



## A METODOLOGIA ONTO-AXIOLÓGICA E O SENTIDO SOCIAL TÍPICO DA CONDUTA: CRÍTICA À DOCTRINA POSITIVISTA-NORMATIVA

Revista dos Tribunais | vol. 839 | p. 421 | Set / 2005 | DTR\2005\819

### Luiz Régis Prado

Professor Titular de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Pós-doutor em Direito Penal pelas Universidades de Zaragoza (Espanha) e Estrasburgo (França).

### Érika Mendes de Carvalho

Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza (Espanha).

### Área do Direito: Penal

Sumário: 1.Considerações introdutórias - 2.O papel da diretriz onto-axiológica na construção da moderna teoria jurídica do delito - 3.A atribuição do sentido social típico nos delitos dolosos: a finalidade - 4.A conduta humana como unidade causal-final de sentido - 5.Considerações finais

### 1. Considerações introdutórias

A orientação científica finalista assume como princípio estrutural geral da conduta humana a sua *dirigibilidade*, isto é, "a ação, também em seu curso 'externo', é um acontecer dirigido pela vontade, por conseguinte, uma unidade de vontade interna e de fato externo".<sup>1</sup>

Com lastro nessa premissa inicial, um determinado fato só pode ser qualificado como *obra* de um agente quando resultado de sua vontade.<sup>2</sup>

A estrutura ontológica da *finalidade* condiciona a concreta imputação de resultados. Por esse motivo, a ação (ou omissão) finalista deve figurar, como base material, o ser sobre a qual incidem juízos de valor que lhe conferem plenitude de sentido. Isso significa que a estrutura da conduta humana é a condição fundamental de possibilidades para juízos de valor que, para adquirirem sentido, devem ter como objeto de incidência exatamente aquela,<sup>3</sup> dando-lhe significação social.

Conforme a postura welzeliana,<sup>4</sup> a dimensão de sentido inerente à ação finalista se manifesta na relação entre a esfera ontológica e a esfera valorativa. Para sua exata compreensão como *expressão de sentido* no mundo social, não cabe cindi-la em momentos objetivos e subjetivos. Constitui-se em uma unidade interdependente, mas indissolúvel, com aspectos objetivos e subjetivos inerentes ao todo.

A necessária vinculação do método finalista às categorias ontológicas - consideradas ou não como estruturas lógico-objetivas - representa a base sólida que legitima e autoriza o Direito Penal a cumprir corretamente sua função e seus fins, vale dizer, a proteção de bens jurídicos essenciais ao homem e à coletividade.<sup>5</sup>

Uma ordem legal pode tão-somente objetivar se impor pelo seu caráter obrigatório - e receber, portanto, a qualificação de Direito - quando reconhece a autonomia da vontade do homem enquanto pessoa responsável. De fato, como bem acentua Welzel, "o reconhecimento do homem como pessoa responsável é o pressuposto mínimo que uma ordem social deve mostrar se não quer obrigar simplesmente pelo seu poder, e sim como Direito".<sup>6</sup>

Na vida de relação, a imposição forçada de uma determinada ordem legal desvirtua o seu caráter jurídico e a converte em mero ato de coação de um poder superior. Tão-somente o ser humano pode obrigar a si mesmo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa: são, assim, absolutamente inseparáveis os conceitos de *pessoa* e de *obrigação*.<sup>7</sup> Entretanto, embora figure como pressuposto indispensável ou condição inarredável da construção do edifício normativo, o reconhecimento do homem como pessoa responsável não interfere no conteúdo específico dos preceitos jurídicos que o compõem.<sup>8</sup>

Tem-se, desse modo, que um determinado sistema jurídico-positivo que objetive ser reconhecido como Direito não pode se afastar da constatação lógica de que suas normas se dirigem aos seres humanos - dotados de consciência e vontade - capazes de orientar seu atuar no mundo do ser, da realidade. Apenas o homem é capaz de vincular-se ético-socialmente, em razão de sua capacidade como ser racional de autodeterminação conforme a valores e fins. A condição de pessoa pressupõe,



desse modo, a estrutura finalista da ação humana que surge como estrutura ontológica de caráter obrigatório.

No entanto, a metodologia finalista *relativiza* a ligação à realidade - no caso, às estruturas lógico-objetivas mencionadas.<sup>9</sup> Estas últimas tão-somente limitam a função legislativa quando o que se busca é a ordenação de condutas humanas - e não relações de adjudicação ou de distribuição de bens.

Essa condição se evidencia tão naturalmente que é reconhecida até mesmo desde uma postura normativista mais lúcida: "na hipótese em que não se considere a realidade, poderia chegar-se a uma disciplina jurídica incorreta",<sup>10</sup> o que, no caso de uma lei, acarretaria sua inconstitucionalidade. Isso é exatamente desse modo porque "a interpretação das leis está obrigada sem exceção a obter uma normativa correta e, por esse motivo, deve desenvolver princípios normativos de tal modo que sejam levadas em consideração as estruturas ontológicas e, para dizer a verdade, não apenas as verdades eternas, mas também as estruturas da realidade social, que, embora variáveis, existem atualmente de um modo determinado".<sup>11</sup>

Tem-se, ainda, que "o ponto de partida normativo decide quais estruturas da realidade são relevantes juridicamente",<sup>12</sup> sem, contudo, desenvolver-se de modo arbitrário, já que na maioria das vezes se limita a reproduzir a realidade. Na verdade, nenhum teórico da dogmática penal ou da política criminal que se intitule racional e opte por um Direito Penal garantista poderia "negar a importância prática ou político-criminal do conceito final de ação, cuja estrutura ôntica de nenhuma maneira limita o poder penal estatal, como objeto de regulação das normas penais e como base da estrutura do delito".<sup>13</sup>

A utilização do homem como *instrumento*, e não como fim em si mesmo, só pode conduzir, assim, à sua desumanização, inadmissível em um Direito Penal democrático.<sup>14</sup>

## 2. O papel da diretriz onto-axiológica na construção da moderna teoria jurídica do delito

A crítica de algum setor isolado da doutrina nacional no sentido de que o legislador de 1984, na elaboração da Parte Geral do Código Penal ( LGL 1940\2 ) , não chegou a perfilar a orientação finalista justamente porque reconhece a conduta como uma "realidade ontológica, pré-jurídica, independente do legislador",<sup>15</sup> não convence de modo algum.

