

Qual o Futuro do Finalismo?

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador do TJ/RJ e Presidente do Fórum de Execução Penal da EMERJ. Professor Titular de Direito Penal da UniverCidade e da Pós-graduação da Universidade Gama Filho

1. CONTRIBUIÇÕES CRÍTICAS

Todo imperativo encerra uma valoração e toda valoração supõe um objeto ontológico. A *intencionalidade*, que mais tarde se denominará *finalidade*, constitui a categoria procurada no objeto no sentido de diferenciar os componentes. A *ação* e a *finalidade*, como conteúdo e categoria da esfera ontológica previamente dada à lei, vinculam o legislador sem que possam ser por ele mudadas. O papel atribuído à ação como integrante daquela esfera ontológica nem sempre parece ser o mesmo. É afirmado que a ação finalmente concebida constitui o pressuposto necessário de toda a ordenação normativa e portanto também da ordem penal.

O caminho para chegar a um conhecimento da esfera ontológica previamente dada, constituída pela ação, estaria exclusivamente na contemplação da ontológica estrutura essencial.

O método de Welzel é claramente o método fenomenológico, e a influência da filosofia do ser de Hartmann, que emprega tal método, se manifesta na profundidade do exame do dano. Welzel se propõe não somente a contemplar fenômenos em suas conexões essenciais, mas também a descobrir as "*estruturas ontológicas essenciais*".

É claro que o que se dá ao conhecer estará constituído pela "ação" explicitamente acolhida pela lei com base na regulação

positiva; o objeto a conhecer não é a ação, senão a “ação” na lei penal.

Segundo o exemplo de Bochenski, em relação a um triângulo de madeira, quem se interessar por sua qualidade geométrica contemplará somente como essenciais as propriedades geométricas e dirá que neste objeto somente são essenciais os três lados, os três ângulos etc.

Ora, a ação tem uma estrutura autônoma, independentemente da designação que queiramos lhe dar. Como o que nos importa conhecer se nos apresenta em forma de um termo legal – a “ação” –, deveremos ter em conta a natureza *simbólica* do nosso objeto gnosiológico. A norma somente está vinculada à ação, porém o legislador a tem acolhido expressamente como pressuposto de seus imperativos.

É cabível indagar: *Se o conhecimento da ação é um conhecimento indireto, seria admissível a aplicação do método fenomenológico representando o principal instrumento do conhecer direto?*

Sabemos que o conhecimento da ação é indireto, não oferecendo lugar à dúvida. Com efeito, demonstrado que o objeto gnosiológico está constituído pela ação descrita no texto legal, todo esclarecimento de um signo será o conhecer mediato. O método fenomenológico seria um meio de conhecimento direto, resultando indubitável, pois se apóia na contemplação espiritual da essência.

É insustentável a separação entre a vontade e seu conteúdo, superando a separação dos elementos objetivos e subjetivos da ação e do injusto, transmutando-o de naturalístico em pessoal.

A questão responde no sentido de que o método fenomenológico seria aplicável sempre que completado com outros instrumentos metodológicos distintos. Em suma, a expressão legal (ação) se referia a uma realidade (ação), e essa realidade somente poderia ser esclarecida através do método fenomenológico. Aceitamos em princípio, para discutir a análise fenomenológica praticada pela doutrina da ação finalista, sua conclusão ao conceber a ação como *supradeterminação final da causalidade*. Importa ter em conta a possibilidade de que a ação, aspecto da realidade, sendo que o sen-

tido do termo *ação* somente seja essencial numa determinada faceta da realidade.

Um exame das dimensões do termo *ação* na lei penal leva a sérias dúvidas de que esta palavra se refira *totalmente* à estrutura essencial descoberta pela análise fenomenológica. Um exame do texto legal mostra a existência de uma série de condutas incriminadas pela lei penal, que ficam fora do *conceito final de ação*, não podendo qualificar-se de *supradeterminações finais da causalidade*.

Só o ato punível corresponde a uma conduta humana, pois só esta poderá realizar o tipo penal. Incumbe à dogmática penal desenvolver o conceito de *ação*, excluindo inicialmente da consideração penal todos os sucessos não produzidos pela pessoa humana; deve o conceito ser amplo para abarcar *todas* as formas de conduta humana que realizam o tipo. Assim, a conduta poderá realizar-se de distintas maneiras, desenvolvendo-se a necessidade de um *conceito unitário* para todos os atos puníveis, salientando-se que só é punível uma *ação* (dolosa ou negligente). O conceito de *ação* deve desempenhar funções determinadas e daí um conceito finalista. O conceito de *ação* deve ser um conceito jurídico independentemente da concepção dos diversos tipos. A teoria da *ação* e do conceito de *ação* situa-se fora da teoria do tipo e da teoria de distintos tipos. Portanto, ao realizar a *ação*, um tipo penal da parte especial se converte em *ação típica*. A teoria finalista afirma que o conceito jurídico de *ação* não pode renunciar ao que pertence ontologicamente à *ação*. As vertentes se abrem na disputa acerca do que pertence ontologicamente à *ação*.

Diz Baumann que não se pode fundamentar o conceito de *ação* em puras especulações sobre a vontade humana ou que o conceito jurídico de *ação* deva conter o conceito ontológico. O Direito atua de forma soberana determinando sujeitos, objetos e formas de conduta. Logo, admitido que o *conceito de ação* é um *conceito jurídico*, fica excluída toda vinculação com o *conceito ontológico de ação*.¹

¹ Welzel sustenta que a *ação* humana só pode ser concebida como algo finalista. Lembra-se dos três atos: primeiro, Caio fixa o *fim* do atuar; depois, elege os meios para realizá-lo e conseguiu-los e, por último, leva em conta as *conseqüências* ao produzir-se a realização. Este conceito ontológico da *ação* deve ser o do Direito (Welzel) ou deve estar contido no conceito jurídico da *ação* (Maurach, § 16, I, A, 1).

Sabemos que há condutas humanas *desprovidas de objetivos*, como as reações primitivas não dirigidas (ataques de fúria, movimentos habituais, acessos sexuais impulsivos), faltando uma eleição consciente dos meios (convulsão). A pessoa humana reflexiona em relação às conseqüências acessórias e aos meios a utilizar. É de lembrar: ***Quiquid agis, prudenter agas et respice finem*** (uma conduta penalmente relevante e socialmente prejudicial).²

A afirmação de que a estrutura da ação a que se refere o termo *ação* deva ser examinada conforme a análise fenomenológica torna-se uma realidade. O exame fenomenológico praticado pela doutrina finalista é correto na sua conclusão de conceber a ação como *supradeterminação final da causalidade*, procedendo à averiguação da *essência da ação*. A ação referida no texto legal difere da ação no sentido ontológico, sem que signifique a negação desta última, importando completar o método fenomenológico que mostra a realidade (*ação*) a que a expressão legal (*ação*) aponta, com um proceder metodológico distinto, que descubra o sentido que a ação tem no texto legal. Em suma, a lei, em princípio, ao falar da *ação*, refere-se a uma realidade que pode ser essencialmente contemplada. Por autorizado setor da doutrina da ação finalista, tem-se reconhecido a existência de um conceito jurídico e, inclusive, jurídico-penal de ação, distinto do ontológico. Da sistemática do direito positivo e, especialmente, das leis penais, se observa a mudança do conceito jurídico e, mais precisamente, do jurídico-penal da ação.

