

SOMOS REALMENTE FINALISTAS?

TIAGO DE LIMA SANTOS REID¹

1. Introdução; 2. Momento histórico e fundamentação; 3. O ontológico conceito de ação final; 4. O tipo e a ilicitude finalista; 5. A culpabilidade material; 6. Méritos e críticas ao finalismo; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

RESUMO:

O presente estudo procura estabelecer os traços fundamentais, a crítica e, eventualmente, a antítese do sistema finalista, elaborada pelo Professor Alemão Hans Welzel e aprofundada pelos seus discípulos, com objetivo de contestar eventual incorporação incondicional das suas premissas ao Direito Penal Brasileiro.

Palavras-Chave: Finalismo. Hans Welzel. Hans Joachim Hirsch.

RESUMEN:

O presente estudo procura estabelecer os traços fundamentais, a crítica e, eventualmente, a antítese do sistema finalista, elaborada pelo Professor Alemão Hans Welzel e aprofundada pelos seus discípulos, com objetivo de contestar eventual incorporação incondicional das suas premissas ao Direito Penal Brasileiro.

Palavras-Chave: Finalismo. Hans Welzel. Hans Joachim Hirsch.

¹ Professor de Direito Penal do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Palestrante do curso de Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense; Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos; Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; (tiagoreid@hotmail.com).

1. INTRODUÇÃO:

Com a evolução dos meios de comunicação, tem-se presenciado uma aproximação das pessoas ao conhecimento. Porém, em movimento contrário, tem saltado aos olhos uma inacreditável e lamentável mediocridade dos estudantes que, mesmo podendo adquirir um conhecimento denso e profundo, a cada dia buscam sinopses, textos prontos e decorados.

Se esta é uma tendência da atual educação, não poderia ser diferente no estudo do direito. Não é raro encontrar manuais voltados exclusivamente ao estudo do direito legislado, tratando de assuntos sem enfrentar a dogmática. Consequentemente, cresce o número de técnicos preparados para operar o dia-a-dia do direito penal, mas ignorantes do substrato dogmático que anima cada instituto.

Em matéria criminal, um dos maiores exemplos da denunciada contumácia é o finalismo, explicado de forma superficial, quando resumido a uma desconectada doutrina da ação final. Essa superficialidade fica mais evidente no conteúdo material da culpabilidade: embora qualquer estudante fruto desse aprendizado seja capaz de afirmar, com segurança, que a culpabilidade finalista (por vezes, a única que se conhece) é composta pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa, desconhece por que esses elementos estão alinhados nessa estrutura.

Aliás, sobre o conteúdo material da culpabilidade, não é necessário grande esforço para notar que inúmeros doutrinadores ditos finalistas inverteram por completo o conceito elaborado por Welzel, substituindo a pluralidade de centros ou capas internas de regulação dos impulsos e a correspondente guerra de impulsos por uma doutrina de “expectativas sociais”, estranha à premissa ontológica-fenomenológica de Welzel.

Nesse cenário, o presente trabalho representa verdadeiro manifesto contra a mediocridade que cerca o estudo do direito penal e, particularmente, do finalismo. Naturalmente, não será possível exaurir os temas eventualmente abordados. Assim, se este artigo possui alguma importância, está em servir como iniciação do conhecimento dogmático profundo, sem, para tanto, abandonar a linguagem simples, buscando esclarecer os principais contornos do complexo sistema finalista².

2. MOMENTO HISTÓRICO E FUNDAMENTAÇÃO:

Os movimentos metodológicos de compreensão analítica do fenômeno criminoso não são produtos do acaso ou de simples gosto por sistemas, mas, na verdade, estão intimamente conectados à organização do modelo social e estatal em que foram idealizados.

Quando idealizado, o sistema finalista proposto por Welzel não surgiu por força do acaso, mas representou diametral oposição ao sistema neoclássico do delito, que imperou durante o início do século XX. Fundamentalmente, o sistema neoclássico ascendeu na Alemanha propondo afastar do direito a aplicação de conceitos avalorados, provenientes das ciências naturais, posição aclamada no período clássico³. Anunciou-se, então, que o direito penal, por não pertencer ao grupo das ciências empíricas, não poderia valer-se dos mesmos métodos lá utilizados para aplicar seus conceitos, mas deveria reconhecer que todo conhecimento estaria subordinado a um juízo de valor colocado à sua disposição:

² Registre-se, desde logo, as principais referências bibliográficas: Em língua portuguesa: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; Em espanhol: WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Aguilar, Trad. Felipe González Vicén, 1955; WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Roquedepalma: Buenos Aires, Trad. Carlos Fontán Balestra, 1954.

³ Confira-se um panorama do chamado período clássico do delito em: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011, p. 56 e seguintes.

“Destacam-se duas orientações: uma histórica, encabeçada por Dilthey, e outra filosófica, o neokantismo: ambas queriam ampliar o estreito conceito positivista de ciência, de modo que nele coubessem não só os fatos perceptíveis pelos sentidos e sua observação, como também os fenômenos espirituais e a compreensão de sua essência específica”⁴.

Com essas ideias, os valores metajurídicos, até então rejeitados pela doutrina clássica, voltaram à dogmática penal por força da ciência da cultura⁵, proveniente da filosofia de valores da Escola do Sudoeste Alemão⁶ e da Escola de Marburgo⁷ que, em última análise, buscaram compreender os fenômenos ao invés de descrevê-los.

Logo, a filosofia neokantista, de fato, colaborou com significativas modificações na teoria do crime, reajustada normativamente para contornar entraves existentes na doutrina naturalista clássica⁸.

⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011, p. 70.

⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal, parte geral**. Elsevier: São Paulo, 2012, p. 142.

⁶ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: <http://www.grupos.com.br/group/.../Messages.html?action=download>. Acesso em: 18 de abril de 2015, p. 3.

⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 71.

⁸ O ponto é acidental, porém importante na compreensão das críticas eventualmente realizadas. Teoricamente, o sistema clássico do delito pretendeu agregar às garantias liberais uma esfera da experimentação: Além de formar um sistema de garantias contra excessos punitivos, o direito penal deveria ser eficiente no combate à criminalidade (gesamte Strafrechtswissenschafts). Logo, “a compreensão do fenômeno criminal, para além do manejo abstrato e racional das normas do Direito posto, demandava uma dimensão experimental” (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011, p. 57). Buscando, pois, esse objetivo, o sistema clássico apostou na certeza que o método científico-experimental proporciona, de sorte que passou a operar suas categorias a partir de conceitos não valorados, transportados das ciências experimentais para o direito, supondo que o critério empírico pudesse resolver os problemas da imputação. Contudo, “o direito, como sistema de valores, nada tem a fazer com categorias avaloradas. O fato, por exemplo, de a causa ser a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido não implica em que o direito penal se contente com a causalidade para imputar ao autor um delito consumado” (GRECO, Luís. **Introdução a dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 2.). Como consequência dessa premissa, a teoria naturalista também enfrentou inúmeros problemas de ordem prática: Concebendo a ação como movimento humano voluntário, a teoria natural da ação não conseguiu explicar a essência da omissão, pois nela inexistente uma ligação física entre a omissão e o

O primeiro reflexo da doutrina neokantista residiu em uma profícua revisão daquele conceito puramente mecanicista de ação⁹: A ação deixou de ser racionalizada em um cego processo causal para assumir significado normativo¹⁰, passando a ser encarada como comportamento humano voluntário¹¹. Essa condição refutou a limitada visão clássica de que o delito de omissão não pode originar responsabilidade, eis que, nesse cenário, passou a basear-se no dever jurídico de agir, ainda que desprovido de qualquer liame físico entre a omissão e o resultado¹².

Seguindo a anunciada tendência normativa, a tipicidade perdeu a natureza eminentemente descritiva, passando a agregar

resultado. Ademais, o bitolado desvalor de resultado obstava a diferenciação dos tipos entre a tentativa e as lesões que integravam o crime progressivo, bem como o reconhecimento da tipicidade na chamada tentativa inculpa. Roxin, ainda, destaca que “*a recondução do injusto à causalidade acaba por proporcionar um âmbito objetivo de responsabilidade excessivamente amplo. O fabricante e o vendedor de um automóvel compõem a relação causal de um acidente fatal causado pelo comprador do veículo. Não parece ser plausível afirmar aqui que eles realizaram um injusto de homicídio*” (ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014, p. 100).

⁹ “*A ação é definida, assim, como ‘ação voluntária no mundo exterior, causa voluntária ou não impeditiva de uma mudança no mundo exterior’*” TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011, p. 58.

¹⁰ Em sentido contrário, sustentam alguns doutrinadores que, “*com relação ao conceito de ação – tal como na corrente anterior – a mesma continuou a ser percebida como o movimento voluntário que dá causa ao resultado do mundo exterior*” SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal, parte geral**. Elsevier: São Paulo, 2012, *Op. cit.*, p. 142.

¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte geral**. Impetus: Niterói, 2004, p. 104.

¹² Não se pode deixar de registrar que alguns doutrinadores neoclássicos questionaram a necessidade de elaborar um conceito geral de ação. A doutrina aponta que, no tema referente a ação, “*aparece, isoladamente, na opinião de Radbruch, uma perda de importância do conceito de ação, apontando como conceito fundamental do sistema a realização do tipo. Este tipo já é, como reconhece Mezger, a antijuridicidade tipificada*” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010, p. 14). Isso porque, na visão de Radbruch, haveria uma enorme dificuldade em estabelecer um denominador comum entre comissão e omissão - dificuldade que, atualmente, correspondem à chamada função de sistematização do conceito geral de ação. A partir desses questionamentos, rejeitando a premissa de que o conceito de ação apoiaria as demais valorações jurídicas do crime, Radbruch chegou a defender que o sistema da ação deveria ser dividido conforme sua manifestação: Uma teoria para crimes omissivos e outra para crimes comissivos (Sobre esse assunto, confira-se: D’ÁVILA, Fabio Roberto. **O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015, p. 25).

elementos normativos e subjetivos¹³. Afinal, como o conhecimento jurídico teria autonomia em relação às ciências empíricas, não haveria necessidade de distribuir as categorias analíticas conforme critérios externos e internos (tendência clássica), senão analisar sua finalidade para o sistema.

Destarte, não tardou a revisão do clássico conceito material de tipicidade que, assim, deixou de ser a “*descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva*”¹⁴, conduzindo alguns autores a doutrina que ficou conhecida a teoria dos elementos negativos do tipo¹⁵.

Em que pese, um dos seus maiores proveitos do sistema neoclássico diz respeito ao desenvolvimento de elementos normativos na culpabilidade, fundamentando juridicamente as hipóteses de exculpação como, por exemplo, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica¹⁶.

Notando seus inegáveis méritos, não se pode negar que a teoria neoclássica estabeleceu um novo marco na estrutura analítica do crime ao afastar a visão naturalista de elementos internos e

¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & Ação significativa**. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁴ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁵ A chamada teoria dos elementos negativos do tipo consagrou definitivamente a rejeição do modelo idealizado por Beling, de sorte que o tipo penal passou a ser pensado como uma estrutura complexa, onde a ilicitude estaria consagrada de forma oculta na própria tipificação, estabelecendo, dentro do tipo, uma relação de regra (tipo incriminador) e exceção (tipos permissivos). Por exemplo, nos termos lançados, o tipo penal do homicídio deveria ser lido da seguinte forma: Matar alguém, pena de seis a vinte anos, “exceto nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito” (implicitamente).