A reforma de 1984 acolheu, indubitavelmente, determinados postulados finalistas,<sup>16</sup> tais como a inserção do dolo no tipo - o que pode ser constatado através da disciplina do erro de tipo e do erro de proibição (arts. 20 e 21, CP ( LGL 1940\2 ) ) -, o conceito pessoal de injusto - corroborado pela disciplina do erro, por exemplo -, o conceito normativo de culpabilidade e a regra do concurso de pessoas (art. 29, CP ( LGL 1940\2 ) ), de nítida "inspiração finalista".<sup>17</sup>

A referida adoção, porém, não é incompatível com o reconhecimento da ação finalista como uma categoria ontológica de natureza lógico-objetiva. Na verdade, muitas das críticas feitas à teoria finalista desconhecem o objeto criticado, daí seu caráter estéril. Se o objetivo é disciplinar o comportamento humano não se pode agasalar uma postura metodológica funcionalista sistêmica, por exemplo, que desconhece o homem como ser responsável. Ademais, se a ordem legal quer obrigar *em consciência*, e não criar um mecanismo de pura e simples coação, deve, então, logicamente, assumir como premissa a concepção de homem racional e responsável, capaz de orientar sua conduta segundo determinados fins.

Esse pressuposto é inseparável de qualquer regulação jurídica que, como a brasileira, pretende afirmar-se como respeitosa da liberdade e da dignidade humana.

De outro lado, a doutrina jurídica, porém, pode seguir a orientação metodológica que bem entender.

A concepção finalista jamais obrigou o agasalho de uma determinada postura por parte da doutrina de determinado país.<sup>18</sup>

Afirma-se apenas que o vínculo do legislador à realidade e, de conseguinte, à estrutura finalista da conduta, é indispensável para qualquer ordenamento jurídico que vise regular condutas humanas. Isso é evidente porque estas últimas têm como base essencial a *liberdade*, são conscientes e voluntárias, diferentemente, por exemplo, dos simples processos causais ou de impulsos instintivos.



Nos termos postos, "o real é o *ponto de partida*, impondo dados inafastáveis, mas não imperando sobre o direito e o legislador como se um ditador fosse".<sup>19</sup> Não obstante, se o objetivo do legislador não vem a ser exatamente o comportamento do homem, pode ignorá-lo e assim criar o sistema legal que julgar apto a seus fins. Assim agindo, porém, não atende aos requisitos indispensáveis tanto à criação como à função do Direito enquanto ordem ordenadora do atuar humano em sociedade - inerente ao Estado democrático e social de Direito -, que deve sempre primar pelo homem como centro e fim principal de todo edifício normativo.<sup>20</sup>

Como bem lembra Gracia Martín, "todo mandato que pretenda *obligar* um homem como norma jurídica tem que reconhecê-lo como pessoa".<sup>21</sup> É óbvio que a vinculação do legislador às estruturas lógico-objetivas - entre as quais se encontram a estrutura final da ação humana e a capacidade de autodeterminação conforme a um sentido e a um valor -, como já observado, é apenas relativa.<sup>22</sup>

O tratamento normativo dado pelo Código Penal ( LGL 1940\2 ) brasileiro não ignora o ser humano, senão não estaria regulando o seu agir.<sup>23</sup> Esta última constatação é tão óbvia que surpreende a existência de tentativas visando a tergiversar sobre sua correção. Só o homem pode figurar como o destinatário de diretrizes normativas a respeito de seu atuar ou não atuar. O fundamento desta última assertiva é evidente: tão-somente o ser humano - enquanto pessoa livre e responsável - pensa, raciocina, pondera, age conscientemente, e pode, assim, obrigar-se ético-socialmente. Não é um simples *instrumento*, cumpridor de um determinado papel ou tarefa social. É capaz de se autodeterminar e de orientar o acontecer causal, conforme seus desígnios. A lei penal não pode desprezar essa realidade, visto que é elaborada e posta em vigor para um mundo real, e não para um mundo fictício ou imaginário.

A respeito do tema, assevera-se, de forma penetrante, que "se o direito aspira regular condutas de pessoas, não pode dispensar ao homem tratamento diverso, pois todo homem é pessoa".<sup>24</sup>

Quando a doutrina científica finalista afirma que o ordenamento jurídico-penal brasileiro incorpora alguns de seus aspectos metodológicos, isso significa, basicamente, que aquele não ignora o homem como ser responsável, porque reconhece sua capacidade de autodeterminação, e admite a liberdade e a dignidade humana como princípios materiais de justiça de validade *a priori*.<sup>25</sup>

Ademais, o sistema finalista não se corporifica pura e simplesmente com seu acolhimento legislativo, como equivocadamente deduzem os críticos a respeito de suas premissas, pois as estruturas lógico-objetivas antecedem à disciplina normativa.

Em realidade, dizer que o direito positivo criminal brasileiro adota postulados de matiz finalista só pode ser interpretado de duas maneiras: 1) o legislador brasileiro reconhece o homem como ser *responsável*<sup>26</sup> e capaz de orientar o acontecer causal finalisticamente, em direção a um objetivo proposto; 2) os dados ontológicos, da realidade, do ser, preexistem à disciplina normativa e o condicionam de modo relativo.

