

Teoria da Ação

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Presidente do Fórum Permanente de
Execução Penal da EMERJ. Professor de
Direito Penal e Criminologia.*

1. A POLÊMICA EM TORNO DO CONCEITO DE AÇÃO

1.1 Na atualidade, quando se faz referências ao *conceito de ação*, está-se falando de parte do *conceito de injusto*, isto é, de um segmento que é comum a todo tipo de injusto penal. O questionamento do conceito de ação¹ tem se desenvolvido no campo da *teoria geral do injusto* se referindo-se à denominada *imputação objetiva*, aquela em que o tipo objetivo se diferencia entre a relação causal e a relação de imputação em sentido mais estrito.

1.2 Como diz Jakobs, a teoria da relação específica de *imputação objetiva* pontualiza o conceito de ação, pois não tem por objeto o que está fora, mas sim, a própria ação. A relação entre o conceito de ação, de um lado, e a compreensão da razão da existência do Direito Penal, de outro, não é incompatível com a postura hegeliana. Para Jakobs, "*o conceito de ação não existe fora da sociedade, mas dentro da sociedade*", devendo-se combinar o *conceito jurídico-penal* de ação, com o de *sociedade* e o de *Direito Penal*. Desta forma, busca-se responder às objeções lançadas contra a *visão funcional* do lado subjetivo, sob dois aspectos: a) conduz a uma *total instrumentalização do indivíduo* em favor de interesses coletivos; b) priva o *princípio da culpabilidade* da força para proteger o indivíduo dos chamados excessos primários do poder punitivo. Não se trata de substituir o Direito Penal existente por algo novo, mas sim por uma

¹ Jakobs, *Strafrecht*, A. T., *Die Grundsätze und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 6/1; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 4ª ed., 1988, 1.123; Maurach/Zipf, *Strafrecht*, A. T., t. I, 7ª ed., 1987, 16/1; Roxin, *Strafrecht*, A. T., t. I, 1992, 8/1; Schmidhäuser, *JZ*, 1986, 109 ss.

nova interpretação, tal como existe na atualidade. As propostas se direcionam para correições marginais, estando excluído um tratamento político-criminal ou moralizante do resultado da interpretação. A *interpretação funcional da culpabilidade* não referida aos fins está adequada com a realidade, inexistindo perda na limitação da pena, pois pretender-se uma limitação por meio de uma culpabilidade não referida aos fins seria mero devaneio. Lembra Von Liszt: “*Dá-me um sistema penal e lhes darei justiça*”, para afirmar que, “*de onde tomar o sistema penal, disso nada sabe a justiça*”. A contestação de uma interpretação funcional do lado subjetivo do injusto provém de uma base deficiente, partindo de que a relação entre o injusto e a pena é a mesma entre o discurso e a resposta, a equiparação da *necessidade material da sociedade com interesses coletivos*, se refere a uma *sociedade total*. Assim, o indivíduo julgado sob essa necessidade material não se verá *instrumentalizado*, mas tomado como *pessoa social* em uma *sociedade real*².

1.3 *O conceito de ação se converte na chave-mestra do Direito Penal de distintos sistemas sociais*. Ao se abordar o *conceito de ação*, está se falando de uma parte do conceito de injusto, ou mais concretamente de um segmento comum a todo tipo de injusto. Na crítica de Jakobs, em uma visão do problema sob o ângulo da *ação*, da *sociedade* e do *Direito Penal*, nas últimas décadas, as conclusões da discussão chegam a posições *causalistas* ou *finalistas*; porém, na atualidade a discussão, no âmbito da teoria geral do injusto, se refere à denominada *imputabilidade objetiva*. Formula duas indagações: a) *a imputabilidade objetiva é comum a toda a classe de injustos?*; b) *surgiu do conceito de ação um novo segmento de teoria geral do injusto?* Para dar a resposta, diz que se trata de um *único problema*, a teoria da relação específica da imputação objetiva pontualiza o conceito de ação, procurando construir a relação entre o conceito de ação, de um lado, e a compreensão da razão existencial do Direito Penal em uma sociedade, do outro³. Seria um programa não incompatível com a escola de

²Jakobs, *op. cit.*, 145.

³Jakobs, “*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*”, in *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft*, Regensburg e V. Hilt 10, C. H. Beck, München, 1992.

Hegel, mas sim com a de Von Liszt e com as vertentes welzelianas. O conceito de ação não se procura *antes da sociedade*, mas sim *dentro da sociedade*.

1.4 Não é a *natureza* que dá ensejo ao que seja *ação*, como pensava a escola de Von Liszt, através da separação entre o físico e o psíquico, como também pode ser extraído da ontologia, como buscou Welzel como o ponto de partida na finalidade do atuar humano. Na posição de Jakobs, o âmbito do conceito de ação é decisivo à *interpretação da realidade social*, mobilizando no sentido de que se possa compreendê-la no que está relacionada com o Direito Penal. Exalta que um *conceito jurídico-penal de ação* deve combinar o binômio *sociedade-Direito Penal*. Recorde-se que tal posição é rara em tempos pós-hegelianos, pois vimos que é habitual considerar-se o conceito de ação: a) elemento comum a todas as modalidades de injusto, sendo a culpabilidade parte do mesmo; b) refere tão-só ao que há de comum no injusto, no sentido estrito, com reserva de eventual justificação. Pretende-se que o conceito de ação constitua um *elemento de conexão* que possa levar os predicados típico, antijurídico e culpável. Afirma-se uma *função delimitadora*. Na visão de Jakobs tal função não é mais do que o reverso do que se seleciona como *elemento de conexão*.

