

ONTOLOGISMO E NORMATIVISMO NA TEORIA FINALISTA

Ciências Penais | vol. 0 | p. 9 | Jan / 2004 | DTR\2004\19

José Cerezo Mir

Área do Direito: Geral

Palavras-chave: Ontologismo - Normativismo - Estrutura lógico-objetiva - Imputação objetiva

Sumário: 1.Considerações gerais - 2.A teoria finalista e as estruturas lógico-objetivas - 3.Finalidade, dolo e elemento subjetivo do injusto - 4.O tipo como tipo de injusto - 5.Culpabilidade e erro - 6.Conceitos de autor e de omissão - 7.Estruturas lógico-objetivas, juízos axiológicos, neo-ontologismo e imputação objetiva: distinções - 8.A contribuição de Stratenwerth - 9.A idéia do ser humano como pessoa como critério axiológico

1. Considerações gerais

Nos últimos tempos, tem-se produzido um extraordinário desenvolvimento do normativismo, tanto no sistema teleológico-valorativo de Roxin,¹ que enlaça com a dogmática baseada na filosofia jurídica neokantiana da escola subocidental alemã, ou filosofia dos valores, como no funcionalismo de Jakobs, baseado na teoria social sistêmica, sobretudo de Luhmann, embora nele se observe uma influência crescente do pensamento de Hegel.² Nega-se não somente a vinculação do direito penal às estruturas lógico-objetivas da matéria de sua regulação, como também, no caso do funcionalismo sistêmico de Jakobs,³ todo condicionamento dos conceitos jurídicos por dados fáticos.

Convém destacar, a esse respeito, pois isso será essencial para esta exposição, que o ontológico é o referente ao conhecimento do ser e que não pode se confundir com o fático ou o real. Os entes podem ser reais ou ideais. A consideração, por parte do direito, da realidade, objeto de sua regulação, não implica automaticamente sua vinculação às estruturas lógico-objetivas.

As correntes normativistas, antes mencionadas, surgidas em grande parte como reação ao pensamento de Welzel, têm transmitido uma visão exagerada dos condicionamentos ontológicos da doutrina finalista e ignoram com frequência a existência de diversas opiniões dentro dessa corrente de pensamento.

Em primeiro lugar, esquece-se do contexto histórico em que se verificou a expansão do finalismo, após a II Guerra Mundial.

Isso porque a extraordinária difusão da doutrina da ação finalista e do novo sistema de direito penal ocorreu tão-somente após a II Guerra Mundial. Produz-se então, na Alemanha, uma crise do positivismo jurídico, como conseqüência das experiências do nacional-socialismo, que deu lugar a uma revisão crítica da filosofia jurídica neokantiana.

A filosofia jurídica fundamentada na filosofia dos valores, da escola subocidental alemã, quis superar o positivismo jurídico, mas não conseguiu fazê-lo. Na realidade, a jusfilosofia da escola subocidental alemã veio unicamente complementar o direito positivo com uma nova esfera: a esfera da valoração. O direito positivo viu-se complementado por um critério axiológico: a idéia do direito com seus três elementos integrantes de justiça, segurança jurídica e utilidade.

Sob essa idéia axiológica seguia vivo, no entanto, o conceito positivista de direito. "Aquele que pode impor o direito demonstra com isso que está chamado a estabelecê-lo", dizia Radbruch em sua *Filosofia do direito*, invocando Kant.⁴ O direito continuava sendo toda disposição eficaz - cujo cumprimento podia ser imposto ou exigido. Era toda disposição legal emanada da autoridade competente.

2. A teoria finalista e as estruturas lógico-objetivas

Depois da II Guerra, e como conseqüência da crise do positivismo jurídico, submeteu-se a uma revisão o princípio metodológico fundamental da escola subocidental alemã: a distinção entre o *ser* e o *dever-ser* como duas esferas independentes, vale dizer, a separação taxativa entre o *ser* e o *dever-ser*.⁵

Tem-se um renascimento das concepções de direito natural, daquele intento milenar de extrair da natureza do homem o *dever-ser* do direito. Welzel levou a cabo então uma crítica rigorosa dessas

concepções.⁶

Não é possível deduzir, segundo ele, da natureza humana o *dever-ser* do direito. Em todas as concepções jusnaturalistas se incorre no mesmo vício lógico. Incluem-se previamente na natureza humana somente aquelas características que se consideram valiosas e em seguida obtém-se seu caráter valioso de pertencer à "natureza humana".

No entanto, vislumbra o citado autor, em sua análise crítica das diversas concepções jusnaturalistas, na periferia ontológica, a existência de algumas estruturas lógico-objetivas vinculantes para o legislador. Este último, afirma ele, está não somente vinculado às leis da natureza física, mas deve atender a determinadas estruturas lógico-objetivas da matéria tratada; caso contrário, essa regulação será necessariamente falsa. As estruturas lógico-objetivas não podem ser ignoradas por valoração ou regulação jurídica alguma.⁷No entanto, essas estruturas lógico-objetivas não formam um sistema, mas subjazem à matéria regulada pelo direito, como pontos isolados.

