

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Eduardo Küpper Pacheco de Aguirre

A evolução metafísica da teoria do delito

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Eduardo Küpper Pacheco de Aguirre

A evolução metafísica da teoria do delito

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Pugliesi.

**SÃO PAULO
2010**

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Esta dissertação analisou a evolução metafísica da Teoria do Delito começando pela teoria causalista e terminando na teoria finalista. O conceito de delito ao longo de diversas épocas vem passando por transformações e para descrevê-las foram observados os fundamentos filosóficos de cada uma destas correntes. Foram avaliadas diferentes dogmáticas com as abordagens de doutrinadores, tais como: Lizst, Belling, Mezger, entre outros. Concluiu-se que as discussões sobre a conceituação do delito não devem se encerrar, muito pelo contrário, as críticas e os novos entendimentos sobre a ação delituosa devem estar sempre presentes na discussão jurídico-penal, a fim que a teoria possa continuar evoluindo e atendendo amplamente aos interesses da sociedade.

Palavras-chaves: Crime – Metafísica - Teoria do Delito - Direito Penal

ABSTRACT

This work analyzed the metaphysic evolution of the Theory of Crime causal theory by starting and finishing in the finalist theory. The concept of crime over several times has been undergoing changes and to describe them were found the philosophical underpinnings of each of these currents. Were evaluated with different dogmatic approaches of scholars such as Liszt, Beling, among others. We conclude believing that discussions on the concept of crime should not end quite the contrary, the existence of climate and new understandings of criminal acts must always be present in the intricacies of criminal law in order that the theory can continue evolving and largely given to the interests of society.

Key-words: Crime – Metaphysic - Theory of crime- Criminal Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – DA ESTRUTURA FUNDAMENTAL DO PENSAMENTO METAFÍSICO.....	20
1.1 O pensamento da identidade.....	21
1.2 O idealismo.....	22
1.3 O conceito forte de teoria.....	25
CAPITULO II - DOS SISTEMAS CAUSAIS.....	26
2.1. O sistema naturalista.....	26
2.1.1 Fundamentos.....	30
2.1.2 Ação.....	33
2.1.3 Causalidade.....	36
2.1.4 Tipo.....	37
2.1.5 Antijuricidade.....	39
2.1.6 Culpabilidade.....	40
2.1.7 Apreciação crítica.....	43
2.2 O sistema neokantiano.....	46
2.2.1 Fundamentos.....	47
2.2.2 Ação.....	53
2.2.3 Causalidade.....	54
2.2.4 Tipo.....	55
2.2.5 Antijuridicidade.....	57

2.2.6 Culpabilidade.....	59
2.2.7 Apreciação crítica.....	60
CAPÍTULO III- DO SISTEMA FINALISTA.....	66
3.1 Fundamentos.....	66
3.2 Ação.....	77
3.3 Causalidade.....	81
3.4 Tipo.....	82
3.5 Antijuricidade.....	83
3.6 Culpabilidade.....	85
3.7 A teoria social da ação.....	87
3.8 O resgate da teoria finalista e a guinada funcionalista.....	91
3.9 Da causalidade à imputação penal.....	93
3.10 Apreciação crítica.....	98
CAPÍTULO IV – MOTIVOS DO PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO....	102
4.1 A racionalidade procedimental.....	104
4.2 A situacionalização da razão.....	107
4.3 A guinada lingüística.....	110
4.4 A guinada pragmática.....	115
CONCLUSÃO.....	118
APÊNDICE - DOS SISTEMAS FUNCIONALISTAS.....	119
1 Da imputação objetiva enquanto proposta operacional do Direito Penal.....	129

2 Precedentes históricos e justificação teórica da teoria da imputação objetiva	131
3 Operacionalização e sistematicidade da teoria da imputação objetiva.....	132
4 A questão do risco na teoria da imputação objetiva.....	134
5 Sobre a teoria funcionalista de Claus Roxin.....	135
6 Ação.....	138
7 Causalidade e imputação.....	139
8 Tipo.....	140
9 Antijuridicidade.....	142
10 Culpabilidade.....	143
11 Sobre a teoria funcionalista de Günther Jakobs.....	144
12 Ação.....	145
13 Causalidade.....	146
14 Tipo.....	147
15 Antijuridicidade.....	148
16 Culpabilidade.....	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	150

INTRODUÇÃO

Este trabalho procura identificar o pensamento metafísico como o fio condutor de toda evolução da teoria do delito. Para isso, serão apresentadas as bases do pensamento metafísico com as quais se identificará essa forma de pensar nas diversas correntes jusfilosóficas da teoria do delito, dos sistemas causalistas até os funcionalistas.

Apresentados as correntes que serão investigados, ressalta-se que os fundamentos filosóficos de cada uma delas são diferentes. Inicialmente, o sistema clássico foi alicerçado em bases naturalistas predominante até meados do século XIX. Von Liszt, junto a Prins e Hammel, fundaram a Escola Moderna Alemã.

De acordo com o pensamento desta Escola a ação deveria ser entendida como causação de modificação no mundo exterior por intermédio de um comportamento humano voluntário, conhecido nos dias atuais como o modelo clássico de ação.

Para Liszt o delito deve ser compreendido como ato contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena, a sua definição gira em torno do ato em si, e deve ser considerado como um processo causal.

Liszt defende que para existência da pena devem ser estudados os aspectos e as causas interiores a este. O delito, assim, seria um fato jurídico, onde deve ser investigado o fato humano e social, que constitui a realidade fenomênica. Ele compreende que na ocorrência

de um delito há influência das condições sociais, até mesmo as econômicas, repelindo a idéia do criminoso nato.

O resultado incorpora-se à ação como seu momento final composto de uma alteração no mundo exterior, que pode até ser a mudança psicológica sofrida pela vítima, haja vista que o mundo interior de outrem é o mundo exterior ao agente.

Em relação aos elementos subjetivos e objetivos eles são representados pela antijuridicidade e pela culpabilidade, servindo inclusive para diferenciar tais elementos, valorando-se naquele o ato, numa dogmática objetivo-normativa.

A partir de 1906, por intermédio da publicação *Die Leher von Verbrechen*, Beling desenvolve um conceito de tipo totalmente singular frente à antijuridicidade e à culpabilidade, entre as características do tipo causal postulado por Beling estão o desprovemento do juízo de valor e a ausência do elementos subjetivos, limitando o conceito às características objetivas do crime.

Para Beling, a valoração da conduta pertence à norma, e não ao tipo. Esta abordagem facilita o entendimento do conceito analítico de delito e o próprio estudo da ação. O doutrinador busca a separação do tipo da antijuridicidade, concedendo-lhe neutralidade. A tipicidade não significa de igual forma a de antijuridicidade, representando apenas seu indício.

Assim, para Liszt e Beling a tipicidade, antijuricidade e culpabilidade são elementos distintos intrínsecos no conceito de ação. A ação seria um processo causal externo, e o conteúdo da vontade, o que permitia a separação absoluta da antijuricidade e da culpabilidade, respectivamente.

No *corpus*, serão observadas as críticas ao sistema de Liszt e Beling, mas inicialmente apresenta-se que entre as principais está o fato da impossibilidade de solucionar vários problemas, tais como: a omissão, muitos teóricos questionam que não há como ocorrer à fundamentação da responsabilidade penal do agente.

Em relação aos delitos de mera conduta, o aspecto externo não havia justificativa para o fato de, frente à descoberta dos elementos subjetivos na antijuricidade. Teóricos como Welzel relatavam que o conceito natural de ação é ontologicamente insustentável, pois há a ocorrência de uma separação da estrutura do ser da ação, no que diz respeito, ao seu conteúdo de seu aspecto subjetivo.

A teoria naturalística também foi rejeitada por Mayer que em 1915 publicou o título *Tratado de Direito Penal* em 1915. Mayer compreendia que a tipicidade é o primeiro pressuposto da pena, cumprindo uma função tão-somente indiciária da antijuricidade, sendo, portanto, a *ratio cognoscendi* desta.

Para Mayer, a antijuricidade pode ser entendida sob dois prismas: de realização do tipo, e por meio da inexistência de causa de

justificação. A impossibilidade da separação entre a descrição dos fatos e sua valoração destruiu paradigma descritivo do tipo.

A partir da compreensão que não há a ocorrência apenas de elementos descritivos de tipo, ou seja, que também há aqueles tipos que precisam de valoração, o entendimento da teoria do tipo obteve um grande impulso.

Os neokantistas, no sistema neoclássico, defendiam a valoração da realidade. A corrente é proveniente de reflexões sobre as idéias kantianas, entre seus principais ideólogos estão Mayer e Mezger.

Os neokantistas buscam introduzir a valoração ao sistema clássico de Liszt- Beling, formando o conceito neoclássico do delito. No esforço em prol da modificação da teoria do delito, observam-se dois momentos principais.

No primeiro deles, Mayer e Mezger voltam os estudos para a compreensão dos elementos normativos do tipo. Em um segundo momento, Nagler e Heler elaboram a teoria dos elementos subjetivos do injusto, que mais tarde foi objeto de estudo específico de Mezger.

A teoria dos elementos subjetivos do injusto combate a postura de que a tipicidade e a antijuridicidade compõem-se apenas de características objetivas e subjetivas. Há a mudança do entendimento do delito, pois agora passa a ser compreendida a normatização do tipo, a inclusão da antijuridicidade material, e a compreensão da culpabilidade como formação da vontade contrária ao dever.

Mezger postulou a estrutura bipartida do delito, onde deveria haver uma conduta tipicamente antijurídica e culpável. O tipo seria, assim, o fundamento da antijuridicidade e não o seu elemento identificador.

Em relação ao injusto penal, o mesmo teria elementos próprios que não teria relações com os demais ramos do Direito. Ele surgiria por intermédio da realização de conduta prevista como crime na lei penal. Dentro dessa corrente uma conduta poderia ser considerada lícita sem ser necessariamente tipificada.

Em relação ao finalismo pontua-se que os mesmos foram embasados na ontologia, proveniente do pensamento aristotélico-tomista, entre seus precursores está Welzel que em 1930 lançou o título Filosofia para o Direito Penal, nele o doutrinador questiona o conceito do delito existente e lança a discussão sobre o conceito final da ação.

A questão da vontade voltada na possibilidade de previsão do individuo sobre as conseqüências da sua ação, da sua capacidade de dirigi-la a uma finalidade ganha ampla discussão. Para Welzel, o dolo deveria ser descartado da culpabilidade e incluído na estrutura do conceito de ação.

O sentido da própria ação seria assim o elemento essencial de configuração do injusto, para Welzel, a estrutura ontológica da ação é anterior a qualquer valoração ou regulação. A ação passa a ser compreendida em sua própria essência, não é admitida a separação da vontade de um ato humano, já que é sempre dirigido a um fim.

A corrente finalista trouxe a reflexão que se a vontade está incluso na ação, o dolo e a culpa deveriam fazer parte do próprio tipo, agora dividido em objetivo e subjetivo, e não mais a culpabilidade.

A culpabilidade é entendida como puro juízo de reprovação sobre o autor, por este não ter agido de outro modo, embora pudesse, ganhando relevância a possibilidade de agir conforme o direito. A teoria finalista contribui na definição do delito, à medida que traz a subjetivação do injusto e, ao mesmo tempo a dessubjetivação e normatização da culpabilidade, em total oposição ao sistema clássico.

A corrente finalista como será visto no corpus recebeu muitas críticas, a principal delas é sobre o injusto pessoal.

O finalismo, para muitos críticos é apenas o acréscimo do conceito clássico do tipo, o aspecto subjetivo. O tipo objetivo permanece o mesmo, representado pela ação, constatação da causalidade e do resultado.

Em relação à *corrente funcionalista*, menciona-se que tem como os seus principais precursores Roxin e Jakobs. Os funcionalistas abrem as discussões sobre o injusto, e sobre as relações da tipicidade e antijuridicidade.

De um lado Jakobs parte da tese que a diferenciação entre tipo e antijuridicidade só teria importância na identificação da espécie do erro que poderia ser proveniente da falsa representação por parte do agente, enquanto Roxin investiga o significado do tipo que para ele deveria ter

três aspectos principais, entre eles: no sentido sistemático, no sentido político-criminal e no sentido dogmático.

Roxin defende a teoria da estrutura finalista, onde o tipo é dividido em subjetivo e objetivo, mas ressalta-se que para ele, a ação típica é composta de valores externos e internos que serviriam apenas à ordem externa e que não devem ser levados em conta na ocorrência de contrariedade do sentido de um conceito.

Após esta breve apresentação observa-se que as teorias possuem distinções, e todas elas apresentaram defensores e opositores, nesta investigação será apresentada, portanto, as principais diferenciações das teorias e as principais críticas que as mesmas receberão.

Entre as distinções que serão analisadas, menciona-se: conceito de conduta (de ação), características da conduta, conceito de tipo penal, conceito de fato, conceito de fato típico, requisitos do fato típico, conceito de dolo, requisitos do dolo, conceito de culpa, natureza do dolo, localização do dolo e da culpa, inexistência de dolo ou culpa, consequência da inexistência de dolo ou culpa, natureza da antijuridicidade, relação entre tipicidade e antijuridicidade, requisitos da culpabilidade, localização da consciência da ilicitude, natureza da consciência da ilicitude, natureza da culpabilidade, teoria da culpabilidade adotada e o conceito analítico do delito.

Este estudo partiu ante ao fato de que no Brasil a definição do delito até meados da década de 1970 era predominantemente baseada na teoria causalista, depois foi adotada pelo âmbito jurídico brasileiro a conceituação do delito pela corrente finalista. Essa investigação mostrará a evolução do conceito de delito.

Em relação à relevância do estudo, pode-se dizer que ela deriva do aspecto filosófico encontrado em toda essa investigação acerca da movimentação evolutiva da teoria do delito, em seus diversos debates entre os diferentes sistemas, eis que se pode vislumbrar, com o presente estudo, que todas as correntes jusfilosóficas penais se encontram no horizonte de uma filosofia subjetiva fortemente transcendental, e, portanto, metafísica.

Em relação à estrutura, a presente investigação inicia com a apresentação do tema, do seu objetivo geral, da sua relevância e da sua justificativa. Há uma breve apresentação dos motivos de pensamento metafísico, para após ingressar no campo das correntes causalistas, e finalistas, e, finalmente, consignar os motivos do pensamento pós-metafísico.

O estudo foi estruturado em cinco capítulos. O primeiro lança os motivos do pensamento ocidental metafísico, para, nos capítulos seguintes os relacionar com os conteúdos expostos em cada corrente de pensamento jurídico-penal da teoria do delito, e, ao final, segue-se os motivos do pensamento pós-metafísico. Eles trarão a fundamentação

teórica que embasam o tema, os conceitos e as teorias principais, além dos modelos e tipologias existentes.

CAPITULO I – DA ESTRUTURA FUNDAMENTAL DO PENSAMENTO METAFÍSICO

Como estratégia de abordagem, adotaremos uma perspectiva distanciada, condensando a monumental pluralidade das teorias metafísicas em três aspectos fundamentais, concernentes ao pensamento da identidade, ao idealismo e ao conceito forte de teoria.

Tais características fundamentais do pensamento metafísico cumprirão a estratégica função de estabelecer as bases para a análise de toda a problematicidade levada a efeito pelas diversas concepções teóricas do delito.

Desta forma, desenvolve-se o fio condutor do presente trabalho, consistente na apresentação do caráter metafísico de toda a discussão teórica que gravita em torno da teoria do delito.

De modo a simplificar em demasia, desconsiderando até mesmo a linha aristotélica, destaca-se, para os fins aqui pretendidos, a caracterização da metafísica como o pensamento de um idealismo filosófico que se origina em Platão e tem seu ápice em Hegel (HABERMAS, 2002, pg. 38).

Contudo, convém ressaltar que a linha anti-metafísica, composta pelo materialismo antigo e o ceticismo, bem como pelo nominalismo da alta Idade Média e o empirismo moderno, está situada dentro do horizonte das possibilidades do pensamento metafísico.

1.1 O pensamento da identidade

Sob a perspectiva do pensamento da identidade, há que se ressaltar que a filosofia antiga herda do mito o “holismo”, ao lançar um olhar sempre dirigido ao todo, levantando, por assim dizer, a pretensão de ser o pensamento da totalidade, melhor dizendo, de pensar o mundo como um todo.

A metafísica é, segundo o pensamento habermasiano, fundamentalmente este holismo, ao considerar tudo em relação ao uno.

Porém, distingue-se do mito eis que renuncia a linguagem narrativa em prol de uma abordagem conceitualista, o que implica dizer que aquilo que o mito considerava as origens de tudo é expresso agora em termos de princípios, a partir de onde tudo é pensado.

Tais princípios constituem uma dimensão além do espaço e do tempo, algo incondicional e infinito, que se contrapõe à realidade finita ou a ela subjaz como seu fundamento (ARAÚJO DE OLIVEIRA, 2002, pg. 59).

São tais princípios que tornam possível a visão da unidade, pois é a partir deles que todas as realidades são consideradas parte de um todo.

A relação metafísica fundamental ao mesmo tempo lógica e ontológica é a relação de identidade e diferença. O uno é tanto princípio como origem, sentença fundamental e fundamento essencial, ao passo que o múltiplo deriva do uno, tanto no sentido da fundamentação como no da gênese.

1.2 O Idealismo

Essa relação implica dizer que a explicação dos fenômenos não pode ocorrer no nível dos próprios fenômenos, mas a partir de algo que subjaz aos fenômenos: o respectivo fundamento ontológico, isto é, as essências, idéias, formas ou substâncias.

O particular é sempre compreendido a partir do universal, de tal modo que essa idéia reflete um sentido emancipatório, eis que é na presentificação contemplativa da identidade do mundo como totalidade que o eu conquista sua identidade.

No que concerne à doutrina das idéias, Habermas pondera que

“o uno e o todo resultam de um esforço heróico do pensamento: o conceito do ser surge no momento da passagem do nível conceitual da narrativa para o do esclarecimento dedutivo que segue o modelo da geometria”
(ARAÚJO DE OLIVEIRA, 2002, pg. 39)

Essa idéia teria inspirado a concepção de Parmênides segundo a qual existe uma relação íntima entre o pensamento abstrativo e o ser, tomado como mero produto desse, o que levou posteriormente a Platão refletir que a ordem fundadora da unidade, que subjaz, como essência, na variedade dos fenômenos, é de natureza conceitual.

É, pois, pela via da natureza conceitual que o ser extrai os atributos do geral, do necessário e do atemporal.

O ideal, inserido em todas as coisas, constitui a unidade do todo, eis que ele acena para o topo da pirâmide conceitual hierarquicamente ordenada, onde tem morada justamente a idéia do bem, que contém em si todas as outras idéias. É porque é ideal que o ser é universal, necessário e atemporal.

Na leitura habermasiana, a metafísica é marcada por uma tensão fundamental e insuperável, porque decorrente de sua própria estrutura, a saber, a tensão entre um conhecimento discursivo, baseado na experiência, e um conhecimento radicado na intuição intelectual.

Nesse contexto de pensamento, surge uma problemática traduzida na questão de que, por um lado, as idéias deveriam ser totalmente distintas de tudo o que é material, e, por outro lado, elas o contêm, são até mesmo a duplicação do conteúdo material das coisas singulares empíricas das quais foram abstraídas.

Assim, o grande mérito do nominalismo e do empirismo moderno foi ter descoberto essa contradição principiológica da metafísica, e tirado disso notáveis conseqüências.

A tese básica do nominalismo, que vai marcar toda a racionalidade moderna, consiste no rebaixamento da noção de forma, que fora relegada à mera condição de sinal atribuído às coisas pelo sujeito cognoscente.

Até mesmo a noção de coisas singulares dessubstancializadas, que o nominalismo havia deixado tratado de forma residual, passa, com Hume, à categoria de impressões dos sentidos que o sujeito capaz de percepção utiliza para representação de objetos.

Esse movimento filosófico provocou uma reação no seio do idealismo, que culminou na articulação de uma nova vertente capaz de promover uma transição paradigmática no horizonte básico da metafísica.

O idealismo moderno, encarnado na filosofia da subjetividade, se movimenta na direção de uma teoria da subjetividade que se assume como fonte última das ações transcendentais e como espírito absoluto.

No entanto, convém repisar que houve apenas uma transformação imanente à postura metafísica. Isso porque as essencialidades ideais, tomadas como objeto da metafísica, se deslocam para o âmbito de uma razão produtora que assume dupla versão, a saber, a transcendental, em que a ela consiste na subjetividade constituidora do

sentido do mundo, e a dialética, em que ela se compreende enquanto espírito processual, que se efetiva na natureza e na história e retorna a si

Em ambas versões, a razão se afirma como uma reflexão ao mesmo tempo totalizante e auto-referida, assumindo, com isso, a herança da metafísica, eis que garante o primado da identidade frente à diferença e a procedência da idéia frente à matéria.

No dizer de Habermas

“a própria lógica hegeliana, que pretende mediar simetricamente o uno com o múltiplo, o infinito com o finito, o geral com o temporal, o necessário com o acidental, não consegue fazer mais do que selar a supremacia idealista do uno, geral e necessário, porque no próprio conceito de mediação perpetuam-se as operações totalizadoras e auto-referentes” (ARAÚJO DE OLIVEIRA, 2002, pg. 61)

Pode-se dizer, então, que a dialética hegeliana é a grande herdeira da tradição metafísica.

1.3 O conceito forte de teoria

Por derradeiro, o conceito forte de teoria é expresso pela filosofia analogamente às tradições religiosas, eis que ela se auto-afirmara como caminho de salvação, acessível apenas por eruditos que cultivavam contemplativamente um acesso privilegiado à verdade, lançando um olhar para além da vida cotidiana.

Entretanto, na modernidade o conceito de teoria perde esse caráter sacral, e com isso se ameniza um pouco o caráter elitista, que passa a assumir a forma de um privilégio social.

Mas permanece a interpretação idealista corporificada contemplativamente por meio do distanciamento em relação ao contexto de interesses e da experiência cotidiana.

Assim, no desprezo ao materialismo e ao pragmatismo, persiste algo da compreensão absolutista de uma teoria, que não somente se eleva acima da experiência e das ciências particulares, mas também compreende a si mesma na medida em que elimina qualquer vestígio de sua origem terrestre.

Com isso fecha-se completamente o círculo de um pensamento de identidade, que inclui a si mesmo na totalidade que apreende e por isso é capaz de se subsumir a uma exigência de fundamentar, a partir de si mesmo, todas as premissas; o que significa dizer que tal pensamento assume a forma de uma teoria que se fundamenta absolutamente a si mesma.

CAPITULO II - DOS SISTEMAS CAUSAIS

2.1 O sistema naturalista

Baseando-se nos princípios das ciências naturais experimentais, Liszt e Beling, mediante o método analítico do positivismo¹, elaboraram, na passagem do século XIX para o século XX, o conceito clássico de delito, sobre bases onde eles poderiam ser empiricamente comprováveis.

