dell'azione*. *Rivista Italiana de Diritto Penale*. Milano : Guiffre, a. 4, n. 1 e 2, 1951, apud BRANDÃO, Claudio. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 37 n. 148, out./dez. 2000, p.3, in [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf\\_148/r148-05.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_148/r148-05.pdf).

<sup>184</sup> Cf. LOPES, Othon de Azevedo. *Os fundamentos filosóficos e metodológicos da Teoria finalista da ação*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Nº 44, São Paulo: RT, 2003, p.129

pelas estruturas lógico-objetivas ou lógico-concretas (imanescentes à realidade) do objeto cognoscível<sup>185</sup>.

Trata-se, segundo Chaves de Camargo, de uma necessidade de retorno à uma epistemologia objetivista, postulando duas ordens do real, a ordem do suceder e o ordem do pensar, sendo esta caracterizada no Direito Penal pelo caráter final da ação<sup>186</sup>.

Conforme Mir Puig:

"A passagem do subjetivismo ao objetivismo constitui o fundamento metódico da teoria do delito desenvolvida pelo finalismo. A substituição do relativismo valorativo pela afirmação de 'verdades eternas' e de 'estruturas lógico objetivas' é a chave de abóboda da filosofia jurídica de Welzel. Mas o abandono do subjetivismo gnosiológico neokantiano é, ao mesmo tempo, um primeiro pressuposto da filosofia ontologicista desse autor, pelo qual tal giro metodológico é, como costuma acontecer, um fator prévio que condiciona sua total construção."<sup>187</sup>

As estruturas lógico-objetivas pertencem ao mundo do ser (ôntico), do real, mas já contém em si uma dimensão de sentido, com a qual condicionam toda valoração que sobre elas possa recair<sup>188</sup>. Trata-se por isso, de objetividades lógicas representadas por certos dados ontológicos essenciais que exatamente em razão disto marcam limites ao legislador<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup>Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. v.1, Arts. 1º a 120, 5.ed., São Paulo: RT, 2005, p.109.

<sup>186</sup>Cf. CAMARGO, Antonio Luiz Chaves de. *Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. In <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp20art08.pdf>, p.05, acesso em 19.02.2010.

<sup>187</sup>MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Barcelona:Bosch, 1976, p.247-248. Tradução nossa, "El pasaje del subjetivismo al objetivismo constituye el fundamento metódico de la teoría del delito desarrollada por el finalismo. La sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de 'verdades eternas' y de 'estructuras lógico objetivas' es la llave de abóboda de la filosofía jurídica de Welzel. Pero lo abandono del subjetivismo gnosiológico neokantiano es, a la vez, un primero pressuposto de la filosofía ontologicista de ese autor, por el cual tal giro metodológico es, como acostumbra acontecer, un factor previo que condiciona su total construcción".

<sup>188</sup>Cf. PRADO, Op.cit., p.109.

<sup>189</sup>Cf. MONREAL, Eduardo Novoa. *Causalismo y finalismo en derecho penal*.Bogotá: Temis, 1982, p.75

Estruturas lógico-objetivas são, portanto, objetivas enquanto estruturas reais, do ser e lógicas porque se relacionam entre si, vinculando, repita-se mais uma vez, o legislador logicamente, que deverá atentar, desta forma, à natureza das coisas. Os finalistas compreendem como consequência, que o ordenamento jurídico deve se subordinar aos imperativos da conceituação final da conduta, representando os dados reais de consideração ontológica, devendo o conhecimento do comportamento humano ser tratado através de métodos com sentido finalístico<sup>190</sup>.

Desta forma, tanto o legislador quanto a ciência do Direito devem respeitar esta ciência pré-jurídica, sob o risco de desconsiderando-a, mais do que legislar um Direito ineficaz, como diz Vera Regina Pereira de Andrade<sup>191</sup>, deixar o Direito Penal ao arbítrio dos interesses do momento.

O método das estruturas lógico-objetivas não postula nenhuma separação absoluta entre realidade e valor, senão que indaga melhor acerca de quais são as relações possíveis, e, por isto, corretas que podem estabelecer-se entre ambas as esferas<sup>192</sup>. As categorias 'a priori' que constituem a base do sistema do delito não são subjetivas, são objetivas e condicionam o intérprete, pois, não é o método, nesta teoria, que condiciona o objeto e sim o objeto que determina o método<sup>193</sup>.

De forma exemplificativa, sustenta-se que a dignidade da pessoa é um valor, porém, o substrato da pessoa pertence à esfera ontológica e tem como componentes ônticos a capacidade de atuar de modo final, ou seja, de dirigir sua atividade de modo consciente a uma meta, comprometendo-se ético-socialmente<sup>194</sup>.

Desta sorte, fica consignado que a recorrência às estruturas lógico-objetivas como fundamento de ordem filosófica para a construção do Direito Penal não significa que se tenha de relegar o conteúdo valorativo a um segundo plano conceitual, ao

---

<sup>190</sup> TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: Uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.29.

<sup>191</sup> V. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese de Doutorado. Tomo I, Florianópolis, 1994, p.255, In <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Andrade-Dogm%E1ticaSPBSJP.pdf> acesso em 19.02.2010.

<sup>192</sup> MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p.50, "El método de las estructuras lógico-objetivas no postula ninguna separación absoluta entre realidad y valor, sino que más bien indaga acerca de cuáles son las relaciones posibles e, por ello, correctas que pueden establecerse entre ambas esferas".

<sup>193</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho pena: concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1976, p.250-253.

<sup>194</sup> Cf. MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, p.46-47.

contrário, na medida em que o valor é inerente ao ser, esta referência axiológica encontra-se permanentemente presente.

A estrutura final da ação humana e a capacidade de autodeterminação do ser humano revelam-se, portanto, enquanto estruturas lógico-objetivas, dotadas de valor.

A afirmação de que determinado fato se configura enquanto obra e realização de determinada pessoa temos através da estrutura lógico-objetiva da finalidade ínsita na conduta humana. Este é o elemento ontológico fundamental para a compreensão da estrutura do crime a partir da ação e elemento indispensável, posto que inevitável a conexão com a realidade que o Direito possui.

Esta conexão com a realidade é que torna impossível afastar a referência às estruturas lógico-objetivas. O elemento sobre o qual irão recair os juízos de valor é a conduta humana dotada de sentido, por ser finalista. Desta forma, a imputação de tipos penais ao ser humano, que é dotado de responsabilidade é, portanto, decorrente de uma unidade causal-final de sentido da conduta humana.

É perfeitamente claro que as estruturas lógico-objetivas são pertencentes ao mundo do ser e que condicionam o objeto de estudo do sujeito cognoscente, se invertendo aqui o procedimento metodológico adotado no neokantismo. Ocorre que, se as estruturas ônticas condicionam a perspectiva que o sujeito cognoscente deverá ter de seu objeto, não podendo descartá-las, tem-se de forma clara que se deverá observar também o conteúdo valorativo ínsito à cada estrutura. Assim, pode-se afirmar ser o método onto-axiológico o adequado ao tratamento da norma jurídico-penal. O neokantismo, ao rejeitar este procedimento, como se tem afirmado, ao longo deste trabalho, é subjetivista, isto é, ao negar que os valores provenham de um objeto, abre espaço para o relativismo gnoseológico<sup>195</sup>.

Do mesmo método, provém a possibilidade de afirmação de que ao ser humano, em razão de sua capacidade de autodeterminação, é que se pode imputar uma conduta

---

<sup>195</sup> Cf. CAMARGO, Antonio Luiz Chaves de. *Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. In <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp20art08.pdf>, p.05.

jurídico-penalmente relevante, posto que, somente através desta capacidade é que ele poderá realizar uma conduta final, conduzindo o processo causal a produção de um resultado.

Welzel salientou que:

“todas as normas morais e jurídicas só podem referir-se a atos, os quais são algo distintos 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 de ter sentido, só podem ser valorações de uma ação..”<sup>196</sup>

Othon de Azevedo compreende que “o homem é um ser aberto para o mundo e inespecializado, o que o obriga continuamente a fazer escolhas para a manutenção de sua existência”<sup>197</sup>, o que torna lógica, por conseguinte, a afirmação de que o homem enquanto ser responsável é capaz de dirigir sua conduta, se constatando aqui ser essa uma estrutura imanente ao ser, conseqüentemente, de natureza ontológica.

Dentro, portanto, desta compreensão é que se ressalta a importância do conceito de conduta de base onto-axiológica, visto que, “a primeira estrutura lógico-objetiva apontada por Welzel, é o conceito ontológico de ação humana como atividade dirigida a um fim.”<sup>198</sup>.

A teoria da conduta na perspectiva causalista conceitua a ação como sendo a realização de um movimento voluntário que produz uma alteração no mundo exterior; enquanto, no âmbito do finalismo, o conceito de conduta é vinculado à direção, ou seja, enfatiza a capacidade do ser humano de dar a sua conduta o rumo desejado.

Nesta linha de entendimento, Hans Welzel, salientou que, “o caráter final de ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro

---

<sup>196</sup> WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe Gonzalez Vicén da 4. ed. Alemã. 2. Ed. Madrid: Aguilar, 1971, p.257, “todas las normas morales y jurídicas solo pueden referirse a actos, los cuales son algo distinto de meros procesos naturales causales, distinguiéndose, 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..”

<sup>197</sup> LOPES, Othon de Azevedo. *Os fundamentos filosóficos e metodológicos da Teoria finalista da ação*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 44, São Paulo: RT, 2003, p.143.

<sup>198</sup> MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, p.110.

de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta e designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução de fins<sup>199</sup>.

A finalidade, portanto, funda-se na capacidade da vontade de prever, dentro de limites, as conseqüências de sua intervenção no plano da realização do resultado, sendo, a espinha dorsal da ação finalista, a vontade consciente do fim<sup>200</sup>.

Jesus Maria Silva Sanchez entende, na linha deste trabalho que, ao adotar o método fenomenológico, estar-se-ia diante de um importante limite externo, que vincularia rigidamente o âmbito de construção da teoria do delito<sup>201</sup>, e este limite externo é fundamental, pois somente reconhecendo-o é que se pode aduzir que as estruturas lógico-objetivas que integram a conduta se revelam como fundamentais ao sistema penal garantista.

O conceito final de ação de Welzel teve outras conseqüências para a teoria final da ação, tal qual a tipicidade como indício da antijuridicidade e o deslocamento do dolo da culpabilidade para o tipo, conferindo maior exatidão no tratamento dogmático do crime.

### **5.3. A estrutura da ação finalista**

Esclarecida a relação entre os pressupostos filosóficos do finalismo e o Direito Penal, e pontuando-se ser a conduta finalista uma estrutura lógico-objetiva, cumpre descrever o conteúdo desta ação finalista, no que ela se constitui e em seus fundamentos.

A ação finalista pressupõe consoante seu próprio nome, um direcionamento finalístico da conduta, ou seja, toda conduta é final, toda ação humana pressupõe um fim, a finalidade é o que move o agir humano, seja o seu atuar, propriamente dito, ou a inércia, o não atuar.

---

<sup>199</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. pref. e notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p.27.

<sup>200</sup> Cf. WELZEL, Op.cit, p.28.

<sup>201</sup> Cf. SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción*. Anuário de Derecho penal y ciências penales, Tomo 44, fascículo 1, 1991.

Segundo Hirsch, o conceito de finalidade provém de Nicolai Hartmann, não de Welzel, tendo sido por este absorvido, consistindo o atuar, portanto, em uma disposição de fatores causais dirigidos a um fim<sup>202</sup>.

No âmbito da construção da teoria da ação final, salienta com propriedade Hans Welzel, que é necessário observar que a ação finalista se realiza em duas fases, sendo a primeira ocorrente na esfera do pensamento, com a antecipação dos fins que o autor quer realizar, a seleção dos meios necessários para a consecução destes fins e a consideração dos efeitos concomitantes à realização destes fins e, em uma segunda fase, o autor realiza os elementos necessários à consecução da ação no mundo real<sup>203</sup>.

Conforme Luis Luisi, “a ação humana é compreendida por Hans Welzel e seus discípulos como uma realidade ordenada, e com um contexto ôntico definido que a configura”<sup>204</sup>

Claro, é necessário que se afirme que as ações de que se trata não são necessariamente ações puníveis para o Direito Penal, e sim ações humanas, que podem ou não ser selecionadas para criminalização.

Esta estrutura geral que se aponta é a estrutura da ação humana, enquanto lógico-objetiva, dotada da finalidade e que, de acordo com os critérios de seleção de criminalização de condutas, levando em consideração os valores objeto de tutela do ordenamento jurídico, é que se pode apontar como tipicamente relevantes.

Por isto mesmo, conforme Ernst Joaquim Lampe, “que o injusto e a estrutura ontológica que possui, é algo dado previamente a toda valoração, incluída a penal”<sup>205</sup>, a tarefa do legislador será ai de valorar as necessidades do sistema, incluindo ou não na esfera da punibilidade determinadas condutas e respeitando estas estruturas ontológicas.

---

<sup>202</sup> HIRSCH, *La polemica em torno de La accion y de La teoria Del injusto em La ciência penal alemana.*, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1993, p.39.

<sup>203</sup> WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, p.28.

<sup>204</sup> LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997, p.39.

<sup>205</sup> LAMPE, Ernst Joaquin. *Sobre a estrutura ontológica Del injusto punible*. Revista de Estudos Criminais, Direção: Aury Lopes Junior, Alexandre Wunderlich, Gabriel José Gauer, Ruth Maria Gauer, Salo de Carvalho, Ano IV, nº 16, Porto Alegre, Notadez, 2004, p.32, “que ‘es’ el injusto y que estructura ontológica posse, e algo dado previamente a toda valoración, incluída la penal,”

Isto significa que a vontade da ação dirigida a realização de ações típicas representa o dolo do tipo, sendo que, portanto, todo dolo do tipo é uma vontade finalista, entretanto, nem toda finalidade é um dolo do tipo, pois, as ações típicas representam apenas um pequeno setor das ações que se realizam<sup>206</sup>.

As ações humanas, portanto, sendo como são, repelem, conforme salientou o próprio Welzel, os mal entendidos referidos por H. Mayer e Engisch, em 1944, no livro, "*Homenaje a Kohlraush*" nos comentários às primeiras edições do Compêndio da parte geral de Hans Welzel, tendo como fundamento a idéia de que existiam situações supostamente finalistas em que o autor não estaria a praticar nenhuma ação. Citam como o exemplo o caso da enfermeira que injeta um calmante no paciente que um médico lhe entregara sem que esta soubesse que ali existia um veneno<sup>207</sup>.

Welzel responde, adequadamente, à crítica perpetrada contra suas formulações, aduzindo que a enfermeira não realiza uma ação de matar, porém, sim, uma ação finalista de injetar<sup>208</sup>, o que explicaria a conduta da enfermeira que poderia até se constituir em uma violação de um cuidado objetivo e realizador de uma conduta culposa, mas, nunca, em uma conduta dolosa de matar.

A enfermeira, nesta hipótese, não poderia estar a realizar uma ação típica de matar, pois desconhecia que o elemento utilizado tem capacidade para causar o evento morte, conseqüentemente, não está inserida, no campo de sua vontade e de seu conhecimento, esta perspectiva, sendo a sua ação finalista apenas quanto à ação de injetar o medicamento.

Neste sentido, se tem claro que "a finalidade é o conceito mais geral, fundamental. Designa a qualidade de uma ação, de ser um acontecimento dirigido. É um acontecimento pré-jurídico, enquanto que o dolo é um conceito jurídico, referido ao

---

<sup>206</sup> WELZEL, Hans. *Estúdios Del filosofía Del derecho e derecho penal*, p.21. "También la voluntad de la acción dirigida a La realización de una acción típica, es decir, el dolo Del tipo, tiene que ser el factor que dirija la acción. Esto significa que si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo.(...)las acciones típicas representan sólo un sector pequenísimo de las acciones que se realizan".

<sup>207</sup> Cf. WELZEL, Op. Cit, p.21.