Na ampliação do âmbito do conceito ontológico de ação, a *doutrina causal* o privara da característica essencial da *finalidade*, objeto da entrada das condutas negligentes no *conceito jurídico de ação*, e a doutrina da ação finalista sustara a característica essencial da atividade, a fim de incluir as omissões puníveis.

Para as teorias causalistas o agir é causar um resultado, pois tal concepção tem um sentido naturalista no modelo do positivismo filosófico. Encerra essa realidade limitada aos fenômenos sensorialmente perceptíveis, sendo indissolúveis da noção de nexo de causa-

² Cf. Baumann, **Derecho Penal (Grundbegriffe und System des Strafrechts)**, 4ª ed., 1972, I, 94-97.

lidade. Repita-se que seus elementos são: *vontade, conduta e resultado*. Tal limitação cria barreiras teóricas e práticas referentes à tentativa, à omissão e ao injusto negligente. Para o causalismo o conteúdo da vontade deve ser examinado na teoria da culpabilidade. Os esforços de Mezger mostram o artificialismo das soluções aventadas como ao explicar que no conceito de ação estava compreendido o resultado e que nos delitos omissivos teríamos uma ação *real*; e nos omissivos, o seu equivalente seria uma *ação esperada*. A ação humana (*vontade e consciência da vontade*) não se constitui em mero acontecimento causal, é ontologicamente finalista.

A composição volitiva e a vontade da ação, com a consequente inclusão do resultado do tipo, não parecem ser compartilhadas por Welzel. Assim, para ele a ação se produz em duas etapas: **(a)** *na esfera ideal*, integrada pela antecipação do objetivo a ser atingido, isto é, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos acessórios; **(b)** *no mundo atual*, consistente na realização que determina o resultado. É que, para Welzel, o *resultado pertence à ação*. A ação, segundo Welzel, não compreende somente a manifestação volitiva e a *vontade*, mas também o *resultado* como ponto último da realização da finalidade do mundo exterior.

Maurach, ao distinguir a *ação em sentido ontológico* da *ação em sentido jurídico-penal*, coloca ao lado da ação da vida cotidiana a existência da ação como fenômeno no Direito Penal (manifestação volitiva conduzida pelo querer). Assim, a manifestação volitiva e a vontade compõem a ação no Direito Penal, passando o *resultado* a englobar o tipo.

A inclusão do elemento *resultado* na ação ou no tipo é da maior significação dentro da doutrina da ação finalista. Na ação o legislador não é livre, achando-se submetido às estruturas ontológicas; na configuração do tipo, pelo contrário, é soberano. A ação representa uma estrutura ontológica, cujas características essenciais devem ser acolhidas pelo legislador como pressuposto das reações penais. O *resultado* constitui, pelo contrário, um puro e simples produto em que o legislador engloba a ação, motivado em razões de política criminal. *A ação constitui o pressuposto do delito que deve ser examinado antes da tipicidade e que subsiste ainda quando desapareça o resultado*. A doutrina tradicional inclui a ação no resulta-

do, esquecendo o artificial da conexão entre este e aquela, o que independe, segundo Maurach, de que a ação possa desempenhar seu papel de *pressuposto* de todos os delitos.

A segregação do *resultado* da esfera da ação e a sua inclusão no tipo não só é objetivada na ordem dos princípios, como também em razão das conseqüências a que conduz. Não seria totalmente correta a conclusão a que se chega de que o legislador está submetido à estrutura ontológica na ação, mesmo que esteja plenamente livre na configuração do resultado. Também o *resultado* está submetido ao legislador e à determinada estrutura derivada da própria natureza das coisas (v.g.: existe aborto, tanto no caso de destruição do fruto da concepção no ventre materno como na expulsão prematura e violenta daquele).

A ação humana no finalismo possui dois elementos: *vontade e manifestação da vontade*. O resultado não faz parte do conceito de ação, sendo objeto de análise na teoria do tipo para o exame do crime consumado. O conceito de ação é unitário e se constitui em atividade final.

O sistema finalista e o tradicional coincidem porque ambos estruturam o delito em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, diferindo entre si no conteúdo que dão a esses elementos. Para a direção causalista, o tipo do fato doloso e o do negligente são idênticos (ação, causalidade e resultado), pois a distinção entre crime doloso e negligente não se estabelece até chegar à culpabilidade, onde se examinará se a vontade do autor está dirigida ou não ao resultado típico.

O finalismo distingue o tipo entre delitos doloso e negligente. A causalidade entre comportamento e resultado obriga a examinar no tipo o *conteúdo da vontade*: **(a)** se o autor quis o resultado fará o tipo doloso; **(b)** se não for esse o caso fará o negligente atuando de forma negligente, imprudente ou imperitamente.

Para o finalismo, o que a presença ou a não presença do dolo condiciona não é a exclusão da forma dolosa de culpabilidade da ação típica e antijurídica, mas a inexistência de tipicidade dolosa.

O *dolo finalista* não é o da teoria tradicional. O dolo da teoria tradicional é o **dolus malus** e o do finalismo é o *dolo neutro*. Na concepção causalista o ato punível não pode ser doloso, por falta de

conhecimento de algum elemento do tipo (v.g.: Caio toma uma coisa perdida crendo que tinha sido abandonada, por falta de consciência da antijuridicidade). Na esfera da culpabilidade existem notáveis diferenças entre os sistemas tradicional e finalista. Pelo método finalista chega-se, antes da tipicidade, ao dolo, do que por outro sistema. O finalismo não abandona a tradicional tripartição: *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, e nem introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, porém separando-os e os redistribuindo de outro modo entre os três estágios da teoria do injusto.

Além das conseqüências de ordem expositiva e didática que acabamos de referir, do finalismo derivam também conseqüências materiais. Se o tipo do delito doloso compreende, como ulterior e novo elemento, o *conteúdo da vontade*, é claro que ali se vinculam conseqüências jurídico-penais na existência do comportamento típico, que poderão chegar a soluções distintas nas teses tradicional e finalista.