A teoria finalista não tem a pretensão de se impor às demais orientações metodológicas. Na verdade, não chega sequer a rivalizar com elas.

O fato de se reconhecer o homem como um ser *livre* e responsável, e defender que a disciplina jurídico-penal obedeça a essa premissa fundamental - se quer ter eficácia na regulação de condutas humanas - configuram o próprio substrato fundante da liberdade e da dignidade humana. Com efeito, "o sistema torna-se mais firmemente instrumento de segurança jurídica se fundado em bases ontológicas, em uma estrutura lógico-objetiva tal como propõe o finalismo".<sup>27</sup>

Convém observar, nesse diapasão, que setores mais percucientes da doutrina nacional contemporânea reconhecem "num autêntico *remar contra a maré* e (até mesmo) contra certo modismo funcionalista que implica o desprezo de todos os dados ônticos em Direito Penal" que se faz necessário resgatar a "importância de se partir da realidade como matéria-prima para obtenção de uma definição válida de conduta", pois "só esta postura permite conceituá-la como elemento garantista".<sup>28</sup> Essa proposta conclui que somente uma orientação funcionalista que respeite como pressuposto dos conceitos jurídico-penais extraídos da esfera axiológica "a conduta humana dentro de seus limites ontológicos"<sup>29</sup> seria aceitável,<sup>30</sup> sob pena de desemborçarmos em um conceito de ação "verdadeiramente raquítico, como o de Roxin, como manifestação exterior da personalidade, com um mero efeito delimitador, puramente acadêmico".<sup>31</sup>



Acredita-se, no entanto, que um funcionalismo assim orientado já não pode ser qualificado como tal, nos termos propostos por Jakobs, Roxin, Frisch e tantos outros, pois já não seria um *autêntico* funcionalismo. Mas sim o que se vê emergir é, em realidade, uma concepção onto-axiológica, fundada no homem como ser racional - livre e responsável. Noutra dizer: trata-se de uma construção lastreada em bases finalistas.

A teoria científica finalista não deixa de ser a única que orienta seus postulados em razão do homem, e não como motivo de uma construção puramente normativa alheia à realidade. Naquela, vislumbra-se o homem como um fim em si mesmo, e não como um instrumento posto ao serviço de uma orientação positivista-normativa que pode perfeitamente significar o retorno à responsabilidade objetiva de épocas pretéritas. Essa postura metodológica não foi ainda superada pelas atuais tendências funcionalistas - como incautamente afirmam alguns autores -, visto que não lograram conceber e estruturar uma teoria jurídica do delito própria, *coerente* e garantista.<sup>32</sup>

Essa assertiva tem sua razão de ser independentemente de se considerar os dados ônticos - por exemplo, a concepção finalista da ação humana - como que permeados pela estrutura fenomenológica da matéria de sua regulação, isto é, a denominada estrutura lógico-objetiva. Isso significa, em outras palavras, que não se pode, no tratamento jurídico de qualquer comportamento humano, desconsiderar sua realidade enquanto substrato do ser, do ente real. Na verdade, o Direito existe para disciplinar as condutas humanas em sociedade, devendo sempre conjugar o ser (o fato) e o dever ser (a norma): o ser enquanto deve ser.<sup>33</sup>

A concepção funcionalista navega sem rumo, casuisticamente, em um mar de conceitos vazios e imprecisos, em razão de não conhecer bases e limites ontológicos. Apesar disso, se parte da doutrina - notadamente a que perfilha uma orientação funcionalista sistêmica - opta por tratar o homem como uma peça a mais de uma engrenagem sócio-funcional, como um robô cumpridor de papéis ou de funções, perfeitamente fungível, substituível e sem individualidade, é questão de postura doutrinária e como tal deve ser respeitada.

Frise-se, todavia, que enquanto o sistema jurídico-penal brasileiro estiver orientado à disciplina de condutas humanas e respeitar os valores fundamentais da liberdade e da dignidade, essa orientação funcionalista não deixará de ser apenas mais uma opção doutrinária entre tantas outras. Nada além.

### **3. A atribuição do sentido social típico nos delitos dolosos: a finalidade**

São conhecidas as críticas endereçadas por Jakobs e Roxin ao método finalista. Essas podem ser assim resumidas: 1) os conceitos jurídicos não podem ser extraídos da esfera ontológica porque são conceitos 'de dever ser' e, portanto, referem-se a valores; 2) a esfera ontológica não pode apontar os conceitos jurídicos concretos, pois estes possuem objetos e conteúdos normativos; 3) o legislador e o Direito Penal são absolutamente livres no momento de elaborar os conceitos normativos.

Essas críticas, porém, podem ser rebatidas facilmente com os seguintes argumentos fundamentais: 1) o método finalista é essencialmente valorativo, e não avalorado ou livre de valor; 2) o método finalista busca sintetizar a esfera da realidade e a esfera do valor através das estruturas lógico-objetivas; 3) o conceito ontológico de ação cumpre a função de ordenar a matéria de regulação antes das valorações correspondentes, que vêm a agregar critérios de significação social extraídos da realidade social ao substrato ontológico; 4) o finalismo não prescinde das valorações e dos fins do Direito Penal no momento de fixar seu objeto, e precisamente sua função e seus fins determinam a necessária vinculação da disciplina normativo-penal às estruturas lógico-objetivas da matéria, pois somente desse modo o Direito Penal poderá cumprir de fato sua missão,<sup>34</sup> e *funcionar* como um instrumento indispensável para a construção de um Estado de Direito verdadeiramente democrático e social. Por isso, é incorreto dizer que o finalismo prescinde dos aspectos normativos e que a vinculação do legislador à matéria de regulação termine por engessá-lo.

