

AÇÃO, NORMA, IMPUTAÇÃO E FUNÇÃO IDEOLÓGICA NO SISTEMA PENAL

Emiliano Borja Jiménez¹

RESUMO

Tradicionalmente, o fundamento sobre o qual se estrutura o sistema penal se situou na concepção da ação, da norma ou da imputação do comportamento ao sujeito conforme a regra jurídica. O edifício sistemático se construiria sobre uma destas bases previamente concebida e assentada. Na presente investigação se questiona que o método na elaboração do sistema atue deste modo. A função ideológica que se atribui ao Direito Penal determina o objeto eleito para desenvolver sua elaboração dogmática. Em outros casos, uma sistemática, já perfilada técnica e ideologicamente, muda de objeto para alcançar uma maior coerência e consistência. Ambas assertivas são corroboradas analisando distintas metodologias na evolução do Direito Penal. E assim fica referendado nos modelos considerados: a teoria imperativa ou da dupla função da norma penal, as concepções final ou significativa da ação, e as propostas funcionalistas psicológicas ou sociológicas.

Palavras-chave: Direito Penal. Dogmática Penal. Política Criminal. Ação Penal. Norma Penal. Imputação Objetiva.

ABSTRACT

Traditionally, the foundation on which structure the penal system was compiled was the concept of action, or rule, or charge for subjective behavior according to the rule of law. The systematic building is build on one of these previously designed bases and seated. In this investigation is questioned the method in preparing the system to act in this way. The ideological function which assigns criminal law determines the object chosen to develop its dogmatic development. In other cases, a systematic, profiled and technique already ideologically, change of object to achieve greater coherence and consistency. Both probes are confirmed by analyzing distinct methodologies in the evolution of criminal law. And so is countersigned in the models considered: imperative or theory of the dual function of criminal standard, the final or signify conceptions of action, and psychological or sociological functionalists proposals.

Keywords: Criminal Law. Criminal Dogmatics. Criminal Policy. Criminal Action. Criminal Rules. Objective Charge.

¹ Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência (Espanha). Tradução de Paulo César Busato.

INTRODUÇÃO

Ao longo do presente trabalho, será exposto, com toda a brevidade que seja possível, alguns modelos metodológicos com o fim de destacar a relação existente entre a configuração da Ciência jurídico-penal, os componentes básicos que integram o direito Penal à mesma tarefa que se assinala a este setor do ordenamento jurídico. Pretende-se, pois, colocar em conexão a função do Direito Penal, o objeto do Direito Penal, metodologia e sistemática no Direito Penal. Também queria destacar alguns aspectos ideológicos que em certa medida explicam esse conjunto de vinculações. Mas essa reflexão ideológica ficará mais nitidamente expressa no último tópico deste trabalho.

Foi destacado por um número considerável de autores que o edifício sistemático desenhado pelas diferentes concepções penais se apoia frequentemente no conceito prévio de norma penal da qual se parte, ou no de ação. Aqui queria, sem rechaçar esta ideia, lançar também argumentos a favor da afirmação inversa: isto é, que as concepções da regra jurídico-penal e da conduta criminal foram de igual forma tributárias das conotações sistemáticas derivadas da Teoria do Delito e da própria função que se assinala ao Direito Penal.

Ou seja, com alguns exemplos de construções sistemáticas, pretendo mostrar na evolução das diferentes concepções teóricas como jogam os diversos elementos fundamentais das mesmas em atenção aos fins que se outorga ao sistema penal. A norma jurídica ou o conceito de ação podem ser o pressuposto teórico fundamental sobre o qual se estrutura a Teoria Jurídica do Delito em uma época determinada. Mas essas mesmas instituições aparecem, em diferente contexto histórico, já não como pedra angular do edifício sistemático, mas como consequência de uma estrutura teórica previamente elaborada. E estas mudanças de posição tão relevantes são fomentadas notavelmente pelos fins que se assinala ao Direito Penal, que não são alheios à influência do pensamento político de cada época. Vamos ver alguns exemplos.

1 NORMA PENAL, ESTRUTURA DO DELITO, SISTEMA E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Começarei com a análise da norma jurídica em suas relações com o Direito Penal. E vou referir-me agora especialmente à concepção imperativa da norma penal, continuando depois com a teoria da dupla função. Este tópico finalizará com uma exposição de um sistema de Direito Penal que se fundamenta na tese da motivação da norma.

A concepção imperativa, em seus postulados originais, parte da premissa de que o ordenamento jurídico se integra por manifestações de vontade do legislador que se impõem

ao querer dos cidadãos particulares, exigindo deles um determinado comportamento.² Tal comportamento se regula através da vinculação do destinatário da norma com o dever jurídico que emana dela e que se estabelece em uma relação de exigência com base na consequência jurídica daquela. O dever, neste sentido, é a expressão técnica do submetimento do sujeito a uma vontade superior (da comunidade jurídica, do legislador ou do Estado) que se dirige a uma conduta humana, descrita de forma geral e abstrata na maioria dos casos. Tal conduta vem desta forma determinada e submetida ao império daquela vontade superior.³ Daí se depreende que a norma seja um *imperativo* e o dever represente o correlato de tal imperativo. O ordenamento jurídico é assim concebido como um complexo de imperativos.

A concepção imperativa da norma foi inicialmente formulada por Thon⁴ e Bierling⁵, se bem que existem claros precedentes em Merkel.⁶ Com posterioridade esta teoria foi seguida na Alemanha, com notáveis variações, por um importante setor doutrinário⁷.

Por sua vez, o vínculo da determinação da conduta e a norma se estabelece externamente através de duas formas: a ordem, que representa a imposição do dever de atuar positivo, e a proibição, que constitui a prescrição negativa da conduta dirigida à abstenção de um determinado comportamento. As ordens e as proibições do direito nem sempre aparecem expressos de uma forma clara e manifesta, mas se depreendem

² JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 200.

³ “É claro que todos os imperativos têm uma determinada validade, à qual se dirigem, pois estes, de fato, não querem ser outra coisa além da expressão de uma vontade, que dirige sua lança não, ou não ao menos, contra o mero submetido, mas essencialmente contra outro e sempre de alguma forma contra alguém determinado”. BIERLING, Ernst Rudolph. **Juristische Prinzipienlehre**. Tomo I. Nova reimpressão da edição aparecida entre 1894 e 1917; Aalen: Scientia Verlag, 1961. p. 26 e 27.

⁴ THON, August. **Rechtsnorm und subjektives Recht**. Nova reimpressão da edição de Weimar 1878. Aalen: Scientia Verlag, 1964.

⁵ BIERLING, Ernst Rudolph. **Zur Kritik der Juristische Grundbegriffen**. Reimpressão da edição de Gotha, 1877-1883, Aalen: Scientia Verlag, 1965.

⁶ Merkel concebeu o injusto como lesão do direito, ou seja, como rebelião contra o poder espiritual do Direito. Por sua vez, a violação do direito como infração do poder espiritual pressupõe a capacidade de imputação do homem, de tal forma que só os capazes de ação podem ser culpáveis. Por outro lado, em sua concepção o injusto e a culpabilidade ainda não encontram uma clara distinção. MERKEL, Adolf. **Kriminalistische Abhandlungen**. Tomo I. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1867. p. 5ss. Vide, a respeito, a exposição de ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Tomo I. München: Beck, 1992. p. 199, n. 91.

⁷ A respeito, JESCHECK, op. cit., p. 213, nota 20. Na Alemanha é possível citar como autores que admitem esta concepção da norma penal, entre outros, Engisch, H. Mayer, Armin Kaufmann, Stratenwerth, Welzel o Zippelius.

indiretamente das consequências da aplicação da norma, como é o caso das disposições privativas de direitos.⁸

O imperativismo explica, em sua versão mais ortodoxa, o ordenamento jurídico como um conjunto de ordens e proibições. Admite-se, claro está, disposições que não são nem preceitos nem interdições, mas, como assinalou Bustos Ramirez⁹, “estas outras regras que não são imperativos tem por função criar os pressupostos para o surgimento ou desaparecimento de um imperativo ou para anulá-lo total ou parcialmente”.

Esta proposta também afeta o aspecto funcional que se outorga ao Direito Penal. Desde uma concepção imperativa da norma, o fim que pretende para o sistema jurídico-punitivo é dirigir a vontade do indivíduo no sentido de atuar conforme o direito com anterioridade à comissão de uma ação que possa considerar-se antijurídica.¹⁰ A valoração, em tal sentido, não seria inerente à norma penal, pois aquela teria guiado o legislador no processo de elaboração da lei, mas perderia sua virtualidade quando se tratasse de determinar o marco de atuação da norma de sua eficácia.¹¹ Eficácia que se persegue por meio de uma coação psicológica dirigida à generalidade dos destinatários através da ameaça do castigo. Desta forma, se leva a cabo a direção da conduta do sujeito, e por isso, este modo de conceber a disposição penal se denomina também norma de determinação.¹²

⁸ “Com frequência tampouco querem aparecer externamente como tal as proibições e as ordens do direito e se tem que determinar de forma indireta a partir de suas consequências com as que se ameaça para o caso de sua infração. Conceitualmente, portanto, existe em toda proposição jurídica um imperativo, um *praeceptum legis*, ou, como hoje estamos obrigados a dizer, uma norma”. THON, op. cit., p. 2 e 3.

⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Introducción al Derecho penal**. Bogotá: Temis 1986. p. 46. Esta ideia foi modernamente desenvolvida por Engisch: “[...] Tanto as disposições legais conceituais como também as permissões somente são, portanto, proposições dependentes. Estas só tem sentido em relação a imperativos que as esclarecem ou as limitam, como, visto passivamente, esses imperativos só podem chegar a completar-se tendo em mente os esclarecimentos por meio das definições legais e os limites, tanto através de permissões como por certas exceções” ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 7. ed. Stuttgart; Berlin, Köln e Mainz: Kohlhammer, 1977. p. 23.

¹⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho penal**: parte general. Tomo I. Trad. da 3. ed., adicionada e anotada por MUÑOZ CONDE, Francisco e MIR PUIG, Santiago. Barcelona: Bosch, 1981. p. 320.

¹¹ JESCHECK, Ibidem. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976. p. 57.

¹² Porém, nem para todos os autores, a norma de determinação se identifica com imperativo. Neste sentido Larenz diferencia entre ordem e determinação. A primeira se dirigiria à vontade do destinatário para ordenar ou proibir algo, a segunda se dirigiria a uma comunidade indeterminada e ampla de pessoas e viria representado como uma pretensão de validade geral. A este segundo caso corresponderiam disposições como esta que assinala que a capacidade jurídica da pessoa começa com o nascimento. LARENZ, Karl. *Der Rechtssatz als Bestimmungssatz*. **Festschrift für Karl ENGISCH zum 70. Geburtstag**. Frankfurt am Mainz: Klostermann, 1969. p. 155.

Agora me interessa destacar que a doutrina imperativista da norma penal tem também, em princípio, repercussões no âmbito da teoria do delito.¹³ Como assinalou Mir Puig, a consequência dogmática mais importante da concepção imperativa da norma penal é a necessidade de incluir no centro do injusto o momento subjetivo de desobediência, o dolo, pois este representa a negação acabada do imperativo da norma: a vontade negadora da proibição ou ordem expressas pela norma.¹⁴ A antijuridicidade, portanto, se contempla desde parâmetros subjetivos porque o centro da contradição à norma não é a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico impessoalmente considerado, mas a vontade rebelde que não se submete ao preceito.¹⁵

Esta fórmula original da norma como imperativo encontrou algumas dificuldades no desenvolvimento da teoria do delito, entre as que cabe destacar a básica diferenciação entre injusto e culpabilidade¹⁶ ou a ausência de consequência jurídica alguma para os fatos ilícitos cometidos por incapazes.¹⁷

Com efeito, a distinção entre injusto e culpabilidade se torna difícil quando a antijuridicidade se fundamenta na atitude de rebeldia e desobediência do sujeito à norma, de caráter eminentemente subjetivo. De outro lado, na medida em que a norma jurídica foi concebida nesta primeira época como ordem ou proibição dirigida a todos os cidadãos, só podem transgredi-la seus autênticos destinatários, isto é, aqueles que podem compreender a proibição e a ordem, ou seja, os indivíduos que têm capacidade de ação. Tinha-se que chegar a pouco convincente conclusão de que os inimputáveis não podiam cometer atos antijurídicos. Portanto, os problemas que supunha manter uma coerente sistematização da estrutura do delito, junto ao fato da distinta tarefa que se pretendia assinalar ao próprio Direito Penal, atuaram como causas relevantes na variação do rumo seguido na configuração da essência da norma penal.

¹³ Entretanto, assinalou Bacigalupo que se bem o conceito de norma penal influiu nas distintas formulações da teoria do delito, hoje em dia não existe uma relação necessária entre concepção da norma penal e estrutura da infração punível. BACIGALUPO, Enrique. La función del concepto de norma en la dogmática penal. Estudios de derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua. Monográfico da **Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, Madrid, n. 11, 1986. p. 73 e 74.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago. op. cit., p. 58.

¹⁵ Sobre as consequências derivadas da formulação original da concepção imperativa da norma na antijuridicidade e na culpabilidade; BACIGALUPO, op. cit., p. 64.

