

---

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**FINALISMO E FUNCIONALISMO NO DIREITO PENAL:  
TEORIAS ANTAGÔNICAS?**

Karla Souza Cardoso

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**FINALISMO E FUNCIONALISMO NO DIREITO PENAL: TEORIAS**  
**ANTAGÔNICAS?**

Karla Souza Cardoso

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Professor Gilson Sidney Amancio de Souza.

Presidente Prudente/SP

2012

# **FINALISMO E FUNCIONALISMO NO DIREITO PENAL: TEORIAS ANTAGÔNICAS?**

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Gilson Sidney Amancio de Souza  
Orientador

---

Mário Coimbra  
Examinador

---

Ricardo Rodrigues Salvato  
Examinador

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2012.

E todos os grandes Generais Romanos aqui analisados, extrai-se uma interessante constante: todos eles, embora esperançosos e confiantes, entraram na guerra aceitando já serem, nada mais e nada menos, do que cadáveres do inimigo. Assim, a maioria dos sofrimentos lhes seria, no mínimo, algo mais vantajoso do que a morte que já possuíam, e assim, venceram a guerra.

Nicolau Maquiavel – A arte da Guerra

Dedico este trabalho aos meus pais por serem a razão de todos os meus sonhos e conquistas.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais por me ensinarem tudo o que sou e que sei, envolvendo-me em manto de mais puro amor, por tudo o que fizeram e fazem por mim, por todo esforço e sacrifício para que eu pusesse trilhar meu caminho, realizando meus sonhos.

Agradeço ao meu irmão por me inspirar.

Agradeço, especialmente, ao meu orientador, professor Gilson Amâncio, por quem tenho profunda admiração, por despertar meu interesse e paixão pelo Direito Penal, por toda sua paciência, dedicação e incentivo, sempre com palavras sábias e amigas, e, principalmente por ser exemplo de pessoa e profissional que pretendo seguir.

Agradeço ao Doutor Promotor Ricardo Rodrigues Salvato, que com paciência e sabedoria tem me ensinado um pouco do muito que sabe.

Agradeço, ainda, às amigas queridas e pacientes, em especial à Caroline, querida companheira de classe, amiga de todas as horas.

Finalmente, agradeço ao Renan, que compartilha seus sonhos comigo, tornando-me uma pessoa melhor.

## RESUMO

O presente trabalho enfoca a problemática existente em torno da sistematização do delito e seus elementos, bem como da finalidade ou função do Direito Penal. Tem-se que a sistematização do Direito Penal se deu de forma gradativa dentro da doutrina penalista. Ao longo do tempo, algumas teorias versaram sobre a estrutura do crime, bem como seus elementos. Da análise do crime sob o prisma analítico, que concebe o delito como um fato típico, antijurídico e culpável, é possível visualizar, na doutrina, uma maior preocupação com a sistematização do Direito Penal. Nesse contexto é possível destacar a teoria causal ou naturalista da ação, teoria neoclássica, finalista, social e funcionalista da ação, como tentativas de sistematização científica do Direito Penal. O sistema jurídico-penal brasileiro adotou o modelo finalista de ação, sob o qual a ação é um comportamento voluntário dirigido a um fim. Além da discussão inerente aos elementos que compõem o delito, existe, ainda, na doutrina, discussão a respeito do que, efetivamente, seria a finalidade do Direito Penal. Alicerçado em tais premissas, o trabalho procura analisar os principais aspectos identificadores das diversas teorias, notadamente a finalista e a funcionalista, historicamente as mais recentes, e traçar pontos de contato e distinção entre seus postulados.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Conduta. Tipo incriminador. Teorias da ação.

## RIASSUNTO

Questo documento si concentra sui problemi esistenti intorno alla sistematizzazione del reato e dei suoi elementi, così come lo scopo o la funzione del diritto penale. La sistematizzazione del Diritto Penale si è svolta in modo graduale all'interno della dottrina punitiva. Nel corso del tempo, alcune teorie si hanno occupate della struttura del reato così come i suoi elementi. Dello studio della criminalità sotto un prisma analitico, che concepisce il reato come un fatto tipico, anti giuridico e colpevole, è possibile visualizzare, nella dottrina, la preoccupazione maggiore con la sistematizzazione del Diritto Penale. In questo contesto è possibile evidenziare la teoria naturalistica causale dell'azione, la teoria neoclassica, la teoria finalista, e la teoria funzionalista della azione, come tentativi di sistematizzazione scientifica del Diritto Penale. Il sistema giuridico penale brasiliano ha adottato il modello finalista di azione, in base al quale l'azione è un comportamento volontario diretto a uno scopo. Oltre alla discussione dei elementi che compongono il reato, vi è anche nella dottrina penale, discussione su ciò che effettivamente sarebbe lo scopo del diritto penale. Sulla base di queste premesse, il documento analizza i principali aspetti identificatori di diverse teorie, in particolare finaliste e funzionaliste, storicamente le più recenti, e i punti di contatto e di differenza tra il loro postulati.

**Keywords:** Diritto Penale. Comportamento. Tipo penale. Teorie dell'azione

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2. O DELITO SOB UM ENFOQUE DOGMÁTICO.....</b>	<b>09</b>
<b>3. A AÇÃO NO CENTRO DA ANÁLISE DA DOGMÁTICA PENAL.....</b>	<b>14</b>
3. 1 Da Conduta na Concepção Causal Naturalista .....	14
3. 2 Da Conduta na Concepção Neoclássica .....	18
3. 3 Da Conduta na Concepção da Teoria Finalista .....	20
3. 4 Da Conduta nas Teorias Sociais da Ação.....	23
3. 5 Da Conduta no Funcionalismo .....	24
<b>4. BASES DO FINALISMO .....</b>	<b>27</b>
4. 1 Os Principais Fundamentos da Teoria Finalista de Ação .....	27
4. 2 O Tipo Subjetivo na Ação Finalista .....	31
4. 3 A estrutura normativa dos Tipos culposos e omissivos.....	37
4.3.1 A conduta culposa na Teoria Finalista.....	38
4.3.2 A omissão dolosa na concepção finalista.....	40
<b>5. BASES DO FUNCIONALISMO .....</b>	<b>42</b>
5. 1 O Funcionalismo Teleológico .....	44
5. 2 O Funcionalismo Sistemico .....	46
5. 3 Principais Pontos de Distinção entre o Funcionalismo Teleológico e o Funcionalismo Sistemico .....	49
5. 4 A Imputação Objetiva no âmbito funcionalista.....	50
5. 4.1 Critérios da imputação objetiva.....	58
<b>6. CONCLUSÕES .....</b>	<b>65</b>
<b>7. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>67</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar e discorrer sobre os mais marcantes aspectos das principais teorias que versam sobre a ação como pressuposto do conceito dogmático de delito.

Sabido que a ação *lato sensu*, que engloba a conduta comissiva e a omissão, constitui, no âmbito de um Direito Penal de autor, como é inarredável num Estado de Direito democrático, constitui o suporte estrutural sobre o qual se erigem todos os elementos de uma abordagem conceitual de crime.

Busca-se enveredar, sob um enfoque epistemológico e histórico-evolutivo, pelas mais importantes posturas doutrinárias referentes ao complexo estudo da ação e seu papel na conceituação analítica de crime, especialmente seu conteúdo e significado em sede do estudo do tipo, primeira das facetas a merecer estudo doutrinário.

A opção pelo tema deveu-se, de um lado, à sua extrema complexidade, que despertou, durante o decorrer do curso de Direito, concomitantes dificuldade e curiosidade; e de outro, à manifesta importância de seu entendimento para uma adequada compreensão da teoria geral do Direito Penal e, principalmente, identificação da tendência evolutiva desse importante ramo da ciência jurídica.

Em um primeiro momento abordou-se a questão dos aspectos dogmáticos do delito, bem como de seus elementos, culpabilidade, antijuridicidade e ilicitude.

Posteriormente, voltou-se à análise da ação humana, bem como das teorias que a cercam, notadamente, teorias causal, neoclássica, finalista, social e funcionalista da ação.

O trabalho cuidou, detidamente, dos aspectos atinentes à Teoria Finalista da Ação e Funcionalista da Ação, apresentando os principais pontos de divergência e aproximação entre as mesmas.

Utilizou-se do método indutivo, após a análise de doutrina nacional e estrangeira, contextualizando os escritos, para melhor compreensão e desenvolvimento do tema.

## 1. O DELITO SOB ENFOQUE DOGMÁTICO

Até o século XVIII, os estudiosos do Direito Penal, diga-se, a ciência do Direito Penal como um todo, não se preocupavam com uma precisa sistematização do Direito Penal, bem como, com seus elementos e institutos.

Certo é que, para que o Direito Penal tivesse atribuído para si o *status* de ciência, necessários se fizeram estudos sobre a Teoria do Crime.

Embora já se possa vislumbrar nos escritos dos praxistas da idade média, vinculados à casuística em seus comentários, focados precipuamente no Direito Romano, e a quem a doutrina atribui, com justiça, “os primeiros delineamentos sólidos do Direito Penal” (NORONHA, 1985, p. 23), uma preocupação de certo modo sistematizadora, apenas no denominado “período humanitário” do Direito Penal (segunda metade do século XVIII) é que se detectam, efetivamente, as primeiras preocupações com a conceituação de delito.

Encontra-se, nessa quadra, a concepção de crime feita por Francesco Carrara (*apud* Noronha, 1985, p. 31), de matiz formal, como a “infração da lei do Estado, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo”; portanto, já se identifica nessa definição a ideia de crime como um “ente jurídico”, embora não houvesse, ainda, uma preocupação em identificar seus elementos estruturais.

Posteriormente, sob o influxo do positivismo jurídico, uma concepção dita “criminológica” de crime apontava o delito como uma contrariedade a estamentos ou postulados alicerçados na moralidade, afirmando Garofalo, em seu trabalho “Criminologia”, somente possível determinar o conceito de delito tendo por base a moralidade, implica dizer, quando a sociedade, em sua consciência interna, tendo por base a moralidade, entende que a ação alvo da análise ofendeu sentimentos como o de piedade e honestidade, tal conduta devera ser tida como criminosa. É uma concepção de delito “empírica” ou “natural”. Conforme Cláudio Brandão (2002, p.04), o crime “é um atentado aos sentimentos altruístas de piedade e probidade. O homicídio é o principal exemplo de atentando ao sentimento de piedade, e o roubo, ao de probidade”.

No mesmo diapasão, Ferri também tentou definir o delito à luz de uma realidade criminológica, adotando, assim como Garofalo, a moralidade como parâmetro de repulsa da conduta. Em seu entendimento o crime é uma espécie de ação movida por motivos egoísticos e antissociais, violador da moralidade média de uma população, que prestigia tais valores.

Percebe-se que os conceitos apresentados por Garofalo e Ferri, ainda que de grande importância histórica, restaram insatisfatórios e de pouca sustentabilidade jurídica. Isso porque a conceituação de Garofalo apresenta-se falha quando associa a ideia inicial de crime ao sentimento, esse, por sua vez, de definição extremamente vaga. O cotidiano demonstra que muitos crimes, quando praticados, não atentam contra os sentimentos de piedade e probidade. É o ensinamento de Brandão (2002, p. 04) □

O art. 242 do Código Penal, por exemplo, que incrimina, dentre outras condutas, registrar como seu o filho de outrem, reconhece que esse crime pode ser praticado por motivo de reconhecida nobreza, o que ensejaria uma causa de diminuição de pena ou perdão judicial. Se há um motivo de reconhecida nobreza, jamais pode haver uma ofensa aos sentimentos de piedade e probidade.

A conceituação proposta por Ferri também foi alvo de censuras e restou superada. Isso porque é insustentável na medida em que trata de 'moralidade média', elemento de conceituação vaga e longe de ser pacífico. Inconcebível, portanto, definir o que vem a ser crime pautando-se em elemento vago, passível de concepções diferentes. Ademais, certo é que, nem todos os delitos são movidos por motivos egoísticos ou antissociais e, aqui, pertinente é o exemplo do homicídio piedoso, cometido por motivo de relevante valor moral. Contraditório, portanto, dizer que um valor moralmente relevante possa ser também egoístico.

Tais definições encontram-se superadas, porque, ao longo dos anos e, principalmente, à luz dos casos concretos, constata-se que as definições apresentadas por Garofalo e Ferri são inadequadas a um estudo dogmático do Direito Penal, que deve ter como escopo de investigação a norma, o dever ser, utilizando-se do método normativo.

Da utilização do método normativo, passou-se a falar em crime sob o

prisma analítico, onde o crime passa a ser um fato típico, porque previsto na norma, antijurídico, porque contrário ao ordenamento jurídico e culpável, porque censurável.

Segundo Eugenio Zaffaroni (1997, p. 388), um estudo analítico do crime implica identificar e investigar seus elementos estruturais sob o ponto de vista normativo, ou seja, é decompô-lo em suas características essenciais, para examiná-lo sob diversificados aspectos, de forma estratificada, sem olvidar que essa visão fragmentada do crime serve tão só a fins didáticos, sem retirar dele sua característica unitária, já que o que é estratificado não é o delito, mas o conceito que dele se obtêm por via da análise.

Conforme Alvaro Mayrink da Costa (1998, p. 353) e Valter Coelho (1998, p. 21), o primeiro passo numa abordagem do crime sob um prisma analítico, que o tem como “fato típico, antijurídico e culpável” pode ser visto no advento da denominada “teoria da tipicidade” de Belling e pode ser considerado um produto da doutrina penal alemã, elaborado e aperfeiçoado nos últimos cem anos, embora alguns doutrinadores, a exemplo de Juarez Tavares (1980, p. 1-2), atribuam já a Feuerbach, no final do século XVIII, os primeiros indícios de um conceito analítico do delito, ao dividi-lo em *ação externa antijurídica* (aspecto objetivo) e *desejo antijurídico do agente*, que representa seu aspecto subjetivo, caracterizador da culpabilidade.

A proposição de Beling, de um “modelo abstrato” de conduta criado pela lei (tatbestand), levou ao avanço da idéia de *nullum crimen sine lege* para “não há crime sem tipicidade”.

O tipo, no estudo de Beling, é uma imagem conceitual (modelo) de uma conduta humana. Entretanto, em Beling o tipo é acromático, ou seja, puramente descritivo e objetivo: não contém elementos normativos e nem elementos subjetivos, resume-se a uma descrição de um modelo de ação, produtora de um resultado, sem quaisquer considerações de natureza valorativa ou subjetiva.

Assim, por tal concepção, se, por exemplo, “A”, desconhecendo que um bêbado ingressou clandestinamente na garagem de sua residência para dormir sob seu automóvel, movimentou o veículo e o atropela, matando-o, estaria realizando um “fato típico”, restando a indagação sobre dolo ou culpa para o campo da culpabilidade. Tal solução é diversa, p. ex., daquela que daria a teoria finalista da

ação, para a qual nem haveria fato típico, já que o próprio dolo (ausente, no caso, por falta de consciência e vontade, seus elementos) é trazido para o âmbito do tipo.

Essa concepção de tipo puramente descritivo e avalorado logo restou superada, em razão de trabalhos doutrinários que evidenciaram que no tipo também é possível identificar a existência de elementos *normativos* e de elementos subjetivos; afastando-se, então, a ideia da neutralidade do tipo.