¹⁶ Nesse sentido foram as teorias de Reinhard Frank (teoria das circunstâncias das causas concomitantes), de James Goldschmidt (violação da norma do dever), Berthold Freudenthal (causa genérica de exculpação) e Mezger (conceito complexo de culpabilidade). Confira-se detalhado panorama sobre as teorias em: MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade, o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Juspodivm: Salvador, 2010, p. 136 e seguintes. Confira-se também: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 69 e seguintes.

externos do crime¹⁷. Contudo, o neokantismo padeceu de gravíssimos problemas: Como caberia ao direito valorar seu objeto de regulação, a teoria neoclássica permitiu um rompimento entre a realidade fática e a realidade do direito (chamado de dualismo metodológico), permitindo exagerada liberdade na criação dos conceitos jurídicos, culminando em uma nefasta vertente do direito penal do autor e no totalitarismo¹⁸.

Assim, o neokantismo:

“Pagou um preço alto para livrar-se da falácia naturalista, que foi isolar-se da realidade num normativismo extremo. O neokantiano parte do pressuposto que o mundo da realidade e o mundo dos valores formam compartimentos incomunicáveis, não havendo a menor relação entre eles (dualismo metodológico: logo, acaba-se esquecendo que o direito está em constantes relações com a realidade, e que a realidade também influi sobre o direito, mais: que direito e realidade se interpenetram e confundem. Os objetos de regulamentação possuem certas estruturas interiores a 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”¹⁹.

¹⁷ Realçando sua importância, Claus Roxin chegou a sugerir que o neokantismo poderia ter tido outro destino se utilizasse a política criminal como parâmetro da normatização do sistema: “A metodologia referida a valores do neokantismo, que era dominante na década de vinte, poderia ter chegado a um novo ‘quadro do sistema do direito penal’, se tivesse tomado como critério, ao qual deveriam referir-se todas as entidades dogmáticas, as decisões político-criminais” ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Renovar: Rio de Janeiro, Trad. Luís Greco, 2002, p. 24.

¹⁸ Nesse sentido, destaca Hirsch que: “Cuando el finalismo apareció en escena por primera vez, en los años 1930-1931, la dogmática jurídico-penal, a la vez que abandonaba el naturalismo, se había volcado a una metodología influida por el positivismo legal y el neokantismo, según la cual la dogmática no se construía a partir de los fenómenos y estructuras de la realidad, sino que los objetos de regulación jurídica eran contruidos normativamente. Conceptos como acción, omisión, dolo, inducción, etc., se habían convertido en productos jurídicos artificiales” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1994428.pdf>. Acesso em: 01 de agosto de 2015, p.2.

¹⁹ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 4.

Com efeito, ainda que não tenha sido pensado para esse propósito, o dualismo metodológico encontrou na filosofia nazista²⁰ terreno fecundo para disseminação de suas ideias²¹. Não se pretende sustentar, com isso, que o Nacional Socialismo tenha sido o único motivo da afirmação do neokantismo²², tampouco que tal conceito desapareceu concomitantemente à derrocada nazista. Todavia, parece inegável que, justamente nesse período²³, sob o manto do dualismo metodológico, o direito era “*toda a disposição eficaz cujo cumprimento podia ser imposto ou exigido. Era toda disposição legal emanada da autoridade competente*”²⁴ e, com esse aparato jurídico²⁵, notadamente comprometido com o positivismo, o nazismo teve em suas mãos um indesejado excesso de liberdade na criação dos conceitos jurídicos que culminou na legalização de inúmeras barbáries retratadas pela história²⁶.

²⁰ Veja-se, sobre o tema, o trabalho de: CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **O direito nazista**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26200-26202-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

²¹ CERZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo na teoria finalista**. Disponível em:

<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Jos%E9%20Cerezo%20Mir/Ontologismo%20e%20Normativismo%20na%20Teoria%20Finalista.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2014, p. 1.

²² Atribui-se, na verdade, à chamada Escola de Kiel a institucionalização das ideias nazistas, visto que “*propuseram uma perspectiva intuitiva, baseada na noção de infração do dever, restringindo as possibilidades de causas de justificação e exculpação, introduzindo a teoria do tipo do autor. Isto possibilitou a manipulação de vários conceitos, culminando no irracionalismo, no decisionismo, no arbítrio protagonizado pela Gestapo e, com isso, na autossupressão da própria ciência do direito penal*” SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**. *Op. cit.*, p. 143.

²³ Sobre a importância do neokantismo para o movimento nazista, veja-se a obra de: MUNÓZ CONDE, Francisco. **Edmund mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo**. 4. Ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2003 e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9649/Marta%20Rodriguez%20de%20Assis%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

²⁴ CERZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 1.

²⁵ CERZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 1.

²⁶ Somente no período após a 2ª Grande Guerra as cicatrizes do nazismo e da sua lógica positivista foram “*expostas ao mundo de forma vexatória*” (CERZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 2). Um dos principais problemas enfrentados pelos juristas residiu na punibilidade dos juízes que, durante o regime, aplicaram cegamente as leis formuladas à época. Ora, seguindo a lógica positivista, os juízes nazistas haviam exclusivamente aplicado as leis. No entanto, ao contrário

Foi diante dessa constatação que, de forma praticamente inevitável, ascendeu no cenário mundial o clamor pelo retorno de alguns postulados jusnaturalistas²⁷. Afinal, se não houvesse nenhuma outra fonte acima do direito legislado, não haveria problema na conduta dos juízes da era nazistas, vez que tão somente aplicaram a legislação²⁸.

Produziu-se, então, uma rejeição aos postulados exclusivamente positivistas, florescendo na doutrina mundial uma nova visão acerca do jusnaturalismo. Diz-se nova vertente porque, classicamente, o jusnaturalismo que prevaleceu na antiguidade apregoava que a lei natural corresponderia a uma ordem previamente criada por Deus, cumprindo, então, ao ordenamento jurídico apenas declará-la. Por sua vez, na moderna concepção surgida após a Segunda Guerra, o jusnaturalismo corresponderia a uma ordem subjetiva, através do qual eram identificados “*determinados direitos naturais, atribuídos aos indivíduos, que não podem ser violados pelas autoridades públicas, tendo sido ressaltados no pacto social*”²⁹.

Haveria, então, acima do direito legislado, um direito supra positivo, cujas bases serviriam como parâmetro de controle da legislação, ou seja, “*um fundamento normativo supra positivo capaz*

de uma ordem jurídica perfeita, imaculada de valores metajurídicos, o resultado obtido exibia um verdadeiro escárnio “*diante da mais desprezível aceção de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana*” (HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 de abril de 2015, p. 239).

²⁷ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 243.

²⁸ Sobre esse ponto, Hassemer aduz que “*quem não estiver disposto a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema*” HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 240.

²⁹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Fórum: Belo Horizonte, 2ª Ed., 2014, p. 74.

*de negar a validade ao ilícito manifestado sob a forma de leis positivas*³⁰:

Ocorre que, ponderadas as críticas ao positivismo e aos sistemas de cunho naturalista³¹, verificou-se a necessidade investigar como o direito deveria interagir com a realidade social objeto de regulação, sobretudo diante da nefasta experiência dos critérios puramente valorativos. Assim, em perfeita harmonia com as tendências acima anunciadas, o finalismo entrou no cenário com uma poderosa argumentação, pretendendo “universalizar” o direito penal³², elevando “*as ciências penais ao nível da filosofia e antropologia contemporâneas e ao mesmo tempo perenizar essa posição*”³³. Nesse sentido, Hans Welzel, expoente destacado do sistema finalista, procurou reconstruir as principais categorias penais a partir da ontologia³⁴ do “ser” e da fenomenologia³⁵.

³⁰ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 242.

³¹ Sustentando não haver diferenças essenciais entre o sistema clássico e o sistema neoclássico, Cerezo Mir aduz que o neokantismo “*quis superar o positivismo jurídico, mas não conseguiu fazê-lo. Na realidade, a jusfilosofia da escola subocidental alemã veio unicamente complementar o direito positivo com uma nova esfera: a esfera da valoração. O direito positivo viu-se complementado por um critério axiológico: a idéia do direito com seus três elementos integrantes de justiça, segurança jurídica e utilidade. Sob essa idéia axiológica seguia vivo, no entanto, o conceito positivista de direito. “Aquele que pode impor o direito demonstra com isso que está chamado a estabelecê-lo”, dizia Radbruch em sua Filosofia do direito, invocando Kant. O direito continuava sendo toda disposição eficaz – cujo cumprimento podia ser imposto ou exigido. Era toda disposição legal emanada da autoridade competente*” CEREZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 1.

³² Na visão de Welzel, “*la metodología normativista hacía que los objetos de regulación jurídica fueran intolerablemente manipulables e impedía una sistemática del derecho penal que respondiera a las exigencias científicas. Teniendo en cuenta que los resultados obtenidos normativamente dependían, en el mejor de los casos, de las reglas de la legislación nacional –esto es algo que también ya lleva décadas– o solamente de la opinión de cada autor, se cerraba así el camino a resultados válidos en general y, en consecuencia, a una ciencia del derecho penal de función internacional trascendente a los límites de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ello, Welzel acentuó posteriormente que el principio metodológico del «finalismo» hace posible la creación, en la dogmática del derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su validez general, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos. Tal concepción significa, con seguridad, una ventaja para el respeto de un derecho penal adecuado al Estado de derecho*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 2.

³³ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 248.

³⁴ Didaticamente, veja-se o conceito de ontologia: “*Consiste em uma parte da filosofia que estuda a natureza do ser, a existência e a realidade, procurando*

Para o finalismo, a ontologia do “ser” (natureza das coisas) seria capaz de revelar uma ordem interna que não poderia ser ignorada ou manipulada pela legislação, sob pena de viciar toda a estrutura jurídica apoiada sobre o conceito manipulado³⁶. Logo, em franca oposição ao dualismo metodológico, pretendendo conferir certa legitimidade ao direito penal, Welzel defendeu que seria necessário respeitar essas estruturas da realidade, chamadas de lógico-reais (*sachlogisch Strukturen*), sempre que o direito penal pretendesse agregar a essas estruturas uma consequência jurídica, já que o direito penal não poderia pautar-se exclusivamente na normatização, isto é, no puro “dever ser” e abandonar a natureza subjacente às categorias jurídicas.

Nesses termos, o direito penal deveria “*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*”³⁷:

“De um lado tem-se o significativo mundo da vida social com todas as suas referências; e, de outro, a lei do “ser”, que vale eternamente e dispensa qualquer referibilidade às mudanças sociais”³⁸.

O finalismo projetou essa argumentação para as categorias da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, “*trazendo a firme convicção de que este saber se assentava sobre o*

determinar as categorias fundamentais e as relações do “ser enquanto ser”. Engloba algumas questões abstratas como a existência de determinadas entidades, o que se pode dizer que existe, qual o significado do ser”. Disponível em: <http://www.significados.com.br/ontologia/>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

³⁵ Didaticamente, confira-se o conceito de fenomenologia: “*Fenomenologia é o estudo de um conjunto de fenômenos e como se manifestam, seja através do tempo ou do espaço. É uma matéria que consiste em estudar a essência das coisas e como são percebidas no mundo*”. Disponível em: <http://www.significados.com.br/fenomenologia/>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

³⁶ Segundo Cerezo Mir, “*as estruturas lógico-objetivas não podem ser ignoradas por valoração ou regulação jurídica alguma. No entanto, essas estruturas lógico-objetivas não formam um sistema, mas subjazem à matéria regulada pelo direito, como pontos isolados*”. CERZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 2.

³⁷ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 4.

³⁸ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 117.

‘Ser’³⁹. Não se tratava, assim, de meras hipóteses ou conjecturas, mas de estruturas ontológicas (lógico-reais), que conferiam ao sistema finalista certa feição e convergência com os ideais jusnaturalistas⁴⁰ que surgiram após a Segunda Grande Guerra:

“Os fundamentos do direito penal não deveriam ser objetos do achar ou do convencionar de cada um, e sim o resultado de cuidadosa observação científica. O legislador não tinha a prerrogativa de deliberar sobre o regramento justo, podia apenas acolhe-lo ou rejeitá-lo, encontrá-lo ou perde-lo⁴¹. Essa certeza metódica dos finalistas não se restringiu a questões fundamentais, que pelas suas generalidades não fossem vinculantes, mas estendeu-se por minúcias como a localização do dolo na estrutura do crime, as relações de autoria com a participação e com a omissão imprópria”⁴².