Veremos a repercussão do finalismo na *teoria da participação*:

a) *Crimes especiais próprios*, ou seja, aqueles que, além de restringir o âmbito de possíveis autores, não têm correspondência com outro em comum. A bigamia e a revelação de segredos por funcionários públicos são crimes especiais próprios. Imaginemos que Caio convence Tício, casado, de que seu matrimônio anterior é nulo, e que, por conseguinte, nada impede que contraia novo matrimônio com a mulher Mércia. Ou imaginemos que Caio, que na realidade não tem notícias de nenhuma matéria, faz crer ao funcionário Tício que conhece determinada matéria reservada. Tício inicia assim uma conversa sobre esses segredos sem dar-se conta de que desta maneira os estará revelando pela primeira vez a Caio. Para a teoria tradicional, é fato fundamental a responsabilidade de Caio. Para o finalismo, em troca, essa responsabilidade não pode existir em nenhum caso. A participação reprovável do indutor, co-autor executivo, cooperador necessário ou cúmplice, é punível porque supõe a contribuição a um delito cometido pelo autor principal. As características gerais (antijuridicidade e culpabilidade), que devem concorrer num fato principal para que possa entrar em jogo a responsabilidade por participação criminosa (problema da *acessoriedade*). O

que comete o autor principal deve ser pelo menos típico: se a ação que esse executa não está sequer prevista no Código Penal, então não pode haver responsabilidade alguma dos que contribuíram para que tivesse lugar um fato penalmente atípico.

Assim, a pessoa que contrai o segundo matrimônio crendo, sem estar certa, que seu anterior matrimônio é nulo, não atua dolosamente e, portanto, tipicamente, inexistindo o tipo de bigamia. Por este mesmo motivo, o funcionário que sem saber revela os segredos de que tem conhecimento por razões de seu ofício, tampouco realiza o tipo para o finalismo. Não tem tipicidade, pois falta base para a construção de uma responsabilidade por participação.

A outros resultados poderia chegar a doutrina tradicional. O que falta ao dolo em um comportamento de revelação de segredos não afeta a atipicidade, senão a culpabilidade da ação tipicamente antijurídica; ainda assim, o dolo existe num fato principal típico podendo derivar a responsabilidade do agente.

A *vexata quaestio* se baseia em termos tão radicais e extremos de punição ou impunidade, precisamente nos tipos especiais próprios. Por conseguinte, a alternativa será: **(a)** aquele que provoca o engano responde como participante de uma violação de segredos ou de uma bigamia (solução que somente pode ser admitida na teoria causalista do delito) ou **(b)** não existe responsabilidade penal (tese que se vê obrigado a acolher o finalismo).

Enquanto a *doutrina psicológica* entendia que a culpabilidade consistia num vínculo intelectual entre o autor e o resultado e que, por isso, fracassava ao tentar explicar a culpabilidade pela negligência inconsciente, visto que inexistia qualquer vínculo com o resultado, e que este nem sequer fora previsto, a *doutrina normativa* estima que a essência da culpabilidade traduz uma reprovação do autor que, apesar de poder distinguir entre o justo e o injusto e de poder atuar dentro de tal conhecimento, realiza comportamento antijurídico. Sobre a base da concepção normativa, o *finalismo* reexamina o conteúdo da culpabilidade, de um lado, chegando à conclusão de que a *consciência da ilicitude* deve permanecer na *culpabilidade*, diante do conhecimento do injusto, e de outro, o *conhecimento* e a *vontade dos elementos do tipo*.

A vontade de realizar o tipo (a intenção de cometer um aborto) não gera o juízo de reprovabilidade do ato, visto que a *intenção* não é elemento, mas *objeto* do juízo de reprovação. O aborto voluntário não será reprovável *per se* por falta de *consciência da ilicitude* de seu autor ou se, apesar de conhecer que o ato é punível, não fosse possível atuar de acordo com o Direito (v.g.: medo insuperável). Diz Ordeig que nos exemplos citados a doutrina finalista deduz suas conseqüências do campo normativo da culpabilidade.

Logo, (a) *para o finalismo o dolo requer conhecimento e vontade do resultado típico, ao passo que para a tese tradicional, seria exibido o conhecimento e a vontade desse resultado, isto é, a consciência da reprovabilidade do atuar* (v.g.: Caio acha uma coisa perdida e dela se apropria com o *fim de lucro*. Para o finalismo haveria um *furto doloso*; todavia, para a doutrina tradicional, que entende o dolo como *dolus malus*, exigiria de Caio a consciência de que seu atuar era proibido).

A teoria finalista tem como patamar inicial a inexistência de um *conceito jurídico-penal da ação*, mas o pretendido conceito ôntico-ontológico concilia. Não haveria, em tese, um *finalismo heterodoxo* ou *ortodoxo*, pois foi o próprio Welzel quem sempre se submeteu à constante autocrítica nas etapas de sua evolução típica. A reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro de 1984 adotou, em parte, o finalismo e todas as suas conseqüências. Lembro que não se pode dizer que um código é clássico ou finalista, ressaltando que o finalismo nada tem a ver com a prescrição do *sursis* e do livramento condicional, mas sim com a *teoria do erro*, com a *consciência da ilicitude*, o *curso de pessoas* e o *elemento subjetivo nas causas excludentes de ilicitude*.

Para que o autor atue tipicamente é imperativo que obre de forma voluntária com dolo ou negligência, sem o que sua conduta é atípica. *A culpabilidade, como vimos, é um puro juízo de valor despedido de qualquer elemento psicológico.*

O marco inicial da teoria da ação final fica entre o fato material e a ação humana; o primeiro determinado pela causalidade, na linguagem welzeliana resultado de relações causais cegas; ao pas-

so que a ação humana é o acontecer dirigido pela vontade consciente de seu objetivo-alvo (*espinha dorsal da ação*).³

O mérito da teoria é a unidade hegemônica entre os elementos objetivos e subjetivos do obrar humano como fundamento estrutural objetivo-subjetivo do tipo de injusto. Salienda Juarez Cirino dos Santos que a “*espinha dorsal*” welzeliana compreende: **a)** a proposição do fim (dolo de primeiro grau); **b)** a seleção dos meios de ação para realizar o fim (dolo de segundo grau), com os “*efeitos colaterais necessários ou possíveis*” (incluídos na vontade consciente, na consciência e excluídos da vontade ou excluídos da consciência e da vontade).⁴

Roxin, ao formular sua crítica, afirma que a teoria final da ação, com o seu retorno às estruturas ônticas e à realidade social, fez aproximar a dogmática penal da realidade, devolvendo à teoria da ação e à teoria do tipo “*a plasticidade de verdadeiras descrições dos acontecimentos*”, criando um sistema diferenciado da clássica tripartição positivista-causal e pecando ao retirar o espaço necessário à autonomia das diretrizes político-criminais da dogmática.⁵

Em síntese, para o *causalismo*, a finalidade tem por objeto de valoração o campo da culpabilidade, deixando às outras categorias (tipicidade e antijuridicidade) o encargo da valoração do aspecto unicamente causal do obrar do autor do ato. Porém, só com a *ação final* é que se possui o *pressuposto global da valoração e a realização da reação jurídico-penal*.