De acordo com Tavares (1980, p.16) o sistema também denominado Liszt-Beling postulou os fundamentos do conceito natural da ação:

“A ação desempenha uma ação básica no conceito de delito, vindo a constituir-se em elemento geral e comum a qualquer espécie de crime, capaz de ser seu substantivo, ao qual se agregam atributos legais imperativos, da tipicidade, anitjuracidade e culpabilidade (...), o conceito de ação deve conter unicamente o que for mais geral e necessário à sua formulação, tendo em vista seus objetivos. A consequência disso é que na ação não se investiga o conteúdo da conduta, nem seus possíveis aspectos normativos. A ação é

¹ Para Costa (2010, p.01): O conceito naturalista de ação e omissão mostra claramente a influência da filosofia positivista, cuja idéia pretendia transplantar, para a área das ciências humanas, os métodos e as leis das ciências da natureza. A falha da teoria causal da ação era fundamentalmente que o conceito unitário de ação, não poderia dar a resposta nem à omissão nem aos crimes de mera atividade, porque era um conceito excessivamente amplo. Em tal sentido, um problema grave aparecia, na teoria causalista-positivista, a saber, o tratamento dos crimes de omissão, no sistema de imputação, era incapaz de explicar o porquê do “não fazer” causa a configuração de um fato punível. Dentro da estrutura do naturalismo-positivista, - onde as primeiras concepções foram desenvolvidas sobre a ação, as concepções sobre as omissões no mundo exterior as foram consideradas um nada. Sem dúvida, a pretensão a encontrar um conceito unitário que poderia incluir/compreender a ação e a omissão, era num mesmo momento, a busca da dogmática. A teoria causal da ação teve que encontrar soluções satisfatórias a uma realidade atual de conduta diferente dos crimes comissivos. A omissão era, no geral, a não realização de determinado não fazer esperado. Omitir é um verbo transitivo. Não significa não fazer, mas não fazer algo. Algo natural no conceito de omissão aparece também para a ação causal BELING. Este conceito de omissão é incluído/compreendido em toda sua dimensão com relação ao conceito da ação mantido por BELING, que afirmava que a ação é um movimento corporal voluntário. COSTA, Flávio Ribeiro. A Omissão penal na doutrina de Armin Kaufmann. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/27209/3>. Acedido em 10 de março de 2010.

valorativamente neutra, sendo identificada como um movimento corpóreo voluntário, que produz uma modificação no mundo exterior. Compreende-se assim, no conceito de ação a verificação dos seguintes componentes: vontade, expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo e o resultado.”

Assim, verifica-se que ação é situada numa estrutura conceitual assentada em base eminentemente científico-naturalista e pré-jurídica, e encerra-se num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo.

Ainda de acordo com Liszt *apud* Robaldo e Vieira (2004, p. 147):

“Ação, para o autor, é a produção, conduzida por uma vontade humana, de uma modificação no mundo exterior - era a ação um fenômeno causal-naturalista (causa-efeito). Nesse conceito, para a modificação causal do mundo exterior devia bastar qualquer efeito, por mínimo que seja, como o provocar vibrações no ar no caso das injúrias. Como essa concepção de ação dificilmente podia compatibilizar se com a omissão, que nada causa, Roxin explica que Von Liszt chegou posteriormente a formular outra definição de ação, um pouco distinta, afirmando que “ação é conduta voluntária feita no mundo exterior; mais exatamente: modificação, é dizer, causação ou não evitação de uma modificação (de um resultado) do mundo exterior mediante uma conduta voluntária”.²

Desta forma, o núcleo conceitual do delito se fixa na ação, onde esta é compreendida como uma manifestação física, como por exemplo, o movimento do corpo. A ação resulta duma modificação do

² ROBALDO, Carlos de Oliveira Robaldo e VIEIRA, Vanderson Roberto Vieira. O sistema clássico da teoria do delito - a análise da teoria causal-naturalista da ação e da teoria psicológica da culpabilidade. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13120/12684>. Acedido em 10 de março de 2010.

mundo exterior, capaz de desencadear um processo causal, iniciado na realização de um ato. Haveria, assim, entre a ação e o resultado, uma relação de causa e efeito.

De modo a atenuar a proeminência naturalista da teoria do delito, Beling trouxe para o sistema positivista a noção de tipicidade, que deveria ser compreendida como uma conduta³ do agente. Isso abriria o caminho para a conceituação analítica do delito, cujas categorias consistem na tipicidade, antijuricidade e culpabilidade⁴.

A tipicidade e a antijuridicidade, para esse modelo, são requisitos objetivos, sendo na culpabilidade onde se verifica, com exclusividade, as circunstâncias subjetivas do delito.

A tipicidade possui então um caráter descritivo que não implica uma valoração da conduta, apenas em uma descrição objetiva de um determinado processo causal.

Por seu turno, a concepção de antijuridicidade⁵, trazida por Beling no âmbito de uma concepção objetivo-valorativa, delimita o objeto normativo, revelando que o fato praticado encontra-se em contrariedade ao Direito.

³ Positiva ou negativa

⁴ Estas três características, a ação, antijuridicidade e de culpabilidade, formaram a essência do conceito de delito, embora às vezes fosse necessário também adicionar algumas características que condicionavam a pena, mas que não tinha nada a ver com o ato em si ou seus elementos, e deviam ser considerados separadamente, as chamadas condições objetivas da penalidade. (MUÑOZ CONDE e 2000, p. 266). Sob o aspecto formal, crime é um fato típico e antijurídico.

⁵ Cf. Jescheck: "la relación entre tipicidad y juridicidad consistía tan sólo en que la primera sería un 'indicio' para la presencia de la antijuridicidad". (JESCHECK, 1993, p. 182).

Desta forma, a antijuridicidade remete ao juízo de desvalor, pois a valoração negativa da ação possui o caráter neutro e apenas descritivo da tipicidade.

A culpabilidade consiste no aspecto subjetivo do delito, capaz de promover a ligação entre o sujeito e a conduta típica e antijurídica por ele praticada. O conceito de culpa da estrutura clássica do crime anula todos os processos psíquicos e espirituais em relação ao desenrolar da representação internalizada do autor face aos acontecimentos.

A capacidade de culpa foi concebida como uma premissa de culpa. Dolo e imprudência foram entendidos como formas ou classes de culpa e o estado de necessidade foi classificado como causa de exclusão da culpabilidade (JESCHECK, 1993, p. 182).

2.1.1 Fundamentos

O sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito, foi construído sob a influência do positivismo, corrente de pensamento que preconiza a proeminência das ciências da natureza sobre a Filosofia, que, por sua vez, estaria cingida em torno do saber empírico e positivo.

Assim, o positivismo nasce justamente da idéia de uma lei natural tomada no sentido de relação constante entre os fenômenos, que

assume a privilegiada posição de ser a conclusão infalível de uma experiência fixa e inalterável (TAVAREZ, 2000, pg. 31).

Com Heráclito já é possível se vislumbrar a vinculação das leis naturais às leis humanas, que seriam estabelecidas como conseqüência natural do *logos*. Mas é com Kant que tal idéia é expressa racionalmente, que a subjetiva e a subordina aos preceitos *a priori* do entendimento:

“Se, de uma maneira, há princípios algures – diz Kant -, deve-se unicamente ao entendimento puro, que não é apenas a faculdade das regras dos princípios, segundo a qual tudo (quanto se nos possa apresentar como objeto) se encontra necessariamente submetido a regras, porque sem elas nunca os fenômenos comportariam o conhecimento de um objeto que lhes correspondesse. Mesmo as leis da natureza, quando consideradas leis fundamentais do uso empírico do entendimento, implicam um caráter de necessidade, portanto, pelo menos, fazem presumir uma determinação extraída de princípios que são válidos *a priori*, e anteriormente a toda experiência. Mas todas as leis da natureza se encontram, sem distinção, submetidas a princípios superiores do entendimento, pois elas não fazem senão aplicá-los a casos particulares do fenômeno. Só estes princípios dão, pois, o conceito, que contém a condição e, por assim dizer, o expoente de uma regra geral, enquanto a experiência dá ao caso que se encontra submetido à regra.” (TAVARES, 2000, p. 29-30).

Note-se, então, que a concepção positivista, que influenciou por completo o sistema naturalista, é erigida em bases fortemente metafísicas, eis que para essa corrente a teoria do delito não se identifica com a infração à norma resultante da experiência.

Do contrário, assenta seu fundamento na decisão racional, suprapositiva, que se expressa justamente na relação metafísica que a própria norma apresenta frente aos princípios que regem o entendimento e aos imperativos categóricos.

Ao fundamentar metafisicamente a ação e as respectivas categorias do delito a partir de princípios formulados *a priori* e espelhados na natureza racionalizada, o positivismo pode ser visto como a corrente de pensamento que deflagrou o início de um movimento de subordinação epistemológica da Filosofia à Ciência, que à época era concebida exclusivamente em seu caráter naturalista.

Desse modo, caberia à Ciência o saber particularmente unificado, enquanto que à Filosofia caberia o saber totalmente unificado.

De acordo com o pensamento de Miguel Reale, a distinção entre ambas não radicava na essência ou qualidade, mas tão-somente no grau ou generalidade (2008, pg. 15).

A Ciência, compreendida naturalisticamente, se encerrava nas disciplinas da Física, Química, Biologia, Astronomia e Matemática, que detinham sempre um conhecimento particular da realidade ou de algo; ao passo que a Filosofia viria depois, como enciclopédia das ciências, mediante a sistematização das concepções científicas, conferindo ao saber uma plenitude totalizadora.

Em linhas gerais, a guinada positivista consoma a tarefa de promover o desacoplamento da Filosofia à Teologia, que permaneceram ligadas, em relação hierarquizada, no período medieval. Assim, a Filosofia, que antes era concebida como subordinada à Teologia, passou a ser subordinada à Ciência.

Por isso que o positivismo, liberto epistemologicamente das amarras místicas e não comprováveis da Teologia, confere proeminência aos conceitos “não valorados”. Os valores são tomados como emoções, meramente subjetivas, inviabilizadoras do conhecimento científico, ao passo que cognoscíveis são os objetos capazes de serem mensurados por meio das ciências.

Nesse contexto foi concebido o conceito clássico de delito. Não é de se estranhar, então, que os pioneiros doutrinadores buscavam uma base científica para o direito, e para tal era necessário que fossem postuladas leis gerais, onde todas as formas de delito pudessem ser descritas.

2.1.2 Ação

Como já mencionado no tópico anterior, a ação⁶ na compreensão de Liszt-Beling é um movimento corporal que é capaz de

⁶ A doutrina naturalista da ação, no fundo, é um produto do positivismo filosófico, isto é, de uma concepção da realidade limitada aos fenômenos sensorialmente apreensíveis e da ciência como simples captação das relações de sucessão ou semelhança dos fatos uns com os outros. A realidade humana é –segundo esta concepção do pensamento filosófico do século XIX- reduzida a fenômenos naturais predeterminados (entre elas a ciência do direito), se reduzem à pesquisa de leis que expressam as relações de semelhança ou de sucessão, constantes e obrigatórias entre os dados. Os conceitos em que se traduz a legalidade da natureza retratam a realidade atual, isto é, o ôntico reduzido ao sensorialmente apreensível. E, sendo o tipo penal a conceitualização da realidade natural da ação, isto é, a subsunção em conceitos do ôntico da conduta, reduzida ao fatural, somente poderá ser ele –como conseqüência inelutável do entendimento da ação como mera modificação da realidade física, causada pela vontade- de caráter rigorosamente objetivo, uma vez que nesta forma de conceber a ação não tem guarida o axiológico e o subjetivo (MEZZOMO, 2005, p. 1).

produzir alguma alteração no mundo exterior, não faz parte nem o dolo nem a culpa.

As condutas são motivadas pela voluntariedade, ou seja, vontade de praticar ou não a conduta descrita objetivamente no tipo penal. Assim, o tipo é compreendido levando em conta todos os dados descritivos de um crime, o que significa dizer que para sua análise é realizada a subsunção do fato ao disposto na norma jurídico-penal.

Assim, os requisitos do fato típico englobam a conduta voluntária e o resultado naturalístico, perfazendo o nexos de causalidade e adequação aos termos da lei.

O conceito de ação surge como *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os elementos do crime. É um conceito naturalista, que, como já se disse, esgota-se num movimento voluntário causador de modificações no mundo exterior.

A ação desempenha uma função de constituir-se em elemento geral e comum ao qual se agregam os atributos legais da tipicidade, antijuradicidade e culpabilidade.

O conceito de ação contém unicamente o que for mais geral e necessário a sua formulação, neste contexto, na investigação da ação não é levada em conta o conteúdo da conduta, nem seus aspectos normativos.

A ação é valorativamente neutra, sendo identificada como um movimento corpóreo voluntário. No conceito de ação verificam-se os

seguintes componentes: vontade, expressão externa dessa vontade, através de um movimento corpóreo e o resultado.

A ação no sistema naturalista culmina com a vontade da ação, que é apenas aquela indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica, que serve como um impulso inicial capaz de deslocar a inércia do comportamento. Assim, a efetiva modificação sensível no mundo exterior é tida como condição essencial para a existência do delito.

Tratando-se, porém, de um conceito natural de causa, perceptível pelos sentidos, só se reconhece validade ao impulso volitivo, enquanto expressado através do movimento corpóreo.

A causalidade assume, dessa forma, aspectos inteiramente objetivos. Uma vontade sem manifestação em atos externos seja tomada, de que modo e sentido for resta, por conseguinte, absolutamente, irrelevante para o Direito Penal (TAVARES, 1980, p. 18).

A ação⁷, neste contexto, deve desempenhar um papel conceitual importante dentro do delito, marcando o ponto de apoio da construção analítica. Como não é admitida a investigação de conteúdo na ação, esta se apresenta quase que pressuposta, bastando que desempenhe uma função causal.

⁷ A ação é um processo mecânico, muscular e voluntário (porque não é um ato reflexo), em que se prescinde do fim a que essa vontade se dirige. Basta que se tenha a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que queira, para se afirmar que praticou ação típica. (MEZZOMO, 2005, p.01)

Ressalta-se que é justamente contra essa presunção de ação que recaem as maiores críticas ao sistema naturalista, principalmente para os defensores da teoria social da ação, que veremos posteriormente.

2.1.3 Causalidade

A corrente naturalista, como citado no tópico anterior, fracionou a ação em duas partes: o processo causal externo (objetivo) e de outro lado, o conteúdo da vontade meramente subjetivo.

De acordo com essa corrente, a ação deve ser compreendida como mero processo causal que desencadeia a vontade no mundo exterior independente de que o autor tenha querido ou possa sequer prevê-lo.

Feuerbach assinala que a teoria causal avalia toda a ação humana com base no delito, bem como que a dissociação de seus dois elementos (objetivo e subjetivo) reparte-se para efeito de análise de conteúdo, no injusto e na culpabilidade. Assim,

“o valor da teoria causal, pode estar atribuída, no enquadramento técnico dos elementos objetivo e subjetivo na estrutura de um crime, a partir de um conceito básico de ação, que os engloba de modo geral e mínimo, já antecedentemente a qualquer incidência legal. O valor da teoria, porém não deve ser exagerado, pois ao despojar a subjetividade da ação, faz com que, em última análise, a conduta humana se reduza a termos estritamente mecânicos, o que evidentemente corresponde à realidade das coisas.” (TAVARES, 1980, p. 20).

Os críticos dessa corrente ressaltam que o defeito da teoria causal emerge no fato de que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer.

A teoria causal ignora que toda a ação é uma obra mediante a qual a vontade humana configura. O conteúdo da vontade que antecipa mentalmente as conseqüências possíveis de um ato voluntário e que dirige o suceder externo.

Há nesta concepção da doutrina causal uma inversão da relação entre a vontade e a ação, ou seja, no desenvolvimento da ação desde a tentativa até a consumação. Ora, a tentativa não é um mero processo causal que não produz efeito, mas uma ação que leva a um resultado previamente elencado, que resulta numa ação na qual o conteúdo da vontade é o elemento constitutivo.

2.1.4 Tipo

Uma das maiores contribuições da teoria causal consiste na elaboração do conceito de tipo. No sistema naturalista, o tipo é compreendido como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, onde representa um papel preponderante o movimento do agente, a realidade causal e o resultado.

Pelo prisma do resultado, como ele é considerado também parte da ação, deve constar necessariamente de todos os delitos. “*Assim, o conceito causal não pode reconhecer crimes sem resultado*” (TAVARES, 1980, p.21).

O tipo tem uma característica marcante que é a de ser compreendido como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal e onde se representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado.

O resultado, como parte integrante da ação causal, deve estar contido necessariamente em todos os delitos, pois o conceito de ação não reconhece crimes sem resultados.

Essa noção de tipo revolucionou o Direito Penal, eis que, após esse entendimento, foi possível erigir as categorias jurídicas do delito, inaugurando seu primeiro sistema teórico-abstrato. A partir daí se pode vislumbrar o conceito analítico do delito.

Os partidários da teoria causal entendem que os crimes formais devem ser reconhecidos como o resultado a própria atividade do agente.

Essa posição encontra-se em coerência a esse sistema, já que nele o resultado é visto como integrante da ação podendo ser identificado com essa ação como movimento corpóreo que modifica o mundo exterior através de sua própria manifestação.

“A tipicidade para a teoria causal desempenha papel puramente descritivo e autônomo, nada tendo a ver com a antijuricidade. Depois por influência de Max Ernst Mayer, a

tipicidade passa a funcionar como meio de conhecimento da antijuricidade ou seu indício objetivo, isto é, desde que realizada uma ação concreta que se identifique com a descrição que dela se faz na lei penal, isto vem a constituir um indício objetivo da incidência sobre essa ação de uma norma proibitiva. Nessa colocação quem realiza o tipo já assinala que também contrariou todo o direito vigente. Mesmo assim, esse indício não se insere na proibição, ou seja, o tipo tem antes de tudo caráter formal, não sendo mais do que um objeto, composto de caracteres conceituais objetivos- descritivos do delito, sobre o qual posteriormente, incidirá um juízo de valor extraído da dedução das normas jurídicas em sua totalidade". (TAVARES, 2000, p. 136)

O tipo, no sistema naturalista, compreende os elementos objetivos e descritivos, é a descrição objetiva de um mundo exterior, ou seja, é entendido como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta que representa um papel decisivo na compreensão do movimento do agente e o resultado, que é considerado parte integrante da ação.

2.1.5 Antijuricidade

A antijuricidade no sistema naturalista compreende o que houver de objetivo e normativo, ela é definida formalmente como a contrariedade da ação típica a uma norma de direito que se fundamenta na ausência de causas de justificação⁸.

⁸ Von Ihering acredita que o juízo de relação entre a ação causal, posta em marcha pelo impulso volitivo e identificada no tipo, e a proibição ou determinação da ordem jurídica, antepostas a norma. Já Litz, compreende que a antijuricidade estaria simplesmente firmada com a ausência de causas de justificação. (TAVARES, 1980, p. 23)

A comprovação da antijuridicidade é realizada pela compreensão objetiva entre as normas jurídicas e o fato típico; que, por sua vez, é compreendido como antijurídico quando contradiz as normas jurídicas.

Entre as características da antijuridicidade, menciona-se: (TAVARES, 1980, p.24)

- a- Não admitir na verificação das causas de justificação qualquer elemento ou componente subjetivo;
- b- Tornar irrelevantes os erros de proibição, direto ou indireto.

A antijuridicidade na corrente naturalista ignora que o objeto não será o mero processo causal externo, mas todo fato, integrado por elementos subjetivos e objetivos.

Essa doutrina não permite a compreensão dos delitos culposos, pois para o Direito Penal, o fato culposo não consiste no resultado causado por um ato voluntário, mas na ação delituosa, ou seja, no desvalor da ação.

2.1.6 Culpabilidade

Há uma confusão entre os pressupostos do conteúdo de culpabilidade⁹. Essa confusão nasce precisamente da separação entre o que se pretende fazer entre, de um lado, o antijurídico objetivo, e, de outro, o culpável subjetivo, mas ressalta-se que a culpabilidade no sistema naturalista é meramente descritiva e subjetiva e é psicologicamente conceituada como uma relação psíquica entre o agente e o fato.

Entre os componentes psicomentais que integram a culpabilidade encontram-se o dolo e a culpa.

“Ao lado deles figura como pressuposto, a imputabilidade, que deve estar presente no momento da ação ou da omissão, e, como causa de exculpação, o estado de necessidade. Relativamente à consciência da antijuricidade, o tratamento não era uniforme: em parte era acatada, em parte era rejeitada como elemento autônomo da culpabilidade. A compreensão da culpabilidade não é retirada, pois de um conceito unitário, que informe, sistematicamente seus elementos, mas sim é adquirida enumerativamente pelo que é considerado subjetivo (...). Elevando-se esses elementos à mais alta significação dentro do estágio respectivo da culpabilidade, chega-se à afirmação, ainda hoje muitas vezes, ouvida e repetida, de que ela constitui o momento subjetivo do delito.” (TAVARES, 1980, p.25).

Assim, observa-se que a licitude dessa concepção está na possibilidade do estreitamento entre o vínculo do agente para com o fato, tornando-o coisa pessoal sua.

⁹ Para Von Liszt, a ação culposa é a causação ou o não impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo, o não conhecimento contrário ao dever da importância da ação ou da omissão como causa. Essa é uma formulação que muito se aproxima da doutrina brasileira, fixada, nas noções causuísticas da imprudência, negligência e imperícia. (TAVARES, 1980, p.27)

Entre os elementos intrínsecos a culpabilidade está o dolo que se constitui em núcleo da culpabilidade, desempenhando a função de portador da consciência da antijuricidade, transformando-se, pois, em *dolus malus*, ou seja, vontade de praticar o fato, com consciência de sua ilicitude.

Após a análise da corrente naturalista, verifica-se que o tipo compreende os elementos subjetivos e objetivos, e consiste na descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior.

É considerado antijurídico tudo o que houver de objetivo e normativo. Assim, a antijuridicidade é definida como uma contrariedade da ação típica a uma norma de direito, que se fundamenta na ausência de causas de justificação.

Já a culpabilidade é atribuída ao que for subjetivo e descritivo e a culpabilidade tem relação psíquica entre o agente e o fato.

Portanto, ressalta-se que entre as principais críticas do conceito causal-naturalista da ação é que o mesmo não compreende todos os comportamentos que podem ser previstos pela lei penal durante a ação delitiva, eis que não abrange os comportamentos omissivos culposos, em que há ausência absoluta de vontade, no contexto do mero pensamento do indivíduo.

A corrente naturalista também é criticada por não ser um conceito pré-típico adequado, pelo fato de incorporar em si o comportamento omissivo, antecipando sempre o elemento da tipicidade.

“Não há como desvincular a omissão de um parâmetro típico; só o tipo pode caracterizar um ato como omissivo” (ROBALDO et al, 2004).

2.1.7 Apreciação crítica

Na parte inaugural, esboçamos o contexto filosófico em que o sistema naturalista fora concebido. Assinalamos que o positivismo exerceu forte influência nessa vertente teórica, o que implica dizer que, para se distanciar da incerteza de concepções sacras, parte de uma preocupação exacerbada em conferir à noção de ação um caráter exclusivamente científico-naturalista.

O pensamento metafísico irradia intensamente o sistema naturalista, mediante a concepção positivista, que assimila o conceito de ação, bem como as categorias jurídicas do delito, nos limites da ciência naturalista totalizadora do conhecimento.

Precisamente por pretender o conhecimento particular do delito ancorado numa sistematização filosófica fiel à Ciência e capaz de sintetizar a totalidade do conhecimento, a corrente naturalista se auto-proclama como o único meio de acesso ao conhecimento teórico do delito.

A concepção naturalista é hipostasiada metafisicamente na teoria do delito, que pretende isolar totalmente a ação do direito, bem como as respectivas categorias jurídicas do delito, seguindo um

pensamento que aspira à totalidade através da análise particularizada do todo.

Desta forma, o positivista age de modo unívoco, classificando por critérios formais segundo a dicotomia objetivo/subjetivo, ou seja, tudo o que for objetivo é posicionado no injusto, ao passo que o que é subjetivo vai para a culpabilidade. Tudo o que houver de valorativo ingressa na órbita da antijuricidade, ao passo que o que for puramente descritivo ingressa no tipo e na culpabilidade.

Essa fragmentação metafísica aspiradora da univocidade do todo foi amplamente exposta nos itens antecedentes. Com efeito, no sistema naturalista o tipo compreende elementos objetivos e descritivos, a antijuricidade elementos objetivos e normativos e a culpabilidade elementos subjetivos e descritivos.

Uma típica crítica do sistema finalista ao naturalista reside justamente numa reconhecida insuficiência dessa corrente para sustentar a idéia de tipicidade puramente objetiva, diante da inequívoca existência de um elemento subjetivo do tipo no crime tentado.