Atualmente, predomina amplamente na doutrina a concepção do tipo constituído de elementos descritivos, normativos e subjetivos, até por necessidade metodológica, “para compreensão de conceitos fundamentais em relações de congruência subjetiva e objetiva, como dolo e erro de tipo, por exemplo.” (SANTOS, 2000, p. 38)

É, efetivamente, a tipicidade, o primeiro momento da abordagem analítica do crime, porque é ela o juízo de adequação do “modelo” legal de conduta, o “tipo” de que falou Beling, e a ação realizada no mundo concreto pelo sujeito. Assim, necessário partir-se, como decorrência do princípio da legalidade, do *tipo*, que nada mais é que a delimitação legal da conduta (ação ou omissão) incriminada pela lei penal.

Para que se possa falar na existência de um fato típico e, via de consequência, de crime, do ponto de vista analítico (fato típico, antijurídico e culpável), mister que exista uma *conduta*, positiva ou negativa, realizada de forma voluntária, que atinja ou seja perfeitamente capaz de atingir bem jurídico cuja tutela pertence à esfera penal. Isso porque, o Direito Penal tem como característica, ou ainda, como trazem alguns doutrinadores, tem como princípio, ser fragmentário. Implica dizer que, ainda que exista conduta voluntária, violadora de um bem tutelado pelo direito, é possível que o Direito Penal não a atinja, já que em razão de ser *ultima ratio*, preocupa-se com bens jurídicos considerados de relevância maior.

Nesse mesmo sentido são as palavras de Miguel Polaino Navarrete (2009, p.19):

Un principio basico del Derecho penal moderno es el principio del hecho o-  
mas popriamente- principio de acto o de la conducta (nullum crimem sine  
actione), conforme al cual unicamente se puede sancionar una conducta  
(acción u omisión) exteriormente manifestada y que tiene una

transcendencia social al lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

Em complemento ao raciocínio acima exposto, é a lição de Luis Regis Prado (2010, p. 270):

A norma penal não pode vedar a simples causação de resultados, mas apenas ações (controladas pela vontade), ou ordenar a realização de determinado comportamento ativo, sempre com vistas a evitar lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos essenciais.

## **2. A AÇÃO NO CENTRO DA ANÁLISE DA DOGMÁTICA PENAL**

É curial que para um juízo de tipicidade (adequação do fato realizado ao tipo incriminador previsto na lei), o ponto de partida é o estudo da ação “*latu sensu*”, isso é inevitável, porque a ação é que constitui a conduta humana que pode, ou não, ser adjetivada de típica ou atípica (e, também, de antijurídica e de culpável, ou de lícita e não culpável).

Em uma primeira análise, desprovida de minúcias, tem-se que o conceito de ação, sob o prisma analítico, é de singela compreensão, incapaz de provocar, na dogmática penal, diferentes e conflituosos entendimentos ao longo dos séculos. Tal assertiva, se verdadeira, tornaria simples e talvez mais eficaz a aplicação do Direito Penal no caso concreto, porém, quando se trata de reputar o instituto ação, bem como, seus elementos componentes, a doutrina, de um modo geral, apresenta-se demasiadamente controvertida, oferecendo diversas correntes de pensamento. A respeito do tema podem-se, em resumo, relacionar como principais vertentes: teoria causal ou naturalista, teoria neokantista ou neoclássica, teoria finalista e, por derradeiro, teoria funcionalista da ação.

Para fins de compreensão acerca da evolução histórica da teoria da ação, mister se faz uma breve análise de cada uma das supracitadas teorias, para que, posteriormente, se discuta eventual possibilidade de adequação entre as mesmas para melhor aplicação da norma penal.

### **2.1. Da Conduta na Concepção Causal Naturalista**

O sistema causal, ou clássico, como definido por parte da doutrina penalista, representou grande avanço e, porque não dizer, verdadeira revolução, em termos de sistematização do direito penal, seja na questão da identificação do direito penal e seus elementos, seja na busca e preocupação de se instituir um sistema,

uma teoria sólida acerca da teoria do delito, de modo a dificultar a manipulação subjetiva do Direito Penal por parte do intérprete ou do aplicador. A apresentação da sistemática causal, hoje superada, provocou enorme avanço em termos de dogmática na ciência penal.

Por sistema clássico tem-se aquele resultante dos ensinamentos de Franz Von Liszt e Ernest Beling, também conhecido por “sistema Liszt – Beling”. Seu surgimento remonta ao final do século XIX, e tem origem nos escritos de Beling a respeito da teoria do tipo, já acima referidos.

O sistema causal pautou-se em ideais positivistas, significa dizer que, à época, o homem, ainda deslumbrado com os progressos que as ciências da natureza apresentavam, tentou utilizar a mesma metodologia causal-explicativa adotada pelas ciências naturais, ou seja, tentou *explicar* o direito, quando na verdade, deveria tentar entendê-lo. Tentou-se aplicar à ciência do Direito o mesmo ideal de exatidão que à época se dispensava às ciências da natureza, como por exemplo, a Física. Nesse panorama, a ação deriva da causalidade, que, pautada nesse ponto de vista, diretamente influenciado pelo positivismo, nada mais é do que uma reação de causa e efeito, que não é compreendida, somente explicada.

Pertinentes são as lições de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 231):

Como esclarece, porém, Regis Prado, o objeto da ciência do direito positivista era somente o direito positivado, que era composto, abrangido e limitado pelos códigos e leis, os quais não estavam infensos a considerações éticas, sociais, políticas ou filosóficas, antepondo-se a toda e qualquer referência de natureza jusnaturalista.

Fran Von Liszt, apud Claudio Brandão (2002, p. 21) define ação como “conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não impediante de uma modificação no mundo exterior”. Beling (1944, p. 20) apud Claudio Brandão (2002, p. 22), seguindo o mesmo entendimento supracitado, conceitua ação como “um comportamento corporal voluntário”. Tais assertivas permitem a conclusão de que as definições dos apregoadores de tal sistemática acerca da ação têm por base três elementos marcantes, quais sejam: vontade, modificação no mundo exterior e nexo de causalidade, que por sua vez, liga os dois primeiros elementos citados. A modificação no mundo exterior é, atualmente, aquilo que se conhece por resultado.

Consustanciando tal entendimento são as colocações de Navarrete (2009, p. 24):

Conforme a esta concepção, el movimiento corporal (acción) o la ausencia de movimiento (omisión) dependientes de la voluntad del sujeto constituyen la causa del resultado eterno y penalmente relevante. Tres son los elementos constitutivos del concepto clásico de acción:

- Manifestación de La voluntad del sujeto, que Von Liszt define fisiologicamente como enervación muscular, y psicológicamente como proceso de conciencia por el que se ponen en acción causas por parte del sujeto. Von Liszt definió la acción (en el ejemplo del delito de injurias) como “provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido”.
- Modificación del mundo exterior, que constituye el resultado material, penalmente relevante (por ejemplo: muerte, lesión, etc.)
- Relación de causalidad entre la voluntad humana y el resultado efectivamente producido, de manera que Entre la acción y el resultado exista una relación de causa-efecto.

Ponto marcante e determinante no sistema causal é que o conteúdo que se adscrive à questão da volição não deve ser analisado quando se fala em ação, somente quando se fala em culpabilidade. Nesse sentido são as lições de Claudio Brandão (2002, p.23):

Para a teoria causalista, o conteúdo da volição não deve ser analisada na ação, mas na culpabilidade. Destarte, não se deve investigar no âmbito da multirreferida ação se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (dolo) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou (culpa).

Desse mesmo entendimento é o esboçado por Beling (1902, p. 38) apud Gunther Jakobs (2003, p. 51), apregoador do sistema por ora analisado, ensina, “para constatar que estamos frente a uma determinada ação é suficiente saber que o autor atuou ou não voluntariamente. O que ele queria é irrelevante a esse respeito”. Formulação que propicia até mesmo a afirmação de uma aproximação, regressiva, do funcionalismo sistêmico de Jakobs ao sistema causal-naturalista.

Numa palavra, no sistema causal-naturalista não se indaga da

finalidade, porque a ação não é expressão da vontade, mas da mera *voluntariedade* (só se distingue dos atos meramente reflexivos, inconscientes ou resultantes de coação mecânica), sem qualquer direção preordenada. A averiguação da relação subjetiva entre a ação (axiologicamente neutra) e o resultado é deixada para o campo da culpabilidade (que é entendida como dolo ou culpa).

Embora a teoria em comento quando formulada, tenha obtido forte prestígio e acolhimento em vários países, posteriormente, restou superada, porque inspirada em ideais positivistas, que incorriam no equívoco de pretender aplicar ao Direito as mesmas técnicas de observação e investigação empregadas nas disciplinas experimentais. Pode-se afirmar que tal raciocínio era insuficiente para a regulamentação de algo tão instável e circunstancial como é a norma jurídica. Pode-se perceber que a atividade reguladora da norma não poderia prescindir de uma análise sociológica e ter por base somente a cientificidade.

A ruína da teoria causalista se deu em razão do desprezo quando do conteúdo da vontade, uma vez que, o juízo subjetivo, a motivação que levou o agente, voluntariamente a praticar determinado ato (se tal vontade era dirigida a fins lícitos ou se dirigida a fins ilícitos), não interessava à sua definição de ação e sim a um segundo plano, a culpabilidade.

A teoria clássica encontrou dificuldades quando tentou explicar o crime tentado, já que, nesses casos, o *animus* do agente é de ordem fundamental para eventual enquadramento do fato perpetrado ao tipo penal. É o que ensina André Estefam (2010, p. 165):

Sem o exame da intenção, não há como descobrir qual fato típico ocorreu e, por vezes, nem sequer é possível determinar se ocorreu ou não algum fato penalmente típico. Assim, por exemplo, se um homem agarra à força uma mulher e se é impedido de levá-la a um local ermo por terceiros, é imprescindível verificar qual a sua intenção para tipificar a conduta; se ele pretendia matá-la, haverá uma tentativa de homicídio, se visava realizar com ela conjunção carnal ou outro ato libidinoso, tentativa de estupro, se objetivava agredi-la, tentativa de lesão corporal e, assim por diante.

É de se notar, portanto, que a análise do propósito que impulsiona o agente é etapa necessária e imprescindível para verificação de qual norma penal fora violada.

É de se citar também, como outro ponto falho da teoria por ora em comento, a questão da coação moral irresistível e obediência hierárquica. Nessas situações, segundo André Estefam (2010, p. 166), é plenamente possível a constatação de todos os elementos do crime para a teoria clássica e, assim, de plano é possível impor condenação ao agente, porém, nesses casos, a imposição de pena, a condenação, se mostra injusta, contrariando a finalidade do direito penal como um todo.

Por essas razões, e por ser inegável que a ação humana é ato volitivo, e só pode ser apreciada pelo direito enquanto tal, é que a teoria causal da ação restou superada.

## **2.2. Da Conduta na Concepção Neoclássica**

A teoria causal da ação sofreu demasiadas críticas e, em função destas, evidenciou-se a necessidade de aperfeiçoar alguns pontos e assim, reformular a dogmática, para melhor aplicar o Direito Penal.

A origem da teoria neoclássica se deu, por óbvio, pouco tempo depois do sistema clássico. A doutrina, como um todo, costuma apontar como marco de tal teoria o ano de 1907, com o advento da publicação da obra de Reinhard Frank sobre culpabilidade. Entretanto, o tema é mais bem sintetizado e discorrido no manual de Edmund Mezger.

Os clássicos sofreram influência direta do positivismo, enquanto que os neoclássicos foram influenciados não pelo positivismo, mas, pela filosofia de valor, propondo uma supervalorização do *dever ser*, ao passo que, os clássicos propuseram uma valorização do *ser*.

A teoria neoclássica sofreu influencia direta do neokantismo, corrente filosófica de origem Alemã, iniciada a partir de 1860.

Alguns autores chamaram a teoria neoclássica de “teoria complementar do positivismo jurídico”, isso porque, o neokantismo aprimora a teoria

causal, sem representar sua negação. O neokantismo passa a ter como objetivo o entender; busca compreender o conteúdo dos fenômenos jurídicos, bem como as categorias, indo muito além da explicação causal.

De acordo com Luis Regis Prado (2010, p. 98), a influência do neokantismo fora de importância exacerbada no campo jurídico-penal e jusfilosófico, dando espaço a duas tendências – a Escola de Marburgo e a Escola de Baden. Sustentam, em síntese, opondo-se aos causalistas puros, que, o direito não pode se ater ao prisma da causalidade, da relação causa e efeito, uma vez que o Direito não integra o mundo natural e ideal em que é o passado que determina o futuro, o direito penal deve ser visto como ciência finalista, composta de métodos próprios e isolados.

Passou-se, aqui, a prestigiar o elemento vontade na conduta incriminadora. O crime passa a ser a conduta humana, voluntária, que pautada na vontade humana, provoca modificação no mundo exterior. A vontade é, portanto, o fim, é o objeto a ser produzido.

Ponto importante a ser destacado é que, com o advento do modelo neoclássico, a coerência formal e metódica da teoria causal foi substituída por um conceito de delito que se pautou nos fins pretendidos e buscados pelo Direito Penal (teoria teleológica do delito), e dessa forma, os elementos do conceito clássico de crime foram reformulados.

Sabe-se que, o ponto mais frágil do conceito clássico, causal-naturalista de ação, é a própria ação, que, pautada em aspectos naturalísticos apresenta falhas quando versa sobre crimes omissivos, culposos, bem como, quando vem a tratar dos crimes tentados.

Na teoria neoclássica, em razão da utilização do normativismo como método de análise, a tipicidade não mais se pauta em fatores puramente objetivos. Passa-se, aqui, a reconhecer elementos subjetivos no tipo. O mesmo ocorre em termos de antijuridicidade, que, no sistema causal é apresentada como a simples incoerência formal com a norma jurídica estabelecida, ao passo que, com a influência neokantiana, os neoclássicos passaram, para caracterizá-la como tal, a observar a necessidade de prejuízo social, afetação ao estado ideal, oportunizando a nivelção do injusto, de acordo com a danosidade social que, eventualmente, veio

a produzir. Tem-se então, a questão do fato antijurídico, que pode ser classificado como aquele que não produz qualquer afetação, não vem a atingir interesses sociais. Por fim, a culpabilidade passa a ser a reprovabilidade da conduta, em razão da formação da vontade contrária aos ditames legais.

Frise-se que, nesse período, a culpabilidade não sofreu profundas alterações. Isso só veio a ocorrer, efetivamente, com o advento do finalismo.

### **2.3. Da Conduta na Concepção da Teoria Finalista**

A teoria finalista da ação teve como preconizador Hans Welzel. Sua origem remonta à década de 30 do século XX, com o trabalho de Hans Welzel, intitulado *Causalidade e omissão*. É a teoria inspiradora do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Em decorrência da evidente incorreção do conceito causal-naturalista de ação preconizado pelos estudos de Beling e Von Liszt, que fraturava indevidamente algo que é indissociável, isto é, a *vontade*, de seu *conteúdo*, de sua *direção*, nos anos 30 do século passado Hans Welzel, sistematizando estudos anteriores de Puffendorf, Von Weber e Graf zu Dohna, dentre outros, propõe, no trabalho acima referido, uma *teoria finalista* de ação: partindo da premissa de que ontologicamente a vontade é sempre dirigida a uma finalidade, e que a ação é a expressão do conteúdo da vontade, ou seja, o exercício de atividade final.

Historicamente, pode-se dizer que o finalismo aponta com o objetivo de cumprir aquilo que, de início, o neokantismo se propôs a fazer e não fez, ou seja, superar o positivismo e a insustentável separação causal entre vontade e o conteúdo que se adscrive a esta.

Boa parte da doutrina comete o equívoco de explanar que o finalismo é puro e simplesmente ontológico, quando, na verdade, não o é, pois não deixa de considerar, embora timidamente, o aspecto axiológico da ação.