Enumeram-se várias estruturas lógico-objetivas. A primeira delas é o conceito ontológico da ação humana. A ação consiste no exercício de uma atividade finalista. O legislador não pode modificar nem ignorar a estrutura finalista da ação humana, nem o papel que nela desempenha a vontade. A ação não é uma mera soma de elementos objetivos e subjetivos, mas sim uma direção do curso causal regido pela vontade humana. O conteúdo da vontade pertence ao conceito da ação e este corresponde ao seu ser.

A relação lógico-objetiva da participação com uma conduta finalista do autor não pode tampouco ser ignorada pelo legislador.

Menciona-se, ademais, a estrutura lógico-objetiva da culpabilidade, que obriga a conceder relevância ao erro de proibição. O conceito de culpabilidade pressupõe que o autor tivesse podido atuar de acordo com a norma. Se o autor não sabia nem podia saber que sua conduta era antijurídica, não atuava culposamente.

A estrutura finalista da ação humana e a estrutura da culpabilidade vinculam somente o legislador, no caso de querer-se vincular a ação ou a culpabilidade a uma consequência jurídica. Tão-somente nesse caso terá de se respeitar necessariamente sua estrutura lógico-objetiva. Em hipótese diversa poderia ser ignorada. O mesmo ocorre com o conceito finalista da ação. Tão-somente no caso de o legislador querer agregar uma consequência jurídica a uma ação humana estará vinculado à sua estrutura lógico-objetiva.

Partindo da suposição de que o legislador quisesse estabelecer essa vinculação: as consequências jurídicas às ações humanas e à culpabilidade, desenvolveu-se todo um novo sistema da teoria do delito.⁸

3. Finalidade, dolo e elemento subjetivo do injusto

Pedra angular desse sistema é a relação que estabelece entre finalidade e dolo. O dolo é a finalidade referida a um tipo delitivo. A finalidade é sinônima de vontade de realização.⁹Refuta-se, por isso, a interpretação *estricta* da finalidade, segundo a qual esta compreenderia unicamente as consequências que constituem o fim perseguido pelo autor¹⁰e no máximo as que ele considerava necessariamente unidas à realização do fim.¹¹Rechaça-se assim a extensão da finalidade a todas as consequências previstas pelo autor como possíveis.¹²

Ficam fora da vontade de realização, no dizer de Welzel, aquelas consequências que o autor prevê como possíveis, porém confia em que não se produzam. A finalidade, a vontade de realização compreende o fim, as consequências que o autor considerava necessariamente unidas à consecução do fim e aquelas previstas pelo autor como possíveis e com cuja produção contava.¹³Essa delimitação de conteúdo da finalidade, isto é, a equiparação entre finalidade e vontade de realização, poderia estar influenciada pelo conceito jurídico de dolo, vale dizer, por considerações valorativas, mas pode aceitar-se que se deriva da estrutura finalista da ação humana.

Não parece convincente, no entanto, a crítica de Roxin,¹⁴de que ao conceber Welzel o dolo como finalidade jurídico-penalmente relevante, isto é, como finalidade referida a um tipo delitivo, *o conceito de finalidade e, portanto, o conceito finalista da ação* adquira um sentido normativo. É unicamente o dolo que adquire um conteúdo normativo pela referência da finalidade a um tipo delitivo.¹⁵

Deve-se reconhecer, mesmo assim, que a precisa delimitação do conteúdo do dolo exige, em certas ocasiões, o recurso a ulteriores critérios valorativos, como, por exemplo, na determinação da relevância do desvio do curso causal, do erro sobre objeto, erro sobre pessoa ou no desvio do golpe (*aberratio ictus*). O próprio Welzel, para determinar se o desvio do curso causal era essencial e deveria dar lugar a uma exclusão do dolo, lança mão do critério da previsibilidade objetiva.¹⁶ Um desvio do curso causal seria essencial se não era objetivamente previsível, isto é, previsível pelo ser humano em geral. Na solução dos problemas que apresenta o erro sobre o objeto (uma de cujas variedades é o erro sobre a pessoa) e o desvio do golpe (*aberratio ictus*), utiliza-se do critério da equivalência do objeto ou da pessoa do ponto de vista dos tipos de injusto, critério que, sem dúvida alguma, é de caráter normativo.¹⁷

Da estrutura finalista da ação humana dessume-se a necessidade de que o dolo seja um elemento subjetivo do injusto dos delitos dolosos.¹⁸ Trata-se do chamado (impropriamente) dolo natural, isto é, a consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo, que não compreende a consciência da antijuridicidade. Essa dedução foi posta em dúvida, com razão, por vários penalistas.¹⁹ O juízo desvalorativo da antijuridicidade poderia recair em princípio exclusivamente sobre o lado objetivo ou externo da ação. Convincentes eram, *de outro lado*, os argumentos de caráter sistemático invocados por Welzel²⁰ para fundamentar a inclusão do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos: a existência de outros elementos subjetivos do injusto, a presença de alguns tipos de verbos de significado inequivocadamente finalista²¹ e, especialmente, o argumento da tentativa.