Outra contradição surge com os critérios da concepção naturalista e os critérios jurídicos de tipicidade, que são autônomos e caminham em vias paralelas, ou seja, o jurista, ao tratar do resultado e da relação de causalidade, se depara com o dilema composto pelo antagonismo entre examinar a adequabilidade típica e agir de acordo com

o direito, ou de seguir o sistema e realizar duas operações, uma natural e outra típica.

Isso significa dizer que para o direito não basta a causalidade física para que haja de fato a imputação ao autor de um delito. Ora, o naturalismo conseqüente se vê obrigado a chamar de homicida aquele que fabricou a arma usada no delito, cuja ação é tida por típica e ilícita, porque causadora do resultado.

Note-se, então, que o conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos, tudo dependerá, conforme o próximo passo que será dado na evolução da teoria do delito, da importância que o direito atribui ao fato natural, ou seja, de uma valoração da qual este se torna objeto.

Tal valoração, amplamente negada pelo viés positivista, faz com que o fato natural instantaneamente o deixe de ser quando tomado como objeto de reflexão jurídica. Porém, tal concepção somente seria possível após a separação das ciências naturais das ciências do espírito, terreno sob o qual foi erigido o sistema neokantista.

Por fim, há que se ressaltar a sobrecarga positivista atribuída à lei, cujo caráter classificatório e formalista confia a ela a resolução de todos os problemas, bastando a subsunção desvalorada e automatizada para dar-lhes o tratamento mais justo e político-criminalmente correto. No exemplo utilizado, bastaria que o fabricante de armas soubesse que a

arma vendida seria usada no crime de homicídio para que ele respondesse por homicídio, o que afigura-se um disparate.

Em suma, essas contradições próprias do sistema naturalista advêm da exacerbação positivista do pensamento metafísico totalizador, retratado na busca incessante pela pureza unívoca espelhada no modelo absoluto da natureza, incapaz de assimilar corretamente as estruturas da ação típica e as categorias do delito em sua complexidade real.

Finaliza-se, aqui, portanto a análise do sistema naturalista, no próximo tópico será abordada a segunda etapa do causalismo, marcada pelo sistema neokantiano, onde foi realizada uma revisão crítica do conceito causal-naturalista de delito.

2.2 O sistema neokantiano

O sistema neokantiano¹⁰ trouxe uma revisão da corrente naturalista/causal do delito.

Durante essa fase, pensadores como Mezger, aperfeiçoaram o sistema causalista, foi abandonado o empirismo, ou seja, o método

¹⁰ “Na concepção causal os componentes do delito são meros atributos legais da conduta, onde o tipo desempenharia o primeiro papel, justamente o de conceito descritivista, ou melhor, de identificação. Esses aspectos puramente legalistas próprios do positivismo jurídico, reinante na época, não puderam resistir a uma alteração de perspectivas. O objeto da norma incriminadora deixa de ser o resultado de dano ou de perigo, cuja constatação era comprovável mediante um procedimento causal e a passa a ser a própria conduta, desvinculada de seu substrato natural e agora, sob enfoque puramente normativo. Isto de processa gradativamente sob a influência da teoria do movimento neokantista, o qual embora não tenha alterado sistematicamente a estrutura do delito proposta por Beling, lançou as bases para a sua transformação (TAVARES, 2000, p.137).

científico naturalista de observação e descrição em prol da utilização do método compreensivo e valorativo que tentava compreender, apreender e valorar significados para a compreensão da ação humana.

Em lugar da coerência formal de um pensamento jurídico finalizado em si mesmo foi estabelecida a aspiração da estruturação de um conceito de delito segundo as finalidades perseguidas pelo Direito Penal e as valorações abarcadas na teoria teleológica do delito.¹¹

2.2.1 Fundamentos

A total ausência de elementos valorativos proposta pelo positivismo naturalista desencadeou uma reação no seio das correntes de pensamento neokantistas, determinantes para a estruturação do sistema neokantista na teoria do delito.

Sem adentrarmos na discussão que envolve toda problematidade do culturalismo, para os fins do presente trabalho destacamos apenas o ponto de inflexão, caracterizador da ruptura com o positivismo naturalista.

Desta forma, o historicismo de Wilhelm Dilthey representa uma ponte de passagem das explicações positivistas e empíricas para mais

¹¹ A teoria teleológica do delito está intimamente ligada à teoria do conhecimento da filosofia do neokantismo, que revigora ao lado do método empírico formal das ciências naturais, o método de significação e valoração das ciências hermenêuticas. Neste patamar, o purismo didático do sistema primitivo é substituído por uma nova sistemática que se reflete na investigação e na compreensão dos elementos do delito, para dar lugar a outras e variadas orientações sobre o delito (TAVARES, 2000).

largas concepções do universo da vida, ou seja, ele pretende fundamentar o conhecimento científico da história e da sociedade (REALE, 2008, pg. 140).

Dilthey articulou o desafio de uma crítica da razão histórica e reformulou a postura da filosofia transcendental de tal modo que as produções da subjetividade transcendental, antes concebidas como isentas de qualquer contingência e de necessidade natural, pudessem encontrar um lugar no mundo sem com isso ter de eliminar sua relação interna com o processo de constituição do mundo (HABERMAS, 2002, pg.49-50).

Consegue, assim, transformar radicalmente a teoria do conhecimento, concedendo, no processo de conhecimento, uma posição central à mediação da tradição, à experiência, bem como à existência corporal, social e histórica.

Em linhas gerais, de modo reativo à hipostasiação valorativa promovida pelo positivismo-naturalista, o conjunto das produções culturais passa a se abrir, a partir de dentro, a um processo de interpretação, que toma como ponto de partida o saber intuitivo dos participantes.

Com isso, as substancialidades desaparecem do conhecimento da natureza, bem como do direito. Por meio da separação metodológica entre as ciências da natureza e as ciências do espírito forma-se, no lugar disso, uma diferença de perspectivas entre o que é interior e que é

exterior, que passa a substituir a diferença entre essência e aparência (HABERMAS, 2002, pg. 45).

As ciências do espírito são realinhadas para dentro da Ciência, pois passam a ter método próprio, a saber, o método referido a valores. Ao passo que as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los, eis que se constituem de modo compreensivo e não meramente explicativo, o que implica referi-los a finalidades e a valores.

Relevante neste ponto é assinalar que o historicismo de Dilthey, situado num contexto de destranscendentalização da subjetividade, constitui-se como a filosofia inspiradora das correntes de pensamento neokantistas, tanto da Escola de Baden como da Escola de Marburgo.

Assim é que o neokantismo da Escola de Marburgo, representado por Rudolf Stammer, empreendeu a tarefa de promover as primeiras reformulações no campo jurídico, no sentido de livrar a ciência jurídica das influências do positivismo naturalista.

Admite, então, que as idéias jurídicas são ordenadas na consciência de modo determinado, por meio de formas puras, que condicionam logicamente o direito, e que valem incondicionalmente. São princípios *a priori*, que condicionam logicamente todo o conhecimento jurídico particular.

Com isso o autor promove a autonomia metodológica do direito, eis que o método da ciência jurídica, cujo modo de pensar está em acordo

com a relação fim/meio, não poderia ser o mesmo das ciências naturais, cujo modo de pensar consiste numa ordenação dos fenômenos segundo a forma de causa e efeito. Para ele, a ciência do direito seria uma ciência de fins.

No entanto, a concepção neokantista da Escola de Marburgo não exerce qualquer influência no campo do Direito Penal, a não ser pelo fato de que serviu como ponto de partida para a filosofia dos valores de Windelband e Rickert, da qual a Escola de Baden se liga diretamente.

A partir da filosofia de Windelband que Rickert coloca em evidência o diferencial das ciências históricas, e seu fim de individualização.

Introduziu o conceito de valor, que, sem defini-lo expressamente, admitiu ser um *a priori* técnico-cognoscitivo. Assim é o historiador, ao se referir a valores deve encontrar um interesse geral, pois o valor acolhido aprioristicamente há de ser relevante não somente para o analista, como também, de um modo geral, para todos.

Desta forma, para que este valor tenha validade normativa geral, ele deve ser exigido de todos, o que representa uma comunidade cultural que se constitui mediante a vigência de valores.

A partir daí, Emile Lask, neokantista da Escola de Baden, aplica tais idéias à ciência do direito, que, ao lado de entender o Direito como ciência cultural, considerou-o também uma ciência dogmática.

A ciência do direito adota, por assim dizer, um método de jurisprudência referido a valores e a fins. O caráter teleológico dos valores dará margem à concepção finalista do bem jurídico de Schwig como idéia fundamental da interpretação jurídico-penal.

No entanto, Lask, por não ter aprofundado sua teoria, deixa de apreciar pormenorizadamente os problemas de interpretação da lei, ou da integração das lacunas ou da livre criação do Direito.

Ricket e Lask reclamaram um método específico para a ciência do direito, como ciência do espírito, abandonando o método científico-naturalístico da observação e descrição como única forma de defender a cientificidade do direito.

As idéias neokantistas somente vão irradiar especificamente a doutrina jurídico-penal com Radbruch, seguidor da corrente neokantista da Escola de Baden. Por meio do conceito kantiano de idéia, atribui ao Direito a mesma idéia de justiça. Embora nem todo o Direito positivo tenha necessariamente a idéia de Direito justo, sempre que orientado à exigência de justiça, tem esta idéia.

Defendendo uma teoria objetiva da interpretação, Radbruch via no Direito a ciência do sentido objetivo da ordem jurídico-positiva, que busca, na interpretação, um desenvolvimento e uma clarificação do conteúdo imanente do sentido de uma norma jurídica ou de um conceito jurídico.

Tomando a realidade como reino da natureza, esta é transformada pelo homem em valores que almeja e, portanto, sempre com um sentido axiológico. Diante desta inclusão valorativa, não aceitou o conceito excessivamente naturalista do sistema penal de Liszt-Beling, em dois aspectos fundamentais.

O primeiro consiste na impossibilidade de serem alçados sob um mesmo prisma naturalista os conceitos de ação e omissão, ao passo que o segundo consiste no problema da tentativa, supressora do resultado. Essa problematicidade já é afeta à discussão neokantista em torno da teoria do delito, que será examinada nos itens que seguem.

Ademais, também já ingressando no próprio campo dos debates jurídico-penais, merece destaque as obras fundamentais de Mayer e Mezger. Eles recriaram a compreensão do delito no Direito Penal, introduzindo o conceito de valoração ao sistema clássico de Liszt-Beling, formando o conceito neoclássico do delito.

Há dois momentos distintos nos quais tal teoria lança bases para a transformação da teoria do delito. No primeiro momento, Mayer e Mezger estudam os elementos normativos do tipo. Posteriormente, Fischer, Nagler e Hegler elaboram a teoria dos elementos subjetivos do injusto, que mais tarde foi objeto de estudo de Mezger.

Esta teoria defende a postura de que a tipicidade e a antijuridicidade compõem-se apenas de características objetivas e subjetivas. *“O neokantismo fez o pensamento jurídico-penal ingressar em*

nova fase (BALDAM, 2005)”, em especial porque o método deixa de ser puramente formalista, introduzindo-se considerações axiológicas como decorrência da inclusão do Direito entre as ciências do espírito.

2.2.2 Ação

Diferenciando da corrente naturalista, o sistema neokantista não atribuía a ação como base estrutural da Teoria do delito, a base passava a ser o binômio injusto-tipicidade¹².

A noção que a ação era exclusivamente um movimento corpóreo defendida pela corrente naturalista fica para trás, na corrente neokantista a compreensão da ação ganha amplitude e é definida em um primeiro momento como a manifestação “exteriorizada da vontade”.¹³

“O conceito de ação, segundo a fórmula da conduta humana, proposta por Mezger, não só se cria uma real possibilidade de generalização integralizante, como conceito, o que é perfeitamente válido sob ponto de vista científico, pois os conceitos devem ser necessariamente os mais gerais e englobalizantes possíveis, mas também se abre as portas que

¹² "La doctrina mayoritaria sigue sosteniendo el concepto causal de acción, pero definido ahora como conducta (o comportamiento) humana externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de voluntad al exterior" (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, 2000, p. 231).

¹³ Las nuevas definiciones como conducta o manifestación externa de voluntad son más sobrias, pues se despojan de los matices físico-naturalista de la definición como impulso cerebral productor de intervención muscular causante de modificaciones externas perceptibles sensorialmente, que se consideran exageradamente materialistas y por ello inadecuados para abarcar otros resultados de tipo ideal o espiritual que se presentan en muchos delitos (nuevamente aquí aflora la perspectiva normativa), como p.ej. las injurias o las falsedades, o en otras acciones humanas no delictiva)". (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, 2000, p. 231)

penetre, aqui, uma variada série de conjecturas e ilações, ligadas a compreensão da própria atividade humana, sob aspecto material (sociológico, psicológico e filosófico)” (TAVARES, 2000, pg. 43).

Assim, vislumbra-se que o conceito de ação aproxima-se a um conceito mais geral do que ao referente ao estrito movimento corpóreo.

2.2.3 Causalidade

Superada a compreensão do delito sob o paradigma materialista, onde as ciências naturais se limitam a explicar fatos; agora a inserção de um modelo teleológico referido a valores; onde se começou a buscar a fundamentação material das diferentes categorias.

O objeto da norma deixa de ser o resultado do dano. A constatação que era comprovada mediante a um processo causal é deixado de lado, o que é analisado agora é a conduta humana.

“A autoria é concebida como a realização de um fato típico e antijurídico, sendo indiferente, pois para isso a existência da culpabilidade. Em consequência disso, o inimputável pode ser autor, o que vem a representar interesse prático no caso de participação, referentemente à chamada cláusula de acessoriedade limitada, nem sempre, porém, aceita sem reservas. Convém notar que, se para alguns basta à tipicidade e a antijuricidade para caracterizar a autoria, é manifesto que, no caso, exigir-se a vontade de realizar a obra comum, na co-autoria, está se situando o dolo fora do âmbito da culpabilidade, embora disso não apercebiam os partidários da teoria causal (TAVARES, 2000, p.50).

O injusto passa a ser o produto de uma criação normativa, é estabelecida na teoria do delito a relação tipo antijuridicidade, o delito

passa de uma ação típica, antijurídica e culpável para uma ação tipicamente antijurídica.

2.2.4 Tipo

A corrente neokantiana trouxe os fundamentos da teoria social da ação, onde a ação era defendida como um comportamento humano socialmente relevante.¹⁴

Pensadores neoclássicos como Liszt, entendiam a tipicidade como elementos normativos, com componentes subjetivos, diferenciadas do dolo. Ressalta-se que ainda há uma análise do delito sob a ótica objetiva, porém a mesma é vista sob a ótica descritiva e valorativa.

Jescheck (2000) relata que havia teóricos que defendiam o caráter misto da tipicidade (elementos normativo e valorativo), porém, outras posições foram expostas como a que defendia que o tipo era essencialmente valorativo, pois, muito mais que mero indício, resultava na própria antijuridicidade.¹⁵

Na corrente neokantista, o injusto é produto de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo

¹⁴ Para la comunidad social las acciones se presentan como unidades de sentido social funcional, que han de ser 'entendidas' primeramente como son concebidas según las concepciones, experiencias, costumbres de la vida social. (RAMÍREZ, 1994, p. 233).

¹⁵ "El tipo no se encuentra situado ya al mismo nivel de la antijuridicidad, como en el sistema clásico, sino que queda reducido a su misión formal de fijar los elementos de la antijuridicidad en la ley penal, mientras que los elementos materiales del delito siguen siendo ahora, exclusivamente, la antijuridicidad y la culpabilidad". (JESCHECK, 2000, p. 186).

em vista, o objetivo visado pelo legislador, que tanto pode ser a proteção de bens jurídicos quanto de qualquer outra situação estatal de conveniência.

Esta flexibilidade no conceito de bem jurídico pode ser notada de divergentes acepções que dele extraem os neokantistas, a partir de sua consideração no tipo de injusto.

Ocorre verdadeira mudança em todos os âmbitos do crime, passando pela normatização do tipo, a inclusão da antijuricidade material, bem como a concepção da culpabilidade como formação da vontade contrária ao dever (SOUZA, 2006).

O tipo deixa de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se a descrição de uma ação socialmente lesiva, a antijuricidade deixa de ser formal e torna-se material, essa modificação abre espaço para a sistematização teleológica das causas de justificação, a culpabilidade torna-se culpabilidade normativa.

Mezger defendeu a estrutura bipartida do delito, que em vez de conduta típica, antijurídica e culpável, seria então definido como conduta *tipicamente antijurídica e culpável*. Em seu tratado (1931) afirmou que o tipo é o fundamento da antijuricidade (*ratio essendi*) e não o elemento identificador, um indício desta (*ratio cognoscendi*). O injusto penal tem elementos próprios e, diversamente dos demais ramos do direito, tem uma forma especial de aparecimento, qual seja, por meio da realização de conduta prevista como crime na lei penal. Ainda, que o ato de criação legislativa do tipo contém diretamente a declaração de sua antijuricidade, diante da existência de uma antijuricidade geral e de uma antijuricidade penal. Uma conduta pode ser considerada ilícita sem ser necessariamente tipificada. Exatamente por isso que, após a sua tipificação, há que ser antijurídica, posto que já o era de forma geral. (SOUZA, 2006, p. 70)

Assim, compreende-se que o tipo tem seu fundamento *ratio essendi*, onde o injusto detém seus elementos que surgem por intermédio da realização de uma conduta prevista na lei como crime.

2.2.5 Antijuridicidade

A corrente neokantiana traz a antijuridicidade como a forma mais próxima da tipicidade. A antijuridicidade nesta corrente deixou de ser tratada como característica exclusivamente objetiva para ser considerada preponderantemente objetiva.

A antijuridicidade passa a ser um elemento verdadeiramente material do delito, essa compreensão levou a reflexões sobre aspectos axiológicos e teleológicos, sobre quais condutas efetivamente devem ou não ser todas como antijurídicas.

Teóricos como Jescheck (2000) acreditam que a consideração material do delito permitiu a possibilidade de contemplar o injusto segundo a gravidade da lesão dos interesses. Suponiendo no haya en realidad ninguna lesión de intereses, el hecho no puede ser antijurídico.¹⁶

¹⁶ Se llegó así, con la ayuda de la doctrina material, a desarrollar nuevas causas de justificación, más allá del círculo de casos reconocidos legalmente, v. g. El estado de necesidad supra legal, que descansa en la consideración de que hay utilidad social si en una situación irremediable un bien jurídico de superior valor es conservado a costa de otro menos valioso. (JESCHECK, 2000, p.168)

Para Mezger a perda da autonomia do tipo atinge o seu clímax, ao ser concebido como um momento da antijuricidade. O delito não é agora definido como a ação típica antijurídica e culpável, mas como a ação tipicamente antijurídica e culpável.

O tipo não é mais o elemento identificador da antijuricidade, mas seu fundamento. Isto quer dizer que o injusto possui elementos próprios e, ao contrário, dos demais ramos do direito, tem uma forma especial de aparecimento, ou seja, através da realização de uma conduta prevista na lei como crime.

Esta compreensão conjunta da tipicidade e da antijuricidade não possui efeitos em si, malévolos, mas proporciona e dá base para que nela se inicie uma subjetivação do injusto, que já se havia feito com a introdução dos elementos subjetivos da justificação.

Assim de acordo com Mezger, antijuridicidade surge, assim, como juízo de desvalor sobre o fato. A tipicidade será achada sempre em relação implicacional com a antijuridicidade. Por outro lado, a presença de causas de justificação importa em exclusão da tipicidade.

O tipo passa contar, pois, com duas partes: a) uma positiva, correspondendo aos elementos que delineiam o injusto e b) outra negativa, que impõe a verificação prévia da inexistência de qualquer causa de justificação¹⁷.

¹⁷ Tanto a tipicidade quanto a antijuricidade sofre modificações, o tipo não é mais descritivo e objetivo, mas é determinado em alguns casos, segundo o seu significado puramente axiológico. A consideração material da antijuricidade possibilita a graduação do injusto pela gravidade da lesão, cedendo à contemplação das causas extraleais de

2.2.6 Culpabilidade

Em relação à culpabilidade a corrente neokantista trouxeram ao conceito normativo de delito a idéia de *juicio de reproche* foi abandonada a concepção psicológica, defendida pela corrente naturalista.

A concepção psicológica foi descartada, pois de acordo com os teóricos neoclássicos ela não abarcava todas as questões de culpabilidade e também falhava na compreensão de uma situação anormal como as que ocorrem à inexigibilidade de outra conduta.

De acordo com a concepção normativa de Frank, a culpabilidade é vista como somatória de componentes que fundamentam, frente ao agente, a reprovação pessoal da conduta injusta. Contudo, reconhece-se ainda, dentro dessa culpabilidade, tanto características puramente normativas, como elementos de conteúdo psicológico. (TAVARES, 2000). Assim, compreende-se que o dolo¹⁸ e a culpa são

justificação. Nesta corrente, a antijuricidade possui a função de servir como auxílio do legislador, para melhor e mais claramente incluir nele elementos caracterizadores do injusto penal. (TAVARES, 2000)

¹⁸ Dolo é a vontade livre e consciente dirigido a realizar (ou aceitar realizar) conduta prevista no tipo penal incriminador. O dolo é formado por dois elementos: a) cognitivo ou intelectual, que consiste na consciência da ação típica (o agente sabe aquilo que faz); b) volitivo, que versa na vontade de realizar a ação típica (o agente quer ou aceita o resultado). Não devemos confundir em hipótese alguma o dolo com o mero desejo. No dolo, o agente quer o resultado delitivo como consequência de sua própria conduta (o agente quer praticar a conduta danosa); no desejo, o agente se satisfaz com as consequências da conduta delituosa de outrem. Três teorias foram elaboradas, quais sejam: a) Teoria da Vontade – o dolo é a vontade consciente de praticar a infração penal; b) Teoria da Representação – fala-se em dolo toda vez que o agente tiver, tão somente, previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide continuar a conduta (esta teoria abarca também a culpa consciente); c) Teoria do Consentimento ou

elementos da voluntariedade. Para a teoria neokantista, o dolo e a culpa integram a culpabilidade (culpabilidade=imputabilidade dolo/culpa exigibilidade de conduta diversa).

2.2.7 Apreciação crítica

Na parte concernente aos fundamentos filosóficos das correntes neokantistas, expusemos que o historicismo de Dilthey se estabeleceu como o grande motivo de pensamento neokantista, eis que é lançado um olhar sobre o conhecimento da história e da sociedade, categorias indispensáveis ao Direito.

Desta forma, o processo de historificação e individuação da subjetividade transcendental, onde se encontra a concepção diltheana, provocou uma reformulação radical dos conceitos centrais do pensamento transcendental.

Em Kant, por exemplo, havia uma contraposição entre o sujeito enquanto consciência transcendental e o mundo como a totalidade dos objetos da experiência.

Heidegger, ao contrário, conservando a idéia da espontaneidade transcendental, vai, contudo, entender a subjetividade

Assentimento – fala-se em dolo sempre que o agente tiver previsão do resultado como possível, e, ainda assim, decide continuar a conduta assumindo o risco de produzi-lo (esta teoria exclui a culpa consciente). O Código Penal em seu artigo 18, ressalta, diz-se o crime, I - doloso, quando o agente quis o resultado (Teoria da Vontade) ou assumiu o risco de produzi-lo (Teoria do Assentimento);

como ser-no-mundo, submetida às condições da facticidade histórica e da existência intramundana.

Ele vai substituir a distinção central do pensamento transcendental entre constituinte e constituído pela diferença ontológica entre o projeto de mundo, o horizonte para o possível encontro e o que, por sua mediação, é facticamente encontrado.

Em sua filosofia tardia, Heidegger, tentando, cada vez mais radicalmente, superar a filosofia transcendental, vai conceber o processo de constituição do mundo não mais como uma produção, mas como um evento anônimo, que se impõe a nós a partir de um poder originário temporalizante, o que o conduzirá a elevar à esfera do absoluto a potência criadora de sentido, desveladora do ser.