1.5 A ação, como fenômeno jurídico, cumpre seu papel sistemático antes do tipo penal, sendo seu *pressuposto*, pois na sua ausência não há como inquirir a realização fática do tipo. Tem razão Gallas ao comentar que conceber a ação como *elemento*, como *ação típica* e jamais como *pressuposto do tipo*, conduziria a consequências inadmissíveis. A discussão em torno do seu conceito pressupõe a presença de uma *vontade reitoria*. Ao curso da evolução temática, registramos a controvérsia e seu momento atual em termos da conceituação *final* de ação. Não vamos nos limitar ao que já está superado e constitui o museu histórico do finalismo, isto é, a finalidade do conceito (ôntico) e a sua possibilidade de ser incluído no injusto negligente. Há que se formular um *sistema conceptual de ação* e para efeitos didáticos, anotaremos questões básicas da abordagem histórico-evolutiva.

1.6 A ação é atividade consciente dirigida a um objetivo finalisticamente determinado. O conceito de ação⁴ reconhece várias denominações. Alguns autores preferem a palavra *ato* e reservam o vocábulo *ação* para a modalidade positiva em que o sujeito atua mediante movimento corporal, e, para tanto, sustentam que a *ação* é "o efeito do fazer", não admitindo a forma omissiva. Os teóricos usam das mais variadas formas os vocábulos "*conduta*", "*comportamento*", "*fato*", "*fato punível*", "*acontecimento*", com sentido quase equivalente. Senão vejamos: (a) M. E. Mayer, falando em delitos sem manifestação da vontade, propõe a palavra "acontecimento" (*Geschehnis*); (b) um grande número de penalistas alemães usa a expressão "conduta" (*Verhalten*), também adotada por inúmeros autores italianos, argentinos e espanhóis; (c) outros utilizam indistintamente *ato* e *fato*⁵ (d) finalmente, ainda há os que adjetivam: "*fato punível*", "*fato legal*".⁶

É a conduta humana (ação ou omissão) o ponto básico da reação jurídico-penal e o objeto dos predicados que a convolam quando em injusto penal. O Direito Penal é de *ato* e não de *autor* ou de *vontade*. Só por exceção alguns tipos são estruturalmente construídos com patamar em comportamentos habituais do autor. Como bem explana Muñoz Conde, a distinção entre o *Direito Penal de ato* ou *de fato* e o *Direito Penal de autor* não se constitui em uma questão sistemática, mas sim política e ideológica.

O Direito Penal, conjunto de normas jurídicas, tetradimensionalizado, produto historicamente condicionado, é importante mecanismo de controle social, primário e formalizado, cuja missão é a proteção de bens jurídicos fundamentais, referidas à ordem axiológica constitucional, estabelecendo finalidades político-criminais de garantia não relativas. O estágio atual de corte funcionalista e normativo, sancionando comportamentos socialmente

⁴Para muitos penalistas o conceito de ação, na teoria do delito, estabelece o mínimo de elementos que determinam a relevância de um comportamento humano no campo do Direito Penal, isto é, o mínimo relevante para a imputação, dependendo do conceito de um juízo de valor instituído pelo tipo penal, negando-se que a ação possa ser objeto de tratamento em plano anterior ao tipo. Já para outros, a ação é realizadora do tipo, pois não podem adquirir importância condutas que não o são. O tipo é que criaria a conduta.

⁵ Neste sentido: Mezger, Liszt e Asúa.

⁶ Neste sentido: Maurach e Nuñez.

desvalorados, sob o argumento da exigência de justiça e prevenção, dá novos contornos ao bem jurídico supra-individual e ao tipo penal, tornando a excepcionalidade regra, a pretexto de eficácia. Diante de uma sociedade de riscos, para a obtenção de resultados justos e adequados, reprova-se na pós-modernidade o simbolismo do sistema emergencial a fim de evitar a supressão ou a limitação de direitos fundamentais, em detrimento dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Perseguindo uma maior precisão terminológica, adota-se a orientação que elabora a correção do princípio do fato pelo princípio da conduta, vislumbrando um *Direito Penal de ato* e não de autor ou vontade.

A construção da dogmática do conceito de injusto é a construção do conceito de ato punível.

2. A IMPORTÂNCIA COMO VALOR SISTEMÁTICO CONCEITUAL

2.1 A importância sistemática da ação revela-se em razão do ordenamento dos caracteres do injusto e, obviamente, devido à configuração dos tipos. Como vimos, a ação e a omissão são as *formas do ato*, sendo que na ação o autor viola uma proibição (comissivo), ao passo que na *omissão*, transgredir uma ordem (omissivo). A omissão, como abstenção do obrar, oferta dois tipos penais: *omissivos puros* e *omissivos por omissão*. No injusto *omissivo próprio*, que só pode ser praticado por omissão, a lei pune o *não fazer*, o *abster-se*. A conduta omissiva só tem relevância penal quando representa inadimplemento de um dever jurídico. Nos injustos omissivos próprios ou puros, a conduta negativa tipificadora está descrita na norma.

2.2 A nosso aviso, sendo a ação final e não um puro acontecimento *causal*, o *conceito de ação* pertence integralmente à *tipicidade*, advertindo-se que são os tipos que a descreve, cujo desvalor emana dos tipos de injustos descritos na norma, concebida a conduta como a manifestação da vontade dirigida à realização da meta final, isto é, a concretização de um determinado objetivo (*omne ens intelligens agit proper finem*).