Se de um lado o finalismo emergiu na dogmática com um saber consistente e homogêneo, o causalismo, adversário a ser

³⁹ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 248

⁴⁰ É importante destacar que a ontologia apregoada pelo sistema finalista não é indicativo do acolhimento do direito natural. É verdade que, buscando a validade para seu sistema, Welzel defendeu que a legislação não poderia interferir na “ordem interna” de estruturas que pretendesse atribuir uma consequência jurídica. Porém, isso não se confunde com jusnaturalismo. Sobre esse ponto, confira-se: WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Aguilar, Trad. Felipe González Vicén, 1955. Nesse mesmo sentido caminha Hirsch: “*Correcto es –como ya se mostró al comienzo– que el «finalismo» exige observar las estructuras y el contenido concreto de los objetos a los cuales está vinculado el ordenamiento jurídico en sus regulaciones. Aquí se trata sólo en parte de hallazgos ontológicos (p. ej., en los conceptos de acción y de causalidad). Junto a ello entran en consideración también fenómenos sociales generales (p. ej.: la culpabilidad, el honor, etc.). Por ello, analizado con precisión no se trata de una oposición entre lo óntico y lo social-normativo, sino de la relación entre las estructuras de la materia de regulación y el derecho. El derecho no inventa la realidad que pretende regular –pues sería irrelevante–, sino que regula una realidad que ya le viene dada. Una verdad an simple y las consecuencias que de ella se derivan metodológicamente no tienen nada que ver con el derecho natural.*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 9.

⁴¹ Em um comentário lateral sobre o alcance da expressão “encontra-lo ou perde-lo”, cumpre trazer à baila a seguinte ponderação de Jose Cerezo Mir: “*A estrutura finalista da ação humana e a estrutura da culpabilidade vinculam somente o legislador, no caso de querer-se vincular a ação ou a culpabilidade a uma consequência jurídica. Tão-somente nesse caso terá de se respeitar necessariamente sua estrutura lógico-objetiva. Em hipótese diversa poderia ser ignorada. O mesmo ocorre com o conceito finalista da ação. Tão-somente no caso de o legislador querer agregar uma consequência jurídica a uma ação humana estará vinculado à sua estrutura lógico-objetiva*” CEREZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 4.

⁴² HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 248.

enfrentado, estava despreparado para enfrentar questões centrais levantadas por Welzel⁴³, porque era um sistema que não conseguia autojustificar-se⁴⁴.

Dessa maneira, por sua consistência e poderosa argumentação, o finalismo firmou-se como matriz ideológica dominante⁴⁵, espalhando-se por toda Europa e América Latina⁴⁶, no período do pós-guerra. “*A solidez dos argumentos como matriz ontológica e a consistente redistribuição sistemática dos elementos estruturais do crime fizeram com que as ideias de Welzel ganhassem maciça adesão doutrinária e legislativa*”⁴⁷.

Sua importância ficou tão latente que, em determinado período, seus críticos apenas podiam seguir dois caminhos: Criticar o finalismo em seu modo de argumentar ou, então, edificar um modo de argumentação igualmente poderoso:

“Qualquer divergência acerca da ação, antijuridicidade, participação, dolo ou omissão não representava objeção séria, enquanto não fosse guarnecida com certezas jusnaturalistas ‘objetivas’. Portanto, uma teoria que apenas divergisse das teses finalistas perdia, pelo só fato

⁴³ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 39/47.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 248. Por demais, confira-se pontuais críticas ao sistema clássico na nota de rodapé n.º 8.

⁴⁵ Sobre a adesão dos Tribunais Alemães às doutrinas de Welzel, confira-se: HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ Conforme frisado, para seus adeptos, essa pretensão universal é uma adorada característica do finalismo. Sobre esse ponto, criticando a exagerada normatização de certos funcionalistas, Hirsch aduz que do finalismo: “*deriva una ganancia no sólo científica, sino también para el Estado de derecho, que, por si fuera poco, se corresponde con la actual tendencia general a la globalización que exige una internacionalización de la ciencia penal. El fuerte incremento de la discusión internacional de las cuestiones dogmáticas confirma un aspecto ya mencionado de la finalidad metodológica del «finalismo»: especialmente con relación a las teorías generales, alcanzar conocimientos que puedan reivindicar validez científica más allá de las fronteras nacionales. El «finalismo» constituye por consiguiente un importante estadio de desarrollo de la dogmática penal. Por el contrario, aquellas nuevas concepciones dogmáticas que sostienen un normativismo orientado a un «derecho penal en una sociedad de configuración preexistente» representan una vuelta al positivismo legal nacional con una nueva vestidura. No se trata, pues, de un concepto orientado al futuro, sino al pasado; justo lo contrario de lo sostenido por Welzel*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 25.

⁴⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 167.

de divergir, qualquer possibilidade de receber possibilidade de receber atenção acadêmica e legislativa, e de gerar efeitos práticos na jurisdição penal, porque seu modo de argumentar se afigurava demasiadamente frágil. Uma ciência do direito penal, um legislador ou um órgão jurisdicional que estivessem habituados a converter verdades objetivas, fundadas no Ser, em pensamentos e ações concretas, não se deixariam impressionar, no exercício de tal atividade, por uma crítica que contestasse o conteúdo intrínseco dessas verdades, sem oferecer um outro fundamento igualmente objetivo”⁴⁸.

3. O CONCEITO ONTOLÓGICO DE AÇÃO FINAL⁴⁹:

Segundo Welzel, a primeira ontológica cuja ordem o direito deveria respeitar seria o atuar finalista do ser humano⁵⁰. Com apoio na psicologia do pensamento⁵¹, para Welzel, o ser humano só agiria de acordo com um propósito. Querendo, então,

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 249.

⁴⁹ Sobre o ponto, Roxin identificou dois momentos no pensamento de Welzel. Inicialmente, em seus primeiros escritos, aponta que o conceito de ação finalista não se assentava sobre uma estrutura ontológica, mas pautava-se na fenomenologia da adequação social. Posteriormente, segundo Roxin, Welzel desenvolveu seus postulados, passando a defender que a ação final estaria assentada sobre a estrutura do “ser”: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 118 e seguintes.

⁵⁰ A ressalva foi feita porque, segundo Hassemer, “ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas antiliberais da era nazista, resta incontroverso que a acepção pessoal de ação e antijuridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico, encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no direito penal da vontade, elaborado pelo pensamento penal nazista” HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. *Op. cit.*, p. 247. Em sentido contrário, sustentando que o finalismo não teve qualquer influência do Nacional-Socialismo, posiciona-se Hirsch: “El «finalismo» no tuvo importancia alguna en los tiempos de Hitler. Al contrario de lo que sucede con la teoría de la acción «final», el derecho penal nacional-socialista tendía a una dogmática jurídico-penal nacional y popular y al derecho penal de ánimo y de autor. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se discutió la posición dogmática del error de prohibición, el «finalismo» encontró un campo de actuación más amplio” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 4.

⁵¹ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 7.

atribuir a essa estrutura ontológica uma consequência jurídica, o legislador apenas poderia proibir ações dirigidas a um fim⁵².

Em seu entendimento, a “*ação não é uma mera soma de elementos objetivos e subjetivos, mas sim uma direção do curso causal regido pela vontade humana. O conteúdo da vontade pertence ao conceito da ação e este corresponde ao seu ser*”⁵³:

“A estrutura ontológica da ação é para ele anterior a qualquer valor ou regulamento; se ela for menosprezada, o resultado será necessariamente falso. Orientando-se nela, porém, o resultado será conduzido a esfera do verdadeiro, a qual pertence, sobretudo, o dolo no âmbito do tipo penal e suas consequências para a doutrina do erro”⁵⁴.

Didaticamente, o autor explicou que:

“Para esclarecer essa questão, remeto-me a diferença existente entre um assassinato, de um lado, e um raio mortal, de outro; em um assassinato, todos os atos estão dirigidos em razão de um fim prefixado: a compra de uma arma, o mirar, o apontar, puxar o gatilho; enquanto no raio o resultado morte é a resultante cega dos elementos causais existentes. Dado que a finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução de um fim, a espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e

⁵² Ressaltando a importância do conceito de ação para o finalismo, Hirsch explica porque esse conceito era essencial no sistema ontológico de Welzel: “*El objetivo especial del «finalismo» era la aplicación de este principio metodológico a un concepto central del derecho penal: el concepto de acción. Este concepto es central, porque en el caso de los delitos se trata de lesiones contra prohibiciones o mandatos y porqueseon acciones los objetos de estas dos formas normativas. La prohibición no permite una acción y el mandato la exige. La transformación del concepto de acción en un producto construido por el derecho penal, a saber, en una causación del resultado (6) originada por un mero impulso de la voluntad, cualquiera que fuera su contenido, dio ocasión a Welzel para desarrollar el llamado «finalismo»*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 3.

⁵³ CERESO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁴ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 118.

o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente; sem ela, ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertence, por isso, à ação”⁵⁵.

Destarte, o finalismo sustentou que toda conduta humana passaria por uma fase interna, composta da cogitação e da seleção dos meios à sua realização, de sorte que exteriorização apenas revelaria os meios físicos selecionados para alcançar o alvo eleito internamente.

A partir da premissa finalista, tome-se como exemplo um homicídio. Antes de chegar ao resultado morte, o homicida necessariamente pensou em matar seu desafeto, ocasião em que determinou uma finalidade homicida. Após essa representação mental, foi preciso desenvolver um raciocínio acerca dos meios que deveriam ser empregados para viabilizar o ato de matar. Nesse momento, o homicida valeu-se do conhecimento de causa e efeito, a saber: sabendo que uma faca promove lesões; que um projétil de arma de fogo disparado em determinadas regiões vitais tem aptidão de matar, o homicida escolhe os meios físicos que deverão materializar sua finalidade. Logo, a causalidade, isto é, aquilo que ocorre no mundo real (no exemplo proposto, dar um tiro ou desferir facadas), não vai além do que a exteriorização da seleção dos meios físicos para alcançar o resultado interno pretendido: Matar.

Veja-se, portanto, que embora a conduta seja subjetiva, guiada por um processo interno de representação mental, seria possível verificar empiricamente a finalidade do agente de acordo com aspectos objetivos como, por exemplo, a escolha dos meios (tiros ou facadas) e a forma de execução da conduta (quantos tiros/facadas e o local destas).

⁵⁵ WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 32.

Com esse aparato psicológico, Welzel desvendou a estreita relação existente entre a causalidade e o vínculo subjetivo, defendendo que estariam atrelados, de sorte que não seria possível separá-los como se fossem distintos. Vale frisar, as conclusões sobre a ação não ficaram restritas ao posicionamento do dolo (na conduta ou na culpabilidade), mas Welzel também reestruturou a teoria analítica do delito a partir do seu conceito finalista da conduta: O dolo, compreendido como finalidade da ação típica, simples ato de realização da vontade, afastou-se da consciência da ilicitude (posição neoclássica), para integrar a estrutura do tipo penal. Conseqüentemente, o fato típico abandonou sua função descritiva, passando a ser revestido de uma estrutura complexa, agregando elementos objetivos, subjetivos e normativos.

4. A TIPICIDADE E A ILICITUDE PARA O FINALISMO:

Além de redesenhar a estrutura analítica do crime, Welzel procurou deixar bem delimitado a relação existente entre cada prisma do crime. Sem embargo da vinculação lógica entre cada categoria do conceito analítico de crime⁵⁶, Welzel procurou escrever com atenção sobre o papel desempenhado por cada categoria do conceito analítico de crime.