Conforme Habermas (2002), isso vai conduzir a uma espécie de fatalismo ontológico, eis que a práxis dos indivíduos socializados no mundo ocorreria sempre a partir de um determinado quadro já fixo, ou seja, no horizonte de conexões de sentido já previamente fixadas.

No entanto, todos esses esforços de destranscendentalização da subjetividade ocorrem ainda dentro do horizonte aberto, na modernidade, pela filosofia transcendental, que é incapaz de antever a linguagem como a grande intermediadora do conhecimento e da interação entre os homens.

É verdade que o movimento mais amplamente filosófico com o qual o debate jurídico-penal neokantista se filiou fora capaz de desferir o

primeiro golpe contra a metafísica, ao descortinar e colocar em xeque a excessiva simetria epistemológica naturalista conquistada ao preço de um total isolamento das categorias objetais, traduzida na relação equivalente entre parte e todo, vista no primeiro capítulo.

Assim, a racionalidade metafísica se reconhece a si mesma no mundo racionalmente estruturado ou doa ela mesma uma estrutura racional à natureza e à história, seja na forma de uma fundamentação transcendental, seja na forma de uma penetração dialética do mundo.

Tanto a razão ancorada em termos fundamentalistas, na qualidade de uma subjetividade que torna possível o mundo em geral, como a razão deflagrada dialeticamente como um espírito que caminha através da natureza e da história, surgem como uma reflexão, ao mesmo tempo totalizadora e auto-referente.

Isso significa dizer que, no campo das ciências do espírito, as filosofias transcendentais críticas abrem caminho para um processo de transcendência a partir de dentro da produção cultural e social, não mais dependente da relação simétrica e imediatamente vinculativa entre parte e todo, inserida pelo naturalismo.

Porém, a síntese de toda a história ainda é encarnada num espírito que se movimenta em sentido totalizador, eis que cabe a ele, mediante um acesso privilegiado ao conhecimento, devolver a toda essa abertura contingencial o caráter unívoco e totalizador do pensamento metafísico.

Noutras palavras, a lógica hegeliana, que pretende mediar simetricamente o uno com o múltiplo, o infinito com o finito, o geral com o temporal, o necessário com o acidental, não consegue fazer mais do que selar a supremacia idealista do uno, geral e necessário, porque no próprio conceito de mediação perpetuam-se as operações totalizadoras e auto-referentes (HABERMAS, 2002, pg. 41).

Conforme será exposto em capítulo próprio, a verdadeira guinada no sentido do estabelecimento de um pensamento genuinamente pós-metafísico virá com a transição paradigmática da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem.

No que concerne às críticas ao neokantismo no terreno dos debates em torno da teoria do delito, apresenta-se uma falsa generalização levada a efeito pelo finalismo, ao equiparar os sistemas naturalista e neokantiano sob o mesmo rótulo de causalista, desprezando o potencial contributivo do método referido a valores, ante a afirmação de que essa linha teórica não passa de um aprofundamento nos dogmas do positivismo, incapaz de resolver sem atritos problemas como o da tentativa.

No entanto, como se verá em capítulo próprio, a materialização das categorias do delito e a construção teleológica de conceitos, compõe justamente o legado do neokantismo, que atualmente é valorizado pelos sistemas funcionalistas.

De outra banda, o neokantismo pagou um preço muito alto para livrar-se da falácia naturalista, consistente no total isolamento da realidade num normativismo extremado, em razão de que, neste ponto, não se apropria corretamente do historicismo diltheano.

Ao pressupor dois mundos distintos não intercambiáveis, um mundo da realidade e outro dos valores, o neokantismo jurídico-penal se esquece que o Direito está em constantes relações com a realidade, numa relação de interpenetração.

Deste modo, os objetos de regulamentação possuem certas estruturas interiores que o Direito, sem dúvida, deve procurar respeitar, e muitos dados fornecidos pela observação empírica devem conseguir introduzir-se em algum lugar na sistemática do delito.

A título de exemplo, a problemática do erro não encontra solução adequada no sistema neokantista, eis que seus seguidores sustentavam, majoritariamente, assim como no sistema naturalista, que o dolo consistiria no *dolus malus*, compreendendo também a consciência da ilicitude, o que levava a conseqüências insuportáveis, exageradamente benéficas para o agente insensível às exigências legais, que, por desconhecer a ilicitude de seu agir, jamais possuiria dolo.

É bem verdade que, de acordo com o citado exemplo, o neokantismo não logrou êxito em chegar a resultados plenamente satisfatórios, porém, não em razão da insuficiência do método referido a valores, como querem os finalistas, mas especialmente em razão da

desordem dos pontos de vista valorativos com os quais o neokantismo operava, consequência direta de seu postulado essencial, a saber, o relativismo valorativo.

Há, sem dúvida, a referência do método dos valores, mas dada a impossibilidade de se optar por um deles, sob pena de esvaziar sua cientificidade, o sistema não atinge uma racionalidade procedimental suficiente para se afirmar como autônomo.

A racionalidade propugnada pelo neokantismo jurídico-penal é material, eis que depende de conteúdos valorativos escolhidos ao gosto do intérprete, o que a inviabiliza como ciência e a faz permanecer na penumbra de um pensamento fortemente metafísico.

Enquanto a metafísica levanta a pretensão de possuir um saber certo por meio de argumentos de fundamentação última ou por meio da auto-explicação em forma de espiral do conceito abrangente, nas teorias científicas, ao contrário, todas as premissas são hipotéticas e têm de ser fundamentadas a partir de consequências, seja pela confirmação empírica, seja por sua coerência com outras sentenças já aceitas.

Isso significa, então, dizer que é impossível conciliar esse saber essencialmente falível das ciências modernas com o tipo de saber pretendido pela metafísica. O saber metafísico, no fundo, não admite aperfeiçoamento, renovação, melhoramento, o que contrasta com a postura fundamental de um saber permanentemente aberto e progressivo das ciências.

Contudo, essa profusão valorativa comprometedora do próprio método do sistema neokantista, que o fez ser reconhecido – entre os demais aspectos - inegavelmente como um pensamento propriamente metafísico, é que servirá de inspiração para o sistema funcionalista teleológico, mediante a transformação em valorações político-criminais referidas teleologicamente dentro de um Estado material de direito

CAPÍTULO III- DO SISTEMA FINALISTA

3.1 Fundamentos

O sistema finalista, ainda que busque situar-se numa base ontológica, não se distancia muito do sistema jurídico-penal neokantista. Isso porque essa corrente permanece no horizonte de possibilidades da filosofia subjetiva transcendental.

Muito embora o próprio Hans Welzel, autor responsável pela guinada finalista na teoria do delito tenha advertido que a sua concepção teórica tenha sido exclusivamente obra da psicologia do pensamento e de alguns setores da fenomenologia, é defensável afirmar que esse tipo de pensamento foi primeiramente concebido por Platão.

Como forma de ser no mundo, pode-se vislumbrar, em Anaxágoras, o primeiro a assinalar que a causalidade seria obra da inteligência humana.

Entretanto, teria sido o pensamento aristotélico que efetivamente concebeu a ação final, a partir da afirmação de que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim.

Retomando as origens reconhecidas pelo próprio autor, os trabalhos que ele admite terem influenciado sua teoria da ação final promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações, e evidenciaram uma forma de realização dos atos anímicos que não seria causal-mecânica.

Assim teria Welzel inicialmente dominado essa forma de realização intencional dos fins, seguindo-a a partir da ação interna, dos atos de pensamento, até os atos voluntários e a realização da vontade, ingressando no campo da ação externa.

A concepção welzeniana preconiza a existência de uma lei estrutural da intencionalidade dos fins, cuja comprovação estaria alocada no modo como surge o conhecimento das coisas, isto é, dos dados da experiência interna e externa e sua explicação racional – categorial.

Em Kant se percebe, através do princípio supremo de todos os juízos sintéticos, que as condições de possibilidade da experiência são ao mesmo tempo condições de possibilidade dos objetos da experiência. Disso se deduz que as categorias do conhecimento são também

categorias do ser, isto é, que não são apenas categorias gnoseológicas, mas categorias ontológicas.

Com a filosofia transcendental kantiana é possível vislumbrar uma transposição dos limites inerentes ao sujeito cognoscente, dada pelas formas aprioristicamente sintéticas.

Nota-se que há uma fecunda contribuição filosófica para a concepção do sistema finalista a partir do criticismo kantista, de onde o conhecimento é sempre uma subordinação do real à medida do humano. Então, essa filosofia transcendental é marcada pela determinação *a priori* das condições lógicas das ciências.

O transcendente põe-se lógica e ontologicamente além da experiência, o que faz Kant assinalar que o conhecimento está sempre subordinado a uma série de medidas que são, ou as formas *a priori* da sensibilidade, ou os conceitos ou categorias *a priori* do entendimento.

Desta forma, é possível o conhecimento *a priori* de objetos, ou seja, quando se enuncia cientificamente algo acerca da realidade, o juízo que opera tal enlace lógico, possui uma validade necessária, que ultrapassa os limites ou o âmbito em que se contenham os dados da experiência.

Essa possibilidade de formular juízos, com base na experiência, mas de uma validade que a transcende, explica-se, no pensamento kantiano, à luz do caráter ou da estrutura da consciência cognoscente.

Esta é concebida como dotada de um poder originário *a priori* de síntese, que atua com formas da sensibilidade e com categorias ou conceitos fundamentais do entendimento, capazes de ordenar os dados das sensações e enlaçá-los constitutivamente, afinal, na unidade lógica e integrante dos juízos sintéticos *a priori*.

Aproxima-se ainda mais ao sistema finalista o pensamento de um criticismo kantiano alargado culturalisticamente, capaz de se conectar justamente com o centro da problematicidade neokantista, da qual essa corrente tem muito em comum. Esse alargamento é possível em razão do historicismo de Dilthey e do movimento criticista representado por Edmund Husserl, Nicolai Hartmann e Max Scheler.

Tais correntes de pensamento aproximam o sistema finalista da ciência jurídica, eis que, como ciência do espírito, o Direito estaria sujeito a valorações. Daí a proximidade que o sistema finalista mantém com o sistema neokantista.

Assim, Dilthey articulou o desafio de uma crítica histórica, ao reformular a postura da filosofia transcendental de tal modo que as produções da subjetividade transcendental, antes concebidas como isentas de qualquer contingências e de necessidade natural, pudessem encontrar um lugar no mundo sem com isso ter de eliminar sua relação interna com o processo de constituição do mundo.

Da mesma forma, no criticismo apresentado se reconhecem os elementos de verdade kantianos, porém é repudiado seu formalismo,

acentuando o valor próprio do objeto e a existência de outras condicionantes no ato de conhecer.

Desse movimento o sistema finalista se valeu particularmente da fenomenologia husserliana, cuja concepção filosófica se apresenta como uma rigorosa disciplina de captação da essência dos dados que se nos oferecem na consciência, sejam eles reais ou imaginários.

A diferença em relação à filosofia kantiana consiste na concepção da consciência como referência a algo, ou seja, a consciência possui uma intencionalidade. Disso resultou que um conceito de subjetividade transcendental que se refere a um “eu puro” cujo fundamento se acha constituído pela temporalidade e historicidade.

Assim Husserl estabelece o seu *a priori* material, que não depende do sujeito cognoscente, mas sim das coisas mesmas. Disso se pode assinalar a correlação lógica essencial entre sujeito e objeto, e, por conseguinte, a impensabilidade do “eu transcendental” sem a referibilidade a objetos ou ao mundo em que se situa; bem como o reconhecimento da tensão dialética que une o sujeito ao objeto e vice-versa como termos distintos.]

Em termos gerais, essa discussão, que se move rumo a um conceito metafísico abrandado, caminha no sentido de assinalar a impossibilidade de se manter uma concepção esquemática e pré-categorizada do espírito, tal como Kant o modelou segundo a imagem da ciência de seu tempo.

Relevante, para fins de estabelecer a conexão entre essas correntes filosóficas e o sistema finalista, é assinalar que a realidade traz em si uma lógica intrínseca, a lógica da coisa. Isso explica porque a ação e as categorias inscritas nos tipos penais, no sistema finalista, são tratadas como estruturas lógico-objetivas materialmente apriorísticas, retirada diretamente do mundo da vida comum, ou seja, do aspecto social, para ser valorada pelo Direito.

Desta forma, segundo preleciona Welzel, o ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e lhes vincular consequência jurídicas, sem poder modificá-los, pode designá-los, mediante os tipos penais, e assinalar seus caracteres, mas eles próprios constituem o elemento individual, material, que é a base de toda valoração jurídica possível.

Os tipos penais podem apenas refletir esse material ontológico, previamente dado, descrevê-lo conceitualmente. Então o conteúdo dos reflexos conceituais somente poderia ser manifestado mediante uma profunda compreensão da estrutura essencial, ontológica, do elemento material em si mesmo.

Daí se conclui, para a metodologia, que a ciência do Direito Penal deve partir sempre do tipo, mas deve em seguida transcendê-lo e descer à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições e para compreender também corretamente as valorações jurídicas.

Com isso, o Direito Penal estaria vinculado à estrutura lógico-objetiva da ação final. Assim, a realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca, a saber, a lógica da coisa, diversamente da posição neokantista, segundo a qual haveria entre “ser” e “dever” ser um abismo intransponível.

Deve o Direito, então, descer ao chão, estudar essa realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, e só após haver descoberto suas estruturas internas, passar para a etapa da valoração jurídica.

Assim, os conceitos científicos não são variadas composições de um material idêntico e avalorado, mas reproduções de fragmentos de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não são frutos da criação do cientista.

Isso implica dizer que qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea. E, a primeira dessas estruturas que importam para o Direito, cuja lógica intrínseca ele deve respeitar, é a natureza finalista do agir humano.

O homem só age finalisticamente, logo, se o Direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas. Daí decorre, entre outras coisas, que o dolo deva pertencer ao tipo: o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre esta estrutura lógico-real, assim que ela se dirija à realização de um tipo.

Então, é sobre o conceito de ação que se edifica todo o sistema finalista, de modo que a teoria da ação passa a ser a própria teoria do

delito. Todas as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidos por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular.

Ademais, convém pontuar que, ao incorporar o termo finalidade Welzel não imaginava que haveria a ocorrência de tanta polêmica. Entre esses aspectos polêmicos menciona-se a crítica a teoria causal onde a ação era tida como vontade, manifestação dessa vontade e resultado, o que não permitira vislumbrar o “conteúdo” desta vontade.

Welzel afirmou que referida noção não permitia oferecer um conceito social da ação; não se poderia dizer, a partir da noção de ação então sustentada, o que é, em sentido social, uma ação de matar, por exemplo. A não referencia àquilo que o agente queria. Por parte da teoria causal, não seria capaz de nos permitir apreender o “sentido social da ação. Teríamos, então, por parte do causalismo, um apego à mera voluntariedade e conseqüente causalidade sem que isso implicasse qualquer averiguação dessa vontade concreta, enfim, da própria finalidade de ação.”(CHAMON JUNIOR, 2004, p. 18)

Supervalorizando a finalidade, Welzel aduz que somente mediante referência a um determinado resultado, isto é, somente a referência a uma finalidade “subjativa” é que seria possível estabelecer o que seria uma ação. Nesta vertente:

“somente mediante a referência a este conteúdo específico é que poderíamos entender pelo fato de uma ação ter determinada finalidade desta mesma ação. A inauguração desse pensamento pelo finalismo apresenta avanços sensíveis em matéria do conceito ação frente o causalismo. Todavia, o perigo de se entender como determinante do sentido social, finalidade, ainda que combinado com o

resultado é algo complicado que merece reparos.” (CHAMON JUNIOR, 2004,p. 19)

Welzel compreende que os delitos culposos não teriam ligação com o desvalor do resultado, ou seja, o desvalor da ação¹⁹ teria o papel fundamental na medida em que o desvalor do resultado teria tão somente um papel adicional.

Mas na visão de Welzel, quais seria a função da identificação dos delitos culposos para a conceituação do delito?

“os delitos culposos teriam a função de permitir uma seleção dentre aquelas condutas, consideradas como materialmente ilícitas pelo fato de terem transgredido a norma de cuidado, enfim, pelo fato de serem as ações já desvaloradas.” (CHAMON JUNIOR, 2004, p.20)

Welzel (1970) reflete que a autoria de um delito culposo é de quem por intermédio de uma ação lesiona o grau de cuidado na convivência social, e involuntariamente produz um resultado típico.

Assim, o autor é quem tem o domínio do fato, tenha ele praticado ou não os elementos do tipo. Ressalta-se que Welzel se opôs

¹⁹ De acordo com Bittencourt (2003, p. 83) a atenção e os cuidados especiais devem ser avaliados a partir de especiais circunstâncias que compõem a ação do agente. É indiscutível que o desvalor do resultado só tem importância na integração do conteúdo do injusto culposo ao lado do desvalor da ação e *vice-versa*. Isto significa que existe entre ambos uma relação de interdependência. Aquilo que aparece como ação desvaliosa nada mais é do que a apreciação do resultado desvalioso a partir da valoração do especial modo da ação realizada pelo agente. Ação e resultado são coisas distintas, embora façam parte de uma unidade dialética, pois estão inseridos na teoria do crime numa relação de complementaridade que muda conforme o ponto de vista pela qual as circunstâncias específicas de uma ação são examinadas

ao conceito causal onde há a separação entre a vontade e seu conteúdo, daí surgiu à elaboração da teoria finalista que originou as dimensões objetiva e subjetiva.

Em relação à dimensão subjetivista pontua-se que era integrada pelo dolo e pela culpa, que foram deslocadas do âmbito da culpabilidade para a tipicidade, que transformou o injusto que em outrora era naturalístico em pessoal.

Atualmente o conteúdo do dever objetivo de cuidado na sociedade é constituído mediante o processo e o produto da atividade valorativa.

“O injusto culposos, como violação desse conteúdo, representa ao mesmo tempo um processo e um produto. Como processo, é uma atividade valorativa que investiga, nas especiais circunstâncias da ação do agente, os elementos que seriam penalmente relevantes. Como produto, encarna o resultado da investigação dos elementos penalmente relevantes da ação praticada pelo agente. Pensado deste modo, o injusto penalmente relevante para a reprovação deverá ser uma totalidade axiológica, historicamente concebida entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado.” (BITTENCOURT, 2004, p.94-95)²⁰

²⁰ Segundo Bittencourt (2003, p. 94): “Embora, em *determinados delitos* ou em determinada *forma de execução*, ora prevaleça o desvalor da ação, ora o desvalor do resultado, o ideal na fundamentação do injusto penal é, a busca de certo equilíbrio entre esses dois fatores”. Welzel (1976, p.183) pontua que o desvalor da ação tem importância preponderante sobre o desvalor do resultado, como por exemplo, nos crimes culposos em que o resultado é o mesmo que o produzido pela ação dolosa, mas é sancionada com menor penalidade. Ora, a menor sanção penal dos crimes culposos se comparados aos crimes dolosos está no maior desvalor da ação destes. Mas esta reflexão não é conclusiva para afirmar a preponderância da ação. Se há um maior desvalor da ação nos crimes dolosos é porque o resultado jurídico é diferente se comparado ao resultado jurídico dos crimes culposos

Compreende-se que o desvalor da ação pode ser entendido como a representação do desvalor da intenção que englobam o dolo e a culpa. Nesta vertente a soma da infração da norma é somada a criação de um risco.

Já o desvalor do resultado pode ser compreendido como uma lesão ao bem jurídico protegido e ainda a realização do risco, assim pode-se constatar um situação de perigo *ex post*.

Zielinski compreende o ilícito como o ilícito pessoal, ele se atém na questão do desvalor da ação. Ele leva em conta não o fato de se ter consumado o delito, mas sim se a tentativa fora, ou não acabada (CHAMON JUNIOR, 2004)²¹.

A finalidade e o resultado estariam conectados por intermédio de uma noção de capacidade de resultado de finalidade²². Na visão de Zielinski para a qualificação de um fato como injusto penal, deveria haver

²¹ Dentro da avaliação finalista, o desvalor da ação confere uma especial importância para o injusto penal, baseado no objetivo final do autor, a concepção admite um conceito de um bem jurídico, embora não crítico com a legislação, considerando o desvalor da ação e ao desvalor do resultado como pressuposto do injusto. Para Welzel a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a produção de valores éticos e sociais da ação, com isso a proteção do bem jurídico é garantida de maneira mais intensa e forte que através da mera doutrina da proteção de bens.

²² “somente *ex post* poderíamos afirmar que a ação teria, ou não, capacidade ou poder, de produzir o resultado. Zielinski entende que pelo fato de somente *ex post* podemos averiguar esta capacidade de resultado de ação, esta mesma capacidade, bem como o resultado ocorrido ou não. Este desvalor deveria ser justificado em uma perspectiva não *ex post*, mas sim *ex ante* enquanto capaz de resultado. Deveria então ser realizada uma pronosis que tomasse em consideração o momento de decisão de realização da ação por parte do agente. Um observador objetivo que julgasse a ação, pelo fato de ser limitado o seu conhecimento, perceberia, *ex ante*, que toda ação seria uma tentativa acerca cuja idoneidade frente ao resultado deve julgar. Na hipótese de haver circunstâncias desconhecidas pelo sujeito, mas conhecidas pelo observador, a ação seria objetivamente muito mais perigosa que um projeto minuciosamente preparado mas no qual haveria circunstâncias desfavoráveis ao resultado e que o agente desconhece. CHAMON JUNIOR (2000)

de antemão a análise do desvalor da ação, que possui identificação com a vontade do autor, ficando atribuído o desvalor do resultado a um papel secundário fora do injusto.

A concepção monista-subjetiva do injusto, segundo a ação final contempla o injusto doloso e culpososó no desvalor da ação e não concede importância à produção da lesão do bem jurídico para o doloso.

No caso do delito doloso de, a mencionada teoria dá por consumado o fato com a tentativa acabada, ou mais, exatamente, quando o autor se conforma com a possibilidade de uma perda de controle sobre as causas que dificultam uma consumação. E no caso de delito culposos, a consumação depende unicamente da conduta defeituosa do autor, do desvalor da ação, enquanto o resultado fica fora do injusto.

Assim, essa concepção apregoa que o direito não proíbe resultados, mas só as ações, e que a importância dada ao resultado dá uma inadmissível responsabilidade pelo azar, toda vez que não depende do autor que uma tentativa acabada, ou uma conduta culposa, levarão a uma lesão do bem jurídico.

3.2 Ação

A ação na corrente finalista é compreendida como direção a um acontecer real. Ou seja, é o exercício de uma atividade humana final.

Nesta ótica, o homem ao desenvolver uma ação, o homem dirige-a conscientemente a um fim. Assim, o sujeito estaria, ao praticar uma ação, executando um plano com finalidade própria e dirigida.

Essa visão rejeita as concepções causalistas, que só valorizam o objeto sensível enquanto efeito de um fator etiológico posto em movimento pelo agente.²³

De acordo com Welzel a ação humana é o exercício da atividade final:

Não se trata de um acontecer somente causal, senão também orientado finalisticamente. Referida finalidade, segundo o autor, somente pode ser sustentada por que se funda na "capacidade da vontade de prever" como se dará o desenrolar causal, ainda que de uma maneira limitada. Diferentemente de um mero acontecimento não determinado finalisticamente, em que poderíamos constatar um fato que se desenrolou tão somente de maneira causal, a ação humana teria a seu favor um saber causal aprendido pelo sujeito e empregado pelo mesmo na busca na consecução do resultado. A capacidade de se determinar finalisticamente, assim, permitira que se vislumbrasse um domínio final no mundo real. (CHAMON JUNIOR, 2004, p 34)

Assim, vislumbra-se que para Welzel a ação humana poderia ser compreendida como uma atividade final, e não como uma mera atividade causal.