<sup>208</sup> Cf. WELZEL, Op.cit, p.22.

tipo objetivo, que indica que a direção da ação se orienta a realização do tipo”<sup>209</sup>. A finalidade, portanto, é o conceito mais fundamental em relação à estrutura da ação, a sua condição de estrutura lógico-objetiva, denotando a conduta em sua singularidade humana.

Sem dúvida, a concepção de Welzel sobre a natureza pré-jurídica da finalidade corresponde a afirmação de ser a conduta final um dado ontológico prévio e que, por consequência, o dolo é um elemento subjetivo do tipo, se configurando a conduta, em um elemento externo, conforme se tem destacado, capaz de limitar a capacidade criminalizadora estatal.

### **5.3.1. A problemática dos crimes culposos e a reafirmação da fundamentação finalista aos crimes culposos em contraposição à proposta funcionalista**

A doutrina da ação finalista, como qualquer outra, não teve apenas seguidores ou adeptos, mas despertou a atenção crítica de muitos às suas propostas e construções<sup>210</sup>, destacando-se aquela relativa à teoria dos crimes culposos. Isto ocorreu diante da dificuldade que os opositores viram de compatibilizar a finalidade com a culpa, uma vez, nas ações culposas, não se tem como objetivo a prática de um injusto penal. A finalidade nestes casos, como diz Cerezo Mir, é juridicamente irrelevante<sup>211</sup>.

Welzel, em um primeiro momento, admitia que para o conceito de culpa, o que mais se demonstrava fundamental era o resultado causado, compartilhando desta compreensão também Mezger, admitindo ambos a relevância do resultado proibido pela norma, ainda que de modo cego-causal<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> WELZEL, *Estúdios Del filosofía Del derecho e derecho penal*, p.24. “La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa La cualidad de una acción de ser um acontecimiento dirigido. es um concepto prejuridico, mientras que el dolo es um concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que La dirección de La acción se orienta a La realización del tipo.”

<sup>210</sup> Dentre estes, na Alemanha, os principais, Claus Roxin e Günther Jakobs, na Espanha, Manuel Cancio Meliá, no Brasil, Fabio Roberto D’ávila, Paulo Queiroz entre outros.

<sup>211</sup> Cf. MIR, José Cerezo. *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*. Problemas Fundamentales Del derecho penal. Madrid: Tecnos, 1982, p.19.

<sup>212</sup> Cf. WELZEL, *Estúdios del filosofía del derecho e derecho penal*, p.26.

A partir de 1954, entretanto, o criador do finalismo se reposicionou, entendendo que a importância do resultado causado não possui por si só, e sim que a forma de execução da ação é que importava para o juízo de antijuridicidade<sup>213</sup>.

Para ilustrar esta situação, Welzel exemplifica da seguinte forma:

“Os carros A e B se chocam em uma curva sem visibilidade, caindo lesionados os dois condutores, A e B. A ação de cada um deles haveria causado a lesão do outro. Sem embargo, com isto não se tem determinada a antijuridicidade de suas condutas. Pois para que hajam atuado um e outro antijuridicamente dependem de como foram suas ações: para A se tratava de uma curva para a direita. Para entrar na curva havia se mantido na parte direita da estrada. Para B se tratava de uma curva à esquerda, que cortou entrando na banda de A. A ação de A era – apesar da lesão de B – correta, cuidadosa, conforme o direito; a de B, ao contrário, incorreta, imprudente, antijurídica. Não há dúvida de que a consideração da forma de execução da ação e não a mera comprovação da produção do resultado é que proporciona o fundamento objetivo para o juízo de antijuridicidade”<sup>214</sup>.

A construção de Welzel dos delitos culposos, demonstrada através deste exemplo, caracteriza de forma clara que tal forma de realização de crimes é centrada no desvalor da ação; este seria seu fundamento, pois, ao atuar de forma imprudente, sem o devido cuidado objetivo, da causa a um resultado.

Welzel, contudo, aponta em relação às críticas contra suas formulações, mais notadamente de Schoder e Kaufmann, que “o elemento juridicamente relevante do fato culposo – a inobservância de cuidado objetivamente devido no desenvolvimento da ação não pode ser inserido no modelo de ação da doutrina da ação finalista”<sup>215</sup>.

Em resposta a este questionamento, Welzel salientou que o fim antecipado da ação era indiferente ao fato culposo e que o fundamento objetivo de que se faz referência

---

<sup>212</sup> Cf. WELZEL, Op.cit, p.22.

<sup>213</sup> Cf. WELZEL, Op. Cit, p.22.

<sup>214</sup> WELZEL, *Estudios de filosofía Del derecho y derecho penal*. p.27, tradução nossa. “los coches A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores, A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aun la antijuridicidade de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijuridicamente depende de como fueron sus acciones: para A se trataba de una curva para la derecha. Para entrar en la curva había si mantenido en la parte derecha de la carretera. Para B se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. La acción de A era – a pesar de la lesión de B – correcta, cuidadosa, conforme a derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado la que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de la antijuridicidade.”

<sup>215</sup> Welzel, Op. Cit, p.28. “el elemento juridicamente relevante del hecho culposo – la inobservância de cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción no puede ser insertado en el modelo de acción de la doctrina de la acción finalista”.

ao juízo de antijuridicidade do delito culposo pode ser compreendido como modelo de referência da ação finalista<sup>216</sup>.

Em verdade, não se pode extrair de Welzel a concepção de que a teoria da ação final explica o comportamento do autor de um fato culposo como se este fosse direcionado à produção daquele resultado, e sim que, a ação culposa, revelada pelo descumprimento de um dever objetivo de cuidado, caracteriza uma ação finalista em sua perspectiva ontológica.

Como bem destaca Claudio Brandão, a finalidade do agente no crime culposo não é contrária à lei, mas, ainda assim, é vontade finalista, ou seja, voltada para a consecução de um objetivo. Ocorre, todavia, que os meios escolhidos pelo agente para a realização de sua vontade, são inadequados em razão de sua compatibilidade com a prudência exigida<sup>217</sup>.

A finalidade é ínsita à ação e sua reprovação se manifesta pelo entendimento valorativo de que o bem jurídico posto sob tutela foi lesionado e o Direito Penal precisa intervir. A isto se acresce que, ocorreu uma violação de um dever objetivo de cuidado que o Direito reprova o que não invalida, como se viu, a consideração de que a ação é finalista em face de seu substrato ontológico, pois a finalidade integra a estrutura lógico-objetiva da conduta.

Segundo Juarez Tavares, os crimes culposos, para Welzel, podem ser explicados pelo finalismo, estabelecendo as diferenças entre delitos dolosos e culposos segundo o juízo de valor incidente sobre a conduta típica, pois, no doloso, este recairia sobre o resultado, enquanto no crime culposo sobre a própria ação conforme sua execução<sup>218</sup>.

Neste sentido é que se pode afirmar que, para o finalismo, a conduta culposa se revela no fato de que, o efetivamente realizado não corresponde à vontade do autor da ação, observando-se um desvio no processo causal<sup>219</sup>. O autor vincula-se, no caso dos crimes culposos, não à ação finalista por ele pretendida e que sofreu um

---

<sup>216</sup> Cf. Welzel, Op.cit, p.28.

<sup>217</sup> BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.127.

<sup>218</sup> TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*, p.31.

<sup>219</sup> TAVARES, Op.cit, p.31.

desvio em seu curso causal, mas, sim, ao descuido na condução desta ação finalista, por isto que não se há de negar a estrutura ontológica da ação culposa.

Em verdade, os delitos culposos para Welzel pressupõem a criação de modelos de condutas adequadas, que sigam deveres objetivos de cuidado estabelecidos em sociedade, que se forem infringidos, levam a imputação penal culposa, pois se pune pelo descuido, pela infração a esses padrões socialmente definidos.

Juarez Tavares justifica que uma das preocupações básicas do finalismo era situar o crime culposos a partir da consideração de que toda conduta era ontologicamente dirigida por uma finalidade, tanto os crimes dolosos, como culposos<sup>220</sup>.

Esta preocupação era adequada, uma vez que o sistema se estruturou a partir da compreensão da conduta como um dado ontológico prévio em face da sua finalidade. Ora, se assim se construiu o sistema, não era possível entender que as condutas culposas não se ajustassem a tal compreensão. Daí a importância de evidenciar que toda a ação humana, mesmo a culposa, se insere no conceito welzeliano, ou seja, é finalista, excluindo-se as hipóteses de caso fortuito e ato reflexo, por exemplo.

Neste sentido, surge a afirmação de Welzel de que haveria um crime culposos quando uma ação empreendida pelo autor tenha divergência da que deveria ter sido realizada segundo o ordenamento jurídico, por forma não dolosa, através da violação ao cuidado objetivo, ao infringir a seleção dos meios adequados à sua execução<sup>221</sup>.

Ocorre que, o entendimento de Welzel, segundo Tavares, era de que este cuidado teria como pressuposto uma plena compreensão por parte do agente dos deveres da ação e da capacidade para dirigir sua conduta conforme aquela<sup>222</sup>.

Desta forma, são construídos os tipos culposos, levando-se em consideração o dever de cuidado, de forma objetiva, ou seja, baseado em constantes sociais que o direito protege vedando sua violação de forma expressa.

---

<sup>220</sup> Cf. TAVARES, *Direito Penal da negligência*, p.31.

<sup>221</sup> Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista trad.*, apes. e notas de Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p.76-78.

<sup>222</sup> TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p.33.

Zaffaroni salienta que:

“o tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque na forma em que se obtém essa finalidade viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”<sup>223</sup>.

Juarez Tavares entende que a maior colaboração da teoria finalista em relação aos delitos culposos reside na metodologia empregada, deslocando o estudo do conceito do espaço que circunda a culpabilidade para situá-lo dentro no tipo, e assim a negligência passa a ser situada no plano normativo, sem descurar-se dos elementos psicológicos e da capacidade subjetivo-pessoal do autor<sup>224</sup>.

Afirmando, entretanto, que as críticas a teoria finalista da ação nestas formas de crime não procedem, Cerezo Mir<sup>225</sup> afirma que o que se compara é a direção da ação finalista realizada com a direção exigida pelo direito.

Conforme Hassemer pode-se afirmar que contra o finalismo não frutificou nenhuma erva dogmática, restando aos seus opositores as críticas metodológicas, infrutíferas, entretanto, para abalar os seus alicerces<sup>226</sup>.

#### **5.4. O conceito finalista de conduta e suas possibilidades garantistas. Crítica necessária**

Segundo Juarez Tavares, nem mesmo a superação do conceito Welzeliano de ação, impregnada de valor, conduz a resultados mais eficazes para um Direito Penal de garantia, por implicar uma subjetivação do injusto, com a conseqüência incompreensível de tratar os delitos culposos como se fossem delitos dolosos não tipificados<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1997, p.508.

<sup>224</sup> Cf. TAVARES, Juarez, *Direito Penal da negligência*, p.63.

<sup>225</sup> MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: Parte General*. Obras completas. Pref. Luis Regis Prado. São Paulo: RT, Ara Editores, 2007, p.398.

<sup>226</sup> HASSEMER, Winfried. *Três temas penais*. Porto Alegre e São Paulo: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 23 e segs.

<sup>227</sup> TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p.67.

Juarez Tavares aponta que para satisfazer as contradições do próprio sistema, os finalistas chegam a propor um conceito de ação que se ajuste aos princípios Constitucionais<sup>228</sup>, ou que possua um determinado sentido, em função de seu conteúdo axiológico<sup>229</sup>, mas, que, na sua compreensão, não conseguem com isto resolver as incoerências do sistema.

Estas contradições existiriam porque se normatizaria o conceito de ação, dependente de conceitos constitucionais, ou também pela vinculação de natureza estritamente axiológica. As críticas do autor apontam para caminhos precisos, pois a referência ao caráter axiológico existe, assim como a constitucionalização do conceito, mas peca por não atacar seu fundamento que é o substrato ontológico, que permanece como referência.

Não é possível negar a adoção de elementos que Welzel não comportava em sua construção teórica, como a clara referência à condição do valor integrar a conduta, em face de uma concepção culturalista do Direito, como a referência à escala de valores que deve ser respeitada no processo de criminalização, que tem por fundamento a ordem constitucional.

Isto não significa descartar a condição de estrutura lógico-objetiva da ação, pois esta não pode ser descartada, ela existe, não pode ser desconsiderada pelo Direito. O que se deve observar é que, a sua referência torna possível a criação de um limite externo ao Direito, diminuindo-se, com isto, a dependência de limites internos para contenção do poder de punir do Estado.

É preciso agregar novos elementos ao conceito de ação, entender que o princípio da legalidade e os valores constitucionais precisam integrar a construção do conceito e que as estruturas lógico-objetivas, o caráter ôntico da ação não pode ser descartado sob pena de se perder a referência mais concreta a realidade que possui o Direito Penal e cair-se na normatização completa do sistema penal.

---

<sup>228</sup> V. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1997; GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 12. Coord. Luis Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2005.

<sup>229</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, Arts. 1º a 120, v.1, 7.ed, rev. atual, e ampl.* São Paulo: RT, 2007.

## **CAPÍTULO VI – CONCEITO DE AÇÃO PÓS-FINALISMO; TENTATIVAS INFRUTÍFERAS.**

### **6.1. Breve passagem pela Relação Direito e Linguagem e a crítica da teoria da ação significativa ao finalismo.**

Algumas tentativas de ajuste do conceito de ação às garantias reclamadas pelo estado de direito ocorreram no pano da linguagem. Nesse âmbito, destacam-se as contribuições da teoria da ação significativa.

O conhecimento científico, de acordo com seus diversos matrizes teóricos, tem manifestado um menor ou maior interesse pelo aprofundamento dos estudos da linguagem e de sua inter-relação com a construção do próprio saber científico. O Direito, através da semiótica, tem, no século XX, desenvolvido uma teoria da linguagem específica, buscando definir um método hermenêutico específico, de caráter lingüístico e que teria por função interagir com o processo de interpretação e de decisão do fenômeno jurídico.

Os trabalhos de semiótica e de estudo da linguagem ganharam notabilidade com as discussões ocorridas no círculo de Viena, através da corrente do positivismo lógico ou mediante as construções teóricas da filosofia analítica do Grupo de Oxford. Afirma-se que foi através de trabalhos de lógicos e filósofos como Charles Sanders

Pierce, Bertrand Russell e Wittgenstein que a semiótica surgiu<sup>230</sup>, e é através da semiótica que se estuda as coisas ou as propriedades das coisas em função de seus signos<sup>231</sup>. Isto significa que, pelo fato de todas as ciências fazerem uso de signos, a semiótica é um instrumento delas para realizarem o seu próprio saber e permitirem, assim, um aperfeiçoamento da linguagem da ciência.

O que seria, então, se possível for definir, sem pretensão de esgotamento, a semiótica? A semiótica seria uma teoria que estuda a inter-relação entre os signos, uma teoria geral dos signos, que busca identificar seus significados e estabelecer processo comunicacionais de relação entre os signos, que, conforme disse Willis Santiago, “em termos bem simples, é algo que significa alguma coisa, para alguém”<sup>232</sup>.

Conforme salientou Luis Roberto Warat<sup>233</sup>, a linguagem se constitui em um sistema de múltiplos signos articulados, em que a significação depende não apenas de uma relação interna do próprio signo e sim da relação de um signo com outro. Esta afirmação leva a compreensão de que, se a quiser estabelecer uma relação coerente entre os signos, é necessário entender a relação sistêmica existente entre eles e que a própria língua já se constitui em um sistema em si, sendo, portanto, o desenvolvimento do sistema lingüístico, fundamental no âmbito da ciência jurídica à Teoria Geral do Direito.

Em linha de construção de uma teoria lingüística suficiente à ciência, enquanto instrumento de conhecimento se destacaram no séc. XX as construções do positivismo lógico, que, salientavam que “a produção de um discurso científico requer uma análise preliminar em termos de linguagem”<sup>234</sup>.