O conceito de ação não é um conceito valorativo. O afirmar que alguém realizou uma ação não transcende ao campo jurídico-

penal, sendo tão-só uma afirmação pré-jurídica, meramente descritiva, natural. *Ação típica* não é a que está descrita no tipo, mas sim a que é *imputável objetivamente ao autor*. Aduza-se que só se pode imputar objetivamente uma ação, ou uma ação e seu resultado, quando existir a possibilidade de controlar o acontecimento causal, quando os atos são expressão de uma *possibilidade objetiva de pretender*. O que define a imputação é a possibilidade objetiva de produzir ou evitar uma ação ou uma ação e seu resultado. Para a *imputação subjetiva* se requer a imputabilidade (capacidade de atribuidade) e a possibilidade do conhecimento da antijuridicidade.

2.3 Assinalou Hellmuth. Mayer, que só Feuerbach e Köstlin fizeram uma nova sistematização do Direito Penal, partindo de pressupostos histórico-filosóficos, identificados estruturalmente com o kantianismo e o hegelianismo, abrindo o campo especulativo na área dogmática. Nos dias atuais encontrarmos o finalismo com seus pressupostos ontológicos, *reformulando o sistema da teoria do injusto* e retirando a ação captada em sua realidade ôntica, que acredita apreendida pelo legislador. Devemos inicialmente ressaltar o valor sistemático para a constituição dos distintos movimentos teleológico-valorativos, causais ou apenas empíricos, de índole material ou formal para a discussão dialética contemporânea. Na arquitetura sistêmica, está o critério limitativo que reduz a problemática de vários endereços instáveis nas múltiplas direções metodológicas: (a) causalidade; (b) condições objetivas de punibilidade; (c) autoria; (d) co-participação; (e) tentativa. Correto Gallas ao afirmar que "*a teoria final da ação surge, considerada sua vinculação histórica, como conclusão provisória de uma evolução caracterizada pela progressiva decomposição e transformação do sistema Liszt-Beling*". Partindo do pensamento abstrato para o sistema e, na impossibilidade de uma visão conjuntural, não se podem olvidar: (a) as incidências das fases *abstrata, sistemática* ou *concreta*; (b) as exigências de política criminal no campo pragmático; (c) o homem como *ser humano* na prática criminoso; (d) a imperiosidade do fenômeno jurídico (delito) na forma analítica. A visão dos contrastes nos múltiplos endereços (político-criminal, metodológico, axiológico, ôntico ou normativo) mostra a *realidade* e a *verdade social* em que se deve assentar o sistema.

2.4 Vislumbramos que pode coexistir um fato perceptível pelos sentidos, como requisito causal do injusto, sem levar em conta a relevância jurídica ou significativa para o grupo societário.

Há inúmeras vertentes. Para ser adotado um ponto de vista sistemático, teremos que partir de um conceito de ação generalizadora ou abstrata que converta *todas* as figuras jurídicas. O conceito de ação pertence ao plano ôntico. É um fato existencial e não uma abstração; é "*um conceito realista e, por conseguinte, ontológico*"⁷.

Discute-se se a ação pertence aos fundamentos jurídico-políticos (*teoria da interpretação*) ou aos fundamentos ontológicos. Para Mezger, está inscrita nas categorias teoréticas do conhecimento e dos fundamentos ontológicos da dogmática penal, existindo um *tipo de ação* distinto do *tipo de injusto* e de *culpabilidade*. A metodologia dualista enfocava a ação em duas fases: (a) *aspecto exterior* da vontade sem se interessar pelo *conteúdo* (objeto da *vexata quaestio*); (b) *aspecto interno*, penetração na *vontade* conferida na teoria da culpabilidade. Na primeira, (a), se compunha a relação de causalidade e, na segunda, (b), a ação significava conduta volitiva, comportamento humano derivado de uma manifestação de vontade concebida só em função causal.

Todavia, de tais posturas proliferaram inúmeras correntes, desde os *irracionalistas* ou *institucionalistas*⁸ até Baumann e, a partir de 1970, surge a vertente *sistemático-funcional-sistêmica* que sustenta que os conceitos então elaborados não são científicos e que são dependentes de suas finalidades penais de política criminal ou ações de política geral. Seriam impostos não por dados ônticos ou da natureza, mas em razão de objetivos preestabelecidos.

Tem tal vertente patamar no *funcionalismo sistêmico sociológico* e seus representantes mais destacados são Jakobs e Roxin. Digase que tais construções buscam sistematizar o delito a partir das funções dadas à pessoa, num retorno neokantiano.

2.5 *Quais são os pressupostos da direção tradicional?*

Santamaria resume: (a) a ação é concebida por fundamentos

⁷ Neste sentido: Mezger, Lehrbuch, v. 1, 4ª ed., 1952.

⁸ Neste sentido: Dahm e Schaffstein.

naturalistas; (b) a vontade postulada como uma simples conexão externa, sem indagar se é querido ou não o resultado produzido; (c) a ação como conseqüência do impulso que, na ação, provém da vontade e que, no fato natural, nasce do fenômeno incontrollável da natureza, não importando que seja ou não querido no resultado provocado ou produzido; (d) a ação penetra no campo do Direito Penal como fenômeno físico, embora Max Ernest Mayer tivesse postulado uma fórmula para corrigir os caracteres da ação, ao comparar a restrição que deve experimentar esta ação com a índole ética, visto que a valoração jurídica está no resultado (relação de causalidade).