Luiz Regis Prado afirma que (2010, p. 275):

Para logo, tem-se seu nascimento como decorrência da utilização do método ontofenomenológico no campo penal e se opõe ao critério incorreto da doutrina causal de separação entre a vontade e seu conteúdo.

O finalismo passa a ver o homem como um ser responsável, capaz de determinar seu entendimento e, então, agir. Dessa forma, o direito, por meio das normas, só pode proibir ou mandar que seja realizada uma conduta final.

O finalismo é de grande importância para a dogmática penal, não só para classificação de ordem lógica do sistema penal, mas também, é de extrema importância na medida em que confere segurança jurídica ao sistema penal.

Portanto, a ação é a atividade humana dirigida a um fim específico. O que vem, então, a caracterizar a conduta humana, é a finalidade, que em momento anterior, fora alvo de análise por parte do agente.

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 261-262), por sua vez, leciona que:

Segundo Welzel, a vontade é a espinha dorsal da ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo, por conseguinte, conforme a um plano, à consecução de um fim. Sem a vontade, que dirige o suceder causal externo, convertendo-o em uma ação dirigida finalisticamente, a ação ficaria destruída em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego.

A partir do momento em que se tem que o homem é um ser responsável, dotado de capacidade de entender o caráter de determinado comportamento e determinar-se de acordo com o entendimento que lhe é próprio, acaba-se por reformular o conceito pré-existente de culpabilidade. Passa-se a realizar a análise subjetiva, ou seja, passa-se à análise do querer que ocasionou o comportamento.

Dessa forma, quando ainda no plano subjetivo, o agente é capaz de antecipar o fim a que se destina, selecionar os meios adequados a alcançar aquilo que se predispôs e prever os resultados provocados por sua conduta. Feitas as

considerações de cunho subjetivo, o agente, então, propriamente, executa a ação, passando à fase externa de sua conduta, tendo por base o seu plano subjetivo.

O dolo, na ação finalista, é o tipo subjetivo geral e nele podem-se identificar dois elementos: o primeiro, de natureza *cognitiva*, que é a consciência ou representação mental de todos os elementos do tipo, inclusive do resultado naturalística, quando houver; dos meios de execução aptos a realizá-lo; e das chamadas conseqüências secundárias normais ou necessárias; e o segundo, de ordem *volitiva*, consubstanciando na vontade direcionada à realização do tipo, incluída aí a mera aceitação de sua realização como denominado *dolo eventual*.

Em que pese a teoria finalista ter apresentado verdadeira revolução na dogmática penal sofreu algumas críticas, em sua maioria, referentes aos crimes culposos, onde a vontade do autor não é percebida e o resultado se dá de forma totalmente causal. Tais críticas fizeram com que o preconizador da teoria finalista reformulasse sua concepção, optando pela existência de uma “ação finalista real nos crimes culposos”, de fins, eminentemente, irrelevantes para o Direito Penal. Passou-se a comparar a conduta praticada, a direção adotada pelo agente, com aquilo que o direito esperava que adotasse. O fim, que o agente tinha com a sua determinação, é irrelevante, porém, a sua determinação é que é analisada, para determinar a ação delitiva. É o que ensina Cerezo Mir (1985, p.279) apud Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.263):

O homem que dirige um veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre, realiza uma ação finalista: conduzir o veículo. O fim da ação – ir a um lugar determinado – é jurídico-penalmente irrelevante. O meio escolhido – o automóvel – também o é, neste caso. No entanto, é jurídico – penalmente relevante a forma de utilização do meio se o motorista, por exemplo, o conduz em velocidade excessiva.

Após as correções à formulação inicial, o mais importante elemento caracterizador da culpa para o finalismo passou a ser a infração à norma de cuidado na realização da conduta.

Nos crimes culposos, o Direito Penal proíbe não a realização da conduta (que não é dirigida para um fim típico como nos crimes dolosos), mas a forma como ela é realizada: a conduta que, embora dirigida pela vontade de realizar

algo lícito, é executada sem o cuidado necessário à evitação de resultados secundários danosos, é punível a título culposo. Assim, o desvalor, aqui, concentra-se no *modo* de execução da própria conduta, e não na produção do resultado. O fim perseguido pelo agente não é o que importa, mas *os meios escolhidos* ou o modo de realizar a ação que, por serem defeituosos ou equivocados, deram causa ao evento danoso não querido pelo agente.

Portanto, no finalismo a culpa passa a ter uma estrutura nitidamente normativa: a ação é punida porque desobedeceu normas de conduta que se exigia fossem cumpridas.

#### **2.4. Da Conduta nas Teorias Sociais da Ação**

Eb. Schmidt, ao tentar afastar a excessiva influência do naturalismo no que tange ao causalismo, na década de 1930, deu origem ao conceito social da ação.

A teoria social tem como ponto marcante dar importância ao significado da conduta quando em âmbito de sociedade, significa dizer que, a origem desse pensamento doutrinário está justamente em definir a conduta como o fenômeno, o acontecimento social. Em outras palavras, o comportamento do agente deve ser socialmente relevante. Nesse sentido o narrado por Bitencourt (2010, p. 262):

Segundo EB. Schmidt, para quem ao Direito Penal interessa somente o sentido da social da ação, o conceito final de ação determina o sentido de ação de forma extremamente unilateral em função da vontade individual, quando deveria fazê-lo de uma forma objetiva do ponto de vista social.

Identifica-se, nessa teoria, o propósito de agregar ao conceito finalista de ação um comportamento que se pode sintetizar como relevância social, estribado no argumento que a ação humana só interessa ao direito enquanto socialmente afetada.

A teoria social da ação coliga características do causalismo e do finalismo, sem apresentar uma estrutura inédita de delito. Tem por objetivo a junção das teorias, para que possa ser evidenciado um conceito geral de ação que venha a englobar todas as formas de conduta, seja culposa, dolosa, ou ainda, omissiva. Surge, dessa forma, como uma teoria intermediária, tendo como escopo apresentar uma vertente conciliadora entre o ontologismo e o normativismo.

Muitas críticas recebeu a teoria social da ação, primeiro em razão da imprecisão e do subjetivismo na definição dessa *relevância social* que teria que integrar a ação. Depois, como assinala Juarez Cirino dos Santos (2000, p. 22), inspirado em escólio de Roxin, o conceito de *relevância social* não é um *elemento* não é um elemento da ação, mas um predicado dela, que ela pode, ou não, ter, e mesmo que não a tenha, não deixa de existir como ação, só desaparecendo a sua significação social.

Ocorre que se percebeu logo que a questão de relevância social, por ser de conceituação extremamente ampla e vaga, dependente das convicções pessoais de quem faz sua valoração, não poderia servir como elemento determinante na conceituação do delito. Pautou-se então, não pela relevância social da conduta, e sim, pela própria conduta.

Entretanto, apesar de ter suportado algumas críticas, a teoria social da ação foi de contribuição considerável para a evolução da teoria do delito, já que sedimentou, em parte, o causalismo e, de certa forma, trouxe uma correção, um tanto quanto singela, ao exagerado subjetivismo, de caráter unilateral, em que se pautou o finalismo.

## **2.5. Da Conduta no Funcionalismo**

O funcionalismo surge em 1962, onde Claus Roxin critica, de forma veemente, o conceito final de ação, já que para Roxin, este se funda no ontologismo, e resta inadequado às finalidades do Direito Penal como um todo, porque o conceito de ação deve ser normativo, não ontológico.

As teorias funcionais, a partir da concepção dos elementos do conceito dogmático de crime à luz da função do Direito Penal concebem a ação como uma exteriorização da personalidade (Roxin) ou como uma expressão de sentido, ficando a finalidade substituída pela inevitabilidade. A ação tem um conteúdo negativo: é a realização de um resultado individualmente evitável. Busca-se estabelecer um conceito unitário de ação que supere a distinção conduta comissiva/conduta omissiva.

Essa concepção propicia o deslocamento do componente volitivo do dolo, da esfera do tipo (onde o tem a teoria finalista) para o da culpabilidade. O dolo do tipo, assim, fica restrito à representação do resultado, ou seja, reduzido ao seu elemento intelectual, prescindindo da vontade dirigida no sentido de sua realização. O dolo é a consciência de atuar de modo a criar ou a incrementar um risco reprovado. Isso leva à eliminação da distinção entre dolo eventual e culpa consciente. A conduta cometida dolosa ou culposamente será punida de acordo com a necessidade de pena ou os fins desta.

Decorre dessa concepção distinta de ação uma nova feição da própria culpabilidade, que passa a conter, também, um aspecto psicológico, representado pelo elemento volitivo do dolo. Demais disso, orientado pela premissa de um Direito Penal que se atenha mais aos seus fins de prevenção que a bases ontológicas, o funcionalismo, especialmente em Claus Roxin, concebe a culpabilidade à luz da ideia de prevenção, colocando-as, ambas, prevenção e culpabilidade, numa categoria mais ampla, a *responsabilidade*. Esse o ensinamento de MELLO (2010, p. 283):

Claus Roxin adota uma concepção de culpabilidade estreitamente relacionada com a ideia de prevenção, em que culpabilidade e prevenção são elementos que se limitam mutuamente, e se encontram reunidas numa categoria maior: a responsabilidade, que representa um juízo de valoração que pode fazer um sujeito ser considerado penalmente responsável.

A concepção de culpabilidade na doutrina do funcionalista Günther Jakobs também afasta-se de fundamentos ontológicos e ganha contornos axiológicos. Para Jakobs, que relega a ação a um plano secundário na construção das categorias do delito, que enxerga sob um enfoque puramente normativo, a função da culpabilidade é a de identificar a motivação do autor como não harmônica

com a norma. Disso decorre a censura doutrinária de que se trata de “uma evidente pretensão de determinação do comportamento conforme a norma, muito mais próximo da intenção de uma regulação moral do que jurídica” (BUSATO, 2011, p. 195).

O funcionalismo se desdobra em duas grandes vertentes: o de Claus Roxin, denominado funcionalismo racional teleológico, e o funcionalismo de Günther Jakobs, denominado de funcionalismo sistêmico.

Embora as duas vertentes preguem a interpretação do crime à luz da função do Direito Penal e de seus objetivos, divergem amplamente. Para Roxin, a análise do delito deve partir da consideração de elementos de política criminal, visando os fins do Direito Penal, que ele identifica com a proteção de bens jurídicos, a exemplo dos finalistas. Disso decorre a denominação funcionalismo teleológico. Já para Gunther Jakobs, expoente do denominado funcionalismo sistêmico, a finalidade do Direito Penal é reafirmar a validade das normas, sem qualquer preocupação de proteção de bens jurídicos, mas com o funcionamento do sistema social; daí a designação funcionalismo sistêmico.

Em síntese, Roxin tem que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, de forma subsidiária. Jakobs, por sua vez, defende que a função do Direito Penal é reafirmar a validade da norma, reafirmando, assim, sua autoridade.

### 3. BASES DO FINALISMO

#### 3.1. Os Principais Fundamentos da Teoria Finalista da Ação

Em termos de filosofia, como forma de ser do mundo, a concepção marcante do finalismo deve ser atribuída a Aristóteles, posteriormente reproduzida por São Tomas de Aquino, que concebe a ideia de que tudo o que consta na natureza tem um fim preordenado, sendo que esta finalidade é a sua própria razão de ser. Tãmanha é a inovação filosófica que, além de enxergar a pré-ordenação da coisa, distingue-se a causa impulsionadora do acontecimento e o fim norteador da atividade. Nesse sentido, Juarez Tavares (1980, p. 54) lembra lição de Tomás de Aquino de que “a necessidade com que a flecha se move e pela qual se dirige ao alvo, foi-lhe imprimida por quem a lançara e não pertence à flecha”.

Embora se encontre, nos escritos de São Tomas de Aquino, inovações no que tange ao afastamento e distinção da causa que impulsiona o acontecimento e o fim a que se destina a atividade, tal filosofia não fora capaz de consubstanciar, por completo, a teoria finalista da ação, isso porque está demasiadamente ligada à Teologia e, assim sendo, em sua concepção quem determina a causa que impulsiona o fato é Deus. (TAVARES, 1980, p.54)

Reputa-se a dissociação entre finalismo e teologia à filosofia de Kant e Hegel. Nesse sentido, Juarez Tavares (1980, p. 54):

Com Hegel, está consagrada a separação: o finalismo será um conceito imanente à própria natureza, independentemente de entendimento extra-humano, que o assinale. Em Kant há, contudo, certo compromisso causal, pois, se por um lado, conforma-se inteiramente com a primeira tese de que a organização do mundo é finalista, nega, por outro lado, que a expressão dos fenômenos (teoria do conhecimento) possa ser reduzida sempre segundo essa finalidade. Ao contrario, afirma que essa explicação pode ser, às vezes, puramente causal.

De posse de tais premissas, o finalismo apresenta-se como conceito que regula o entendimento, destinando-se, portanto, à complementação, bem como,

da explicação mecânica dos eventos. Contrapõe-se, certa forma, à filosofia de Aristóteles, de que a compreensão se dá, unicamente, por meio da finalidade de que vem resultar os fenômenos.

Segundo Juarez Tavares (1980, p.55), os pensamentos de Kant influenciaram a filosofia de Nicolai Hartmann; os de Hegel, por sua vez, influenciaram diretamente a filosofia dialética, podendo-se citar Von Weber, Graf zu Dohna e Welzel.

É o que leciona, também, Miguel Navarrete (2009, p.26):

Pueden distinguirse, al menos, dos fases en la formulación *welzeliana* sobre la acción finalista: en una primera fase, sobre la base de la filosofía kantiana y de la Antropología jurídica, acentúa de manera especial la importancia del sentido social del concepto de acción como expresión de sentido. En una segunda fase, con influjo de la Filosofía de los valores y de la psicología del pensamiento, abandonaría progresivamente esa fundamentación social objetivizada para acercarse a posturas más subjetivistas, que fundamentaban y garantizaban su unidad en la naturaleza de las cosas, lo que da a su concepción una marcada tendencia hasta el ontologismo. Las estructuras lógicas-objetivas (o lógico-reales) se convierten, de esa manera, en un concepto central del pensamiento welzeliano.

No que tange à filosofia de Nicolai Hartmann, cumpre dizer que esta contempla as ditas camadas do ser, ou seja, a ação humana deve ser vista como algo finalístico, de finalidade estabelecida desde o seu surgimento. No desenrolar de tal atividade, passa a ser visível o delineamento de três diferentes estágios: antecipação (o propor-se ao – fim almejado pelo autor), adestramento (determinação, tendo por base o saber causal, os fatores causais necessários ao êxito da conduta) e, por fim, consumação. Sobre o tema, Juarez Tavares (1980, p.56):

No desdobramento dessa atividade, percorrem-se obrigatoriamente três estágios: primeiramente, o homem antecipa seus objetivos, quer dizer, propõe-se objetivamente o seu alcance; em seguida, adentra e põe em movimento os meios adequados a obtê-los ou a atingi-los; e, finalmente, como terceiro ato, segue sua realização.

Nesse sentido também são as considerações de Welzel (2011, p. 33):

De acordo com a antecipação mental do fim, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes, o autor leva a cabo sua ação no mundo real. Põe em movimento, conforme um plano, os meios de ação anteriormente escolhidos (fatores causais), cujo resultado é o fim junto com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a ser realizado.