¹⁶ Se bem que é certo que na formulação inicial de Thon a norma se dirige também ao incapaz de ação na medida em que este pode cometer um fato antijurídico, nos ulteriores desenvolvimentos, especialmente no de Hold von Ferneck, a ordem só tem como destinatários aos imputáveis. Com efeito, se a imputação subjetiva consistia desde Von Liszt na normal determinabilidade conforme motivos, o imperativo não se poderia dirigir a alguém que carecia das condições básicas para dirigir sua conduta conforme uma norma cujo sentido era incapaz de compreender. Daí que antijuridicidade e injusto se voltem de novo a confundir. Neste sentido, HOLD VON FERNECK, Alexander. **Die Rechtswidrigkeit**. Tomo I, Jena: Fischer, 1903. p. 98ss.

¹⁷ Neste sentido, BACIGALUPO, op. cit., p. 64 e 65.

A mudança de orientação, como visto, se produz também no próprio aspecto funcional do Direito Penal. No final do século XIX e começo do século XX o ponto de vista a respeito do fim que persegue o Direito Penal se modifica e se dirige à proteção da sociedade através da proteção dos bens jurídicos, obrigando assim aos teóricos juristas a buscar um conceito de norma que outorgasse proeminência ao aspecto objetivo da lesão de interesses relevantes para a coletividade. Aparece assim uma mais nítida distinção entre antijuridicidade e culpabilidade: a primeira, como juízo objetivo e despersonalizado de desvalor do fato; a segunda, como juízo de desvalor da personalidade do autor. A nova concepção filosófica neokantiana que ressaltou o aspecto valorativo na forma de apreender a realidade, impulsionou à nova direção metodológica.¹⁸

E é precisamente esta mudança de perspectiva nos fundamentos da teoria do delito o que agora abonaria, por sua vez, o campo do qual nasceria uma nova concepção da norma penal mais de acordo com as modificações estruturais na sistemática do Direito Penal. A concepção da norma penal é agora deduzida do modelo teórico derivado da estrutura do delito. A nova proposta optaria, sem esquecer o aspecto determinante da disposição jurídico-penal, por dar maior relevância ao seu aspecto valorativo da mesma.

¹⁸ Esta mudança de concepção na teoria del delito se observa já em uma época anterior no próprio Von Liszt. Na 3ª edição de seu tratado (Berlin e Leipzig, 1888) o autor alemão estrutura claramente o injusto com base na concepção imperativa da norma, e, por exemplo, a antijuridicidade a entende como um ataque dirigido contra o ordenamento jurídico, contra a força vinculante que impõem as ordens e as proibições que o próprio estabelece (p. 131 e 132). Na 4ª edição desta mesma obra (Berlin, 1891) já não se diz tão somente que a antijuridicidade suponha o ataque ao ordenamento jurídico ou a desobediência a suas ordens e proibições. Se segue mantendo que o injusto consiste em um menoscabo ou lesão do Direito, uma infração de preceitos estatais, mas o mais importante é que pela primeira vez assinala o professor alemão, dentro do tópico da antijuridicidade, que todo delito compreende um ataque a interesses protegidos juridicamente, e que tal ataque consiste bem na lesão de um bem jurídico ou bem em sua colocação em perigo (p. 145). Mais ainda, no marco do injusto, o imperativo fica deslocado a um segundo plano como se depreende das seguintes palavras: ‘Todo ataque ao bem juridicamente protegido é, em si mesmo, antijurídico, sem que isto requeira uma especial proibição do ordenamento jurídico. O conceito de bem jurídico encerra em si mesmo necessariamente a proibição de toda perturbação’ (p. 145).

De igual forma, no plano da culpabilidade se observa uma importante mudança. Na terceira edição esta fida relegada à pura capacidade biopsíquica de imputação e a suas formas (o dolo e a culpa). A capacidade de imputação se define assim como um estado normal de determinabilidade conforme motivos (p. 150). Na quarta edição se introduz novos elementos definidores da culpabilidade em correspondência com uma melhor distinção realizada no plano da antijuridicidade. Define-se a culpabilidade (coisa que não ocorre na anterior edição) e se diz, por exemplo: “Culpabilidade é responsabilidade pelo resultado causado através de um movimento corporal voluntário”. Também se assinala que a capacidade de culpabilidade é a capacidade para ser responsável por uma ação antijurídica. O aspecto pessoal e subjetivo da culpabilidade frente à objetivização da antijuridicidade se acentua quando nesta edição aparece como pressuposto da responsabilidade jurídico-penal a determinabilidade da vontade através da própria conduta e personalidade do sujeito derivada do conjunto de representações que a conformam, da religião, da moral, do Direito, inteligência, cultura, etc.(pág. 160).

E assim, nas primeiras décadas do Século XX se imporia uma corrente doutrinária representada cronologicamente por Nagler, Gosldschmidt e Mezger que na afirmação de uma concepção objetiva e material do Direito, e de sua contradição, isto é, a antijuridicidade; os levaria a propor uma nova definição da norma penal.¹⁹

Nagler parte da ideia do direito em sua função primária como ordem objetiva da vida social e como regulamentação externa da convivência humana no âmbito da comunidade. A antijuridicidade vem determinada precisamente com base no menoscabo dessas condições de convivência externa dos membros da comunidade.²⁰

Gosldschmidt não combateu a teoria dos imperativos no âmbito do Direito Penal, ainda que sua posição constitua o germe da teoria da dupla função da norma penal.²¹ Em sua concepção, no injusto objetivo depende das valorações abstratas do Direito, ou dito de outra forma, de estados objetivos e externos nos quais qualquer um pode reconhecer a conduta correspondente. Isto ocorre quando um concreto pressuposto de fato corresponde com o âmbito dessa norma abstrata. Junto a essa, se encontra a norma de dever que exige uma conduta interna.²² O dever jurídico aparece assim como imperativo. Esta primeira norma objetiva que obriga a todos, imputáveis e imputáveis, conduz, por sua vez, a uma segunda norma (se bem que esta goza de certa independência frente àquela) que se dirige ao indivíduo em particular, a sua conduta interna, para que determine seu comportamento externo conforme as exigências do ordenamento jurídico. Enquanto que a primeira norma proibiria a causação do resultado e desta forma fundamentaria o injusto objetivo, a segunda norma, ou norma de dever, se dirigiria à determinação da conduta do indivíduo a favor do cumprimento da legalidade e fundamentaria a culpabilidade.²³

A formulação da dupla função da norma penal, depois destes precedentes, encontra uma primeira completa elaboração com Mezger²⁴. O citado autor alemão, em

¹⁹ Uma exposição sobre este ponto em ROXIN, op. cit., p. 199, n. 92.

²⁰ NAGLER, Johannes. Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. **Festschrift für Karl Binding zum 4.** juni 1911. Reimpressão da edição de Leipzig, 1911. Aalen: Scientia Verlag, 1974. p. 213ss.

²¹ GOLDSCHMIDT, James. Der Notstand, ein Schuldproblem. **Österreichische Zeitschrift für Strafrecht**, Wien, p. 129ss, 1913.

²² A tese de Goldschmidt está muito próxima à de Mezger. A diferença fundamental se encontra em que para este último autor, a norma de determinação deriva da norma de valoração, enquanto que naquele uma norma se encontra junto à outra. MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho penal**. Traduzido e revisado por Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1955, p. 346, n. 6.

²³ Uma valoração da posição de Goldschmidt em relação ao que representa o desvalor de ação e o desvalor de resultado se encontra em ZIELINSKY, Diethart. **Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff**. Berlin: Duncker und Humblot, 1973, p. 22 e 23.

²⁴ MEZGER, Edmund. Die subjektiven Unrechtselemente. **Der Gerichtssaal**, Stuttgart, n. 89, p. 207ss, 1924.

seu intento de encontrar uma nítida distinção entre antijuridicidade e culpabilidade, estabelece um conceito do injusto claramente diferente do propugnado por Thon ou Hold von Ferneck.

Injusto é, portanto, tudo aquilo que se encontra em contradição com a vontade do ordenamento jurídico, não só o menoscabo de suas ordens e proibições, mas também toda organização das condutas externas, que se opõem a seus princípios reconhecíveis. Antijurídico é, portanto, não apenas o culpável, mas também o não culpável ataque dos imputáveis aos bens jurídicos.²⁵

O direito é concebido como uma ordem objetiva da vida, e o injusto, correspondentemente, como a lesão desta ordem objetiva. Daí que o autor alemão mencione que

não é imaginável o direito como ‘norma de determinação’ sem o direito como ‘norma de valoração’, o direito como norma de valoração é pressuposto lógico e incondicional do direito como norma de determinação... se alguém quer determinar algo, tem que saber anteriormente o que quer determinar, tem que ‘valorar’ algo em um determinado sentido positivo. Um *prius* lógico do direito como norma de determinação é, sobretudo, o direito como norma de valoração, como ‘ordem objetiva da vida’... Para a consideração cognitiva do dever ser do Direito, para a constatação do conceito de Direito, a concepção do direito como norma de valoração resulta como necessidade apriorística.²⁶

Mas, como é evidente, uma norma que só seja concebida como juízo de valor não pode deixar de ser nada mais do que uma declaração de boas intenções. A norma tem também pretensão de eficácia, ainda que venha dirigida à afirmação e à manutenção real dos valores que protege o próprio Direito. A tese da norma como norma de determinação não é abandonada, mas trasladada a um segundo plano, pois o próprio conceito que encerra a mesma obriga à necessária referência do destinatário da norma. Dirá então Mezger que enquanto que o ordenamento jurídico é um complexo de normas que como tal (ou seja, como integrantes desse ordenamento jurídico) só podem ser concebidas sem destinatário algum; a realização e colocação em prática desse conjunto normativo só pode ser levada a cabo através dos imperativos, ordens e proibições, que não se identificam diretamente com a norma, mas somente são levadas em consideração a partir de suas consequências como o meio necessário para sua imposição ou colocação em prática.

²⁵ Ibid., p. 218.

²⁶ Ibid., p. 240 e 241.

O imperativo, na tese *mezgeriana*, não constitui a norma mesma, mas tão só um meio de sua realização, que não se confunde com aquela: “Desde o ponto de vista lógico é um erro pensar na norma e no meio de realização da norma (imperativo), como unidade, se trata de coisas diferentes. O conceito abstrato da norma é independente da concreta circunstância de sua subjetiva relação normativa”.²⁷ O que ele entende como norma em si mesma considerada é uma concreção do dever ser impessoal que descreve um determinado estado da vida social, que não vai dirigido a destinatário algum. O imperativo, ou, para empregar seus termos, o meio de realização da norma, deriva da norma objetiva de valoração e se dirige a um destinatário, individual ou genérico, expressando o dever pessoal que a ele corresponde em razão da vinculação originada no direito objetivo. De consequência, o próprio Mezger expressa com meridiana clareza o núcleo básico de sua teoria da norma penal:

A norma é, em sua evidência conceitual só imaginável como dever ser impessoal no qual o destinatário não é nenhum requisito essencial. As normas do direito são normas de valoração dirigidas a um determinado e objetivo estado social, antes de que estas conservem, em um amplo processo lógico, o caráter de normas de determinação. Esta separação entre norma e imperativo é pressuposto ideal necessário para uma clara e pura separação entre determinadas proposições que se referem à norma em sua independência abstrata, daquelas outras que se referem ao meio de realização da norma dos imperativos.²⁸

Similar posição em torno da concepção da dupla função da norma penal mantém Eberhard Schmidt²⁹.

Esta formulação do caráter e da essência da norma penal permitiu fundamentar uma clara distinção entre a antijuridicidade e a culpabilidade. O injusto, concebido como lesão do Direito, consiste na infração da norma propriamente dita, isto é, como norma objetiva de valoração. A antijuridicidade é objetiva no sentido de que esta consiste em um juízo de desvalor impessoal, sem referência alguma ao sujeito ativo da infração penal. Desta norma objetiva de valoração se depreende a norma subjetiva de determinação, que atua como juízo de reprovação da conduta do concreto autor em relação ao fato cometido. Ou seja, a infração da norma de dever dirigida ao sujeito estabelece o fundamento da culpabilidade.³⁰

²⁷ MEZGER, op. cit., p. 245.

²⁸ Idem.

²⁹ Em VON LISZT, Frank; SCHMIDT, Eberhard. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Tomo I. Berlin e Leipzig: de Gruyter, 1932. p. 174.

³⁰ “Se então nós fazemos frente na ‘antijuridicidade objetiva’ e na ‘juridicidade objetiva’ ao direito em sua função como norma de valoração, de igual forma terá que interessar-nos ainda mais dentro da teoria da culpabilidade em sua função como norma de determinação”. SCHMIDT, op. cit., p. 176. no mesmo sentido,

Esta é, a grandes rasgos, a evolução da teoria da norma penal em suas duas concepções básicas, como imperativo e em referência a sua dupla função, valorativa e determinativa. Em uma primeira aproximação, se pode destacar a relação existente entre concepção da norma e teoria do delito. Porém, este processo não se desenvolveu de forma uniforme e homogênea. Com efeito, da teoria dos imperativos em sua formulação inicial derivou um conceito eminentemente subjetivo da antijuridicidade e difícil de distinguir dos casos de imputação subjetiva. Precisamente, e como se apontou anteriormente, foram problemas dogmáticos na estruturação da teoria jurídica do delito os que determinaram uma mudança na concepção da norma. A necessidade de atribuir consequências jurídicas também aos atos antijurídicos perpetrados pelos inimputáveis e de levar a cabo uma nítida distinção dos planos de antijuridicidade e culpabilidade, desembocaram, depois de uma longa evolução, na teoria da dupla função da norma penal. Uma vez perfilada nitidamente esta concepção, foi possível fundamentar de novo, aperfeiçoando-a, a teoria jurídica do delito derivada desta proposição.

Seria possível apresentar mais exemplos em relação à conexão existente entre função do Direito Penal, método de pesquisa, norma penal e estrutura do delito. Entretanto, vou limitar-me a expor brevemente as teses do funcionalismo psicológico de Gimbernat, em sua versão original, como uma representação desta vinculação interna entre os pressupostos assinalados.