Inicialmente, afirmou que a tipicidade seria um elemento puramente conceitual, “*a descrição concreta da norma proibida*”⁵⁷, enquanto a ilicitude seria a contradição da realização de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto⁵⁸.

⁵⁶ Segundo o autor, “*a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em delito*” WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁷ WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁸ “*Dado que o ordenamento jurídico quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo é uma conduta que menospreza essa ordem valorosa. Por isso se diz, frequentemente, que a antijuridicidade é um juízo de desvalor da conduta típica. É preciso ter em conta, todavia, o caráter metafórico dessa expressão. O sujeito desse juízo de*

Colocadas as diferenças entre a tipicidade e a ilicitude, Welzel conclui que “*se o autor realizou, objetiva e subjetivamente, a conduta típica de uma norma proibitiva, atuou de modo contrário à norma. A tipicidade, e a conseqüente contradição com a norma, é um indício da sua antijuridicidade*”⁵⁹, consagrando a doutrina que ficou conhecida como ilicitude indiciária ou *ratio cognoscendi*.

Sinteticamente, a doutrina da *ratio cognoscendi* apregoava que a tipicidade faria gerar uma presunção de ilicitude com o ordenamento jurídico. Porém, este indício de ilicitude não encerraria a questão. A discussão sobre real a (i) licitude do fato deveria ser analisada em momento posterior, na análise residual da ilicitude, consagrada autonomamente como segundo elemento do crime, já que “*quando concorre alguma causa de justificação, a realização do tipo não é antijurídica. As causas de justificação não excluem, por conseguinte, a tipicidade e uma conduta, mas tão somente sua antijuridicidade*”⁶⁰. Nesses termos, a ilicitude apenas deixaria de ser indiciária, aperfeiçoando-se como concreta ou sendo definitivamente afastada, quando a conduta típica fosse confrontada perante o ordenamento jurídico, onde seria verificado se o agente atuou sob o manto de alguma causa de exclusão da ilicitude⁶¹.

A partir dessa doutrina, Welzel defendeu categoricamente a autonomia da ilicitude como segundo prisma do conceito analítico do crime, criticando qualquer teoria que tentasse fundir essas figuras. Isso porque, conforme já ressaltado, alguns doutrinadores neoclássicos defenderam a ideia de um tipo total, sustentando verdadeira fusão da tipicidade com a ilicitude, em uma doutrina que ficou conhecida como *ratio essendi*⁶². Em duras críticas⁶³, o finalismo rechaçou essa fusão, condenando a premissa

desvalor não é um indivíduo (ou sequer o juiz), mas o ordenamento jurídico como tal” WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁹ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁰ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 77.

⁶¹ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 81.

⁶² Sobre o tema, confira-se a nota de rodapé n.º 14

⁶³ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 68.

de que os tipos incriminadores e as hipóteses justificantes encontram-se em relação de regra (tipo incriminador) e exceção (causas permissivas implícitas). Com certa razão, Welzel afirmou que “*nestas condições, a morte de um homem produzida em legítima defesa, teria a mesma significação que a morte de um mosquito. Ambos seriam atípicos*”⁶⁴.

5. A CULPABILIDADE FINALISTA:

Com o transporte dos elementos anímicos para a conduta, a culpabilidade restou revestida de elementos puramente normativos, sendo, então, composta por inéditos conceitos de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e de exigibilidade de conduta diversa.

Abandonando definitivamente sua estreita função de pressuposto psíquico que imperou no sistema causal-naturalista⁶⁵, a imputabilidade passou a ser composta de elementos volitivos e intelectivos, traduzida pela capacidade de “*compreensão do injusto e de determinação desta vontade*”⁶⁶. A introdução da imputabilidade no conceito de culpabilidade ocorreu porque, sendo o pressuposto existencial do juízo de censura penal a ausência da autodeterminação conforme um sentido, a compreensão cognitiva e volitiva do injusto penal seria um pressuposto em que se apoiaria o conhecido “*poder-atuar-de-outro-modo*”.

Por sua vez, destacada do dolo natural, a potencial consciência da ilicitude tornou-se um dos componentes centrais do juízo de censura na doutrina finalista. Tendo em vista seu caráter normativo, a potencial consciência da ilicitude considera a

⁶⁴ WELZEL, Hans *apud* SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Teoria do tipo penal**. São Paulo: Direito, 2001, p. 82.

⁶⁵ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1999, p. 86. Sobre uma análise mais detida sobre a evolução do conceito de imputabilidade, desde a contribuição de Karl Binding até o finalismo de Welzel, confira-se: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 50 e seguintes.

⁶⁶ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 130.

possibilidade de o agente ter conhecimento da lei a partir de aspectos objetivos como, por exemplo, costumes locais e o nível intelectual do autor⁶⁷. A introdução desse elemento também reforçou o entendimento acerca do conteúdo material da culpabilidade, porque é necessário conhecer o injusto típico para “poder-atuar-de-outro-modo”⁶⁸.

Assim, em uma visão sistêmica, a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude do fato estariam alinhadas em um conceito formal da culpabilidade, com o propósito de apoiar o verdadeiro conteúdo material: O “poder-atuar-de-outro-modo”.

Mantendo coerência com suas ideias acerca da ontologia, o tema mais importante na culpabilidade na doutrina finalista foi o estudo sobre os impulsos humanos e a regulação cerebral, extraídos da psicologia (valor ontológico).

Declaradamente baseado no livre arbítrio, o conteúdo material da culpabilidade para Welzel estaria baseado em uma análise retrospectiva da conduta como forma de verificar se o autor de um fato típico e ilícito poderia ter atuado conforme o direito e não o fez. Contudo, longe daquele livre arbítrio clássico, onde o ser humano era moralmente responsável por sua conduta⁶⁹, o poder atuar de outro modo estaria baseado em três premissas: Uma antropológica, uma caracterológica e outra categorial.

Em um modo antropológico, Welzel procurou estabelecer as diferenças entre o homem e o animal como forma de afirmar a capacidade cognitiva do homem para tomar decisões. Nesse sentido, Welzel sustentou que, em contraste fundamental com o animal, o homem deixou de viver instintivamente para descobrir,

⁶⁷ “Um fato não é reprovável porque o autor conhecia ou podia conhecer suas circunstâncias pertencentes ao tipo, mas apenas porque conhecia, ou podia conhecer, sua antijuridicidade” WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 141.

⁶⁸ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 142.

⁶⁹ Veja-se a descrição da doutrina hegeliana em: Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011, p. 51.

realizar e formar sua conduta através de atos responsáveis. Antropologicamente, então, o ser humano seria “*um ser responsável, ou, mais precisamente, um ser com disposição à responsabilidade; e esse é o critério decisivo que o separa existencialmente e não apenas normativamente de todo o mundo animal*”⁷⁰.

Avançando, Welzel afirmou que o ser humano, atuando como um ser cognitivamente responsável, não interferiria no processo causal de forma arbitrária, senão conferiria caracterologicamente⁷¹ um sentido à sua conduta, relacionando sua vontade com certos motivos. Foi assim que, desvendando essa relação com apoio na psicologia, Welzel afirmou que o ser humano possuiria uma pluralidade de capas (ou centros internos) que regulariam seu atuar responsável. Haveria nos seres humanos um “centro profundo”, responsável pelos instintos de conservação da espécie, pelos desejos e aspirações. Esse impulso, advindo do centro profundo, seria valorado por um segundo centro, que iria conferir sentido e valor aos atos de vontade⁷². Assim, Welzel afirmou que todos os impulsos possuiriam dois aspectos de referência: um determinado pela força e outro determinado pelo sentido⁷³. Em sua visão, era essa capacidade de controlar e regular seus impulsos que conferiria ao ser humano a responsabilidade pelos seus atos:

⁷⁰ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 119.

⁷¹ Didaticamente, veja-se o conceito de caracterologia: “*A caracterologia é o ramo da Psicologia que estuda, pesquisa e investiga a personalidade e o conjunto de traços psicológicos que definem o caráter mental e o comportamento do homem*”. Disponível em: <http://ermessonnascimento.blogspot.com.br/2014/03/caracterologia.html>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

⁷² O centro que confere o sentido não se confunde com o conceito de ação finalista. Naquele a direção final da ação é dirigida ao mundo externo, a um esquema antecipado de seu curso e do resultado. No entanto, este centro que confere um sentido está relacionado a contribuição para formar um conteúdo de valor para os instintos do centro mais profundo. Assim, o critério dessa direção não é a idoneidade dos meios para alcançar um fim, mas o conteúdo de finalidade e de valor dos fins dos impulsos.

⁷³ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 122.

“A significação insubstituível da função de direção da vontade, orientada finalisticamente, consiste, porém, em que seja possível uma nova configuração da vida humana de acordo com a verdade, na finalidade e no valor, e permite, com isso, ao homem a regulação de seus impulsos, que lhe está confiada de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos”⁷⁴.

Após o estabelecimento das premissas acima citadas, retoricamente, Welzel questionou: “*como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual, unicamente, pode se fazer responsável por ter adotado a decisão errada em lugar da correta?*”⁷⁵.

Respondendo a indagação retórica, Welzel afirmou que o ser humano não poderia ser apenas objeto dos impulsos, mas teria a capacidade de compreender o impulso como portador de sentido. A liberdade de vontade seria, então, caracterizada pela possibilidade de regência conforme o sentido conferido. Assim, o conceito material da culpabilidade não poderia ser traduzido como uma simples decisão contra o direito, mas no fato de o criminoso ter cedido a impulsos quando era capaz de se determinar conforme o valor e o sentido: A censura estatal não recairia sobre “*a decisão em si mesma, mas sim o fato do ser humano deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor*”⁷⁶.

Após elaborar essa doutrina, Welzel afirmou que esse “poder-atuar-de-outro-modo” não encerraria a questão do conteúdo material da culpabilidade. Acrescendo aos argumentos acima citados, Welzel também afirmou que a culpabilidade também poderia ser fundada na defeituosa personalidade do agente.

⁷⁴ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 122.

⁷⁵ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 163.

Retomando os argumentos sobre a pluralidade de centros internos, Welzel afirmou que o centro regulador estaria paralisado se tivesse que atender conscientemente a todas as demandas do centro profundo. Logo, o centro regulador apenas atuaria em tarefas decisivas; as demais tarefas estariam armazenadas no semiconsciente e inconsciente. Essas decisões padrões estariam situadas em um centro intermediário – entre o profundo e o regulador, e formariam um centro de personalidade.

Observado a partir do centro regulador, esse centro de personalidade funcionaria como um depósito das decisões tomadas anteriormente que se converteram na atitude interna inconsciente da personalidade⁷⁷. Essas atitudes armazenadas seriam conceituadas de “caráter adquirido”, ou seja, as qualidades e aptidões do ser humano como, por exemplo, seu tipo linguístico, intelectual e religioso. Com efeito, para o finalismo de Welzel, a culpabilidade material também poderia ter raiz “*na falta, ou na estrutura defeituosa, desse estrato de personalidade, como base determinante da ação antijurídica*”.⁷⁸

6. MÉRITOS E CRÍTICAS AO FINALISMO:

Não se pode ignorar que o finalismo simbolizou um verdadeiro marco no estudo do direito penal, resgatado da pura normatividade neokantista para a legitimidade decorrente da utilização de estruturas ônticas, preocupação ainda presente dos atuais penalistas⁷⁹. Com efeito:

⁷⁷ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 132.

⁷⁸ WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 133.