2.6 *Quais as respostas dadas nas divergências welzelianas?*

Como Welzel entende que o *conceito de ação* pertence ao ontológico, quando compara e vincula o legislador no seu decidir, visto que *“a estrutura ôntica da ação precede a toda valorização e regulamentação, quem quer normatizar ações terá que respeitar a estrutura ontológica da ação. A estrutura da atividade teleológica do homem, assim como a função de sua instrução, são coisas que o legislador não pode modificar”*. As respostas dos contestadores podem ser alinhadas: (a) o núcleo dos tipos é da alçada do legislador, sem que ao fazer a descrição esteja vinculado às estruturas lógico-positivas; (b) há distinção entre o ato humano, cheio de sentido, e o proveniente do animal, determinado por circunstâncias; (c) a função normativa da vontade na ação é um princípio não modificável na vontade do legislador.

É evidente que as contestações de Roxin e Hellmuth Mayer são bem diferentes das anteriormente esposadas por Mezger e, quando o *finalismo* deixa de querer postular a “capa” de escola, fica menos distante do *causalismo*.

Os pressupostos histórico-filosóficos, no entender de Dario Santamaria, são: (a) destacar o autor na teoria do delito e inundar de personalismo o tipo e o injusto; (b) combater prioritariamente o causalismo; (c) formular a revisão da culpabilidade. Aliás, Schönke fala na necessidade de *“espiritualizar”* a culpabilidade, e Wolf e Crispigni já haviam aceitado a tese finalista na relação autor e ato.

Entendo que os pressupostos filosóficos da postura welzeliana oferecem nova oportunidade de vislumbrar a tarefa valorativa efetuada pelo Direito Penal.

2.7 Habitualmente são atribuídas ao conceito de ação as seguintes funções: a) elemento básico, comum a todas as formas de aparição do injusto, constituindo injusto em sentido estrito (com reserva de uma eventual justificação); b) elemento de conexão, pode levar os predicados "*típico, antijurídico e culpável*". Assim, trata-se a questão, cujo alcance vem desde o final da estrutura do injusto, desde a culpabilidade. A importância deste conceito seria secundária do ponto de vista científico; c) corresponde a uma função delimitadora, que não é mais o reverso do que se selecione como elemento de conexão.⁹

Para Jakobs, que o conceito de ação enquanto conceito jurídico-penal deve garantir que a definição dos comportamentos jurídicos penalmente imputáveis não sejam uma mescla de elementos heterogêneos agrupados de qualquer maneira, sem uma unidade conceitual (atribui-se o conceito de ação exclusivamente à teoria do injusto).

No momento atual, é quase unânime na doutrina que o conceito de ação deve ser atribuído exclusivamente à teoria do injusto, posicionando-se a questão acerca do que seja tal conceito para o injusto e a culpabilidade.

E para resolver tal questão propõe-se a indagação: *de que forma a responsabilidade por culpabilidade é parte da ação?* A responsabilidade não pressupõe sempre algo que se possa chamar razoavelmente de ação. Conclui Jakobs: "*A responsabilidade pode também ser proveniente de como existe socialmente uma pessoa responsável, que possa trazer perturbações, como alguém traz desgraça.*" A responsabilidade em tais circunstâncias pode denominar-se *responsabilidade pelo resultado (Erfolgshaftung)*.¹⁰

2.8 O importante não são as situações que necessariamente tenham existido historicamente, *mas uma sociedade que se imagina como sociedade em funcionamento*. Usando sua linguagem, a ação seria a expressão de um sentido que consistiria na causação

⁹ Maihofer, *Der Handlungsbegriff in Verbrechenssystem*, 1953, 7ss; e Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik Zwischen Sein und Wert*, 1982, 21 ss.

¹⁰ A. Kaufmann, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. I, 1971; Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997. "*El concepto jurídico-penal de acción*", 102-103.

individualmente evitável (aquelas causas que não se produziram se não concorresse uma motivação dominante dirigida a evitar conseqüências). Welzel destacou no final a "*perspectiva biocibernética*" de sua posição, mas o ponto de partida final situa-se no sentido da direção do comportamento. No estágio de desenvolvimento da teoria do injusto, a ação como produção individualmente evitável de um resultado e, por conseqüência, expressão de um sentido, é insatisfatória por duas razões: a) estar vinculada à inevitabilidade de um resultado externo (tentativa) e a comportamentos puníveis sem relação de causalidade (atos omissivos); b) tal concepção só tem uma face, individual-antropológica do problema, mas não a vertente social (para Jakobs, Welzel formulou corretamente esta discrepância, mas não extraiu as conseqüências necessárias). O esquema da interpretação é relevante e não se constitui em mero derivado da relação de causalidade ou de finalidade. Não se atribui a um ser humano como tomada de postura ou expressão de sentido todos os cursos derivados de um comportamento, sejam finais, previstos ou imprevistos. Tal atribuição só se produz se o comportamento de uma pessoa é condição determinante e não só fortuita do curso que leva ao resultado.

Jakobs, ao criticar o finalismo, declara que é o momento de combinar o ser humano e o curso causal através da imputação para a obtenção da ação humana, e não se pode fazê-lo utilizando exclusivamente a antecipação psicológica individual dos cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de se conhecer a existência de tais sucessos psicológicos individuais que são produzidos em tal combinação. Conclui na direção de que esta vinculação só se obtém aplicando um esquema de interpretação e isto deriva da *constituição da sociedade* exclusivamente individual. Tal constatação tem o nome de *imputação objetiva*. É relevante observar em Jakobs que a *imputação objetiva* ou *inadequação social* não se soma ao conceito de ação como fundamento complementário da responsabilidade. A discussão que se estabelece sob o nome de *imputação objetiva*, acerca da relevância jurídica dos atos causais seria a busca da precisão da controvérsia relativa ao conceito de ação.¹¹

¹¹ Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997, "*El concepto jurídico-penal de acción*", 113-114.