Na tentativa, a resolução delitiva, o dolo é necessariamente um elemento subjetivo do injusto, embora não punível a tentativa inidônea, como ocorre no novo Código Penal (LGL 1940\2) espanhol (arts. 16 e 62). Do ponto de vista exclusivamente objetivo ou externo não é possível, em certas ocasiões, constatar a existência de uma tentativa de delito, nem a periculosidade da ação, a partir de um ponto de vista *ex ante*. Um conhecido exemplo de Engisch coloca claramente a questão.²² Em um restaurante, um cliente pega um casaco alheio que está pendurado sobre o seu, com a intenção de levá-lo no caso de que possa fazê-lo sem ser visto; no caso de que o dono do casaco se dê conta da manobra, quer aparentar que pegou o casaco alheio somente para poder despendurar o seu do cabide. Nesse exemplo, se o autor não tivesse o propósito de se apoderar do casaco alheio, isto é, se quisesse pegar o casaco somente para poder retirar o seu, a ação realizada - que se repete diariamente em todos os restaurantes -, considerada em si, objetivamente, não somente não seria expressão de uma vontade criminal, como não suporia perigo algum ao bem jurídico protegido, o patrimônio. A mesma periculosidade da ação, desde um ponto de vista *ex ante*, depende aqui da presença da resolução delitiva, do dolo. O juízo desvalorativo da antijuridicidade não pode ir referido, por isso, na tentativa, exclusivamente ao lado objetivo ou externo da ação. Por outra parte, se o dolo é um elemento subjetivo do injusto na tentativa, terá que desempenhar a mesma função no delito doloso consumado. Como poderia depender, dizia ele, de que o disparo efetive-se ou não, para que o dolo seja um elemento subjetivo do injusto ou uma forma da culpabilidade? Ao se consumir o delito, diziam Gallas e Bockelmann, acrescenta-se ao desvalor da ação o desvalor do resultado, porém este não pode substituir ou anular aquele.²³

O fato de o dolo pertencer ao tipo de injusto é, por outra parte, uma consequência obrigatória da concepção da antijuridicidade como infração de normas de determinação (mandatos ou proibições).²⁴

As normas jurídicas são normas de determinação, mandatos ou proibições, que se baseiam em juízos de valor, inerentes ao ordenamento jurídico.²⁵ O direito valora positivamente certos bens, que, ao gozarem de sua proteção, se convertem em bens jurídicos. De modo conseqüente, o direito valora negativamente as ações que lesionam ou põem em perigo os bens jurídicos. Pois bem, dada a limitação do saber causal dos seres humanos, o direito não pode proibir a simples causação de resultados, mas tão-somente a realização de ações dirigidas pela vontade à produção de lesão ou de perigo de lesão de um bem jurídico. Só assim, mediante a referência ao conteúdo da vontade e, portanto, ao dolo, poder-se-á precisar a conduta proibida ou ordenada.

4. O tipo como tipo de injusto

Para Welzel, o tipo era a descrição da matéria da proibição ou do mandato e ficava claramente diferenciado da antijuridicidade como elemento essencial do delito.²⁶ Não pertenciam ao tipo os elementos especiais da antijuridicidade ou do dever jurídico, nem as circunstâncias que sirvam de base às causas de justificação. Não é certo que essa separação taxativa entre tipicidade e

antijuridicidade seja para o finalismo uma conseqüência necessária da estrutura finalista da ação humana, como entende Schünemann.²⁷

O conceito de tipo de Welzel não me parece convincente e não é o único possível partindo do conceito finalista da ação.²⁸ O tipo não pode ser concebido, a mero juízo, como *descrição* da matéria da proibição. Nos tipos dos delitos imprudentes faz-se referência à inobservância do cuidado objetivamente devido, porém a determinação de qual seja em cada caso esse cuidado deve ser realizada geralmente pelo juiz, dada a imensa variedade de condutas que as pessoas podem desenvolver na vida social.

Ademais, o tipo de injusto ultrapassa o âmbito da *matéria* da proibição ou do mandato. O direito pode vedar unicamente a realização de ações dirigidas pela vontade do sujeito à produção da lesão de um bem jurídico e/ou que tragam consigo o perigo de dita lesão, mas não pode proibir a causação de um determinado resultado. O resultado real, isto é, a produção efetiva do resultado, não pode pertencer, por isso, à matéria da proibição ou do mandato. Ao tipo pertencem, a meu sentir, todas aquelas circunstâncias ou elementos que fundamentam o injusto específico de uma determinada figura delitiva.²⁹

Essa concepção do tipo, como tipo de injusto, é perfeitamente compatível com o conceito finalista de ação. A teoria dos elementos negativos do tipo não me parece convincente, por motivos que não posso expor aqui por falta de tempo, e no Código Penal (LGL 1940\2) espanhol não é aplicável, ademais, sem violentar o espírito ou vontade da lei,³⁰ porém é compatível também com o conceito finalista da ação.³¹

5. Culpabilidade e erro

Da estrutura lógico-objetiva da culpabilidade, deduzia Welzel unicamente a necessidade de conceder relevância ao erro de proibição. Desenvolveu ele a chamada teoria da culpabilidade, segundo a qual a consciência da antijuridicidade não é um elemento do dolo; se o erro de proibição era vencível, poderia dar lugar a uma atenuação da pena, e se era invencível ficariam excluídas a culpabilidade e a pena.³² Sustentou-se a chamada teoria pura ou estrita da culpabilidade, segundo a qual o erro sobre as circunstâncias que serve de base às causas de justificação é um erro de proibição. Nunca se afirmou, no entanto, que da estrutura finalista da ação humana decorra a necessidade de se optar pela teoria pura da culpabilidade, como pensa Schünemann.³³