Correto, Muñoz Conde ao concluir que “*o que importa é, portanto, que o legislador, quando descreve ou tipifica as ações proibidas, o faz pensando na ação não como um simples processo causal, senão como um processo causal regido pela vontade dirigida a um fim*”. Completa dizendo que o que interessa ao juiz penal é a *ação típica*, e esta se constitui em uma *ação final*.⁶

³ Cf. Maurach-Zipt, **Strafrecht**, I, § 16, 41, 202; Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, § 8, I, 34.

⁴ Cf. Juarez Cirino dos Santos, **A moderna teoria do fato punível**, 2000, Freitas Bastos, 2, II, b, 14-19.

⁵ Cf. Roxin, **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, 2000, Renovar, trad. Luís Grecco, III, 3, 27.

⁶ Cf. Muñoz Conde, **Teoria do delito**, tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Fabris, Porto Alegre, 1988, 4, 12 e segs.

A teoria da ação nos conduz ao *conceito de injusto*. Sendo de notar o desenvolvimento da concepção pessoal do injusto nos últimos anos (*Theorie vom personalem Unrecht*). Assim, o ilícito do resultado ficará situado dentro do conceito de ilícito, devendo-se contudo ter cuidado para a tendência normal à incorporação de todos os elementos subjetivos da ação punível no *ilícito da ação*, tornando vazio o conceito de culpabilidade. De outro lado, há o perigo de subjetivação das *causas de justificação*, diante do convencionamento subjetivo do autor sobre a existência de uma causa de justificação. Questiona-se a retirada do desvalor do resultado (delitos de resultado por tipos de perigo concreto e a equiparação da tentativa ao delito consumado).

Observamos que há penalistas que chegam à eliminação do desvalor do resultado pelo conceito de injusto. A chamada *teoria do injusto subjetivo* defende que o ilícito é constituído exclusivamente pelo desvalor da ação (radical), excluindo o desvalor do resultado, que só passaria a ter ressonância na fundamentação da pena (necessidade de reação penal). A meu sentir, *na atualidade a melhor solução está na utilização do ilícito da ação e do ilícito do resultado como componentes paritários no conceito jurídico-penal do injusto*. Somente o conjunto de tais elementos caracterizará o *ilícito do ato*, existindo entre eles uma relação constante. Na divisão do conceito de negligência em elementos do injusto e culpabilidade há decisivas vantagens, não só pela clara separação entre o injusto e a culpabilidade nos atos negligentes, como por identificar a lesão geral de cuidado como ato decisivo.

As respostas aos críticos do finalismo, centradas nas dificuldades pertinentes à ação negligente e à omissão de ação, é dada no sentido de que *“a ação imprudente é definível como uma execução defeituosa no modo concreto de sua realização objetivando um fim lícito, sem as cautelas de diligência. Ao passo que a omissão da ação é imaginada a partir da “ação mandada como acontecimento social constituído pela finalidade de proteger bens jurídicos em situação de perigo”*.⁷

⁷Cf. Juarez Cirino dos Santos, *A moderna teoria do fato punível*, 2, II, b, 19.

2. TEORIA FINAL DO TIPO. POSIÇÕES DE WELZEL E ROXIN

No plano lógico, inexistente um *conceito de ação* que imponha como consequência a aceitação da *teoria da culpabilidade*. Na legítima defesa putativa, no consentimento que erroneamente supõe-se concorrente ou no castigo imposto como correção a um menino que o pai tinha confundido na escuridão com seu próprio filho, Maurach diz que o erro seria evitável e necessária a punição a título de dolo; ao passo que Roxin entende que seria na forma de imprudência (a imprudência consistiria no desvio do curso causal com respeito à vontade do autor que o controla finalisticamente). Todavia para Maurach, nos três exemplos citados, existiria *dolo* por faltar o desvio, entendendo o dolo como *pura supradeterminação de fatores causais materiais*. Tal posicionamento não corresponde ao *conceito final de ação* em sua forma tradicional. Diz Roxin que seria mais coerente negar a *finalidade* nos casos em que o conteúdo do sentido jurídico permanece oculto para o autor.

No que tange à participação, sabemos que exige uma ação na qual se toma parte, que não deriva da essência da ação, mas do conteúdo do conceito de participação, visto que o *conceito de ação* sob o ângulo do finalismo não possui um conteúdo preexistente ontologicamente.

Se a punição de Caio, na participação da corrupção de Tício, é por força de lesão do bem jurídico, então é maior a responsabilidade daquele que toma parte direta na execução do ato principal quando não é doloso. Assim, a participação ou a autoria mediata dependerão só do *conceito de autor* válido para o tipo correspondente.

Os tipos dizem o que não se deve fazer e o que se tem a obrigação de fazer; seria contraditório considerar contrária à norma uma conduta que correspondesse às exigências do cuidado devido. A negligência independe da finalidade, o que é final e o que não é depende tão-só das finalidades de ordem jurídica mas não da transgressão dos mandamentos jurídicos de cuidado, de atenção, portanto, de um elemento normativo, não havendo qualquer estrutura ontológica preexistente que decida seu caráter. No clássico exemplo do guarda da estação ferroviária que dorme causando a colisão de trens, ele não atua de modo final, todavia é responsável pelo

atuar negligente, e a antijuridicidade está na lesão dos deveres legais de vigilância e custódia e não no resultado.

No que concerne à omissão, afirma Roxin que só seria concludente a afirmação de que não existem omissões dolosas por falta de uma causalidade que o omitente poderia controlar, se é que a direção dos fatores materiais, nos quais não se colocam a ação, a finalidade e o dolo, fosse um componente do dolo junto ao sentido.

Se Caio mata Tício com a pistola de Semprônio, ao acionar o gatilho, ao iniciar o processo material, só fundamenta a causalidade. O dolo não está no dedo de Caio, mas em sua cabeça. Consiste no seu cálculo prévio e no sentido do sucesso prévio. Na hipótese do omitente, diz Roxin que ambas as coisas são possíveis. Se Caio deixa afogar-se voluntariamente uma criança que caiu numa piscina, ainda que estivesse juridicamente obrigado a salvá-la, na hipótese, haveria calculado previamente o resultado e compreendido o significado social e jurídico de sua atuação em todos os sentidos. O dolo está compreendido de forma igual nos atos comissivos. Welzel e Kaufmann incluem a causalidade no dolo diante do *conceito de ação* por eles sustentado, que não é compatível com as omissões.