Por fim, na lição de Jakobs, a ação incorpora a *evitabilidade* e a *culpabilidade*. A ação e a imputação da culpabilidade, que pressupõe a imputação do injusto, "*são o mesmo*". *O comportamento deve ser objetivamente imputável, evitável e culpável*¹².

2.9 O conceito de ação sempre se materializaria de modo derivado quando se reconhecesse a necessidade de um esquema social de interpretação (*não dá imputação objetiva quando se dá um passo; senão quando ocorre um comportamento socialmente relevante*). Diz Jakobs que "*a imputação objetiva elimina a modo de filtro todos aqueles comportamentos que não perturbem socialmente*." E aduz: "*O que configura é o que cria riscos não permitidos, isto é, que causam uma lesão da vigência da norma no caso de concorrer a evitabilidade e a culpabilidade*".¹³

Sob tal ponto de vista, a ação seria *algo socialmente inadequado*, razão pela qual existem regras de imputação socialmente relevantes para o que é socialmente adequado (pertencem a outro âmbito). Defende um conceito de ação material em relação a uma determinada sociedade (o caráter material é derivativo, mas fica claro que se trata da sociedade e não de particularidades individuais)¹⁴.

3. MODELO FINAL

3.1 O conceito de ação final, desenvolvido por Welzel em seu artigo "*Das Grundgefuge der verbrecherischen Handlung*", ataca as bases do conceito tradicional de ação refutando o conceito de causalidade imperante na dogmática jurídico-penal anterior, principalmente em sua obra *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, combatendo os fundamentos filosóficos que estruturavam a dogmática imperante. O conceito de ação finalista é perfilhado por Welzel na quarta edição do seu *Lehrbuch*, fazendo a distinção entre a ação negligente e a ação dolosa ("*ação humana é o exercício da atividade finalista*"). A vontade finalista aparece pelo aconte-

¹² Jakobs, *op. cit.*, 124.

¹³ Jakobs, *op. cit.*, 124-125.

¹⁴ Jakobs, *op. cit.*, 125.

cer real configurando uma ação dirigida. Distingue-se e se eleva a realização da vontade sobre toda a causação externa. Assim, a vontade é o fator configurador objetivo da ação, dirigindo-se a forma planejada para a consecução de seu objetivo (realização da vontade). O dolo pertence à ação como fator configurador objetivo. A função da doutrina da ação penal consiste em que “em virtude do momento da finalidade aparecem ligados o ato e o autor por um vínculo pessoal que excede a ação negligente, pois que, precisamente na ação dolosa, nos mostra como o ato externo, como realização de um fim, recebe a vontade do autor, animada e conduzida, formando uma unidade interna”.

A base sistemática fundamental da *teoria da ação finalística* consiste em declarar a *estrutura ontológica da ação*¹⁵ ligada ao intérprete e ao legislador, não consistindo numa proposição destinada a resolver um problema determinado na lei (Roxin chamou de “*revolução copérnica do Direito Penal*”, que não tem seus limites na codificação penal).

*A teoria finalista não deduz suas conclusões de um determinado texto legal; indica bases para a sua interpretação*¹⁶.

Para Welzel, o *erro fundamental da teoria causal* consiste em que, além de olvidar a função constitutiva da vontade reitora, destrói e a converte em mero processo causal. Volta a repetir que a determinação do *conceito de tentativa* fracassa inteiramente na *teoria causal*, visto que ela não é um mero processo causal ao qual falta o resultado, mas uma ação que apresenta um evento proposto, onde o conteúdo da vontade é um elemento constitutivo. Aduz que, só quando é decisivo o modo de execução, pode satisfazer o conteúdo do injusto das ações negligentes. É óbvio que a *teoria da ação* não pode desprezar etapas dogmáticas (*tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*) sempre estruturadas em relação aos predicados de *valor e juízo*.

Pergunta Welzel: “*Como se fazer um enunciado baseado sobre a ação típica, se colocamos entre parênteses o exame da estrutura interna da ação?*”

¹⁵ Welzel, Kaufmann e Roxin.

¹⁶ Consulte-se a magnífica monografia de Luis Luisi sobre “O tipo penal e a teoria finalista da ação”.

Diante dos críticos à *teoria finalista* sob a alegação de que o *conceito de ação* teria unicamente a função negativa de eliminar tudo que não constitui um movimento corporal voluntário, incidindo sobre a tipicidade e a antijuridicidade, o que faria dela uma "*teoria especial do injusto*"¹⁷ responde Welzel afirmando que tal objeção em nada diminui sua significação, pois não tem a "*ambição de definir um conceito de ação válida exaustivo para todos os campos da vida*", bastando encontrar no pré-jurídico os seus predicados de valor. Afirma que, *se a estrutura final de ação deve ter um papel no conceito do injusto, tal deverá ocorrer por exame prévio.*

3.2 Ao estudar e posicionar o *conceito de ação*, fixando a estrutura fundamental da ação, Welzel escreve que a "*ação humana é o exercício da atividade final*". A *finalidade* ou o caráter final da ação se fundamenta no fato de que o homem por seu saber causal pode prever, dentro de certa faixa, as conseqüências possíveis de seu atuar. Dirige e comanda a consecução de seus fins. Para ele "*a atividade final é um obrar oriundo consciente deste fim*". Todos os atos estão dirigidos a um *fim* sujeito a um *plano prévio*. A *finalidade* está, pois, na capacidade da vontade de prever, é a vontade consciente do fim que dirige o acontecimento causal, convertendo-se numa *ação dirigida finalisticamente*. Aponta a *direção final de uma ação* dividindo-a em etapas que transcorrem na esfera do pensamento: (a) a antecipação do fim que o autor quer realizar; (b) a seleção dos meios da ação para a consecução do fim; (c) a consideração dos efeitos concomitantes. Assim, de acordo com a antecipação mental do fim, a eleição dos meios e o cômputo no cálculo dos efeitos concomitantes, o autor efetua sua ação no mundo real. A segunda etapa ocorre no mundo real, diz Welzel; é um processo causal dirigido pela definição do fim e dos meios na esfera do pensamento.