A pretensão do autor se dirige a buscar um critério de racionalidade que explique de forma lógica as diferentes instituições que estruturam o sistema de Direito Penal. Pretende-se, assim, abandonar todo vestígio ético ou moral nos conceitos ou pressupostos desse sistema de Direito Penal. Daí que se parte de um entendimento psicoanalítico das relações sociais, que explicaria o seguimento das regras jurídicas mercê da inibição psicológica que produz a ameaça da sanção correspondente para o caso de que o cidadão as infrinja.³¹ Se é assim que funciona o comportamento do indivíduo em relação ao respeito às normas de convivência social, os fins que persegue o Direito Penal devem ir encaminhados a “[...] reforçar o caráter inibidor de uma proibição. Criar e manter nos cidadãos uns controles que devem ser mais rigorosos quanto maior seja a nocividade

MEZGER, op. cit., p. 343: “...o deslinde conceitual entre a norma jurídica como norma de valoração que se dirige ‘a todos’ e a norma de dever como norma de determinação que se dirige ‘só’ ao pessoalmente obrigado, torna possível, em consequência, o necessário e claro contraste entre os dois pressupostos básicos do delito, entre a antijuridicidade objetiva e a reprovabilidade pessoal”.

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídicopenal? **Estudios de Derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1976. p. 64 ess. Existem posteriores edições desta obra, nas quais também estão contidos este e outros artigos que mencionaremos ulteriormente. Mas, dado que o conteúdo dos mesmos não variou, seguiremos citando a primeira edição.

social de um comportamento”.³² A pena é concebida deste modo como um importante instrumento de política social. É um meio de encaminhamento de condutas através da compulsão psicológica que produz no indivíduo a ameaça do mal que representa a sanção. Por esta razão, se atribui à sanção punitiva uma finalidade quase exclusivamente preventiva geral, tendente a motivar todos os cidadãos, através da ameaça do castigo, para que não cometam delitos. E como toda pena implica um sacrifício de bens e direitos do cidadão de grande relevância, sua aplicação se limitará estritamente a manter a prevenção geral. A necessidade de pena se constitui assim em princípio geral de toda a construção sistemática do autor citado.

Do assinalado linhas atrás se deduz que, para Gimbernat, a norma penal é fundamentalmente norma de motivação. A partir desta consideração em relação ao dito em matéria de consequência jurídica, extrai todos os pressupostos sobre os quais estrutura sua teoria jurídica do delito.

Desta forma, o tipo se define em atenção à sua função, função motivadora que determina seu próprio âmbito conceitual: “[...] nele tem lugar todos aqueles elementos que integram a descrição da conduta cuja não comissão se quer motivar. A problemática de o que pertence ao tipo é a problemática de qual é a conduta que o legislador quer evitar”.³³ Daí segue que, se o legislador quer evitar comportamentos intencionais que lesionam um determinado bem jurídico, o elemento volitivo se tenha que encontrar dentro do marco objeto da proibição e, portanto, “o dolo é um elemento do tipo dos delitos dolosos, já que é elemento essencial da descrição da conduta proibida”.³⁴ É assim como, por via distinta do finalismo, se chega à conclusão de que o dolo se encontra dentro do tipo. Este mesmo fio argumentativo é trasladado ao delito imprudente, e de igual forma, na medida em que a pena pode inibir o comportamento negligente mediante a ameaça do mal que a mesma representa, o dever de cuidado se inclui também na tipicidade. Isto é reforçado com a ideia que constantemente gira em toda sua proposta sistemática: “não são causações de resultados – só constatáveis *ex post* –, mas condutas dolosas ou imprudentes o único que a ameaça com uma pena pode inibir e – desta maneira – prevenir; por isso, só a conduta dolosa e – se o legislador quer ampliar ainda mais o âmbito de proteção do bem jurídico – a imprudente pode ser objeto racional de tipificação: a cuidadosa é impune por falta de

³² GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 70 e 71.

³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El sistema de Derecho penal en la actualidad. Estudios de Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1976. p. 94. Em outra passagem deste mesmo trabalho o autor assinala: “Sabemos já em que consiste e qual é o tipo penal. Consiste na descrição da conduta proibida e seu fim é o de motivar – mediante a ameaça com uma pena – para que tal conduta não se cometa”.

³⁴ *Ibid.*, p. 95.

tipicidade”.³⁵ Partindo deste conceito amplo de tipo de injusto como descrição do proibido, se leva a cabo ainda uma extensão maior ao considerar que o mesmo está integrado pelo tipo em sentido estrito (positivo) e pela ausência das causas de justificação, que, coerente com sua posição, ficam definidas como elementos negativos do tipo.³⁶

O setor da antijuridicidade se define em atenção ao âmbito do que o legislador determinou que quer proibir. Ou seja, antijurídico é aquilo que o direito deseja proibir *erga omnes*. Daí que os casos de inexigibilidade, que não são ameaçados com pena, não porque esta não resultasse eficaz, mas pelo simples fato de que o legislador não pretende inibir de forma geral a conduta lesiva ao bem jurídico em determinadas circunstâncias, sejam considerados como causas de justificação e não de exculpação.³⁷ O sector da culpabilidade, pelo contrário, se delimita, não com base em um juízo de reprovação, como se definiu por causalistas, finalistas ou partidários da concepção social da ação, mas por meras razões de prevenção geral e especial em direta relação com o princípio de necessidade de pena. Neste setor da culpabilidade se estabelece certos limites ao poder punitivo do Estado na medida em que se requer, para que o sujeito possa ser castigado pela comissão de um comportamento antijurídico, que tenha podido ter acesso à chamada da motivação da norma através de sua consequência jurídica. Ou seja, se exige que o sujeito seja uma pessoa imputável, bem permanentemente, bem no momento da perpetração do fato; ou que no espaço temporal da realização do ilícito tenha estado em condições, de igual forma, de ter podido conhecer a proibição determinada pela norma penal, e com isso, ter sido suscetível de ser influenciado por esta.³⁸ A ausência de pena nos casos de falta de “culpabilidade” (e se coloca entre aspas o substantivo, posto que o autor rechaça o conceito tradicional de culpabilidade) se justificaria, de forma mediata, por essa impossibilidade de motivação da norma no sujeito que comete o injusto, mas, diretamente, a razão fundamental está unida a critérios de prevenção geral.³⁹ A imputação subjetiva (equivalente ao que a maioria

³⁵ Ibid., p. 97 e 98, n. 40.

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Introducción a la Parte general del Derecho penal español**. Madrid: Universidad Complutense, 1979. p. 34.

³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad. **Estudios de Derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1976. p. 116ss.

³⁸ Ibid., p. 114ss.

³⁹ São muitas as passagens na obra de Gimbernat nas quais diretamente se conectam fins da pena e culpabilidade, fundamentalmente em atenção a critérios de necessidade de pena. Trazemos à colação uma das tantas referências a respeito: “Desde o ponto de vista da manutenção da ordem social, proceder com uma pena frente aos enfermos mentais e menores é intolerável e abusivo porque é também desnecessário: pois que seu comportamento delitivo fique impune não diminui em nada o caráter inibitório geral das proibições penais” (GIMBERNAT ORDEIG, E. *¿Tiene un futuro la dogmática...* cit., p. 77).

da doutrina denomina juízo de reprovação) ficaria assim reduzida a dois momentos fundamentais: a imputabilidade e o conhecimento da antijuridicidade.⁴⁰

São muitas as peculiaridades da concepção sistemática de Gimbernat, nas quais não podemos agora nos deter. No que interessa agora resta sublinhar que o autor mantém um específico conceito causal de ação (entendido de forma geral, que compreende tanto o fazer ativo como omissivo, e que ele denomina “comportamento”), mas não em razão de uma metodologia naturalista, mas fundamentado em atenção a seu ponto de partida ancorado na teoria psicanalista da conduta humana. Assim, define o comportamento como “a relação do Eu consciente e fisicamente livre com o mundo exterior manejando processos causais (isto é: incidindo em ou alterando os processos causais ou deixando que estes sigam seu curso ou que não se iniciem)”.⁴¹

De tudo o que foi exposto com relação ao autor espanhol, quisesse destacar agora a forma na qual se estruturam e conectam entre si os diferentes pressupostos e consequências de sua proposta metodológica. Busca-se uma explicação racional do Direito Penal que evite recorrer a critérios e conceitos carregados de conotação ética ou moral, e se encontra uma fundamentação em um entendimento psicoanalítico das relações humanas. Desde este ponto de partida, a norma penal é concebida, com atenção à sua incidência no comportamento humano, como norma de motivação e se elude assim toda referência ao clássico aspecto valorativo da norma. E a própria função do Direito Penal não pode consistir, por este prisma, na tradicional tarefa que a doutrina costuma assinalar-lhe de tutela de bens jurídicos. Esta seria uma missão ideal e transcendental que se encontraria fora dos parâmetros de constatação empírica que agora se lhe podem atribuir à solução dos problemas humanos. Em troca, a evitação dos delitos, impedir que em um futuro se alcance uma cifra desorbitada na estatística criminal, aparece como uma possível contribuição real do Direito Penal à manutenção da coexistência social. Por isso se explica que se assinale ao setor punitivo do ordenamento jurídico a função de prevenção geral:

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E. **Introducción a la Parte general del Derecho penal...** cit., p. 69ss.

⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y comportamiento. **ADPCP**, núm. XL (1987); p. 579 ess., 587. Não obstante, tampouco se pode confundir este conceito com o de ação definido causalmente em sentido estrito, pois como o mesmo autor assinala, em sua tese renuncia ao requisito conceitual da voluntariedade porque não está em condições de abarcar os comportamentos automatizados nem falidos. Outra diferença fundamental reside em que se considera ausência de comportamento quando, ainda existindo essa voluntariedade, não há um condicionamento físico do próprio comportamento. Assim, não havia omissão “quando por incapacidade do sujeito ou pelos dados objetivos da situação era *fisicamente impossível* a execução de um movimento”. p. 606. Em relação ao conceito de ação de Gimbernat e sua proposição geral do Direito Penal, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de JAKOBS, ROXIN e GIMBERNAT. **Estudios penales y criminológicos**, XIV. Santiago de Compostela, p. 9-61, 1994.

através da ameaça do castigo, a norma motiva à generalidade da cidadania, mediante mecanismos de inibição, ao acatamento das regras jurídicas. E deste modo se vinculam intimamente um pressuposto metodológico (que pretende fugir tanto das teses valorativas como ontológicas), a concepção da norma penal (como norma de motivação) e a função do Direito Penal (prevenção general). A teoria do delito, como não poderia ser de outra forma, constitui uma coerente consequência destes pressupostos gerais.

E se o Direito Penal persegue motivar aos cidadãos para que não delinquam, a tipicidade abarcará aquele setor do comportamento humano que o legislador deseja proibir e que pode evitar através da ameaça penal (tanto o comportamento doloso como, em alguns casos, o imprudente). O âmbito da imputação subjetiva já não se fundamenta no livre arbítrio, mas na capacidade de motivação do sujeito e nas necessidades preventivo gerais... o sistema se ordena coerentemente desde seus pressupostos fundamentais até suas últimas consequências.

2 CONCEITO DE AÇÃO, FUNÇÃO DO DIREITO PENAL, ESTRUTURA DO DELITO E SISTEMA DE DIREITO PENAL

Metodologia do Direito, função do Direito Penal e estrutura do delito se puseram em comunicação não só mediante o componente fundamental da norma jurídica, mas também através da ação. O finalismo de Welzel levou a cabo uma proposta metodológica na qual se pode observar claramente a conexão entre todos estes fatores.

Na opinião deste autor, a ciência do Direito penal não pode construir-se a partir de conceitos e princípios estritamente jurídicos, ordenados, explicados e sistematizados com base em critérios exclusivamente normativos. Esta forma de desenvolver a investigação jurídico-penal operaria com um produto artificial uma vez que desconheceria os acontecimentos, os fenômenos e as estruturas da realidade que são prévias a toda regulação jurídica.⁴² O ponto de partida filosófico, como é fácil adivinhar, já não é a doutrina neokantiana dos valores, mas, pelo contrário, se toma em consideração as correntes ontológicas e fenomenológicas “para mostrar as distintas leis estruturais do ser humano e tentar conformar a partir daqui a base das Ciências que se ocupam do homem”.⁴³

⁴² WELZEL, Hans. **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**. Mannheim-Leipzig-Berlin: Dt. Druck- und Verlagshaus, 1935. p. 64ss.