A referida necessidade não decorre sequer da estrutura lógico-objetiva da culpabilidade. A teoria restringida da culpabilidade, segundo a qual o erro sobre as circunstâncias que serve de base às causas de justificação é um erro sobre elementos (negativos) do tipo, ou deve ser tratado como se o fora, é perfeitamente compatível com a estrutura lógico-objetiva da culpabilidade.³⁴ Tampouco se desprende da estrutura lógico-objetiva da culpabilidade se a atenuação da pena no erro de proibição vencível deve ser meramente facultativa como sugeria Welzel e estabeleceu-se no Código Penal (LGL 1940\2) alemão (art. 17), ou obrigatória como se prevê no Código Penal (LGL 1940\2) espanhol (art. 14,3). O tratamento do erro de proibição vencível no Código Penal (LGL 1940\2) espanhol é preferível por considerações não somente dogmáticas, senão também político-criminais.³⁵ Por mais facilmente vencível que fora o erro, o sujeito atuava sem consciência da antijuridicidade de sua conduta, acreditava que sua conduta era lícita, e estava diminuída, portanto, sua capacidade de trabalhar de outro modo, isto é, conforme as exigências do ordenamento jurídico.

Do ponto de vista político-criminal, era aconselhável também estabelecer no Código Penal (LGL 1940\2) espanhol uma atenuante obrigatória da pena para o erro de proibição vencível, pois o Supremo Tribunal Espanhol havia mantido até datas relativamente recentes a teoria do *error iuris nocet*. Se introduzida uma atenuante meramente facultativa da pena, poderia suceder que o Supremo Tribunal considerasse que todos ou praticamente todos os erros de proibição fossem vencíveis e que não haveria motivo para atenuar a pena. Por tal motivo, em definitivo, havia retornado ao princípio do *error iuris nocet*.

6. Conceitos de autor e de omissão

Do conceito finalista da ação extraía-se o conceito de autor nos delitos culposos. Autor é o que tem o domínio finalista do fato. "Autor é somente aquele que, mediante a direção consciente do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio da realização do tipo. O autor se diferencia do mero partícipe pelo domínio finalista do acontecer. O partícipe ou bem se limita a apoiar

o fato, dominado pelo autor de um modo finalista, ou determinou a resolução de realizá-lo." ³⁶Essa derivação do conceito de autor nos delitos dolosos de considerações ontológicas não me parece convincente. Partia Welzel da suposição base de que todo aquele que realiza a ação típica tem o domínio finalista do fato, mas isso não é necessariamente assim. Maurach percebeu isso e dizia que aquele que realiza a ação típica tem o domínio do fato em virtude de uma presunção legal irrefragável. ³⁷Mas então o componente normativo do conceito de autor é indubitável.

Na realidade, o conceito de autor, a teoria da autoria e a participação formam parte, como assinalava o próprio Welzel, da teoria do injusto. "A doutrina da autoria contém a parte final da teoria do injusto. Por isso os fundamentos da teoria do injusto, especialmente o tipo e seus limites, são decisivos para a definição do autor; sobretudo a diferença entre os tipos dos delitos dolosos e culposos é essencial para a definição do autor." ³⁸O próprio Welzel considerava que nos delitos culposos é autor "todo aquele que, através de uma ação que infringe o cuidado exigível no tráfego, causa de forma não dolosa um resultado típico". ³⁹

Como conseqüência do princípio da legalidade dos delitos e das penas, tem-se, a meu ver, que autor terá que ser necessariamente, tanto nos delitos dolosos como nos culposos, aquele que realiza a ação típica.

Nos delitos culposos realiza o tipo todo aquele que causa um resultado mediante uma ação (qualquer ou determinada) que não corresponda ao cuidado objetivamente devido, ou realiza uma ação desconhecendo uma qualidade dela ou de seu objeto, como conseqüência da inobservância do cuidado objetivamente devido (delitos culposos de ação).

Nos delitos dolosos será autor todo o que realiza a ação típica, embora não tenha o domínio do fato. ⁴⁰

Por outro lado, o que tenha o domínio do fato será também autor embora não realize a ação típica (autor mediato ou co-autor), se o Código se inspira em uma concepção pessoal do injusto. ⁴¹

De outra parte, se um Código se inspirasse em uma concepção objetiva ou despersonalizada do injusto, como mera lesão ou perigo do bem jurídico, todo aquele que desse lugar a uma condição da produção do resultado ou da realização da ação típica seria, em princípio, autor. Chegar-se-ia a um conceito extensivo de autor, embora o direito partisse do conceito finalista da ação, pois o juízo de desvalor da antijuridicidade recairia então exclusivamente sobre o lado objetivo ou externo da ação.

O desenvolvimento do conceito finalista da omissão se deve a Armin Kaufmann. Na omissão faltam a causalidade e a finalidade, ⁴²porém a omissão consiste na não-realização de uma ação finalista que o sujeito poderia realizar na situação concreta. ⁴³Esse conceito de omissão seria independente de toda exigência normativa. Pode-se omitir uma ação não esperada pelos usos sociais, a moral e o direito.