O positivismo lógico entendia que, na construção da linguagem ideal, dever-se-ia recorrer à verdade – possibilidade de referência aos fatos - enquanto critério de sentido. Para eles, todo enunciado, somente será significativo e verdadeiro se for empiricamente demonstrável, sob pena de se tornar um enunciado sem sentido.

---

<sup>230</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.103.

<sup>231</sup> GUERRA FILHO, Op. Cit, p.103.

<sup>232</sup> GUERRA FILHO, Op. Cit, p.103.

<sup>233</sup> WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Colab. Leonel Severo Rocha. 2ª versão. 2. ed.aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p.25.

<sup>234</sup> WARAT, *O Direito e sua Linguagem*, p.37.

Utilizando situações exemplificativas, para demonstrar o critério de verdade utilizado pelos positivistas lógicos, tem-se a seguinte situação: “Um homem mata outro na orla de Salvador”. Esta é uma situação empiricamente demonstrável, fato que existe, de forma incontestável, é um enunciado, portanto, que pode ser qualificado como verdadeiro. Já outra situação, em que: “Um homem matou hoje uma pessoa lá no planeta Marte”, é uma situação falsa semanticamente falando, pois não pode ser demonstrada efetivamente, é irreal.

O critério de validade, portanto, dos enunciados lingüísticos para os positivistas lógicos, deve necessariamente recorrer ao conceito de verdade enquanto referência ao real, àquilo que é existente.

O positivismo lógico instituiu uma tipologia da linguagem, estabelecendo que seus tipos seriam os seguintes: naturais ou ordinários ou técnicas e formais.

As linguagens naturais são linguagens do cotidiano, vinculadas a esfera do senso comum, segundo Warat:

“a linguagem natural pode ser caracterizada como um processo de enunciação efetuado na comunicação humana, através de componentes sógnicos que apresentam imprecisões significativas, multiplicidade de regras de formação e carência, na maioria dos casos, de uma transmissão economicamente organizada, onde a produção de seus sentidos possui um alto grau de dependência do contexto comunicacional que os produz”<sup>235</sup>.

Desta forma, pode-se dizer que, a linguagem natural é o primeiro filtro de linguagem com que se deparam os indivíduos dentro de um processo de comunicação na esfera jurídica. Somente se pode falar de uma linguagem técnica após perpassar pela linguagem natural, representativa dos sujeitos individuais e coletivos no âmbito social e reflexo das estruturas sociais, em um dado momento histórico.

A linguagem técnica é utilizada:

“na construção de linguagens especializadas, que requerem precisão lógica, economia expressa e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposições, são, ainda, linguagens nas quais o sistema de evocações ideológicas e cargas emotivas fica excluído”<sup>236</sup>.

Em verdade, esta se revela em um tipo de linguagem, consoante a classificação do positivismo lógico, que retira de seu contexto toda e qualquer referência a elementos

---

<sup>235</sup> WARAT, *O Direito e sua Linguagem*, p.52.

<sup>236</sup> WARAT, *Op. Cit.*, p.52.

ideológicos, a componentes políticos e a aspectos da linguagem natural que redundem em incertezas para a compreensão da linguagem técnica.

Enquanto uma linguagem especializada, as linguagens técnicas levam os seus filósofos, segundo Warat, a pretender uma construção de uma linguagem exclusivamente controlada por leis sintáticas que operem com precisão e univocidade<sup>237</sup>, podendo-se afirmar como exemplo de linguagem técnica a linguagem jurídica. Lênio Streck afirma, de forma precisa, que a linguagem jurídica é um subproduto da linguagem natural e que a linguagem natural é âmbito plurisotópico referencial no processo de produção da linguagem jurídica<sup>238</sup>.

Essa é uma afirmação adequada, na medida em que não se poderia falar de uma linguagem técnica que não tivesse como referência inicial a linguagem natural. Conforme especifica Lênio Streck<sup>239</sup>, a linguagem jurídica termina por instaurar um espaço semiótico próprio, conformando um universo jurídico singular e buscando sempre estabelecer uma relação vinculante com a própria linguagem natural da forma que foi salientado anteriormente.

No mesmo sentido define Luis Alberto Warat, a relação entre a linguagem natural e a linguagem jurídica ou legal:

“a linguagem da teoria jurídica tradicional é vista por seus produtores como uma linguagem técnica que, sem formalizações concretas, fala de uma linguagem(ideologicamente) vista como formal:a linguagem da lê. Contudo, a linguagem da teoria jurídica é também outra variedade da linguagem natural.”<sup>240</sup>

Sem dúvida, a linguagem jurídica é uma linguagem técnica, que, se reveste de elementos da linguagem natural, não podendo, desta forma, ser qualificada como uma linguagem fechada.

Ademais, a linguagem técnica não pode expurgar por completo os elementos ideológicos ou culturais da linguagem natural de sua construção lingüística, na medida em que se revela a necessidade de construção de um arcabouço lingüístico crítico para o direito, revelador de uma interação com a realidade. Nesse sentido,

---

<sup>237</sup> Cf. WARAT, *O Direito e sua Linguagem*, p.53.

<sup>238</sup> Cf. STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.180.

<sup>239</sup> STRECK, Op. Cit, p.181.

<sup>240</sup> WARAT, *O Direito e sua Linguagem*, p.54.

Tércio Sampaio alertou para a chamada pluridimensionalidade do objeto que se denomina direito, permitindo diversos ângulos de abordagem, ora separados, ora ligados por nexos meramente sintáticos ou integrados em formas sintéticas<sup>241</sup>, e possibilitando ao direito uma abordagem que o vincule a interagir com a linguagem natural.

Nesta perspectiva de interrelação com o fenômeno da linguagem surge o conceito de ação significativa para o Direito Penal, em um processo de alteração de perspectiva metodológica clara, pois o fundamento filosófico passa a ser outro, derivado da filosofia da linguagem.

Juarez Tavares aduz que a metodologia centrada em um projeto ontológico como fundamento da elaboração da ação humana fracassa porque considera a finalidade de forma meramente abstrata, fixada a conduta a seu substrato ôntico<sup>242</sup>. Tavares trabalha com o conceito de ação comunicativa de Habermas, que, em verdade, é o substrato do conceito de ação significativa no Direito Penal, defendida por Vives Anton, razão pela qual pode-se afirmar que ambas podem ser tratadas na mesma perspectiva metodológica.

Os fundamentos de um conceito significativo de ação se encontram na idéia de percepção da ação como algo que transmite um significado<sup>243</sup>. Neste sentido, a ação perde sua direção de investigação da finalidade que lhe é inerente para voltar suas atenções para o que denominaram de significado social da ação, posto que, este ser o reflexo que a linguagem concederia à conduta.

A comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas, da interrelação entre eles se destacando como um sentido nesse processo, não podendo ser traduzido em uma realidade, nem qualificado como algo que é, que seja real<sup>244</sup>.

Para Juarez Tavares, “a prática social implica, por conseguinte, um processo de comunicação humana, sem o qual não se pode falar de uma atividade dotada de

---

<sup>241</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.3.

<sup>242</sup> Cf. TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p.205.

<sup>243</sup> BUSATO, Paulo Cezar. *Direito Penal e ação significativa*, p.155.

<sup>244</sup> Cf. BUSATO, *Direito Penal e ação significativa*, p.157.

sentido”<sup>245</sup> A prática social demanda que toda a ação se insira em um processo de comunicação, com a transmissão de informações de umas pessoas para outras, constituindo elementos relevantes para seu agir<sup>246</sup>.

A concepção de ação significativa compreende que as ações nem sempre têm a capacidade de identificar a finalidade em seu contexto, e utilizam como exemplo a diferença entre a tentativa e o delito culposo<sup>247</sup>.

Também se entende que as construções valorativas não são fundamentais para a definição das modalidades de ação, apontando com estas críticas para o que denominam incongruência entre a intenção e o objetivamente realizado<sup>248</sup>.

Ocorre que, quando esta teoria aponta que a ação é uma expressão que se manifesta através dos vetores sociais, como resultado de um processo de comunicação, identifica apenas o aspecto externo da ação, não conseguindo desnaturar os aspectos subjetivos, internos da conduta e o direcionamento da conduta, a sua finalidade em si.

O pensamento que fundamenta o conceito de ação significativa entende que apesar da ação ter em seu componente um fim, este fim não é a ação em si mesma, pois este não poderia representá-la. Outro ponto essencial para esta corrente é que, em que pese a vinculação a valorações normativo jurídicas da ação, estas não poderiam se confundir com elas<sup>249</sup>.

Para Juarez Tavares a ação somente pode ser considerada quando se insira em uma prática social, vinculando-se, portanto, a um objeto de referência dentro de um processo de comunicação, integrando-se assim atividade e objetos de referência concretos, como por exemplo, a ação de dirigir um automóvel e as regras de trânsito<sup>250</sup>.

Vives Anton compreende que as ações são interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais podem ser dadas ao comportamento humano. A ação não se

---

<sup>245</sup> TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p.209.

<sup>246</sup> TAVARES, *Op.cit*, p.209.

<sup>247</sup> Cf. BUSATO, *Op.cit*, p.160.

<sup>248</sup> Cf. BUSATO, *Op.cit*, p.160.

<sup>249</sup> Cf. BUSATO, *Direito Penal e ação significativa*, p.159.

<sup>250</sup> Cf. TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p.211.

constitui em um substrato capaz de receber um sentido que, conforme um sistema de normas pode-se atribuir a certas condutas. Opera desta forma um giro metodológico, passando ela a ser um sentido de um substrato e não o inverso do finalismo<sup>251</sup>.

A teoria da ação significativa, portanto, faz depender o conceito de ação de uma relação do sujeito com o meio expressada através da linguagem. Busca desvinculá-la de significados que a mantenham ligada a uma base ontológica e que importa na consideração do elemento lógico-objetivo. Esse pensamento expressa contundente contradição, pois, não há como se pensar em uma relação com o meio sem admitir-se a referência ao real, no sentido da referência às estruturas lógico-objetivas.

Sem dúvida, a teoria da ação significativa busca ter matriz humanista, se desvinculando de tentativas de funcionalizar o indivíduo, ou de se aproximar de contextos imutáveis representados pela estrutura ontológica da ação segundo seus fundamentos, mas, a finalidade almejada na construção deste sistema não consegue se contrapor a um conceito de bases onto-axiológicas, culturalista.

A afirmação de que a linguagem escolhida é produto da comunicação social serve para mostrar um compromisso com a realidade política e social. Tem uma finalidade louvável, mas, possui um vazio que consiste na ausência de compreensão que a linguagem, manipulada sem os limites proporcionados por uma referência onto-axiológica pode facilitar usos totalitários.

Tal utilização arbitrária da linguagem significa a possibilidade de seu emprego para manipular conceitos que são próprios de um Estado Democrático de Direito, para sustentar contextos ou procurar validar governos totalitários e que não se guiem pelo respeito á dignidade e ao pluralismo.

O conceito de ação significativa também se revela como um conceito estruturado em cima da concepção de que os fins de política criminal é que devem guiar a construção das soluções jurídicas mais adequadas a um Estado Democrático de

---

<sup>251</sup> Cf. VIVES ANTON, *Fundamentos del sistema penal*, p.205 e seg.

Direito<sup>252</sup>, posto que, compreendem que o Direito Penal da atualidade é fruto da construção do Estado burguês, no período do liberalismo econômico.

A necessidade de criação de novos tipos penais para a proteção de bens jurídicos supra-individuais tem demanda que o Estado contemporâneo amplie, significativamente, a criminalização de novas condutas. Para os pensadores da ação significativa, são necessários novos instrumentos para por um limite a essa atividade incriminadora, não sendo suficientes aqueles da dogmática tradicional, devendo-se repensar o conceito de ação a partir da filosofia da linguagem, isto é, a ação deve ser definida a partir do contexto social.

Essa possibilidade de rompimento com uma tradição surgida com o Estado liberal-burguês e adoção de um método que permita a interação através da linguagem com a realidade social, descartando a vinculação a estruturas lógico objetivas, não deixa de ser espiritualmente interessante mas, pragmaticamente perigosa.

O perigo reside, como já se disse, na possibilidade da linguagem ser manipulada não em um contexto de proteção dos direitos fundamentais, e sim, no sentido de compressão destes, servindo de instrumento de expansão do direito de punir estatal.

Busato entende que

“enquanto se busca identificar um conceito de ação jurídico-penalmente relevante, cumpre rechaçar os conceitos exclusivamente ontológicos ou exclusivamente normativos, optando por uma idéia de que se situa na relação comunicativa do sujeito com o objeto, do autor do delito com o sistema de controle social manipulado pelo Estado, e mais, com o próprio contexto social de tal atuação. Deste modo, se estará dotando o conceito de ação de um sentido de realidade social legitimado não por verdades universais nem por determinação das instâncias de poder, mas por um filtro interpretativo absolutamente dinâmico que é a evolução da própria sociedade a qual se refere.”<sup>253</sup>

A crítica realizada pela teoria da ação significativa à teoria finalista, de ser expressão de verdades universais, não condiz com o próprio sentido da ação nessa perspectiva, posto que, a referência a estruturas lógico-objetivas e reais que vinculariam o legislador não impõe deveres de criminalização e, sim, limites a esse

---

<sup>252</sup> V. BUSATO, *Direito Penal e ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*, p.171 e segs; VIVES ANTON. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant To Blanch, 1996.

<sup>253</sup> BUSATO, *Direito Penal e ação significativa*, p.185.

processo. Isto porque, as ações serão submetidas a valorações harmônicas com os princípios constitucionais antes de ingressarem no universo jurídico penal.

## **6.2. A perspectiva do conceito de conduta na visão de Roxin e o Funcionalismo Moderado**

A partir da década de 60 do século passado, surgiram correntes no âmbito do Direito Penal alemão que estabeleciam um conjunto de críticas ao sistema finalista da ação. O conceito de conduta desenvolvido pelo sistema finalista foi o maior objeto destas críticas, que apontavam não ter este instituto condição de explicação de categorias como a tentativa, crimes omissivos e os crimes culposos.

Os críticos do finalismo também apontavam que a concepção de culpabilidade no sistema finalista seria inadequada ao denominado Direito Penal contemporâneo, afastando-se de um conceito ontológico de conduta para o Direito Penal.

Não apenas o conceito funcional se afasta da proposição de fundamentos ontológicos do finalismo, mas, também, outras concepções de cunho normativista - consoante denominação ofertada por Juarez Tavares. Ocorre que, não estão centradas as preocupações com estas no presente trabalho não porque seriam menos importantes que as funcionais, mas, sim, por opção de natureza metodológica, de se enfrentar as teorias que vem sendo adotadas com maior frequência em sede de Direito Penal brasileiro, proporcionando assim uma discussão mais fecunda em relação às teorias de matriz funcionalista.

Segundo Juarez Tavares, as teorias normativistas excluem o conceito de ação da teoria do delito enquanto um conceito geral e anterior à caracterização da tipicidade, sendo compreendida a ação como um dado exclusivamente normativo-penal, adotando esta posição autores como Bockelmann, Rodriguez devesa, Fiandacamusco e Schimidhauser entre outros<sup>254</sup>. A partir deste momento passou-se a nomear estas correntes funcionalistas-teleológicas, vinculadas que eram ao pensamento de

---

<sup>254</sup>Cf. TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: lumen juris, 2003, p.76-77.

Roxin e funcionalistas sistêmicas, quando atreladas às formulações de Günther Jakobs<sup>255</sup>.

Roxin<sup>256</sup> se opôs ao conceito de ação do finalismo, posto que, o método finalista, de natureza ontológica, não poderia atender às necessidades de política criminal, pois limitaria a atividade do legislador.

Segundo Roxin, o finalismo através de seu método lógico-axiomático de deduzir soluções jurídicas de dados do ser, de um conceito de ação de natureza pré-jurídica, criou um sistema que se diferencia da tripartição clássica positivista-causal, mas que não confere espaço autônomo a diretrizes político-criminais da dogmática<sup>257</sup>.