Pelo contrário: o que se busca é limitar o *ius puniendi* estatal a fim de evitar a "arbitrariedade no exercício de seu poder penal e para que o Direito Penal, como instrumento político-criminal, não se converta em um instrumento de sujeição do homem, mas em um instrumento a serviço do homem".

<sup>35</sup>

A concepção aqui sustentada não vislumbra à ação (ou a omissão) como mero processo causal equiparado aos processos da natureza. Ela se diferencia destes últimos por algo que lhe é próprio e



único, a saber, a capacidade de atuar conforme fins estabelecidos de modo racional. No atuar humano, o agente concebe um determinado objetivo e, em seguida, para alcançá-lo, põe em marcha determinados processos causais dirigidos por ele, de modo consciente, em direção ao fim pretendido. Daí ser a ação humana o "exercício de uma atividade final",<sup>36</sup> como bem definiu Welzel. O critério que permite imputar um resultado à ação não é a simples causalidade, mas a *finalidade*.

Assim, por exemplo, se um agente dispara contra outro para matá-lo e, em razão do disparo, provoca a surdez de uma terceira pessoa e a morte da mãe da vítima, ao saber da notícia da morte de seu filho, é possível constatar que a conduta do agente deu lugar a três resultados distintos - a morte do sujeito passivo, a surdez de um transeunte e a morte da mãe da vítima -, mas a simples presença de umnexo causal indiscutível entre a conduta do agente e os resultados assinalados não é suficiente para imputá-los à ação. Para o conceito finalista de ação, só pertencem à ação os resultados conscientemente provocados pelo agente. Logo, só a morte da vítima inicialmente visada pelo disparo foi produzida de um modo finalista. Os demais resultados não pertencem à ação finalista e, portanto, não podem ser imputados ao agente. Constata-se, já aqui, a desnecessidade de qualquer critério de imputação objetiva para limitar o alcance do tipo penal, atuante também no âmbito do tipo de injusto dos delitos dolosos de ação.

A *finalidade* se baseia no fato de que o ser humano, graças ao seu saber causal, à sua experiência sobre o funcionamento do mundo, é capaz de prever dentro de certos limites fornecidos por seus conhecimentos as conseqüências possíveis de sua ação ou omissão. Por exemplo: se A quer matar B, coloca em andamento no mundo do ser fatores causais adequados à produção do resultado morte pretendido. É claro que determinadas pessoas podem ter conhecimentos mais ou menos profundos em relação a determinados processos causais: o químico, por exemplo, pode conhecer com precisão a eficácia de determinadas substâncias tóxicas ou a sensibilidade de determinadas pessoas à exposição contínua a fatores de risco; o médico legista conhece a localização anatômica de pontos vitais que, se atingidos, provocam a morte instantânea da vítima, etc. Mas o certo é que apenas os processos causais previsíveis ou passíveis de estarem abarcados pelo dolo do agente podem lhe ser imputados.

A categoria da *finalidade* é, por conseguinte, o núcleo do conceito de ação.<sup>37</sup>

A teoria finalista pode resolver todos os problemas sugeridos pelas teorias da imputação objetiva do resultado, e isso sem precisar elencar inúmeros casos concretos - verídicos ou supostos - e tratar de elaborar um critério para cada um deles ou para cada grupo de hipóteses sugeridas. Ora, se assim fosse iria incorrer em um casuismo exacerbado, e o finalismo, longe de incidir em uma enumeração *casuística* de hipóteses, reconhece a fertilidade da mente humana e as múltiplas facetas de uma sociedade 'de risco'. Desse modo, parte inteligentemente de um edifício sistemático sólido e de um método coerente, solucionando a contento qualquer dificuldade que o caso concreto pode oferecer. Isso tudo em razão de não ser uma doutrina casuística e arrancar da realidade, não negando a imperiosa necessidade de conjugar o ontológico e o normativo, sem rupturas abruptas e sem radicalismos inúteis.

O conceito finalista de ação limita a causalidade penalmente relevante, não sendo possível, por exemplo, imputar aos pais do assassino o resultado morte da vítima, e isso não porque o critério da proibição de regresso restrinja a imputação, mas sim porque aqueles não tinham a *finalidade* de matar alguém. Esse conceito circunscreve inequivocamente o objeto que interessa ao Direito Penal, permitindo conhecer desde o início qual a ação e o tipo legal realizado pelo agente.

A *finalidade* compreende o fim proposto, bem como os meios e os modos de execução. Se o agente desconhece a potencialidade lesiva do meio de execução utilizado ou não conta com a possibilidade de produção do resultado, este último não lhe será imputado. As conseqüências não queridas não podem, portanto, ser abarcadas pela finalidade do agente e, do mesmo modo, tampouco as conseqüências possíveis não representadas.

Ao Direito Penal não interessa qualquer ação, mas apenas algumas ações - por seu caráter negativo ou prejudicial à vida social. Os juízos de valor são sempre seletivos, expulsando as ações irrelevantes para o Direito Penal, seja porque são lícitas, seja porque, embora ilícitas, seu tratamento corresponde a outros ramos do ordenamento jurídico. Se o Direito Penal, mediante o juízo de valor da tipicidade, seleciona e, por conseguinte, desvalora determinadas ações, então todos os elementos da ação deverão estar incluídos no tipo, inclusive o resultado.<sup>38</sup>



A esfera do tipo penal reproduz todos e cada um dos elementos da ação, da realidade. Os elementos da natureza passam, assim, a integrar como elementos já valorados o âmbito do tipo. Entretanto, do ponto de vista estritamente causal, não é possível delimitar as condutas penalmente relevantes. Quando se parte do princípio de que os fatos penalmente relevantes consistem em simples causações de resultados, então o tipo não terá limites. Será típico o fato de emprestar uma arma para que outrem mate - não haveria distinção entre autor e partícipe -, o fato de gerar um assassino, etc. Do ponto de vista da teoria da equivalência das condições tudo o que concorre para um resultado é causa dele.<sup>39</sup> E precisamente pela amplitude dessa formulação é que as modernas teorias da imputação objetiva do resultado se esforçam por oferecer critérios que atuariam limitando a amplitude da causalidade.