3.3 A *culpabilidade* na teoria finalista é normativa, consistindo em *um juízo de reprovação por um ato antijurídico*, quando era juridicamente possível exigir-se do autor uma atuação conforme o Direito. Tal concepção tem patamar de coincidência com o conceito neoclássico-causalista, mas se diferencia fundamentalmente quan-

¹⁷ Gallas, Schönke, Schröder e Mezger.

do retira a culpabilidade dos componentes ou elementos psicológicos, dolo e negligência, os quais na concepção normativa neo-clássica formam parte do injusto penal.

A nosso aviso, *a culpabilidade é pura reprovação por ter o autor do ato realizado o injusto penal, quando tinha a opção de poder ter ou não atuado de conformidade com o Direito*. Trata-se, pois, de *reprovação pessoal*, visto que poderia ter obrado de outra maneira. Os *elementos de reprovação* ou de reprochabilidade são a *imputabilidade*, a *possibilidade do conhecimento da antijuridicidade* e a *exigibilidade de um comportamento* conforme o Direito.

Por derradeiro, o finalismo, ao *definir o dolo como finalidade de realização típica*, reduz o componente psicológico e translada parte dos elementos para o tipo. O *conhecimento da antijuridicidade* deixa de formar o conteúdo psicológico do dolo, passando a formar parte essencial da reprovação da culpabilidade, sendo, pois, um *conhecimento potencial*. Aduza-se que se fala no caso de erro, de proibição, se o erro é *inevitável* (não podia conhecer a antijuridicidade) ou *evitável* (podia conhecê-la), tendo por conclusão que, na primeira hipótese, não há culpabilidade, ao passo que, na segunda, seria admissível (*teoria da culpabilidade sobre o erro de proibição*).

3.4 A *teoria do dolo* sustenta que todo erro de proibição exclui o *dolo do autor*, mas se o erro de proibição se deve à negligência do autor, responde pela conduta negligente. Ao passo que, para a *teoria da culpabilidade*, o erro de proibição exclui a *culpabilidade*, se inevitável, e pode diminuí-la, sendo evitável, assinalando-se que, em ambos os casos, o dolo tem a ver com a culpabilidade. O marco do estudo está situado no *erro de proibição*, inclusive nos casos de erro sobre os pressupostos de ato de uma causa de justificação, dando lugar à *teoria estrita da culpabilidade*. Há também que se estudar uma *causa de justificação putativa*, tratada pela doutrina finalista como subcaso de erro de proibição, afirmando-se a inculpabilidade dolosa, ainda que seja possível a diminuição da resposta penal se o erro era vencível.

4. MODELO SOCIAL

4.1 Surge pela obra de Eberhard Schmidt a *teoria social* que é depois reavaliada por Wessels, Maurach, Jescheck e Maihofer, pre-

tendendo estimar a ação do ângulo objetivo da dimensão social, *colocando-se entre o conceito ontológico e o normativo*. Aceita a resolução da vontade e o lado exterior do fato ou sua consequência, como pertencentes ao dado ontológico, mas sob a significação objetiva da ação para a comunidade. Com isso, cabe decidir o conteúdo substancial social do acontecimento, sem que aceite, desde o início, que o ato se defina por sua contrariedade à norma.

Por fim, a polêmica quanto ao *conceito de ação* fica reduzida a dois grandes grupos: (a) os finalistas; e (b) os que se situam no enfoque *social*.

Inicialmente, tínhamos aderido ao segundo grupo, aceitando a explanação de Jescheck, pelos seguintes fundamentos: (a) é fiel expressão de uma ótica objetiva; (b) adapta-se à dimensão social das correntes jurídicas contemporâneas; (c) compreende melhor o axioma jurídico-penal, visto que uma concepção do ato não é pura realidade ontológica; (d) tem uma sistemática mais adequada, sem os fracionamentos do finalismo puro; (e) estabelece a integração entre o autor e a comunidade; (f) representa uma síntese, pois, antes de ser um fenômeno natural ou fisiológico, é social. *A conduta do agente está repleta de significação social*. Escreve Maurach que *"a modificação no mundo externo-físico não tem importância; o essencial é tão-só que implique uma relação valorativa no mundo circundante social"*. Conclui observando que *"o conceito de ação deve ser configurado de tal modo que seja suscetível de ser valorado por padrões sociais"*.

Esta teoria tem como objetivo único oferecer um *conceito unitário de ação*, no que haviam fracassado tanto os causalistas como os finalistas, não surgindo uma nova sistemática com uma reformulação do *conceito de ação*. Não se pode deixar de constatar que a *teoria da ação social* se constitui em uma síntese entre o *conceito causal* e o *conceito final da ação*. Jescheck diz que *"não é possível derivar do conceito social da ação consequências dogmáticas para a estrutura dos conceitos de antijuridicidade e culpabilidade"*. O *conceito social* foi assumido por causalistas e finalistas heterodoxos, renunciando aos postulados de suas escolas tradicionais em uma postura eclética.