Roxin vincula a concepção de Welzel ao conceito de ação de Hegel<sup>258</sup>, afirmando que não teria capacidade de resolução da problemática dos delitos omissivos, pois, o omitente não pode dirigir nenhum curso causal não podendo, portanto, atuar de modo final<sup>259</sup>. Roxin salienta que um conceito ontológico de ação não tem em consideração que as formas de manifestação do Direito têm conteúdos de significação social, apontando a natureza estéril de um conceito dessa natureza<sup>260</sup>.

A problemática dos crimes omissivos persegue o finalismo desde sua criação, não sendo as críticas roxinianas as primeiras a serem dirigidas a esta construção teórica, e não tendo sido a única que se fez ao finalismo, ocorre que, |a estas críticas não se somaram soluções adequadas para os problemas apontados, persistindo a consistência dogmática do finalismo.

Crítica semelhante estabelece Roxin, no tocante aos delitos imprudentes, salientando que, “das investigações de Niese, os finalistas caracterizaram o fato

---

<sup>255</sup> TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*, p.111-117.

<sup>256</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro:Renovar, 2002, p. 27.

<sup>257</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro:Renovar, 2002, p. 27.

<sup>258</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General.Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito*. Tomo I. trad. de La 2. ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena;Miguel Diaz y Garica Conleddo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, p.239.

<sup>259</sup> Cf. ROXIN, Op.cit, p.240.

<sup>260</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *La polemica em torno de La accion y de la teoria del injusto em la ciência penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1993, p.28.

imprudente como ação final, atendendo não ao resultado produzido, mas o objetivo perseguido pelo autor<sup>261</sup>.

Consoante Roxin:

“finalidade no fato imprudente, é tanto inidônea como elemento sistemático de enlace, pois o objetivo perseguido por quem atua imprudentemente é totalmente irrelevante para efeitos jurídico-penais e tampouco pode ser portador de predicados típico, antijurídico e culpável, que se devem mais à falta de cuidado causadora do resultado, porém este não tem nenhum lugar na estrutura da finalidade<sup>262</sup>”.

Roxin constrói um conceito pessoal de ação, vislumbrando a ação enquanto manifestação da personalidade, salientando o autor que, “é ação tudo que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação<sup>263</sup>”, tal qual um conceito fundado apenas em considerações de ordem psíquica do agente.

Em face deste conceito, Roxin busca a limitação das formas de manifestação da personalidade através de critérios de imputação objetiva, sem referência ao elemento subjetivo do agente, cindindo a tipicidade objetiva da subjetiva, conforme já salientado por Luis Gracia Martin<sup>264</sup>, se contrapondo a qualquer proposta que enlace com a ontologia.

### 6.3.O Funcionalismo Sistemático

---

<sup>261</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general.fundamentos*. La estructura de la teoría del delito, 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”.

<sup>262</sup> ROXIN, Claus. Cit, p.241. “finalidad del hecho imprudente es tanto más inidônea como elemento sistemático de enlace, pues el objetivo perseguido por quien actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos jurídicopenales y por ello tampouco puede ser portador de los predicados típico, antijurídico y culpable, que se deben más bien a la falta de cuidado causante Del resultado, pero ésta no tiene sitio alguno em la estructura de la finalidad”.

<sup>263</sup> ROXIN, CLAUD. *DERECHO PENAL*, “es acción todo lo que se puede atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de acción”,In ROXIN, Claus. Cit, p.252.

<sup>264</sup>Cf. MARTIN, Luis Gracia. *O finalismo como método sintático real-normativo para a construção da teoria do delito*. Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Direção:Juarez Tavares, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Junior. Ano 2. nº 2. São Paulo: RT, janeiro-junho de 2005, p.20.

O funcionalismo no Direito Penal não surge como um fato isolado, sem contexto nem vinculação a algum pressuposto de ordem filosófica, ou sociológica. Surge atrelado a uma perspectiva neokantiana, o normativismo político-criminal-teleológico de Roxin e ao normativismo funcionalista sistêmico de Günther Jakobs, denominado por Schünemann<sup>265</sup> de normativismo livre de empirismo.

O funcionalismo sistêmico pensa o sistema penal como um conjunto de normas voltadas à realização de finalidades da pena, ou seja, justifica-se o sistema pela necessidade de aplicação de pena, quando ocorrer uma violação da norma, sendo a validade da norma questionada por uma conduta considerada desviante, por parte do agente do delito.

Andrei Zenkner Schmidt entende que o funcionalismo empírico, denominação ofertada pelo autor ao funcionalismo sistêmico busca obter, “finalidades concretas no que tange à persecução da criminalidade, ou seja, tem-se a orientação do sistema penal a partir das conseqüências práticas de sua aplicação e das demandas sociais por eficácia no combate à criminalidade”<sup>266</sup>.

Jakobs foi discípulo<sup>267</sup> de Welzel, criado, portanto, intelectualmente no campo do ontologismo, enquanto corrente de pensamento filosófica que forneceu as bases da criação do sistema finalista da conduta. Entretanto, em 1983, no prólogo de seu manual, quebrou definitivamente as suas raízes com esta escola de pensamento ao se propor destroçar a dogmática jurídico-penal ontologista<sup>268</sup>.

Segundo Bernd Schünemann, “a base filosófico-jurídica de Jakobs consiste em que a sociedade humana se constrói através da validade das normas no sentido de expectativas de comportamento cujos destinatários são portadores de papéis”<sup>269</sup>. Significa dizer que as pessoas desempenham papéis em sociedade, devendo o seu

---

<sup>265</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal: modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Congreso Internacional Facultad de Derecho de La Uned. Madrid, 6 al 10 de Noviembre de 2000. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p.645.

<sup>266</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Considerações sobre um modelo teleológico-Garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais, Direção: Aury Lopes Junior, Alexandre Wunderlich, Gabriel José Gauer, Ruth Maria Gauer, Salo de Carvalho, Ano 3, nº 11, Porto Alegre, Notadez, 2003, p.98.

p.98.

<sup>267</sup> SCHÜNEMANN, Op. cit, p.643.

<sup>268</sup> Cf. SCHÜNEMANN, Op. cit, p.643-644.

<sup>269</sup> SCHÜNEMANN, Op. Cit, p.644.

comportamento seguir uma regra de funcionalidade para os sistemas, e, para o sistema penal, isto significa cumprir as expectativas que a norma cria.

Schünemann<sup>270</sup>. compreende que a proposta de Jakobs possui claramente influência Hegeliana, pela teoria da pena, pois passa Jakobs a entender que a pena não deve perseguir o fim de influenciar o comportamento de um indivíduo. Jakobs entende que a pena deve se basear apenas na necessidade de marginalizar a afirmação do autor que através de sua conduta delituosa violou a norma, através de uma contra- afirmação objetiva da pena.

Trata-se, sem dúvida, de uma perspectiva circular de compreensão do sistema jurídico, pois, ao desconsiderar determinados institutos jurídicos – entre eles a conduta e o bem jurídico - para justificar a aplicação da pena, afirmando ter esta um fim em si mesmo, retorna a Hegel e à proposta de justificação da pena enquanto retribuição jurídica, própria da dialética circular hegeliana.

#### **6.4. A contraposição aos fundamentos ontológicos de conduta pelo funcionalismo**

##### **6.4.1. A teoria da evitabilidade individual de Jakobs;**

Jakobs era discípulo de Hans Welzel, e, em homenagem aos 70 anos de seu mestre buscou desenvolver um novo conceito de ação, baseado na evitabilidade individual, que proporcionasse, junto com o conceito de Welzel, de natureza cibernética, a realização adequada da função da norma<sup>271</sup>.

O conceito desenvolvido por Jakobs tinha como fundamento a substituição do conceito de finalidade pelo de evitabilidade e a configura como a produção de um

---

<sup>270</sup> SCHÜNEMANN, *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, p.646.

<sup>271</sup> Cf. VALLEJO, *El concepto de accion em La dogmática penal*, p.73.

resultado individualmente evitável<sup>272</sup>. Jakobs parte da base de que a norma como pauta de comportamento para o autor potencial, somente resulta alcançável para aquele comportamento que a pessoa desenvolveria se estivesse motivada por isto<sup>273</sup>.

A função da norma é nesta construção, nitidamente motivacional e preventiva, uma prevenção geral positiva, que parte não da consideração da pessoa enquanto elemento fundamental para o sistema, mas da norma enquanto seu núcleo fundamental.

A teoria da prevenção geral positiva considera a pena um instrumento de estabilização normativa, que fortalece a confiança na norma, e a alteração do conceito de ação segue esta estrutura. O sistema de Jakobs busca construir conceitos que favoreçam uma pretensa estabilização normativa através da condição de fortalecimento do sistema abstratamente e não de priorizar a pessoa em sua condição perante o Estado.

Sendo a norma a base para uma pauta de comportamento dos autores, tem-se que os conceitos de natureza ontológica perdem função, são substituídos por conceitos que forneçam a estabilidade que o sistema requer e que cumpra as expectativas sociais.

Um comportamento é evitável se o autor, tendo tido um motivo para evitá-lo, tivesse podido fazê-lo realmente<sup>274</sup>, como se a ação tivesse um sentido negativo, com a finalidade de abarcar toda a atividade, ou seja, toda a omissão consciente e toda a atividade ou omissão individualmente culposa<sup>275</sup>.

Um ato não chega a ser expressão de um sentido individual mediante propriedades psíquicas em si mesmo, senão mediante a compreensão do que é um sujeito e quando este é responsável pelas consequências de sua organização<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> Cf. VALLEJO, Op. Cit, p.73.

<sup>273</sup> VALLEJO, Op. Cit, p.73.

<sup>274</sup> VALLEJO, *El concepto de accion em La dogmática penal*, p.73. “un comportamiento es evitable si el autor, de haber tenido un motivo para evitarlo, hubiera podido evitarlo realmente.”

<sup>275</sup> VALLEJO, Op. Cit, p.74.

<sup>276</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997., p.172.

Não se trata, para Jakobs, de um problema relacionado a psicologia, mas sim de uma teoria da imputação, pois, a interpretação de uma norma que possua tamanha subjetividade, em face disto, não poderia gozar desde logo de validade geral<sup>277</sup>.

Jakobs, ademais, construiu um conceito de ação que não se orienta conforme os elementos positivos do comportamento, como a vontade, a consciência, mas, segundo os objetivos da norma de conseguir evitar determinados comportamentos, segundo as condições e possibilidades de evitação<sup>278</sup>.

Segundo Jakobs, formulado para os delitos de resultado, o conceito de ação não depende da vontade dirigida para o resultado (ação final em sentido estrito), nem de uma finalidade exterior dirigida ao resultado (sem uma vontade acompanhante), ou de uma finalidade interior ou exterior não dirigida ao resultado (a culpa), senão unicamente a possibilidade de influenciar o comportamento mediante uma motivação dirigida a evitação do resultado<sup>279</sup>.

Desta forma, Jakobs inverte o pólo de compreensão da ação, estruturando sua compreensão não a partir de sua estrutura ontológica, pois nega a influência da finalidade nas ações de qualquer espécie, adotando um conceito de ação evitável, ou seja, o comportamento é evitável ou não de acordo com a capacidade de motivação que a norma exerceu no agente.

Jakobs entende que, em verdade, falar em ação é uma maneira equívoca do que se quer tratar, porque mais se trata de saber que é um sujeito, que é o mundo exterior para o sujeito e quando a conformação do mundo exterior está vinculada ao sujeito, isto é, quando é imputável<sup>280</sup>.

A solução eleita por Jakobs para a estruturação do injusto é que este não se configura na perturbação da existência nem da segurança do bem jurídico, senão a objetivação de uma atitude incorreta perante a norma. A norma se apresenta com a capacidade de estabelecer um standard, como nos casos de delitos de perigo

---

<sup>277</sup> Cf. JAKOBS, *Derecho Penal: parte general. fundamentos y teoría de la imputación*, p.172.

<sup>278</sup> Cf. VALLEJO, *El concepto de accion em La dogmática penal*, p.73.

<sup>279</sup> VALLEJO, *El concepto de accion em La dogmática penal*, p.74.

<sup>280</sup> VALLEJO, *El concepto de accion em La dogmática penal*, p.75. "Jakobs advierte, desde un principio que, em realidad, accion es una caracterizacion equivocada de lo que se quiere tratar, porque más bien se trata de saber que es un sujeto, que ES El mundo exterior para El sujeto, esto es, cuando le es imputable."

abstrato, ou podendo interpretar-se por meio de *standards*, ou seja, por meio da imputação objetiva<sup>281</sup>.

Para Jakobs, as normas jurídicas são sempre um motivo determinante e a raiz deste está em cada pessoa, que determina a sua capacidade individual de dirigir seu comportamento, sendo que, se fracassam as possibilidades de direção individual do comportamento as pessoas realizam inevitavelmente um resultado<sup>282</sup>.

Ao mesmo tempo, entretanto, que Jakobs busca negar a finalidade enquanto uma estrutura lógico-objetiva, que deva ser levada em consideração no contexto da ação, afirma a possibilidade de direção do comportamento de acordo ou não com a norma. Jakobs normatiza o conceito, mas, não consegue neste aspecto se desvincular da direção do comportamento enquanto substrato de seu conceito.

Isto significa que o conceito desenvolvido por Jakobs, de evitabilidade individual, que possui sua sustentabilidade exclusivamente na norma, tem como imprescindível a referência a direção da conduta e por conseqüência, a uma finalidade, ainda que seja de evitação do resultado, pois senão o evitar o resultado não pode se manifestar validamente.

Em que pese o termo evitabilidade não ser tratado dentro desta perspectiva, e ser possível afirmar que seu conceito não é finalista, e sim funcional, pois não considera imprescindível a presença da ação propriamente dita, como uma estrutura lógico-objetiva, não se desgarra da direção da vontade quando analisa a capacidade de evitabilidade de um resultado previsto na norma.

Na evitabilidade o que importa é a não contradição com a norma jurídica, justificando-se a aplicação da pena pela violação das expectativas instauradas em sociedade através da norma, e, portanto, se desvincula a norma da conduta enquanto estrutura ontológica e limitadora do agir punitivo estatal.

#### **6.4.2. O esvaziamento do conceito de conduta. A normatização dos conceitos dogmáticos na proposta funcionalista sistêmica de Günther Jakobs**

---

<sup>281</sup> Cf. JAKOBS, *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación.*, p.173.

<sup>282</sup> Cf. JAKOBS, *Op. Cit.*, p.172.

O conceito de ação de Jakobs, pautado na proposta da inevitabilidade individual, termina por esvaziar de conteúdo notadamente substancial, ontológico, a conduta, para adotar um conceito que pretende ser reflexo apenas da funcionalidade do sistema.

O conceito criado por Jakobs para esclarecer as funções – ou não – do conceito de conduta no sistema penal se opõe fortemente à perspectiva criada pelo ontologismo de Welzel e pelo positivismo de seus antecessores.

O sistema clássico do Direito Penal, até a forte influencia do neokantismo no Direito Penal privilegiou o sistema fechado, dotado de axiomas que ofertavam soluções completas para os problemas jurídicos em face da suposta completude deste sistema.

Isto foi, de certa forma, combatido por Welzel ao negar esta rigidez metodológica do sistema fechado precedente, de lógica-formal pura e fortemente axiomático do neokantismo, ao propor que o Direito não pode se opor em sua construção, às estruturas lógico-objetivas que ele constata, valorando os elementos do tipo penal.

Os funcionalistas, entretanto, adeptos da concepção de Jakobs, – e ele próprio, por lógica – entendem que o sistema deve funcionar de modo completamente aberto, sem limites externos e calcado em finalidades que ele próprio estabeleça.

Não se pretende que o sistema seja fechado, posto que diante da concepção defendida de aproximação entre o Direito Penal e a Constituição com a adoção de um sistema penal de matriz principiológica, conforme defendido no capítulo I, implica na adoção de um sistema aberto, mas que possui limites, externos e internos para a atividade do legislador.