⁷⁹ Sobre o discurso de legitimidade do direito penal, destacam-se os penalistas da Escola de Frankfurt, dentre eles: GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: n.º 24, Trad. Juarez Tavares, 1998, p. 80 e seguintes; KINDHÄUSER, Urs. **Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho**. Disponível em: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/2_2-Urs-Kindhauser.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2015; KINDHÄUSER, Urs *apud* MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 265 e seguintes; D’AVILA, Fabio Roberto. **Liberdade e segurança em direito penal. o problema da expansão da intervenção penal**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpena/article/view/7142>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

“A controvérsia em torno de uma fundamentação ontológica ou normativa do sistema jurídico-penal não está, de forma alguma, definitivamente decidida em favor do normativismo (que além disso apresenta várias formas), mas se reacende a todo tempo. (...) Meu amigo e aluno Sergio Moccia atribui ao sistema finalista o mérito de ter, numa época em que imperava um terrível positivismo jurídico, correspondente a onipotência do Estado nazista, favorecido a busca de princípios e valores, que devem ser independentes da vontade estatal e que têm de fazer-lhe oposição”⁸⁰.

Aliás, o próprio Roxin destacou em seus escritos que, ainda que não se concorde com sua metodologia, o finalismo representou grande avanço no descobrimento do desvalor da ação⁸¹, no posicionamento do dolo no fato típico⁸², no fortalecimento e desenvolvimento do comportamento típico⁸³ e na distinção entre autores e partícipes com base nas iniciais ideias de domínio do fato⁸⁴.

No entanto, não se pode ignorar que, com a evolução metodológica, o finalismo passou a ser contestado por autores pós-finalistas (dentre os quais se inserem funcionalistas e não funcionalistas). As críticas dirigem-se a toda a construção analítica: Entre outras, às estruturas ontológicas⁸⁵, ao conceito de ação⁸⁶, ao tratamento do erro⁸⁷, ao nexu causal⁸⁸, ao conceito de tipicidade⁸⁹, o

⁸⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 56.

⁸¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 59.

⁸² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 60.

⁸³ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 124.

⁸⁴ Diz-se iniciais porque, embora Welzel tenha lançado seus traços iniciais, o desenvolvimento da teoria do domínio do fato deu-se pelos estudos de Claus Roxin. Breve panorama em: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 17/22.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Renovar: Rio de Janeiro, Trad., Luís Greco, 2002.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, parte geral, tomo I**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007, p. 251; ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 125; HASSEMER, Winfried. *Apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa**. *Op. cit.*, p. 100.

⁸⁷ Breves críticas às soluções propostas por Welzel para as hipóteses conhecidas como “descriminantes putativas” em: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 125.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 100.

nexo de causalidade⁹⁰, conceito de ilicitude⁹¹ e o conceito material de culpabilidade⁹².

Fugiria do propósito do presente trabalho exaurir as críticas dirigidas contra o sistema finalista, lembrando-se que, conforme estabelecido na introdução, o presente artigo tem como objetivo introduzir o problema em linhas gerais. Logo, frise-se, as críticas abaixo dispostas não encerram o universo de contestação ao sistema finalista, sendo, antes, fruto de uma opção do subscritor por “temas macro” da organização analítica do crime: Dados ontológicos, ação final e culpabilidade.

6.1. A SUPERVALORIZAÇÃO DOS DADOS ONTOLÓGICOS:

Se por um lado o finalismo encanta inúmeros penalistas às suas premissas ontológicas e à sua pretensão de legitimidade universal do sistema, por outro lado, não está isento de críticas. Ocorre que o excessivo apego às estruturas ontológicas da realidade, identificadas por um conhecimento pré-jurídico, poderia engessar o sistema, que passaria tutelar valores próximos à imutabilidade (afinal, depois de descoberta as estruturas ontológicas, o legislador mais nada poderia fazer).

Aliás, diz-se que essa pretensão ontológica foi responsável por transformar o finalismo no mais inflexível de todos os sistemas, chegando a conclusões teratológicas⁹³ como, por

⁸⁹ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Teoria do tipo penal**. São Paulo: Direito, 2001.

⁹⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 101.

⁹¹ REALE JUNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: José Bushatsky, 1971, p. 136.

⁹² Confira-se um panorama do problema da liberdade em: MELLO, Sebastián Borges Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 167. Após, veja-se a tomada de uma posição crítica e o desenvolvimento da doutrina da “responsabilidade” na obra: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 133; Em outra perspectiva, sustentando que a culpabilidade cuida de um sistema de exigibilidade social: BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALAREÉ, Hernan Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. Trotta: Madrid, Volumen 2.

⁹³ Rebatendo essa crítica, Hirsch aduz que: “*Por cierto, es posible que alguno de los representantes del «finalismo» haya utilizado la palabra «ontológico»*”

exemplo, a de que “*a vontade passou a preponderar sobre o resultado, chegando-se ao absurdo da punição do crime impossível, vale dizer, tão somente daquilo que o autor quis fazer*”⁹⁴.

Entretanto:

“O conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos. Tudo depende da importância que confere o direito ao fato natural, de uma valoração de que este se torna objeto, a qual instantaneamente faz com ele deixe de ser puramente natural, adentrando o mundo do jurídico”⁹⁵.

Tome-se como exemplo o aborto dos fetos anencefálicos. Biologicamente há vida, não se pode negar. Do contrário, não se estaria discutindo se haveria aborto, que nada mais é do que a eliminação da vida intrauterina. Sendo biologicamente vida, não poderia o direito, pretendendo agregar uma consequência jurídica, negar essa estrutura da realidade⁹⁶, sob pena de interferir em estruturas lógico-reais, conclusão rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação da lei. Portanto:

“Se neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico.

frecuentemente para fundamentar sus tesis, tal como ello ha sido justificado, y así ocasionar, en el ámbito parcial correspondiente, la impresión de una cierta anemia argumental. Ya se sabe: ninguna teoría es inmune a las exageraciones. Ante todo, sin embargo, el «finalismo» no ha tenido la intención de elevar sus fundamentos al rango de principios positivos” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 13.

⁹⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JIPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**. *Op. cit.*, p. 163.

⁹⁵ GRECO, Luís. **Introdução a dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 5.

⁹⁶ Enfrentando o tema das estruturas ontológicas e possíveis distorções na sua regulação jurídica, Hirsch aduz que: “*Si del análisis científico- dogmático surge que un precepto legal, debido a la errónea materia de regulación, es objetivamente incorrecto, ello no significa para los «finalistas» que el precepto en cuestión sea inválido, sino que la ciencia reclama su rectificación*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 13.

E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que “o direito só pode proibir ações finalistas” baniram o resultado do ilícito, declarando a tentativa inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação”⁹⁷.

Aliás, em diversas passagens pode-se observar que o finalismo promoveu o retorno a alguns postulados naturalistas: Ao compreender a conduta como pura realização de vontade do verbo, o tipo penal voltou a ser demasiadamente formal, veiculando apenas matéria de proibição; a ilicitude voltou a ser traduzida pela inexistência de excludentes de ilicitude; é possível perceber uma compulsiva importância ao posicionamento de alguns elementos do delito (por exemplo: se o dolo está na conduta ou na culpabilidade), tal como no sistema clássico, onde havia uma tendência (quase) compulsiva: os elementos objetivos eram posicionados no tipo, os valorativos na ilicitude e os subjetivos na culpabilidade.

Nesse espírito crítico, Roxin destaca que:

“Visto de uma retrospectiva histórico-dogmática, sobressaem mais semelhanças do que diferenças entre as duas teorias: ambas fundamentam o sistema jurídico-penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais. O nexa causal (no sentido da teoria da equivalência) e também sua supradeterminação finalista tentam descrever leis estruturais de acontecimentos do mundo exterior, que são anteriores a toda valoração”⁹⁸.

Avançando por outra via de questionamentos, tem-se que não seria possível identificar, com precisão, a delimitação entre a

⁹⁷ GRECO, Luís. **Introdução a dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 6.

⁹⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Renovar: Rio de Janeiro, Trad. Luís Greco, 2006, p. 79.

utilização dos dados ontológicos e os dados valorativos. Nesse campo, Karl Engisch formulou a seguinte indagação:

“Onde termina a estrutura do Ser e onde se insere o foco da valoração? Quais são os critérios, com base nos quais, nós podemos decidir se o que, na constatação da natureza pessoal do ser humano, deve ser creditado na natureza da realidade pré-existente ou na conta da valoração jurídica?”⁹⁹

Isto é, a localização do dolo na conduta está disposta por sua natureza ôntica ou é sugerida por conveniência valorativa? A pessoalidade da teoria da antijuridicidade se deve a algum espírito da época ou decorre de alguma justiça atemporal?¹⁰⁰ A guerra dos impulsos, que apoiavam o poder atuar de outro modo, integraria essa estrutura ôntica? Afinal, *“quais são os critérios mediante os quais é possível decidir, na constatação da natureza pessoal do ser humano, o que deveria ser creditado na realidade preexistente ou na conta da valoração jurídica?”¹⁰¹*

6.2. ALGUNS PROBLEMAS EM TORNO DA IMUNIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL¹⁰²:

De fato, a imunização do sistema jurídico-penal contra a política criminal poderia ser adequada no tópico retro, como oposição de uma metodologia simplesmente baseada na ontologia do

⁹⁹ CERESO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, 249.

¹⁰⁰ CERESO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 250.

¹⁰¹ MELLO, Sebastián Borges Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 170.

¹⁰² Respondendo a crítica de Roxin, Hirsch sustenta que *“El «finalismo» es un concepto tocante a los elementos estructurales generales del delito. Se ocupa, por tanto, de la parte fáctica de un derecho penal de hecho. Por el contrario, es independiente de las teorías de la pena y de la política criminal. Sin embargo, adquiere relevancia para estas últimas en la medida en que determina con precisión los requisitos generales del delito (p. ej., acción, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc.) resultantes de los principios fundamentales que rigen para el mismo (derecho penal del hecho, principio de culpabilidad, etc.), y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia. Entremezclar dogmática penal y política criminal, como puede apreciarse modernamente bajo signos normativistas, pasa por alto esta función, que justamente tiene como presupuesto la distinción de estos dos ámbitos. El provecho que há conllevado el «finalismo» para la dogmática, que sigue siendo la parte más importante de la ciencia penal, encuentra una muy imprecisa y fuertemente reducida expresión con el término «finalismo»”* HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 27.

“ser”. No entanto, devido a sua importância, julgou-se mais adequado explorar o tema e, assim, apresentar um esboço sobre o pensamento de Roxin, identificando o grande ponto de divergência entre eles¹⁰³.

Contornando os primeiros traços do movimento que veio a ser denominado de funcionalista, em sua famosa obra¹⁰⁴, o professor Roxin denunciou que o direito penal não poderia estar vinculado às estruturas ontológicas como fonte exclusiva para determinar a matéria de regulação¹⁰⁵. Para explorar seu ponto de vista, questionou: “*De que prestaria a solução de um problema jurídico, que apesar da sua linda clareza e uniformidade é politicamente errada? Não seria preferível uma decisão adequada do caso concreto*”?

Nessa seara, o primeiro esforço de Roxin foi rechaçar o pensamento de Franz von Liszt¹⁰⁶, para quem a política criminal e o direito penal deveriam estar separados¹⁰⁷. Em sua concepção, ao contrário, política criminal e direito penal deveriam, antes, somar esforços para alcançar as finalidades estabelecidas em um Estado Democrático de Direito:

¹⁰³ Para maiores esclarecimentos, veja-se, em língua portuguesa, as seguintes obras: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014; ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro, Trad. Luís Greco, 2006.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Renovar: Rio de Janeiro, Trad. Luís Greco, 2002.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁶ “*Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder do estatal, enquanto nos ativermos ao princípio do nullum crimen, nulla poena sine lege, a rígida arte de interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá sua importância política*” LISZT, Franz von *Apud* ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁷ Em tom cético e crítico ao sistema proposto por Roxin, tem-se alertado que: “*Uma ciência penal subserviente à política criminal presta um desserviço em tempos difíceis como os de hoje. É preciso ter claro que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança. Limites, porém, que nada mais são do que a concretização dos custos desses mesmos direitos e dessas mesmas garantias. E que, somente quando esses precisos limites forem levados a sério sem qualquer tergiversação, será possível, a partir do direito penal, avançar no sentido da recondução do Estado de Direito às razões que lhe dão fundamento*” D’AVILA, Fábio Roberto. **Liberdade e segurança em direito penal: O problema da expansão do direito penal**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 01 de agosto de 2015.

“Fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e o Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética”¹⁰⁸.

Essa doutrina não se revelou como um dogma desprovido de conteúdo prático, senão trouxe consigo novos referenciais para a organização do conceito analítico de crime. Ao contrário do finalismo, que demonstrou certa compulsividade com a distribuição de certas categorias do crime, o funcionalismo passou a analisar as categorias do crime a partir da função (ou instrumentalidade) para o sistema do fato punível. Assim, no chamado funcionalismo teleológico, o ponto central consiste em *“identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível”*¹⁰⁹.

Vale frisar, contudo, que a política criminal é apenas o primeiro passo para análise do sistema. Isso porque, Roxin continua sustentando a introdução de dados empíricos em seu sistema. A peculiaridade reside no fato de que dados empíricos não vinculam ao legislador ou sequer possuem, de pronto, solução para problemas jurídicos. Esses dados necessitariam de um referencial normativo, pois, somente assim, poderiam desempenhar uma função adequada no sistema:

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista**. *Op. cit.*, p. 7.

“Parto da idéia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à "matéria jurídica", aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. A luz de tal procedimento — de uma perspectiva político-criminal —, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante, em parte irrelevante e em parte necessitada de complementação por outros dados empíricos”¹¹⁰.

Por exemplo, “a imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal”¹¹¹; a discussão sobre a (não) legitimidade dos crimes de perigo abstrato passa a ser decidida com base em valorações político-criminais¹¹²; o tratamento do erro e a desistência voluntária deixam de lado estruturas ontológicas do dolo para questionar se incumbe (ou não) ao direito penal tratar como delinquente doloso aquele que tem consciência, porém que, por falta de atenção, desconhece a situação que se desenvolve com seu comportamento e se aquele autor arrependido necessita de uma sanção¹¹³.

Nas palavras do autor, essas ideias “possibilitam e favorecem a introdução de questionamentos político-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, se abra para realidade”¹¹⁴.

6.3. DEVASSANDO A DOUT DEVASSANDO A DOUTRINA DA AÇÃO FINAL

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 61.

¹¹¹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 80.

¹¹² ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 81.

¹¹³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & Ação Significativa*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2ª edição, 2010, p. 78.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 81.

6.3.1.A “AÇÃO FINAL” PODE SER CONSIDERADA COMO UM CONCEITO GERAL DE AÇÃO?

A busca por um conceito de ação foi o “*principal debate do último século, o que condicionou os rumos e o desenvolvimento da metodologia jurídico-penal do século XX*”¹¹⁵, tendo sua importância reconhecida na doutrina do crime¹¹⁶.

Ocorre que, para ser idôneo, o conceito de ação não pode ser construído a partir de meras ideologias, mas deve, antes, ser analisado com maior densidade teórica. Segundo a corrente majoritária¹¹⁷, exposta segundo a claríssima sistematização de Hans-Heinrich Jescheck¹¹⁸, para que se possa falar em um “conceito geral de ação”, válido como base autônoma da teoria do crime, deve-se conseguir enxergar a presença de três funções: Uma de sistematização (ou classificação), outra de definição (também chamada de ligação) e uma de delimitação.

¹¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

¹¹⁶ “*Tanto o finalismo como o objetivismo social constituem concepções aceitáveis sobre a essência do atuar humano nos contextos social e pessoal e têm uma palavra de relevo a dizer na teoria do facto punível. Ponto é apenas que o primeiro alivie a categoria da finalidade de tarefas que ela não pode cumprir e escape, em último termo, à conclusão de que aquela há de constituir o fundamento de toda relevância jurídico-penal*” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, parte geral, tomo I**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007, p. 253.

¹¹⁷ Confirma-se, sobre o tema, um panorama crítico em: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010; Também nesse espírito crítico, veja-se: JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed, p. 55, nota de rodapé; D’ÁVILA, Fábio Roberto. **O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime**. Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2015; D’ÁVILA, Fábio Roberto. **A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime**. Revista de Estudos Criminais, ano XII, n.º 54, 2014; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais, op. cit.**, p. 259.

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais. Op. cit.**, p. 251.

A função de sistematização¹¹⁹ exige que o pretense conceito de ação seja capaz de abarcar todas as formas de aparição da figura típica, reunindo-as a um elo comum: Do dolo à negligência; da comissão à omissão. Em segundo, consoante a chamada função de definição¹²⁰, o conceito deve complementar as valorações da tipicidade, ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade sem, contudo, antecipar o significado material que anima cada uma delas. O conceito deve, por derradeiro, cumprir uma função de delimitação¹²¹, permitindo que seja possível

¹¹⁹ É importante lembrar, oportunamente, que o conceito de classificação sempre foi um entrave para a dogmática. Isso porque nenhum dos conceitos de ação conhecidos satisfaz plenamente essa exigência. Assim, muitas teorias acabaram retornando às ideias de Radbruch, para quem o sistema da ação deveria ser dividido conforme sua manifestação: “a ação seria, pois, dividida nos conceitos autônomos de ação e omissão, o que, por conseguinte, implicaria a idêntica duplicação de todos os demais conceitos. Eles passariam, por isso, a ser analisados sempre em uma relação de duplicidade, como predicados da ação ou predicados da omissão” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. **O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime.** Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2015, p. 25).

¹²⁰ Como dito, esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Com razão, Figueiredo Dias alerta que: “as exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de ação parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de ação deve assumir o que Jescheck chama de função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a ‘função de definição e ligação’, arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser connexionadas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**, *Op. cit.*, p. 251/252.

¹²¹ Visando escapar dos problemas relacionados aos conceitos de “classificação” e “ligação”, muitos autores brasileiros abdicaram de enfrentar o tema e passaram a utilizar a ação unicamente como “delimitação” da matéria proibitiva, isto é, para delimitar aquilo que “não era uma ação”. Entretanto, deve-se ter em mente que “atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, ‘resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. **O conceito de ação em direito penal**, *op. cit.*, 140). Sobre esse ponto, aliás, veja-se que “não é o conceito apriorístico de ação que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**, *op. cit.*, p. 259). Ademais, “para se aplicar o critério da exclusão da ação, é preciso analisar a responsabilidade jurídico-penal do fato na sua inteireza, vale dizer, é preciso ingressar no âmbito da tipicidade e considerar os fatos a partir dos respectivos critérios de imputação. E se isso é assim não faz sentido algum, após a conclusão da análise jurídico-penal, retornar à fase da ação

determinar, desde logo, quais comportamentos não estão inseridos na valoração criminal.

Em relação ao conceito finalista de ação, uma dificuldade constantemente apontada reside em estabelecer o denominador comum entre o crime comissivo e o crime omissivo; e entre o crime doloso e o crime culposo.

Embora não tenha negado um “atuar finalista nos crimes culposos”, Welzel acabou se valendo de uma argumentação distinta daquela pensada e escrita para os crimes dolosos¹²², frustrando uma uniformidade sistemática do seu pensamento. Sua proposta seria estabelecer uma referência média, pautada no “*homem inteligente e prudente na situação do autor*”¹²³, como forma de verificar a quebra do dever de cuidado. Se de um lado a referência a um termo médio é uma metodologia utilizada até os dias atuais pela doutrina pós finalista¹²⁴, de outro lado, é sensivelmente distante da explicada antecipação mental do resultado e controle do curso causal a partir do conhecimento de causa e efeito (a intitulada fase interna e externa da realização da conduta), que deveria ser uma referência obrigatória¹²⁵.

para excluí-la. Muito pelo contrário. Tal regressão é impossível. Dado o método escalonado, só há a verificação da tipicidade se houver ação. Logo, impossível chegar à tipicidade, sem o reconhecimento prévio da existência de uma ação” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. **O conceito de ação em direito penal**, *op. cit.*, 138).

¹²² A discrepância pode ser encontrada em: WELZEL, Hans. **Novo sistema jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 31 e p. 98.

¹²³ WELZEL, Hans. **Novo sistema**. *Op. cit.*, p. 98.

¹²⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**. *Op. cit.*, p. 196.

¹²⁵ Aduzindo que o finalismo é absolutamente coerente com a imprudência, Hirsch defende que: “*Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años cincuenta se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de Engisch, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 17.

Da análise dos crimes omissivos também se pode observar graves problemas estruturais quando o finalismo não partiu da mesma premissa utilizada na comissão para explicá-lo. Naturalmente, em alguns casos, o controle final poderia explicar alguns problemas de imputação dos crimes omissivos, como no exemplo do agente que, controlando a causalidade, mantém-se inerte para alcançar determinado resultado. Contudo, explicações pontuais não resolvem problemas centrais, que persistem nas demais situações. Ocorre que, para as demais hipóteses, alguns finalistas costumam afastar a responsabilidade penal a partir do dever jurídico de agir¹²⁶, fazendo com que a justificação para a não responsabilidade afaste-se daquele controle finalístico do curso causal, que também deveria ser uma referência obrigatória. Aliás, valendo-se do nexó de causalidade para responder tal questionamento, o finalismo acaba predeterminando o que deveria ser uma predicação posterior, ou seja, para explicar o comportamento omissivo, recorre ao nexó de causalidade, violando a função de ligação que o conceito deveria possuir¹²⁷.

Dessa forma, se não há dúvida que o finalismo “*abrange os crimes dolosos de ação, já terá de deixar de fora os crimes de omissão e não possui em último termo conteúdo material bastante*”

¹²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. *Op. cit.*, p. 164.

¹²⁷ Em defesa do finalismo posiciona-se Hirsch, para quem “*Es correcto que una acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano. Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el «finalismo»: precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omisivos consiste en su no realización. En esta medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre «a» y «no a». Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto*” HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 18.

para que uma parte dos crimes negligentes possa ser conexas com ele”^{128/129}.

Por fim, verifica-se um grave problema quanto a função de definição nos tipos comissivos dolosos. A questão pode variar por duas vias: Mantida a identificação entre tipicidade e dolo, o conceito final perderia sua função de ligação, porque o dolo sempre iria referir-se à tipicidade, esvaziando sua função de complementar as valorações posteriores. Sob outro prisma, operada a separação entre dolo e tipo, bastaria que o agente *“tenha querido alguma coisa, que tenha supradeterminado finalisticamente qualquer processo causal, sem que releve para as posteriores valorações sistemáticas o conteúdo da vontade*”¹³⁰.

Destarte, devassando as suas premissas, percebe-se que *“por uma ou outra forma, o conceito final de acção não pode arvorar-se em conceito geral de acção*”^{131/132}.

6.3.2.A AÇÃO FINAL COMO DOCTRINA DOGMATICAMENTE NEUTRA?

Como anteriormente explicitado, a doutrina finalista sustentou que o direito penal deveria estar vinculado às estruturas

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**. *Op. cit.*, p. 255.

¹²⁹ Rebatendo a crítica sobre o fracasso no conceito de classificação, Hirsch assevera que: *“Ya fue advertido el malentendido según el cual el concepto de acción se referiría a un concepto universal de comportamiento. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta dirección, desde el llamado concepto «social» hasta el llamado concepto «personal» de acción, su valor declarativo es mínimo. Con él, en la práctica, no se va más allá de afirmar que para un comportamiento jurídico penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aun cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas”* HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 17.

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 254.

¹³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Ontologismo e normativismo**. *Op. cit.*, p. 255.