Em termos de teoria jurídico-penal, a filosofia dialética, representada por Weber e Graf zu Dohna, estabeleceu distinções entre delitos ditos causais e delitos finais, tratando-os como independentes entre si, como atualmente ocorre com os delitos dolosos e culposos. Assim se deu porque fora possível perceber que, em alguns casos, presente estava não só a relação de causa e efeito, que até então determinava a ação, mas também um elemento subjetivo, que dirigia a conduta.

A teoria finalista da ação, então, vem a ser aperfeiçoada por Welzel, que coroou, através de seus ensinamentos, todo um sistema filosófico iniciado, ainda que timidamente e sem qualquer razão de ser, na Grécia Antiga.

O finalismo de Welzel surge como proposta inovadora na teoria do delito, propondo um sistema estruturalmente diferenciado dos demais anteriormente defendidos (causalismo e neokantismo), negando-se, de um lado, a separação entre ontologismo e axiologismo evidenciado na teoria causal da ação, bem como, a separação demasiada dos aspectos objetivos e subjetivos do delito, apregoada na teoria neokantista da ação. Como preleciona Cerezo Mir (1998, p. 31-32):

La formulación del concepto finalista de la acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como de la crítica de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor.

O finalismo apresenta a convicção de que o objeto fundamental de estudo da dogmática penal “deve ter como objeto básico o que é permanente, supranacional, suprapositivo da matéria jurídica (...) são as ‘sachlogische Zusammenhänge o Strukturen’ (estruturas lógico-objetivas)” (SILVA SÁNCHEZ, 2011. p. 108).

Assim, a orientação finalista de Welzel parte de base ontológica, considerando a natureza das coisas e, assim, tendo em conta que é a conduta do

homem o objeto do Direito Penal as categorias lógico-objetivas (ou ôntico-lógicas) que se apresentam como suas premissas “são, basicamente, a ‘estrutura final da ação’ e a ‘estrutura da culpabilidade’ como ‘poder atuar de outro modo’” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 111).

Sob o prisma finalista, a ação humana é o esboço da vontade final, não sendo admitido falar-se em acontecimento puramente causal. É por meio do saber causal, prévio ao acontecimento fático, que o indivíduo é capacitado a entender e determinar-se de várias maneiras, orientando o suceder causal a um fim e dominando-o finalisticamente. É o que ensina Hans Welzel (2011, p. 31):

*A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins.*

No mesmo sentido, Claudio Brandão (2002, p.24):

*A ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado.*

Somente são frutos da produção finalística as ações abarcadas pela prévia vontade, dirigidas ao fim estabelecido, compreendendo-se como fim, não só o objetivo dito final, mas os meios previamente considerados de utilidade para chegar-se ao fim, assim sendo, tudo aquilo que não passa pelo juízo subjetivo de consideração, não é produção finalística, mas mero acontecer causal.

De consequência, o que vem, basicamente, a definir o finalismo frente ao causalismo é que a finalidade é “vidente”, e a causalidade, “cega”. O finalismo visa, entre outros objetivos, coibir a norma penal de proibir suceder de atos meramente causais, ocupando-se das condutas dotadas de voluntariedade e vontade dirigidas a um fim pré-estabelecido, dado que a finalidade se fundamenta na capacidade humana de prever, embora com limites, as consequências de sua

interferência no processo causal e, por isso, conduzir tal processo em direção a um fim, de modo que, conforme Cerezo Mir (1998, p.33), “a espinha dorsal da ação finalista é a vontade consciente do fim, reitora do acontecer causal”.

Além da importância em se estabelecer que a vontade, o elemento volitivo deve ser o centro da conduta humana, também importa a distinção entre “finalidade” e “voluntariedade”, uma vez que essa última diz respeito ao fato de que um movimento corporal deve ser conduzido por vontade voluntária, desprezando-se a consequência objetivada. Nesse sentido, Hans Welzel (2011, p. 36): “A finalidade é essencial a referência a determinadas consequências desejadas, sem ela, resta apenas a voluntariedade, que é incapaz de caracterizar uma ação de um conteúdo determinado”.

Ao dizer que a ação humana comporta em sua estrutura a vontade, como elemento principal e indispensável, tem-se que o dolo está situado na própria ação. É, portanto, a principal inovação do finalismo, uma vez que o sistema causal não realiza juízo de valor a respeito da vontade ensejadora da conduta, sequer admite a presença de dolo na ação, devendo o mesmo ser analisado na esfera da culpabilidade, já que os fatos acontecem ministrados pela causalidade pura e simples.

O dolo, portanto, no ambiente finalista, é “deslocado” da esfera da culpabilidade para o plano da própria tipicidade: sem dolo não há tipo, à míngua de seu componente subjetivo.

### **3.2. O Tipo Subjetivo na Ação Finalista**

Em que pese a existência de diversas especulações sobre a motivação do surgimento da teoria finalista da ação, certo é que o próprio modelo causal reclamava uma reformulação, porquanto posicionava-se pela odiosa separação entre o objetivo e subjetivo do comportamento humano. Ainda que a teoria causal da ação tenha contribuído, significativamente, para a função limitadora da conduta

típica, alguns pontos gritavam por reformulações, dentre os quais, destacam-se o aspecto subjetivo da conduta, sem passar pela distinção entre antijuridicidade e culpabilidade, também objeto de profunda distorção naquela teoria geral do Direito Penal.

Os sistemas de ordem causal remetiam o dolo (aspecto subjetivo da conduta humana) à seara da culpabilidade, afastando-o do tipo penal propriamente dito. Com o advento do finalismo, propõe-se o dolo como integrante da tipicidade.

Partindo do pressuposto de que a vontade ou finalidade é o centro da ação humana, enquanto relevante ao sistema penal, imprescindível é a análise do intuito que a desencadeou e, ainda, querendo-se privilegiar a segurança jurídica e o princípio da congruência, indispensáveis ao bom funcionamento da ordem jurídica, deve-se forçosamente vislumbrar o dolo na figura da tipicidade, eis que o homem é o escopo maior na Constituição, sendo ainda necessário para a efetivação que o tipo se refira a ação dita finalista.

Em sede de interpretação e aplicação do Direito Penal, parece ser juridicamente impossível separar o dolo – enquanto expressão da vontade dirigida ao fim da realização do fato típico – da ação, vez que no mundo fático, são absolutamente indissolúveis. Não se pode, nessa esteira, afirmar, *v. g.*, que alguém que, pondo em movimento seu automóvel para retirá-lo da garagem de sua casa, desconhecendo totalmente a existência de um bêbado que dormia sob o veículo, o atropela e mate, tenha realizado uma *ação homicida*. Não faltou, em tal evento, apenas a culpabilidade ao motorista, como afirmaria a teoria causal, mas a própria tipicidade, em decorrência da ausência do dolo. Tal constatação resta melhor evidenciada na lição de André Stefam (2010, p. 170):

O art. 124 do CP tipifica o crime de autoaborto. Trata-se de delito punido apenas na forma dolosa. Logo, se uma gestante ingere, acidentalmente, um comprimido, desconhecendo seu efeito abortivo, não responderá pelo crime. Pergunta-se, então, por quê? E a resposta evidente é: porque o fato é atípico (a lei não pune aborto culposo). Adotando-se o sistema clássico, entretanto, teríamos um fato típico e antijurídico, pois a falta de dolo, nesse sistema, não conduz à atipicidade do comportamento, mas leva à exclusão da culpabilidade. Na prática, significa que o Ministério Público, por esse sistema, mesmo após constatar com absoluta segurança que a mãe não agiu dolosamente, deveria denunciá-la pelo crime do art. 124 do CP, cabendo ao juiz (com base no art. 415 do CPP) ou ao Júri absolvê-la. Com o sistema finalista, entretanto, tal absurdo pode ser evitado.

Importa dizer, por ser corriqueira tal confusão, que a finalidade não pode ser confundida com dolo propriamente dito.

Toda conduta é fruto de voluntariedade e finalidade, esta última despontando como “expressão do conteúdo da vontade” e, assim sendo, exteriorização do elemento subjetivo, vindo a ser um “dolo natural” (aqui concebido como sinônimo de finalidade reitora da ação) inerente às condutas humanas. A partir do momento em que a conduta humana é alvo de enfrentamentos penais, passa-se a valorar sua orientação teleológica e, então, condutas dirigidas a fins penais comportam dolo valorado. É o que bem expõe Juarez Tavares (1980, p. 61):

Finalidade é basicamente sinônimo de sentido, enquanto o dolo é conceito jurídico, relacionado ao tipo legal. É lógico que na ação há vontade dirigida a um fim. Essa vontade finalista é averiguada aí no sentido natural, sem a necessária incidência de valoração jurídica. Nos crimes dolosos, a vontade natural da ação passa a ser valorada tipicamente, tomando o nome do dolo, o que não quer significar que entre dolo e vontade da ação haja sempre identidade.

Welzel (1968, p. 225) deixa claro que, consoante seu pensamento, finalidade não é sinônimo de dolo:

A finalidade é o conceito mais geral, fundamental; designa a qualidade de uma ação de ser um acontecimento dirigido. É um conceito pré-jurídico, enquanto o dolo é um conceito jurídico, referido ao tipo objetivo que indica que a direção da ação se orienta à realização do tipo. Talvez fosse melhor ter adequado minha terminologia e denominado a ação não segundo o fim, a partir do qual e em direção ao qual se orienta (a saber, como acontecer ‘finalista’), mas sim segundo o ato de direção, ou seja, utilizado a palavra grega, hoje na moda, para designar a direção (kybernan), como acontecer ‘cibernético’. Algumas confusões teriam sido evitadas de antemão. Em todo o caso, está claro que quando a vontade de ação se dirige à realização de um tipo legal estamos ante o dolo em sentido técnico.

Como já dito, o dolo pode não se confundir com a finalidade da ação. Nesse sentido é o ensinamento de Günther Jackobs (1998, p.23):

Como es sabido, El dolo en Derecho penal no es igual a finalidad, esto es, igual al dolo consciente y dirigido hacia un fin, sino que dolo también es conocimiento de aquellas consecuencias de la acción que no se persiguen

como meta, pero sin las cuales, así como está configurada la realidad, no puede obtenerse El objetivo em caso de ejecutar la acción.

Vê-se, destarte, que o dolo é a finalidade valorada ou, melhor dizendo, desvalorada, porque é a vontade cuja direção finalista é a realização do fato típico. Toda ação, como manifestação do teor da vontade que a orienta, é final, mas para ser dolosa a ação, essa direção final há de estar assestada à prática de conduta subsumida a um tipo incriminador. Portanto, embora se possa afirmar que o dolo é natural, sua designação depende de um juízo axiológico de cunho jurídico.

No finalismo, o dolo atua como elemento geral, compondo o tipo subjetivo. Entende-se como dolo, segundo o finalista Luis Regis Prado (2010, p. 404), “a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objetivo)”. Portanto, age com dolo aquele que conhece, previamente, e quer a realização dos indicadores do tipo penal objetivo, direcionando-se de modo a alcançar o resultado.

O próprio Código Penal, no art. 18, descreve o que vem a ser dolo, taxando-o como o atuar em busca do resultado querido ou, ainda, a admissão do risco de produzi-lo. As condutas dolosas são presumidamente mais gravosas, razão pela qual recebem tratamento mais gravosa, uma vez que representam a valoração da intenção do agente e, por conseqüência, a desvalorização de sua ação.

Nesse diapasão, é perfeitamente verificável a ocorrência da vontade (dolo natural e inerente às condutas), eixo da ação, sem a verificação do dolo valorado (conceito jurídico, voltado ao tipo penal). É o caso de “A”, imaginando estar subtraindo para si, coisa não alheia, de sua propriedade, subtrair coisa alheia de terceiro. Nesse caso presente está a excludente “erro de tipo”, verificável, portanto, a vontade que engrenou a ação, mas, inexistente o dolo valorado.

Importa destacar que o resultado, como fim efetivamente alcançado não é integrante da ação, mas mera consequência direta desta; tanto é verdade que, na dogmática, discute-se a respeito da existência ou não dos delitos sem resultado, dito delitos de mera atividade.

O dolo não se subsume à obtenção efetiva do resultado, é possível a ocorrência de dolo também nos crimes tentados, em que o agente munido de vontade, voluntariedade e finalidade, dirige-se de modo a produzir o resultado

previamente visado, não o obtendo por circunstâncias divorciadas de sua vontade e atuação.

Segundo Luis Regis Prado (2010, p. 333):

O dolo deve ser atual, isto é, simultâneo à realização da ação típica, não sendo necessário que o conhecimento do agente seja exato ou preciso, em termos jurídicos ou técnicos; basta simplesmente sua valoração paralela na esfera do profano. Isso vale dizer: é suficiente que o agente tenha, no seu contexto, uma compreensão razoável, segundo conhecimento normal de uma pessoa leiga.

Voluntariedade e vontade não se confundem, embora estejam intimamente ligadas. A primeira implica na simples inervação muscular que determina o suceder de atos, de forma puramente causal, destituída de orientação teleológica, enquanto a segunda diz respeito a um resultado previamente querido, característica própria do comportamento humano.

A teoria finalista classifica o dolo em *dolo direto* (querer a produção do resultado) e *dolo eventual* (assumir o risco de eventual produção do resultado), de acordo com o preceituado no Código Penal, visando concretizar os elementos objetivos do tipo de injusto, demonstrando que os aspectos objetivos servem de modelos para a atuação finalista, afastando a vasta classificação do dolo existente na doutrina. Os dizeres de Juarez Tavares (1972, p.22) apud Luis Regis Prado (2010, p. 338), complementam esse raciocínio:

As classificações anteriores quanto às espécies de dolo devem reduzir-se, simplesmente, a duas categorias: *dolo direto e dolo eventual*. Não há *razão científica* para a apreciação da terminologia dolo de ímpeto, dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genérico, que podem somente trazer confusão à matéria que se enquadra entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas.

Passado o dolo à esfera da tipicidade, a culpabilidade, concebida como juízo de censurabilidade, passa a ocupar-se de elementos tão somente normativos, como imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

O finalismo parte do pressuposto de que o crime é o injusto culpável, adotando como base fundamental a concepção tripartida de crime, que privilegia a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta praticada. A *conduta* humana, assim, é a esteira ou base sobre a qual se assentam os atributos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, para conformação de um conceito dogmático-analítico de delito.

Com o “deslocamento” do dolo (e também da culpa, com estrutura normativa) para a tipicidade, o fato típico, primeiro dos elementos da estrutura analítica de delito, passa a compor-se de conduta, tipicidade, resultado e nexos de causalidade (evidenciado nos crimes de resultado ou materiais).

Em termos de antijuridicidade, depreende-se que o finalismo trouxe alterações ínfimas, isso porque reafirmou que as conhecidas causas de justificação deviam compor-se não apenas de critérios objetivos, mas também subjetivos. Nesse sentido as lições de André Stefám (2012, p. 171):

Age em legítima defesa aquele que repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, utilizando-se moderadamente dos meios necessários, desde que faça com a *intenção* de salvaguarda de um direito seu ou de outrem.

Ou seja, para o reconhecimento da incidência de excludente de ilicitude, no âmbito finalista, não basta o atuar, externamente, de forma objetiva, em estado de necessidade, legítima defesa ou qualquer outra justificante, é preciso querer tal atuar. Não poderia, destarte, valer-se da excludente do art. 25 do CP quem, agredindo com único propósito de lesionar, sem nenhum ânimo de defender-se, fere o que estava (sem que isso lhe fosse do conhecimento) prestes a agredi-lo.

A culpabilidade, por sua vez, ocupa-se tão somente de elementos de natureza eminentemente normativos, e não poderia ser diferente, já que o dolo não pode ser objeto de análise pura e simples normativa, como se dava nas teorias anteriores e já superadas.