O sistema jurídico revela a necessidade de se apresentar muito mais amplo do que aquilo a que a perspectiva metodológica da lógica-formal lhe impõe, tendo-se em vista sua necessidade de refletir e realizar valores, através das proposições

jurídicas, sendo princípios ou regras integrantes de um sistema que deve ser considerado aberto, para melhor se adaptar às condicionantes histórico-culturais<sup>283</sup>.

A adoção de um sistema aberto de Direito Penal é postura imperativa, sendo este um entendimento doutrinário geral, não importando a postura metodológica adotada, a diferença reside, propriamente, no grau de abertura do sistema.

A ciência do Direito Penal deve desenvolver-se, portanto, como um sistema aberto a valores, a fim de que não se impeça o desenvolvimento social e jurídico, mas, ao contrário, deve-se favorecê-lo, ou ao menos se adaptá-lo a esse desenvolvimento<sup>284</sup>.

A adoção de elementos próprios de um sistema penal aberto já existe desde a construção da teoria dos elementos normativos do tipo, precisamente com os elementos valorativos de natureza cultural, pois nesta hipótese será recorrente buscar-se seu sentido na cultura, no meio social, político e econômico de uma dada sociedade em determinado período histórico.

Isto demanda uma abertura do sistema, com a adoção de conceitos usualmente denominados como indeterminados, que se revelam nos tipos penais abertos em sua fonte de insegurança e, ao mesmo tempo, em determinadas situações, em absoluta necessidade política, tal como se percebe nos delitos ambientais.

De forma exemplificativa, pode-se enunciar o delito de poluição, com sua abertura tipológica clara, ao enunciar como delito a ação de “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”<sup>285</sup>. Referindo-se ao termo “de qualquer natureza”, Regis Prado afirma que o seu emprego viola a taxatividade e a legalidade, situando-se em parâmetros aquém daqueles necessários para a segurança jurídica uma vez que se refere a um objeto indeterminado<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> COELHO, Yuri, *Introdução ao Direito Penal*, p.49

<sup>284</sup> Cf. AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea: Dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p.42.

<sup>285</sup> Art.54, lei 9.605/98.

<sup>286</sup> Cf. PRADO, Luis Regis. *Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança*(com análise da lei 11.105/2005). 2.ed. rev. atual. e ampl.São Paulo: RT, 2009,p.249.

Reale Junior ao comentar este mesmo dispositivo entende que “a utilização de termos vagos compromete por inteiro o tipo penal”<sup>287</sup>, referindo-se a poluição de qualquer natureza, em seguida, ao termo níveis tais, como se verá.

De outro lado, a indefinição sobre a intensidade da poluição, em face da ausência de certeza do que denomina o tipo “níveis tais”, pode conduzir à imputação penal em situação na qual o bem jurídico não fosse efetivamente violado. Em razão disto, Regis Prado refere a necessidade de recorrer aos chamados “corretivos típicos” para evitar a punição de condutas que não tenham a lesividade suficiente para ingressar no âmbito jurídico penal.

Na mesma linha Reale Junior salienta que a expressão “níveis tais” viola o princípio da legalidade, pois não se tem qualquer parâmetro sequer na legislação regulamentar para se definir de que nível de poluição se trata, utilizando-se indevidamente de linguagem coloquial ao invés de linguagem técnica<sup>288</sup>.

A existência de tipos penais abertos revela esta postura, de adoção de um sistema aberto de Direito Penal, entretanto, os cuidados para evitar-se uma sobrevalorização destes elementos, fragilizando o princípio da legalidade, deve ser adotado. Em sentido oposto, ou seja, reclamando a participação do Direito Penal na proteção de novos bens jurídicos, Figueiredo Dias<sup>289</sup> anuncia que os bens jurídicos supra individuais, por sua própria natureza, carecem de definição precisa o que não inviabiliza sua inserção no âmbito criminal. O que se torna indispensável, segundo o autor, é o aprofundamento de seu estudo para estabelecimento de seus contornos. Com isto, na verdade, acaba por admitir a ainda existente imprecisão conceitual de elementos que integram os tipos penais referidos a bem jurídicos supraindividuais.

O princípio da legalidade determina que os tipos penais devem ser claros, precisos, indicarem de maneira objetiva a conduta vedada ou permitida de modo que se possa ter ciência do objeto de tutela do Direito Penal. Neste sentido o Direito Penal deve

---

<sup>287</sup> REALE JUNIOR, Miguel. *Meio ambiente e Direito Penal Brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Direção: Juarez Tavares, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Junior, Ano 2, n.2, São Paulo, v.2, RT, 2005, p.147-158, Janeiro-Junho de 2005.p.75.

<sup>288</sup> Cf. REALE, Meio ambiente e Direito Penal Brasileiro, p.75.

<sup>289</sup> Cf. DIAS, Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo:,RT, n.º33, 2001, p.67.

manter-se fiel ao princípio da legalidade e reduzir o influxo dos tipos penais abertos e dos conceitos jurídicos indeterminados em sua construção.

Ocorre que, a abertura do sistema não se manifesta apenas através da tipologia das condutas que o Direito Penal regula, senão que também através da relação entre os princípios e as regras.

Nesse sentido a afirmação de que o Direito Penal somente poderá ser interpretado com validade em conjunto com as disposições e comandos emanados da Carta Constitucional, devendo o Direito Penal guardar correspondência com a estrutura político-ideológica de seu tempo, referido à sua Constituição, tal qual a de 1988<sup>290</sup>.

O princípios permitem uma flexibilização do sistema, uma abertura deste, mas, não voltada a uma insegurança para o indivíduo, de forma que se possa utilizar deste sistema para ampliar-se o campo da criminalização e sim, o inverso, para restringir a intervenção punitiva do Estado.

Sebastian Albuquerque já salientou que,

“O modelo principiológico parte das perspectivas da unidade e da ordenação, bem como da possibilidade de se encarar o sistema jurídico como ciência, sem que isso importe numa exclusão do aspecto valorativo (teleológico-axiológico) do Direito, pois uma concepção de natureza exclusivamente lógica, purista ou fechada terminaria por causar uma distinção evidente entre o sistema jurídico e o sistema de objetos de conhecimento que ele descreve (ordenamento jurídico)<sup>291</sup> .

A concepção de sistema enquanto proveniente de um modelo principiológico, de forma ordenada e unitária e valorativa, implica a necessidade de se conferir força normativa efetiva aos princípios, seguindo-se a esteira do Constitucionalismo moderno, que, após a segunda metade do séc. XX vem, dentro do paradigma pós-positivista do neoconstitucionalismo contemporâneo, utilizando os princípios como suporte dos sistemas constitucionais<sup>292</sup>.

Segundo Ricardo Mauricio

Isto demandaria uma nova compreensão de Direito, e, por isto, uma nova perspectiva de sistema, na medida em que, se um sistema é plural e aberto

---

<sup>290</sup> Cf. AMARAL, Claudio do Prado, *Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea*, p.44.

<sup>291</sup> MELLO, Sebastian Borges Albuquerque de. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004, p.58.

<sup>292</sup> COELHO, Yuri. *Introdução ao Direito Penal*, p.50.

aos influxos dos fatos e valores, a aplicação da norma jurídica aos casos concretos não mais se limitaria a uma neutra operação lógico-formal<sup>293</sup>.

Esta abertura significaria a vinculação a um sistema principiológico, que realize os valores postos no sistema jurídico, de forma que tenham capacidade para vincular a estrutura das regras jurídicas e orientar a sua aplicação<sup>294</sup>.

Não existe dúvida de que o perigo de adoção de um sistema aberto minimiza-se desde que existam limites claros a esta abertura, e, se ela é fundada em uma estrutura normativa constitucional, de parâmetros democráticos, limitando-se de forma intrínseca pelo texto constitucional.

Ademais, conforme se demonstrou no capítulo anterior, que em matéria penal, também se encontra limites na própria estrutura lógico-objetiva que representa a conduta, valorada, pois esta se revelaria no limite externo ao Direito Penal.

Os sistemas abertos, entretanto, também poderiam deixar espaços para a adoção de uma concepção de Direito em que o método de sua construção e interpretação seja o tópico, apresentando-se isto como a solução definitiva e adequada para o pensamento sistemático, que se apresentaria incoerente para ofertar soluções justas para as hipóteses do cotidiano conforme a tópica.

A tópica teve em Theodor Viehweg, na década de 1920, seu principal expoente, com as bases de seu pensamento lançadas no livro “Tópica e Jurisprudência”<sup>295</sup>, em 1953. Segundo Viehweg, a tópica é uma técnica do pensamento problemático, uma técnica orientada ao problema<sup>296</sup>, que parte metodologicamente de um pressuposto diverso do pensamento sistemático, buscando a resolução dos casos concretos a partir de “topois”, máximas, que melhor realizariam a justiça no caso concreto<sup>297</sup>.

---

<sup>293</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2007, p.61.

<sup>294</sup> COELHO, Yuri. *Introdução ao Direito Penal*, p.50.

<sup>295</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>296</sup> VIEHWEG, Theodor, Op. Cit, p.49 e segs.

<sup>297</sup> Cf. COELHO, Yuri. *Introdução ao Direito Penal*, p.150.

Os “topois” são máximas, lugares-comuns, premissas que permitam a resolução de problemas, tais quais “o Direito não socorre os desidiosos”, ou “o Direito não tolera o enriquecimento sem causa”<sup>298</sup>.

Claus Roxin compreende que o pensamento problemático também tem sua função no Direito Penal, servindo para a primeira tomada de contato com os campos que o legislador deixa aberto, para o trabalho prévio à sistematização casuística do conteúdo de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, porém entende, adequadamente, que a tópica não pode substituir o pensamento sistemático, sendo possível uma síntese entre o pensamento sistemático e problemático<sup>299</sup>.

Percebe-se que a adoção do pensamento problemático, da tópica, portanto, tem encontrado espaço no Direito Penal, notadamente no pensamento funcionalista teleológico, mas, mantendo o sistema como fundamental para a resolução dos problemas de natureza jurídica.

O pensamento tópico, como complementar do pensamento sistemático, tornou possível a adoção do método tópico-hermenêutico, conforme enunciou Claudio Brandão<sup>300</sup>, que se revela na possibilidade de adoção de critérios da tópica, de acordo com o caso concreto, em compatibilização com o sistema.

Na compreensão de Claudio Brandão, a filosofia pós-positivista possibilitou um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, entre a esfera de compreensão da norma e a esfera de compreensão do fato, compatibilizados pelo procedimento argumentativo, representando o denominado método-tópico hermenêutico<sup>301</sup>.

Todas estas considerações acerca das estruturas dogmáticas ou do método utilizado para a compreensão do Direito Penal e sua interpretação, servem para aduzir que a adoção de um sistema aberto não implica na perda de garantias do indivíduo, e sim, o que pode implicar nesta perda é a forma ou o método de interpretação do Direito em um sistema aberto.

---

<sup>298</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2008 p.48.

<sup>299</sup> ROXIN, *Derecho penal: parte general.fundamentos*. la estructura de la teoria del delito, págs. 215-216.

<sup>300</sup> BRANDÃO, Claudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro*. Ciências Penais. Vol. 1, Ano 1 –. Direção. Juarez Tavares, Luis Regis Prado e Miguel Reale Junior. São Paulo: RT, Julho-Dezembro de 2004, p.178.

<sup>301</sup> BRANDÃO, *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro*, p.178.

Notadamente, o marco da teoria funcionalista sistêmica no Direito Penal está na finalidade do Direito que não é a proteção de bens jurídicos, e sim a proteção das normas penais, pois se concebe a sociedade como um sistema de interações, sendo o crime um ato de danosidade social exteriorizado através da infidelidade do autor ao ordenamento jurídico<sup>302</sup>.

A realização do delito leva à “defraudação das legítimas e necessárias expectativas que a sociedade tem a respeito do comportamento de seus integrantes”<sup>303</sup>, e isto se realiza através da violação da norma jurídica e não do processo de lesão de bens jurídicos

A proteção de bens jurídicos é uma necessidade de um sistema de garantias, pois,

“o Direito Penal não pode se manter desatento ao perfil da sociedade de risco pós-industrial e às suas exigências de tutela dos novos interesses emergentes. Não é desejável, porém, que se afaste de sua vertente liberal, abandonando os princípios que lhe dão essa feição e são reconhecidos pelos Estados Democráticos de Direito dos quais se destaca o da exclusiva proteção a bens jurídicos, embora alguns destes possam ter uma feição diferente daqueles tutelados pelo Estado liberal Democrático”<sup>304</sup>.

O Direito Penal moderno não pode perder sua perspectiva de que sua função é a de proteção de bens jurídicos enquanto um dos instrumentos aptos a manter a estrutura garantista do Direito Penal, devendo esta concepção ser rechaçada, pois entende que a Ciência Penal deve apenas se preocupar com a condição de validade da norma e, não, de proteção de bens jurídicos fundamentais.

Jakobs entende que, ocorrendo infidelidade ao Direito, deveria o Direito Penal preservar a confiança na norma, através de um processo de reconhecimento normativo<sup>305</sup> promovendo o autor a substituição do bem jurídico pelo critério de validade da norma<sup>306</sup>, descaracterizando a função de tutela de bens jurídicos que tem o Direito Penal.

Admitir-se um Direito Penal que não tenha por função a tutela de bens jurídicos é aquiescer com a possibilidade de incriminação de estados prévios de lesão ao bem

---

<sup>302</sup> Cf. VALLEJO, *El concepto de accion em La dogmática penal*, p.76.

<sup>303</sup> VALLEJO, *Op. Cit.*, p.76.

<sup>304</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*, Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, vol.8, Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, págs.55-56.

<sup>305</sup> BUSATO, Paulo Cezar; HAUPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.39

<sup>306</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.177.

jurídico, como o pensamento, com a incriminação de condições peculiares e inerentes à pessoa e com a possibilidade de criação de normas que sirvam para justificar interesses do Estado, ao qual não correspondem interesses sociais legítimos.

Assim como, a própria possibilidade de criar tipos penais em que se incrimine estas condições inerentes à pessoa ou ao pensamento pode levar à construção de delitos sem conduta, o que contraria a condição de dignidade do ser humano e viola claramente o princípio da legalidade.

Jakobs, não apenas desconsidera a importância de tutela dos bens jurídicos como também despreza o conceito de conduta, pois, ao vinculá-lo a condição de inevitabilidade individual e normatizá-lo, perdendo a referência do homem como centro do sistema, em conjunto com os outros apontamentos feitos relativos ao bem jurídico, ele esvazia o conteúdo da ação.

Quando Jakobs relaciona que as normas jurídico-penais são o motivo determinante e capacidade individual de dirigir seu comportamento está em cada pessoa, o que demandaria que caso houvesse incapacidade de direção se chegaria a um resultado delituoso<sup>307</sup>, ele está construindo uma perspectiva de que antes da conduta vem a norma e não o inverso.

Ora, não se pode objetar que a norma, em verdade, regula as condutas existentes, as ações são dados ontológicos prévios, conforme já demonstrado no capítulo anterior, razão pela qual não se pode aquiescer com o entendimento que a ação não deve ser referência pretérita ao legislador, e sim, que a norma é esta referência e que por isto o legislador não se vincula à estrutura lógico objetiva da conduta.

Desconstruir o conceito de ação é desprezar uma das garantias fundamentais ao indivíduo na estrutura do delito, pois, permite-se com isto a utilização indevida do tipo, sua manipulação conforme os interesses da norma e de quem constrói o sistema.

De toda sorte, não se pretende aqui aduzir que o conceito de conduta tem uma capacidade irretocável de limitar o poder de punir do Estado e as manipulações no

---

<sup>307</sup> Cf. JAKOBS, *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación.*, p.172.

processo de construção do tipo penal. O que se afirma é que o recurso à conduta, enquanto estrutura lógico-objetiva possibilita a manutenção de um conteúdo ao tipo que o permite limitar a atuação do Estado em determinados processos, tal qual a incriminação do pensamento ou de condições puramente pessoais.