⁴³ ROXIN, op. cit., p. 112, n. 17. Sobre os pressupostos filosóficos da doutrina da ação final, é importante tomar em consideração as próprias apreciações de WELZEL, Hans. **Das neue Bild des Strafrechtssystems**. 4. ed. Göttingen: Schwartz, 1961. p. IX-XII. Existe versão castelhana **El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina da acción finalista**. Trad. e notas de José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

Em correspondência a esta primeira proposta teórica, o autor alemão assinala que nas estruturas lógico-objetivas que marcam e dão pleno sentido através da convivência humana ao mundo, existe uma combinação de relações ontológicas e axiológicas, representativas dos planos do valor e da realidade, que não foram percebidas nem pelo pensamento científico-natural do naturalismo jurídico-penal (em seu exame da realidade livre de toda valoração) nem pelo método axiológico neokantiano (em uma excessiva normatização e relativização de sua teoria do conhecimento). Segundo esta concepção, essas estruturas lógico-objetivas venderiam determinadas, em última instância, por constantes antropológicas que lhe são dadas previamente ao direito e que não podem ser transformadas por este, e, em consequência, tem que ser levadas em conta também pelo legislador, de tal forma que essas denominadas estruturas lógico-objetivas “representam os tijolos físicos do mesmo sistema de direito penal prévio à regulação jurídica”.⁴⁴ A inovação metodológica foi, a todas luzes, transcendental.⁴⁵

A estrutura lógico-objetiva fundamental que está na base de todo direito penal é a ação humana. Agora, enquanto estrutura lógico-objetiva, sua significação básica para o sistema jurídico não pode ser distinta da que subjaz no marco da realidade. Por esta razão, e, segundo Engisch, o conceito de ação de Welzel, seguindo a Nicolai Hartmann, e como base da teoria jurídica do delito, é equivalente ao de atividade final humana.⁴⁶ À

⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin-New York: de Gruyter, 1984. p. 34. Existe tradução ao castelhano: **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Traduzido por SILVA SANCHEZ, Jesús María. Madrid, 1991. Segundo este autor, a concepção de Welzel representa, dentro do âmbito filosófico-jurídico, um compromisso entre o direito natural e o relativismo valorativo.

⁴⁵ A concepção metodológica de Welzel se pode resumir em umas poucas linhas, tomando palavras do próprio autor: “O ordenamento jurídico determina por si mesmo que elementos ontológicos quer valorar e vincular a eles consequências jurídicas. Mas não pode modificar os elementos mesmos, se os acolhe nos tipos. Pode designá-los com palavras, destacar seus caracteres, mas eles mesmos são o elemento individual, material, que constitui a base de toda valoração jurídica possível. Os tipos só podem «refletir» este material ontológico, previamente dado, descreve-lo linguística e conceitualmente, mas o conteúdo dos «reflexos» linguísticos e conceituais pode ser só destacado mediante uma compreensão penetrante da estrutura essencial, ontológica do elemento material mesmo. Disso se deduz para a metodologia, que a Ciência do Direito penal tem que partir sempre, sem dúvida, do tipo [...] mas tem que transcender logo do tipo e descender à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições e para... compreender também corretamente as valorações jurídicas [...] Este método, «vinculado ao ser ou às coisas»... que constitui um dos aspectos essenciais da doutrina da ação finalista, deveria ser designado con a palavra «ontológico», sem que com isso se optasse por um sistema ontológico determinado” (**El nuevo sistema del Derecho penal...** cit., p. 13 e 14). Sobre toda a problemática proposta em relação às estruturas lógico-objetivas na Espanha, cf. CEREZO MIR, José. La polémica en torno a la doctrina da acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española. **Problemas fundamentales del Derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1982. p. 105ss.

⁴⁶ Dizia Hartmann: “A pessoa, enquanto configura e transforma seus desejos em fins, e realiza estes valendo-se dos meios previstos para isso, dirige o suceder real ao desejado, e precisamente este *dirigir* mediante a inserção dos próprios componentes determinativos é a «ação». A respeito, o grande trabalho de RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. **La doctrina da acción finalista**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1978. p. 84. Ainda que exista grande similitude entre os pontos filosóficos de Hartmann e os pressupostos da doutrina da ação de WELZEL, este mesmo autor nega a influencia daquele (**El nuevo sistema de Derecho penal...** cit., p. 12 e 13).

ação pertence, portanto, tudo aquilo que o querer do sujeito estabelece como meio para alcançar um determinado fim. Porém, de um ato de vontade podem surgir muitos efeitos, dos quais não todos vão a pertencer à ação. Nesta determinação limitativa, o autor segue também um postulado metodológico hegeliano, ao tentar deslindar aquelas consequências que serão imputadas à ação, daqueles efeitos “cegos” acessórios e distantes.⁴⁷ Chega assim a conceber a ação, como assinalávamos, em sua consideração como atividade humana final. Assim dirá o autor: “A ação humana é exercício da atividade final. O próprio e genuíno do ato do homem consiste em antecipar na esfera do pensamento determinadas metas, em selecionar os meios necessários para sua consecução e aplicá-los depois, de modo planejado, para lograr a realização daquelas... em virtude de seu saber causal, a vontade é o fator objetivo da ação, dirige de modo planejado a ação à consecução da meta (realização da vontade)”.⁴⁸

A consequência sistemática mais importante e revolucionária que deriva desta concepção da ação foi expressada por el próprio Welzel nitidamente: “Por isso pertence o dolo à ação como o fator configurador subjetivo da mesma”.⁴⁹ Não cabe dúvida que a translação do dolo do âmbito da culpabilidade à ação é uma das inovações mais importantes na teoria jurídica do delito que tiveram lugar no século XX.

Até aqui, expus de forma descritiva a proposta metodológica que tradicionalmente se atribui ao autor alemão. Gostaria de acrescentar agora um fator relevante sobre o qual não se prestou tanta atenção, e é este que faz referência à função que persegue o Direito Penal e sua relação com esta proposta metodológica.

Frente às teorias clássica e neoclássica que estabeleciam como missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos essenciais para a convivência humana, as teses finalistas de Welzel determinam uma missão mais profunda e positiva do Direito Penal, uma missão de natureza ético-social. O Direito Penal prescreve e castiga a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica. Deste modo, outorga vigência aos valores positivos de fato, dá forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade ao Direito. Para Welzel, portanto, a missão do Direito Penal consiste fundamentalmente na tutela dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e só por inclusão, a proteção dos bens jurídicos particulares.

A ulterior sistematização da teoria do delito no finalismo, de todos conhecida, não é alheia nem à função do Direito Penal que seu fundador estabelece, nem tampouco é

⁴⁷ RODRIGUEZ MUÑOZ, op. cit., p. 85.

⁴⁸ WELZEL, Hans: **Das deutsche Strafrecht in seinen Grunzügen**. Berlin: de Gruyter, 1949. p. 20ss. Tomamos a tradução e a citação de RODRIGUEZ MUÑOZ, op. cit, p. 32 e 33.

⁴⁹ Idem.

indiferente aos pressupostos filosóficos que lhe servem de base. Com efeito, o finalismo estabelece como função primordial do Direito Penal a manutenção dos valores ético-sociais, dos valores de consciência para preservar, em segundo termo, os bens jurídicos mais relevantes da comunidade. A imposição geral dos valores de consciência, de fidelidade ao direito com o fim de preservar a convivência social, teria seus limites. E é aqui onde se estabelece a metodologia ontológica do tecido de estruturas lógico-objetivas prévias à regulamentação legal e de obrigatória observação por parte do legislador. O que se quis foi evitar assim, a crítica ao excessivo voluntarismo que envolve todo o seu modelo teórico.

E tampouco é casual a incorporação da estrutura lógico-objetiva fundamental, a ação final, na teoria jurídica do delito. É possível afirmar que a subjetivização que se traduz em toda a doutrina welzeliana do ilícito mercê da inclusão e exame do conteúdo do querer dentro da conduta humana (conceito pessoal do injusto, normatização e redução da culpabilidade, etc.) é o resultado de algo mais que uma mera consequência técnica pelo fato de ter partido deste pressuposto ontológico essencial. Precisamente toma Welzel a ação final como ponto de partida de sua sistemática porque esta casa perfeitamente com a função outorgada ao Direito Penal: a manutenção da vigência dos valores ético-sociais com vistas à conservação do respeito aos bens jurídicos fundamentais. Dentro destas coordenadas, o enfrentamento a essa missão atribuída ao Direito Penal vem encarnada pela atitude interna que provoca o juízo a respeito destes valores de consciência social. O momento de desobediência, o momento de rebeldia à assunção dos critérios éticos comunitários se constitui no aspecto mais relevante da negação do direito e por esta razão Welzel toma como estrutura lógico-objetiva essencial a ação final e não qualquer outra. As repercussões que teve este câmbio metodológico na estrutura do delito são de sobra conhecidas e estão intimamente relacionadas tanto com o pressuposto metodológico como o ideológico. Especialmente sua concepção da antijuridicidade volta a refletir este pensamento apontado.

Assim, para Welzel o ordenamento jurídico pretende estabelecer com suas normas e preceitos uma ordem valiosa da vida social. A realização antijurídica do tipo, em consequência, reflete sempre uma conduta que contradiz esta ordem valiosa. A antijuridicidade, pois, na tese *welzeliana*, se contempla como um juízo “objetivo” (no sentido de que vem determinado por critérios gerais) de desvalor. Mas, como tal juízo tem como objeto uma conduta humana, e esta vem configurada tanto por componentes externos como internos, estes últimos, ou seja, os elementos anímicos do sujeito, vão ter grande importância na fundamentação do juízo de desvalor.⁵⁰

⁵⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte general. 11 ed. Traduzida por BUSTOS RAMIREZ, Juan e YAÑEZ PEREZ, Sergio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 79.

O dolo também se inclui no injusto, como é lógico, mas este, ademais, já não aparece desconectado da pessoa do autor:

[...] a ação é antijurídica só como obra de um autor determinado: o fim que o autor estipulou para o fato, a atitude segundo a qual o cometeu, os deveres que lhe obrigavam a este respeito, tudo isso determina de modo decisivo o injusto do fato junto à eventual lesão do bem jurídico. *A antijuridicidade é sempre a desaprovação de um fato referido a um autor determinado. O injusto é injusto da ação referido a um autor, é injusto 'pessoal'*.⁵¹

Desta forma, a antijuridicidade e sua substantivação, o injusto, adquirem um grau de subjetivação desconhecido até então tanto na concepção causal do delito como na neokantiana. Buscou-se assim reafirmar a natureza ético-social do Direito Penal que por sua vez inspira toda a concepção jusfilosófica do autor alemão e isto se pretende conseguir outorgando primazia ao desvalor de ação frente ao desvalor de resultado.⁵²

A mudança operada na teoria da culpabilidade, também é reflexo não só da coerência com o pressuposto dogmático de partida, mas também deste aspecto ideológico assinalado.

As repercussões sistemáticas do finalismo alcançaram, como apontei, o juízo de culpabilidade, que toma em consideração as circunstâncias próprias da ação em relação à realização do comportamento proibido.

Se o dolo se transferiu da culpabilidade para a ação, desaparecia do âmbito daquela o componente psicológico que até então lhe tinha prestado certo suporte material. A culpabilidade viria assim determinada desta forma com base em componentes quase exclusivamente normativos. E, neste sentido, o suporte ontológico vem refletido pela própria consideração ao ser humano, como pessoa capaz de dirigir livremente seu destino, de obrigar-se e, portanto, de atuar conforme as exigências do Direito. Pode-se dizer que a ideia de ser humano como pessoa responsável é a estrutura lógico-objetiva que no sistema de Welzel parece residir no campo da culpabilidade.⁵³ Esta fica reduzida a um juízo de reprovação que se formula ao autor na medida em que, podendo atuar o sujeito, na situação concreta, em conformidade com os preceitos da norma jurídica, optou por dirigir seu comportamento contra o Direito.⁵⁴

⁵¹ WELZEL, op. cit., p. 92.

⁵² Assim se expressa BUSTOS RAMIREZ, op. cit., p. 183.

⁵³ Esta parece ser a opinião de BUSTOS RAMIREZ, op. cit., p. 184.

⁵⁴ "Neste 'poder em lugar disso' do autor a respeito da configuração de sua vontade antijurídica, reside a essência da culpabilidade; ali está fundamentada a reprovação pessoal que se formula no juízo de culpabilidade ao autor por sua conduta antijurídica. A teoria da culpabilidade tem que expor os pressupostos pelos quais se reprova ao autor a conduta antijurídica". WELZEL, op. cit., p. 197.

Em face desta consideração geral, os componentes que configuram o conteúdo da culpabilidade são determinados em atenção a sua atitude como objeto da reprovação que se dirige ao autor pelo fato cometido. A estrutura desse juízo de reprovação se desenvolve através de três momentos fundamentais: imputabilidade, ou seja, comprovação existencial da capacidade do sujeito de compreender o injusto realizado e de dirigir sua conduta de acordo com essa compreensão⁵⁵; possibilidade de compreensão do injusto, isto é, determinação das condições do sujeito imputável em razão do reconhecimento da significação antijurídica do fato cometido ou da possibilidade de ter chegado a esta compreensão⁵⁶; e, finalmente, exigibilidade, em virtude da qual o juízo de reprovação requer que na situação concreta ao autor imputável com conhecimento do injusto do seu fato se pudesse exigir, em face do conjunto de circunstâncias concorrentes em tal situação dada, um comportamento distinto àquele que ele levou a cabo.⁵⁷

A forte normatização da culpabilidade, responde, por um lado, a uma exigência de tentar manter um mínimo conteúdo dos aspectos pessoais do autor em relação ao fato antijurídico realizado. Pois a elaboração do conceito final de ação e do tipo pessoal de injusto determinavam um traslado desses componentes pessoais do juízo de reprovação ao setor da antijuridicidade. Mas, de outro lado, a excessiva subjetivização de toda sua sistemática implicava em que a culpabilidade se sustentasse também em uma estrutura lógico-objetiva que evitasse uma possível e excessiva intromissão do poder punitivo nos elementos de consciência do cidadão. E essa estrutura lógico-objetiva neste campo vem representada pelo livre arbítrio.

Em conclusão, como se foi esboçando ao longo destas linhas, a proposta jusfilosófica do finalismo e a subjetivização de todos os componentes da teoria do delito não pode considerar-se, como assinalado, em uma mera consequência técnica deduzida de um pressuposto teórico puramente ontológico, mas sim, pelo contrário, tal subjetivização sistemática se encontrava predeterminada pela função ideológica atribuída ao Direito Penal na determinação de sua tarefa fundamental.