²³ "la finalidad y la causalidad se diferencian esencialmente por el intercambio de los momentos lógico-temporales de relación; la segunda es el producto de la cadena causal determinada en forma objetiva, cuyas conexiones requieren una explicación posterior objetiva; la finalidad, que conoce o cree conocer las leyes de la causalidad en base a la experiencia, valora estos conocimientos anticipadamente, 'supradeterminando el nexo causal' y toma aquellos medios que permitirán dirigir el acontecer causal hacia el fin perseguido: 'la causalidad es ciega, la finalidad vidente, un actuar dirigido desde la meta' (WELZEL 2000, 153)

A finalidade pode ser observada em toda conduta humana, e ela pode “*ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as conseqüências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado.*” (WELZEL, 1997, p.39).

A ação humana inclui o movimento corpóreo ou ausência deste, dominado ou não pela vontade, sempre dirigida a uma finalidade; não se poderia, portanto, tirar desse agir o seu objetivo. A conduta do homem é indivisível e deveria ser levada em conta na sua integralidade - em seu aspecto interno e externo. A ação humana é o exercício de uma atividade finalística, com um comportamento consciente, sempre dirigido a um fim almejado pelo agente.

Para Wezel a vontade individual não seria determinante para que se entenda o sentido ação no âmbito jurídico, mas nos leva a refletir à finalidade, ao plano individual que pode, ou não, ser verificado externamente embora isto não altere a finalidade de conduta.

“A ação é voluntária em um sentido abstrato, enquanto o seu conteúdo (da ação) pode ser entendido na essência que significa que um determinado resultado. Mas pode ocorrer que o resultado não seja a finalidade de quem atuou no caso de dolo individual não se poderia falar que o resultado fosse à realidade muito embora a direção final até o resultado estivesse estendida incluindo assim, o resultado na vontade.” (CHAMON JUNIOR, 2004, p.18)

O finalismo permitiu a redefinição do conceito ação e a busca de um novo paradigma de sistematicidade dogmática e jurídica em razão

dos próprios operadores do Direito passarem a associar à noção finalista da ação enquanto dado ontológico a ser respeitado. (REIS, 2009) Assim, a inauguração do finalismo apresenta avanços sensíveis em matéria do conceito ação frente ao causalismo.

A corrente finalista vêm valorizar a capacidade da vontade de previsão, dentro de certos limites as conseqüências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim.

De acordo com Welzel (1997) pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento.

A teoria finalista transferiu o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação (ALMEIDA, 2001).

“O finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas os separa e os redistribui de outro modo entre os três estados da teoria do delito” (ODIERG, 1990, p.164)

Assim, como as características da teoria finalista da ação estão: a finalidade como o centro da conduta humana, e o crime passam a ser analisados sobre a ótica da causa e do efeito.

No finalismo, o dolo e culpa é compreendida como elemento do fato típico e o fato típico passa a ser composto pela conduta culposa ou dolosa, resultado, nexo causal e tipicidade.

A antijuridicidade permanece com as mesmas características da teoria clássica. E a culpabilidade é composta apenas pela imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa.

Assim, o dolo deve possuir apenas dois elementos – consciência e vontade. Finalizando, de acordo com a teoria finalista da ação o crime passa a ser compreendido como fato típico e ilícito.

3.3 Causalidade

A corrente finalista opõe-se a corrente causalista, pois ela não analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação; para essa teoria, o dolo deve ser estudado na culpabilidade.

Na teoria finalista reconhece-se que a vontade dirigida a um fim dirige a causalidade, logo o conteúdo da vontade, isto é, o *dolo*, é integrante da ação.

O ponto principal da teoria finalista está em torno da consciência do fim; da vontade de um acontecer causal; da possibilidade de prever as conseqüências de uma conduta.

A finalidade, portanto, baseia-se na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim.²⁴

2.4 Tipo

O tipo na corrente finalista, segundo Stratenwerth é representado por três tipos gerais: o doloso, o culposo e omissivo. (TAVARES, 2000)

Tipo doloso: Este tipo se divide em objetivo e subjetivo.

O tipo objetivo representa a manifestação exterior da vontade, compreendendo a respectiva ação delituosa e ainda todas as características que o legislador conferiu como indispensáveis à identificação do delito e o resultado e demais circunstâncias ao tempo, ao lugar, ao meio e ao modo de execução do autor, à vítima infanticídio, na exposição do incapaz e ao dano ao bem jurídico.

Já o tipo subjetivo é composto do dolo, como elemento subjetivo geral, e de intenções ou tendências, como elementos subjetivos especiais, existentes em determinados delitos. Para Welzel, o dolo é a vontade de realização, outros teóricos acreditam que o dolo compreende

²⁴ Pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento

a vontade consciente em relação ao tipo objetivo, não fazendo menção à vontade de realização.

Tipos culposos: contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta.

Tipos omissivos: anexam-se à infração do dever de agir ou de impedir o resultado.

2.5 Antijuricidade

Analisando a relação tipo-antijuricidade o finalismo combina o teleologismo e o objetivismo.

No teleologismo, o tipo como portador da matéria da proibição, mas conserva-o como indicio de antijuricidade, repudiando, o caráter da antijuricidade tipificada que transformava o tipo em *ratio essendi*. (TAVARES, 2000)²⁵

²⁵ Quanto à consciência da antijuricidade, o finalismo inscreve-a no juízo de reprovabilidade, possibilitando a graduação da gravidade, segundo o maior ou menor conhecimento da antijuricidade. Distinguem-se neste elemento intelectual da reprovabilidade os conceitos de erro sobre o tipo e erro de proibição, abandonada a tradicional distinção entre erro de fato e erro de direito, por ser falsa, reconhecendo-se-lhe utilidade meramente histórico-evolutiva. O erro de tipo, que exclui o dolo, recai sobre uma circunstância do tipo legal, podendo o agente ser punido a título de culpa. O erro de proibição incide sobre a antijuricidade do fato, com pleno conhecimento da realização do tipo, subsistindo o dolo. É o caso de quem, conhecendo bem as circunstâncias do fato, desconhece; todavia, a norma que o proíbe, ou não a conhece bem, interpretando mal ou ainda supondo erroneamente que concorre uma causa de justificação. Portanto, este erro exclui a reprovabilidade se for desculpável ou apenas a diminui. Neste último caso, a reprovabilidade se baseia no “caráter vencível” do desconhecimento da proibição, pois o agente “podia”, com algum esforço da consciência, assegurar-se da antijuricidade penal mediante a própria reflexão. O erro de subsunção difere do erro de tipo, por cogitar-se neste de uma circunstância do tipo e naquele de um conceito jurídico. Entra em jogo o significado material da circunstância do tipo, mormente quando há nele

A antijuridicidade na corrente finalista é a mesma em todos os correntes do Direito, mas, o injusto penal é específico tanto quanto o injusto civil, administrativo, etc. Assim, o tipo é a descrição da conduta proibida, ou seja, uma figura puramente conceitual (WELZEL, 1990)²⁶.

A maneira de ver o problema da relação tipo-antijuridicidade de uma forma facilitada provém do perfeito posicionamento do ilícito penal frente à antijuridicidade, bem como a nítida diferenciação que se procura dar entre o ilícito e o antijurídico, cujo conjunto forma o injusto penal. O ilícito sempre se refere à uma norma específica do Direito...; o antijurídico, por seu turno é muito mais amplo, abrangendo a totalidade das disposições da ordem jurídica vigente no país. Convém notar que, nessa análise, não se parte de que o tipo, por um lado, se põe frente às causas de justificação, de outro, de tal forma que ambos funcionassem, respectivamente, como numa relação de regra (tipo) - exceção (justificantes); o ponto de partida é outro: os componentes decisivos da relação são "norma proibitiva e norma permissiva". A conduta típica implica violação da norma proibitiva, por isso só será afetada na presença de uma norma permissiva especial. (FURQUIM, 2003, p.01)

Não há tipos antijurídicos, mas, realizações antijurídicas de tipos, pois somente a conduta que realiza um tipo, na ausência de normas permissivas, pode ser contrária ao Direito.

caracteres normativos, cujo conhecimento é necessário ao dolo. FURQUIM, Luiz Doria. Teorias da ação. Revista Jus Vigilantibus, Segunda-feira, 3 de novembro de 2003.

²⁶ O injusto é injusto de uma ação referido ao autor, é injusto pessoal. Ele não se esgota na causação do resultado (lesão do bem jurídico). O fim proposto pelo agente aparece novamente no conceito do injusto, pela sua referencia ao autor, ligado à sua obra. O resultado é eventual em relação ao injusto. Daí que o injusto seja desvalor de ação e não desvalor de resultado. Isto é válido para todas as formas de realização do tipo, inclusive para os delitos culposos e omissivos. O desvalor do resultado pode faltar, sem que desapareça o desvalor da ação, pois o injusto, repita-se, é pessoal. Daí que toda a antijuridicidade penal seja também subjetiva, e a culpabilidade, normativa. Cf. FURQUIM, Luiz Doria. Teorias da ação. Revista Jus Vigilantibus, Segunda-feira, 3 de novembro de 2003.

2.6 Culpabilidade

A culpabilidade, na doutrina finalista, é compreendida como um juízo puramente normativo que reprova o autor de um fato típico e antijurídico, quando se verificam concomitantemente a potencial consciência de antijuridicidade, a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta.

Ainda na mesma vertente, Tavares (1980) ensina que a culpabilidade é o juízo de reprovação que incide sobre a pessoa do agente que, tendo ou podendo ter a consciência da ilicitude de sua conduta, ainda assim, a prática, e, por isso, age de modo contrário ao direito, quando lhe era exigível, nas circunstâncias em que se encontrava outra conduta.

A culpabilidade exerce uma função valorativa, onde o delito é convertido em ação antijurídica.

Tanto a vontade como a totalidade da ação podem ser qualificadas de culpáveis. O juízo de reprovabilidade formalmente assim se expressa: a ação narrada não devia ser antijurídica porque podia ser conforme ao Direito. Somente é declarado culpado aquele que, na situação concreta podia ter agido corretamente, e, assim, o atuar do agente não devia ser antijurídico. O dolo, que constitui o tipo de injusto pessoal, é o objeto da valoração (reprovabilidade) normativa que se faz no plano da culpabilidade. Reprova-se ao autor, pessoalmente, o seu dolo, constatado uma vez que se conheça a tipicidade da ação. Na culpabilidade se examina a medida da

reprovabilidade pessoal do dolo e dos demais elementos subjetivos do tipo (intenções, etc.) (FURQUIM, 2003)²⁷

A culpabilidade e a antijuridicidade tiveram diferentes abordagens nos primórdios finalistas. Os primeiros finalistas partiam da teoria normativa de Frank e viam na culpabilidade uma reprovação sobre a formação da vontade.

Welzel²⁸ acreditava que a essência da culpabilidade estaria no descumprimento dos deveres impostos pelo direito.

A partir de estudos de Von Weber foi estabelecido as bases da concepção finalista de culpabilidade, onde aparece a menção do poder de

²⁷ A reprovabilidade se constitui de elementos, intelectuais e volitivos. Os primeiros consistem no exame da situação concreta para indagar de todas as circunstâncias externas e internas que influíram na resolução da vontade antijurídica. O seu tema é a cognoscibilidade da realização do tipo. Os últimos consistem no exame da exigibilidade da obediência ao Direito. Com o juízo de reprovabilidade declara-se que o agente, imputável, podia, concretamente, autodeterminar-se conforme o sentido favorável à conduta jurídica e este é o elemento mais importante do juízo ao qual se subordinam os elementos intelectuais. Uma exceção é aberta pelo legislador em consideração à debilidade humana: o estado de necessidade. Aqui a ação permanece antijurídica, mas não se pode pronunciar juízo de reprovabilidade porque não é exigível (Sollen) o comportamento conforme ao Direito, dado que o agente não podia (Können), na situação concreta, agir conforme a norma. Quanto às justificativas (legítima defesa, etc) não excluem o dolo, que é elemento da ação, permanecendo intacto o tipo, que, entretanto, não está proibido, em virtude de preceito permissivo excludente da antijuridicidade. A imputabilidade, capacidade de culpa, não é suscetível de percepção, pois consiste na própria subjetividade do sujeito, cuja autodeterminabilidade é pressuposto existencial da reprovabilidade. FURQUIM, Luiz Doria. Teorias da ação. *Revista Jus Vigilantibus*, Segunda-feira, 3 de novembro de 2003.

²⁸ Sob a ótica de Welzel a determinação da essência da culpabilidade como poder não implica revogar-se a necessidade de uma investigação de conteúdo. Assim, a configuração da vontade reprovada pelo direito tem que se ligar a certos pressupostos, através dos quais se determina que o autor teria podido motivar-se de acordo com a norma. Entre esses pressupostos estão: a imputabilidade, onde se analisa que o autor seja capaz de motivar-se de acordo com a norma e a segunda, à consciência do injusto, onde se avaliam as condições concretas ou em situações de motivar-se de acordo com ela. (TAVARES, 2000)

agente. Culpável é aquele que poderia realizar ação diversa, mas, ainda assim, atuou antijuridicamente²⁹.

2.7 A teoria social da ação

A teoria social da ação realizou uma re-sistematização dogmática, onde se pretendeu realizar uma “correção” da teoria finalista. Essa teoria foi desenvolvida inicialmente por Maihofer, que se reconheceu que sua doutrina, antes que uma teoria acerca da ação se trataria de uma teoria da imputação objetiva em que os critérios são idênticos aos da teoria de adequação.³⁰

Opositor ao finalismo, Wessels, compreende que a idéia de relevância social seria central no entendimento deste novo modelo de ação, para ele o finalismo ao proceder à descoberta da finalidade, alcançou um marco de extrema significação.

Para o doutrinador, a corrente finalista não teria esse caráter de generalidade atribuído pelos próprios finalistas, nesta perspectiva a teoria social da ação, pretendia ser uma conciliação entre uma leitura ontologicista e normaticista do conceito de ação.

²⁹ A culpabilidade para Welzel assenta-se na falta da autodeterminação em um sujeito que era capaz disso. Quando se afirma que a culpabilidade incide sobre a formação da vontade, quer dizer-se que se reprova o agente por não haver reprimido os impulsos adversos e se orientado conforme o sentido. (TAVARES, 2000).

³⁰ Segundo Chamon Junior (2004, p. 30) “o fato de Maihofer se referir a um resultado social parte certamente da sua crítica à teoria finalista de Welzel, no sentido que social da ação.”

O sentido social da conduta haverá de ser retirado de maneira objetiva do fim subjetivo do autor (finalidade) e da expectativa normativa da conduta. A ação, assim, somente surgiria após a verificação de uma relevância social.

A pretensão da teoria social é superar as supostas falhas do finalismo, oferecendo um conceito superior de ação capaz de abraçar a diversidade da ação e da omissão sob a perspectiva da noção da relevância social.

Na concepção social, o conceito de ação decorre da solução conciliatória entre a pura consideração ontológica e a normativa. A teoria social pretende fazer que a ação seja entendida como a conduta socialmente relevante dominada pela vontade humana.

A relevância social da ação é verificada à medida que a conduta produz efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social. Tal posicionamento pressupõe a incidência de juízo de valor sobre a conduta em relação ao seu ambiente social.

O conceito social da ação deve avaliar todas as formas de comportamento humano que podem ser levadas em conta num juízo de imputação penal. A via negativa, por outro lado, determina a irrelevância de alguns comportamentos para esta mesma imputação jurídico-penal.³¹

³¹ Welzel lançou severas críticas a esse posicionamento. Entendeu o sistematizador da teoria finalista que o tipo representa a matéria de proibição jurídica e pressupõe uma caracterização material de conduta, e não apenas a sua relevância jurídica. A noção de relevância ou danosidade social da ação recebeu inúmeras críticas que apontam as dificuldades para precisar os danos sociais causados pelo fato punível, bem como para o perigo do esvaziamento dos componentes do delito, a ponto de haver concentração de

Outro que fez críticas ao finalismo foi Jescheck, ele observou que as duas formas de manifestação do comportamento humano, a ação e a omissão, podem ser reunidas em um conceito superior de natureza valorativa.

Rejeitando tanto os posicionamentos formulados no sentido de que a ação e a omissão, por suas diferenças estruturais, não podem ser englobadas em uma única categoria jurídica quanto os que defendem que omissão representa um modo de atividade humana equivalente à ação positiva.

O comportamento haveria que ser socialmente relevante e deveria afetar a relação do indivíduo com o mundo que o circunda. O comportamento entende-se toda a reação do homem mediante a realização de uma possibilidade de resposta em razão de sua liberdade. Assim, pode-se concluir que tanto a condução final, como também as hipóteses de culpa em que o sujeito poderia conduzir o processo empregando a finalidade para evitar o resultado. Também relevante seria considerar a omissão, esta enquanto a frustração de um fazer ativo esperado apresentaria uma possibilidade de condução de reação frente ao cenário da situação que se delinea face ao sujeito. (CHAMON JUNIOR, 2004, p.30)

Verifica-se assim que a teoria social confunde o conceito de ação com o sentido desta própria ação. O fato de um comportamento possuir um significado social é o que caracteriza o comportamento.

todas as atenções na ação. No entanto, a relevância social do fato punível não é uma fórmula vazia, mas conceito que requer e permite maior concentração sendo que a elaboração de seus diversos elementos constitui uma das principais tarefas da política criminal.

Assim, os comportamentos no âmbito privado do indivíduo somente seriam considerados ações se capazes de serem socialmente valorados.

Para Wessels há a necessidade de verificar três passos para a constatação da ação, entre eles menciona-se: a conduta humana; se esta é ao menos dominável pela vontade; se é socialmente relevante.

Já para Jescheck definir a ação não é necessidade meramente formal no escopo de construção analítica do conceito jurídica do crime. Importa perceber que a ação humana é o foco central das atenções de todo o ordenamento jurídico, e sobre esse referencial devem incidir as qualidades da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade.

A teoria social da ação incorporou os conceitos da teoria clássica e da teoria finalista, ela também acrescentou ao conceito de ação a relevância social. E a ação passou a ser compreendida como uma conduta socialmente relevante. Vale ressaltar que as condutas socialmente aceitas não constituem ilícito penal.

Na proposição da teoria social da ação, o conceito de delito é composto pelos elementos gerais da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. As influências do finalismo fazem que os elementos subjetivos da conduta continuem sendo considerados no tipo; o que possibilita a imediata diferenciação entre os tipos dolosos e culposos.

O bem jurídico constitui a base da estrutura e da interpretação do tipo, devendo ser entendido como valor ideal da ordem social

juridicamente protegido, e cuja preservação interessa tanto à coletividade como ao particular.

Após analisar a teoria social da conduta, podemos concluir que ela surgiu da ligação entre as correntes causalistas e finalistas da ação, onde devem ser levados em fato os aspectos causalísticos e finalísticos. Essa teoria considera principalmente o aspecto social, ou seja, a relevância social. E a consideração de relevância social recebeu muitas críticas, pois por intermédio dela seria difícil uma mínima concordância no âmbito jurídico

2.8 O resgate da teoria finalista e a guinada funcionalista

Após o estabelecimento da teoria social da ação, autores começaram a refletir sobre a validade do finalismo. Entre esses autores menciona-se Gallas que reflete que:

A dificuldade imposta ao finalismo por parte dos partidários da teoria social da ação no que tange aos delitos culposos não poderia lograr qualquer sucesso no que a isto especificamente se refere, nestes sujeitos também viria a querer algo, enfim, sua conduta, embora não tivesse como fim o resultado delitivo, nem por isso deixaria de ser uma conduta finalisticamente orientada. (CHAMON JUNIOR, 2004, p. 35)

Gallas defendia que a omissão não teria uma relação central com uma possível espera, mas ao fato que o sujeito é dado um domínio final que o possibilitaria atuar em um sentido determinado.

Para ele, enquanto a ação há uma determinação de conduta por intermédio de um fim supra determinado na omissão a simples possibilidade de atuar não lhe conferiria contornos suficientes devendo, portanto ser adjetivada enquanto possibilidade de atuar não lhe conferiria contornos suficientes devendo, portanto ser adjetivada enquanto possibilidade na espera.

Assim, para Gallas, não procede à defesa de um conceito ontológico de ação que preceda ao exercício legislativo. Ele também se opõe ao supra-conceito independente das valorações jurídicas que contemplam as condutas omissivas e comissivas.³²

Outro autor que criticou a teoria social da ação foi Tavares ele pretende resgatar a teoria finalista. Tavares baseando em Jescheck buscava encontrar um conceito superior que pudesse ser constatado com independência do tipo de ilícito.

Na obra Direito Penal da Negligência (1985) Tavares reconstrói o conceito da ação como meio de entendê-la mais que um processo de bem social. Ele entende que a conduta humana é uma atividade organizada que vincula o indivíduo ao seu meio. Nesta vertente, a ação poderia ser entendida como toda a conduta social.

Assim, a conduta humana é uma atividade organizada que vincula o seu indivíduo ao seu meio. Nesta vertente a ação poderia ser entendida como toda conduta social consciente acerca ao meio e de suas

³² Gallas ainda criticou Maihofer ao afirmar “que a ação seria toda a conduta dirigida a lesar “ bens jurídicos”, Gallas entende ser esta uma construção absurda, pois quem realizasse uma conduta protetiva não agiria.” (GALLAS, 1959)

condições, essa consciência do mundo criaria um vínculo entre o sujeito (homem) e o objeto (mundo). Não seria possível a compreensão da conduta sem um determinado objeto (objetivo).

Tavares ainda refletiu sobre a dificuldade na ocorrência da dirigibilidade, realizando assim uma dupla referência que à finalidade engloba a garantia de derivação da vontade e a finalidade de certos atos devidos. Sobre isto ele compreendeu que no crime culposos a finalidade não estaria ligada ao resultado juridicamente proibido, mas sim, a realização da conduta propriamente dita.

2.9 Da causalidade à imputação penal

Hassemer acredita que o nexo de causalidade³³ só pode ser afirmado se bem justificado e argumentado, por intermédio do uso da linguagem no estabelecimento de uma comunicação orientada ao entendimento. Ele faz uma relação entre o Direito Penal com os aspectos sociais vigentes.

Remetendo-nos à Dogmática Penal Moderna analisaremos a Teoria da Equivalência das Condições ou *conditio sine qua non*.

Segundo Chamon Junior (2005) esta teoria engloba a uma supressão de conduta que remete ao estabelecimento da causalidade

³³ O nexo da causalidade pode ser compreendido como o vínculo existente entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido; examinar o nexo de causalidade é descobrir quais condutas, positivas ou negativas, deram causa ao resultado previsto em lei

entre a ação e o resultado e por intermédio dela foi possível o estabelecimento de meios para atingirmos o limite mínimo na busca de um juízo de imputação.

De acordo com essa teoria qualquer conduta que componha a totalidade dos resultados seria a causa do resultado. A Teoria da Equivalência das Condições é utilizada pelo Direito Penal vigente em nosso ordenamento pátrio.³⁴ Porém,

“a *conditio sine qua non* não esgota o pensamento acerca a teoria da equivalência das condições, sobretudo se atentarmos as hipóteses em que o resultado verificado poderia ocorrer, ou provavelmente ocorreria, mesmo sem que aquele sujeito determinado tivesse atuado. Isso levou a uma formulação da proposição sob a ótica da causalidade alternativa, em que se várias condições forem normalmente suprimidas de maneira alternativa, sem que o resultado desapareça, não significaria que não seriam condições relevantes: afinal, se fossem suprimidas de maneira cumulativa, e em ocorrendo o desaparecimento do resultado concretamente referido.” (CHAMON JUNIOR, 2005, p.17)

Essa formulação baseada na causalidade alternativa considera como a causa do evento apenas a prática da ação ou a omissão do

³⁴ De acordo com Magalhães apud Marzagão (2004): “Dentre as teorias que maior prestígio desfruta, salienta-se a abraçada por nosso estatuto, no art. 13: a da equivalência dos antecedentes, ou da *conditio sine qua non*... Consoante ela, tudo quanto concorre para o resultado é causa. Não se distingue entre causa e condição, causa e ocasião, causa e concausa. Todas as forças concorrentes para o evento, no caso concreto, apreciadas, quer isolada, quer conjuntamente, equivalem-se na causalidade. Nem uma só delas pode ser abstraída, pois, de certo modo, se teria de concluir que o resultado, na sua fenomenalidade concreta, não teria ocorrido. Formam uma unidade infragmentável. Relacionadas ao evento, tal como este ocorreu, foram todas igualmente necessárias, ainda que qualquer uma, sem o auxílio das outras, não tivesse sido suficiente. A ação ou a omissão, como cada uma das outras causas concorrentes, é condição *sine qua non* do resultado. O nexa causal entre a ação (em sentido amplo) e o evento não é interrompido pela interferência cooperante de outras causas. Assim, no homicídio, o nexa causal entre a conduta do delinqüente e o resultado, morte, não deixa de subsistir, ainda quando para tal resultado haja contribuído, por exemplo, a particular condição fisiológica da vítima ou a falta de tratamento adequado.”

agente. Em contraposição à Teoria da Equivalência das Condições, Binding ³⁵defendeu que a causa seria aquela que nos permitisse verificar à direção decisivo do evento.