4.2 A nosso aviso, a ação é definida como o *comportamento humano socialmente relevante*, isto é, a ação é dotada de significação social que se identifica nas formas de aparição do delito: a) nos *dolosos comissivos*, consiste na finalidade *atual* ou atividade final; b) nos *negligentes comissivos*, consiste na causação dos resultados com a possibilidade de dirigir o processo causal; c) nos *omissivos*, o comportamento socialmente relevante consiste em uma ação esperada. Ademais, acentua-se o caráter estritamente normativo, pois o ponto de referência é a "*ação esperada pelo Direito*", e não a mera inatividade. O conceito de ação social se confunde com o de tipicidade, pois a relevância social flui da tipicidade. A pretensão da teoria da ação social era definir a ação e não a tipicidade da ação.

Em síntese, se o que caracteriza a ação é a sua *relevância social*, torna-se necessário ter em conta a sua forma, cuja relevância social se deduz da tipicidade, caindo em um *conceito unitário*, sem utilidade, alheio à própria razão da teoria, ou seja, introduzir o conteúdo da relevância social ao conceito de ação.

5. TOMADA DE POSIÇÃO DIANTE DAS VARIANTES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS

5.1 Posiciona Wessels que nas exigências ao *conceito de ação* as diversas concepções giram em torno de uma tomada de posição de ser considerada a ação exclusivamente como *categoria do ser* (plano ontológico) ou também como *categoria jurídica*.

Encontramos (a) a tradicional *teoria causal-naturalística*, vendo um processo causal dependente unicamente do movimento corpóreo voluntário, trazendo efeitos ao mundo exterior, ausente de qualquer indagação do conteúdo do sentido do acontecimento; (b) a *teoria finalista* em que o atuar é o exercício de atividade finalista e conseqüentemente um acontecimento final e não causal; (c) a *teoria social da ação* vendo na relevância social da conduta o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento.

5.2 Em sentido jurídico-penal, ação é todo comportamento socialmente relevante dependente da vontade humana. São opções dependentes da vontade que, à medida que aproveitam ou reprovam as possibilidades de atuar oferecidas, aparecem dotadas de significação social.

O *conceito de ação* formulado deve ser apreciado no tríplice enfoque: a) um comportamento humano, um fazer positivo e um omitir do homem; b) domínio efetivo desse comportamento ou, quando menos, possibilidade de ser dominado pela vontade humana; c) relevância social, isto é, com o mundo que o rodeia, suscetível de ser objeto de um juízo de valor segundo as conseqüências desejáveis ou não que provoca na esfera social.

É preciso advertir que sob a mesma denominação são compreendidas, às vezes, orientações até certo ponto diferentes à medida que atribuem maior significação (a) à tendência objetiva da ação¹⁸ (b) à finalidade subjetiva¹⁹ ou (c) à estrutura pessoal do atuar humano.²⁰

5.3 Sob o ponto de vista da comunidade, as ações se apresentam como "*unidades funcionais de sentido social*", que devem ser compreendidas de acordo com as concepções, a experiência e os costumes da própria vida social²¹. Nesta compreensão dos comportamentos humanos, através da qual se descobre seu "sentido social", está a valoração. *O conceito de ação formulado pela doutrina social não é um puro conceito naturalístico, neutro ao valor.* Permite cumprir a função delimitadora, selecionando entre todos os comportamentos humanos unicamente os que aparecem como unidades de sentido social. O perigo das antecipações valorativas é inevitável, e o descobrimento do sentido social dos comportamentos humanos por meio das "*concepções, experiências e costumes*" da vida comunitária não supõe necessariamente uma valoração jurídica, não tendo por que antecipar os juízos de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. É preciso ter em conta o sentido social-objetivo de "*determinada ação*". Nem a finalidade nem a causalidade são *per se* necessárias e determinantes. A causação de um resultado idêntico pode ser portadora de diversas significações sociais. Tampouco a finalidade subjetiva do autor, desconectada do sentido social-objetivo, resulta decisiva para determinar a existência de certa ação.

¹⁸ Neste sentido: Englisch, Maihofer e Eb. Schmidt.

¹⁹ Neste sentido: Jescheck.

²⁰ Neste sentido: A. Kaufmann.

²¹ Eb. Schmidt, *Soziale Handlungslehre*, 341.

5.4 O *conceito social de ação* é polêmico, tendo em vista ser a síntese das divergências entre o conceito causal e o final da ação.

Praticamente, a discussão se situa na indagação se a ação presuppõe ou não uma vontade reitora. No âmbito do crime doloso significa colocar a questão de se o dolo pertence ao tipo de injusto (ação finalista) ou à culpabilidade (concepção tradicional), e ainda surgem posições ecléticas em tentativas conciliadoras.

Escreve Roxin que, sob a bandeira do *conceito de ação*, a dogmática do Direito Penal penetrou em terrenos alheios. Desde a monografia de Radbruch (*“Der Handlungsberiff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem”*), a função do conceito de ação deveria ter reunido as características válidas por igual para todas as formas de manifestação do atuar reprovável. Procurava-se para toda teoria do injusto um conceito do qual, enquanto *genus proximum*, fossem deduzidas todas as *differentiae specifica*.²² Ainda nos dias atuais se entende válida a elaboração de um conceito superior aos efeitos sistemáticos como missão básica na teoria do delito.