⁵⁵ Ibid., p. 216.

⁵⁶ Ibid., p. 221.

⁵⁷ Ibid., p. 248.

4 IMPUTAÇÃO OBJETIVA, FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E SISTEMA DE DIREITO PENAL

Gostaria de oferecer dois exemplos de propostas sistemáticas nos quais se relacionam metodologia do Direito, função da norma penal e imputação objetiva, que se encontram em um plano intermediário aos dois casos anteriormente apontados (sistema e norma penal, sistema e ação). Refiro-me ao modelo funcionalista defendido por JAKOBS, do qual passo a ocupar-me em primeiro lugar; e à recente proposta da concepção significativa da ação de Vives Antón, que finalizará este tópico.

Jakobs, junto com outros penalistas que se encontram nesta corrente, criticam à dogmática tradicional a perda de contato com a realidade, consequência da utilização de metodologias que se fundamentam em pressupostos naturalísticos, normativistas ou ontológicos. As tendências tradicionais do Direito Penal se consagraram particularmente à teoria dos valores, olvidando a função que costumam cumprir esses valores em um determinado sistema social. Se rechaça, nesta linha argumentativa, a missão que se costuma atribuir ao Direito penal, e que consiste na proteção de bens jurídicos. Pois o relevante não é a seleção e tutela de estados ideais, mas a função que prestam as diversas instituições penais. Ao contrário, para a doutrina tradicional, a questão sobre a tarefa representada por esses valores seria, segundo os partidários do funcionalismo, um tabu incontestável como tudo aquilo que fica fora da capa do direito positivo. Seria expulsa à moral, à religião ou à política. Assim, se aconselha ao Direito Penal que se olvide do exame da problemática sobre a natureza do valor fundamental para que desenvolva sua atividade de pesquisa na vida social.⁵⁸

A proposta de Jakobs parte assim dos pressupostos da teoria dos sistemas sociais de Parsons⁵⁹ e da aporção científica de Luhmann⁶⁰ no marco da Ciência do Direito.

⁵⁸ A respeito, a exposição de AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Frankfurt: Athenäum, 1972. p. 350ss. RUDOLPHI, Hans Joachim. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. **Festschrift für Richard M. Honig**. Göttingen: Scharwitz, 1970. p. 151ss. Um resumo dos pressupostos que guiam este pensamento em meu trabalho El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada. **Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz**. Vol. I. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p. 247ss.

⁵⁹ PARSONS, Talcott. **The social system**. 4. ed. New York: Free Press, 1968. LUHMANN, Niklas. **Zweckbegriff und Systemrationalität**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1973. Do mesmo, **Rechtssoziologie**, 2 Tomos. Hamburgo: Rowohlt, 1972. Uma completa referência bibliográfica e análise sobre seus pressupostos em MIR PUIG, op. cit., p. 295ss. LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y sustitutivos penales**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979. p. 9ss.

⁶⁰ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin-New York: de Gruyter, 1991. p. 6ss, n. 4ss, expresamente em notas 7 e 8. Esta mesma proposta foi antecipada em seu trabalho **Schuld und Prävention**. Tübingen: Mohr, 1976. p. 9ss. Uma clara, concisa e completa exposição em SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992. p. 69ss, n. 4ss.

Como pressuposto, parte-se de uma concepção da sociedade na que esta se contempla como um complexo organismo harmônico onde cada um dos membros que a integram desenvolve uma específica função que permite a coerência do sistema e contribui ao desenvolvimento dinâmico daquela, mantendo assim sua estrutura básica. Neste contexto, o Estado só pode castigar aquelas ações que apresentam certa lesividade social, de tal forma que o Direito Penal tem encomendada a tarefa de dirigir sua atividade em função do estabelecimento e proteção das condições necessárias que possibilitam a manutenção da vida humana em comunidade. Mas, diz-se, ali onde a convivência de uma pluralidade de indivíduos em uma determinada sociedade só é possível sob certos pressupostos, não é suficiente contar unicamente com estados de valor dignos de proteção, mas, para que o Direito Penal possa cumprir sua função, se há de atender aos problemas organizativos necessitados de solução com vistas à conservação e asseguramento das condições de existência dos cidadãos que convivem nessa sociedade⁶¹. Ou seja, em consideração aos sempre complexos pressupostos sociais, que desde este ponto de vista se entende como conformados sob fiáveis expectativas de comportamento e que se projetam em ações, o direito já não tem que delimitar nem proteger determinados valores, mas sim deve assegurar a estrutura do sistema social e garantir sua capacidade de função.

Em sua visão do Direito Penal, pois, se nega a tarefa clássica que a ele se atribui e que se circunscreve à mera proteção de bens jurídicos, na medida em que a lesividade social compreenderia algo mais que a violação de valores ideais. O Direito Penal, pelo contrário, deve contribuir à funcionalidade do sistema, à manutenção de sua capacidade de organização, à distribuição e asseguramento de competências, ao cumprimento individual de cada um dos róis assinalados ao cidadão.

Com esta concepção como ponto de partida, o autor define todas as categorias do delito com atenção à contribuição que estas prestam à manutenção da respectiva estrutura social⁶². Daí que o objetivo que se atribui ao setor do ordenamento punitivo explique que toda a elaboração dogmática do ilícito se estruture em torno à instituição da imputação objetiva.

E com efeito, se disse, e com razão, que a teoria da imputação objetiva propugnada por Jakobs se insere em uma dogmática cuja pretensão é, sobretudo, a de explicar o sistema de atribuição que vige em uma determinada sociedade em um momento dado, e por isso sua teoria em ocasiões recebeu o nome de *sociológica*⁶³.

⁶¹ Tese fundamental da qual parte a obra de AMELUNG, op. cit., p. 351.

⁶² Neste sentido, e expondo alguns exemplos, SCHÜNEMANN, op. cit., p. 54, n. 133.

⁶³ JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en Derecho Penal**. Estudio preliminar de CANCIO MELIÁ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996. p. 62. Estes autores, e especialmente o primeiro, contribuíram notavelmente à difusão da obra do autor alemão na maioria dos países de fala hispana, e daí que suas apreciações sempre tenham que ser tomadas muito a sério por seu valioso conhecimento da complicada estrutura dogmática deste grande penalista.

Não é um acaso, portanto, que o autor tome como ponto de partida de sua teoria do delito a imputação objetiva, pois do que se trata é de estabelecer uma relação entre o comportamento de um sujeito e a violação do rol que lhe corresponde com atenção à distribuição de competências que leva a cabo a norma infringida, de tal forma que o evento lesivo aparece como obra de seu autor.⁶⁴

A norma jurídica refletiria assim o critério reitor de ordenação que estabelece e diversifica os distintos róis a favor do funcionamento do sistema social. A lesão a sua vigência, em consequência, representa a lesão à função e constitui assim o primeiro motivo da incriminação. Explica-se deste modo, como reiteradamente venho apontando, que o Direito Penal já não persiga a mera proteção de bens jurídicos, pois agora centra sua atenção na manutenção da vigência da norma, da confiança no Direito. Todos os componentes do delito vem desta forma fundamentados desde o marco de sua plasmação e incidência na norma penal, entendida sob este pressuposto de critério reitor de determinação de competências.

A conduta criminal se caracteriza como uma forma de expressão com sentido que é imputada ao agente conquanto este exteriorize uma representação de ruptura de uma ordem vigente.⁶⁵ E essa expressão de sentido jurídico-penalmente consistirá na inseparável tomada de posição a respeito da vigência da norma: o sujeito agente não vê nenhuma norma que o obstaculize, quer seja porque não conhece a correspondente norma, quer seja porque a conhece e apesar disso se propôs a infringi-la.⁶⁶

A ação se constitui por sua vez, em causa de um resultado, definido este como lesão da vigência da norma, isto é, e entendendo norma como critério reitor de ordenação comunitária, como menoscabo de uma determinada função social.⁶⁷ Em outras palavras, o autor é coerente com a concepção funcionalista de toda sua posição na medida em que se concebe o injusto de um delito como a frustração do cumprimento de um rol assinalado ao sujeito em uma comunidade dada, e neste sentido, a norma,

⁶⁴ “Com o dito creio que fica claro o que é objetivo na imputação objetiva do comportamento: se imputa as desviações a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um rol. Não são decisivas as capacidades de quem atua, apenas as de um portador de rol, referindo-se a denominação ‘rol’ a um sistema de posições definidas de modo normativo; ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta em atenção a pessoas”. JAKOBS, op. cit. p. 97.

⁶⁵ JAKOBS, Günther. **El concepto jurídico-penal de acción**. Conferencia proferida no CEU de Madrid em maio de 1992. Traduzida por Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. p. 14. Do mesmo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit., p. 136ss, n. 20ss.

⁶⁶ JAKOBS, Günther. **Der strafrechtliche Handlungsbegriff**: Kleine Studie. München: Beck, 1992. p. 33 e 34. Tomo aqui vários parágrafos de forma quase literal para expressar mais genuinamente o pensamento do autor.

⁶⁷ JAKOBS: **El concepto jurídico-penal de acción...** cit., p. 20 e 21.

enquanto supõe a definição dos papéis que cada cidadão joga na sociedade, representa o mecanismo supremo de organização da mencionada comunidade. A lesão à sua vigência, em consequência, refletira a lesão à função e se constituiria assim no primeiro motivo da incriminação. De tudo isto se deduz por que o autor chega a definir a ação com base neste resultado e por que caracteriza à mesma como causação da lesão da vigência da norma. O resultado se define assim como o não reconhecimento da validade da norma. Ou, elaborado de outra forma, se vai assinalar que quem expressamente mantém que a norma para ele não conforma atualmente máxima alguma, atua, se a expressão se realiza através de uma atividade corporal, e omite, quando toma expressão a não realização de uma determinada atividade.

O conceito de ação, pois, já não constitui o fundamento sobre o qual se edifica o sistema penal do autor, mas o componente básico da imputação objetiva que vem definido por sua própria relação com a norma jurídica. Desta forma se explica que perca certas características individuais em favor de uma compreensão mais sociológica.

E esta ausência de individualidade, de perspectiva pessoal nas diferentes categorias do delito, se vai plasmar também na instituição que tradicionalmente revela com maior força esses componentes individuais e pessoais: a culpabilidade.

No sistema de Jakobs, a pena cumpre uma função fundamentada na prevenção geral positiva, que em sua particular terminologia significa necessidade de manutenção das expectativas da fidelidade ao ordenamento jurídico. Essa fidelidade ao ordenamento jurídico se debilita quando o sujeito que se encontra em perfeitas condições para prever e dominar a realidade planificada (no sentido de cumprimento de seu rol pessoal a favor do desenvolvimento equilibrado do sistema), sendo possível uma atuação conforme a expectativa que tal rol inspira na crença dos demais; leva a cabo uma atuação contrária à norma. Assim se entende a afirmação “a função da culpabilidade é estabilizar a norma débil”, ou esta outra similar “o fim que determina diretamente a culpabilidade é a estabilização da confiança na ordem jurídica perturbada pelo comportamento delitivo”.⁶⁸ Pois na defraudação da expectativa que representa a norma por parte do sujeito que leva a cabo a conduta sob condições normais, ou seja, em seu comportamento sob condições volitivas e intelectivas suscetíveis de ser interpretadas com sentido em um determinado contexto social, se nega a vigência dessa norma jurídica e com isso se debilita sua afirmação e sua atitude funcional de

⁶⁸ JAKOBS, Günther. **El principio de culpabilidad**. Conferência proferida na Facultad de direito da Universidad Complutense de Madrid em maio de 1992. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, p. 29. Também em **Schuld und Prävention**. Tübingen: Mohr, 1976. p. 31 (Als der die Schuld leitend bestimmende Zweck erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsverhaltens [...])

equilíbrio no desenvolvimento da comunidade. Pois se as regras da natureza não necessitam afirmar sua vigência, pois esta não periga se alguém pretende atuar contra as mesmas, isso não ocorre no ordenamento jurídico, que ao não constituir um sistema absoluto necessita ressarcir-se contra as violações de seus preceitos para manter sua firmeza.

Nos casos de exclusão da culpabilidade, pelo contrário, a defraudação da expectativa que representa a conduta infiel à determinação dos preceitos legais não se produz, posto que ninguém espera que a criança, o louco, ou aquele que desconhece a significação antijurídica do fato cometido, cumprisse com esta exigência de fidelidade ao Direito, ou dito em palavras que utilizaria o próprio Jakobs, a ausência de sanção nestes casos, não perturba a função estabilizadora de expectativas em que consiste o Direito⁶⁹. A culpabilidade, portanto, não depende das específicas circunstâncias do sujeito. Não está fundamentada com base em um critério de limitação do poder punitivo do Estado em favor do reconhecimento de uma garantia fundamental do indivíduo, mas sim tão somente em atenção às necessidades derivadas da pena em sua função mediata de prevenção geral.