Entretanto, a configuração do tipo de injusto doloso deve prescindir de qualquer critério de imputação objetiva que não respeite a estrutura finalista da ação humana. Em realidade, todos os múltiplos critérios inventados pelos adeptos das modernas teorias da imputação objetiva contribuem para corroborar que somente com o respeito à estrutura final da ação humana, à concepção pessoal do injusto, à congruência entre a parte objetiva e a subjetiva do tipo, e à capacidade de culpabilidade é possível garantir que o que se imputa ao homem é realmente obra sua, e não obra do acaso ou de conveniências puramente normativas e totalmente desvinculadas da realidade.<sup>40</sup>

No tocante à necessidade de inserção do critério da inobservância do dever objetivo de cuidado, os defensores das teorias da imputação objetiva argumentam que essa limitação objetiva teria a mesma validade em relação ao dolo ou à culpa do autor. De conseguinte, quando se afirma que o autor não infringiu o dever de cuidado, o risco criado seria, em realidade, objetivamente permitido. Em determinados casos, embora presente uma relação de causalidade, o risco ou mesmo uma situação de perigo, bem como o conhecimento e a vontade do autor, haveria a criação ou o favorecimento de riscos não desaprovados por razões especificamente derivadas do ordenamento jurídico. Desse modo, se o agente sabe que está criando um risco que não se encontra juridicamente desaprovado, estaria buscando a realização de algo que está fora do âmbito de proteção do tipo penal (um delito putativo).

Nessa linha de argumentação, explicita-se que "os destinatários das normas não podem criar e inventar suas próprias normas em sua mente, porque estas emanam dos órgãos legitimados para produzir tais normas, as quais regulam a vida social antes que alguém as infrinja", visto que "nem toda intenção de portar-se mal é relevante para o tipo".<sup>41</sup> Isso em virtude de que "também o delito doloso tem como pressuposto material, por conseguinte, uma criação desaprovada do perigo; a qual constitui - inclusive, bem analisado, nas formulações dos críticos desse requisito - o objeto da representação, o objeto do dolo".<sup>42</sup>

Todavia, a irrelevância dos resultados causados poderia ser extraída da realização de um risco permitido e não da ausência de dolo, como pretendem os críticos do finalismo? Certamente que não. E isso não poderia ser assim, conforme já destacado, porque o tipo subjetivo antecede o objetivo.

Como bem se alude, 'nem toda intenção de portar-se mal é irrelevante para o tipo', já que o dolo não é a simples intenção ou desejo. Ademais, o dolo supõe o controle do acontecer causal, o que não ocorre nos exemplos citados. O perigo criado é juridicamente irrelevante porque não foi abarcado pelo dolo - mas pelo desejo do sujeito - e por isso não poderá o resultado ser imputado ao sujeito. Se a criação desaprovada do perigo constitui o objeto da representação do dolo, como afirma Frisch, então necessariamente a aferição deste último deve anteceder à do objeto em questão, sob pena de inversão lógica inadmissível.

Quando os defensores das teorias da imputação objetiva sustentam a inserção do critério do fim de proteção da norma no âmbito dos delitos dolosos, por exemplo, o fazem com o intuito - válido, certamente - de fornecer um instrumento idôneo para averiguar se um determinado resultado ou acontecimento externo é jurídico-penalmente relevante e pode, conseqüentemente, ser imputado a um sujeito como obra sua.<sup>43</sup> Entretanto, esse objetivo da referida concepção teórica parece mesclar duas esferas distintas<sup>44</sup> e que não podem ser confundidas, já que têm diferentes objetivos: a primeira é a esfera da determinação da conduta típica e dos critérios de atribuição de sentido à mesma; a segunda, por sua vez, é a imputação do resultado que tem como objetivo comprovar se um fato pode ser atribuído a uma pessoa como obra sua.

Essa aferição, porém, está condicionada à satisfação de três pressupostos fundamentais: 1) é



preciso levar em consideração o caráter culposo ou doloso do fato, pois para saber se o resultado se insere no fim de proteção da norma é indispensável que se leve em consideração a finalidade da ação; 2) o resultado somente poderá ser imputado ao sujeito se for consequência de uma conduta proibida pela norma. Para tanto, é preciso verificar se o curso causal desencadeado pela conduta do sujeito está entre aqueles que podem ensejar uma desvalorização jurídico-penal da conduta; 3) a solução para essa questão não pode ser buscada somente no âmbito do tipo objetivo, porque a valoração deve se conectar com o que o agente dolosamente realizou.<sup>45</sup>

Em resumo: nos delitos dolosos o fim de proteção da norma deve demonstrar a relação lógica existente entre o tipo objetivo e o subjetivo, concebidos como uma *unidade*, pois tão-somente quando a finalidade é examinada será possível constatar qual o tipo objetivo efetivamente realizado pelo autor.<sup>46</sup> De conseguinte, "a exigência de um mínimo de intencionalidade da ação em todos os casos de imputação penal, contudo, é absolutamente necessária para que tanto o cidadão como o Estado tenham um referente real minimamente seguro do que está sendo imputando penalmente. Este é o sentido do que se denomina 'Direito penal do fato', requisito que começa a trincar-se a partir do momento em que não se imputa algo que se fez, mas sim algo que se poderia ter evitado".<sup>47</sup>

#### 4. A conduta humana como unidade causal-final de sentido

O objetivo primeiro das modernas teorias da imputação objetiva é estabelecer critérios normativos (*topoi*) que podem delimitar os fatos jurídico-penalmente relevantes daqueles que não o são, e atribuir-lhes, assim, um sentido social típico (juízo axiológico, de referibilidade a valores).