### 3.3. A Estrutura Normativa dos Tipos Culposos e Omissivos

A afirmação de que a teoria finalista da ação tem bases ontológicas, dado que seus conceitos projetam-se a partir da categoria lógico-objetiva da estrutura finalista da *ação* (que repudia a separação artificial entre conduta e conteúdo da vontade em favor da dirigibilidade da ação humana, seu componente ontológico, pertencente ao mundo real, do ser), não impede que o finalismo recorra a aspectos normativos para formulação de sua concepção de conduta.

A consideração das estruturas lógico-ônticas como premissas da dogmática finalista não implica em absoluto repúdio a elementos de cunho normativo, já que o só fato de ser objeto de apreensão e regulação pelo Direito impõe à conduta ser, também, objeto de abordagem axiológica. Ao ser valorada pelo Direito, a ação humana tem, agregada à sua estrutura ontológica, uma correlação com o plano valorativo. Por isso, correto o ensinamento doutrinário de Silva Sanchez (2011, p. 109) de que “estas estruturas ou relações pertencem ao mundo real, do ser (do ontológico), mas já incorporam a dimensão de sentido, razão pela qual condicionam toda valoração que sobre elas se possa produzir de imediato”.

Portanto, pode-se afirmar que a estrutura ontológica da conduta, no finalismo, deve ser vinculante para o Direito, mas não excludente de aspectos normativos que se lhe possam adicionar. Consoante Regis Prado (2006, p.297), deve-se partir “de um conceito ontológico de conduta, ao que se agrega, a posteriori, a devida valoração, o aspecto axiológico”, podendo-se afirmar, assim, em uma ação onto-axiológica.

### 3.3.1. A conduta culposa na teoria finalista

Tal como ocorre nos delitos dolosos, no âmbito da teoria finalista os delitos culposos pautam-se, também, na vontade como elemento central da conduta final. A culpa pertence, também, à tipicidade.

Nos primórdios da formulação da teoria finalista da ação, entretanto, Welzel encontrou sérias dificuldades para, dentro dela, explicar os delitos culposos, denominados na doutrina espanhola de delitos *imprudentes*. Tal dificuldade decorre, basicamente, do fato de que o resultado, nos crimes culposos, situa-se fora do âmbito da direção de vontade do agente, o que emperrou uma explicação da conduta imprevidente como ação finalista.

Bem por isso, Cerezo Mir (1998, p.34) lembra que “la critica de la doctrina de la acción finalista se ha centrado principalmente en las dificultades con que tropieza en los delitos imprudentes”.

É que nos delitos culposos, o evento danoso se produz de maneira puramente causal, sem que o agente o tenha querido, ainda que por mero assentimento à sua eclosão. Aliás, na dita culpa inconsciente, nem é preciso sequer que o agente tenha previsto o resultado.

Diante dessas críticas, Welzel reformulou sua teoria, procurando, inicialmente, superar a questão do crime culposos com a teoria da *finalidade potencial*, segundo a qual, enquanto nos crimes dolosos há uma atividade finalista *real*, no âmbito dos delitos culposos dá-se uma produção do resultado que seria, conforme ensina Cerezo Mir (1998, p. 34) “evitável mediante uma atividade finalista”. Tal solução não era satisfatória, já que ela não propiciava a formulação de um conceito unitário de ação que englobasse tanto os fatos dolosos quanto os culposos, porque se estes são os que seriam evitáveis por uma atividade finalista, não constituem uma real ação finalista.

Welzel, à vista de tal argumento, abandonou também a teoria da finalidade potencial e passou a afirmar que também nos delitos culposos há, sim, uma atividade finalista; entretanto, diversamente dos delitos dolosos, nos culposos a

atividade final é irrelevante sob o prisma jurídico-penal, já que o agente não orienta sua vontade no sentido da realização do tipo, mas para a consecução de um propósito lícito qualquer. Produz o resultado típico por má escolha dos *meios* ou por má condução do *modo* de executar a conduta finalista. Nesse sentido, esclarece Cerezo Mir (1998, p. 34-35):

Los tipos de los delitos imprudentes, dice Welzel, se ocupan (más que de los fines) de la forma de ejecución de la acción finalista en relación con aquellas consecuencias socialmente no deseadas que el autor confía en que no se produzcan, o en cuya producción ni siquiera piensa.

Na verdade, há um deslocamento da culpa *stricto sensu* do campo ontológico para o normativo, punindo-se o resultado causado por imprevidência não porque a conduta do agente orientou-se para ele, mas porque o causou em virtude de inobservância de regras de cuidado que deveria ter atendido na realização da sua atividade. Ou seja, conforme Regis Prado (2006, p. 363), “no delito culposo, a censura penal reside exatamente na infração ao dever objetivo de cuidado”, atribuível ao agente com fundamento normativo, justamente porque sua conduta, consubstanciando uma discrepância entre o que ele almejava e o que efetivamente realizou, é fruto de uma conduta mal conduzida para um fim geralmente indiferente para o Direito Penal.

Só isso, entretanto, não implica afirmar, como bem observa Cerezo Mir (1998, p. 35-36), que a ação finalista real, presente em todo crime culposo, é totalmente irrelevante para o Direito Penal, já que “en los tipos de los delitos imprudentes se compara precisamente la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigida por el Derecho”. Portanto, a ação finalista do crime culposo não é completamente irrelevante sob o aspecto penal: serve, ao menos, como parâmetro de cotejo para identificar o desvio do cuidado objetivo caracterizador da culpa *stricto sensu*.

A culpa comporta estruturação diferenciada, já que nos delitos dolosos pune-se a ação ou ainda a omissão dirigidas a um fim ilícito e nos culposos evidenciam-se, segundo Luiz Regis Prado (2010, p. 341), “critérios normativos de atribuição de sentido à conduta”, punindo-se a má atuação dirigida ao fim, que pode ser lícito ou, ainda, ilícito.

Verifica-se uma efetiva contradição entre o querido e o alcançado, onde a direção finalista da ação não é compatível com a norma de cuidado e proceder, oportunidade em que se verifica a culpa.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado, (2010, p. 341):

O que realmente importa na configuração do injusto culposos vem a ser a infração do cuidado objetivo devido, ou seja, a presença de uma conduta descuidada (ou conduta perigosa antecedente). Melhor explicando: a ação descuidada é o primeiro elemento do tipo do delito culposos. É ela uma ação final ainda que o fim ao qual se dirija seja indiferente para o Direito. O Direito não desvaloriza essa ação final por sua finalidade senão por ser realizada de forma descuidada.

Na conduta culposa, sob a concepção finalista, o desvalor reside não na finalidade impulsionadora da conduta, mas na quebra do dever de cuidado quando na realização de determinada conduta.

### **3.3.2. A omissão dolosa na concepção finalista**

Também os tipos omissivos apresentam, no finalismo, a exemplo dos delitos negligentes, estrutura normativa. Punem-se os tipos omissivos, tanto dolosos quanto culposos, porque o agente, no primeiro caso, não realizou uma atividade finalista que o direito lhe exigia como decorrência de um querer dirigido finalisticamente, e no último, porque sua não atuação como esperada pelo Direito deveu-se à inobservância do dever de cuidado objetivo.

É que não há que se falar, no âmbito dos delitos de omissão, sejam dolosos ou culposos, que a inércia do omitente causou o resultado. Na mera passividade do sujeito resta evidente “a impossibilidade de originar-se qualquer processo gerador de um resultado, sendo este último imputado sem a existência de qualquer nexos causal” (PRADO, 2006, p. 308), portanto, tal imputação objetiva é de cunho normativo. Com efeito, a inércia nada produz, nada causa, de forma que nenhuma causalidade se pode apontar na mera omissão (*ex nihilo nihil fit*).

A estrutura dos tipos omissivos, destarte, é de natureza normativa; o que, entretanto, não significa que na omissão não existam bases ontológicas. Armin Kaufmann, embora não vislumbrando finalidade na omissão, reconhece uma nota comum aos conceitos de ação e omissão, que é a *capacidade de ação*, como adverte Cerezo Mir (1998, p. 39):

La omisión no es un concepto negativo (no acción), sino limitativo; es la no acción con capacidad concreta de acción. La capacidad de acción es, según Armin Kaufmann, la nota común a los conceptos de acción y de omisión. Conducta es “La actividade o pasividad corporal comprendidas en la ‘capacidad’ de dirección finalista de la voluntad”.

Assim, pode-se afirmar que também a conduta omissiva é finalista, já que é dominada pela vontade e por esta orientada à consecução de um fim, embora esse fim não seja imputado ao omitente porque o causou, mas sim, porque, devendo e podendo interferir no seu processo causal para impedi-lo, omitiu-se. E essa omissão, para ser punida a título doloso, deve ser, necessariamente, orientada finalisticamente no sentido de, pela inércia, permitir que o processo causal deflagrado por fatores outros que não a conduta do omitente produza o resultado visado como meta finalista do omitente.

Não merece maiores considerações a questão do tipo omissivo culposo sob o enfoque finalista, já que a ele se aplica tudo o quanto se disse a respeito da conduta culposa, que tem a mesma estrutura normativa, sem afastar-se totalmente de bases ontológicas, tanto quando se fala em culpa *stricto sensu* por comissão como quando tal culpa manifesta-se numa omissão: em qualquer caso, o evento danoso é punível porque o agente (ou omitente) deixou de diligenciar regras de cuidado objetivo que lhe eram exigíveis e, com isso, causou naturalisticamente o resultado (no fato culposo comissivo) ou deixou de interromper (no fato culposo omissivo) o curso causal que levou ao resultado. Tal resultado, seja na comissão seja na omissão culposa, está fora do alcance finalista porque é um evento não querido pelo agente ou omitente.

## 4. BASES DO FUNCIONALISMO

O funcionalismo busca a superação do paradigma ontológico-positivista, visando aniquilar a idéia de uma teoria do delito composta, puramente, por elementos descritivos. Tal posicionamento surge, em parte, reafirmando o que a doutrina já preconizara em momento anterior, quando no neokantismo.

Pode-se, efetivamente, afirmar a existência de uma relação de origem entre o neokantismo, ou sistema neoclássico de delito, e o funcionalismo. É que o sistema neokantiano, no afã de afastar-se e superar os paradigmas naturalistas do causalismo clássico, construiu o que a doutrina denomina de *dualismo metodológico*, no qual o *ser* e o *dever ser*, isto é, o ôntico e o deontológico apresentam-se em sítios absolutamente estanques, separados por um muro intransponível, do que resultou um extremado normativismo. Sendo, embora, um sistema referido a *valores*, o sistema neokantiano não os seleciona para a justificação de suas normas, por entender que tal tarefa seria cientificamente impossível. O funcionalismo, partindo também de referência a valores, faz a eleição de valores político-criminais referentes aos fins do Direito Penal e da própria pena.

Nesse diapasão é o escólio de Luís Greco (2000, p. 127):

O neokantiano chega até a referir-se a valores (método referido a valores), mas não opta entre eles, por julgar uma tal opção cientificamente impossível. E é aqui, na substituição de valorações difusas e não hierarquizadas do neokantismo por valorações político-criminais referidas à teoria dos fins que possuem a pena e o direito penal dentro de um Estado material de direito, que assenta o funcionalismo.

Pretende-se a existência de fundamentação não só para o sistema penal, mas para a própria imputação exteriorizada, justificando internamente os elementos que compõem o delito.

Nesse sentido, os ensinamentos de Paulo Cesar Busato (2011, p.191):

A verdade absoluta, a ideia de uma realidade unívoca, própria das teorias ancoradas em pressupostos ontológicos é substituída pelo reconhecimento da plurivocidade da realidade, da co-existência de distintas formas de interpretação. Isso conduz, naturalmente, ao envio dos problemas jurídico-penais para uma solução no campo axiológico dos valores que subjazem ao próprio sistema penal.

O funcionalismo tem o seu raciocínio voltado, diretamente, às consequências, bem como efeitos da aplicação da lei penal, como medida de repressão e não somente a adequação do fato e, conseqüentemente, a aplicação, a um sistema pré-estabelecido, mecanicamente.

A função do direito penal passa a ser o ponto de partida quando da tomada de qualquer decisão a respeito da imputação penal. Os partidários do funcionalismo, como preleciona Luís Greco (2000, p. 132), fazendo expressa menção a palavras de Roxin, entendem que a edificação do sistema penal “não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal”, e nisso afastam-se das concepções do finalismo lastreado na natureza das coisas.

Com efeito; em tal sistema, segundo Eduardo Montealegre Lynett (2005, p.11), “o injusto e a culpabilidade não se inferem de estruturas lógico-objetivas, preexistentes... o conteúdo dos elementos da teoria do delito depende dos fins e funções que cumpre o direito”.

Entretanto, ocorre que, em se tratando de definir os contornos da teoria do delito, a doutrina resta um tanto quanto alvoroçada e divergente e, no funcionalismo tal realidade é amplamente visualizada, na medida em que despontam ao menos duas perspectivas de funcionalismo, o teleológico e o sistêmico. Referida distinção pauta-se, principalmente, no enfoque das funções e missões do direito penal enquanto sistema.

Para uma vertente funcionalista, designada Teleológica ou Racional, cujo expoente mais destacado é Claus Roxin, o sistema deve ter como paradigma exclusivamente os fins do Direito Penal, e este tem por escopo precípua a tutela de bens jurídicos. Na concepção de outro ramo funcionalista, dito Sistêmico, este preconizado por Günther Jakobs, a missão do Direito Penal não é a tutela de bens jurídicos, mas a proteção ou reafirmação da validade das normas.

É o que bem pontua Luis Regis Prado (2010, p. 108):

Essa tendência é marcada especialmente por dois movimentos: um, de caráter moderado, que busca permear o sistema jurídico-penal de aspectos teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico); o outro, de matiz radical, que procura a renormatização total do sistema penal, em bases sistêmicas (normativismo funcional sistêmico). A distinção entre ambos está no ponto de partida da renormatização do sistema e suas categorias e no grau de absolutização do fator metodológico funcionalista. Mas a diferença principal reside nas referências funcionais em razão das quais se assinalam conteúdo aos conceitos. Ademais, o primeiro se preocupa com os fins do Direito Penal, e não só com os fins da pena, como o segundo.

## 5.1 O Funcionalismo Teleológico

O funcionalismo tem como elementar estruturante o fato de considerar que a teoria do delito, para melhor atender às necessidades fáticas, deve voltar-se à função político-criminal do Direito Penal.

Na ótica de Claus Roxin, o Direito Penal tem como escopo a função protetora subsidiária de bens jurídicos, devendo ser visto como instrumento de *ultima ratio*, surgindo a real necessidade de integração entre a fundamentação de ofensa ao bem jurídico e fundamentação da categoria do próprio delito. As decisões político-criminais são cercadas por critérios teleológicos, procurando adequar a existência da norma e sua aplicação, com a realidade social.

Luis Regis Prado (2010, p. 108) sustenta que o funcionalismo teleológico apresenta-se mais como “método de construção do sistema do que uma nova teoria do delito”.

Roxin defende a idéia de que a pena comporta duas funções, quais sejam, preventiva geral, ou seja, imposição limitadora genérica e, a reafirmação da vigência da norma, protegendo, por conseguinte, o bem jurídico. Nesse sentido, Luis Regis Prado (2010, p. 109):

Dentro dessa perspectiva, atribuem-se funções políticas-criminais a cada categoria do delito: atribui-se à ação uma função limitativa; preventivo-geral e garantista ao tipo; solução de conflitos sociais e de unidade da ordem jurídica à ilicitude e realizadora da política-criminal da finalidade da pena à culpabilidade. A ação é valorada no tipo de acordo com a necessidade abstrata de pena, cujo fim é preventivo geral.