Roxin reafirma que nenhuma teoria da ação ou qualquer conceito fundamentado ontologicamente pode ser base de um sistema do qual possam derivar resultados práticos. Cita que a história do conceito causal é um ótimo exemplo, porque na realidade nunca se trata de *causalidade*, mas de *imputação*. Conclui que o discutido *conceito de ação* acolhe dentro de si os elementos normativos das circunstâncias factuais e, após, toma por base o que resulta do limitado conteúdo do sentido daqueles elementos.

Sabemos que o *conceito de finalidade* assumiu para Welzel o papel de “*lei estrutural objetiva do ser*”, falando em “verdades eternas da esfera lógico-real”.

A finalidade é um conceito tão ontológico como a causalidade,⁸ e a “*estrutura ontológica da ação*” possui “*existência prévia a toda valoração ou regulamentação*”.⁹ Assim, se despreza o resulta-

⁸ V. Welzel, *Um die finalen Handlungslehre*, 7.

⁹ Cf. Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, 197.

do; o resultado será necessariamente falso, ao passo que, se a respeito forem obtidas soluções com fundo de verdade conforme as leis do *ser*, as respostas estarão nas posições do dolo e no marco da ação,¹⁰ e as conseqüências da teoria da culpabilidade repercutiriam na teoria do erro.¹¹ Imaginava Welzel que os *resultados* pertencentes ao campo do direito natural “*não se situavam na zona axiológica nuclear, mas na zona ontológica marginal*”.¹²

Sob qualquer hipótese, afirma Roxin que se perdem de vista as circunstâncias concretas do fato, e para um conceito de ação pretendidamente ontológico quase mergulháramos num direito natural.

A *concepção final da ação* resulta comprovada pela existência de numerosos tipos portadores de elementos subjetivos que levam à correta solução de importantes questões apresentadas à justiça criminal.

Onde se provam erros no conceito de ação?

Inicialmente, devemos voltar nossa abordagem ao *conceito de finalidade* e aos efeitos produzidos: **(a)** na *formação sistêmica* e nas *repercussões do conceito de ação*; **(b)** nas *teorias do tipo*; **(c)** nas *teorias da culpabilidade*.

Não há uma *finalidade* como conceito estruturado unitariamente, formando-se conceitos distintos, mas pela utilização do mesmo vocábulo, em vários sentidos, conduz a várias interpretações distorcidas. O marco da teoria final da ação é a imutabilidade ontológico-estrutural de seu ponto de partida, constituindo a chave para a compreensão do fato, para que se possa fundamentar que, sob a capa da *teoria final da ação*, estão diversas direções, até contraditórias *per se*, responsáveis pelas vulnerabilidades e tensões existentes na atual dogmática finalista.

Segundo Roxin, o ponto de encontro entre o Direito Penal e a teoria de Welzel marca a luta contra o *conceito causal de ação*, apoiando-se, num segundo momento, no entendimento de que o sis-

¹⁰ V. Welzel, *op. cit.*, 197.

¹¹ V. Welzel, *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 336.

¹² V. Welzel, *op. cit.*, 197.

tema do Direito Penal se baseia numa “*lei objetiva da estrutura do ser*”, independentemente “*de toda relação com o direito*”, cumprindo tais pressupostos em toda a sua extensão de categoria de causalidade. Entretanto, havia que atuar de modo inverso, opondo-se à causalidade livre de sentido, abstrata e analítica conforme o método de ciências naturais e o conceito de uma ação final valorada concreta, expressando os conteúdos de significação jurídico-social. Tais efeitos da *finalidade*, que se identificavam com o dolo e se estendiam como fatores constituintes da ação típica, eram perfeitamente adequados, visto que está claro que uma ação de matar dolosa está mais próxima do sucesso típico do conteúdo do homicídio do que a mera observação do processo causal.

Escreve Welzel em **Ner Studien zum System des Strafrechts** que inexistem conceitos jurídicos penais típicos, nem mesmo os chamados descritivos, quer sejam conceitos causais de algum bem jurídico, quer *conceitos sociais de relação e significação*, cujo conteúdo fica na dependência da *função social*. Afirma ainda que a doutrina tradicional está equivocada, pois reduziu a ação típica a suportes causais, impedindo que se inicie o mundo da significação jurídico-social até chegar à antijuridicidade. Ao afirmar que a ação continua sendo uma abstração igual à *causação*, concebida como fenômeno de significação social e ação no âmbito social da vida, fica avocado o *princípio da adequação social*, que foi o primeiro a ter relevo como causa de exclusão de tipo (v.g.: as mortes causadas na guerra).

A *adequação social* impedia a existência da *ação típica*, negando o *dolo* e a *finalidade*, interpretando-a como elemento do conteúdo da significação social. Ora, o mundo da existência social é o mundo do Direito e, portanto, escreve Welzel, não é totalmente possível desenvolver “*toda a teoria final da ação*” no momento em que “*o primeiro homem utilizou o primeiro instrumento*”.

Os defensores da teoria final da ação, segundo Roxin, nunca foram totalmente conscientes dos antagonismos que se ocultam no ponto de partida da teoria e que se afirmam com profundidade na configuração sistemática da doutrina, dando origem a tendências opostas ao conceito unitário de ação.

Desde o momento da separação do *dolo da consciência* da *antijuridicidade*, o conteúdo do tipo tinha que cobrar importância decisiva para o dolo, o qual passou a ser *incluído no injusto*, visto que para o *dolo* só é necessário o *conhecimento das circunstâncias fundamentais do tipo*.

Se partimos da base de que o tipo tem que descrever os acontecimentos de *âmbito social da vida* com todos os aspectos de sentido, logicamente o *dolo* não se poderia transformar em consecução final de *“lesões causais de algum bem jurídico”*, mas tinha que receber tal função de uma conduta num *todo social*. Como tanto, circunstâncias de justificação deveriam excluir a tipicidade porque para o mundo da vida social, que Welzel denomina *“mundo em sentido e significado”*, deve-se enquadrar toda a *ação típica*. Para Roxin, dever-se-ia reconhecer a *teoria restrita da culpabilidade* como consequência necessária da *teoria final da ação*. Todavia, Welzel jamais foi tão longe, mas não se pode olvidar que a afirmação das causas de justificação tradicionais é uma exclusão do tipo e, em geral, a introdução da adequação social *“como princípio imanente da formação do tipo”*, sendo um postulado relativo a uma consideração do acontecimento típico.

Se a ação é final, cuja realização caracteriza o tipo, trata-se evidentemente de um conceito tão ôntico-ontológico como o de causalidade e se encontra como *“lei estrutural do ser”*, tendo o tipo que se desligar do mundo da ordem histórico-social, ficando reduzido a uma *“supradeterminação de cursos causais”* conceitualmente abstrata. A *teoria final da ação*, conclui Roxin, não chegou a atingir tal objetivo, embora também tenha repercutido na concepção do tipo.