7. Estruturas lógico-objetivas, juízos axiológicos, neo-ontologismo e imputação objetiva: distinções

Essa constelação de estruturas lógico-objetivas deixa uma ampla margem para considerações político-criminais: não prejulgua, como se tem visto, o conceito de tipo, nem a decisão em favor da teoria pura ou restrita da culpabilidade. Para Welzel, prejulgava o pertencer do dolo ao tipo de injusto, e, portanto, a concepção pessoal do injusto e o conceito de autor nos delitos dolosos, o que me parece, como foi assinalado, discutível.

Por outra parte, nunca considerou o finalismo que da estrutura finalista da ação humana pudessem ser deduzidas conclusões acerca das condutas que devam ser consideradas puníveis, nem acerca de quais deveriam ser punidas com maior ou menor pena. Manteve sempre uma clara distinção entre os juízos lógico-objetivos e os axiológicos. ⁴⁴

Nas palavras de Welzel, o direito penal sanciona como delito as infrações mais graves da ética social, procura robustecer os valores ético-sociais da ação dos cidadãos, incrementar-lhes a disposição de ânimo jurídica ou legal, vale dizer, incrementar o respeito aos bens jurídicos. ⁴⁵Não se faz referência a uma ética social eterna, imutável, mas às concepções ético-sociais dominantes em uma determinada sociedade e em um momento histórico determinado. Mantém-se, pois, uma referência constante à realidade social, porém isso não tem nada que ver com as estruturas

lógico-objetivas. Não há que confundir, como assinalado a princípio, o ontológico e o real, como ocorre com frequência no chamado neo-ontologismo.⁴⁶

A referência à realidade social e aos juízos de valor nela imperantes fazem-se presentes também no critério da adequação social. Por tal critério, ficam excluídas do tipo as condutas que, embora formalmente incluídas nele, estão dentro da ordem social histórica "normal" da comunidade. Menciona Welzel, como exemplos, entre outros, as lesões corporais insignificantes, as privações de liberdade irrelevantes, a entrega de presentes aos funcionários no Natal ou no Ano Novo, as condutas meramente indecorosas ou impertinentes nos delitos contra liberdade sexual, o induzir a dirigir no moderno tráfico motorizado, ferroviário ou aéreo e o servir bebidas alcoólicas nos bares ou lanchonetes situados nas rodovias.⁴⁷ Independentemente de que se compartilhe ou não desse critério (parece-me que peca pela imprecisão, e ademais é desnecessário, pois, mediante uma interpretação teleológica restritiva, podem-se excluir dos tipos as condutas socialmente adequadas)⁴⁸ é indubitável que supõe um elemento normativo e que permite levar em conta as exigências político-criminais.

As estruturas lógico-objetivas detectadas por Welzel e as conseqüências delas decorrentes são perfeitamente compatíveis com os critérios de imputação objetiva desenvolvidos na moderna ciência do direito penal, a partir da contribuição de Roxin ao *Livro em homenagem a Richard Honig*.⁴⁹ Não se pode levar a cabo aqui sua análise crítica, porém isso foi feito em outro lugar.⁵⁰

Muito embora se rejeite grande parte dos critérios de imputação objetiva, considero que nos delitos de ação dolosos o resultado deve ser objetivamente previsível *ex ante*, deve aparecer como realização do perigo criado ou incrementado pela ação do sujeito, embora isso suponha uma restrição excessiva do âmbito do tipo, desde o momento em que no Código Penal (LGL 1940\2) espanhol se exige para a existência de tentativa punível a periculosidade da ação desde um ponto de vista *ex ante*.

Aceitável, de forma plena, sem reservas, e sumamente frutífero em suas conseqüências, parece-me o critério do âmbito de proteção da norma. Nos delitos culposos é preciso que o resultado seja conseqüência da inobservância do cuidado objetivamente devido e que fora um dos que tratava de evitar a norma de cuidado infringida. Nos delitos de comissão por omissão, a exigência de que o sujeito ocupe uma posição de garante e que a omissão apareça como equivalente à ação desde o ponto de vista de seu sentido social, ou desde o ponto de vista do conteúdo do injusto, são, na realidade, critérios da imputação objetiva de resultado.

Porém o que me importa destacar aqui é que a restrição do tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, mediante os critérios de imputação objetiva, não está em contradição com o conceito finalista de ação, nem põe em questão a contribuição básica do finalismo, na teoria do injusto, de que o dolo deve ser um elemento subjetivo do tipo dos delitos dolosos e de que a inobservância do cuidado (objetivamente) devido é elemento do tipo do injusto dos delitos culposos, mas, na verdade, vem a completá-la. Mantém-se a distinção entre os tipos do injusto dos delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, e restringe-se unicamente seu conteúdo, no âmbito do tipo objetivo, mediante os critérios de imputação objetiva. Completa-se a superação da antiga concepção do tipo, de um tipo comum para os delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, constituído pela simples causação de um resultado mediante movimento voluntário ou a omissão voluntária de um movimento corporal.

8. A contribuição de Stratenwerth

A relação entre o ontológico e o normativo, dentro da doutrina finalista, experimentou considerável transformação no pensamento de Stratenwerth. As estruturas lógico-objetivas pertencem à esfera do ser, diz ele, porém destacam-se somente da multidão de dados ônticos como essenciais a partir de um enfoque: a concepção do ser humano como pessoa.⁵¹

A estrutura finalista da ação humana é somente perceptível a partir desse contexto. Tão-somente partindo-se dessa concepção do homem emerge a conduta finalista como a conduta *especificamente* humana.