Mas esse desiderato - aferir o conteúdo e o sentido social dos tipos penais e traçar limites precisos aos tipos de injusto - vê-se claramente comprometido com o abandono de uma vinculação prévia às estruturas jurídico-materiais da imputação.<sup>48</sup> O sentido social de uma conduta é extraído, segundo tais doutrinas, com independência da vontade do autor.

Dessa maneira, esse juízo axiológico relega a análise do conteúdo da vontade a um momento posterior - ou, na maior parte das vezes, sequer confere importância a esse aspecto -, valendo-se, assim, de critérios puramente objetivos na determinação da periculosidade social de uma conduta.

Nessa perspectiva, os defensores das modernas teorias da imputação objetiva conferem excessiva relevância ao tipo objetivo, em detrimento do tipo subjetivo, defendendo a necessidade de se constatar primeiramente o tipo objetivo e somente após essa aferição investigar o tipo subjetivo.<sup>49</sup> O tipo objetivo seria capaz de fixar a relevância jurídico-penal do fato com absoluta independência do tipo subjetivo.

A objeção fundamental da teoria finalista no tocante à importância dos critérios propostos pelas teorias da imputação objetiva no âmbito dos delitos dolosos consiste no fato de que a solução de absolutamente todas as questões suscitadas se encontra no tipo subjetivo. É aí, portanto, onde devem encontrar resposta adequada os problemas propostos pelas referidas teorias.<sup>50</sup>

O tipo objetivo, nesse sentido, limita-se a determinar os comportamentos adequados à produção do resultado, fornecendo as balizas para a atuação do tipo subjetivo. O dolo é consciência e vontade de realização referida aos elementos do tipo objetivo. Logo, conforme acentua Welzel, "o dolo é, sem dúvida alguma, um elemento do tipo, sem o qual não pode ser constatada a tipicidade do acontecer externo".<sup>51</sup> Incumbe ao dolo, portanto, atribuir *sentido* a uma ação típica. O significado externo objetivo de um determinado comportamento não pode ser apreendido quando se prescinde do exame da direção da vontade de realização.

Os tipos de injusto dos delitos dolosos e culposos apresentam uma estrutura marcadamente *distinta*, pois enquanto no delito culposos são necessários critérios normativos de atribuição de sentido à ação, nos delitos dolosos eles não podem afastar o exame do dolo ou mesmo suplantá-lo em termos lógicos, pois "tudo o que foi objeto de seleção para formar a unidade valorativa jurídico-penalmente relevante é, ao mesmo tempo, parte integrante do curso extenso de uma ação finalista".<sup>52</sup>

A opção feita pelas modernas teorias da imputação objetiva - coerente com os seus pontos de partida - no sentido de atribuir o sentido a uma ação a partir de perspectivas puramente normativas e sem levar em consideração a estrutura finalista da ação humana como elemento limitador de qualquer valoração é totalmente discutível. Não obstante, é impossível argumentar em sentido contrário sem incidir na *circularidade* argumentativa que tão bem caracteriza o discurso funcionalista.



O sentido social do tipo é perquirido, de acordo com essa concepção, com absoluta independência do conteúdo da vontade do autor, com base apenas em critérios objetivos, de ordem casuística.

No exame da matéria é preciso distinguir e repisar dois planos distintos.<sup>53</sup>O *primeiro* consiste na esfera da determinação da conduta típica e dos critérios de atribuição de seu sentido. O segundo, por sua vez, está representado pela imputação do resultado que tem como objetivo comprovar se um fato pode ser atribuído a uma pessoa como obra sua. Essa perspectiva dualista não é aceita pela totalidade dos defensores das teorias da imputação objetiva.<sup>54</sup>E isso não podia ser diferente: a multiplicidade de posturas também aqui se manifesta, o que só corrobora a confusão metodológica normativista. As teorias da imputação objetiva têm elaborado diversos critérios normativos para tornar possível a atribuição de um determinado resultado a um comportamento. Aqui se parte do pressuposto de que é correta a tese que defende uma limitação do comportamento típico - questão esta diferente daquela relativa à imputação do resultado -, justamente porque trata de problemas que dizem respeito à delimitação da própria conduta típica. A conduta típica é, sem dúvida, o lugar adequado onde os critérios para a atribuição de um sentido social típico a uma determinada ação estão situados.

Mas a questão da imputação do resultado, porém, depende de um princípio ontológico - a ação finalista - que permite aferir se um determinado resultado pode ou não ser atribuído a um sujeito como obra sua.

Para melhor entender essa problemática, admite-se a existência de dois momentos diferentes. De início, é preciso reconhecer que a causalidade como tal existe fora do pensamento, isto é, existe com independência de que seja conhecida ou não.<sup>55</sup>A relação de causalidade é um dado que se encontra na natureza, e não no indivíduo. As relações de causalidade não podem depender do conhecimento individual do ser humano: existem ou não existem, hoje podem ser desconhecidas, mas amanhã é bem possível que uma determinada relação causal ingresse no âmbito do conhecimento humano. O certo é que a relação de causalidade é algo que pertence ao mundo real, do ser, e mesmo que o sujeito não conheça uma determinada relação causal, isso não significa que a mesma deva ser negada como algo inexistente.

Não obstante, embora um determinado resultado possa ser o produto de várias causas, no plano normativo - e não no plano ontológico - é bem possível realizar uma limitação dessa relação causal. Isso é feito precisamente no âmbito do *tipo penal*, que seleciona os fragmentos relevantes da realidade. O juízo de previsibilidade objetiva - defendido pela teoria da causalidade adequada -, nessa linha, é um juízo de seleção. Através dele são eliminadas as relações de causalidade existentes da esfera do tipo. Só serão típicas as relações de causalidade quando objetivamente previsíveis. A relação de causalidade não deixa de existir como dado do ser, da realidade, mas o fato não será típico. Portanto, é preciso distinguir a causalidade enquanto categoria ontológica (plano do ser) da causalidade jurídico-penalmente relevante (plano do dever ser).