Esta compreensão do sistema penal na teoria do delito é coerente tanto com a proposta metodológica adotada como com os fins que se aponta para a pena. Parte-se da prevenção geral positiva como critério decisivo de orientação da sanção jurídica, ou seja, que a pena supõe a consequência racional e sincronizada do fato punível do autor, enquanto que este com o delito comunica seu esboço da realidade. Tal fato se entende não tanto como ato psicofísico, mas, sobretudo, como representação de um esquema social rechaçado pelo ordenamento jurídico. A pena supõe outra comunicação em sintonia com o ilícito: reflexo de que não se quer manter esse esboço da realidade apresentado pelo autor com seu comportamento. Em consequência, a prevenção geral é positiva posto que não só se pretende dar à sociedade uma visão negativa da consequência do delito, mas também se deseja impor uma determinada visão da realidade. Isto reflete-se nas seguintes palavras do autor:

O fim da pena que acabo de esboçar se denomina atualmente prevenção geral positiva; prevenção geral, porque se pretende produzir um efeito em *todos* os cidadãos; positiva, porque este efeito não se pretende que consista em medo ante a pena, mas em uma tranquilização no sentido de que a norma está vigente, de que a vigência da norma, que se viu afetada pelo fato, voltou a ser fortalecida pela pena; no século passado se falava de maneira plástica de eliminação do ‘dano intelectual do delito.’⁷⁰

Em que pese as distâncias existentes entre mestre e discípulo, entre Welzel e Jakobs, o paralelismo em sua estrutura metodológica resulta, a todas luzes, evidente. Para aquele, missão

⁶⁹ Ibid., p. 39.

⁷⁰ Ibid., p. 34. Em outra passagem assinala, em consonância com o expressado no texto, que a prevenção geral não se entende no sentido de intimidação, mas não de exercício da confiança no Direito: “Dies ist Generalprävention nicht im Sinne von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtstreu”. (**Schuld und Prävention...** cit.; p. 10). Também em **Strafrecht. Allgemeiner Teil...** cit., p. 13, n. 15.

do direito Penal é manter vigentes os valores de consciência jurídica; para este, conservar a confiança no direito, no funcionamento sincronizado do sistema social. Welzel conforma toda sua sistemática em torno ao conceito final de ação porque representa a estrutura lógico-objetiva fundamental como vontade que se opõe ao submetimento de fidelidade aos valores de consciência jurídica. Jakobs, ao contrário, fundamenta todo seu modelo teórico na imputação objetiva, ou melhor, em um conceito amplo de ação por meio do qual se põem em comunicação conduta do sujeito, ruptura da norma e culpabilidade. A razão dessa prioridade radica, porém, no fato de que todos estes momentos representam casos de menoscabo ou debilitação da vigência da norma, frustração de expectativas, desajuste no desempenho dos rôis socialmente assinalados, e em última instância, desfuncionalidade social.

A diferença fundamental encontramos no fato de que em Welzel o momento substancial de fundamento do injusto se encontra na ação final enquanto que em Jakobs a antijuridicidade, enquanto frustração de rôis, vem diretamente relacionada com o menoscabo da vigência da norma, e a ação fica relegada a um segundo plano, ou melhor, encoberta no momento fundamental da imputação objetiva.

O conceito de ação, do mesmo modo que um dia ocorreu com a norma penal, sofre, portanto, uma inversão em correspondência com o método. A ação nas tendências funcionalistas tem agora assinalada a função, não de fundamentar a sistemática do Direito Penal que se defende, mas a de revalidar a atitude e a coerência desse sistema a respeito de todos seus componentes substanciais.

O último modelo metodológico que vou expor, também brevemente, é a recente proposição formulada por Vives Antón. É verdade que nem em seus pressupostos nem em suas consequências tem similitude alguma com o sistema funcionalista de Jakobs. Mas existe algum paralelismo no modo de conceber os fundamentos do Direito Penal, e por esta razão, se escolheu como lugar sistemático o tópico dedicado às relações entre imputação objetiva e sistemática penal.

Com efeito, o autor apresenta novamente a ação como fundamento da elaboração da teoria do ilícito penal. Porém, na medida em que a essência deste componente se encontra no significado que adquire conforme regras e normas externas, a formulação jurídica do delito se edifica tomando como pedra angular a imputação objetiva, pois em última instância à disciplina punitiva corresponde como tarefa mediata determinar se um certo comportamento humano é atribuível a um sujeito com atenção aos pressupostos estabelecidos na norma jurídica.⁷¹

⁷¹ “Sair da garrafa implica neste caso liberar-se dessa confusão. O delito não é um objeto real e, por conseguinte, à estrutura do sistema não corresponde nenhuma estrutura objetiva. E a dogmática não é uma classe de ciência mas um modo de argumentar ao redor de uns tópicos que não são mais que determinações do que entendemos por ação e do que entendemos por norma, e do processo em virtude do qual podemos julgar as ações desde as normas jurídicas”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 482.

Tomando como pressuposto ação e norma, e a forma com que aquela se concebe desde esta, o autor elabora todo o sistema penal sob um prisma quase exclusivamente normativo. Creio, ainda que possa equivocar-me, que de todas as propostas metodológicas que existem na atualidade na Europa, não encontramos um sistema tão fortemente normativizado (quase tanto como o de Jakobs, mas com uma fundamentação totalmente distinta) como o que nos apresenta o professor espanhol. Vou expor algumas reflexões nas que se aprecia esta característica assinalada.

A originalidade dos fundamentos do sistema de Direito Penal de Vives Antón começa pelos pressupostos filosóficos dos quais parte, que tomam como base a filosofia da linguagem de Wittgenstein com certa influência de Habermas. Também creio que é a primera formulação das bases do Direito Penal que se sustenta na obra, entre outros, destes autores. E, como tentarei demonstrar mais adiante, esse câmbio radical em tais fundamentos, tampouco é um acaso.

Neste processo de normativização, todas as categorias que o autor reelabora vêm caracterizadas pela ausência de todo elemento ou componente fático, naturalístico, material ou psicológico. Pelo contrário, as diferentes instituições do Direito Penal adquirem relevância pelo sentido, o significado, a interpretação que delas se pode extrair conforme regras ou normas externas. Com este critério reitor como referência, apresenta sua concepção significativa da ação e o resto das categorias subordinadas a ela.

A determinação do conceito de ação depende do significado, do sentido que se depreende dos atos humanos. Concebe-se a ação, pois, como unidade de sentido, interpretável no marco social por ajustar-se ao seguimento de uma regra. A essência da ação já não se encontra, portanto, nem no movimento corporal, nem na finalidade subjetiva, mas no significado que adquirem certos acontecimentos do homem no contexto social na medida em que aqueles seguem umas pautas compreensíveis em tal contexto social. Logo o componente ontológico da ação não é o aspecto mais relevante da mesma. Ou seja, a ação já não consiste no substrato que logo adquire um sentido, mas no sentido que através das diferentes regras sociais dá vida ao substrato.⁷² Entende-se agora por que nos encontramos ante uma teoria fortemente normativizada da ação e também

⁷² VIVES ANTÓN, *op. cit.*, p. 245ss. Desde esta perspectiva, a ação como significado atribuído socialmente – juridicamente – a certos movimentos corporais ou a certa ausência deles, tende a objetivar-se. Tal objetivização da ação se produz mediante seu reconhecimento nas regras sociais. Ao longo de toda sua obra, o autor insiste na ideia de que em matéria de ação não estamos ante processo físico algum, mas ante casos de interpretação da conduta pública, isto é, de compreensão do seu sentido.

compreende-se agora sua denominação da mesma, concepção significativa da ação⁷³. Mas esse processo de eliminação, de fuga de toda compreensão fática dos elementos estruturais do delito será produzida no conjunto do sistema.

A pretensão metodológica, como assinala, busca os componentes valorativos e significativos do delito e expulsa qualquer elemento material, seja físico, seja psicológico, do sistema penal.

Desta forma o dolo, que agora se entende como dolo neutro, isto é, como intenção de realizar o fato antijurídico (ficando a consciência da ilicitude na pretensão de reprovação), já não é concebido como um componente claramente psicológico, que reside no âmbito interno da pessoa. O dolo, que, repito, é contemplado fundamentalmente como intenção, já não vem definido como impulso da vontade que se constitui em causa do movimento corporal nos delitos de ação, mas, pelo contrário, vem regido também por códigos externos, por regras sociais.⁷⁴ Daí que se redefina a categoria fora do âmbito propriamente psicológico para adequá-la aos novos parâmetros valorativos. E desta forma o dolo é identificado agora sob o prisma da existência no autor, no caso concreto, de um compromisso de atuar, posto que, em última instância, o critério da aceitação da consequência lesiva é constatável desde o ponto de vista externo.⁷⁵ Com toda coerência, também os elementos subjetivos do

⁷³ Não podemos explicar agora todas as derivações sistemáticas da original proposta do autor. Assim, se distingue entre aparência de ação e tipo de ação. Este último conceito adquire relevância preeminente no sistema penal. “As ações não resultam, pois, inteligíveis por referências a estruturas objetivas (físicas ou lógicas) situadas fora delas, mas sobre a base de que se entrelaçam em práticas, em plexos regulares de interação que determinam o sentido. Com base no papel que jogam nesses plexos podemos falar de diferentes *tipos de ação*. E tais *tipos de ação* – que não são mais que a expressão das diferentes funções sociais – constituem o dado primário de nosso conhecimento da ação [...] Assim, pois, cabe afirmar, em consequência, que a ação típica é o *constituiens* real do tipo de delito e o *tipo de ação* seu primeiro *constituens* lógico”. VIVES ANTÓN, op. cit., p. 266.

⁷⁴ Não se nega que a capacidade da ação exija certa possibilidade de criar intenções e vontades, mas ao contrário a determinação da ação mesma não só depende da intenção mas do código social estabelecido mediante o qual se extrai seu sentido e significado. E o próprio exame do querer do agente não se subtrai a este requisito assinalado de submissão a regras externas. VIVES ANTÓN, op. cit., p. 214.

⁷⁵ “Em consequência, para determinar se uma ação é ou não intencional havemos de atender, não a inverificáveis processos mentais, a desejos e propósitos, mas a se na *ação realizada* se põe ou não de manifesto um *compromisso* de atuar do autor. Esse compromisso não é senão a imagem da relação que une a intenção a seu objeto (a ação) com a “dureza do dever ser lógico”. Deste modo, a intenção, inacessível como processo psicológico, se mostra em uma dupla dimensão normativa. Em primeiro termo, nas regras que a identificam e a tornam possível e cognoscível e; em segundo lugar, na relação entre o autor e a ação: através do significado de seus atos, das competências que cabe atribuir-lhe, e do entramado dos estados intencionais que se plasmam em sua vida imputamos, – ou não – uma determinada intenção ao autor”. VIVES ANTÓN, op. cit., p. 232 e 233.

injusto perdem todo caráter psicológico e se convertem em categorias significativas cuja essência se encontra no componente valorativo.⁷⁶

Enfim, com a pretensão de não estender-me em demasia na explicação é preciso apontar que as mesmas consequências se aplicam a duas instituições que até este momento eram fundamentais no sistema do Direito Penal: a relação de causalidade e o tipo de injusto.

Na medida em que as teorias da relação de causalidade pretendem, desde o ponto de vista objetivo e material, determinar se um concreto resultado lesivo e proibido pela norma penal é atribuível à ação de um sujeito por meio de critérios gerais e universais, se está recorrendo ao método “cientificista”, que, ainda que seja parcialmente, pretende resolver o problema mediante o recurso do desvelamento de leis de causa e efeito. Mas, claro está, semelhante metodologia opera com processos derivados da uniformidade da natureza, longe dos cursos pelos quais discorre a aplicação das normas de direito. Por essa razão se rechaça toda pretensão de elaborar teorias uniformes e generalizadoras, como as representadas pelas que procedem da problemática da relação de causalidade, e se traslada a questão às práticas jurisprudenciais, à interpretação, ao consenso doutrinário, etc.⁷⁷ E por estas mesmas razões se rechaça o tipo de injusto como categoria básica do sistema penal, por estar sobrecarregado de elementos materiais, normativos e descritivos. Se substitui desta maneira o tipo de injusto pelo tipo de ação.⁷⁸

⁷⁶ *Ibid.*, p. 257: “Se isso é assim, os elementos subjetivos devem configurar-se e ser entendidos não como processos internos semelhantes aos físicos – como coisas que ocorrem no fundo da alma –, mas como momentos da ação, como componentes de um sentido exteriorizado, de algo que não é – nem pode ser – secreto”.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 310. O autor assinala que estabelecer critérios universais que recorrem a fundamentos naturalísticos, valorativos ou mistos para a temática da adscrição ao tipo nos delitos de resultado, é um erro. E seria um erro porque definitivamente a adscrição típica nesta classe de delitos não teria porque ser diferente do resto. Não há que recorrer a teorias científicas para estabelecer a relação causal do resultado com relação à ação porque se nos apresentem uma série de casos que a encerram seria uma dificuldade. Seria melhor tratar de resolver estes casos com atenção à interpretação geral da ação dentro do tipo de ação. Por isso não é nas teorias da relação de causalidade onde se deve pôr o acento, mas nos critérios gerais de interpretação, nas práticas, no precedente, na criação de regras hermenêuticas que nos ofereçam possibilidades de certeza jurídica. É que em última instância o resultado não se encontraria fora da ação, mas na própria ação.

⁷⁸ VIVES ANTÓN, *op. cit.*, p. 272: “E o que não parece, ao contrário, metodologicamente correto é edificar um sistema sobre uma categoria básica multiforme e sobrecarregada. Pois ao tipo de injusto, tal e como o concebe hoje a doutrina, pertencem momentos da configuração da ação que não tem mais sentido que delimitar sua relevância penal (ou sua específica relevância penal); outros nos quais reside a lesividade do ato; e finalmente outros nos que radica sua contrariedade ao dever. Assim as coisas, a teoria do delito se converteu na teoria do injusto, de categoria básica passou a ser categoria hegemônica, na qual ulteriormente se distinguem estratos diversos (tipo objetivo e tipo subjetivo). E cabe afirmar que essa distinção ulterior nem sempre se leva a cabo com critérios valorativamente unívocos nem funcionalmente úteis”.