No mesmo sentido, Paulo Cesar Busato (2011, p. 192):

Roxin parte de uma idéia a respeito do Direito Penal, identificada com a proteção subsidiária de bens jurídicos e a respeito da pena, que deve ter um caráter preventivo geral e especial, para chegar à composição de um novo modelo de sistema de imputação.

Ocorre que, ainda que se visualize a função preventiva geral e especial da norma, o funcionalismo teleológico não se ocupa da questão da retribuição, razão pela qual a culpabilidade aparece, tão somente, como limite à imposição de sanções. A ideia de pena como retribuição é repelida em favor de “uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos, ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral) ou sobre o autor do delito (prevenção especial).” (GRECO, 2000, p. 132).

É no funcionalismo teleológico que a teoria do erro de tipo ganha ênfase, já que o tipo, além da função de prevenção geral-negativa, comporta, ainda, função dogmática de descrever, com precisão, as condutas taxadas como ilegais e arbitrárias, de modo que o desconhecimento dos parâmetros estabelecidos no tipo penal enseja a ausência de dolo e, por conseguinte, o erro de tipo. No funcionalismo teleológico de Roxin, a figura da tipicidade não mais se verifica como simples adequação do fato à norma incriminadora.

Como bem pontuado por Paulo Cesar Busato (2011, p. 193):

A delimitação entre dolo e imprudência já não decorre simplesmente de análise binária de ausência ou presença de elementos psicológicos como a vontade ou o conhecimento, mas se ancora precisamente no questionamento a respeito da adequação ou não da aplicação da pena pelo delito doloso, ou seja, se leva em conta a necessidade ou não do recrudescimento da resposta penal.

A antijuridicidade, por sua vez, ocupa-se não simplesmente da contrariedade àquilo que resta preceituado no ordenamento jurídico, mas, também, passa a ocupar-se da pacificação dos conflitos de ordem social e individual.

Por outro lado, a culpabilidade se atém à questão da responsabilidade pela conduta perpetrada e não somente da questão da reprovabilidade das condutas, eis que, sobre diversas condutas podem recair o juízo de reprovabilidade, mas, nem todas contemplam o juízo de responsabilidade.

## **5.2. O Funcionalismo Sistêmico**

O funcionalismo sistêmico surge em um segundo momento, também pautado nas ideias preconizadas por Roxin, porém, em uma perspectiva absolutamente distinta. O funcionalismo sistêmico tem como preconizador principal Günther Jakobs, que direcionou seus ensinamentos no sentido de que o Direito Penal tem como missão, nas palavras de Paulo Cesar Busato (2011, p.194), “a busca do reconhecimento da necessidade de estabilização normativa”.

Assim, para Jakobs o fim do Direito Penal e a utilidade das penas não é fornecer tutela a bens jurídicos, mas assegurar e reafirmar a vigência das normas. Para ele, “o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas”. (JAKOBS, 2005, p.33)

Entende Jakobs que as normas funcionam como regulação das relações sociais, as quais pressupõem expectativas de comportamento que a norma exige de todos e de cada um e tem como escopo assegurar. A violação da norma é a não realização dessa expectativa, que deve gerar reações, dentre as quais a imposição da pena, como fator de estabilidade social.

A pena, assim, não é posta para a tutela de bens jurídicos, mas da validade da norma. É o que se extrai de sua docência (JAKOBS, 2005, p. 50):

As normas são a estrutura da sociedade, ou seja, são a regulamentação do conteúdo daquelas relações entre pessoas que podem ser esperadas e que com o contrário não se deve contar. Uma vez que se trata das relações entre pessoas, e não somente de um indivíduo e sua situação individual, as normas são um tema social, e sua estabilização é a estabilização da sociedade (...). Para que a sociedade não só exista de modo imaginário, e sim verdadeiro, suas normas devem ter vigência... Uma norma vigora, enquanto possa ser seguida como válida e o seu desrespeito não, ou seja, enquanto ela, e não seu desrespeito configure a estrutura da sociedade (...) O fato e a pena encontram-se no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade; enquanto a pena é a marginalização dessa negação, ou seja, a confirmação dessa estrutura.”.

A norma é o elemento central próprio do sistema jurídico e, o Direito Penal, como subsistema jurídico, ocupa-se, tão somente, de estabilizar a norma, reafirmando seu caráter proibitivo. Estabilizando-se a norma atinge-se a estabilização da própria estrutura social. O Direito Penal busca, por meio de aplicação de normas, sobretudo, reafirmar à sociedade a vigência da norma que foi usurpada pelo agente. Assim, Paulo Cesar Busato (2011, p.194), partindo do escólio de Jakobs:

Não se pode considerar como missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, isto sim, reafirmar a vigência da norma, devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento. [...] Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma.

De plano, depreende-se que o funcionalismo sistêmico proposto por Jakobs tem como elementar partir de um sistema absolutamente fechado. Nas palavras de Luis Regis Prado (2010, p. 110):

O Direito é, então, um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo *normativamente* fechado. A sua particularidade como sistema social é ser *normativo*. O Direito, como regulador social, delimita o âmbito das expectativas de conduta.

Nota-se que, com o funcionalismo sistêmico, a dogmática acabou por afastar-se, senão por completo, em grande parte, da autonomia valorativa que lhe era marcante, tornando-se obsoleta e estreita, pautada em constatações empíricas sobre a função primordial do subsistema penal no contexto social.

A função do Direito Penal no funcionalismo sistêmico é apenas preventiva geral positiva, visto que ao conceituar o delito como imputável, o faz tomando por base os fins da pena. Nesse sentido, Jakobs (2003, p. 09) apud Luis Regis Prado (2010, p. 111):

A pena deve ser definida positivamente: “É uma mostra da vigência da norma à custa do responsável”. É uma reação diante da infração à norma, pela qual são reafirmadas tanto a sua vigência como da ordem jurídica. Isso resulta da confiança adstrita às normas e da fidelidade ao Direito.

Quer-se afirmar que o comportamento transgressor não é dominante e delineador, mas que a norma, ainda que transgredida, com a aplicação da pena, continua a afirmar-se e apontar o sentido a ser seguido. A pena é, tão somente, a resposta jurídico-penal que vem a confirmar a norma, que é sua própria razão de existir.

O funcionalismo sistêmico parece tratar a antijuridicidade de modo parecido àquele tratado nas teorias que concebem a exclusão da antijuridicidade como elemento negativo do tipo (concepção que, como é sabido, tem fundamento no neokantismo). A culpabilidade, por sua vez, restringe-se à motivação que leva a cabo a conduta em desconformidade com a norma. Nas palavras de Paulo Cesar Busato (2011, p. 195):

Trata-se, sem dúvida alguma de uma evidente pretensão de determinação do comportamento conforme a norma, muito mais próximo da intenção de uma regulação moral do que jurídica, com tintas nitidamente totalitárias.

O ponto principal de críticas ao funcionalismo sistêmico, ou fechado, para alguns, é deixar o legislador demasiadamente livre, sem qualquer paradigma a ser observado, sem qualquer prévia vinculação à construção da norma jurídica, considerando somente o aspecto social da conduta, objetivando alcançar a sociedade somente com a aplicação da pena, por meio da reafirmação da vigência da norma. Ocorre que, para fins de segurança jurídica, o tipo penal ou a conduta deve estar vinculada às garantias individuais, que não se podem desgarrar completamente de bases ontológicas, e não a um sistema que despreza o homem e suas implicações, preocupando-se tão somente com a norma e sua eficácia.

### **5.3. Principais Pontos de Distinção entre o Funcionalismo Teleológico e o Funcionalismo Sistêmico**

Malgrado tenham como ponto de partida comum que a edificação do sistema jurídico-penal há de nortear-se pelos fins da pena tão somente, sem preocupação em lançar lastros no mundo do ser, e mercê disso guardem muitos pontos em comum, várias também são as diferenças perceptíveis entre o funcionalismo teleológico-racional de Roxin e o funcionalismo sistêmico de Jakobs.

Da análise do funcionalismo teleológico, apregoadado por Claus Roxin, depreende-se que o Direito Penal tem como finalidade, principalmente no que tange à aplicação da norma, a proteção de bens jurídicos elencados pelo legislador, sendo certo falar em proteção até mesmo dos direitos do transgressor, perfazendo-se na concepção de prevenção geral positiva e, também, especial. O fim do Direito Penal a que a norma deve ater-se, portanto, é, senão exclusiva, mas ao menos precipuamente, é a tutela de bens da vida eleitos pelo ordenamento jurídico para receber o escudo representado pela imposição de pena àqueles que os agridem ou põem em perigo.

Por outro lado, sob o prisma do funcionalismo sistêmico, a meta do ordenamento penal não é a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes. Preconiza um Direito Penal que, por meio da aplicação da norma, voltado à sua reafirmação frente à sua transgressão, protege a própria validade da norma, ou seja, anela de forma precípua a prevenção geral, ocupando-se da vigência da norma.

Portanto, os sistemas funcionalistas teleológicos e sistêmicos distinguem-se, evidentemente, pelo objeto de proteção. Enquanto o primeiro ocupa-se da proteção a bem jurídico de ordem fundamental, o segundo, em um prisma extremamente radical, defende a aplicação do Direito Penal, por intermédio de sanções, para reafirmar a própria vigência da norma, devendo esta sempre prevalecer frente à conduta transgressora a seu mandamento textual.

Pode-se ainda listar, como paradoxo de diferenciação, a questão do método de admissão, vez que o funcionalismo de Roxin é permeado por critérios políticos-criminais, não afastando, por completo, a análise ontológica; enquanto o funcionalismo de Jakobs adota um método absolutamente normativo, muito mais afastado de preocupações com a natureza das coisas.

É o que assinala, com acerto, Paulo Cesar Busato (2011, p. 196):

Outro aspecto muito importante referido por Roxin é que sua idéia de funcionalismo presume a pretensão de converter os princípios orientadores de um Estado social e democrático de Direito em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos, enquanto que nos pressupostos sistemático-teóricos de Jakobs não existe nenhum conteúdo nem orientação político-criminal.

#### **5.4 A imputação Objetiva no Âmbito Funcionalista**

A rigor, toda teoria ou critério que tenha por escopo solucionar a questão de fazer uma vinculação, de modo juridicamente válido, justo e racional, entre um fato constitutivo de infração penal e uma determinada pessoa, como obra sua, para além da mera relação causal naturalista, é uma teoria de imputação objetiva.

Por isso, não é descabido afirmar-se que todas as teorias que, durante a evolução histórica da ciência do Direito Penal, buscaram esse propósito, procurando restringir, unguindo-a com limites normativos, a relação entre uma conduta humana e um evento típico, podem, *lato sensu*, receber a designação de teorias de imputação objetiva.

Por isso é que os critérios de imputação preconizados por Roxin são comumente designados na doutrina de imputação objetiva do resultado.

Nessa esteira, de acordo com Juarez Tavares (2000, p. 210-211), bem como Luis Regis Prado e Érika Mendes (2006, p.50), podem, *grosso modo*, ser tidos também como critérios de imputação objetiva, todas as teorias que buscaram conter

o demasiado elastério da teoria da *conditio sine qua non* ou da “equivalência dos antecedentes”, criada por Julius Glaser e sistematizada posteriormente por Von Buri, segundo a qual, radicada numa concepção clássica de delito e sua ideia de ação desprovida de qualquer conteúdo axiológico, tudo o que, mesmo remotamente, tenha contribuído para a eclosão de um resultado, deveria ser considerado causa sua, propiciando o incorreto e injusto processo de regressão da imputação *ad infinitum* (como se trata de pura causalidade física, é possível identificar como causa tudo o que precedeu ao resultado e que, de alguma forma, tenha contribuído materialmente para sua ocorrência).

Desse modo, várias teorias ditas individualizadoras, porque tinham por escopo limitar o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes e estabelecer uma justa e razoável individualização da imputação de um fato a uma determinada pessoa, entram nesse rol: a) a teoria da causalidade adequada, que parte de um juízo de possibilidade ou de probabilidade de nexos entre o evento precedente e o resultado, elege como causa apenas o que, com base no saber nomológico (experiência histórica atual da humanidade) e nos conhecimentos efetivos ou potenciais do autor (saber *ontológico*), é adequado à produção do evento típico. Conforme Luis Regis Prado e Erika Mendes (2006, p. 52-53), cuida-se de um verdadeiro critério de *seleção* de causas, a partir de uma fórmula *objetivo-subjetiva*; b) a teoria da *condição mais eficaz*, segundo a qual “causa de um acontecimento é aquela que, dentre as condições do resultado, contribuiu de forma mais eficaz que as outras para a sua produção” (PRADO; CARVALHO, 2006, p. 51); c) a teoria da causalidade subjetiva, decorrente do surgimento da teoria finalista, para a qual a ação é a expressão do conteúdo da vontade e, portanto, revestida de um sentido, de modo que se exclui do conceito de causa tudo o que não foi realizado pelo agente como expressão de sua vontade finalista. Por tal teoria, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 183), a relação “entre a conduta humana e o resultado é uma ‘relação valorada’, que deve ser aferida conjuntamente com o ‘vínculo subjetivo’ do agente”.

O rol acima, à toda evidência, é meramente exemplificativo, já que diversas foram as tentativas da dogmática penal de afastar-se da concepção de imputação do resultado radicada no critério da *conditio sine qua non*, de bases causais-naturalistas.

De acordo com Luis Regis Prado e Erika Mendes (2006, p.35), doutrinadores de nomeada como Schüneman e Cancio Meliá, dentre outros, atribuem as primeiras origens da moderna teoria da imputação aos postulados de Hegel, no início do século XIX, no sentido de que o juízo de imputação é um juízo teleológico, e não causal, já que só se podem imputar ao indivíduo, como ação sua, aqueles resultados que, juntamente com a ação dirigida pela sua vontade, formarem uma unidade.

Karl Larenz, segundo Luiz Otavio de Oliveira Rocha (2001, p. 53-69), nas primeiras décadas do século XX, voltou ao estudo da imputação objetiva para contrapor-se ao dogma da causalidade natural, estribado nos princípios lançados por Hegel, mas dele divergindo, porquanto, diversamente deste último, preconiza que os conceitos de finalidade e de imputação devem ser considerados em sentido objetivo e não subjetivo, o que permite que a imputação espraie-se não só aos fatos queridos (dolosos), como também aos que poderiam ter sido alcançados pela vontade do agente, isto é, os fatos culposos (cf. PRADO; CARVALHO, 2006, p. 39).

Richard Honig, na mesma época, também se debruçou sobre o tema, centrando-se, diversamente de Larenz, no resultado, e não na ação, e estudando a imputação objetiva sob a perspectiva da significação jurídica da relação de causalidade. Preconiza que o importante não é a simples verificação de uma relação de causalidade entre ação e resultado, mas a relação jurídica especial que emerge entre eles; ou seja, não basta constatar a existência da relação de causalidade, é preciso fazer incidir sobre ela, para que se possa atribuir um determinado evento a alguém, um juízo axiológico.

Portanto, Larenz e Honig já propõem critérios restritivos do alcance amplo da relação de causalidade concebida pelo dogma da causalidade natural a partir da introdução de uma carga normativa.

Entretanto, a concepção hegeliana de ação como manifestação de vontade valorada, e também os postulados de Larenz e de Honig, restaram adormecidos por muito tempo, mercê da preponderância do pensamento positivista jurídico que alimentava a concepção causal-naturalista de delito.