A causalidade penalmente relevante forma parte da tipicidade, e surge depois que a causalidade geral é submetida a um juízo de valoração. Essa seleção, porém, é feita pelo *tipo subjetivo*, e não pelo tipo objetivo, como pretendem as modernas teorias da imputação objetiva.

Uma relação de causalidade só pode ser penalmente relevante quando tenha sido compreendida pelo dolo do agente. Quando uma determinada relação causal não for abarcada pela vontade consciente de realização do sujeito não será penalmente relevante, embora possa ser indiscutivelmente constatada no mundo da realidade. Assim, por exemplo, se uma pessoa dispara em alguém com a intenção de matá-lo, mas a vítima, ferida pelo projétil, é conduzida a um hospital onde morre como consequência de uma infecção aí contraída, é possível constatar a presença de um nexos causal entre a ação do sujeito ativo e o resultado morte. Entretanto, essa relação de causalidade concreta não é uma relação de causalidade típica, posto que o resultado se produziu em virtude de fatores causais - a infecção hospitalar - que não estavam compreendidos pela consciência e vontade do sujeito ativo, que pretendia matar a vítima mediante um disparo de arma de fogo, e não através de uma infecção hospitalar. A relação de causalidade que se constata no mundo do ser não é, neste caso, jurídico-penalmente relevante, não é uma relação de causalidade típica. De conseguinte, ainda que se possa aferir a presença de uma relação causal entre a ação e o resultado, este não poderá ser imputado ao sujeito no tipo. O agente apenas responderá por homicídio tentado. Nos delitos dolosos, uma determinada relação de causalidade só será penalmente relevante (*típica*) quando compreendida pelo elemento subjetivo geral (dolo).



Jakobs, em crítica ao método finalista, argumenta que "a conduta (causação), ainda como conduta adequada ou dolosa, apresenta-se de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar por si só a imputação", visto que "unicamente afeta o aspecto cognitivo do fato ocorrido, daí que não aporte orientação social alguma".<sup>56</sup> Sugere que o fim da imputação objetiva de comportamentos deve ser o de imputar "os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis". E conclui: "trata-se de uma instituição que se orienta com base nas pessoas".<sup>57</sup> Esta última afirmação, entretanto, é totalmente incoerente com a premissa que Jakobs toma como ponto de partida, a saber, a "desindividualização"<sup>58</sup> nas relações sociais.

Só o método finalista, ao partir do homem como ser responsável, permite que o Direito Penal cumpra sua missão, pois tão-somente o homem é influenciável pelo sentido das proibições e dos mandatos, e pode realizar ou abster-se de realizar determinadas ações e evitar a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos. Uma ordem normativa que pretenda ser eficaz deve se dirigir ao homem enquanto *pessoa* capaz de dirigir o acontecer causal, selecionar meios e modos de execução e orientar o seu atuar rumo à consecução do objetivo pretendido.<sup>59</sup> Logo, "se nenhuma norma reguladora de condutas humanas pode ter como objeto nada que não sejam ações finais, a vontade de realização deve ser objeto, necessariamente, dos próprios juízos de desvalor da antinormatividade, do injusto e da antijuridicidade".<sup>60</sup> Seria uma grave incoerência metodológica defender a existência de um conjunto de normas jurídicas que se autodeterminam (determinam a si próprias), cuja existência ignore a matéria de sua regulação - a conduta especificamente humana - e seus concretos destinatários.

A doutrina finalista não prega essa diretriz perigosa e alheia à realidade, mas sim disciplina condutas reais, humanas, e tem como fim atender aos anseios sociais sem ignorar a própria sociedade e seus membros.

Quando se adota a premissa nodal de que o ordenamento jurídico, através de seus mandatos e de suas proibições, remete ao fenômeno pré-jurídico do atuar, então não se pode admitir nenhum fracionamento ou secção da ação em uma parte objetiva ou externa e em outra parte subjetiva ou interna. Na esfera pré-jurídica a ação humana é um todo unitário, "um fenômeno *unitário* final-causal de sentido",<sup>61</sup> e por essa razão o conteúdo da vontade de realização não pode ser dela extraído, expurgado, transferido do âmbito da tipicidade - como primeiro juízo valorativo que incide sobre as condutas humanas - para outra esfera valorativa. Se o tipo objetivo valorasse apenas a parte externa da ação, então já não estaríamos diante de uma ação humana, pois a simples produção de resultados não pode ser influenciada pelos comandos normativos.<sup>62</sup> O sentido de uma ação penalmente relevante exige o exame da vontade de realização de seu autor. Só mediante o conteúdo da vontade de realização será possível comprovar a tipicidade da conduta, já que esse juízo não pode seccionar ou fracionar a realidade pré-jurídica e expurgar da mesma a sua própria espinha dorsal.