Na verdade buscava-se um novo conceito menos amplo de causa que permitisse um melhor entendimento sobre o objeto e valoração jurídico-penal.

Na mesma ótica Birkemeyer também compreende que deveria ser considerada a causa no sentido da condição ser mais eficiente. As teorias de Binding e Birkemeyer estabelecem uma diferenciação entre a causalidade e a imputação.

Isto levou estes teóricos ao destaque de uma determinada condição elegendo-a como causa o que, sem dúvida, não só fere a teoria da equivalência, como também não nos serve de marco interpretativo de uma adequada noção de causalidade, em uma determinada produção de resultado é indubitável que concorram inúmeros fatores causais, mas o fato de muitos serem justificamente insignificantes não nos impede de constatar que continua sendo elementos causais concretamente relevantes. (CHAMON JUNIOR , 2005, p.40)

Birkemeyer defendia que a causa de um acontecimento poderia ser compreendida como aquela que, dentre as condições do resultado, contribuiu de forma mais eficaz que as outras para sua produção. Assim, nesta visão, a valoração de uma causa é reduzida a uma expressão quantitativa. Já na visão de Binding a causa é compreendida como o

³⁵ Su sistema se basa en el derecho positivo vigente, objeto único y exclusivo para el estudio de esta materia. Llaga a otorgar a la ley una vida y voluntad propias. Existe la idea de que el delincuente no infringe la ley, sino que la realiza. Disponível em: http://html.rincondelvago.com/derecho-penal_17.html Acedido em dezembro de 2009.

resultado de uma luta vitoriosa de uma força sobre outra, dos elementos que destroem o presente com os que deviam mantê-lo ou levá-lo a outra direção.

É a condição positiva em sua preponderância sobre a negativa ou a ruptura do equilíbrio pela condição preponderante, esta é o pressuposto da teoria do equilíbrio.

Já a teoria da adequação partia do pressuposto que a causa deveria ter ligações prováveis para o sujeito atuante. Entre os desenvolvedores desta teoria está Rumelin que se baseou em estudo desenvolvido por Von Kries, Rumelin se preocupou com a determinação de limites na Responsabilidade Penal.³⁶

Mezger criticou a teoria da causalidade adequada ele discutiu a relação de conexão causal, para ele essa conexão não nos permite verificar a responsabilidade do sujeito. Ele criticou a teoria da adequação defendendo que uma determinada condição causalmente ligada a um resultado; só uma causação adequada possibilitaria justificar a responsabilização nos permite em falar em causa relevante. Em suas

³⁶ “antes de se referir a uma teoria sobre a ou acerca dos limites da causalidade, trata-se de uma construção referente à imputação jurídico-penal... estabelecimento do juízo causal, embora sempre referente a um determinado pano de fundo não exclui considerações sobre uma previsibilidade concreta e objetiva para a questão da causalidade, mas a teoria da adequação acaba confundindo o problema da imputação com o plano da causalidade. (CHAMON JUNIOR, 2005, p; 41) E entre as oposições a essa teoria Chamon Junior (2005, p.42) pontua que “... embora se reconheça a relevância de algumas proposições da teoria da adequação frente à imputação jurídico-penal, a mesma se mostra como insuficiente para, por si só, resolver a questão do *juízo de tipicidade objetiva*.” Compreende-se que nesta teoria a causa do evento é considerado somente a ação ou omissão do agente apto a gerar resultado.

críticas Mezger retrabalha questões da imputação alargando a concepção normativa.

A causa, neste contexto, somente será relevante se adequada ao resultado, ou seja, a conexão causal só poderia ser discutida e imputada no marco de certo tipo penal que deveria ser discutida, imputada e interpretada adequadamente para que fosse alcançado o sentido completo.³⁷

A teoria da relevância permitiu a consubstanciação de uma teoria da imputação que pretendia ser referente à aplicação do Direito Penal. Ressalta-se que para Mezger a teoria da equivalência era uma teoria da causalidade e a teoria da adequação seria a única possível. Von Litz³⁸ compreende a teoria da causalidade buscando a compreensão sobre a ocorrência não do nexa causal.

2.10 Apreciação crítica

Desde o início da exposição da corrente finalista destacamos que esta vertente, apesar de recorrer às bases da ontologia, não se distancia muito do sistema neokantista, eis que pressupõe a

³⁷ “Embora a teoria de Mezger tenha tido o mérito de explicitar aquilo que antes estivera tão-somente implícito na teoria da adequação, além de também possibilitar um entendimento mais claro da questão sobre uma base interpretativa, a teoria da relevância não logrou uma operacionalização do Direito Penal, na medida em que a referência a importantes noções como de dependência do tipo penal a uma causação relevante ainda esteve marcada por elementos considerados insatisfatórios, como a mera possibilidade, carente, todavia de uma limitação orientada pelos princípios jurídicos.” (CHAMON JUNIOR, 2005, p.45)

³⁸ Von Liszt define o delito como resultado da disposição do infrator e da influência do mundo circundante.

independência material dos objetos de estudo do Direito Penal em estruturas lógico-objetivas *a priori*, das quais essa disciplina deve conhecê-los em sua essência para após valorá-la.

Isso faz com que a posição filosófica do sistema finalista não se afaste muito da inerente ao sistema neokantista; com a ressalva de que a fenomenologia husserliana, que mantém notável ponto de convergência com essa corrente, se mantenha no horizonte próprio da filosofia transcendental do sujeito, assim como a base filosófica do neokantismo jurídico-penal.

A concepção totalizadora dos objetos em si materializados absolutamente, dos quais as ciências devem apenas explicá-los ou compreendê-los univocamente em sua essência é, sem dúvida alguma, um fiel retrato do pensamento metafísico.

Assim, todo objeto de conhecimento continua, através da apriorística materializada ontologicamente, condensado no princípio kantiano da síntese total, que existe para além do espaço e do tempo, constituindo uma dimensão incondicional e infinita, que se contrapõe à realidade finita ou a ela subjaz como seu fundamento.

Daí que esse princípio supremo torna possível a visão de unidade própria do pensamento metafísico, eis que é a partir dele que todas as realidades são consideradas parte de um todo. Em suma, a relação metafísica fundamental ao mesmo tempo lógica e ontológica é a relação de identidade e diferença.

O uno é tanto princípio como origem, sentença fundamental e fundamento essencial. O múltiplo deriva do uno, tanto no sentido da fundamentação como no da gênese.

No campo crítico propriamente jurídico-penal, temos que o finalismo, que no início tentou superar o neokantismo, criticando-o por seu excessivo normativismo, precisou negar seu dualismo metodológico, caracterizado pela dicotomia “ser/dever ser”, para, depois, pagar o preço de ter que voltar a utilizá-las, mediante o uso da categoria do “ser” em detrimento do “dever ser”, categoria mais apropriada ao Direito.

O finalismo retorna, por assim dizer, à falácia naturalista, ao crer que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já seria capaz de resolver sozinha a problematidade jurídica.

Essa aproximação ao naturalismo fica ainda mais evidente mediante o dedutivismo formalista e classificatório. O tipo tornou-se formal, mera matéria de proibição, assim como antijuricidade parece voltar a ser inexistência de excludentes da ilicitude.

Também a excessiva importância conferida ao posicionamento sistemático de certos elementos demonstra a tendência classificatória, a exemplo da questão da localização do dolo, ou seja, se é situado no tipo ou na culpabilidade.

Entre as outras críticas está o fato de não haver causalidade física na omissão, devido a isto não poderia ocorrer o exercício de controle do curso causal, nos termos que a teoria final da ação propõe.

Os críticos ao finalismo defendem, portanto, que não existiria ação na hipótese de omissão, justamente pela ausência dos requisitos exigidos pela teoria finalista da ação.

Welzel entende o fenômeno omissivo como omissão de uma ação final ao omitir o sujeito deixaria de praticar uma ação final possível. Esse entendimento é semelhante ao que ocorre na teoria causal, pois há afirmação da existência de finalidade também na omissão.

O injusto penal, por seu turno, permanecendo somente na representação do autor, deixa de lado completamente a dimensão social do injusto e a harmonia dos interesses pela proteção da liberdade.

As idéias de Zielinski foram combatidas por Stratenwerth que objetivou por intermédio da publicação de um artigo em 1975 demonstrar a relevância e a possibilidade de integração do “desvalor de resultado” na teoria do ilícito penal.

Em relação à produção de resultado ele entende que somente podem ser proibidas ou ordenadas ações e não a produção ou evitação de um resultado, neste ponto a mesma visão é compartilhada por Zielinski.

Porém, sobre a prescindibilidade do resultado Stratenwerth elabora que o resultado haveria que ser compreendido como o ilícito que foi produzido. A argumentação do autor é embasada na missão do Direito Penal que seria ratificar a vigência da norma violada, proporcionado a vítima certa satisfação e evitar, conflitos sociais graves por intermédio da

utilização da força. Essa noção é principalmente observada à atenção a pena.

A crítica de Stratenwerth é no sentido de que a consequência da ação haveria que ser tida como ilícito é algo completamente errôneo. O ilícito deve ser compreendido enquanto uma ação que não respeita um mandato normativo.

“Se Stratenwerth pretende justificar a relevância do resultado deveria o autor proceder não a uma subversão dos postulados, nem recorrer às missões do Direito Penal. O Direito Penal tem uma função idêntica a de todo o Direito, qual seja, estabilizar expectativas e não suposta satisfação da vítima através da pena. O resultado pode apresentar uma relevância sim, tanto em termos de uma argumentação de justificação quanto de aplicação: afinal, o resultado além de ser tomado em conta face a figuras como “ desistência voluntária” e “ arrependimento efizaz”, sempre deve ser tomado em conta quando da reconstrução do caso concreto.” (CHAMON JUNIOR, 2004, p.25)

Para Stratenwerth o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento.

A teoria de Welzel pode implicar um grande risco ao Direito se for mal interpretada, pois a mesma compreende que o conteúdo da vontade (finalidade) é que determinaria o sentido social da ação juntamente com o resultado verificado.

Após avaliar a teoria finalista compreende-se que ela apresenta elementos objetivos, tais como: a ação, o nexos de causalidade e resultado e possui como o elemento subjetivo o dolo e a culpa. No cerne da teoria

finalista está na questão de assumir o risco de praticar a eventual conduta (dolo), seja na forma em que não atentadas às precauções de cuidado, acabou praticar a culpa, ou seja, o fato penalmente incorreto.

CAPÍTULO IV – DOS MOTIVOS DO PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO

O ápice da tradição metafísica, como visto, teve lugar no pensamento filosófico hegeliano. A partir daí, o movimento de declínio do pensamento metafísico se apresenta através de desenvolvimentos históricos que a atingiram a partir de fora, com o aparecimento de um novo tipo de racionalidade metódica, do método experimental das ciências da natureza, e, desde o século XVIII, e do formalismo na teoria moral, no direito e nas instituições do Estado de direito.

No início do século XIX, entram em cena as ciências histórico-hermenêuticas, que refletem as novas contingências e experiências do tempo, numa sociedade de economia que torna moderna, cada vez mais complexa.

A irrupção da consciência histórica deflagrou o movimento de destranscendentalização dos conceitos tradicionais fundamentais, ao fazer com que as dimensões de finitude se configurassem em oposição a uma razão não situada, idealisticamente sublimada.

Já na aurora da alta modernidade, generaliza-se a crítica contra a reificação e a funcionalização de formas de vida e de relacionamento, bem como contra a auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica.

Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. A partir disso surge o movimento que culmina na transição paradigmática da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem.

Mais recentemente, até mesmo o clássico primado da teoria frente à práxis não consegue mais resistir às interdependências, que assumem destaque cada vez maior. A inserção das realizações teóricas em seus contextos práticos de formação e aplicação desperta a consciência para a relevância dos contextos cotidianos do agir e da comunicação, que são tomados como objetos filosóficos justamente a partir do esboço de um mundo vital.

Esboçado esse quadro, adotaremos como estratégia de abordagem focar o declínio do pensamento metafísico sob três aspectos, tomados como decisivos. São eles a emergência da concepção de uma racionalidade procedimental em face da tradicional racionalidade material, a necessidade de dessublimação da razão com sua respectiva situacionalização, e, por fim, o grande rompimento como o modo de pensar tradicional, corporificado na transição paradigmática de uma filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, denominada “guinada lingüística”.

4.1 A racionalidade procedimental

No que concerne ao movimento de procedimentalização da razão, cumpre, inicialmente, ponderar que a racionalidade metafísica é caracterizada por sua auto-afirmação no contexto de um mundo racionalmente estruturado, doadora também dessa estrutura para a natureza e para a história, seja na forma de uma fundamentação transcendental, seja na forma de uma penetração dialética do mundo.

Em contraposição ao tipo de racionalidade que se desenvolveu nas ciências empíricas da modernidade, a racionalidade metafísica caracteriza-se por sua materialidade.

Precisamente por enaltecer a questão do método, as ciências modernas somente conhecem a racionalidade de seus próprios procedimentos, e, do mesmo modo, a filosofia moral concebe a moralidade de forma autônoma, adotando uma abstração capaz de evidenciar princípios morais.

A racionalidade passa a ser entendida não mais aos moldes da ontologia clássica, da filosofia transcendental ou da filosofia dialética, ou seja, não é mais a ordem das coisas encontradas no mundo, como também não é mais constituída pelo sujeito e, por fim, não é mais produzida pelo processo de formação do espírito.

No intuito de ilustrar o contraste entre a racionalidade metafísica e a racionalidade procedimental, levanta-se a questão do tipo de saber que é considerado em cada qual. Assim, enquanto a metafísica assume-se como detentora de um saber certo, através de argumentos de fundamentação última ou por meio da auto-explicação em forma de espiral do conceito abrangente, nas teorias científicas, ao contrário, todas as premissas são hipotéticas e têm de ser fundamentadas a partir das conseqüências, seja pela confirmação empírica, seja por sua coerência com outras sentenças já aceitas.

A passagem de uma racionalidade material para uma racionalidade procedimental é a marca fundamental da cultura contemporânea. Como não poderia deixar de ser, essa mudança irradia-se sobre a própria filosofia, que se vê obrigada a assumir a racionalidade procedimental falível das ciências empíricas, despida do privilégio do acesso à verdade, porém sem um método próprio, nem um campo de objeto próprio ou mesmo um estilo próprio de intuição.

Neste contexto, para que a filosofia possa prestar de fato alguma contribuição é preciso que ela assuma a tarefa de investigar o saber intuitivo pré-teórico dos sujeitos competentes da linguagem, da ação e do julgamento, sob os questionamentos universalísticos e o procedimento reconstrutivo da razão.

Há que se considerar, contudo, que a filosofia contemporânea não perde sua relação com a totalidade, mas agora a compreensão desse

todo passa a ser inteiramente diversa, eis que não se pode negar que, a todos nós está sempre presente, de uma forma intuitiva e não-problemática, o mundo vivido enquanto uma totalidade não-objetivável e pré-teórica, ou seja, enquanto esfera das evidências cotidianas.

A peculiaridade crítica da filosofia é mantida, apesar de estar sempre imersa no mundo vivido, isso porque ela também se contrapõe radicalmente a ele por meio da força subversiva da reflexão.

Em suma, é devido a essa relação com o mundo vivido que a filosofia se habilita em cumprir sua missão específica e emancipatória no horizonte da vida humana contemporânea; a saber, a de ser mediadora entre a cultura dos especialistas das ciências e da técnica, do direito e da moral, por um lado, e da práxis comunicativa cotidiana, por outro lado. Ou seja, esses campos do saber passam todos por uma reflexão crítica e esclarecedora segundo os aspectos universais e formais da prática comunicativa ordinária.

4.2 A situacionalização da razão

No que segue, agora a abordar o segundo aspecto marcante do declínio da metafísica, concernente ao movimento de situacionalização da razão, é possível vislumbrar as primeiras críticas ao idealismo da filosofia hegeliana já com seus discípulos, os jovens hegelianos.

Entendidas como a primeira investida pós-metafísica, as críticas voltam-se contra a preponderância do universal, do atemporal e do necessário em face do particular, do mutável e do contingente. Seus argumentos básicos denunciavam um pensamento auto-referencial e totalitário que se conciliava com a finitude do espírito.

Entretanto, todos os jovens hegelianos correram o risco de hipostaziar como um em-si o primado da natureza, da sociedade e da história e, assim, retroceder a uma forma pré-crítica de pensamento. Em vista disso, a uma primeira vista, a formação de um conceito adequado de razão situada somente poderia vir a ser tratado de maneira apropriada no terreno de uma crítica ao pensamento transcendental.

Na direção de uma crítica kantiana, contra o modo de proceder fundamentalista do pensamento da filosofia do sujeito, partindo do enfrentamento da razão histórica, Dilthey reformulou a postura da filosofia transcendental de tal modo que as produções da subjetividade transcendental pudessem encontrar um lugar no mundo independentemente de ter de eliminar sua relação interna com o processo de constituição do mundo.

A teoria do conhecimento sofre profundas alterações com o historicismo e a filosofia da vida, que alçaram a um papel protagonizante a mediação da tradição, a experiência estética, a existência corporal,

social e histórica, o que conduziu a uma ruptura e superação do conceito clássico de subjetividade transcendental.

Com isso, no lugar da síntese transcendental entra em cena a produtividade concreta da vida, que inspirou Husserl a mediar o eu transcendental com a consciência fática do fenomenólogo singular; e ainda mais radicalmente, Heidegger fulmina a um só golpe a figura da subjetividade transcendental com o “Eis-aí-ser”, marcado pela finitude e pela historicidade.

Em linhas gerais, este processo de historificação e individuação da subjetividade transcendental provocou uma reformulação radical dos conceitos centrais do pensamento transcendental. Em Kant, por exemplo, havia uma contraposição radical entre sujeito enquanto consciência transcendental e o mundo como a totalidade de objetos da experiência.

Heidegger, ao contrário, conservando a idéia da espontaneidade transcendental, vai entender a subjetividade como ser-no-mundo, submetida às condições da facticidade histórica e da existência intra-mundana.

Ele vai substituir a distinção central do pensamento transcendental entre constituinte e constituído pela diferença ontológica entre o projeto de mundo, o horizonte para o possível encontro e o que, por sua mediação, é facticamente encontrado.

Posteriormente, o Heidegger tardio, no afã de cada vez mais radicalmente suprimir a filosofia transcendental, vai conceber o processo

de formação do mundo não mais como uma produção, mas como um evento anônimo, que se impõe a nós a partir de um poder originário temporalizante, o que vai conduzir a elevar à esfera do absoluto a potência criadora de sentido, desveladora do ser.

Isso vai conduzir a uma espécie de fatalismo ontológico, eis que a práxis dos indivíduos socializados no mundo ocorreria sempre a partir de um determinado quadro já estabelecido, ou seja, no horizonte de conexões de sentido já previamente fixadas.

No entanto, todos esses esforços de destrancentalização da subjetividade ocorrem ainda dentro do horizonte aberto, na modernidade, pela filosofia transcendental. Como adiante se verá, a verdadeira transição paradigmática está assentada na mudança da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem; onde os sujeitos, que se entendem entre si a partir do horizonte de um mundo da vida comum sobre algo no mundo, se movem no seio da linguagem e são, ao mesmo tempo, autônomos e dependentes, pois as línguas naturais abrem somente o horizonte para um mundo específico em que se encontram sujeitos socializados.

Há, por assim dizer, um ciclo não vicioso entre o mundo vivido enquanto fonte e o mundo vivido enquanto produto, capaz de constituir a vida histórica dos sujeitos inseridos em comunidades de comunicação. Somente a partir da guinada lingüística, então, que foi possível reformular

comunicativamente - e portanto no contexto mesmo situacional - o conceito de racionalidade.

4.3 A guinada linguística

Como se viu, o pensamento pós-hegeliano se liberta das amarras que o prendiam a uma racionalidade metafísica delineada pela filosofia da consciência.

A seguir lançaremos um olhar sobre a crítica à filosofia da consciência que se desenvolveu desde então, na qualidade de grande semeadora do solo onde foi concebido o pensamento pós-metafísico.

Assim, a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem traz vantagens objetivas, além de metódicas, eis que ela rompe com as divisas de um círculo aporético fomentador do antagonismo entre metafísica e antimetafísica, ou seja, a tradicional contraposição do idealismo ao materialismo.

A reviravolta ainda abre a possibilidade do enfrentamento do problema da individualidade até então insolúvel em termos metafísicos. Convém, então, iniciarmos a abordagem sob a perspectiva dos mais relevantes motivos da crítica à filosofia da consciência.

Com efeito, o primeiro deles toma lugar com a corrente de pensamento que, desde Fichte, se volta para o problema da autoconsciência enquanto auto-relação do sujeito, que, ao partir dessa

concepção, encontra a objeção consistente no fato de que a autoconsciência não pode ser um fenômeno originário, pois a espontaneidade da vida consciente se subtrai a qualquer forma de objetivação, à qual, ela tem necessariamente de se submeter, logo que o sujeito cognoscente se volta sobre si mesmo para se apropriar de si mesmo enquanto objeto.

O segundo vem desde a época de Frege, onde a lógica e a semântica deram um duro golpe na concepção da teoria do objeto que resulta da estratégia conceitual da filosofia da consciência, eis que os atos do sujeito vivenciador, agente e sentenciador, somente podem referir-se a objetos – intencionais, nas palavras de Husserl.

Todavia, este esboço de um objeto representado não faz jus à estrutura proposicional dos estados de coisas pensados e enunciados.

No que segue, o terceiro advém do naturalismo, eis que ele duvida que seja possível tomar a consciência como base, ou seja, como algo incondicional e originário; então foi preciso efetivar uma concordância entre Kant e Darwin.

Mais tarde, Freud, Piaget e Saussure articularam categorias que escapam aos dualismos da filosofia da consciência, traduzidas nas formas “corpo capaz de expressão”, “comportamento”, “ação” e “linguagem”, por meio das quais é possível introduzir relações com o mundo nas quais o organismo socializado do sujeito capaz de linguagem

e ação já está introduzido, antes mesmo que este possa relacionar-se de modo objetivador com algo no mundo.

Contudo, tais considerações críticas somente encontram um fundamento metodológico seguro após a guinada lingüística, que deve sua existência a um afastamento em relação à idéia tradicional, de acordo com a qual a linguagem devia ser representada segundo o modelo da subordinação de nomes a objetos e compreendida como um instrumento de comunicação que permanece fora do conteúdo dos pensamentos.

A nova compreensão da linguagem, cunhada transcendentalmente, obtém relevância paradigmática devido às vantagens metódicas que exhibe, face a uma filosofia do sujeito cujo acesso às realidades da consciência é inevitavelmente introspectivo.

Segundo esse modelo, a descrição de entidades que surgem no interior do espaço de representação ou da corrente de vivências carrega consigo a mácula de parecer algo meramente subjetivo, mesmo que alguém pretenda apoiar-se em experiências interiores, na contemplação intelectual ou na evidência imediata.