A estrutura lógico-objetiva da culpabilidade é notada também unicamente sob esse paradigma de homem. Só um ser responsável - aberto ao mundo - pode captar um preceito e, portanto, infringi-lo. O desconhecimento irremediável do preceito exclui a possibilidade de decisão a seu favor ou não, e,

assim, a culpabilidade.

A distinção das formas de participação que atribui importância decisiva ao dolo de quem realiza materialmente o fato se revela também vinculada à mencionada concepção do homem. Para saber se quem realiza materialmente o fato atua ou não dolosamente, fica-se na dependência de saber-se quem domina a situação.

Se o direito, na descrição das condutas juridicamente relevantes, parte da concepção do homem como um ser responsável, deverá considerar *necessariamente* as estruturas lógico-objetivas, que, segundo esse ponto de vista, apresentam-se como essenciais. A relação entre uma posição determinada e as estruturas lógico-objetivas correspondentes é indestrutível. Destacam-se da multidão de dados ônticos os elementos essenciais para a valoração jurídica, isto é, o objeto da valoração. Nesse sentido, diz Stratenwerth, o referido ponto de vista é um critério valorativo.

O questionamento de Stratenwerth me parece convincente e foi assumido há muito tempo.⁵² É obrigatório, no entanto, fazer algumas observações.

Se as estruturas lógico-objetivas assinaladas por Welzel são perceptíveis e apresentam-se como essenciais a partir da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, os conceitos correspondentes não serão, em rigor, puramente ontológicos, mas terão um componente normativo. Na realidade, já se está diante da busca de um equilíbrio entre elementos ontológicos e normativos. Isso se vê, claramente, no conceito finalista de ação e de omissão.

Considerando que o direito parte da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, emerge como essencial para a valoração jurídica, de acordo com a tese de Stratenwerth, a estrutura finalista da ação humana. Tão-somente a conduta finalista aparece então como conduta especificamente humana e pode ser objeto de valoração jurídica. Uma conduta não-finalista (como os movimentos corporais do que sofre um ataque epiléptico, os movimentos reflexos em sentido estrito, os movimentos durante o sonho - pense-se no sonâmbulo - etc.) não pode ser considerada então como uma conduta humana. O conceito de omissão, formulado por Armin Kaufmann como a não-realização de uma ação finalista que o sujeito poderia realizar na situação concreta, aparece também vinculado, a meu sentir, a essa concepção do homem. Ficam de fora do conceito de omissão as atitudes passivas nas quais falte capacidade concreta de ação.⁵³

9. A idéia do ser humano como pessoa como critério axiológico

Por outro lado, é certo que a adoção do critério valorativo da concepção do ser humano como pessoa estabelece como nodal para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana, de modo que a valoração jurídica deve recair necessariamente sobre a unidade finalista-causal da ação. Não pode recair exclusivamente sobre o lado causal, sob pena de incorrer em uma contradição que não é puramente lógica, mas também lógico-objetiva. O conteúdo da vontade de realização do autor deve ser necessariamente objeto da valoração jurídica.

No entanto, dessa idéia do ser humano e da estrutura finalista da ação não ressaí a necessidade de que o conteúdo da vontade de realização *seja objeto precisamente do juízo desvalorativo da antijuridicidade*.⁵⁴ O fato de o dolo pertencer ao tipo de injusto dos delitos dolosos depende, como se tem visto, de uma série de considerações sistemáticas. A consideração do conteúdo da vontade de realização no juízo de reprovação da culpabilidade não suporia, por si mesma, um desconhecimento da estrutura finalista da ação humana, nem implicaria contradição alguma com a concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável.

Um problema diferente é o de se o direito tem de adotar *necessariamente* o critério valorativo da concepção do homem como ser responsável.

Para Welzel, a referida necessidade decorria exclusivamente do ponto de vista do dever-ser. O respeito da dignidade da pessoa humana, de sua condição de pessoa autônoma, era um princípio material de justiça de validade *a priori*.⁵⁵ Se o direito não quer ser mera força, mero terror, se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, tem de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável. O direito tem já força obrigatória por sua mera positividade, por sua virtude de superar o *bellum omnium contra omnes*, a guerra civil; porém, no caso de uma infração grave do princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e, dada sua injustiça, será preciso negar-lhe o caráter de direito.

Problemática é, de outro lado, a questão de se a adoção do critério valorativo da concepção do homem como pessoa é necessária desde o ponto de vista do ser.

Armin Kaufmann tratou de demonstrar a necessidade do critério valorativo mencionado apoiando-se em conhecimentos antropológicos e sociológicos. Somente seria possível influir na conduta do homem, segundo ele, caso se apelasse à sua capacidade de atribuir-se livremente os fins de sua conduta e escolher os meios adequados para isso, vale dizer, a sua capacidade de dirigir finalmente os cursos causais. "Nenhum marechal, nenhum guarda de estacionamento, nenhum tirano, nenhum Estado de Direito pode exercer poder de outro modo senão utilizando-se da capacidade especificamente humana de dirigir finalmente o suceder causal."⁵⁶

De seu lado, assinala Stratenweth que o progresso da teoria do direito penal é paralelo ao conhecimento progressivo das estruturas lógico-objetivas vinculadas à concepção do homem como ser responsável.⁵⁷

O direito penal teve sempre como ponto de partida, de modo consciente ou inconsciente, a concepção do homem como ser responsável. Nem sequer na época de esplendor do naturalismo e do positivismo antropológico italiano deixou-se de basear o direito *positivo* no critério valorativo da concepção do homem como pessoa. É difícil que o direito pudesse partir de uma concepção determinista do ser humano. As normas seriam concebidas como meros fatores causais de possível influência na conduta dos cidadãos.