¹³² Vale registrar que negar a qualidade de um conceito geral de ação não significa negar a eventual existência de uma finalidade no atuar humano, que pode, sim, existir em determinadas hipóteses. O principal problema reside em verificar se o conceito final de ação, tal como proposto por Hans Welzel, cumpre às exigências dogmáticas para ser considerado como um conceito geral de ação.

lógico-reais (sachlogisch Strukturen) quando pretendesse agregar alguma consequência jurídica, supondo que, assim, a valoração jurídica seria legítima e correta. Sendo o atuar final do homem a primeira estrutura ontológica descoberta pelo finalismo, na visão de Welzel, ela poderia conferir certa garantia ao corpo social contra eventuais excessos do legislador, que apenas poderia punir ações finais.

Roxin, no entanto, alerta que esse efeito pretendido por Welzel era ilusório, uma vez que, em comparação com as doutrinas de cunho naturalista, a “ação final” não teria inovado em nada. Isso porque a ação final *“em nada contribui para impedir infiltrações ideológicas no campo da dogmática penal. Afinal, a exclusão da punibilidade de não-ações, no sentido de acontecimentos involuntários e incontroláveis, foi e ainda é defendida por outros conceitos de ação”*^{133/134}.

Ao contrário, a supervalorização do elemento volitivo, isto é, da “ação como uma expressão final”, levou inúmeros finalistas a sustentar, por exemplo, que o crime impossível deveria possuir a mesma pena do crime consumado, sob o perigoso manto de um “desvalor da ação final”.

6.3.3.A DUVIDOSA CAPACIDADE DE RENDIMENTO DA AÇÃO:

Segundo Hans-Joachim Hirsch, um dos mais respeitados autores penalistas que se manteve fiel ao finalismo, o princípio metodológico do respeito às estruturas ontológicas voltava-se:

“A un concepto central del derecho penal: el concepto de acción. Este concepto es central, porque en el caso de los delitos se trata de lesiones contra prohibiciones o mandatos y

¹³³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 57.

¹³⁴ Esclareça-se que, mesmo no período naturalista, a vontade era conceituada como *“uma conduta voluntária, livre de violência física ou psicológica, determinada ou motivada pelas representações”* (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 58).

*porqueson acciones los objetos de estas dos formas normativas. La prohibición no permite una acción y el mandato la exige. La transformación del concepto de acción en un producto construido por el derecho penal, a saber, en una causación del resultado originada por un mero impulso de la voluntad, cualquiera que fuera su contenido, dio ocasión a Welzel para desarrollar el llamado «finalismo»”*¹³⁵

Entretanto, em posição oposta à transcrita importância dispensada ao conceito de “ação final”, a história tem retratado um constante enfraquecimento na busca de um conceito adequado de ação. Essa falta de interesse teve seu estopim quando, afastando-se das premissas de cunho naturalista e finalista, onde era acentuada a busca por um conceito correto de ação, a doutrina passou a questionar se poderia ser vantajoso o conceito jurídico-penal de ação para solucionar problemas concretos do Direito Penal.

Com esses questionamentos, introduzidos na dogmática por Claus Roxin¹³⁶, a doutrina perdeu o interesse pela ação, justamente porque não vislumbrou sua importância para resolver entraves dogmáticos:

“Nas últimas décadas o conceito de ação desceu do pedestal que ocupou, durante a maior parte do século XX, nos estudos da Ciência do Direito Penal. Esta degradação do conceito de ação tem causa com o surgimento das teorias funcionalistas penais e com a consolidação de um pensamento crítico de rejeição à teoria finalista da ação”¹³⁷.

O questionável rendimento do conceito de ação “*não se limitou a reduzir suas funções. Muitos autores passaram a considerar que o estudo jurídico-penal poderia prescindir do*

¹³⁵ HIRSCH, Hans Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo**. *Op. cit.*, p. 3.

¹³⁶ ROXIN, Claus *Apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & Ação significativa**. *Op. cit.*, p. 99.

¹³⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. **Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rc_on_id=141. Acesso em: 05 de maio de 2015.

conceito de ação ou, pelo menos, removê-lo da posição de referência inicial da Teoria do Delito”^{138/139}. Nesse sentido, grande parte da doutrina parece compartilhar o entendimento de que a única função que um conceito de ação pode oferecer diz respeito a chamada função de delimitação¹⁴⁰, excluindo da incidência do direito penal os movimentos reflexos, movimentos em estado de inconsciência e coação física irresistível^{141/142}.

6.4. O “PODER ATUAR DE OUTRO MODO”:

Como verificado, a doutrina de Welzel baseava-se no livre arbítrio, isto é, na liberdade que alguém teve em praticar um injusto típico, mesmo podendo se orientar conforme o sentido e valor. Assim, dois valores sobressaltam: O primeiro deles é a “liberdade humana”, valor contestado por alguns penalistas pós-finalistas; o segundo é a reprovação como predicado da ação: reprova-se a formação de vontade pela inconformidade ao direito.

6.4.1.A “CAPA DE REGULAÇÃO” E O ORDENAMENTO JURÍDICO:

¹³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa**. *Op. cit.*, p. 112.

¹³⁹ O tema é acidental, não majoritário e não se dirige propriamente contra os postulados finalistas, mas vale anotar: Importante parcela da doutrina internacional tem despojado a ação como primeiro referencial da teoria do crime, posição que, então, passaria a ser ocupada pelo tipo. Nessa forma de organização, o sistema do fato punível obedeceria a seguinte sistemática: Inicialmente, se realizaria uma valoração negativa (de delimitação) da ação como pressuposto da tipicidade para, em seguida, prosseguir nas valorações jurídicas. Os partidários dessa corrente acreditam que a única ação que interessa ao direito penal é aquela descrita no tipo: “*É o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam sem consideração para o Direito Penal, em outras palavras, a ação por si só não diz absolutamente nada para o Direito penal, é o bem jurídico o que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito penal*” BUSTOS RAMIREZ, Juan *Apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa**. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**. *Op. cit.*, p. 260.

¹⁴¹ HASSEMER, Winfried *Apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa**. *Op. cit.*, p. 100; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**. *Op. cit.*, p. 259.

¹⁴² Importante reconhecer, contudo, que Vives Antón voltou a chamar atenção da doutrina internacional com a elaboração da teoria da ação significativa. Sobre esse tema, veja-se: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010.

A primeira objeção encontrada quanto à “liberdade finalista” reside na problemática capa ou centro de regulação dos sentidos ao qual, segundo Welzel, encontram-se submetidos os impulsos e aspirações humanas. Em última análise, para Welzel, “*a capacidade inata do ser humano de submeter seus instintos a uma ordem valorativa externa se confunde com o próprio ordenamento jurídico. Essa posição sintetiza a crença no homem iluminista e na crença de valores compartilhados*”¹⁴³.

Ocorre que, dessa maneira, “*nem sequer se concebe a possibilidade de o projeto de vida do sujeito, por qualquer motivo, não seja composto pelos mesmos significados e valores escolhidos pelo ordenamento jurídico*”¹⁴⁴.

Essas ideias levaram doutrinadores a sustentar a ilegitimidade de tal fundamento, alegando que o Estado não pode pretender elevar-se moralmente sobre o cidadão, mas deve, com a ameaça e execução da pena, apenas declarar quais valores e condutas não está disposto a tolerar^{145/146}.

6.4.2.A (IN) DEMONSTRABILIDADE PRÁTICA DO “PODER-ATUAR-DE-OUTRO-MODO”:

A evolução do direito penal trouxe consigo inúmeras conquistas, dentre as quais pode-se destacar a responsabilidade penal subjetiva, garantindo que a punição do ser humano estivesse

¹⁴³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 82.

¹⁴⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁵ BUSTOS RAMIREZ. Juan; MALAREÉ, Hernan Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. Trotta: Madrid, Volumen 1, p. 55.

¹⁴⁶ É preciso destacar que esse tema não é apenas objeto de crítica ao finalismo, mas a todas as concepções que ainda buscam encontrar na culpabilidade uma forma de vinculação psíquica do autor à norma. Nesse viés crítico, Urs Kindhäuser chegou a sustentar que “*ou se adota uma solução que se renuncia a neutralidade do direito, ou, por outro lado, se abandona a necessidade de se buscar uma vinculação do autor com a norma. A resposta demandaria um modelo que buscasse um motivo que vinculasse o autor com a norma e não limitasse a motivação para que a norma fosse respeitada*” KINDHÄUSER, Urs. Apud MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 267. Confira-se, a propósito, uma inteligente alternativa em: BUSTOS RAMIREZ. Juan; MALAREÉ, Hernan Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. Trotta: Madrid, Volumen 1, sustentando a ideia de culpabilidade como exigibilidade social.

atrelada a sua postura perante o dano¹⁴⁷. Sem prejuízo dessa vitoriosa garantia contra os excessos estatais, a responsabilidade penal subjetiva acabou trazendo a reboque a ideia do ser humano livre, responsável por suas escolhas e decisões. Logo, a partir desse pressuposto, a liberdade acabou sendo erigida como axioma do direito penal, sobre o qual foi construído o sistema jurídico da culpa.

Muito além de uma tendência, o livre arbítrio foi, de fato, abraçado pela chamada Escola Clássica do Direito Penal, que, voltando atenções ao indivíduo, procurou garanti-lo contra qualquer arbitrariedade na limitação da liberdade, proclamando uma responsabilidade penal lastreada na imputabilidade moral e no livre arbítrio¹⁴⁸.

Seguindo nessa trilha, formulou-se a (perigosa) ideia de que a pena serviria como imobilização do indivíduo criminoso (prevenção especial negativa de inocuidade), pois o fundamento da maldade (da qual a sociedade precisa defender-se, imobilizando o criminoso) reside na suposição de ter havido em um momento concreto a possibilidade de o sujeito atuar de outra maneira, de não cometer o delito e atuar conforme o direito, ou seja, de usar sua liberdade para atuar conforme o direito:

“Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram consideradas pela Escola clássica não tanto quanto meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 108.

fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime”¹⁴⁹

A despeito de possuir íntima ligação com a imputação subjetiva, aclamada evolução do direito penal, a ideia da liberdade como premissa do conteúdo material da culpabilidade está longe de uma unanimidade. Basicamente, as críticas ao livre arbítrio podem variar por questionamentos de ordem prática e teórica.

Teoricamente, poder-se-ia apontar que a liberdade é um valor metafísico, intangível e empiricamente não demonstrável, de tal sorte que, aplicado cegamente, acabaria violando toda a garantia em que se encontra envolto o fato punível. Afinal, partindo da ideia de que todos são aprioristicamente livres, a culpabilidade estaria reduzida a um conceito estático, não graduável, desconsiderando inegáveis circunstâncias que, eventualmente, influem na prática de um ilícito típico.

Em uma visão prática, poder-se-ia sustentar que, ainda que fosse possível comprovar a existência da liberdade, certamente seria impossível demonstrar se uma pessoa concreta, em uma situação real e específica, cometeu um ilícito típico livremente ou não. Nesse espírito crítico, desde meados do século XIX¹⁵⁰, a crença no livre arbítrio vem sendo relativizada e, a partir de então, ponderada sob diferentes óticas sociais^{151/152}.

¹⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Revan: Rio de Janeiro, Trad., Juarez Cirino dos Santos, 6ª ed., 2013, p. 29.