Do contrário, com o novo paradigma é possível a alguém a certificação da validade intersubjetiva de observações por meio da prática experimental, portanto, através de uma transformação regulada de percepção em dados.

Uma objetivação semelhante ocorre quando se observa que as representações e pensamentos seguem as formações gramaticais, capazes de conferir-lhes expressividade.

Isso significa que as expressões gramaticais constituem algo acessível publicamente, ou seja, nelas se pode aferir estruturas sem apelo à referência solipcista a algo meramente subjetivo.

Pierce e Frege demarcam o ponto inicial da transição, ancorados numa linha analítica da linguagem, em que a posição modelar da matemática e da lógica trouxe um elemento determinante para que a filosofia passasse a tomar por objeto a análise pública das expressões gramaticais.

Inicialmente com forte traço lógico-semanticista, a guinada lingüística pagou um alto preço em razão do excesso de abstrações que tornaram impossível explorar plenamente o potencial de solução do novo paradigma. Assim, a análise semântica permanece essencialmente uma análise das formas da proposição, principalmente das formas assertórica, prescindindo da análise da situação da fala, do uso da linguagem e de seus contextos, das pretensões, das tomadas de posição e dos papéis dialogais dos falantes.

Noutras palavras, ao prescindir da pragmática da linguagem, a semântica formal fora entregue a um outro tipo de abordagem, a saber, a consideração empírica.

Por isso mesmo, a abstração semanticista acaba por talhar a linguagem em seu aspecto auto-referencial, eis que, exemplificativamente, no caso de ações não lingüísticas, a intenção do agente não pode ser deduzida do comportamento manifesto; quando muito, ela pode ser decifrada indiretamente, o que a esvazia de conteúdos filosóficos.

A guinada lingüística não se completou somente por meio da semântica da proposição, mas também por meio da semiótica sausseriana.

No entanto, o estruturalismo cai, de modo inteiramente semelhante, na armadilha de falácias abstrativas; ao elevar as formas anônimas da linguagem a uma categoria transcendental, ela degrada os sujeito e sua fala à condição de algo meramente acidental.

Nesse modelo, o modo de os sujeitos falarem e agirem deve ser explicável a partir de sistemas de regras subjacentes, ou seja, tudo que pode ser tido como propriedade da subjetividade, passa a ser visto como fenômeno residual, que pode ser simplesmente posto de lado ou desvalorizado.

Assim, toda a análise acerca de individualidades ou inovatividades permanece presa a uma esfera pré-lingüística, acessível apenas mediante a intuição.

4.4 A guinada pragmática

E aqui chega o momento de ingressarmos na atmosfera pragmática, por meio de seus motivos de pensamento, em irresignação com o estado assumido pela guinada lingüística.

De partida, cumpre pontuar que, ante a problematidade deflagrada no parágrafo anterior, a teoria dos atos de fala, preocupando-se com a auto-referencialidade da linguagem, inclui em sua análise o momento intencional da situação de fala.

Desse modo, expressões lingüísticas identificam-se a si mesmas, porque estão estruturadas de modo auto-referencial e comentam o sentido de aplicação do conteúdo nelas expreso.

A descoberta desta estrutura proposicional-performativa, dupla, por parte de Wittgeinstein, Austin e dos autores que os seguiram, constituiu o primeiro passo no caminho de uma integração de componentes pragmáticos no contexto de uma análise formal.

Somente por meio da transição para uma pragmática universal e formal é que a análise da linguagem conseguiu reaver a amplitude e os questionamentos da filosofia do sujeito, que já tinham sido dados como perdidos.

A tarefa seguinte consiste na análise dos pressupostos gerais que devem ser preenchidos para que os participantes da comunicação possam entrar em entendimento sobre algo no mundo. Tais pressupostos

pragmáticos da formação do consenso apresentam como peculiaridade uma grande dose de idealização.

Entretanto, é inevitável e frequentemente contrafática a suposição de que todos os participantes do diálogo empreguem as mesmas expressões lingüísticas com significado idêntico.

As pretensões de validez que um falante levanta em prol do conteúdo de suas frases expressivas, normativas e assertóricas, vêm carregadas de idealizações semelhantes, eis que o que um falante afirma como sendo válido aqui e agora, num dado contexto, transcende de acordo com sua pretensão, todos os *standars* de validade locais, dependentes de um contexto.

Com isso, a tensão que existe entre o inteligível e o empírico irrompe na esfera dos próprios fenômenos, por meio do conteúdo normativo dos pressupostos comunicacionais de uma prática exercitada facticamente, ao mesmo tempo idealizadores e inevitáveis.

Assim, os pressupostos contrafáticos transformam-se em fatos sociais, ou seja, encarnam na realidade social, que tem de reproduzir-se através do agir orientado pelo entendimento.

Contudo, o agir voltado ao entendimento pode ser indicado como meio de processos de formação que tornam possíveis, de uma só vez, a socialização e a individuação, porque a intersubjetividade do entendimento lingüístico é de si mesma porosa e porque o consenso

obtido através da linguagem não apaga, no momento do acordo, as diferenças das perspectivas dos falantes, pressupondo-as irrevogáveis.

A função gramatical dos pronomes pessoais contrange falantes e ouvintes a um enfoque performativo, no qual um se defronta com o outro na forma de alter/ego, assim, somente na consciência de sua absoluta diferença de impermutabilidade é possível a alguém reconhecer-se no outro.

Deste modo, continua acessível, na prática comunicativa cotidiana, e de modo trivial, aquele algo não-idêntico, vulnerável, sempre e de novo deslocado quando de um enfoque objetivador, que sempre escapou à rede dos conceitos fundamentais da metafísica.

Em suma, a caracterização ocidental do *logos* reduz àquilo que a linguagem realiza em uma de suas funções, na representação de estados de coisas. Ao final de contas, vale como racional, segundo a tradição, somente a elaboração metódica de questões de verdade, excluindo deste domínio, por exemplo, as questões de justiça.

Contra isso, a filosofia pragmática universal se apresenta de modo a não se esvair na auto-reflexão sistemática das ciências. Do contrário, ao se libertar de um olhar fixado no cientificismo, encontra o horizonte aberto do mundo da vida que a emancipam do logocentrismo. Há, então, uma razão já operante no seio da própria prática comunicativa cotidiana. Daí emerge a noção de racionalidade comunicativa.

Este é o domínio do cruzamento das pretensões à verdade proposicional, à correção normativa e à autenticidade subjetiva no interior da atmosfera concreta do mundo que se abre linguisticamente; e, precisamente por serem pretensões criticáveis, elas transcendem os contextos nos quais são formuladas e nos quais elas pretendem valer.

CONCLUSÃO

Após a realização da incursão bibliográfica verificou-se as principais distinções e críticas, da conceituação de delito dentro das correntes causalistas e finalistas.

O naturalismo clássico parte dos estudos de Liszt e Bebel predominantes no século XIX. Nesta corrente, o conceito de conduta pode ser compreendido pelo conceito analítico, onde o elemento do fato típico é o primeiro substrato do crime, assim o crime é fato típico, onde é somada a ilicitude e a culpabilidade.

A conduta seria o movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. É externa, desprovida de dolo ou culpa, pois estes estão na culpabilidade, não admitindo valoração. Críticos ao naturalismo chamam a atenção que alguns tipos têm elementos normativos que devem ser valorados.

Outra controvérsia na corrente naturalista está o fato de eles não conseguirem explicar os crimes omissivos, pois o entendimento dos

doutrinadores da corrente abrange apenas a ação. Outra crítica seria em relação ao tipo penal, que possui requisitos subjetivos que o naturalismo desconsidera.

Já na corrente neokantista, o crime é entendido como o fato típico, consistente a união da ilicitude e da culpabilidade. Nesta corrente a conduta para ação ou omissão, não é mais neutra, podendo ocorrer uma valoração negativa da lei.

A diferença do neokantismo para o naturalismo está na valoração da conduta e na ocorrência da omissão. Assim, verifica-se que o neokantismo é uma evolução do naturalismo.

Entre as principais oposições a teoria neokantista está o fato de ela ter adotado premissas do naturalismo, com essa adoção ficou contraditório o reconhecimento dos elementos subjetivos e normativos do tipo.

Refletindo sobre o sistema causal compreende-se que o conceito de ação engloba o movimento corpóreo capaz de produzir alguma alteração no mundo exterior. Dela, portanto, não faz parte nem o dolo nem a culpa.

Em relação às características da conduta, na teoria causalista impera o ato voluntário. Já conceituação de tipo penal é entendida como o conjunto dos dados descritivos do crime

Sobre os fatos, os causalistas entendem que eles serão o conjunto dos dados descritivos do crime e o fato típico será a mera subsunção do fato à letra da lei.

Analisando os requisitos do fato típico, a teoria causalista aduz que esta é a conduta voluntária, resultado naturalístico, do nexo de causalidade e da adequação à letra da lei.

O fato típico, assim, contempla a dimensão fática ou naturalista do fato típico. Não lhe importava a efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Não lhe importava, tampouco, a questão da imputação objetiva.

O conceito de dolo, nesta vertente, seria a consciência e a vontade livre dirigida a um resultado, antijurídico.

Entre os requisitos do dolo estão: a consciência da ação e do resultado, a consciência do nexo de causalidade, a consciência da ilicitude e vontade de realizar a ação e produzir o resultado antijurídico.

O conceito de culpa engloba a realização voluntária de uma conduta sem a devida atenção ou cuidado da qual deriva um resultado não desejado nem previsto, embora fosse previsível.

Sobre a natureza do dolo, os causalistas compreendem que ele é normativo, pois exige a consciência da ilicitude do fato. Nesse contexto, a localização do dolo e da culpa se refere à culpabilidade. Assim, a inexistência de dolo ou culpa conduz à falta de culpabilidade. Sobre a

conseqüência da inexistência de dolo ou culpa, a teoria causal impõe-se o início do processo e no final o juiz absolvía por falta de culpabilidade

Em relação à natureza da antijuridicidade, a teoria causal é objetiva, onde há a valoração do ato realizado. Sobre a relação entre tipicidade e antijuridicidade, os teóricos causalistas defendem que a tipicidade é neutra.

Conforme os requisitos da culpabilidade, os naturalistas compreendem que a imputabilidade seria o dolo ou culpa; com a corrente neokantista foi agregada a exigibilidade de conduta diversa.

Sobre a localização da consciência da ilicitude, ela faria parte do dolo. A natureza da consciência da ilicitude é real, sendo necessário que o agente saiba da ilicitude do fato.

Em relação à natureza da culpabilidade, a corrente causalista defende que ela é psicológica ou de acordo com o neokantismo psicológico-normativo. Sobre a culpabilidade, os causalistas acreditam que primeiramente ela é psicológica e posteriormente psicológica/normativa.

O finalismo foi baseado em preceitos ontológicos provenientes do pensamento aristotélico, Welzel foi um dos seus principais doutrinadores, essa corrente começou a se propagar na década de 30.

No finalismo, o centro da conduta humana e o crime passam a ser analisados sobre a ótica da causa e do efeito. O dolo e a culpa são

compreendidos como elementos do fato típico que passa a ser composto pela conduta culposa ou dolosa, resultado, nexo causal e tipicidade

O conceito de ação na teoria finalista contém o comportamento humano consciente dirigido a uma finalidade (comportamento doloso ou culposos).

O dolo está coligado com a conduta, não há dúvida, mas não é valorado no âmbito da conduta, sim, na última etapa (no momento subjetivo) do fato materialmente típico. Já a culpa é valorada no momento normativo ou axiológico do fato materialmente típico.

O tipo penal é compreendido como o conjunto dos requisitos objetivos do crime. Os fatos são o conjunto dos dados descritivos do crime e o fato típico engloba todos os requisitos objetivos descritos na lei penal, mas praticado de forma dolosa ou culposa.

O fato típico seria, assim, a conduta dolosa ou culposa, resultado naturalístico do nexo de causalidade e da subsunção do fato à letra da lei. Observou-se que tanto na teoria causalista e finalista o juízo de tipicidade penal era igual à tipicidade formal-objetiva.

O delito é entendido como o fato típico mais a ilicitude e a culpabilidade. Logo, impõe-se a presença da tipicidade legal ou formal-objetiva mais a tipicidade normativa mais a tipicidade material. Para corrente finalista o crime doloso é complexo e deles fazem parte o tipo objetivo assim como o tipo subjetivo. A doutrina finalista inclui o dolo e os demais requisitos subjetivos no que denomina de tipo subjetivo.

Entre os requisitos do dolo estão: a consciência da conduta e do resultado, a consciência do nexo causal, a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado naturalístico.

A consciência da ilicitude não faz parte do dolo, e sim, da culpabilidade enquanto na teoria funcionalista a consciência da ilicitude é em regra um dos fundamentos do juízo de culpabilidade. A natureza da consciência da ilicitude é potencial, bastando ter a possibilidade de conhecer a ilicitude do fato.

A culpa engloba a inobservância do cuidado objetivo necessário que se exterioriza numa conduta que produz um resultado naturalístico previsível. O dolo, portanto é natural; pois não exige a consciência da ilicitude do fato.

Sobre os requisitos da culpabilidade estão intrínsecos à imputabilidade, o potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Em relação à natureza da culpabilidade para a teoria finalista ela é normativa, onde os juízos de valor que recaem sobre seus requisitos. Em relação à imputação subjetiva ela só se refere ao dolo, porque esta última esgota-se no âmbito da imputação objetiva. O fato materialmente típico culposo, portanto, possui três dimensões: a fática, a normativa e a material.

A corrente finalista também compreende a atipicidade da conduta; a inexistência de dolo conduz à atipicidade do fato por falta do

requisito da imputação subjetiva; a inexistência de culpa: leva à atipicidade do fato por falta do requisito da imputação objetiva.

A teoria finalista sugere o arquivamento do caso por se tratar de fato atípico; se oferecida denúncia impõe-se sua rejeição. A tipicidade seria o indício da antijuridicidade.

Há doutrinadores finalistas, porém que não reconhecem a culpabilidade como elemento do delito, para eles a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena. Para os finalistas, a conduta seria o movimento humano voluntário, que é psicologicamente dirigido a um fim.

O dolo e a culpa deixam de ser parte da culpabilidade e passam a ser fato típico. Entre as grandes contribuições dos finalistas para a conceituação do delito foi à assunção que toda a ação tem uma finalidade, onde o dolo é um elemento da conduta humana e não mais exclusivamente um fator de reprovação do resultado causado.

O finalismo vinculou o dolo à conduta, o dolo passa a ser elemento subjetivo do tipo penal. A análise do dolo foi transportada de dentro da culpabilidade para dentro da tipicidade. Com isso, torna-se possível trabalhar com as hipóteses de “tentativa”.

Entre as maiores críticas ao finalismo está o fato dela não explicar os crimes culposos, sendo frágil também o entendimento sobre os crimes omissivos.

A corrente finalista ainda concentra o desvalor na conduta, ignorando o desvalor no resultado. Praticamente apenas desvaloriza a conduta, pouco se importando com o resultado.

Toda essa linha evolucionária da teoria do delito se movimentou no horizonte do pensamento metafísico, como se viu à exaustão nas partes alusivas à fundamentação e apreciação crítica das respectivas correntes abordadas.

Como se viu, o pensamento metafísico irradia intensamente o sistema naturalista, mediante a concepção positivista, que assimila o conceito de ação, bem como as categorias jurídicas do delito, nos limites da ciência naturalista totalizadora do conhecimento.

Precisamente por pretender o conhecimento particular do delito ancorado numa sistematização filosófica fiel à Ciência e capaz de sintetizar a totalidade do conhecimento, a corrente naturalista se auto-proclama como o único meio de acesso ao conhecimento teórico do delito.

Por sua vez, o sistema jurídico-penal neokantista sofre influência do historicismo, movimento filosófico capaz de desferir o primeiro golpe contra a metafísica, ao descortinar e colocar em xeque a excessiva simetria epistemológica naturalista conquistada ao preço de um total isolamento das categorias objetivas, traduzida na relação equivalente entre parte e todo.

No entanto, todos esses esforços de destrancendentalização da subjetividade ocorrem ainda dentro do horizonte aberto, na modernidade, pela filosofia transcendental, que é incapaz de antever a linguagem como a grande intermediadora do conhecimento e da interação entre os homens.

Assim, a racionalidade metafísica se reconhece a si mesma no mundo racionalmente estruturado ou doa ela mesma uma estrutura racional à natureza e à história, seja na forma de uma fundamentação transcendental, seja na forma de uma penetração dialética do mundo.

No que concerne ao sistema finalista, a concepção totalizadora dos objetos em si materializados absolutamente, dos quais as ciências devem apenas explicá-los ou compreendê-los univocamente em sua essência é, sem dúvida alguma, um fiel retrato do pensamento metafísico.

Assim, todo objeto de conhecimento continua, através da apriorística materializada ontologicamente, condensado no princípio kantiano da síntese total, que existe para além do espaço e do tempo, constituindo uma dimensão incondicional e infinita, que se contrapõe à realidade finita ou a ela subjaz como seu fundamento.

Daí que esse princípio supremo torna possível a visão de unidade própria do pensamento metafísico, eis que é a partir dele que todas as realidades são consideradas parte de um todo. Em suma, a relação metafísica fundamental ao mesmo tempo lógica e ontológica é a relação de identidade e diferença.

No que segue, foram apresentados os aspectos legitimadores do pensamento pós-metafísico, consistentes na racionalidade procedimental, na situacionalização da razão e na guinada lingüística. E, após, foram apresentadas as bases filosóficas de uma guinada pragmática capaz de congrega tais elementos do pensamento pós-metafísico, assinalando um caminho possível no campo da dogmática penal.

APÊNDICE

DOS SISTEMAS FUNCIONALISTAS

A teoria funcionalista surgiu no século passado na Europa, propondo repensar o sistema do Direito Penal principalmente por intermédio de métodos valorativos, referindo-se a determinados valores, mas agora direcionando o sistema jurídico-penal às funções que deve desempenhar no plano social através dos fins de prevenção geral e especial da pena.

A corrente funcionalista traz de volta os avanços conceituais engendrados no neokantismo. Entre esses avanços menciona-se a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito veio a acrescentar a todos eles uma ordem valorativa.

A teoria funcionalista segue as premissas gerais desenvolvidas pelos teóricos Günther Jakobs e Claus Roxin.

A doutrina funcionalista questiona a função do Direito Penal frente à sociedade moderna. Em linhas gerais, é defendido por essa corrente que o Direito deve cumprir finalidades preventivas, ou seja, há que se elaborar normas para se alcançar a eliminação da reiteração delituosa, caso contrário, a norma repressiva não se terá alcançado o nobre escopo para o qual foi elaborado.

De um lado Roxin propõe um funcionalismo dualista, moderado e de política criminal, de outro lado, Jakobs defende um direito penal sistêmico, radical e monista.

Roxin acredita que o Direito Penal deve se inserir em uma ordem jurídica superior já vigente, à qual deve prestar obediência. O Direito Penal, assim, consiste em um conjunto de regras limitado principalmente pela Constituição, servindo como forma de proteção subsidiária de bens juridicamente tutelados.

Já Jakobs entende que o Direito Penal é autônomo, ou seja, vive por si só, desvinculado dos demais ramos do direito. Serviria tão-somente como garantia da vigência da norma. Ele assevera, que a sociedade deve se curvar perante o Direito Penal, e não o contrário.

1 Da imputação objetiva enquanto proposta operacional do Direito Penal

A teoria da Imputação objetiva possuiu muitos opositores que defende que ela não é uma teoria inovadora e sim uma coletânea de outras teorias que enfocam o tipo penal.

Segundo Chamon Junior (2005) a teoria da imputação objetiva serviria como um corretivo da atividade penal, assim a teoria busca restringir a determinação típica.

O papel da teoria da imputação objetiva é permitir alcançar uma operacionalização do Direito de maneira a possibilitar o estabelecimento de critérios capazes de permitir um juízo acerca da realização, ou não, do tipo penal. Essa teoria não objetiva corrigir o juízo típico, senão estabelecer quando a que título deve ser imputado determinado resultado.

A teoria não tem o objetivo de limitar a responsabilidade penal, mas objetiva oferecer caminhos para o estabelecimento de meios de se alcançar um juízo adequado de responsabilidade.

A Imputação objetiva deve ser compreendida como uma teoria que pretende esclarecer os critérios de imputação de determinada conduta, no que está relacionado, principalmente à configuração de tipicidade objetiva.

Jakobs compreende a imputação objetiva como uma teoria que pudesse interpretar um resultado alcançado por um indivíduo como socialmente relevante, no sentido de que a ação se refere antes tão somente àquilo capaz de ser objetivamente imputado. (CHAMON JUNIOR, 2005)

Roxin realizou uma crítica ao finalismo e o seu conceito de ação, nesse artigo ele procurou diferenciar imputação de comportamento e imputação do resultado. Segundo o doutrinador não há que se imputar o comportamento quando há a ocorrência de atos reflexos ou a inatividade em razão de uma impossibilidade de ação, pois nesse caso haveria a

ausência de voluntariedade que impediria a imputação do comportamento.

Em relação à imputação objetiva de resultado deve ser verificada que antes da determinação de um delito é preciso que anteriormente o resultado deste seja efetivamente referido.

Sobre a imputação objetiva de resultado, Frisch, compreende que: *“uma conduta será considerada típica somente quando a mesma, em razão de sua vinculação ao resultado verificado, submeta-se aos critérios da imputação do tipo objetivo”*. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 59)

Assim não haveria a ocorrência de imputação objetiva de comportamento ou resultado quando o indivíduo age com a finalidade de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico.

O sujeito causa um dano menor ao objeto jurídico para evitar um maior e não gera ou aumento o perigo juridicamente reprovável à objetividade protegida.

2 Precedentes históricos e justificação teórica da teoria da imputação objetiva

Os paradigmas de imputação objetiva são baseados na filosofia de Hegel, que foi desenvolvida no início do século XIX. Para Hegel um fato somente poderia ser imputado como responsabilidade da vontade subjetiva na imediatidade da conduta.

A imputação para Hegel pertence à ação e junto com a ação está a responsabilidade, o dever de responder por um fato próprio, mas ambas não se sobrepõem. A ação é compreendida com totalidade plena de sentido, na qual é importante sua direção final, e não a pura causalidade.

Estudos desenvolvidos por Schuneman ressaltam que apesar de ter desenvolvido um critério semelhante ao da atual teoria da imputação objetiva, Welzel enfatizou demasiadamente a sua posição finalista e não aceitou a teoria da equivalência, sobretudo nos delitos dolosos.

Em outra perspectiva, Roxin começou a estudar a imputação objetiva, para além da teoria da adequação, adequação social ou de limitações objetivas.

Ele inovou delineando a essência de um desenvolvimento da questão sob a ótica de que não bastaria a criação, à medida que o resultado deve ser imputável à ação³⁹, ou seja, deveria haver uma relação entre o resultado e a ação.

3 Operacionalização e sistematicidade da teoria da imputação objetiva

³⁹ Ao justificar a teoria da imputação objetiva Jakobs resalta que ela tem duplas raízes: “uma diz respeito à aplicação de regras desenvolvidas para a causalidade, equivalendo dizer que há o risco criado pela conduta que ser realizado em um determinado resultado para que possa imputá-lo à ação; mas antes deverá ser tomada em conta a finalidade do Direito Penal, qual seja, segundo Jakobs para garantir a segurança das expectativas sociais”. (CHAMON JUNIOR, 2005, p.69)

Jakobs analisou os critérios operacionais do Direito Penal. Ele analisou a questão da verificação da questão ou não do risco, de acordo com a teoria da adequação social. Para ele a questão da realização do resultado deveria ser entendida sob a perspectiva que tem origem no desenvolvimento da questão referente à causalidade.