A ulterior proposta de explicação do resto da teoria do delito do autor espanhol é ainda muito provisória e por esta razão não vou realizar nenhuma análise pormenorizada.⁷⁹ Somente gostaria de acrescentar que todas as categorias se estruturam como momentos que estão em conexão com a norma jurídica a fim de determinar a exigência de responsabilidades penais em relação ao sujeito de um ato delitivo.⁸⁰

Interessa-me destacar agora as razões da mudança metodológica operada na proposta do autor e que o movem a voltar sobre o conceito de ação como fundamento do sistema penal.

Creio que no pensamento de Vives Antón late uma necessidade de voltar a situar no centro da discussão do sistema penal aspectos antropológicos que abertamente quis evitar a doutrina convencional por sua “falta de constatação científica”, como a liberdade ou a justiça.⁸¹ Por isso rechaça o método “cientificista” com o qual operaram até agora

⁷⁹ Esta forte normatização de toda a teoria do delito já se podia perceber na obra elaborada junto com o Professor Cobo Del Rosal. Os mencionados autores partiam de um pressuposto metodológico totalmente deontológico, ou seja, “[...] a análise da infração não adotará uma configuração que tome como eixo a estrutura real do atuar humano constitutivo de delito, mas atenderá primariamente à diversificação do juízo normativo em virtude do qual um fato da vida social passa a ser qualificado como delito pelas leis penais”. Em consequência, “a estrutura do delito ficará assim dividida, essencialmente, em duas partes: uma, relativa ao *juízo de antijuridicidade* na qual se determina se o fato é ou não contrário ao direito de modo relevante para a lei penal e outra, relativa ao *juízo de culpabilidade*, na qual se determina se o fato tipicamente antijurídico é pessoalmente reprovável ao seu autor”. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: **Derecho penal**. Parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1990. p. 210.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, op. cit., p. 484ss. A apresentação do sistema proposto percorre o seguinte caminho: em primeiro lugar se fala da pretensão de validade da norma penal, que por sua vez se subdivide em várias pretensões. Dentro desta subdivisão encontramos a pretensão de relevância, e aqui é preciso determinar a existência de um tipo de ação, nos termos definidos, e que seja um tipo de ação lesiva, isto é, que ponha em perigo ou lesione um bem jurídico determinado. A pretensão de validade se desdobra em um segundo momento que o autor denomina pretensão de ilicitude, isto é, que ademais de encontrar-nos ante um tipo de ação lesiva deve consistir em uma realização do proibido ou não realização do ordenado, ou seja, há de contrariar a norma entendida como diretiva de conduta. A ação que concorre com o dolo ou a imprudência será em si mesma já, ilícita. Esta ilicitude pode ser excluída pelas leis permissivas que outorguem um direito ou permissão forte (causas de justificação), ou se limitem a tolerar a ação estabelecendo um permissão fraca (escusas ou causas de exclusão da responsabilidade pelo fato). O terceiro momento é constituído pela pretensão de reprovação. O juízo de reprovação é necessário para tomar em consideração o autor como ser racional, e não como mero objeto. A estrutura da pretensão de reprovação viria determinada pela imputabilidade e pelo conhecimento da ilicitude (que tenha atuado conhecendo ou podendo conhecer o significado antijurídico de sua ação). A pretensão de reprovação se ventila no juízo de culpabilidade, que junto com a pretensão de relevância e de ilicitude esgotam o conteúdo “material” da infração. O último momento da pretensão de validade vem determinado pela necessidade de pena, que a nível abstrato entra em jogo quando tiveram lugar as três pretensões anteriores. Aquela, porém, ficará excluída no caso concreto quando se demonstre que a pena resulta desnecessária, o que é o mesmo que dizer que toda imposição de pena inútil é por sua vez, imposição injusta.

⁸¹ Em um de seus artigos mais próximos no tempo a esta obra *Fundamentos del sistema penal* (VIVES ANTÓN, T. S. Principios penales y dogmática penal. Estudios sobre el Código penal de 1995. **Estudios de Derecho Judicial**. Madrid: Escuela Judicial del CGPJ, 1996. p. 39ss.), o autor sublinha o seguinte: “O princípio de legalidade e as construções dogmáticas entram em conflito quando estas, em vez de ater-se ao texto da lei, o deformam ou esgotam desde categorias materiais. O recurso a criterios materiais é, desde logo, legítimo e, às vezes, pode ser útil. Mas deve respeitar “o livro de figuras” escrito pelo legislador” (p. 70 e 71).

as diferentes dogmáticas penais, e postula por um saber prático mais apropriado para solucionar os problemas da justiça penal.⁸²

E precisamente até o momento presente, as propostas metodológicas fugiram de todo discurso próprio do saber prático. A razão desta “fuga” é dupla. Por um lado, se entendeu que o raciocínio em termos de “dever ser” era demasiado fraco e difuso para elaborar categorias e instituições que fundamentassem solidamente o sistema penal. E por outra parte, se acreditou que a utilização de conceitos próprios da linguagem da razão prática aproximava o Direito Penal perigosamente a caminhos próprios da Ética, com o perigo de que se voltasse a confundir Direito e Moral.

Corro o perigo de equivocar-me seriamente, mas me aventuraria a dizer que esta proposta pretende situar de novo o ser humano como centro do Direito, como sujeito e não como mero objeto, avançando um passo mais em direção a um normativismo antropológico. Trata-se, pois, de contemplar o direito como disciplina da pessoa, e por esta razão entendo que se substitui a pretensão de certeza científica por uma pretensão de certeza prática. Porque só desde esta última é possível personalizar o Direito Penal, dado que a dogmática “forte” destes últimos anos ficou absolutamente vazia de conteúdo antropológico. Por isso se apresenta à pessoa como capaz de liberdade e não como um mero elemento da natureza, como ser racional que participa na vida social e não como componente físico objeto de estudo por leis universais.⁸³

⁸² São várias as passagens nas quais se pode perceber este constante rechaço pela utilização do modelo “cientificista” na dogmática penal. “Pois bem, o que aqui se propõe é justamente um câmbio de método. Igualmente ao significado das palavras, o das ações não depende de objetos da mente – acerca dos quais nada podemos saber –, mas de práticas sociais. E não se desentranha mediante a estratégia científica, mas, principalmente, mediante a estratégia intencional. O significado social – objetivado em regras e práticas – é o que dá sentido às ações. E assim como a estratégia científica pressupõe certa uniformidade da natureza, a estratégia intencional pressupõe certa estabilidade dessas regras e práticas, de modo que se essa estabilidade baixasse mais além de um mínimo, deixaríamos de entender-nos com as palavras e não poderíamos saber o que significam as ações” (p. 247). “Pois fora da lógica não há um ‘saber’ que exclua o erro. E como a lógica não diz nada do mundo, tanto nos tribunais como na ciência temo de nos conformar com um saber menos forte, ou seja, temos que renunciar ao conhecimento irrefutável e operar com a certeza prática” (p. 248). E, finalmente: “Se consegui meu propósito, sequer minimamente, terá ficado claro porque a dogmática penal não pode ser ciência; a saber, porque não trata de como temos que conceber o mundo, mas de como temos que atuar nele. Percorreu-se os caminhos pelos que transitaram as diversas dogmáticas penais e, com eles, ficaram assinalados os limites da razão teórica no campo do Direito penal. Se algo ficou comprovado é que a autocompreensão científicista, que tão frequentemente acompanha o que fazer da dogmática, não é senão um véu que oculta aos olhos do penalista o objetivo de sua reflexão. Essa reflexão (se o dito até agora tem algum sentido) deve inscrever-se no discurso da razão prática, por difuso e débil que seja. E, se isso é assim, o futuro da dogmática não reside em nenhuma classe de aperfeiçoamento científico, mas naquela forma de aperfeiçoamento que sirva para realizar mais e melhor a função de Carta Magna que von Liszt atribuía ao Direito Penal” (p. 488).

⁸³ “[...] a dogmática penal equivocou, em minha opinião, em suas pretensões. A pretensão de retidão ou correção (de *justiça*) que naturalmente deveria acompanhar suas formulações conceituais, foi substituída, mais ou menos perceptivelmente, por uma pretensão de *verdade*. Esta confusão de pretensões é, sem dúvida, uma fonte de erros” VIVES ANTÓN, op. cit., p. 481.

Mas é difícil e complicado elaborar uma fundamentação do sistema penal desde estes critérios. E aqui se compreende que o autor recorra a Wittgenstein e a Habermas, pois com estes pressupostos filosóficos se define a ação como significado, como exteriorização do aspecto comunicativo do homem, como seguimento das regras. Critérios que permitem uma sólida elaboração da teoria da justiça no marco do Direito Penal.

Isto explicaria, igualmente, que se voltasse a estruturar o sistema com base em dois conceitos fundamentais, a ação e a norma jurídica, ou melhor, a ação contemplada desde a regra de direito. Pois agora se concebe a função do Direito Penal como prática da justiça, e daí que a exigência de responsabilidades penais se proponha desde a perspectiva da pretensão da norma de tornar efetivo esse valor fundamental partindo da existência de uma ação lesiva⁸⁴. Desta forma se põem em comunicação, se explicam as relações entre ação, norma jurídica, método e função do Direito Penal.⁸⁵

A TÍTULO DE REFLEXÃO FINAL

Ao longo do presente trabalho, pretendi refletir sobre as relações existentes entre os fundamentos e o método no sistema penal, desde a perspectiva ideológica do fim que se assinala ao ordenamento jurídico-punitivo. Evidentemente, só se tomou em consideração alguns modelos nos quais claramente ficava representado este conjunto de relações. E quis manifestar que nem sempre a estrutura da teoria jurídica do delito depende do conceito prévio de norma ou de ação do qual se parte. Pois, em ocasiões, a concepção da regra punitiva, da conduta humana ou de qualquer outro parâmetro que se toma em consideração, representa uma consequência adaptada a um modelo sistemático previamente concebido. Mas, nem sequer a opção metodológica está livre

⁸⁴ Também a liberdade está agora presente em toda a formulação conceitual. Esta, como capacidade de escolha, é pressuposto da própria ação: “[...] sem liberdade não há ação, nem razões, nem maneira alguma de conceber o mundo: ou não há linguagem, nem regras, nem significado nem ação”. VIVES ANTÓN, op. cit., p. 320. E como capacidade de determinação se encontra na base da pretensão de reprovação da norma, que requer a afirmação do poder atuar de outro modo.

⁸⁵ Creio conveniente apontar uma passagem, a qual já recorri parcialmente, e na qual se põe claramente de manifesto essa relação entre ação, norma jurídica, sistema penal e fim do Direito Penal, e que gira em torno ao valor justiça: “E a dogmática não é uma classe de ciência mas um modo de argumentar ao redor de uns tópicos que não são senão determinações do que entendemos por ação e do que entendemos por norma, e do processo em virtude do qual podemos julgar as ações desde as normas jurídicas e aos valores que as normas jurídicas servem de veículo. Sempre podemos aludir para caracterizar esses valores dos que a norma pretende ser expressão, à justiça. E desde logo a justiça é valor central de todo ordenamento. Mas sua materialização deve satisfazer outros requisitos: segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, etc. que não são senão aspectos parciais da ideia central de justiça que o ordenamento jurídico pretende instaurar” VIVES ANTÓN, op. cit., p. 482.

dessa ideia transcendental que se plasma no ponto de vista político-criminal que se atribui ao Direito Penal. Muito pelo contrário: perspectivas ideológicas se uniram aos argumentos metodológicos, de tal forma que, atendendo a esses parâmetros, se optou por um ou outro objeto em torno ao qual se construiu o respectivo sistema penal.

Assim, em uma difícil etapa histórica na Alemanha (a finais do século XIX), caracterizada por um debilitamento do exercício do poder público, houve propostas que consideraram as relações entre o indivíduo e o Estado sob critérios autoritários de sujeição e submissão. E é então quando aparece a teoria imperativa da norma, que concebe o ordenamento jurídico como conjunto de preceitos que impõem uma determinada diretiva de conduta à generalidade dos cidadãos, ainda contemplados como súditos. O delito é entendido como infração e sua estrutura se levanta em torno ao momento de rebeldia, de desobediência, de não acatamento à vontade do preceito, e, por fim, do legislador. Evidentemente, este modelo supunha problemas de fundamentação e de caráter sistemático, como a dificuldade procedente da mera distinção entre os âmbitos da antijuridicidade e da culpabilidade.

Precisamente esses obstáculos facilitaram o abandono destas teses e a entrada em cena da teoria da dupla função da norma penal. O Estado liberal propugnava pela necessidade de respeitar a liberdade e a consciência do cidadão, e incidir só nos aspectos externos do comportamento do indivíduo que afetassem à convivência social. E igualmente que se defende uma clara separação entre o poder político e o poder religioso, impõe-se como critério metodológico a necessidade de não confundir direito e moral. Sob essas ideias, é lógico perceber uma mudança de proposição no fim último que se assinala ao ordenamento penal: frente ao critério subjetivo e pessoalizado da direção da vontade do cidadão, agora se impõe o pensamento que estabelece como tarefa prioritária a proteção de bens jurídicos. E por isso se impõe a necessidade de distinguir entre o aspecto lesivo do acontecimento humano concebido de forma geral e objetiva (a antijuridicidade), das circunstâncias pessoais que concorrem no autor no momento de realização do fato (culpabilidade). E também resulta evidente que, sob estes pressupostos, a teoria da dupla função da norma penal deveria ser a consequência lógica da nova proposta. É possível, pois, que esta vez a tese da regra jurídica dependesse das novas necessidades de estruturação do delito e do novo vento ideológico que soprava na teorização dos fins do Direito Penal.