Tais teorias, entretanto, sempre procuraram averiguar ou estabelecer se um resultado, em sua concepção naturalística ou pré-jurídica, poderia ser

considerado como obra de um indivíduo. Com o advento das doutrinas funcionalistas, contudo, o tema imputação objetiva ganhou um significado próprio e especial, porque, segundo ensinamentos de Wolfgang Frisch (2000, p. 25-26), busca identificar a imputação com critérios “genuinamente jurídicos: o sujeito ao qual se pretende imputar o resultado produzido (como injusto) deve ter criado o perigo desaprovado de sua produção... perigo este que, ademais, deve se concretizar no resultado...”.

Nisso é que reside o aspecto inovador da imputação objetiva no cenário da doutrina funcionalista e dá ensejo à retomada de sua relevância na dogmática penal. Ilustrativo, a respeito o escólio de FRISCH (2000, p. 25-26):

En el centro de las nuevas argumentaciones a favor de la categoría de la imputación objetiva se halla – en todo caso – la cuestión de bajo qué condiciones la producción de un resultado puede ser atribuída al agente. Mientras que para HONIG solo tiene importancia un momento prejurídico, o más exactamente, una realidad previa que el Derecho ha de considerar, en la actualidad son criterios específicamente jurídicos los que ocupan el lugar fundamental...

Este esquema articulado de manera más o menos precisa conduce a no imputar al autor el resultado causado (y objetivamente apto para ser perseguido como fin) cuando aquél no há aumentado el riesgo de su producción, sino que, por el contrario, lo ha disminuido. Dado que el ordenamiento jurídico no puede prohibir la disminución de un riesgo, ho hay fundamento alguno (en el ámbito del hacer positivo) para atribuir al autor la consecuencia producida (como resultado del injusto).”

Nos anos 60, Roxin inicia a construção de uma teoria de imputação objetiva divorciada do dogma causal, fundada na ideia do risco para responder se um determinado resultado deveria ser atribuído (imputado) a uma certa conduta: com base nesse princípio do risco, a imputação se resolve investigando se a conduta do autor – que deve ser dominável pela vontade e dotada de previsibilidade – provocou ou não um risco juridicamente relevante para o bem jurídico protegido, e tal verificação deve ser feita de forma objetiva, independente e antes de qualquer indagação sobre dolo ou culpa.

Assim, na teoria de Roxin, a imputação objetiva norteia-se pela ideia da produção, pela ação do agente, de um risco juridicamente desvalorado que se concretiza em um resultado típico.

Hans-Heirich Jescheck (1993, p. 258), citando escólio de Roxin, assevera que:

Sólo puede ser ser objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición) cuando la misma há creado, para su objeto protegido, una situación de peligro jurídicamente prohibida, y el peligro se há materializado en el resultado típico.

O tema “imputação objetiva” proposto pelo funcionalismo emergiu, por isso, com considerável intensidade, ao campo de estudo e discussão do Direito Penal moderno, consistindo em relevante objeto de apreciação.

A imputação objetiva surge sinalizando no sentido de uma normatização conceitual, tendo em vista os ditames funcionalistas.

De acordo com os ensinamentos de André Stefam (2012, p. 205):

De modo sucinto, pode-se dizer que a teoria geral da imputação objetiva (conforme concebido por Roxin) consiste num conjunto de pressupostos jurídicos que condicionam a relação de imputação (atribuição) de um resultado jurídico (ou normativo) a um determinado comportamento (penalmente relevante).

De acordo com André Stefam (2010, p. 205), quem primeiro introduziu essa ideia de imputação objetiva no campo de aplicação do Direito Penal foi Roxin; entretanto, quem cuidou de aplicar a imputação objetiva aos problemas de cunho jurídico foi o civilista Karl Larenz, em 1927, quando da defesa de sua tese de doutorado, intitulada “A teoria da imputação objetiva de Hegel e o conceito de imputação objetiva”. Tentou-se, a partir de então, estabelecer critérios e pressupostos objetivos a fim de estabelecer as consequências das condutas que estivessem à contramão do disposto no ordenamento jurídico, como norma.

Na esfera penal, em 1930 surge, através do artigo “Causalidade e imputação objetiva”, cuja autoria é atribuída a Richard Honing, a necessidade e preocupação em se estabelecer critérios normativos e inflexíveis para a atribuição de consequências às condutas desregradas, devendo o aplicador do direito inovar, criando mecanismo que pudesse relacionar a ação, efetivamente levada a cabo, e o resultado advindo da mesma.

Em 1970, com excelência, Claus Roxin compartilha suas *“Reflexões sobre a problemática da imputação objetiva”*, pugnando pelo abandono da causalidade material, e apresentando uma teoria de imputação objetiva que deveria substituir a relação de causalidade, tendo por base o princípio do risco, ideia essa que não consta nas primeiras aproximações da teoria da imputação objetiva formuladas por Larenz e Honing. Ponto de distinção entre a teoria moderna da imputação objetiva e aquelas anteriormente formuladas é que a teoria moderna destaca alguns “critérios de exclusão da efetiva imputação” e, as teorias antigas não fazem menção a tal hipótese, cuidando apenas de não incluir os resultados ditos como imprevisíveis.

Ainda que tenha, a princípio, rejeitado a utilização da relação de causalidade, sob um aspecto ontológico, quando na aplicação do Direito Penal, os estudos mais recentes de Roxin apontam no sentido de que se faz necessário avaliar a relação de causalidade, vez que, na prática, essa se mostra indispensável.

Nesse sentido Claus Roxin (p. 270) *apud* André Stefam (2010, p. 207):

Uma tal imputação objetiva, nos delitos comissivos, é de antemão impossível se o autor não causou o resultado. Quando, por ex., não se puder comprovar que um determinado medicamento é causa das lesões ocorridas nos pacientes com ele tratados, não se pode considerar que o fabricante do medicamento tenha lesionado alguém. Por causa disso, a teoria do nexo de causalidade (ao menos nos delitos comissivos, os únicos de que aqui se vai tratar) é o fundamento de toda imputação ao tipo objetivo. O primeiro pressuposto de toda a realização do tipo é sempre que o autor tenha causado o resultado.

Atualmente, a teoria da imputação objetiva busca prescindir da relação de causalidade o quanto possível, em favor de fundamentos de ordem normativa para estabelecer a relação de imputação.

Depreende-se, na teoria da imputação objetiva preconizada por Roxin a estruturação a partir de três níveis, quais sejam, criação de risco relevante e proibido, realização do risco e o fato de que o resultado esteja dentro do âmbito do tipo.

É fundamental que o sujeito tenha concorrido para a conduta causadora do risco, produzindo este ou o aumentando; do contrário, ter-se-á o “fato atípico”, consubstanciado na ideia de riscos ditos irrelevantes ou aceitáveis para o

homem mediano. Produzindo o sujeito um risco permitido, não há que se falar em imputação objetiva de resultado para a conduta. Nas palavras de André Stefam (2010, p. 208):

Consideram-se riscos permitidos os autorizados em face de sua utilidade social, como o decorrente do tráfego de automóveis (dentro das regras de trânsito), a correta utilização da *Lex artis* (no caso da Medicina ou da Engenharia, por exemplo), a prática de esportes, dentre outros.

Nas relações em que recaia o princípio da confiança, onde se espera que a outra pessoa atue conforme o direito, também pode ser invocada a questão do risco permitido. É o caso do motorista de veículo, trafegando na via preferencial, que confia que o outro condutor, que trafega em via tributária, aguardará sua passagem. Se assim não proceder o segundo motorista, não há que se imputar ao primeiro o resultado lesivo produzido.

Sendo, então, criado o risco relevante, passa-se a analisar se o risco relevante produzido interferiu no resultado verificado, ou se fatores externos à conduta e que foram determinantes ao evento final. Aqui, tem-se a figura das causas imprevisíveis ou, como melhor difundido na doutrina penalista tradicional, “causas supervenientes relativamente independentes”. Sabe-se que o acaso provoca vários resultados, até mesmo resultados juridicamente relevantes, de posse de tal conhecimento é de se destacar a impossibilidade de atribuir sanção ao indivíduo que não concorreu para a produção do resultado, eis que este é fruto do acaso, um acontecer dito, natural. Nas palavras de André Stefam (2010, p. 209), “destarte, por exemplo, o atropelador não responde pela morte do pedestre ferido se esta se deu por força de um incêndio no hospital”.

Cumprido ressaltar a possibilidade de ocorrência de casos em que o risco se produza de qualquer forma, mesmo que o agente atuasse com toda a cautela esperada e indicada e, assim sendo, não há, também, que se falar em imputação objetiva do resultado, ante a falta de relação de causalidade.

Para a correta análise da relação de causalidade, mister se faz a observância da finalidade da norma, ou seja, o fim pretendido pela existência da

norma. Verificada a correlação entre o resultado obtido e o fim da norma, ter-se-á responsabilidade.

Por fim, o último nível para correta imputação está em observar se o risco produzido está compreendido pela extensão do tipo.

Impende ressaltar que, conforme lição de Jakobs (2005, p. 123-124), a falta da imputação objetiva implica exclusão da tipicidade, e não da ilicitude, porque a incidência de uma causa de justificação pressupõe um *contexto especial*, uma situação à margem da normalidade capaz de justificar como lícitos comportamentos que, de *per si*, são típicos, enquanto as condutas que se contêm nos estritos limites do risco permitido não estão inseridas num contexto especial; ao reverso, expressam um comportamento normal, tolerado *ab initio* e em caráter geral pela sociedade.

Essa concepção da imputação objetiva como elemento da tipicidade implica soluções diversas das tradicionais para algumas questões jurídico-penais, como aquelas referentes às intervenções médico-cirúrgicas, a violência esportiva e a disposição de mecanismos de proteção denominados ofendículos ou ofensáculos.

No âmbito das doutrinas tradicionais, predomina o entendimento de que a intervenção cirúrgica se explica por uma causa justificante, preponderantemente o exercício regular de direito ou, para alguns, o estado de necessidade. Desse modo, a conduta teria tipicidade, mas não ilicitude. Adotada a teoria da imputação objetiva como elemento normativo do tipo, como a atuação do médico não está fora dos limites do risco permitido, isto é, cuida-se de ação socialmente adequada, nem há tipicidade em sua conduta.

No campo da violência desportiva, os contatos violentos costumam ser explicados também por uma causa de exclusão de antijuridicidade, o exercício regular de direito. No campo da imputação objetiva, entretanto, tratar-se-ia de falta de tipicidade, porque o exercício da atividade esportiva – dentro das regras do respectivo esporte – é conduta inserida nos limites da normal e tolerada interação social.

Na seara dos ofendículos, há grande divergência doutrinária sobre sua natureza, mas prevalece o enfoque de que se justifica como exercício regular de direito (SOUZA, 2001).

Com a teoria da imputação objetiva a questão resolver-se-ia facilmente no campo da atipicidade, já que a colocação de dispositivos de defesa não implica, por si só, criação de risco proibido.

#### 5.4.1 Critérios de imputação objetiva

Alicerçado na ideia do *risco* juridicamente desaprovado, Roxin, segundo Cancio Meliá (2001, p. 128), propõe *quatro parâmetros* para a realização do juízo de imputação objetiva do resultado: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou o não incremento do risco permitido; d) a esfera de proteção da norma.

A ideia do risco é também desenvolvida por Jakobs, que apresenta uma variante da teoria da imputação objetiva, centrada não na não imputação do *resultado*, mas na imputação da *conduta*, propondo um novo sistema do tipo.

Günther Jakobs (1999, p. 117) explica que, vivendo o homem em sociedade e interagindo com outros, só por isso já está sujeito a riscos. Num exemplo extremo, afirma que um simples aperto de mãos pode transmitir uma doença, apesar de todas as precauções de higiene normais.

É inimaginável uma sociedade sem riscos – quanto mais complexa a vida social, mais riscos se apresentam – e para usufruir de certos bens é indispensável colocá-los ou a outros em situação de perigo. Há, assim, um risco inerente à conformação social, e que deve ser tolerado como um *risco permitido*, imanente à vida normal de relações intersubjetivas. Cuida-se, portanto, no dizer de Jakobs, da *concreção da adequação social* (JAKOBS, Günther, 1999, p. 119). Numa palavra, é o que se insere nos limites dos padrões normais de interação social, ainda que eventualmente implique num determinado risco, considerado tolerável ou permitido.

Há quem procure reduzir os contornos do risco permitido ao resultado de uma equação de ponderação entre custos e benefícios, o que recebe precedente

crítica de Jakobs, que afirma não se cuidar de mera questão de cotejo entre liberdade de atuação e criação de perigo de bens, mas de configuração social. E exemplifica: por certo uma vida humana tem mais valor que o trânsito de veículos, mas nem por isso as pessoas deixam de tomar as rodovias nos feriados – um luxo facilmente renunciável – para evitar os naturais riscos de acidentes fatais.

a) *Redução do risco.* Preconiza Roxin que, se a imputação objetiva pressupõe que a conduta do agente implicou na criação de um *risco* desaprovado para o bem jurídico, a ação que implique numa diminuição do risco, não pode ser imputada ao tipo. Ex: o agente desfere violento empurrão em alguém, atirando-o ao solo e o ferindo mas, com isso, evitando que ele seja atingido mortalmente por um objeto que cai de um prédio. Não pode imputar ao agente o resultado (lesão corporal).

b) *Criação ou não criação de risco juridicamente reprovado.* Só há criação de risco juridicamente relevante – pressuposto da imputação objetiva – quando a ação implica a produção de um *risco desaprovado*. Se o comportamento do agente, ainda que se integre no processo causal do resultado, não extrapolou os limites da atuação segundo a normalidade da interação social, não pode dar ensejo à imputação desse mesmo resultado. Toda vez que a conduta do agente não implique na criação de um risco juridicamente relevante “não haverá, do ponto de vista objetivo, ação típica. A falta ou a presença de dolo torna-se, portanto, secundária.” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de, 2006, p. 82).

Com tal premissa, Jakobs (1999, p. 157) pondera que um taxista, *v. g.*, não responderá pelo delito eventualmente cometido por seu passageiro uma vez chegado ao destino, mesmo que o seu propósito criminoso lhe tenha sido anunciado no trajeto, porquanto o papel que cabe ao taxista é transportar em segurança o passageiro, nem mais nem menos.

De relevo assinalar que a abrangência do *risco permitido* é variável de pessoa a pessoa, consoante seu respectivo *papel* na interação social, concebido aqui o *papel* como o conjunto de atividades ou atitudes que lhe cabem em razão da posição ou da função ocupada na sociedade. Portanto, “pode haver tantas permissões de risco diferentes quantos forem os diversos papéis nos quais se possa administrar o risco de modo socialmente adequado” (JAKOBS, 1999, p. 134), e isso revela, exatamente, o caráter relativo do risco permitido e a confirmação de que seu

fundamento está na configuração de cada sociedade.

Disso se conclui que, dependendo de cada papel que se atribua a cada indivíduo na sociedade, ações idênticas poderão ora constituir um *risco proibido* ora limitar-se ao âmbito do *risco permitido*.

c) *Incremento do risco permitido*. Por tal critério, deve-se reconhecer a imputação objetiva do resultado quando a conduta do sujeito implica num aumento de um risco já existente, porque o autor cria então um risco proibido em seu conjunto, no dizer de Roxin.