De acordo com Chamon Junior (2005, p.73):

“Assim, podemos entender que se vivemos em uma sociedade em que os riscos são patentes, não são quaisquer riscos os que hão de ser evitados, do contrário a vida não seria vivida. Para esses riscos, geralmente considerados como “tolerados”, os autores chamam de riscos gerais da vida. Todavia, haveria riscos especiais que seriam determinados assim frente à possibilidade de produção de dano, seja esta possibilidade justificada na experiência compartilhada, ou ainda na perspectiva do agente enquanto detentor de conhecimentos especiais, e não de probabilidade. Assim, somente os riscos não permitidos, riscos ilicitamente criados, poderiam ser tomados em conta de um juízo de imputação. Se o risco não é permitido, a mim é devido atuar em outro sentido, mas se o risco é juridicamente permitido, não há que ser a mim imputado qualquer resultado que advenha da criação mesma desse risco.”

Nesta perspectiva verifica-se que a realização dos riscos de resultado engloba a questão da validade jurídica, pois no que se refere à criação de riscos, deve ser observada a questão do limite mínima.

A doutrina em geral entende que a operacionalização desta questão há que ser definida enquanto criação de risco não permitido e sua realização em um determinado resultado concreto. Enfim, tratar-se-ia de um risco juridicamente desaprovado que e que seria concretizado em um resultado.

No próximo tópico será observada a questão do risco na teoria da imputação objetiva.

4 A questão do risco na teoria da imputação objetiva

Estudos de Maiwald questionam se teria o risco permitido um campo autônomo de aplicação diferenciada. Segundo ele a validade do risco permitido existe quando se constata a presença de critérios materiais que o torna juridicamente permitido. Ele também realiza uma distinção entre a adequação social e o risco permitido.

Já Stratenwerth entende que a questão do tratamento de risco desaprovado, não é matéria que deva ser tratada no âmbito da interpretação objetiva, mas sim o da ilicitude.

Roxin salientou inicialmente que o tipo penal somente se verificaria através do juízo de tipicidade quando estivessem conformados todos os elementos de caracterização do ilícito, assim para Roxin não haveria tipicidade sem ilicitude, nem ilicitude penal sem tipicidade.

Porém, depois voltou atrás e repensou o tipo sistemático acreditando não ser possível afirmar a existência de um tipo penal e uma teoria bipartida do delito. A ilicitude passa a ser compreendida não mais como determinante de tipo. O tipo não se apresentaria mais como total, mas sim como *ratio cognoscendi* da ilicitude.

O risco permitido para Roxin e Jakobs teria uma referência ao tipo penal e a sua incidência impediria o juízo da tipicidade no campo de consideração da imputação objetiva. Isto não nos impediria considerar o risco permitido como relevante nas causas de justificação.⁴⁰

Roxin acredita que o risco permitido gera um risco juridicamente relevante. O sujeito ao determinar ou não evitar, um risco não significa que ele seja permitido, embora seja juridicamente relevante. Mas, ressalta-se que embora Roxin se refira ao risco juridicamente permitido, ele não nos permite vislumbrar o meio de se alcançar referidos sentidos jurídicos dos riscos ou perigos.

O risco permitido serve para observarmos que existem determinadas condutas arriscadas cuja ação é permitida e até muitas vezes estimulado pela sociedade, onde se assumem eventuais danos como funcionalmente toleráveis.⁴¹

5 Sobre a teoria funcionalista de Claus Roxin

A teoria funcionalista surgiu no século passado na Europa, propondo repensar o sistema do Direito Penal principalmente por

⁴⁰ Em especial, o consentimento presumido ou a salvaguarda de interesses legítimos para Roxin. O que se distingue aqui seria a necessidade de uma ponderação de interesses a ser tomada em conta frente a um contexto, e não perante um tratamento abstrato porque considerado no marco da “normalidade social enquanto socialmente adequado”. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 81 e 81).

⁴¹ Para Jakobs (2000, p. 35) “uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como “risco permitido”.

intermédio de métodos valorativos, referindo-se a determinados valores, mas agora direcionando o sistema jurídico-penal às funções que deve desempenhar no plano social através dos fins de prevenção geral e especial da pena.

A corrente funcionalista traz de volta os avanços conceituais engendrados no neokantismo. Entre esses avanços menciona-se a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito veio a acrescentar a todos eles uma ordem valorativa.

Desde 1970 Roxin vem desenvolvendo um sistema funcionalista, por ele chamado de “sistema racional final do Direito Penal”. Apesar da terminologia final, Roxin foi crítico ao finalismo e a menção a ela ocorre no sentido teleológico que o Direito Penal apresentaria uma finalidade que serviria de guia para o desenvolvimento do mesmo.

Na verdade, Roxin foi crítico ao finalismo e ao causalismo, em detrimento de um sistema que fosse capaz de oferecer respostas adequadas ao Direito Penal, caberia ao Direito Penal defender a sociedade e o indivíduo de riscos sócio-politicamente intoleráveis.

Para Roxin, a questão de riscos deveria ser fixada de maneira determinada por lei e seria incumbência do juiz decidir com base nos princípios de política-criminal. (CHAMON JUNIOR, 2004)

Roxin também refletiu sobre a questão do alargamento da noção de culpabilidade à de responsabilidade. A responsabilidade do

sujeito surge somente na medida de uma necessidade, ou seja, para entender certa conduta delitiva ou não.

Para ele, tanto a culpabilidade quanto a necessidade preventiva são condições determinantes da pena. Mesmo observando que o sistema apresentado por Roxin era baseado em proposições de política-criminal:

“a) não significa a ausência de contradição valorativa, estas poderiam ser “resolvidas internamente através de correção do próprio sistema; bem como ainda pode ocorrer que a dificuldade se refira ao fato de haver uma afronta as disposições legais, quando b) tais contradições devam servir como um trabalho para futuras modificações legais. “
(CHAMON JUNIOR, 2005, p.49-51).⁴²

Assim, verifica-se que para Roxin a finalidade “do legislador” haveria que ser atualizada no caso concreto, através de uma interpretação que lance mão de argumentos político-criminais, onde a norma e o Direito haveria que se completar de acordo com as suas finalidades determinadas pelo legislador.⁴³

A principal característica do funcionalismo racional-teleológico é a sua totalidade político-criminal. O método adotado pela teoria funcional é o racional-teleológico, ou seja, relaciona todos os elementos da teoria do delito frente a juízos de valor político-criminal. Roxin dá uma nova

⁴² À relação Direito Penal e Política criminal trabalhado por Roxin se baseia em uma tríplice oferta: “permitir a apreciação das normas jurídicas já existentes sob um viés jurídico; b) trabalhar de maneira justificada futuras alterações necessárias a serem feitas e c) possibilitar uma interpretação adequada do Direito vigente. Assim, pretende-se trabalhar com os princípios como *nullum crimen sine lege*, como um postulado- “um princípio”-político-criminal, ou seja, como uma diretriz política erigida enquanto “finalidade política do Direito”. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 50)

⁴³ No sistema funcional de Roxin “à integração Dogmática Penal e Política/criminal não é nada mais do que uma des-diferenciação entre Direito e Política.” (CHAMON JUNIOR, 2004, p.51)

interpretação ao famoso dogma lisztiano: "*O Direito Penal é a barreira intransponível da Política Criminal*".

Para Roxin, a Política Criminal e o Direito Penal devem integrar-se, sendo este muito mais "a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica.

6 Ação

Para Roxin a ação é a manifestação da personalidade, ou seja, essa definição separa a conduta do resultado, tornando uma independente da outra, o que o Finalismo não conseguia explicar.⁴⁴

Roxin não estipulou uma um conceito preciso para ação, sua grande contribuição foi na proposta da substituição das difusas

⁴⁴ A definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é a vontade da realização; como tal, ela compreende não só o que o autor efetivamente almeja, como as conseqüências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. Assim sendo, conclui Welzel que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, finalidade esta dirigida à realização de um tipo, abrange as conseqüências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo. O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso? O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos. PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3474>>. Acesso em 10 de março de 2010.

valorações neokantistas por valorações especificamente político-criminais, superando o relativismo valorativo. Assim, passa a construir cada conceito à luz da função político-criminal, as construções jurídicas devem ser guiadas por determinados valores e finalidades.

7 Causalidade e imputação

Roxin ensina que os fenômenos jurídicos não se esgotam em um simples processo causal e a dimensão destes deve ser determinada social e juridicamente. Ele realizou uma revisão de todo o sistema do delito, assinalando o caráter dinâmico que adquire cada um de seus componentes à luz de critérios políticos.

Para Roxin, o sistema jurídico-penal não deve apoiar-se em leis do ser – seja a causalidade ou a finalidade –, e sim ter sua construção condicionada por conceitos normativos. Roxin propõe um sistema penal teleológico no âmbito do tipo, de modo que a existência do tipo objetivo não dependeria da constatação da causalidade e/ou da finalidade, mas da aferição das circunstâncias que permitiriam imputar a uma pessoa um resultado típico como obra sua, de acordo com critérios de índole normativa.⁴⁵

8 Tipo

⁴⁵ PRADO, L. R.; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*, p. 64.

Para Roxin, a tipicidade, é o critério básico da determinação legal, para a antijuridicidade, é o da solução social dos conflitos, e para a culpabilidade são os fins da pena. No caso da tipicidade e da culpabilidade, se utilizariam princípios propriamente jurídico-penais; na antijuridicidade, necessário seria recorrer-se a princípios que provêm de outros setores do ordenamento jurídico.⁴⁶

Segundo Roxin, traz em sua teoria, modificações para o entendimento de tipo, primeiramente caberia ao tipo a função de apontar o bem jurídico protegido através da conduta e remetendo-a para o conhecimento da norma, é a ilicitude incumbida de solucionar os conflitos sociais e a culpabilidade (denominada por ele de responsabilidade) é quem diz quando um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial.

Em relação à conduta, ela pode ser às vezes, mas não ilícita, pois está inserido dentro de um risco social aceita, o que não possibilita a atribuição da pena ao agente da conduta. Nesta vertente, a Política Criminal como ciência conjunta ao Direito Penal, aquela estipulará a proporcionalidade entre pena e conduta na medida em que este dirá a possibilidade de atribuir ou não tal conduta.

O Funcionalismo trouxe para o tipo penal o próprio fato material. Assim, foi possível a verificação de uma tipicidade material tão

⁴⁶ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-Hoc, 1998. *Apud* Greco, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*, 2000. Rtr: São Paulo. p.79.

importante quanto à tipicidade formal, senão até mais importante por suportar a idéia de danosidade social.

A tipificação formal é a mera descrição abstrata da conduta que contraria a norma jurídica, enquanto a tipicidade material é a verificação da lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico essencial e, ainda, se esta lesão ou exposição provoca ou não uma danosidade social. A materialidade do tipo é formada pela própria descrição formal mais a danosidade social.

Para Roxin, a imputação objetiva baseia-se na criação de um risco e sua subsequente realização. Roxin acrescenta um terceiro' o alcance do tipo. Neste plano, ROXIN trata de todos os casos em que outras pessoas, além do próprio autor, contribuem de modo relevante para o resultado típico.

A contribuição esta que pode ser dada pela própria vítima ou por terceiros. Cumpre esclarecer que os demais autores optam por tratar desses casos no plano da criação de riscos.

Faz-se necessário, para a imputação objetiva, que o autor tenha criado um risco não permitido ou, no caso da existência prévia deste, que o tenha agravado. O risco pode ser criado tanto dolosamente, como culposamente. Em ambas as hipóteses, o critério da criação do risco tem por fim selecionar grupos de casos nos quais, apesar do dolo do autor ou de sua culpa, exclui-se a imputação.

9 Antijuridicidade

Roxin defendeu a estrutura bipartida do delito. O intercâmbio dos elementos assinala que a fundamentação e a exclusão do injusto são somente fragmentos parciais de uma unidade superior.

E se isto pode se expressar também sistematicamente, mediante uma reunião de ambas as categorias, o tipo passa a conter uma forma desligada de todas as causalidades da versão legal em quanto juízo de valor não só provisório, mas sem reservas, e assim se converteria em *ratio essendi* da antijuridicidade no pleno sentido da palavra.

Todavia, há razões de mais peso em favor de se manter o tipo (no sentido de *typus delictivo*) como categoria autônoma frente à antijuridicidade, de modo que tipo e antijuridicidade devem manter-se sistematicamente separados.

Não obstante, tipo e antijuridicidade podem se reunir para formar um tipo global no aspecto do injusto (unidade superior) para se contrapor à responsabilidade, assim como este tipo global pode ser separado enquanto compêndio das circunstâncias decisivas para a proibição penal da responsabilidade, o sumo dos elementos relevantes para a responsabilização do autor⁴⁷.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito*. 2. ed. trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Espanha: Editorial Civitas, 1997, p. 284-89.

10 Culpabilidade

De acordo com Roxin (1997) o injusto não é a mesma coisa que culpabilidade. Inicialmente, ressalta-se que o injusto penal faz parte a tipicidade e a antijuridicidade. Assim, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são categorias absolutamente imprescindíveis para a compreensão do Direito penal.

Para Roxin, o injusto penal tem por escopo a proteção dos bens jurídicos mais importantes. O Estado não pode proibir tudo que queira⁴⁸. Moral não deve se confundir com o Direito⁴⁹. Nem tudo que é imoral deve ser um ilícito penal.

O Estado não pode criminalizar as pessoas que afetam bens próprios (que atacam a si mesmas) (princípios da ofensividade e da alteralidade). Todos esses princípios, que possuem caráter, sobretudo, político criminal, não podem mais ficar divorciados do Direito penal.

Sobre a imputação objetiva, Roxin, estabeleceu algumas regras:

(1) a conduta do agente deve ser valorada e só é penalmente relevante quando cria ou incrementa um risco proibido relevante;

(2) o resultado só é penalmente relevante quando decorre do risco proibido criado (nexo de imputação);

⁴⁸ Porque o Direito penal é instrumento de *ultima ratio*.

⁴⁹ Por força do princípio da secularização.

(3) o resultado deve fazer parte do âmbito de proteção da norma penal. Em síntese, o Direito penal só pode proibir riscos não permitidos. E o resultado deve ser imputado a esse risco.

Sobre a culpabilidade, Roxin introduziu o conceito que a pena não depende só da culpabilidade do agente, mais que isso, ela está guiada por exigências de prevenção. A pena está orientada preventivamente e só tem sentido quando necessária.

A culpabilidade é o limite máximo da pena. Sua necessidade preventiva é um dos fundamentos da sua imposição. Pode haver renúncia total dessa pena, quando desnecessária (no caso concreto).

A culpabilidade é poder agir de modo diverso, conforme o direito. É juízo de censura que recai sobre o agente do fato em razão de ter podido agir de modo distinto.

Esse juízo de censura tem por fundamento: (a) a capacidade de culpa, leia-se, a capacidade de entender e de querer (imputabilidade); (b) a consciência (ainda que potencial) da ilicitude e (c) a normalidade das circunstâncias em que agiu o agente (exigibilidade de conduta diversa).

11 Sobre a teoria funcionalista de Günther Jakobs

O pensamento de Jakobs recebeu influência da Teoria dos Sistemas desenvolvidos por Luhman. O funcionalismo jurídico-penal concebe uma teoria que aduz o Direito Penal como orientado a proteger a identidade normativa, garantindo assim a constituição da sociedade.

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

Jakobs refletiu sobre a prestação do Direito Penal que para ele seria contradizer a contradição das normas determinantes da sociedade, à proporção que as mesmas se referiam à sua identidade e teriam como função da manutenção à própria sociedade.

Sobre o plano comunicativo Jakobs que por intermédio dele a pena poderia restabelecer a vigência da norma, a partir do momento que o individuo comete um delito, nesta vertente, o estabelecimento da norma teria o objetivo o estabelecimento da identidade normativa e social.⁵⁰

12 Ação

Segundo Jakobs para compreendermos o que é ação temos inicialmente esperar que a mesma aconteça, sendo ela posterior ao fato. O doutrinador repudia a base de Welzel, finalista, pois não trabalha de forma nenhuma com ontologismo, (conhecimento do ser a priori).

⁵⁰ Para Jakobs o Direito Penal pretende: solucionar um problema social através do sistema jurídico que, enquanto um sistema social, seria parcial e implicaria que tudo isso ocorreria “ dentro da sociedade” : “não é possível separar o Direito Penal da sociedade. Existiria assim; uma dependência que seria recíproca entre Direito Penal e sociedade e esta co-dependência, que determinaria à influência recíproca, mas tal relação não poderia ser de tal ponto que não permitisse mais a própria função do Direito Penal-manter a configuração da sociedade capaz, todavia de evoluir. (CHAMON JUNIOR, 2004, p.73).

Para Jakobs, a função do Direito penal, não é a de proteção ao bem jurídico. A norma deve ser utilizada na restabilização da sociedade. Sendo que o Direito penal irá proteger as normas, da análise da função do Direito penal, para Jakobs, o bem jurídico inexistente.

Nesta vertente, a ação será típica, de um ponto de vista objetivo. O desvalor objetivo da ação, a criação do risco juridicamente desaprovado, confunde-se, portanto, com a violação do dever que incumbe ao garantidor.

O autor entende a realização de risco como um problema de concorrência de riscos, isto é, dentre os múltiplos fatores que servem de condição para um resultado, cumpre verificar se a ação criadora do risco juridicamente desaprovado e necessária para explicá-lo, ou seja, enquanto o resultado não estiver explicado ele desorienta o sistema.

13 Causalidade

Para Jakobs, a conduta (causação), ainda que adequada ou dolosa é insuficiente para fundamentar a imputação. Fundamenta a Teoria da Imputação Objetiva na criação de um risco determinante do resultado. O risco, pelo qual deve responder qualquer um dos intervenientes no processo causal, deve ser definido como causa determinante e, todas as demais condições consideradas não-determinantes devem ser entendidas como adequadas.

Dessa forma, dentre os antecedentes causais, deve-se selecionar quais são determinantes, definidos por Jakobs como *risco determinante*, que pode consistir em conduta de um ou de vários dos intervenientes, até mesmo da própria vítima, que neste caso deve suportar a título de fatalidade ou acidente.

14 Tipo

Jakobs, por intermédio de sua teoria, procura estabelecer uma coerência sistemática para a imputação objetiva, definindo-a como uma *teoria do tipo objetivo*.

Esta tem sua base em uma determinada idéia, que é a concepção do injusto como expressão do sentido de perturbação social incompatível com a norma, a partir da qual projetam-se os dois níveis de imputação objetiva: o *nível do comportamento* (imputação do comportamento) e o *nível do resultado* (afeto aos delitos de resultado).

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

Jakobs considera o tipo como mero indício da antijuridicidade, indissociável da caracterização da intolerabilidade a ausência de causa de justificação.

15 Antijuridicidade

Para Jakobs o tipo é mero indício da antijuridicidade e venha a criticar as teorias radicais que implicam sua unificação à antijuridicidade, conclui que é indissociável da caracterização desta intolerabilidade a ausência de causa e justificação.

A diferenciação entre tipo e antijuridicidade só teria importância praticamente na identificação da espécie de erro que poderia surgir da falsa representação por parte do agente no que toca ao que a lei proíbe de um modo geral (ação típica e seus elementos) e o que ela autoriza, de modo especial (causas de justificação e seus elementos).⁵¹

16 Culpabilidade

A culpabilidade é entendida como a quebra da fidelidade do sujeito com o direito.

Assim é considerando culpado o sujeito, primeiro porque ele foi infiel ao direito, portanto, merece pena por sua infidelidade, o conteúdo da

⁵¹ Ainda que não se possa criticar sua postura de considerar indispensável um enfoque conjugado do tipo e da antijuridicidade, a fim de determinar os exatos contornos do conteúdo do injusto, o sistema proposto por JAKOBS não vai além de uma circularidade dentro do próprio âmbito normativo, quer dizer, o injusto não se edificar senão dentro de si mesmo e é resolvido mediante uma série de argumentos tautológicos, que se resumem a um processo puramente decisório, uma verdadeira decisão em torno de uma outra decisão. (TAVARES, 2000)

culpabilidade material, significa a fidelidade do individuo ao direito, logo é funcional segundo as exigências do grupo social, na imposição de uma pena que vem colocar ordem no equilíbrio desfeito, reafirmando a vigência do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin, A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo Direito Penal Contemporâneo. Editora: *Revista dos Tribunais*. 2001.

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. Para além da fragmentação. 2002. Loyola. SãoPaulo.

BALDAN, Edson Luis. Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>>. Acesso em: 10 de março de 2010.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. São Paulo. 2003.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo Penal*: Debates de perspectivas dogmáticas decadentes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2000.

CHAMON JUNIOR. *Imputação Objetiva e risco no direito penal*. Mandamentos Editora. Belo Horizonte: 2005.

CHAMON JUNIOR., Lúcio Antônio. Teoria constitucional do direito penal.

Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2004.

COSTA, Flávio Ribeiro. *A Omissão penal na doutrina de Armin Kaufmann*.

Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/27209/3> Acedido em 10 de março de 2010.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Editora: *Revista dos Tribunais*. Ano 8. outubro-dezembro- 2000.

FURQUIM, Luiz Doria. Teorias da ação. *Revista Jus Vigilantibus*, Segunda-feira, 3 de novembro de 2003.

GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Barcelona : Bosch, 1959.

HABERMAS, Pensamento pós-metafísico – Estudos filosóficos. 2ª edição. 2002. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro.

HABERMAS, Jurgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tempo brasileiro. Rio de Janeiro: 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tempo Brasileiro Rio de Janeiro: 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Verdade e Justificação: Ensaio filosóficos*. Edições Loyola . 2004.

JAKOBS, Gunther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. – *parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

.

JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. – *parte general*. 8. ed, 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel, *Curso de derecho penal parte general I*. Madrid, 1996.

MARZAGÃO, Gustavo Henrique Bretas. Relação de causalidade no Direito Penal. Teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da imputação objetiva sem mistérios. *Jus Navigandi*,

Teresina, ano 8, n. 395, 6 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5539>>. Acesso em: 21 mar. 2010.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A estrutura conceitual do delito e do finalismo*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6868>
Acedido em 10 de março de 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho pena*. Sevilha: Public de La Universidad, 2000..

ORDEIG, Enrique Gimbernat. La Distinción entre Delitos Propios (Puros) y Delitos Improprios de Omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 44, p. 34-62.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3474>>. Acesso em 10 de março de 2010.

PRADO, L. R.; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*, 2000. Rtr: São Paulo.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2ª edição. 2000. Rtr: São Paulo.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Teorias Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-Hoc, 1998. *Apud* Greco, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*, 2000. Rtr: São Paulo.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª edição. 2008. Saraiva. São Paulo.

REIS, Marco Antonio Santos. Novos Rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 17. n. 78. mai/jun. 2009.

ROBALDO, Carlos de Oliveira Robaldo e VIEIRA, Vanderson Roberto Vieira. *O sistema clássico da teoria do delito - a análise da teoria causal-naturalista da ação e da teoria psicológica da culpabilidade*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13120/12684> Acedido em 10 de março de 2010.

RODA, Juan Córdoba. *Uma nueva concepción del delito: la doctrina finalista*. Barcelona : Ariel, 1963.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito*. 2. ed. trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Espanha: Editorial Civitas, 1997, p. 284-89.

SANTOS, Juarez Cirino. *Imputação Objetiva*. Editora: Revan. Rio de Janeiro 2002.

SOUZA, Valéria Padovani. *Imputação objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro*. Tese de Mestrado: Universidade Federal do Paraná. 2006.

STRATENWERT, Günter *Derecho penal: parte general I*. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. Editora: Revista dos tribunais. São Paulo: 1980.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Academia Brasileira de Direito Tributário. Belo Horizonte: 2000.

WELZEL, Hans. La posizone dogmatica della doctrina finalista dell'azione. *Rivista Italiana de Diritto Penale*. Milano : Guiffrè, a. 4, n. 1 e 2, gen./ apr. 1970.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago: Jurídica del Chile, 1996. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yañes Pérez.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Coleção: Maestros del derechopenal. Montividéu/Buenos Aires: Júlio César Faira - Editor, 1997.

WELZEL, Hans. O Nosso sistema jurídico penal: Uma introdução á doutrina da ação finalista. Editora: *Revista dos Tribunais*. 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)