Na época mais negra da recente História europeia, na que imperou na Alemanha e na Itália um totalitarismo belicista que afogou toda consideração individual e humana do cidadão, originou-se a teoria ontológica das estruturas lógico-objetivas de Welzel e sua concepção final da ação. Não restou ainda claro qual pode ser a implicação do prestigioso jurista neste regime do terror. Entretanto, a este respeito duas conclusões são absolutamente constatáveis. Por um lado, que o autor foi professor na Faculdade de Direito na Universidade Alemã durante a etapa nacional-socialista, o que significa, ao menos, que não destacou por ser um opositor ideológico. Mas, por outro lado, não se encontra em sua obra uma fundamentação das teses oficiais da nova ordem política, como

tinha sido o caso dos autores pertencentes à Escola de Kiel. Este cuidadoso equilíbrio se observa também em seus postulados fundamentais.

A função do Direito Penal de impor os valores de consciência, de interiorizar critérios éticos de respeito aos bens jurídicos, pode entender-se como uma ingerência do Estado no âmbito pessoal do cidadão. Os conceitos final de ação e pessoal de injusto também podem ser interpretadas sob a explicação de fundamentação de um Direito Penal que tomava em consideração os aspectos anímicos e internos do indivíduo que revelam seu caráter dissidente frente ao poder estabelecido. Mas da mesma forma se entendeu que sua teoria da vinculação do legislador às estruturas lógico-objetivas representava a tentativa de estabelecer conceitualmente um limite ao poder estatal. Mais ainda, inclusive se quis ver na autonomia da pessoa uma das primeiras dessas estruturas lógico-objetivas, e que no âmbito da culpabilidade se traduzia em sua forte defesa do livre arbítrio como critério de determinação desta instituição. Evidentemente, a teoria jurídica do delito constitui um reflexo destes postulados, e desta forma se impregna de componentes ontológicos (conceito de ação), subjetivos (a referência final do comportamento humano, conceito pessoal de injusto...) e normativos (culpabilidade como juízo de reprovação).⁸⁶

O Direito Penal autoritário tinha se caracterizado, entre outros, por perseguir fins de caráter ético ou moral. É compreensível, portanto, que depois da Segunda Guerra Mundial se desenvolvessem no panorama dogmático tendências que tentam liberar de todo vestígio ético ou moral suas propostas metodológicas. As propostas funcionalistas representam um bom exemplo dessa busca do critério “científico” na elaboração do sistema penal, expulsando para fora do seu seio qualquer vestígio “eticista” ou “moralista”.

Assim, se recorreu à teoria da motivação da norma para fundamentar o sistema penal desde uma perspectiva material e psicológica, como é a forma de atuação humana ante a ameaça do castigo. E desde este mesmo plano argumentativo, se outorgou ao direito Penal uma missão mais “real” e menos “ideal”, qual é a diminuição do índice de criminalidade através da prevenção geral. Desde outro funcionalismo, o sociológico, a missão que se atribui

⁸⁶ Frente a uma opinião bastante generalizada na doutrina penal alemã, que interpretou a obra de Welzel como um enfrentamento ideológico ao Direito Penal autoritário da época nacional-socialista; Frommel entende que os fundamentos do sistema do citado autor pretenderam legitimar com uma metodologia distinta o pensamento político do poder nacional-socialista: “O direito penal sempre reflete a imagem da sociedade à qual serve e não pode prescindir das necessidades pré-jurídicas que reclamam o castigo. Vistas assim as coisas, o ‘Direito penal da vontade’ e a fundamentação filosófico-valorativa que Welzel propugnava em 1935, não eram mais que as últimas consequências de um clima político-criminal que reclamava ‘maior dureza’, ignorando as consequências que estas posturas podiam ter. Haverá quem considere que, em todo caso, estas consequências não incumbem ao ‘jurista’”. FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de acción de Welzel. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco. **ADPCP**, Madrid, n. XLII, p. p. 631 e 632, 1989..

ao Direito Penal vem representada pela contribuição ao desenvolvimento equilibrado do sistema social através da observância e acatamento individual da respectiva competência atribuída conforme uma regra geral. De novo a norma jurídica, como critério social de atribuição dessas competências, adquire relevância prioritária com relação à determinação do ajuste ou desajuste do sujeito ao rol que tem que cumprir. E isto explica que a instituição da imputação objetiva se constitua em uma das bases da elaboração da teoria jurídica do delito.

Mas a estas dogmáticas “cientificistas” também se lhes achaca uma nova ideologia em sua pretensão de afastamento da influência “eticista” que teria estado presente na construção dos diferentes sistemas penais. Descreveriam como atua realmente o Direito Penal no marco do comportamento humano ou da sociedade em geral. Mas esta explicação do fenômeno criminal e punitivo deixaria de lado o *dever ser* das instituições jurídico-penais e o aspecto valorativo de suas regulamentações, com o conseqüente perigo de perda de capacidade crítica a respeito do modelo legislativo e judicial examinado. E isso determinaria a possibilidade de legitimação de todo sistema penal.

Mas não é esta, desde meu ponto de vista, a objeção fundamental. A elaboração de uma disciplina desde parâmetros exclusivamente lógicos ou materiais, recorrendo à metodologia técnica, vem influenciada por outra ideologia caracterizada por impor, como critério de solução dos problemas humanos, a razão científica. E isto implica que os procedimentos e métodos idealizados para resolver esses problemas humanos, sejam cada vez mais complexos, mais técnicos, mais desenvolvidos, mas também, mais difíceis de manejar, de controlar e de compreender. E os conflitos, individuais ou sociais, deixam de ser questões a resolver pelo cidadão (que não pode solucioná-los) para transferir-se ao especialista. A razão científica substitui assim a razão prática.

Como resposta a esta forma de conceber os fundamentos do Direito Penal, surge uma proposta que intenta explicar o sistema penal desde a teoria da justiça. Assim, os modelos funcionalistas e o que propõe Vives Antón, se apresentam como diametralmente opostos em muitos pontos. Enquanto que um elabora sua concepção dogmática recorrendo à estratégia científica, outro fundamenta o sistema recorrendo à estratégia intencional. Por isso uns partem de conceitos e elementos de caráter psicológico ou sociológico (teoria da motivação ou teoria da imputação objetiva) e outro rechaça toda fundamentação material para optar por um conceito absolutamente normativizado e objetivo da ação. E de igual forma se explica que uns outorguem ao Direito Penal uma função instrumental, palpável e tangível (motivação da cidadania através do castigo ou manutenção da fidelidade ao Direito, para prevenir de forma geral o delito), e outro, ao contrário, atribui ao Direito Penal, e ao direito em geral, uma missão mais transcendental como é esta que faz referência à concreção de valores relacionados com a justiça.

E chego assim ao final de minha reflexão. A dogmática penal, em seu afã de constante aperfeiçoamento, de alcançar um sistema fechado capaz de responder a todos os problemas que propõem as instituições penais desde o ponto de vista da lógica e da coerência interna, terminou contemplando a si mesma. Pretendeu, como disse um famoso penalista, repartir um pelo pela metade e deixou de lado o aspecto humano do Direito Penal.

Os juristas, especialmente os penalistas, nos preocupamos tanto pelo método, pela sistematização das categorias, por sua aptidão para ajustar perfeitamente cada peça na complicada engrenagem dogmática, que esquecemos os verdadeiros fundamentos de todo ordenamento jurídico. Nessa busca da universalidade, da irrefutabilidade, da constatação lógica, para resolver problemas estritamente humanos, recorreremos aos parâmetros do pensamento “cientificista”. E de tanto complicar nossa disciplina, substituímos o Direito Penal das garantias pelo Direito Penal do sistema. E já ninguém nos entende. E pervertemos os fundamentos e a própria razão de ser da elaboração teórica no marco punitivo. É necessário, portanto, que apareçam novas propostas metodológicas que nos permitam recuperar as funções que, segundo Roxin, seguindo parcialmente a Gimbernat, atribuem à dogmática penal: facilitar a resolução de casos penais, ordenar o sistema como pressuposto de aplicação equitativa e diferenciada do Direito, simplificar e proporcionar uma maior condutibilidade do direito e estabelecer uma orientação e melhora da formação jurídica nas universidades⁸⁷. Tudo isso para alcançar uma mais justa aplicação do Direito Penal.

⁸⁷ ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Tomo I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. ed. Munich: Beck, 1997. p. 158ss.

REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Frankfurt: Athenäum, 1972.

BACIGALUPO, Enrique. La función del concepto de norma en la dogmática penal: estudios de derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, Madrid, n. 11, p. 73-74, 1986.

BIERLING, Ernst Rudolph. **Juristische Prinzipienlehre**. Tomo I. Aalen: Scientia, 1961. v. 1. p. 26-27. [Nova reimpressão da edição aparecida entre 1894 e 1917].

_____. **Zur Kritik der Juristische Grundbegriffen**. Aalen: Scientia, 1965. [Reimpressão da edição de Gotha, 1877-1883].

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada**. Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Valencia: Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, 1998. v.1.

_____. Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de JAKOBS, ROXIN e GIMBERNAT. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 17, p. 7-62, 1993-1994.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1986.

CANCIO MELIÁ, M.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. Estudio preliminar. In: JAKOBS, G. **La imputación objetiva en derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.

CEREZO MIR, José. **La polémica en torno a la doctrina da acción finalista en la ciencia del derecho penal española**: problemas fundamentales del derecho penal. Madrid: Tecnos [c1982].

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 7. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 1977.

FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos da teoría final da acción de Welzel. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco. **ADPCP**, Madrid, n. XLII, 1989.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estado de necesidad: un problema de antijirrididad. In: _____. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976

_____. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976.

_____. **Introducción a la parte general del derecho penal español**. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho, 1979.

_____. El sistema de derecho penal en la actualidad. In: **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976.

_____. Sobre los conceptos de omisión y comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v.40, n. 3, p. 573-608, set./dez. 1987.

_____. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? In: _____. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976.

_____. **¿ Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?** Bogotá: Temis, 1983.

GOLDSCHMIDT, James. **Der Notstand, ein Schuldproblem**: mit Rücksicht auf die Stragesetzentwürfe Deutschlands, Österreich, u.d. Schweiz. Wien: Manz, 1913.

HOLD-FERNECK, Alexander. **Die Rechtswidrigkeit**. v. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Frankfurt: Keip, 1903.

JAKOBS, Günther. **El concepto jurídico penal de acción**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externato de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. Conferencia proferida no CEU de Madrid em maio de 1992. p. 14

_____. **La imputación objetiva en derecho penal**. Traducción de M. Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.

_____. **Schuld und Prävention**. Tübingen; Möhr, 1976.

_____. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1991.

_____. **Der strafrechtliche Handlungsbegriff**: Kleine Studie. München: Beck, 1992.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil. 4.Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. da 3. ed., adicionada e anotada por Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1981. v.1.

LARENZ, Karl. Der Rechtssatz als Bestimmungssatz. In: BOCKELMANN, Paul; KAUFMAN, Arthur; KLUG, Ulric. **Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag**. Frankfurt: Klostermann, 1969. p. 150-160.

LISZT, Frank von; SCHMIDT, Eberhard. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 26.Aufl. Berlin: De Gruyter, 1932. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. 1. Aufl. Hamburg: Rowohlt, 1972. v. 2

_____. **Zweckbegriff und Systemrationalität**. Frankfurt: Rowohlt, 1973.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y sustitutivos penales**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979.

MERKEL, Adolf. **Kriminalistische Abhandlungen**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1867. v. 1.

MEZGER, Edmund. Die subjektiven Unrechtselemente. **Der Gerichtssaal**, Stuttgart, n. 89, p. 207-1924.

_____. **Tratado de Derecho penal**. Traducido e revisado por Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

NAGLER, Johannes. Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. In: _____. **Festschrift für Karl BINDING zum 4. juni 1911**. Aalen: Scientia, 1974. [Reimpressão da edição de Leipzig: W. Engelman, 1911].

PARSONS, Talcott. **The social system**. 4th. ed. New York: Free Press, 1968.

RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. **La doctrina da acción finalista**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1978.

ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Tomo I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Aufl. München: Beck, 1997. p. 199.

RUDOLPHI, Hans Joachim. **Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs**. Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen: O. Schwartz, 1970.

SCHMIDT, Eberhard. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 26. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1932. v.1.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: ACHEBACH, Hans et al. **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin; New York: De Gruyter, 1984.

_____. **El Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor de Claus Roxin em su 50^º aniversario; introducción, traducción y notas de Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

THON, August. **Rechtsnorm und subjektives Recht**. Aalen: Scientia Verlag, 1964. [Reimpresión da edición de Weimar 1878] .

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. Principios penales y dogmática penal. In: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. (Dir.). **Estudios sobre el Código penal de 1995**. Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 1996.

VON FERNECK, Alexander. **Die Rechtswidrigkeit**. v. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Frankfurt: Keip, 1903.

VON LISZT, Frank; SCHMIDT, Eberhard. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. Berlin; Leipzig: De Gruyter, 1932.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Traducción por Juan Bustos Ramirez, Sergio Yañez Perez. Santiago de Chile: Editora Juridica de Chile, 1970.

_____. **Das deutsche Strafrecht in seinen Grunzügen**. Berlin: De Gruyter, 1949.

_____. **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**; Mannheim: Deutsches Druc, 1935.

_____. **Das neue Bild des Strafrechtssystems**. 4. Aufl. Göttingen: Schwartz, 1961.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal**. [Versión y notas por José Cerezo Mir] Barcelona: Ariel [1964].

ZIELINSKY, Diethart. **Handlungs - und Erfolgswert im Unrechtsbegriff**. Berlin: Duncker und Humblot, 1973.