A *teoria da culpabilidade* desenvolve-se até converter-se em importante papel na doutrina final da ação. Não há diferença entre a conduta antijurídica e a jurídica, visto que ambas significam o mesmo para um *conceito de ação* determinante do sucesso típico e desenvolvido com independência de toda a relação com o Direito. Para Roxin, neste sentido, estaria justificado o argumento de Maurach.¹³ O conceito ontológico de *finalidade* resulta de que a

¹³ V. Maurach, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, 25.

adequação típica, inicialmente aceita como princípio de formação do tipo, inclui a ação no *âmbito social da vida*, fazendo desaparecer o elemento de exclusão do tipo para transformar-se numa *causa de justificação*. Diz Schaffstein que há uma mudança de posição sistemática de adequação social e “*uma renúncia parcial ao ponto de partida metodológico, isto é, uma concepção do Direito como um mundo com sentido e significado*”.¹⁴

Com respeito ao dolo, tinha como conseqüência não poder alterar o fato existencial no qual o conteúdo da representação fora totalmente adequado socialmente.

A renúncia parcial do ponto de vista metodológico que viu Schaffstein na mudança da posição sistemática da adequação social é observada por Dohna, defensor do neokantismo na filosofia do direito, vendo a distinção entre o *ser livre de valor* (objeto da valoração na sistemática jurídico-penal) e a *esfera de valoração humana* aplicável.

Welzel, inicialmente, contesta para posteriormente falar da “*contingência dos conteúdos históricos*” na tentativa de formular uma nova base ontológica oposta expressamente à da axiologia. Concebida como *livre de valor*, ao sistema de Direito Penal tinha que ser reconduzida à separação do *ser* e do *valor*, possibilitando uma síntese entre o apriorismo lógico-real e o neokantismo, permitindo compreender o desenvolvimento dogmático da teoria final da ação com mudança de orientação filosófico-jurídica.

Sabemos que a teoria defendida por Dohna,¹⁵ que se baseou na estrita separação entre o “*objeto de valoração*” e a “*valoração do objeto*”, se compatibilizava com um conceito ontológico de finalidade cada vez mais distanciado do significado social. Se o dolo e o tipo só têm o objeto de valoração da antijuridicidade e da culpabilidade, haverá que ser depurado esse “*objeto*” de elementos de desvalorização social, caso contrário voltará a ser confundido num plano lógico.

¹⁴V. Schaffstein, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 72, 371.

¹⁵V. Graf zu Dohna, *Der aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 1950.

Os autores têm contestado essa posição sob a alegação de que os pressupostos naturais das *causas de justificação* são o objeto da valoração jurídica e, em conseqüência, não vem a servir de apoio à *teoria estrita da culpabilidade*. Todavia, se é certo considerar isoladamente as causas de justificação, não se deve esquecer que um tipo total engloba todos os elementos determinantes do injusto e, logicamente, não é um produto “livre de valor” em relação à antijuridicidade, coincidindo totalmente com a lógica desenvolvida anteriormente ao fato que é “objeto da valorização” e que havia sido separado das circunstâncias de justificação. Foi Lange quem mostrou que a conseqüência da separação entre “objeto da valoração” e “valorização do objeto” exigia ser um tipo livre de valor.¹⁶

Quais as razões das renovações operadas?

São devidas à necessidade de ajustar o mundo conceitual lógico-real ao mundo valorativo social na esfera da teoria do tipo.

Existia uma tríplice graduação, diante dos conteúdos de significação ético-sociais, na dogmática finalista: **(a)** a intenção originária tendia a separar a consideração causal livre de valor em relação aos elementos normativos do tipo; **(b)** em virtude da doutrina restrita da culpabilidade, considerando o tipo como um todo, não é possível uma declaração como a emitida sobre circunstâncias concretas do ato. A lesão de um bem jurídico é realizada conscientemente, ainda que o agente atue crendo na ocorrência de circunstância justificante. Dizia Welzel que a função dos tipos consistia em “descrever aquelas ações que ficam fora dos ordenamentos da vida social de modo insuportável e que só podem ser justificadas em situações extremas”. Aliás, para Hirsch, a conduta típica não fica fora da ordem social “de modo insuportável”, mas “com certa transcendência”.¹⁷ Porém, para Roxin, não se percebe claramente com que critério a partir do conteúdo *elemento* chega-se a um termo tão vago como “re-

¹⁶ Cf. Lange, *Die irrtünliche Annahme eines Rechtsfertigungsgrunde in der Dechtsprechung des Bundesgerichtshofes* (JZ, 1953, 13).

¹⁷ V. Welzel, *Die Lehre von der negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 280 e 308.

levância”, que é a razão da ligação com a esfera valorativa; (c) a função com o desvalor ético-social perde-se por completo nas condutas socialmente adequadas e nos tipos abertos. Em ambas as hipóteses, a ação típica se move nos tipos abertos dentro dos ordenamentos da vida comunitária e não supõe um indício do injusto. Os finalistas, segundo Roxin, não conseguiram justificar com qualquer ponto de vista valorativo tais categorias e, portanto, só devem a existência à conseqüência sistemático-conceitual.

É lógica a contradição de tal graduação entre o significado social passando pela relevância social até a “*neutralidade valorativa*” social, visto que os elementos concretos do tipo absorvem todo o conteúdo de sentido social, e não se compreende por que no tipo, que é uma soma de elementos, tal conteúdo se evapora, transformando-se em *relevância social* ou *desaparecendo por completo*.

Efetivamente, Welzel reduziu cada vez mais a esfera de aplicabilidade prática da *adequação social*,¹⁸ tendo em seus últimos trabalhos modificado a teoria dos tipos abertos, o que aliás foi realizado de forma mais radical por Hirsch.

Diz Roxin que, com a eliminação de tais conceitos, não se chega à solução da questão. Se o pai castiga de forma imoderada o filho; se o funcionário de polícia detém um infrator ou obriga um motorista a parar o veículo que dirige de forma irregular; se o oficial de justiça arromba a porta do apartamento com o mandado judicial, segundo Hirsch, todas essas hipóteses são condutas em que há renúncia ao *princípio da adequação social*, pois ficam fora dos ordenamentos sociais de modo transcendente. A contradição da tipicidade da *conduta socialmente adequada* e a concepção do tipo da *teoria restrita da culpabilidade*, que atende à inadequação social, segundo Roxin, só podem ser entendidas terminologicamente, e jamais no campo da realidade, enquanto se coloque o ponto de partida do pensamento final na desvalorização ético-social, vendo-se no *perigo* a estrutura ontológica pré-jurídica do conceito de dolo, na separação entre o “*objeto da valoração*” e a “*valoração do objeto*” e, obviamente, na diferenciação quantitativa da finalidade e consci-

¹⁸V. Schaffstein, *Zeitschrift für Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72, 372.