### **6.5. As conseqüências possíveis de um sistema penal funcionalista sistêmico; perspectivas de um sistema penal autoritário**

O funcionalismo de Jakobs se estrutura em dois pilares fundamentais; a substituição do conceito de bem jurídico pelo de validade da norma e a desconsideração da estrutura ontológica da conduta.

Estes pilares permitem a construção de uma teoria completamente desapegada de valores e normatizada, que busca seu fundamento na própria norma e na necessidade de manutenção desta norma.

Na compreensão de Jakobs, a missão do Direito Penal é a busca pelo reconhecimento normativo, e a aplicação da pena é uma confirmação da configuração da sociedade, que irá se manifestar através das normas, que designam expectativas estabilizadas de comportamento<sup>308</sup>.

Claudio do Amaral entende que as posições de Welzel e de Jakobs, quanto ao sistema que propõe seriam mais semelhantes que diferentes<sup>309</sup>. Salienta o referido autor, que a reparação da quebra de confiança do sistema se constitui no verdadeiro objeto do Direito Penal e se confundiria com a proposta de Welzel de proteção dos valores éticos e sociais de atitude interna<sup>310</sup>.

Claro que este entendimento diz respeito à postura de Jakobs de interpretação da função do bem jurídico no sistema, mas, compreende-se que este argumento pode ter efeitos também em relação a conduta, pois termina por esvaziar a necessidade de valoração da ação se o tipo não se vincular a tutela de valores.

---

<sup>308</sup> Cf. AMARAL, Claudio do Prado. Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea, p.161-162.

<sup>309</sup> Cf. AMARAL, Op. Cit, p.162.

<sup>310</sup> Cf. AMARAL, Op. Cit, p. 162.

Neste caso, tem-se de forma clara que falar em valores ético-sociais leva de certa forma, à aproximação dos valores à ação, em que pese não ser a concepção de Welzel de natureza onto-axiológica, pois fundada numa perspectiva ontológica pura.

A afirmação de Jakobs, portanto, de que as normas designam as expectativas estabilizadas de comportamento não se presta a explicar se este comportamento é, *stricto sensu*, a ação, ou apenas a designação de um Estado intrínseco à pessoa ou de natureza ideológica, religiosa ou política.

Deve-se ressaltar que as opções religiosas, ideológicas, políticas ou a condição étnica não podem justificar a incriminações de condutas próprias do Estado de liberdade, pois em um Estado de Direito Democrático não se admite ofensas a estas opções, próprias da condição de exercício dos Direitos fundamentais.

Desconsiderar que as estruturas lógico-objetivas servem de limite externo ao potencial criminalizador do Estado é desconhecer a própria impossibilidade do sistema, a partir exclusivamente de suas opções normativas ofertar soluções a todas as demandas da realidade.

Não se pode olvidar que a consideração das estruturas lógico-objetivas não serve como instrumento único para contenção do poder de punir estatal, entretanto, se possibilita a adoção de estruturas prévias, dotadas de valor, que em uma perspectiva hermenêutica de consideração dos Direitos fundamentais servirá de lastro para aplicação do Direito, temos um Direito Penal que se preocupa com as garantias do ser humano frente ao poder punitivo estatal.

A proposta funcionalista é dotada de valor pragmático no tocante à aplicação da norma e, ao ter como fundamento a desconsideração do conceito de conduta enquanto estrutura lógico-objetiva permite a construção de um sistema penal desprovido de sentido na proteção dos valores e de matriz aberta, sem controles possíveis à atividade legiferante.

A possibilidade de construção de tipos penais, em que a referência à conduta não seja considerada fundamental, consequência direta da refutação às estruturas lógico-objetivas, pode levar ao processo de criminalização de qualquer estado

individual, ou seja, violar os mais elementares valores da dignidade humana e os Direitos fundamentais.

Ademais, a jurisprudência brasileira em algumas hipóteses tem adotado esta perspectiva, que retrata, conforme demonstrado, um retrocesso em relação às garantias que o sistema constitucionalista brasileiro oferta ao Direito Penal, conforme vislumbramos na decisão que se segue do TRF da 4ª região:

Constitucional Penal. Processo. Prova. Interceptação Telefônica. Prazo de duração. Indispensabilidade da prova. Transcrição da prova. Crimes de detenção. Constituição Federal, Art. 5º, XII E 63, IX. Lei nº 9.296/96, Art. 2º, Inc.III.

1. A denúncia atribui aos réus os crimes contra a ordem tributária, a saúde pública, o sistema financeiro nacional, agiotagem, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, fatos estes que se situam na chamada macrocriminalidade, cuja investigação passou a ser uma exigência da comunidade internacional e cuja interpretação das normas deve ser feita atentando-se para esta nova e preocupante realidade.

(...)<sup>311</sup>

Esta decisão reflete que o processo interpretativo deve ser relativizado em função das necessidades de combate à macro-criminalidade, como se fosse possível utilizar-se de métodos de interpretação diferenciados de acordo com o tipo de criminalidade, ou seja, em função das necessidades punitivas do Estado. Isto revelaria que as necessidades de aplicar a pena seriam capazes de superar, inclusive, a necessidade de manutenção dos Direitos Fundamentais, comportamento hermenêutico que se revela violador dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, notadamente da legalidade.

---

<sup>311</sup> TRF4, HC 2002.04.01.007778-6, Sétima Turma, Relator Vladimir Passos de Freitas, DJ 19/06/2002.

## **CAPITULO VII – A CONDUTA ENQUANTO INSTRUMENTO DE LIMITE EXTERNO AO PODER DE PUNIR DO ESTADO**

### **7.1.A Tipicidade Penal e a necessidade de Manutenção da Conduta enquanto Elemento Dogmático Fundamental a um Direito Penal de Garantia;**

A concepção de conduta aqui defendida tem natureza pré-típica, posto que, não se entende ser possível a desconsideração da conduta enquanto um fenômeno que antecede a formação do tipo. O tipo se constitui a partir da conduta, esta tem sua natureza ontológica como um elemento ao qual não se revela possível desvincular.

As conseqüências de desvinculação da conduta enquanto estrutura pré-típica, que os funcionalistas buscam realizar, pois o legislador não poderia se vincular às estruturas ontológicas prévias ao Direito torna frágil a estrutura do tipo e passível de manipulação para realização contrária aos fins de um Estado Social e Democrático de Direito.

Neste sentido, a concepção funcionalista navega sem rumo, casuisticamente, em um mar de conceitos vazios e imprecisos, em razão de não conhecer bases e limites ontológicos<sup>312</sup>.

Apesar disso, se parte da doutrina - notadamente a que perfilha uma orientação funcionalista sistêmica - opta por tratar o homem como uma peça a mais em uma engrenagem sócio-funcional, como um robô cumpridor de papéis ou de funções, perfeitamente fungível, substituível e sem individualidade, é questão de postura doutrinária e como tal deve ser respeitada<sup>313</sup>.

Não se pode admitir, entretanto, que a estrutura da tipicidade não deva se vincular à um conceito de ação de natureza ontológica, pois, este esvaziamento do tipo através da conduta conduziria à uma situação jurídica em que apenas elementos objetivos de imputação fossem considerados para a resolução dos problemas do tipo.

Esta consideração se revela perigosa, pois, neste sentido, adotarem-se apenas critérios normativos para resolução de problemas típicos leva à insegurança e uma desvinculação do princípio da legalidade incapaz de garantir um respeito adequado aos Direitos Fundamentais.

Um dos corolários do princípio da legalidade, conforme Luciano Santos Lopes é decorrente do mandato de certeza ou de taxatividade dele, que “deve definir o fato criminoso em um tipo claro, com atributos específicos da conduta humana, de forma a torná-lo inconfundível com outra figura típica”<sup>314</sup>.

Salienta-se, com Regis Prado, que, “enquanto o sistema jurídico-penal brasileiro estiver orientado à disciplina de condutas humanas e respeitar os valores fundamentais, da liberdade e da dignidade humana, essa orientação funcionalista

---

<sup>312</sup>PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erica Mendes de. *A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa*. Ano 94, Vol.839, São Paulo: RT, Setembro de 2005, p.428.

<sup>313</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erica Mendes de. *A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa*. Ano 94, Vol.839, São Paulo: RT, Setembro de 2005, p.428.

<sup>314</sup> LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da Legalidade*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2006. p.151.

não deixará de ser apenas mais uma opção doutrinária entre tantas outras. Nada além<sup>315</sup>.

## **7.2. A contraposição garantista do conceito de conduta finalista de natureza onto-axiológica à concepção funcionalista – uma desconstrução necessária do conceito funcional**

A construção de um conceito de conduta, ou, melhor, a constatação de que a conduta possui natureza ontológica e deve ser reconhecida para o Direito Penal permite que os valores e as estruturas prévias ao legislador sejam reconhecidos dentro do sistema e criem limites externos à sua atuação.

A referência aos valores, mas reconhecendo-os como inerentes ao ser, buscando seu fundamento de validade na Constituição permite a colocação do homem como centro do sistema e não a sua funcionalização.

Se o objetivo é disciplinar o comportamento humano não se pode agasalhar uma postura metodológica funcionalista sistêmica, por exemplo, que desconhece o homem como ser responsável<sup>316</sup>.

Ademais, se a ordem legal quer obrigar em consciência, e não criar um mecanismo de pura e simples coação deve, então, logicamente, assumir como premissa a concepção de homem racional e responsável, capaz de orientar sua conduta segundo determinados fins. Esse pressuposto é inseparável de qualquer regulação jurídica que, como a brasileira, pretenda afirmar-se como respeitosa da liberdade e da dignidade humana.<sup>317</sup>

Este privilégio, de respeito às garantias do ser humano em uma perspectiva valorativa constitucional e de reconhecimento de limites não apenas internos ao

---

<sup>315</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erica Mendes de. *A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta*: crítica à doutrina positivista-normativa, p.428.

<sup>316</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erica Mendes de. Op. Cit, p.425.

<sup>317</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erica Mendes de, *A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta*: crítica à doutrina positivista-normativa, p.425.

legislador, é mérito do finalismo desde a criação de Welzel até as concepções finalistas da atualidade.

Isto significa afirmar que os princípios penais de garantia, mais notadamente o princípio da legalidade, como fundamento constitucional para incriminação apenas de condutas e não de Estados de pensamento ou condições que não reflitam a ação, são necessários a um conceito de ação apto à manutenção do Homem como centro do sistema.

Segundo Regis Prado, "chegar-se à necessidade de um conceito que não seja criação do direito, mas sim um conceito pré-jurídico, é mérito da teoria finalista e acréscimo de garantias para o indivíduo", daí que "mais 'garantista' (ou limitador do poder punitivo estatal) é o fundamento ontológico utilizado no finalismo"<sup>318</sup>

É óbvio que a vinculação do legislador às estruturas lógico-objetivas - entre as quais se encontram a estrutura final da ação humana e a capacidade de autodeterminação conforme a um sentido e a um valor -, como já observado várias vezes no decorrer deste trabalho de pesquisa é apenas relativa<sup>319</sup>, mas, sem dúvida, fundamental à estruturação de um Direito Penal de garantia.

Não resta dúvida que o legislador pode, desejando, afastar-se da realidade para proceder ao processo de imputação no direito penal, escolhendo mediante uma manipulação que considere adequada dos signos, a forma que entende mais conveniente para legislar. Faltar-lhe-á, todavia, legitimidade, porque ficcionam os dados do fenômeno, do qual retira seus atributos<sup>320</sup>.

O conceito funcional de ação, neste sentido, não pode contribuir para o garantismo penal, nem enquanto objeto ideal, como pretende Jakobs, pois desvinculou a norma das estruturas lógicas-objetivas, nem enquanto perspectiva estritamente normativa pois desvinculou a norma de outras garantias que lhe poderiam ser ofertadas.

---

<sup>318</sup> GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal*. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: RT, 2005, p.191.

<sup>319</sup> Cf. CEREZO MIR, J. *Ontologismo e normativismo na teoria finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, 2004, nº 0, p.10 e sgs.

<sup>320</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. *A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal*. In *Direito Penal Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007, p.46.

Dentre estas garantias, pode-se enunciar o método utilizado por Jakobs, funcional, sistêmico, que afasta de certa forma a possibilidade de questionamento das estruturas dogmáticas do Direito Penal em decorrência, por exemplo, de uma esfera principiológica, de valores.

Jakobs, neste sentido, aos desvincular a norma da esfera de valores, de proteção de bens jurídicos e dos princípios reitores da construção da norma e garantidores de Direitos Fundamentais, torna o sistema penal desumano, pois, a maior e mais direta consequência desta postura metodológica é a retirada do homem enquanto centro do sistema.

A concepção de conduta enquanto estrutura lógico-objetiva, mas que, ao se confrontar com o sistema penal, permite a sua interpretação através dos valores adotados constitucionalmente, reconhecendo-os e somente tornando o legislador vinculado à esta estrutura, permite uma utilização limitadora do agir estatal por parte da ação, enquanto estrutura pré-típica.

### **7.3.O conceito de conduta e sua capacidade de criação de limites ao Poder de Punir do Estado**

A construção do conceito de ação teve, para as ciências penais, a mesma importância que outros institutos jurídicos para a Ciência do direito, tal qual, a teoria das obrigações para o direito civil, do fato gerador para o Direito tributário, do conceito de ambiente para o Direito ambiental, assim como diversos outros, que não teríamos como reproduzir integralmente aqui sob pena de cometermos algum equívoco pela ausência.

Não obstante os setores da doutrina, conforme já apontados na introdução deste trabalho, que relegam o conceito de conduta a um segundo plano, ou simplesmente a desconsideram enquanto fundamental à construção do sistema penal, não se pode corroborar com estas considerações em face da importância demonstrada no cumprimento de suas funções que este instituto oferta.

Isto pelo fato de que a conduta pode funcionar como um fator externo capaz de limitar o poder de punir do Estado, impedindo a criminalização do pensamento, das atitudes internas, das condições e estados de pessoas, das quais já se viu uma série de exemplos históricos, notadamente na Escola de Kiel, sustentáculo ideológico do nazismo.

Para Regis Prado, esta função seria exercida pela capacidade e sentido social que a ação possui, e não os critérios do funcionalismo, salientando este autor que, “os critérios apontados - evitabilidade, dominabilidade, previsibilidade objetiva -, examinados do ponto de vista da comunidade social, não logram conferir à vertente objetiva um determinado conteúdo *axiológico*”<sup>321</sup>.

Fabio Guaragni aponta que esta função pode ser exercida pelo conceito de conduta na medida em que se realiza através do princípio da legalidade, pois alguém somente pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.<sup>322</sup>

Nesse sentido, o autor admite a ação enquanto um conceito ontológico e a finalidade enquanto estrutura lógico-objetiva, mas, refere a legitimidade do conceito a partir de uma concepção intra-sistemática, também normativa, mas calcada nos valores constitucionais.

Os pensamentos são livres, o Direito Penal é do fato, servindo esta concepção como fundamento do sistema do fato punível, levando a verificação da punibilidade apenas para o momento em que o homem agir excluindo a possibilidade de converter o prognóstico de uma futura lesão ou o diagnóstico de uma periculosidade atual no pressuposto de uma reação jurídico-penal<sup>323</sup>.

A capacidade do conceito de conduta não pode ser aferida isoladamente, apenas como um conceito ontológico, mas também na medida em que referida a valores, pois o direito é um fenômeno cultural, em interferência intersubjetiva, sendo a pessoa humana o centro de seu sistema.

---

<sup>321</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erica Mendes de. *A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa*, p.443.

<sup>322</sup> Cf. GUARAGNI, Fabio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal*, p.44.

<sup>323</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts) Trad. da 2. ed. alemã, rev. e ampl. De Pablo Rodrigo Alflen da Siva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.282.