Isso seria tanto mais surpreendente e disfuncional enquanto os cidadãos se crêem livres, consideram que podem *atribuir-se* livremente os fins de sua conduta. O direito não pode ignorar a visão que têm os cidadãos do mundo e de si mesmos, e que encontram expressão, inclusive, nas estruturas de linguagem, como tem destacado Schünemann,⁵⁸ porém essa não é uma vinculação do direito às estruturas ontológicas, mas sim à realidade objeto de sua regulação.

1. Vide Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., Berlin-Nueva York: Walter de Gruyter, 1973; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre, 3. ed., Munich: C. H. Beck, 1996, especialmente p. 154 et seq. e 167 et seq.

2. Vide Günther Jakobs, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed., Berlin-Nueva York: Walter de Gruyter, 1991 (já no prólogo), e sobre a influência crescente de Hegel em seu pensamento, vide, por exemplo, G. Jakobs, "Sobre la teoría de la pena", trad. Manuel Cancio Meliá, *Poder Judicial* 47/149 et seq., especialmente 157 et seq.

3. A respeito do funcionalismo sistêmico na doutrina penal brasileira, vide Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, P.G., São Paulo: RT, 2002, p. 86-88 (N.T.).

4. Vide *Rechtsphilosophie*, 5. ed., 1950, p. 179 et seq.

5. Vide, por exemplo, a exposição do dualismo metodológico que faz Radbruch (idem, ibidem, p. 97 et seq.).

6. Em seu livro *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. ed., Göttingen: Vandenhoeck-Ruprecht, 1962, trad. para o espanhol por Felipe González Vicén, com o título *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid: Aguilar, 1971.

7. Idem, ibidem, 2. ed., 1955, p. 197 e 4. ed., 1962, p. 243-244, "Naturrecht und Rechtspositivismus", *Festschrift für H. Niedermeyer*, Göttingen, 1953, incluído em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-Nueva York: Walter de Gruyter, 1975. p. 274 et seq., especialmente p. 285-287, e *Vom Bleibenden und Vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburgo: N. G. Elwert Verlag, 1964, especialmente p. 6 et seq. e 20 et seq.

8. Vide a esse respeito Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. para o espanhol e notas por José Cerezo Mir, Barcelona: Ariel, 1964 (Em português: *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001).

9. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlín: Walter de Gruyter, 1969, p. 35-36.
10. Teses mantidas por Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975, p. 201 et seq.; *Strafrecht*, 2. ed., Allgemeiner Teil, Studienbuch, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1984, p. 77 et seq.; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho penal español*, Parte general, 15. ed., Madrid: Dykinson, 1992, p. 464.
11. Vide, nesse sentido, Antón Oneca, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1949, p. 160 e Hardwig, *Die Zurechnung*. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburgo: Cram de Gruyter, 1957, p. 82 et seq.
12. Sugerida por Engisch, em "Probleme der Strafrechtserneuerung", *Festschrift für Ed. Kohlrausch*, Berlín: Walter de Gruyter, 1944, p. 154 et seq. e Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la Z. Str. W., Berlín: Walter de Gruyter, 1955, p. 42 et seq., e aceita, entre outros, por Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. ed., Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1976, p. 167-170 e Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 374 (n. 25).
13. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 34 et seq. e *El nuevo...*, cit., p. 26 et seq.
14. Vide Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, Z. Str. W, t. 74, p. 715 et seq. e *Strafrecht*, cit., p. 193 (n. 25).
15. Vide, a esse respeito, Hans Welzel, *Vom Bleibenden...*, cit., p. 6 et seq.
16. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 73.
17. Vide, sobre o tema, Cerezo Mir, "Curso de derecho penal español. Parte general", II, *Teoría jurídica del delito*, 6. ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 141 et seq.
18. Vide Welzel, *Naturrecht und materiale...*, cit., 2. ed., p. 197, *El nuevo...*, cit., p. 14-15 y 30 et seq., especialmente p. 34, *Vom Bleibenden...*, cit., p. 9 e *Das deutsche...*, cit., p. 37. Vide, também, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Verlag O. Schwartz, 1959, p. 16 et seq., e Maurach, *Deutsches Strafrecht*, 4. ed., Allgemeiner Teil, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1971, p. 170, 228 e 233.
19. Vide, por exemplo, Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-Munich: Duncker-Humblot, 1950, p. 12-13 e *Leipziger Kommentar zum St.G.B.*, 8. ed., 1956, Einleitung III, 5 c, p. 13 et seq.; Gallas, *Zum gegenwärtigen...*, cit., p. 7 e 32 et seq.; Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen: Verlag. O. Schwartz, 1957, p. 151 et seq.
20. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 60-61.
21. Com base nesses tipos configurados de um modo finalista, Von Weber foi o primeiro que propugnou a pertença do dolo ao tipo de injusto dos delitos dolosos. Vide Von Weber, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1948, p. 54 et seq. e já antes em *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, p. 11-12.
22. Vide Engisch, *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands - Und Unrechtselementen*, Rittler Festschrift, p. 178-179.
23. Vide Bockelmann, "Zur Reform des Versuchsstrafrechts", *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 151 et seq., e Gallas, *Zum gegenwärtigen...*, cit., p. 35-37.
24. Vide, nesse sentido, H. H. Jescheck - Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlín: Duncker-Humblot, 1996, p. 236 et seq., especialmente p. 241-242 (*Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. de la 4. ed. por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 212 et seq., especialmente p. 218); Lenckner, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25. ed., Múnich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, observações prévias aos art. 13 et seq., n. 54; Susana Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la*