ência da antijuridicidade. Para “salvar” tais dificuldades se posiciona a *ação típica livre de valor*, perdendo a conexão com o mundo de significação social, passando-se a admitir a existência de um fato doloso ainda que o conteúdo da representação seja totalmente neutro no plano valorativo, em plena contradição com um juízo ético-jurídico de ação.

Não era o caminho correto combater a doutrina final da ação, visto que os seus princípios não podem ser olvidados ou suprimidos na dogmática penal. Seria melhor uma verdadeira reformulação crítica dos conceitos fundamentais buscando um caminho único.

Sustenta Roxin que *se deve renunciar ao conceito de ação final*, constituído “*com independência de toda a relação com o Direito*”, porque tal conceito não existe nem pode existir, cabendo retirar-se a *finalidade* do tipo. Se de um conceito de ação pré-jurídico saem conseqüências para a estrutura do tipo objetivo e subjetivo, isso conduz, segundo Roxin, a “*resultados falsos*”. Os fenômenos jurídicos *não* são meros processos causais e por tal razão não basta o seu controle para converter um acontecimento em ação. Nos fenômenos jurídicos há conteúdo de significação social que não são controles de fatores causais.

3. CONCLUSÃO

Para os finalistas ortodoxos, é correto inverter a relação entre a ação, finalidade e tipo, pois este, nascido de considerações valorativas jurídicas, orienta a conteúdos sociais de significação; a conduta é final no sentido jurídico e as circunstâncias têm que se incluir no tipo objetivo.

Roxin fala da substituição da *teoria final da ação* por uma *teoria final do tipo*.

Se inexistente uma finalidade ontológica no sentido dos finalistas ortodoxos, só se poderá seguir mantendo tal conceito se for compreendido o significado da função da *ação típica* num todo social.¹⁹ Assim, o *conceito ontológico* é substituído por um *conceito jurídico-social de finalidade*.

¹⁹V. posições contrárias de Gallas e Schaffstein.

Os partidários da *teoria estrita da culpabilidade*, onde atuam algumas manifestações, admitem que não há supervalorização da importância teórica e prática da estrutura "*ontológica*" de ação para a teoria finalista da culpabilidade, sendo que as considerações valorativas não possuem qualquer papel na medição da pena pelo dolo.

Em suma, conclui Roxin: **(a)** é necessário afastar a *teoria estrita da culpabilidade* e junto com ela a vinculação do dolo a uma estrutura da ação prioristicamente respeitada pelo Direito; **(b)** a reprovação da negligência não pode afetar, em toda a sua extensão, os pressupostos reais e jurídicos para a proibição, na proporção que constituem o sentido social da conduta. Só aquele que deprecia conscientemente e não se preocupa com as regras elementares da convivência humana justifica a reprovação superior à falta de cuidado.

A questão do dolo não é sistemática, pertencendo tanto ao injusto como também à culpabilidade, não devendo ser extraídas consequências sistemáticas amplas. Entre o dolo e a consciência da antijuridicidade não há diferença qualitativa no sentido de que numa hipótese existe "*objeto de valoração*" e em outra há "*valoração do objeto*". Na *teoria estrita da culpabilidade* o dolo está impregnado por pontos valorativos existindo uma contraposição metodológica na relação com a teoria do dolo.

A íntima conexão de tal concepção de culpabilidade com uma teoria do injusto que reserve lugar no tipo subjetivo para o *conceito social de finalidade*, vinculado a valores ligados à estrutura do *ser*, expressa todo o sentido social da realização da ação, servindo de fundamento para a reprovação de culpabilidade.

Em crítica que formulamos ao *conceito ontológico de conduta* apresentado por Roxin, salientamos, em síntese, que o citado penalista não parte da visão de que o *conceito de conduta* está divorciado do conceito *ôntico-ontológico*, mas sim que não é verdadeiro no próprio campo *ôntico-ontológico*. Em sua tese há uma inversão do campo idealista no planejamento realista do finalismo, concluindo, na imperatividade de "*substituir a teoria final da ação por uma teoria do tipo*". Para ele, que defende uma *finalidade jurídica, fora do mundo dos valores sociais e das relações jurídicas*, não existe forma de

conduta que se possa afirmar que seja ou não final, pois não se pode aferir aprioristicamente que os elementos serão incluídos no conceito.

Em Roxin, o *conceito ôntico-ontológico de ação* é falso não apresentando qualquer utilidade. Porém olvidou que o finalismo, partindo de um *conceito ôntico-ontológico da ação humana*, trouxe na verdade uma revolução sistemática, embora cada dia mais se afaste do básico, isto é, a impossibilidade de inadmitir a conduta humana como um dado ôntico.

Dentro da modernidade, a tendência é estruturar o sistema em razão dos *objetivos de política criminal*. Aspira-se a dar um *sentido teleológico* ao sistema.²⁰

Adotando uma postura heterodoxa, entendo que não será possível formar um conceito ontológico de dolo que fique apartado da vontade do legislador.

Como diz Roxin, é possível desenvolver as *teorias do dolo e da participação*, desligando-se do *conceito de ação* e radicando-se em *seus próprios* conceitos. No que tange à ação negligente, é correta a idéia de seu relacionamento e sua valoração com a *conduta*, o que não atinge através de um juízo de desaprovação sobre a causalidade. A negligência não depende da *finalidade*, mas da *violação dos deveres jurídicos de cuidado*, isto é, do elemento normativo.

No que tange às omissões, será que não se pode falar em *omissão dolosa*? Será correta tal idéia? Se Caio deixa que o menino Tício, que caiu na piscina, se afogue, embora saiba (e tenha condições), que estava juridicamente obrigado a salvá-lo, por óbvio, que *calcula* previamente o resultado e *compreende* o significado jurídico-social da conduta. Está presente o *dolo*, como nas formas comissivas, diferenciado de seu objeto.

²⁰ A *teoria final da ação* tem influído na dogmática jurídico-penal principalmente na Alemanha, e várias concepções críticas têm surgido: (a) Engisch ("Der finale Handlungsbegriff" in **Probleme der Strafrechtserneuerung**, Festschrift für Kohlrausch, 1944); (b) Mezger sob o ponto de vista causal da ação (**Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik**, 1950); (c) Klug ("Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodischen Problem", in **FS-Enge**, 1960, 33 e segs.); (d) Maihofer (**Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem**, 1953; **Der soziale Handlungsbegriff**, in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, 156 e segs.); (e) Jescheck ("Der Strafrechtliche Handlungsbegriff" in **Dogmengeschichtlicher Entwicklung**, in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, 139 e segs.); (f) Eb. Schmidt (Soziale Handlungslehre in: **Festschrift für Engisch**, 1969, 339 e segs.); (g) E. A. Wolff (**Der Handlungsbegriff in der lehre vom Verbrechen**, 1964); (h) Niese (**Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit**, 1951); (i) Giimbernat Ordeig (**Finalität und Vorsatz**, NJW 1966, 533).