A referência culturalista leva à incorporação dos valores e à vinculação constitucional que deve ter o Direito Penal na construção de sua matéria incriminadora. O conceito de conduta de bases ontológicas e valorativas ancora-se no plano normativo na Constituição, na medida em que o princípio da legalidade estabelece que somente é possível incriminar a ação de fazer ou não fazer alguma coisa<sup>324</sup>.

Afirma-se, portanto, que constitucionalmente não é possível a incriminação de situações que não decorram de ações concretas, e que, portanto, desprezem o conceito de conduta sob a perspectiva ontológica e valorativa.

Neste sentido, tem-se que a legislação brasileira ainda guarda possibilidade de incriminação de conduta sem que haja a realização de qualquer ação, como na lei de lavagem de capitais, no seu art.1º, § 2º, inciso II<sup>325</sup>, que criminaliza o ato de participar de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

A lei de lavagem, ao criminalizar o fato de qualquer pessoa que participe de um escritório que tenha como atividade principal ou secundária a lavagem de dinheiro pode levar à situação fática de imputação do delito à membros do escritório que nada tenham que ver com sua atividade, ou seja, copeira, faxineira, motorista ou qualquer outro funcionário que não pratique nenhuma ação típica de lavagem.

Nesta circunstância criou-se uma hipótese de concurso de pessoas inconsistente com a sistemática do concurso de pessoas do Código Penal Brasileiro e que afronta a dogmática da teoria da ação em uma perspectiva onto-axiológica, pois não reconhece que um agente somente poderia ter imputado a si um tipo penal doloso se tivesse praticado uma conduta finalisticamente voltada a produção de um resultado lesivo.

---

<sup>324</sup>Art.5º. (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

<sup>325</sup> "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

(...)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei."

Sebastian Borges entende que, neste caso, se trata de ofensa ao princípio da igualdade<sup>326</sup>, entretanto, vislumbra-se que não somente em relação a este princípio pode ser alegada uma violação, mas também que:

“o crime deve ter sempre uma vinculação subjetiva para que haja a possibilidade de imputação de pena pela prática do crime de lavagem, essa vinculação subjetiva é o elemento básico do concurso de agentes; se eu não tenho, estou violando o princípio da igualdade, a própria relação de causalidade é posta em questionamento, pois eu preciso ter uma relação necessária entre a causa e o resultado neste caso, se eu não tiver uma relação necessária eu não posso ter um vínculo subjetivo, nem, conseqüentemente, punibilidade, portanto, neste caso, o que eu tenho é uma regra extensiva de concurso de pessoas de natureza inconstitucional.”<sup>327</sup>

Claramente resta demonstrado que a imputação a quem apenas participa de atividades de associação, escritório ou grupo que pratique atividade criminosa, não significa necessariamente que este agente pratique alguma conduta típica de lavagem.

Equiparar a mera atuação em um grupo, sendo que o agente pode praticar atividade que tenha finalidade diversa da conduta de lavagem, viola a condição de limitação ontológica que o conceito de conduta oferta e incriminar esta possibilidade não é condição que se possa ofertar ao legislador, sob pena de violação ao princípio da legalidade, insculpido no art.5º, inciso II da Constituição.

No mesmo sentido se pode apontar a inovação legislativa no tocante ao crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, no art.218-B, § 2º, inciso II que diz;

“Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.  
§ 2º Incorre nas mesmas penas:  
II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no **caput** deste artigo.”

<sup>326</sup> MELLO, Sebastian Borges Albuquerque de. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas jurídicos*. Curitiba; Juruá, 2004, p.140.

<sup>327</sup> COELHO, Yuri Carneiro. *A disciplina do concurso de pessoas no âmbito da lavagem de capitais*, in *Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Coord. Gamil Foppel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.939-940.

O artigo propõe a imputação do tipo ao agente que seja proprietário, gerente ou responsável pelo local em que a exploração sexual se manifeste, sem referência ao conhecimento do fato pelo agente, não especificando se a punição ocorreria pela omissão deste, ou se por sua condição pessoal.

A punibilidade pelo estado de ser, condição de proprietário, gerente ou responsável pelo local sem que se demonstre o seu conhecimento da atividade que ali está a ocorrendo, de prostituição de menores de 18 anos ou de exploração sexual de vulnerável, termina por imputar uma responsabilidade de autor, e não em decorrência de uma ação, conforme a perspectiva onto-axiológica da ação propõe.

A punibilidade estabelecida pelo legislador somente pode ser entendida como legítima se realizada na medida em que aqueles agentes descritos no tipo possuam conhecimento de que o fato criminalizado no caput do art.218 esteja a ocorrer em suas dependências, atuando de forma omissiva, ao não evitar a ocorrência da ação incriminada, facilitando a sua realização.

Desta sorte, ao não evitar a prostituição vedada no tipo do art.218-B, estaria o agente facilitando-a, tendo-se imposto uma obrigação de atuar do agente, se interpretado em conformidade com uma teoria da ação de bases ontológicas, em que não se pode desprezar a condição de que um tipo penal somente pode ser imputado ao agente que pratique uma ação ou omissão.

O artigo, entretanto, ao estabelecer, de forma imprecisa, a criminalização da conduta pela condição exclusiva de ser o agente proprietário, gerente ou responsável pelo local em que ocorre o favorecimento a prostituição, estabelece a punição de forma objetiva, pela condição pessoal destes agentes e não por suas condutas. A responsabilização penal, nesta hipótese, termina por se manifestar sem necessidade que tenha ocorrido nenhuma conduta por parte dos agentes do crime, configurando clara responsabilidade objetiva e violação da estrutura condicionante lógico-objetiva que a ação deveria exercer sobre o legislador.

Também é possível relacionar no Direito brasileiro a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental<sup>328</sup>, hipótese que se considera flagrantemente contrária à perspectiva de limite ofertado pela conduta, conforme apontado acima, na medida em que, no sentido onto-axiológico, a pessoa jurídica não age, mas, sim, alguém em seu lugar. Ou seja, trata-se de uma ficção que pode cumprir algumas funções de política criminal, mas que também pode alargar desmesuradamente o âmbito do Direito Penal, tendo mais custos que vantagens.

Em que pese razoável resistência de parcela da doutrina Brasileira<sup>329</sup>, os Tribunais tem admitido como possível tal responsabilização, o que faz com que a lei 9.605/98 seja aplicada e tida como constitucional, não se compreendendo dogmaticamente inaplicável a punibilidade da pessoa jurídica por crime ambiental.

Ocorre que, esta responsabilização penal também tem sofrido nos tribunais temperamentos, pois, em que pese admiti-la, tem-se condicionado sua responsabilização à imputação concomitante da pessoa física, em um processo de dupla imputação.

Neste sentido o STJ tem decidido, ao salientar que:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da

---

<sup>328</sup> V. Constituição Federal, art.225, § 3º - "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" e lei de crimes ambientais, nº9605/98, art.3º "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade."

<sup>329</sup>V.PRADO, Luis Regis; *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações*. In *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação Penal subjetiva*. Coord. Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2001; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v.1., 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2006; REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio(REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18/6/07).<sup>330</sup>

Nesta circunstância o STJ tem apontado que a responsabilização ao ente moral somente poderia ser realizada quando se pudesse imputar responsabilidade à pessoa física que praticou a ação, pois somente esta teria capacidade para agir, condição inexistente na pessoa jurídica.

Não resta dúvida que a pessoa jurídica não possui capacidade de ação, o que concretamente, em um plano onto-axiológico, impede que ocorra a sua responsabilização, pois inadequado ao sistema proposto neste trabalho, em que pese não ter o legislador adotado esta compreensão quando criminalizou a pessoa jurídica. Se as pessoas jurídicas não são capazes de ação e não podem realizar, em consequência, ações típicas e antijurídicas, não podem ser tampouco sujeitos do juízo de perigosidade criminal<sup>331</sup>.

Receia-se também, que, além desta, providências tomadas para atender a demanda de prevenção de riscos coletivos, embora contidas em um Direito Penal departamentalizado, possa, afinal vir a constituir a regra e não a exceção, ou seja, aquilo que for admitido com reserva pode transformar-se em princípio geral. Como disse Figueiredo Dias, que no particular tem idéia contrária, em breve prazo, tal solução implicaria “em invasão incontrolável do cerne para a periferia”<sup>332</sup>.

O respeito às categorias lógico-objetivas impõe que outras soluções sejam buscadas para punir as pessoas morais. Por isso mesmo, Hassemer, Silva Sanchez e outros tentam conter tais ficções em um Direito Penal apartado do Direito Penal clássico<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> In

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+penal+da+penal+juridica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>, REsp 989089 / SC, RECURSO ESPECIAL, 2007/0231035-7, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, 18/08/2009.

<sup>331</sup> MARTÍN, Luis Gracia. La Cuestion de La Responsabilidad Penal de las propias personas juridicas. In *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação Penal subjetiva*. Coord. Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p.47.

<sup>332</sup> DIAS, Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.º33, 2001, p.39-65, p.55.

<sup>333</sup> V. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do Direito Penal*: Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p.74-79; HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*: bases para una teoria de la imputación em Derecho penal, trad. espanhola de Francisco Munoz Conde e Mª Del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant to Blanch, 1999, p.68-73; SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal*: Aspectos de la política criminal em lãs sociedades postindustriales. Madrid; Civitas, 1999, p.121-125.

A opção de responsabilização penal da pessoa jurídica, segundo Alessandra Prado, “deve-se a considerações de política criminal, uma vez que as sanções penais que lhe são aplicadas não tem diferença substancial das sanções administrativas”<sup>334</sup>.

Na verdade, a requisição do Direito Penal para fazer face às novas situações criadas pela sociedade de risco, implica na flexibilização de certas categorias o que afetaria garantias tradicionalmente conquistadas por este ramo do direito. A norma penal, para prevenir condutas que possam atingir interesses sociais deve, segundo Figueiredo Dias<sup>335</sup>, abarcar os bens supraindividuais, superar o dogma da individualização do Direito Penal, admitir critérios anômalos de imputação – atenuação de relação entre bem jurídico e resultado – e ampliar os delitos culposos. A importância de atrelar o conceito de ação a suas bases onto-axiológicas emerge desta forma, como um dos recursos melhor dotados de densidade e segurança.

---

<sup>334</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente; Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p.169.

<sup>335</sup> DIAS, Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo:,RT, n.º33, 2001, p.39-65,passim.

## CONCLUSÃO

Tem-se buscado, ao longo da história, formas de restringir o alcance do direito penal em razão de sua força coercitiva, do mau uso que pode ser feito dela e dos reflexos que pode produzir sobre a pessoa, vulnerando-a em atributos fundamentais. O Iluminismo inaugurou um momento novo, alinhado com a defesa dos direitos do homem, quando buscou o estabelecimento de critérios para que o direito de punir fosse mais justo, acenando com o princípio da legalidade dos crimes e das penas.

É impossível dizer que se tenha chegado a um patamar de segurança e de inviolabilidade dos direitos fundamentais pela via das construções da dogmática penal, evitando que o direito criminal se transforme em um instrumento violador da dignidade humana. Pode-se afirmar, todavia, que é possível destacar alguns aspectos fundamentais dessa busca por um direito justo e limitado às exigências constitucionais contemporâneas, isto é, próprias de um Estado Democrático de Direito.

Destaca-se, neste contexto, a importância fulcral do conceito de conduta como sendo apto para cumprir este desiderato, desde que fundadas em bases verdadeiras. A teoria da conduta representa uma perspectiva de garantismo, capaz de conter o exercício da violência institucional pelo Estado, através do Direito Penal, contribuindo para o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do homem, sendo que, com base nesta compreensão, chegou-se às seguintes conclusões:

1. A construção do conceito de conduta, para contribuir de forma adequada ao Direito Penal, proporcionando uma melhor realização da proteção à pessoa humana, deve perpassar por uma concepção de natureza onto-axiológica. Dessa forma, não se coaduna com o processo de manipulação de conceitos que a perspectiva funcionalista sistêmica tem elaborado.

Não se está, naturalmente, propondo que o Direito não possa normatizar conceitos para construir seu próprio sistema, de forma que tenha um espaço de liberdade de criação para cumprir os fins a que se propõe. Entretanto, o que se compreende – e o fenômeno da compreensão, através do método empírico-dialético, próprio dos culturalistas é adequado a este mister - é que a desvinculação a uma condição prévia do ser, sobretudo em matéria de ação, pode levar o Estado, na seara penal, a ultrapassar barreiras que terminem por atingir direitos fundamentais.

2. A conduta não se revela como o único instrumento capaz de conferir limites ao poder de punir do Estado, conforme já referenciado no capítulo I, ao se levantar a importância dos princípios e no capítulo II, ao tratar da importância da tipicidade nesse processo. A dogmática deve preocupar-se, em qualquer instante na teoria do crime, com a construção de instrumentos que permitam ao homem fazer frente às posturas legiferantes criminalizadoras dos tempos hodiernos. Isto ocorre em diversos momentos, a partir mesmo do processo de criação do tipo.

3. A contribuição dos princípios é, hoje, fundamental para a construção de qualquer sistema penal, notadamente, os princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade, sem descuidar dos princípios decorrentes da tutela ao bem jurídico.

4. A conduta se destaca como um instrumento competente para dar garantias ao indivíduo, sendo capaz de realizar, enquanto instrumento pré-típico, de matriz ontológico-valorativo, uma perfeita interação com o sistema penal capaz de restringir ataques aos Direitos Fundamentais, notadamente o relativo à liberdade, realizando assim o princípio da legalidade.

5. O conceito de tipo estabelecido por Beling possui condições de coibir o poder punitivo estatal, pois estabelece seus limites a partir da descrição dos elementos que integram a figura penal. Estabelece-se como uma forma de concretização do princípio da legalidade, pois descreve e limita a punibilidade com o processo de descrição preciso da conduta.

6. Max Ernest Mayer, ao admitir a incorporação decisiva dos bens jurídicos como elementos do tipo e a necessidade de proteção destes valores, contribui para o processo de garantia do indivíduo diante do poder de punir estatal, somando

recursos para evitar que uma pessoa seja punida apenas em razão de um agir desaprovado moral ou socialmente.

7. No finalismo, a estrutura da tipicidade é alterada substancialmente, incluindo-se o elemento subjetivo do delito no tipo, deslocando-se o dolo e a culpa para a culpabilidade e admitindo-se os elementos normativos de valoração cultural. A estrutura fundamental do tipo penal gira em torno do conceito de ação, e, com o dolo e a culpa integrando o tipo, ter-se-á uma tipicidade objetiva e uma tipicidade subjetiva, ressaltando aqui profunda diferença com a proposta metodológica do causalismo.

A realização das funções típicas, notadamente a negativa, de garantia, permite que se possa ter a ação como instrumento capaz de dar um suporte adequado à construção do tipo penal de modo a valorizar sua função limitativa da capacidade criminalizadora do Estado.

8. O conceito de conduta não pode deixar de ser referenciado pela própria condição da pessoa humana e enquanto uma manifestação de sua vontade, na medida em que, abrir-se mão desta idéia, pode levar o Estado a ter condições de punir pela condição de pessoa e não pelo fato. É comum, nos governos totalitários, como ocorreu no III Reich, a condição de judeu, ou negro, por exemplo, bastasse para que uma pessoa fosse considerada criminoso, pois estaria a violar o sentimento do povo alemão.

Normas elaboradas desta forma revelam menosprezo não somente à necessidade de tutela de bens jurídicos como também à concepção de conduta enquanto manifestação da pessoa humana. Isto demonstra que não se pode deixar de entender a conduta em sua referência ontológica, se se quiser ajustar-se a tipicidade penal a um Direito Penal de garantia.

9. Como obstáculo às arbitrariedades possíveis, é possível opor-se a concepção finalista – ou neo-finalista contemporânea – da conduta à luz do finalismo de Hans Welzel, incorporando outros instrumentos teóricos aptos a demonstrar a afirmação de que a conduta funciona como um limite externo ao poder de punir estatal. Este recurso leva à contenção do Estado na esfera da punição, ensejando, pela via da

teoria da conduta, a vedação à algumas formas de criminalização, como a incriminação do pensamento, por exemplo.