Tal critério serviria para admitir a imputação objetiva nos casos em que, diante da dificuldade de demonstração científica do nexos causal material, imputa-se o resultado ao agente se a conduta constituir um incremento juridicamente relevante do risco e – ainda que obscuro o vínculo causal – concomitante com ela materializar-se a lesão do bem jurídico, com lastro em um juízo de probabilidade.

A doutrina cita um caso famoso, na Espanha, nos anos 80 do século passado, conhecido como o “caso de la colza”: alguns empresários importaram e comercializaram um azeite (*aceite de la colza*) cujo consumo – suspeitava-se – acabou provocando mais de 300 mortes. Entretanto, não se logrou comprovação científica de nexos de causalidade material entre o consumo do óleo e as mortes. A defesa amparava-se na alegação de que as vítimas tinham sido acometidas de uma enfermidade nova, “síndrome tóxica”, não relacionada ao azeite, mas o Tribunal Supremo da Espanha, ao argumento de que a tal *insólita enfermidade* não ocorrera em outras épocas nem em nenhum outro lugar do planeta, senão nas regiões da Espanha onde, coincidentemente, fora comercializado o tal azeite que, retirado do mercado, cessaram as ocorrências, decidiu que era o quanto bastava para a imputação objetiva, independente de se provar por meios científicos o mecanismo pelo qual o produto produziria os resultados.

Tal teoria, por fundar-se em inseguros critérios de *probabilidade*, distanciando-se da verificação concreta da relação causa-efeito, vem recebendo críticas da doutrina, conforme Jakobs (1999, p. 192-195).

É inegável, entretanto, conforme ensina Damásio E. de Jesus (2000, p. 80), sua utilidade prática, *v. g.*, para a imputação de danos ambientais quando difícil demonstrar o nexos causal com a atividade poluidora do agente.

d) *O âmbito de proteção da norma* – Saliente-se que para um juízo positivo de imputação objetiva é indispensável, como premissa primeira, aferir a *materialização do risco*: não basta a geração ou o incremento do perigo reprovado. Indispensável a *realização* do risco num resultado e que esse resultado possa ser vinculado à ação criadora ou aumentadora do risco, como consequência desta.

Há relevância jurídica entre conduta e resultado, para a imputação objetiva, conforme lição de José Carlos Gobbis Pagliuca (2001, p. 35-38), desde que:

A criação do risco proibido pela lei for produzido e tenha se transformado em resultado lesivo... a imputação objetiva se constitui, basicamente, de dois componentes básicos: a elaboração de um risco juridicamente impróprio e a materialização desse risco, não necessariamente com resultado material, mas sim, como ataque às normas.

Portanto, é indispensável a verificação do resultado, que não precisa, necessariamente, ser um resultado naturalístico. Em que pese ter se ocupado, inicialmente, da explicação do nexo causal nos crimes de resultado e, principalmente, nos delitos culposos, a teoria da imputação objetiva é aplicável, no seu atual estágio, a todas as espécies de crimes, de resultado, formais ou de mera atividade, comissivos ou omissivos, de dano ou de perigo, eis que todos eles apresentam um resultado, se não naturalístico, de natureza jurídica.

Só pode haver a imputação objetiva do resultado que seja abarcado pelo âmbito de tutela da norma violada pela ação criadora do risco proibido.

Conforme ensinamentos Jescheck (1993, p. 259), não há imputação objetiva “cuando el resultado queda fuera del ámbito protector de la norma que el autor ha vulnerado com su acción, pues entonces en el resultado no se materializa el riesgo juridicamente reprobado que el autor ha creado, sino otro distinto.”

Portanto, se a afetação do bem jurídico não representa a materialização do risco proibido criado pela ação do autor, não há a imputação objetiva, porque esta “exige um relacionamento direto entre o dever infringido pelo sujeito e o resultado produzido” (JESUS, Damásio E. 2000, p. 84).

Só há imputabilidade objetiva dos danos diretamente causados pelo risco criado pelo autor. Em contrapartida, exclui-se a imputação quando, mesmo havendo nexos causal, o resultado não é compatível com o fim de proteção da norma violada; numa palavra, quando o resultado situa-se fora do alcance do tipo da respectiva figura delitiva.

Souza relatou notório exemplo de Jescheck dos dois veículos que trafegam à noite, um seguindo o outro, ambos com os faróis apagados, até que o veículo da frente, em razão disso, colide com um terceiro, que vem em sentido contrário. Mesmo que se diga que se o veículo de trás estivesse com a luz acesa o resultado não teria ocorrido – já que seu farol iluminaria o veículo da frente – não se pode imputar ao segundo condutor o resultado da colisão. E isso porque a norma que lhe impunha trafegar com luz acesa destinava-se à prevenção de acidente *próprio*. Sua conduta criou um perigo proibido tão só no âmbito de *suas próprias* limitações (anotações de aula)<sup>1</sup>.

Acrescente-se o exemplo da moça que, para esquivar-se do iminente estupro, atira-se para fora do carro do estuprador e vem a falecer na queda. Não se imputa o resultado ao estuprador porque a morte da vítima não estava no alcance da tutela da norma punitiva que proíbe o estupro, violada pelo agente. A solução poderia ser outra, se aplicadas as teorias ontológicas causais e finalistas, eis que há nexos naturalístico entre a conduta do estuprador e o evento morte, e este resultado poderia estar abarcado pelo seu assentimento (dolo eventual).

A esses critérios de imputação objetiva propostos por Roxin, devem-se agregar o do *princípio da confiança* e o da *vedação de regresso*, extraídos da docência de Günther Jakobs.

O princípio da confiança é sintetizado por Jakobs (1999, p. 105) na afirmação de que no mundo da interação social não é parte do papel de cada indivíduo controlar aos demais. Parte-se da premissa de que todos são igualmente responsáveis.

É lícito afirmar que, a rigor, a ideia do *princípio da confiança* nada mais é que uma projeção lógica natural da teoria do *risco permitido* e, por isso, é duvidosa

---

<sup>1</sup> SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. *Anotações de aula de Direito Penal*. Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2009.

sua própria autonomia conceitual, como bem advertem Peñaranda Ramos, González e Cancio Meliá (2003, p. 87-88):

Talvez a instituição cuja autonomia conceitual dentro de seu sistema da imputação do comportamento resulte mais duvidosa seja o princípio de confiança, pois tão-somente constitui – partindo do pensamento do próprio Jakobs – uma concretização do que geralmente pode reputar-se como “risco permitido”: isto é, trata-se de determinar quando existe, motivada pelo desenvolvimento uma atividade geradora de um certo risco (permitido), a obrigação de levar em conta as decisões de outros sujeitos que também intervêm na referida atividade (de modo que se não se procedesse assim, o risco deixaria de ser permitido), e quando se pode confiar licitamente na responsabilidade desses sujeitos.

Há, assim, na atuação em conjunto de diversas pessoas, um princípio de confiança, pelo qual cada um confia em que o outro se conduzirá ou se conduziu antes dentro dos limites do risco permitido.

Essa *confiança* é permitida tanto ao que atua antes (que confiará em que o que lhe suceder atuará de forma correta) quanto àquele que intervém num momento posterior (fia-se na correção da conduta do que o antecedeu): não se pode exigir do médico que faz adequada assepsia do instrumento cirúrgico e o repassa ao cirurgião que o sucederá no plantão do hospital que fiscalize se o cirurgião que recebe tal instrumento o manterá limpo; de seu turno, o cirurgião que recebe o instrumento de seu colega confia em que ele tenha sido devidamente esterilizado.

Impende ressaltar, entretanto, que essa confiança, que é lícito a cada um ter, em que os demais indivíduos da interação social também cumprirão adequadamente seus papéis, nos limites do risco aprovado, encontra limites ou restrições em situações especiais. Assim, por exemplo, a *confiança* que tem o condutor de um veículo de que um pedestre não cruzará sua trajetória fora da faixa de pedestres deve ceder diante da iminência de uma criança correndo atrás de uma bola.

O instituto da *proibição de regresso*, que também se extrai dos estudos de Jakobs, conduz ao impedimento de imputação de um resultado ao autor de uma conduta que, malgrado inserida na cadeia causal material, revela-se um comportamento inofensivo, por si só, para o bem jurídico.

Assim, não há imputação daquela conduta que, em si mesma, não implica violação dos limites do perigo permitido, ainda quando um terceiro, em comportamento posterior, incorpore em sua atuação violadora da norma aquela ação adequada precedente.

Tal princípio guarda estreita relação com o da criação do risco proibido: se a ação precedente não gerou, em si mesma, um risco reprovado pelo direito, a conduta subsequente violadora desse limite, embora dela se aproveite para ter eficácia na produção do dano, não a contamina para fins de imputação objetiva.

O exemplo alhures mencionado do indivíduo que, no seu papel normal de taxista, transporta o criminoso ao local do crime, serve para ilustrar o princípio da *proibição de regresso*.

Impende enfatizar, porém, que a proibição de regresso encontra seu limite no âmbito da normalidade da conduta precedente, de acordo com os padrões do risco permitido. Se o agente atua de forma diversa do que exigia seu papel na conformação social, há a imputação a título de regresso. Assim, *v. g.*, se o taxista referido dispõe-se a fazer o transporte, excepcionalmente, durante a madrugada, fora de seu horário normal de trabalho, para facilitar a empreitada do criminoso, responderá pelo resultado.

Exemplo interessante encontrado na doutrina (JESUS, 2000, p. 51) é o do padeiro de quem a mulher de um presidiário compra um pão, informando-lhe que pretende ocultar em seu interior uma arma e passá-lo a seu marido, para facilitar sua fuga.

Se o padeiro vende à mulher um pão normal, como qualquer outro, ainda que conhecendo seus propósitos, não há a imputação da posterior fuga do detento, em razão da proibição de regresso.

Porém, se o padeiro faz, a pedido da mulher, um pão de proporções especiais, especialmente para que caiba em seu interior a arma passada ao detento, aí sim, haverá contra si a imputação objetiva da fuga.

## 5. CONCLUSÕES

De todo o exposto, conclui-se que desde os primórdios do Século XX a doutrina penal vem se ocupando de atribuir um tratamento sistematizado e epistemológico ao conceito dogmático de delito e esforçando-se para estruturar cientificamente os seus elementos a partir de teorias de bases distintas. De início, sob influência do positivismo, as teorias da ação, com reflexos nos demais elementos estruturantes do conceito analítico de delitos, notadamente no estudo da culpabilidade, estribaram-se em bases naturalistas. Logo superada a postura causal-naturalista pela introdução de valorações de ordem subjetiva e normativa no conceito de ação típica, mercê dos postulados neokantianos, passou-se, posteriormente, a vislumbrar a ação a partir de bases ontológicas, radicadas na natureza do ser, cuja premissa é a de que a conduta é indissociável da vontade orientada que a move, o que implicou profundas modificações nas próprias concepções de tipo e culpabilidade, tendo esta sido despida dos elementos dolo e culpa, que se deslocaram para o âmbito do tipo. Por fim, com o advento das denominadas teorias funcionalistas, que ainda estão em desenvolvimento e têm sido objeto de profundas divergências na doutrina penal, buscou-se um afastamento dos lastros ontológicos em que se ancora o finalismo, em direção a uma concepção valorativa de cunho normativo de ação e de culpabilidade.

Podem-se apontar duas vertentes funcionalistas distintas, malgrado coincidam ambas na afirmação de que o conceito de ação e a própria concepção de infração penal devem ter em conta elementos de política criminal, mais precisamente a função ou fins do Direito Penal: para uma delas, dita *funcionalismo teleológico*, deve-se conceber o delito a partir da ideia de proteção de bens jurídicos, assim como preconizam os finalistas; para a outra vertente, designada *funcionalismo sistêmico*, a função do Direito Penal é reafirmar a validade das normas em busca da estabilização do funcionamento do sistema social.

Um cotejo dos postulados finalistas com os das teorias funcionalistas permite afirmar que não são totalmente excludentes e que só é possível, de um lado,

manter-se na dogmática penal o finalismo como ideologia reitora basilar se forem admitidas concessões a determinados postulados de cunho normativo funcionalistas, e de outro, só é viável uma introdução das concepções funcionalistas de modo útil no sistema jurídico-penal sem graves prejuízos às garantias individuais do homem, especialmente a de não sofrer imputação penal senão por aquilo que for tributável à sua vontade consciente, se forem mantidos certos parâmetros finalistas.

Não é possível afastar o Direito Penal da ideia de bens jurídicos, previamente eleitos pelo legislador, que, pautado no substrato histórico-social, os elege, de modo a afastar eventual insegurança jurídica por parte do intérprete e aplicador do Direito Penal. Fosse o contrário, privilegiando a vigência da norma ou a expectativa de garantia da norma, desprestigiadas e em eminente perigo estariam as garantias do indivíduo diante da potestade estatal, já que não seria possível delimitar, ao certo, a expectativa que o indivíduo tem em face do Direito Penal, uma vez que esta última é de ordem eminentemente subjetiva, razão porque resta inaplicável um Direito Penal distanciado do homem como seu centro, como propõe especialmente o ideal funcional sistêmico.

Postulados funcionalistas servem para, introduzindo aspectos normativos ao sistema, limitar e aperfeiçoar os princípios finalistas, sem prescindir destes.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

\_\_\_\_\_ **Tratado de direito penal**: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo**: Teoria da imputação objetiva e teoria do domínio do fato. Caderno Jurídico. Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ano I, nº 1, abril/2001.

\_\_\_\_\_ **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1998.

CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**: parte general. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

COELHO, Valter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**: Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra. Trad. Ricardo Robles Planas. Madrid: Civitas, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Ensayos penales**. Madrid: Tecnos, 1999.

GONZÁLEZ SUÁREZ, Carlos; MELIÁ CANCIO, Manuel; RAMOS PEÑARANDA, Enrique. **Um novo sistema de Direito Penal**: Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 8, nº 32, out-dez 2000.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal e funcionalismo**. Trad. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_ **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_ **La imputación objetiva en Derecho penal**. Trad. para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1999.

\_\_\_\_\_ **O que protege o direito penal:** os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. de Manuel Cancio Meliá e versão para o português de Nereu José Giacomolli. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: LAEL, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. Trad. para o espanhol de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LYNETT MONTEALEGRE, Eduardo. **Direito penal e funcionalismo**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_ Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. **Direito penal e funcionalismo**. Coord. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Lael, 2005.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 7, nº 12, jan-jun/2010, pp. 261-291.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito**. Peru: Editora Jurídica Grijley, 2009.

NORONHA, Edgar. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **A imputação objetiva (quase) sem seus mistérios:** Teoria da imputação objetiva e teoria do domínio do fato. Caderno Jurídico. Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ano I, nº 1, abril/2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral.** (EDIÇÃO) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

\_\_\_\_\_ **Curso de direito penal brasileiro: parte geral.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

\_\_\_\_\_ **Bem jurídico – penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REYES ALVARADO, Y. **Imputación objetiva.** Bogotá: Temis, 1996.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. **A importância da teoria da imputação objetiva na evolução da dogmática do Direito Penal:** Teoria da imputação objetiva e teoria do domínio do fato. Caderno Jurídico. Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ano I, nº 1, abril/2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo.** Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. O tratamento das ofendículas na doutrina brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, nº 51, 01.out.2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2260>. Acesso em: 27 out. 2012).

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

\_\_\_\_\_ **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio R & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VON LISZT, Franz. **A teoria finalista no direito penal**. Trad. Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Trad. J. Bustos Ramírez y S.Y Perés. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987.

\_\_\_\_\_ **La doctrina de la acción finalista, hoy**. Trad. José Cerezo Mir. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II, 1968, pp. 221-229.

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