Roxin, em seu confronto crítico, reforça que no campo da dogmática penal o *conceito de ação*, pretensamente ôntico e quase deduzido do *direito natural*, é *inútil* para todos os ramos do Direito. Fora do mundo dos valores sociais e das normas jurídicas não se poderá avaliar se uma conduta é ou não final, o que conduz, no sentido de Roxin, a *substituir a teoria da ação por uma teoria final da tipicidade*, mantidos os *pressupostos da finalidade*, não se tratando de mera modificação terminológica e sistemática. Hoje, a correlação entre a *culpa* e a pena só poderia existir no caso de se converter em desvalorização social e fundamento da “*culpa dolosa*”, em última conexão de tal concepção de *culpa* como uma *teoria da antijuridicidade*, reservando-se um lugar no tipo subjetivo para o “*conceito social de finalidade*”.

A importância do conceito temático da atual *teoria final da ação* revela-se por ter feito valer um aspecto decisivo para a fundamentação da pena – a *estrutura final da conduta*.

Segue a seguinte indagação: o autor por omissão não é garantidor de evitar o curso que lhe é evitável? Tudo que se diz quanto à ação, também pode transladar-se para a omissão, propondo a seguinte definição: atuar significa converter-se de maneira individualmente evitável em razão de determinado resultado. Diante da evitabilidade individual como parte do injusto, sustenta que a mesma não é individual, mas objetiva (critérios objetivos que se manifestam no indivíduo). Para Jakobs, “*o dolo e a imprudência não fundamentam o injusto em sua condição de fato psíquico individual, senão como expressão de um defeito, determinado segundo critérios objetivos que se manifestam no indivíduo.*”²¹

Diante do enfoque da culpabilidade como pressuposto da ação, para a valoração desta não seria decisivo a natureza, nem o físico ou psíquico, senão o sentido. Pergunta Jakobs se seria adequado voltarmos neste âmbito à teoria da imputação de Hegel,²² de maneira a eliminar a separação entre o injusto e a culpabilidade, sendo a

²¹ Cf. Jakobs, *op. cit.*, 121.

²² V. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, 113: “A manifestação da vontade como vontade subjetiva ou moral é ação (...). Só a manifestação da vontade moral é ação.”

ação igual a uma ação culpável? Qual o teor literal da norma que o autor vulnera?

No enfoque de Jakobs, a lesão deve ser entendida como processo de imputação, como expressão de um sentido em um esquema objetivo de interpretação. *Há duas direções com resultados contrapostos: a)* mantém que o inimputável, o que se encontra em erro de proibição inevitável ou em estado de necessidade exculpante, enquadra *algo* que significa lesionar. Para tal concepção, *atua* o sujeito inculpável; *b)* o conflito social que supõe um feito exculpável não se resolve cognitivamente, mas normativamente, porque considera que o autor não é competente para modificar as condições de seu comportamento (objetivamente). Entende que ambas as vertentes (**a** e **b**) são possíveis por duas razões: **a)** vinculação de conseqüências de caráter aparentemente sistemático ao juízo de injusto (aplicação de algumas causas de justificação), que é de natureza formal; **b)** evidência de que a pessoa inculpável não está autorizada a matar, coagir ou conduzir em estado de embriaguez. Nos casos de exculpação, não se leva às últimas conseqüências o caráter normativo da expectativa, optando-se pelo caráter cognitivo (*a expectativa normativa se converte em uma expectativa cognitiva quando a vulnera um imputável*).

A falta de culpabilidade por impossibilidade de conhecer ou cumprir a norma pressupõe que esta exista independentemente de sua cognoscibilidade ou da possibilidade de cumpri-la, pois o que é contrário à norma, o injusto, diz Jakobs, pode existir de forma autônoma. Daí alguns preceitos pertinentes à culpabilidade que concretamente se referem ao injusto não poderem incluir-se na norma, senão se constituiriam no âmbito da metaregra. Portanto, a razão da separação do injusto (vulneração da norma) e o caráter culpável do injusto (obrigação de responder por vulneração) como uma necessidade básica. Termina concluindo que em tal sentido, *“para caracterizar esta distinção, o que é comum a todos os tipos de injusto pode denominar-se de ação de injusto”*.²³

²³ Cf. Jakobs, *op. cit.*, 123.

Na linguagem de Jakobs, “é necessário manter o injusto como escalão valorativo preparatório do juízo de culpabilidade”, sendo que a finalidade da pena se cristaliza na vulneração da norma, “que pode produzir-se sem culpabilidade, e como injusto, senão na culpabilidade.” Em síntese: “Só quem vulnera a norma de comportamento sendo responsável, isto é, sendo culpável, vulnera esta norma, e esta vulneração da norma é onde se cristaliza a finalidade da pena, porque é esta vulneração da norma que constitui a lesão da vigência da norma.”²⁴ Para ele, o conceito de ação deve ser ampliado até a culpabilidade (“a ação é a assunção culpável da competência por uma lesão da vigência da norma”). Assim, é a ação no Direito Penal da culpabilidade e no Direito Penal de responsabilidade pelo resultado.

A teoria final da ação teve o mérito de pavimentar do caminho para a teoria do ilícito da ação – um conceito superior que engloba condutas dolosas e objetivamente negligentes como fundamento da pena, aceitando-se majoritariamente a inclusão do dolo no tipo subjetivo, como preconizava a teoria final da ação. Aí, está o valor histórico do finalismo.²⁵

Na realidade o finalismo não está acabado. Mas ocorre que nos dias atuais surgem questões novas às quais o finalismo *per se* não oferta qualquer resposta.²⁶ Não se pode com isso dizer que o finalismo simplesmente fracassou. Deve-se ter cuidado com a posição de Roxin, que partindo de um ponto de vista *idealista*, defende uma construção de política criminal e teleológica, trazendo a resposta penal sob o manto extremamente repressivo. ☐

²⁴ Cf. Jakobs, *op. cit.*, 123.

²⁵ Consulte-se: Schönemann, **Grundpagen des modernen Strafrechtssystems**, 1984, 34 ss.; Schmidhäuser, *JZ* 86, 109 ss; Schönke, Schröder e Lenckner, 34; Hirsch, *ZSTW*93, 838 ss.

²⁶ Cf. Schönke, Schröder e Lenckner ressaltam que está sendo preparado o terreno fértil para a teoria do injusto da ação.