10. A liberdade humana é um componente da conduta de forma que serve para determinar o comportamento da pessoa em suas relações intersubjetivas, possibilitando a condução das ações conforme um agir finalístico. Demonstra-se isto, por exemplo, quando se entende que a coação física absoluta anula a conduta na medida em que o homem perde a liberdade de condução de suas ações. Não é por outra razão que não se atribui o fato ao coacto, mas aquele que livremente o coagiu.

A concepção de direito de Carlos Cossio e um conceito de conduta de bases ontológicas podem ser conectados, sem contradições, posto que, a finalidade enquanto estrutura lógico-objetiva, aliada à perspectiva da responsabilidade vinculada à pessoa permite a construção do vinculada à pessoa permite a construção de um conceito de conduta que traduza os anseios de garantia no Direito penal.

11. A teoria da ação significativa se desvincula de tentativas de funcionalizar o indivíduo e das estruturas lógico-objetivas da ação, mas, a finalidade almejada na construção deste sistema não consegue se contrapor a um conceito de bases onto-axiológicas.

A linguagem considerada como um produto da comunicação social serve para mostrar um compromisso com a realidade política e social, mas se apresenta como uma proposta vazia, pois esta linguagem pode ser manipulada sem os limites proporcionados por uma referência onto-axiológica, facilitando usos totalitários.

12. Roxin constrói um conceito pessoal de ação, enquanto manifestação da personalidade, sendo este um conceito fundado apenas em considerações de ordem psíquica do agente e sujeito a conveniências do interprete.

Em face deste conceito, Roxin busca a limitação das formas de manifestação da personalidade através de critérios de imputação objetiva, sem referência ao elemento subjetivo do agente, cindindo a tipicidade objetiva da subjetiva, o que contrapõe sua proposta a qualquer espécie de enlace com a ontologia finalista.

13. O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs não pode cumprir este papel com conceito de conduta proposto, vinculado ao que denomina inevitabilidade individual, já que tal conceito se revela inapropriado na medida em que é desprovido de elementos garantísticos, em face de poder ser, facilmente, manipulado.

14. O conceito de ação pensado por Jakobs é secundário na medida em que o foco do sistema funcionalista de sua autoria é a validade da norma, posto que, sua violação representaria a frustração das expectativas sociais em torno de seu cumprimento. Disto resulta que o sistema terá de se recompor através da aplicação da pena, para manter sua legitimidade, não importando os fins que esta possa ter.

15. O conceito de conduta de Jakobs funcionaliza o indivíduo e termina por permitir a sua manipulação tal qual um fenômeno lingüístico que obtém significação de acordo com a perspectiva em que se encontra o sujeito cognoscente. Com isto não se compraz a doutrina de Welzel, pois, ao contrário, vincula o sujeito cognoscente às estruturas prévias e lhe impõe, com isto, limites.

16. Jakobs, mais se preocupa, em verdade, com a análise de como funciona o sistema e com a proposição para que o Direito Penal se adéqüe aos elementos de sua funcionalidade, do que em sugerir conceitos aptos à proteção da pessoa humana. Aqui se revela o principal defeito de sua construção teórica, a despreocupação com o homem enquanto centro do sistema. Neste sentido, o sujeito cognoscente, caso não respeite os limites pelo próprio do objeto de conhecimento, que irá ser elemento de sua hermenêutica, poderá funcionalizar o conceito e lhe conceder o alcance que pretender. Este alcance pode levar a construção de decisões violadoras dos Direitos Fundamentais, mais gravosas dentro do Direito Penal, pois limitadoras ou cerceadoras da liberdade individual, ou na construção de

tipos penais também lesivos aos valores constitucionais, notadamente de constrição dos Direitos Fundamentais.

17. É importante manter-se a discussão específica em torno do conceito de ação por duas razões: a) em primeiro plano, pelo fato de que os defensores de uma postura finalista ou neo-finalista entenderem já estar superada a discussão sobre sua importância; b) depois, porque os autores críticos do conceito, os funcionalistas, buscam desprestigiá-lo, substituindo suas funções garantidoras pela criação de outros instrumentos supostamente aptos para tanto. Pretendem cumprir essa atribuição, por exemplo, os critérios de imputação objetiva que não tem força para realizar tal finalidade.

18. Os funcionalistas procuram desconstruir o conceito pré-jurídico de ação com base em duas alegações distintas e contraditórias uma vez que ora afirmavam que o conceito de ação não podia ter fundo ontológico, ora que esta perspectiva ontológica não ofereceria possibilidades de ampliar o campo de garantias da pessoa humana. Com isto não deixam de reconhecer que a ação humana preexiste ao tipo, e, em verdade, o que se propõe não é que o legislador se vincule obrigatoriamente às estruturas lógico-objetivas e sim, que possa ser limitado por elas, evitando criminalização de estados ou idéias.

19. A Constituição brasileira incorpora a compreensão finalista de conduta já que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Com isso, se o legislador ignorar estes limites, pode-se apontar a inconstitucionalidade da norma criada e que viola a condição de conduta enquanto estrutura lógico-objetiva, posto que violadora deste art. 5º, inciso II, incidindo esta norma em inconstitucionalidade material.

Com isso, de forma acertada o finalismo considera a estrutura da ação enquanto fenômeno pré-jurídico, devendo-se respeitar obrigatoriamente as estruturas lógico-objetivas, pois, as normas se referem a uma sociedade com existência real, que demandam ao lidar com a liberdade humana na necessidade de respeitar seus direitos fundamentais, notadamente o Direito á liberdade.

20. A discussão sobre os fundamentos e funções da teoria da conduta não se perdeu, ao contrário, tem-se certeza de que apenas se revigorou diante das novas

posturas metodológicas trazidas pelo funcionalismo e pelos desafios postos pela necessidade de renovação do finalismo. Renovação esta que o finalismo deve enfrentar em face das novas perspectivas que o Constitucionalismo contemporâneo traz de um Direito Penal vinculado aos valores constitucionais e aos seus princípios. Isto implica no aproveitamento dos conceitos de ordem ontológica abrigados por esse ramo do direito e avivados pela ordem de valores constitucionais.

21. A utilização do conceito de ação de bases ontológicas, finalista não possui, isoladamente, como nenhum instrumento dogmático tem, o poder de impedir o arbítrio do Estado quando intervém na esfera da liberdade do cidadão. Pode, todavia tornar evidente a flagrante ilegitimidade de sua intervenção, permitindo a utilização de outros instrumentos jurídicos de correção destes abusos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS**

ANTON, Vives. *Fundamentos Del sistema penal*. Valencia: Tirant To Blanch, 1996.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea: Dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ASÚA, Luiz Jimenez de . *La ley y el delito: Principios de Derecho Penal*. 2. Ed., Buenos Aires: Editorial Hermes.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*. 2. Ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora*. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELING, Ernest Von. *Esquema de Derecho Penal: La doutrina del delito tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires, Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v.1., 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_, Cláudio. *Introdução ao direito penal : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Introdução. Norma Penal e fato punível. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo Cezar. *Direito Penal e ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

\_\_\_\_\_, Paulo Cezar; HAUPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁRES GONZÁLEZ, Carlos e PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Un nuevo sistema del derecho penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires: 1999.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral*. Vol. I. Tradução de José Luiz de A. Franceschini e J..R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956.

CHAVES, Raul. *Da tipicidade penal*. Bahia: Artes Gráficas.

COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal: Conceito, Teorias da Pena, Direito Penal Constitucional, Hermenêutica e Aplicação da lei penal*. Salvador: JusPodivm, 2009.

\_\_\_\_\_, Yuri Carneiro. *A disciplina do concurso de pessoas no âmbito da lavagem de capitais*, in *Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Coord. Gamil Foppel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.933-940.

CONDE, Francisco Munoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no nacional socialismo. Tradução Por Paulo César Busato da 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina Geral do Crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESCAMILLA, Margarita Martinez. *La imputacion objetiva del resultado*. Col. De Criminologia y Derecho penal. Dirigida por el Prof. Dr. Manuel Cobo Del rosál. Madrid: EDERSA, 1992.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: Garantismo; Deveres de Proteção; Princípio da proporcionalidade; Jurisprudência Constitucional Penal. Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

GRECO, Luiz. *Tem futuro o conceito de ação?* Temas de Direito Penal. Parte Geral. Coords. Luis Greco; Danilo Lobato. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p.147-169.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 12. Coord. Luis Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIBOLRG, A. Ricardo; GHIGLIANI, M, Alejandro; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires; EUDEBA, 1994.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts) Tradução da 2. Ed. alemã, rev. e ampl. de Pablo Rodrigo Alflen da Siva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho penal*, trad. espanhola de Francisco Munoz Conde e M<sup>a</sup> Del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant to Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_, Winfried. *Três temas penais*. Porto Alegre e São Paulo: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. 6. reimp. Trad. De José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

HIRSCH, Hans Joachim. *La polemica em torno de La accion y de La teoria Del injusto em La ciência penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo 1<sup>o</sup>. Arts.1<sup>o</sup> a 10<sup>o</sup> vol.1. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. org. e intr. MOREIRA, Luiz; Oliveira, Eugenio Pacelli de. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luiz Callegari. São Paulo: RT, 2000.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Edições JusPodivm, 2008.

JUNIOR, Miguel Reale. *Teoria do Delito*. São Paulo: RT, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Souza e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZT, Fran Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução da última edição e comentado por José Higinio Duarte Pereira. Tomo I, Rio de Janeiro: Briguiet e C. Editores, 1899.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2006.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997.

MACHADO NETO, A.L. *Filosofia da Filosofia: Introdução Problemática à Filosofia*. Cadernos de Textos, Cursos, Mementos e Sinopses. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

\_\_\_\_\_, Luis Gracia. *La Cuestion de La Responsabilidad Penal de las propias personas jurídicas*. In Responsabilidade Penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação Penal subjetiva. Coord. Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Prol. de Octavio Peres-Vitoria Moreno. Trad y notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MELLO, Sebastian Borges Albuquerque de. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas jurídicos*. Curitiba; Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*: Nueva edicion, revisada y puesta al dia por José Rodriguez Munoz. Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. *A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal*. In direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Bioética*. Notas de Aula. DOUTORADO. UFBA: 2º semestre, 2009.

MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: Parte General*. Obras completas. Pref. Luis Regis Prado. São Paulo: RT, Ara Editores, 2007.

\_\_\_\_\_, José Cerezo. *Curso de Derecho penal Español: Parte General*. Teoria jurídica del delito. v.2. 5. ed, Madrid: Tecnos, 1997.

\_\_\_\_\_, José Cerezo. *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*. Problemas Fundamentales Del derecho penal. Madrid: Tecnos, 1982.

MIR PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases Del Derecho Penal: Concepto y Método*. Barcelona: Bosch, 1976.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Landin, 2006.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente; Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 3.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, Arts. 1º a 120, v.1, 7. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: RT, 2007.*

\_\_\_\_\_, Luis Regis. *Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança(com análise da lei 11.105/2005)*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_, Luis Regis; *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações*. In *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica*. Em defesa do princípio da imputação Penal subjetiva. Coord. Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2001

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed., rev. e aum. Saraiva, São Paulo: 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. portuguesa de L. Cabral de Moncada, 4.ed. Coimbra: Ed. Arménio Armado, 1961.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito*. Tomo I. Tradução da 2. ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena;Miguel Diaz y Garica Conleddo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999.

\_\_\_\_\_, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução de Luiz Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. tradução de Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Cris: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción*. Anuário de Derecho penal y ciências penales, Tomo 44, fascículo 1, 1991.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general del filosofia del derecho*. México, Editorial Porua, 1959.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal em lãs sociedades postindustriales*. Madrid; Civitas, 1999.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_, Ricardo Mauricio Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: Uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VALLEJO, Manuel Jaen. *El concepto de accion em la dogmática penal*. Colex, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Colab. Leonel Severo Rocha. 2. versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal: Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Trad. por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Buenos Aires: Editorial IBEF, 2003

\_\_\_\_\_, Hans. *Estudios de filosofía Del Derecho y Derecho penal*. Maestros del Derecho penal. Director: Gonzalo D. Fernandez – Coordinador: Gustavo E. Aboso. Nº 15, Buenos Aires, Montevideo: Editorial IBEF, 2004.

\_\_\_\_\_, Hans. *Introduccion a la filosofía del derecho: Derecho natural y justiça material*. Trad. Felipe Gonzalez Vicén da 4. Ed. Alemã. 2. Ed. Madrid: Aguilar, 1971.

\_\_\_\_\_, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista* Tradução, apresentação e notas de Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1997.

## REVISTAS

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Considerações sobre um modelo teleológico-Garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais, Direção: Aury Lopes Junior, Alexandre Wunderlich, Gabriel José Gauer, Ruth Maria Gauer, Salo de Carvalho, Ano 3, nº 11, Porto Alegre, Notadez, 2003, p.97-123.

BACIGALUPO, Enrique. *Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.52, São Paulo: RT, Janeiro-fevereiro – 2005.

BRANDÃO, Claudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Ano 1, Direção. Juarez Tavares, Luis Regis Prado e Miguel Reale Junior. São Paulo, v. 1, RT, Julho-Dezembro de 2004, p.171-184.

COÊLHO, Yuri Carneiro. *Crítérios dogmáticos para uma definição jurídico penal do aborto do feto anencéfalo*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Direção: Juarez Tavares, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Junior, Ano 2, São Paulo, v.3, RT, 2005, p.147-158, Julho-Dezembro de 2005.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves de. *Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. In <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp20art08.pdf>, p.01-14.

DIAS, Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.º33, 2001, p.39-65.

FERNANDEZ, Luciana de Medeiros. *Direito Penal máximo ou intervenção mínima do Direito Penal?* Breves lineamentos sobre a função do Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 69. São Paulo: RT, 2008, p.46-94.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Subsídios para uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica*. Fenomenologia e Direito, Cadernos da EMARF, v.1, n.1, Rio de Janeiro: p.1-100, abr./set. 2008, p.3 In [http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/subsidios\\_para\\_uma\\_critica.pdf](http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/subsidios_para_uma_critica.pdf), acesso em 09/02/2010.

GRECO, Luiz. *Introdução à dogmática Funcionalista do Delito: Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 08, São Paulo: RT, nº32, Out-Dez-2000.

LAMPE, Ernst Joaquin. *Sobre a estrutura ontológica Del injusto punible*. Revista de Estudos Criminais, Direção: Aury Lopes Junior, Alexandre Wunderlich, Gabriel José Gauer, Ruth Maria Gauer, Salo de Carvalho, Ano IV, nº 16, Porto Alegre, Notadez, 2004, p.31-47.

LOPES, Othon de Azevedo. *Os fundamentos filosóficos e metodológicos da Teoria finalista da ação*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 44, São Paulo: RT, 2003, p.128-157.

MARTIN, Luis Gracia. *O finalismo como método sintático real-normativo para a construção da teoria do delito*. Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Direção: Juarez Tavares, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Junior, Ano 2, São Paulo, n. 2, RT, janeiro-junho de 2005.

PUIG, Santiago Mir. *Limites Del Normativismo em Derecho Penale*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia, ARTÍCULOS , RECPC 07-18, 2005, Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. acesso em: 08 de setembro de 2009.

REALE JUNIOR, Miguel. *Meio ambiente e Direito Penal Brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Direção: Juarez Tavares, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Junior, Ano 2, n.2, São Paulo, v.2, RT, 2005, p.147-158, Janeiro-Junho de 2005

ROXIN, Claus. *Apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 32, 2000.

BRANDÃO, Claudio. *Teorias da Conduta*. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 37 n. 148, out./dez. 2000, Disponível em: [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf\\_148/r148-05.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_148/r148-05.pdf), acesso em: 28 de outubro de 2009.

## **TESES**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese de Doutorado. Tomo I, Programa de Pós Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 1994, p.255, In <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Andrade-Dogm%E1ticaSPBSJP.pdf>\_acesso em 19.02.2010.