¹⁵⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque de. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁵¹ Nada obstante, deve-se reconhecer, essa é uma doutrina que ainda encontra adesão de renomados juristas, que encontram na liberdade o fundamento para o juízo de culpabilidade: “*A liberdade, por mais polêmica e duvidosa que seja sua definição, por mais controversos que sejam seus limites e por mais distorções que envolvam a delimitação de seu conteúdo, é um pressuposto sem o qual não é possível conceber a culpabilidade, como princípio, limite e fundamento da pena*” MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque de. **O conteúdo material da culpabilidade**. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁵² Roxin é um dos autores que sustenta que o direito penal pode abstrair-se da discussão sobre a liberdade humana: “*Do ponto de vista sócio-psicológico pode afirmar-se que a maioria das pessoas tem a sensação de poder, ao menos em regra, agir segundo sua livre vontade. Tal não prova muito; pois da mesma forma que nossos olhos, para os quais o Sol gira em torno da Terra, nos enganam, também nos*

6.4.3. AUSÊNCIA DE PARÂMETRO:

Ainda que ignorando os problemas acima apontados, o conteúdo material da culpabilidade partisse do livre arbítrio, encontrar-se-ia, necessariamente, novo entrave; dessa vez, o problema está relacionado ao parâmetro dessa (ausência de) liberdade.

Imagine-se que, no decorrer da instrução criminal, um acusado venha sustentar que não pode ser condenado, pois não poderia ter se comportado conforme o direito. A questão é: De que forma o Ministério Público, titular da pretensão punitiva e onerado com o ônus probatório poderia provar que o acusado é culpado por não ter tomado uma decisão conforme o direito?

Na resposta a essa indagação, a doutrina da “reprovabilidade” pareceu trilhar por dois caminhos:

6.4.3.1. A “LIBERDADE NEGATIVA”:

Buscando contornar os problemas em torno do livre-arbítrio, alguns doutrinadores, sob o manto da inexigibilidade, cogitaram substituir o clássico discurso da liberdade por uma análise negativa, inserindo uma forma genérica de exculpação onde fosse empiricamente demonstrado uma espécie de “ausência de liberdade”.

pode enganar esta nossa sensação de liberdade. (Da mesma forma, os loucos, no mais das vezes, se consideram absolutamente normais.) Mas a consciência da liberdade fundamenta, ainda assim, uma convenção social, segundo a qual se reconhece às pessoas que, em princípio, podem orientar-se segundo normas, a capacidade de decidir contra ou a favor de seu cumprimento. Este reconhecimento recíproco da liberdade de decisão, que domina não só o ordenamento jurídico, como também nossa vida social e privada, é, como eu digo, uma ‘regra de jogo social’, uma ‘postulação normativa’, mas não um fato comprovável. Acabo por seguir a opinião hoje dominante, segundo a qual a discussão jurídico-penal pode abstrair do problema epistemológico e científico do livre arbítrio. Ainda que este problema deva ser solucionado desta ou de outra maneira, diante da idoneidade para ser destinatário de normas, podemos partir do reconhecimento recíproco da liberdade de ação, enquanto um princípio sócio-politicamente razoável” (ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Op. cit., p. 147.

Em outras palavras, se o Estado censura um indivíduo por livremente praticar um comportamento tipicamente ilícito, as causas de exculpação estariam genericamente determinadas pela noção de ausência de liberdade, revelando hipóteses em que não houve liberdade na prática do ilícito típico.

Porém, esse sedutor raciocínio, de forma não ostensiva, acaba desaguando em um conceito tão nebuloso quanto o criticado “poder atuar de outro modo”, gerando incontornáveis entraves que podem variar por dois caminhos.

Primeiro porque a técnica de analisar a ausência de liberdade não se afasta da premissa do livre arbítrio, que continua sendo o fundamento da culpa e da exculpação. Ou seja, falar que um ser humano não será punido porque não teve liberdade na prática de um ilícito típico, significa dizer que o fundamento da culpa é a liberdade. Na prática, isso faz com que haja uma manipulação e desconsideração de eventuais circunstâncias que orbitam ao delito em prol do axioma do “ser humano livre”¹⁵³.

Em segundo lugar porque, ainda que superado o argumento lançado, haveria um problema relacionado ao parâmetro da inexigibilidade. Afirmar que um comportamento diverso é inexigível tramita por campos de obviedade. Entrementes, questiona-se, determinado comportamento seria inexigível em relação a quem? Ao autor em concreto e suas aptidões físicas? Seria

¹⁵³ Embora a ideia de liberdade negativa venha, a princípio, favorecer a ampla defesa, acabaria manipulando o garantista princípio do *in dubio pro reo*. Isso porque, na precária prática forense, haveria uma confusão entre presunção normativa de liberdade e culpabilidade, de sorte que, invertendo o ônus probatório, a defesa passaria a ter que demonstrar os fatores de ausência de liberdade. Nesse ponto, acaba-se resvalando no estudo do processo penal. Como esse não é o objetivo do trabalho, apenas registre-se que, segundo Eugênio Pacelli, essa não seria propriamente uma crítica. Isso porque, em sua visão, a acusação apenas precisa provar a autoria e materialidade, eis que os exames da ilicitude e da culpa “*não dizem respeito à matéria de prova. Cuida-se, ao contrário, de mero juízo de abstração, de valoração do fato (existente ou não) em relação à norma. Sobre tais questões não se produz prova, no plano de sua materialização, mas, unicamente, emite-se um juízo de valor, no plano abstrato das ideias*” (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. Atlas: São Paulo, 16ª Ed., 2012, p. 325).

o autor em concreto submetido a exames físicos e psíquicos para dimensionar sua resistência ao crime? Afinal, como e quem iria conceder cientificidade a esses atributos? O juiz? Ou, ainda, escapando desses problemas, a referência seria o “homem médio”?

6.4.3.2. O HOMEM MÉDIO:

Para contornar o entrave da referência da liberdade, os Tribunais da Alemanha criaram uma referência de atuação, com base na qual pretendiam verificar empiricamente se era possível a um acusado atuar de outro modo e, a partir dessa conclusão, censurá-lo. Essa referência foi batizada de “homem médio”, unidade de medida de comportamento prudente, situado entre os opostos do máximo e mínimo¹⁵⁴.

Em uma análise afobada, a premissa do “homem médio” parece seduzir, já que confere certo parâmetro ao juízo de culpa. Entretanto, essa doutrina não resiste a uma análise profunda, vez que desagua em uma insuperável imprecisão do que seria, de fato, um conceito mediano de comportamento¹⁵⁵.

Obviamente, *“não se pode prescindir que o juiz esteja alheio as valorações na atividade judiciária, nem se pode ignorar, tampouco, que os valores pessoais do magistrado interferem no conteúdo da decisão”*¹⁵⁶. Entretanto, institucionalizar um indemonstrável conceito de homem médio implicaria em estimular o

¹⁵⁴ Vale lembrar que Welzel, ao criar a ideia de poder atuar de outro modo, tinha a preocupação com o autor em concreto. Todavia, a dificuldade prática forense acabou conduzindo os tribunais ao homem médio, comprometendo a função individualizadora presente no seu pensamento.

¹⁵⁵ Em sentido contrário, Santiago Mir Puig sustenta, com desenvoltura, que a tese de que o homem médio seria uma referência idônea para o juízo de censura: *“El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal”* MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democratico de derecho**. Bosch: Barcelona. 2ª ed., 1982, p. 100.

¹⁵⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conteúdo material da culpabilidade.. cit.**, p. 323.

preconceito e a intolerância, renunciando todo conjunto garantista em que está envolto o fato punível:

“Homem médio é um homem impossível, formado por qualidades e defeitos desconexos, diante da situação concreta na qual se realizou a ação que julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de umente ideal, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do agir concreto do agente. Tal operação resultaria em um abstracionismo, passando por várias etapas, o que inevitavelmente desfiguraria o real”¹⁵⁷.

7. CONCLUSÃO:

Ao longo do presente trabalho, procurou-se expor a tese finalista, a crítica e, eventualmente, a antítese por parte dos mais autorizados seguidores do finalismo. O objetivo do trabalho foi descritivo, buscando, da forma mais fiel possível, expor a doutrina de Welzel que, indubitavelmente, foi um dos maiores juristas do direito penal moderno.

A beleza do direito reside no fato de não pertencer às ciências exatas. Assim, as críticas atribuídas ao finalismo não diminuem o brilho e a grandiosidade de uma doutrina que buscou a validade do sistema, pensamento que, como dito, ainda por linhas distintas, é fruto da preocupação dos estudiosos da atualidade¹⁵⁸.

¹⁵⁷ REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal, parte geral**, 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182.

¹⁵⁸ Sobre o discurso de legitimidade do direito penal, destacam-se os penalistas da Escola de Frankfurt, dentre eles: GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: n.º 24, Trad. Juarez Tavares, 1998, p. 80 e seguintes; KINDHÄUSER, Urs. **Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho**. Disponível em: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/2_2-Urs-Kindhauser.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2015; KINDHÄUSER, Urs *apud* MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Op. cit., p. 265 e seguintes; D’AVILA, Fabio Roberto. **Liberdade e segurança em direito penal. o problema da expansão da intervenção penal**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpena/article/view/7142>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

Feitas essas advertências, finaliza-se este artigo com o seguinte pensamento sobre as divergências doutrinárias no tocante a formatação analítica da teoria do crime: “Os juristas, especialmente os penalistas, nos preocupamos tanto pelo método, pela sistematização das categorias, por sua amplitude para encaixar perfeitamente cada peça na complicada engrenagem dogmática, que esquecemos os verdadeiros fundamentos de todo ordenamento jurídico. Nessa busca da universalidade, da irrefutabilidade, da constatação lógica, para resolvermos problemas estritamente humanos, recorremos ao parâmetro do pensamento cientificista. E de tanto complicar nossa disciplina, substituímos o Direito Penal das garantias pelo Direito Penal do sistema” (Emiliano Borja Jiménez).

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Revan: Rio de Janeiro, Trad., Juarez Cirino dos Santos, 6ª ed., 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010.

BUSTOS RAMIREZ. Juan; MALAREÉ, Hernan Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. Trotta: Madrid, Volumen 2.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **O direito nazista**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26200-26202-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal parte geral**. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012.

CEREZO MIR, Jose. **Ontologismo e normativismo na teoria finalista.** Disponível

em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Jos%E9%20Cerezo%20Mir/Ontologismo%20e%20Normativismo%20na%20Teoria%20Finalista.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2014.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Liberdade e segurança em direito penal. o problema da expansão da intervenção penal.** Disponível

em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

_____ **O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime.** Disponível

em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, parte geral, tomo I.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito.** Disponível

em: <http://www.grupos.com.br/group/.../Messages.html?action=download>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte geral.** Impetus: Niterói, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais: n.º 24, Trad. Juarez Tavares, 1998.

HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra.** Disponível

em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

HIRSCH, Hans-Joachim. **Acerca de la crítica al finalismo.** Disponível

em: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1994428.pdf>. Acesso em: 01 de agosto de 2015.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos o direito penal.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., Trad. André Luís Callegari, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. **Culpabilidade jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho.** Disponível em: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/2_2-Urs-Kindhauser.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?** Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9649/Marta%20Rodriguez%20de%20Assis%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1999.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade, o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana.** Juspodivm: Salvador, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democratic de derecho.** Bosch: Barcelona. 2ª ed., 1982.

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Edmund mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo.** 4. Ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** Atlas: São Paulo, 16ª Ed., 2012.

REALE JUNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta.** São Paulo: José Bushatsky, 1971.

_____ **Instituições de direito penal, parte geral,** 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luis Greco, 2006.

_____ **Novos estudos de direito penal.** Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014.

_____ **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Renovar: Rio de Janeiro, Trad., Luís Greco, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Teoria do tipo penal.** São Paulo: Direito, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Fórum: Belo Horizonte, 2ª Ed., 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal, parte geral.** Elsevier: São Paulo, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade.** Elsevier: Rio de Janeiro, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general.** Roquedepalma: Buenos Aires, Trad. Carlos Fontán Balestra, 1954.

_____ **Introduccion a la filosofia del derecho: derecho natural y justicia material.** Aguilar, Trad. Felipe González Vicén, 1955.

_____ **O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.