antijuridicidad, Madrid: Tecnos, 1984, p. 17 et seq.; Luzón Peña, *Curso de derecho penal*. Parte general, I, Madrid: Universitas, 1996, p. 331; Luiz Regis Prado, op. cit., p. 137 et seq.

25. Vide, nesse sentido, Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindingsnormentheorie*, Göttingen: Verlag O. Schwartz, 1854, p. 67 et seq.

26. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 49 et seq. y 54-55 y *El nuevo...*, cit., p. 43 et seq. e 51 et seq.

27. Vide Bernd Schünemann, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Uned, 2001, p. 660.

28. Vide Cerezo Mir, op. cit., p. 96.

29. Vide Cerezo Mir, op. cit., p. 94 et seq. Não há lugar então para as regras ou elementos especiais da antijuridicidade ou elementos do dever jurídico.

30. Idem, ibidem, p. 85 et seq.

31. Entre os defensores da teoria dos elementos negativos do tipo figura, vide Weber, *Grundriss des Deutschen...*, cit., p. 88 e "Negative Tatbestandsmerkmale", *Festschrift für Ed. Mezger zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, 1954, p. 189-190.

32. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 164 et seq. e *El nuevo...*, cit., p. 112 et seq.

33. Vide Bernd Schünemann, op. cit., p. 660.

34. Stratenwerth sustenta a teoria restritiva da culpabilidade, por considerar que dá lugar a resultados mais justos (Stratenwerth. *Strafrecht*. 4. ed. Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, Carl Heymanns Verlag, 2000. p. 209-211, n. 157).

35. Vide Cerezo Mir, op. cit., III, *Teoría jurídica del delito/2*, 2001, p. 129-130.

36. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 99.

37. Vide R. Maurach, op. cit., p. 658.

38. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 98.

39. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 99.

40. Idem, ibidem. Vide, nesse sentido, F. Chr. Schröder, *Der Täter hinter dem Täter*. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Berlin: Duncker-Humboldt, 1965, p. 39 et seq., 68 et seq. e 191 et seq.

41. Vide, nesse sentido, Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española* (contribuição ao *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, incluído em *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 172-173).

42. Vide Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 57 et seq., 64 et seq. e 66 et seq.

43. Idem, ibidem, p. 85.

44. Vide Armin Kaufmann, *Die Dogmatik...*, cit., p. 16 et seq.; Günter Stratenwerth, *Das rechtstheoretische problem der "natur der sache"*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1957, p. 28.

45. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit.

46. Vide, por exemplo, Schünemann, op. cit., p. 645, nota 9, 654 et seq., 659 et seq.
47. Vide Welzel, *Das deutsche...*, cit., p. 55 et seq. e *El nuevo...*, cit., p. 53 et seq.
48. Vide, a esse respeito, Cerezo Mir, "Curso de derecho...", cit., p. 97-98.
49. Idem, ibidem. Vide Claus Roxin, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", *Festschrift für Richard Honig*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970.
50. Vide Cerezo Mir, "Curso de derecho...", cit., II, p. 102 et seq. e 179 et seq. e "Curso de derecho...", cit., III, *Teoría jurídica del delito/2*, p. 263 et seq. e 267 et seq.
51. Vide Günter Stratenwerth, *Das rechtstheoretische...*, cit., p. 13 et seq. ("El problema de la 'naturaleza de las cosas' en la teoría jurídica". Tradução minha em espanhol, publicada na *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, v. VIII, n. 19, 1964, p. 15 et seq.).
52. Vide Cerezo Mir, "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961, incluído em *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 54 et seq.
53. Vide, nesse sentido, Cerezo Mir, "Curso de derecho...", cit., II, p. 48 et seq.
54. Vide já, nesse sentido, Cerezo Mir, "La naturaleza...", cit., p. 27 et seq., *Problemas fundamentales del derecho penal*, p. 56-57.
55. Vide Welzel, *Vom Irrenden Gewissen*, Tübingen: Mohr, 1949, p. 28, *Naturrecht und materiale...*, cit., 4. ed., p. 239-240 e "Derecho natural e positivismo jurídico", *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico* (trad. e notas de Ernesto Garzón Valdés), Córdoba: Editora Universidad Nacional de Córdoba, 1962, p. 41 et seq.
56. Vide Armin Kaufmann, *Die Dogmatik...*, cit., p. 19 et seq.
57. Vide Stratenwerth, *Das rechtstheoretische...*, cit., p. 18.
58. Vide Bernd Schünemann, "Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht", *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1984, p. 163 et seq., e "Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland", separata de *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlín: Duncker-Humblot, p. 151 et seq.