Para ele, em sua *Contribuição à crítica da teoria final da ação*, o *conceito de ação* de nada serve fora do campo do Direito Penal e, dentro deste, tem escassa importância teórica e carece totalmente de importância prática. Uma definição de ação para servir de conceito superior do sistema deveria, segundo Roxin, ter uma natureza especificamente jurídico-penal e estar vinculada à lei. Afirma que só apareceram conceitos de ação (*naturalista, causal* ou *social*) que não alteraram o fato de que derivam todos do direito positivo, chegando Niese a considerá-los pré-jurídicos.²³ Finaliza dizendo que o conceito é obtido mediante a abstração de diversas manifestações da conduta punível e logicamente permanece jungido a elas.

Assim, o *conceito de ação* teria um papel secundário para o Direito Penal e secundário por sua falta de significação pragmática. Poder-se-ia tomar a definição de ação como (a) *“movimento corporal voluntário”*, (b) *“causação de modificação no mundo exterior”*, ou (c) *“comportamento socialmente relevante”*, que, segundo Roxin,

²² Maihofer, *Der Handlungsberiff in Verbrechen-system*, 1953, 7.

²³ Roxin, *Juristenzeitung*, 1956, 457.

na prática a nada conduzem, porque o produto de um processo de abstração não pode conter mais do que o *abstrato*, e seu valor é puramente "*estético-arquitetônico*". Conclui, após sua vigorosa crítica, que não se procura saber se é mais concreto ver a significação social dos conjuntos de ações puníveis ou vê-los através dos processos fisiológicos.

5.5 Todavia, para ele, o *conceito final de ação*, a definição da ação como "*exercício de uma atividade final*" e como *uma supradeterminação de cursos causais* dirigidos a um objetivo, não constitui uma abstração dos tipos penais regulados por lei. A teoria finalista não vincula o *conceito de ação* à lei, procura vincular o legislador quando busca unir as ações humanas e, portanto, seu conceito seria pré-jurídico. Dentro dessa linha doutrinária, escreve Welzel que "o legislador não só está vinculado às leis da natureza física, mas também tem que respeitar determinadas estruturas lógico-reais no objeto de sua regulamentação, pois, do contrário, tal regulamentação resulta necessariamente falsa; a estrutura ôntica da ação, sobretudo, tem uma existência prévia a qualquer valoração e regulamentação, e o legislador tampouco pode trocar a estrutura da atividade final do homem ou a função do dolo, senão que, se as quer submeter a normas, tem que vincular sua regulamentação".²⁴

Para Roxin, *este conceito* de ação é válido não só para o Direito Penal, mas também como para todos os campos do Direito.

A *teoria da culpabilidade*, segundo a qual a falta de consciência da antijuridicidade deixa intacto o dolo, tem seu fundamento no *conceito de ação*, visto que esta consistiria no controle do curso causal até o resultado antecipado e, por conseguinte, idêntico à finalidade. A antijuridicidade se referiria apenas à questão de como o legislador valora a ação dolosa.

O legislador poderá aprovar ou desaprovar, porém não pode mudar o fato de sua dolosidade.

Com tal raciocínio, diz Roxin que as *idéias* do sujeito sobre a valoração jurídica de suas ações não refletem qualquer influência sobre o dolo, isto é, a *forma do controle causal*, podendo diminuir ou

²⁴ Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, 1962, 197.

excluir sua culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade do fato doloso. Por outro lado, o *conceito de ação* implica a *teoria estrita da culpabilidade* onde a *legítima defesa* (suposição errônea da circunstância justificativa) excluiria o *dolo*, pois tal erro não mudaria o controle do curso causal. A *teoria finalista*, colocando o homem no centro da teoria do tipo e do injusto, acomoda-se nas realidades jurídico-penais, visto que os processos causais em que está a abstração da pessoa do autor e de seu específico modo de conduta, que são princípios analíticos artificiais, possuem um valor cognoscitivo limitado para a imputação jurídico-penal. Há partes da teoria do injusto (*tentativa ou delimitação de autoria e participação*) que são incompreensíveis partindo-se do plano causal-objetivo.

Em resumo, *estariam aí os méritos do finalismo*.

5.6 Em síntese, Roxin em fundada crítica apregoa o renunciar a um *conceito ontológico de ação final* repleto de conteúdo, não implicando, contudo, subtrair a *finalidade da tipicidade*. É melhor inverter a relação entre a ação, a *finalidade* e a *tipicidade*, pois o tipo nasce de considerações valorativas jurídicas e orientado para conteúdos sociais, substituindo-se a *teoria final da ação* por uma *teoria final da tipicidade*.

Ao concluir, ainda padece a teoria do injusto de um conceito de ação jurídico-penal que responda aos questionamentos existenciais.

5.7 Maurach chega mais perto da satisfação das funções exigidas pela formulação de um *conceito de ação*, ao sustentar que "*uma ação em sentido jurídico-pessoal é uma conduta humana socialmente relevante dominada ou dominável por uma vontade penal e dirigida a um resultado*", ao passo que modernamente Jakobs tenta resumir a polêmica do conceito de ação definindo-o como "*a causação do resultado individualmente evitável*" (engloba o obrar doloso e o negligente).

5.8 As dificuldades teóricas para a formulação de um conceito de ação que cumpra as funções sistemáticas aventadas na teoria do injusto geram a proliferação de plúrimos conceitos variantes dos modelos já conhecidos, ratificando-se que para a sua formulação estaremos sempre diante de *uma conduta socialmente relevante dependente da vontade humana*.⁶⁷