A concepção finalista da ação assume como premissa fundamental a *valoração global* da ação como uma unidade causal-final de sentido. Trata-se, sem dúvida, da construção mais adequada para fazer sobressair "a conduta como categoria capacitada a atuar como elemento garantista, já que descreve - ou pretende descrevê-la, o que é sem dúvida uma conquista - segundo sua realidade".<sup>63</sup> Nessa linha, os juízos sucessivos de valoração representados pelas distintas categorias delitivas se projetam sobre a totalidade dos elementos da ação, e a divisão do tipo em objetivo e subjetivo se manifesta como uma exigência puramente metodológica e didática.<sup>64</sup>

Conferir relevância apenas ao tipo objetivo, em detrimento do subjetivo, dá lugar a conclusões desastrosas e falsas, e vice-versa. Tem-se que, "para efeitos analíticos e pedagógicos, é bom e necessário distinguir uma parte objetiva e outra subjetiva do tipo de injusto; para efeitos de imputação é catastrófico separar o que o sujeito causa, ou o perigo que cria, do que ele próprio representa, em ambos os casos mediante a ação. Daí as insuficiências das doutrinas da imputação objetiva, ao pretenderem configurar o injusto mediante a criação de um perigo, além daquele que levou o legislador a proibir a conduta, com independência das representações subjetivas do sujeito acerca das circunstâncias (sem dúvida, perigosas para os bens jurídicos) cuja realização proíbe o legislador". Na imputação objetiva não se constata, portanto, a necessária coerência entre o objetivo e o subjetivo, o que faz com que o subjetivo ocupe "uma posição errática".<sup>65</sup>



A doutrina aqui gizada e defendida não tem um matiz subjetivista, conforme apontam alguns,<sup>66</sup> mas busca valorar e apreender de maneira unitária uma realidade indissolúvel. Nos delitos dolosos, os elementos do tipo objetivo não podem ser aferidos sem que o autor tenha atuado com dolo em relação a todos eles. Do mesmo modo, o conceito de dolo remete aos elementos objetivos do tipo, pois a consciência e a vontade que não se dirigem à realização daqueles não podem ser definidas como dolo.<sup>67</sup>

As doutrinas normativistas, por sua vez, partem de um *separatismo absolutista* entre tipo objetivo e subjetivo. Na constatação do primeiro, parecem prescindir do segundo, já que o conceito de ação - quando adotado - vem a ser uma construção doutrinária raquítica e objetivista, que não se baseia na ação enquanto dado da realidade humana. A valoração cinge-se à parte externa da ação, e o conteúdo da vontade de realização é aferido no tipo subjetivo, mas entendido este como um nível de valoração autônomo e independente do tipo objetivo.

O que se visualiza, em realidade, é que o apregoado pelas "modernas" teorias da imputação objetiva significa, de certo modo, uma volta às dogmáticas *causalistas*, pré-finalistas, que expurgavam o conteúdo da vontade da ação e relegavam o seu exame à esfera da culpabilidade.

A análise do tipo subjetivo deve anteceder necessariamente ao exame do tipo objetivo por uma razão fundamental: como aferir o tipo objetivo realizado - e aplicar os critérios de imputação objetiva propostos - se não se sabe ainda qual o tipo objetivo que o autor quis realizar? Ou a vontade de realização deve ser atribuída depois da constatação de um tipo objetivo qualquer? Para os adeptos da imputação objetiva de resultados, qual o 'papel' desempenhado pelo tipo subjetivo afinal? Resta-lhe alguma 'função' a ser desempenhada? Após a constatação do tipo objetivo através de critérios normativos faz alguma diferença que o autor não tenha orientado a sua vontade à realização dos elementos objetivos já afirmados em um primeiro momento com independência do tipo subjetivo? E se faz alguma diferença, isto é, se o tipo subjetivo pode influir *a posteriori* na configuração típica do delito, quando se constate que o dolo do autor se dirigia à realização de um tipo objetivo distinto daquele previamente afirmado mediante critérios exclusivamente objetivos, então novamente seria necessário retroceder à esfera do tipo objetivo para uma vez mais aferir o tipo penal concretamente realizado pelo autor, o que sem dúvida implica um duplo trabalho que só vem a corroborar a inversão lógica realizada pelos atuais defensores das teorias da imputação objetiva.

A mesma objeção que o finalismo fazia ao causalismo se ajusta às propostas das modernas teorias da imputação objetiva: se A dispara em B, ferindo-o, é possível realizar a atribuição do resultado sem perquirir previamente o conteúdo da vontade? Se a resposta é afirmativa, qual resultado afinal será atribuído ao sujeito A? Qual o tipo objetivo realizado? Homicídio tentado, lesões corporais dolosas ou culposas consumadas, ou estamos diante de um acidente? A aplicação dos inúmeros e variados critérios objetivos de imputação não pode solucionar essa questão aparentemente tão simples prescindindo do exame da vontade de realização.

Mas esse é o escopo das teorias da imputação objetiva! Para a aferição do tipo objetivo bastaria, de conseguinte, verificar se o autor criou ou incrementou um risco de produção do resultado típico, se o resultado é realização desse risco, se não se trata de um risco permitido e, por fim, se o resultado produzido encontra-se inserido no âmbito do fim de proteção da norma.<sup>68</sup> A imputação do resultado seria, portanto, um elemento implícito do tipo objetivo que deveria estar abarcado pelo dolo. Não haveria, assim, *distinção* alguma entre o tipo objetivo dos delitos dolosos e o tipo objetivo dos delitos culposos.

A teoria finalista se opõe frontalmente a essa tese por diversas razões, a maioria delas já expostas ao longo deste estudo. Todavia, é preciso ressaltar uma vez mais o ceticismo do método finalista em relação à pretensão doutrinária de aferir a periculosidade da ação com base apenas em dados meramente objetivos. Além dos conhecimentos do autor sobre as circunstâncias fáticas, faz-se necessário examinar a direção de vontade da ação no momento da valoração da criação ou não de um perigo penalmente relevante.

Os próprios adeptos das teorias da imputação objetiva admitem que a ação dolosa é mais perigosa que a ação culposa.<sup>69</sup> E como chegar a essa conclusão sem o exame do conteúdo da vontade? A avaliação da periculosidade objetiva da ação exige que se examine também a finalidade do autor, além de todos os dados relativos ao autor. A criação ou não de um perigo penalmente relevante não pode ser resolvida apenas na esfera do tipo objetivo, como pretende a teoria da imputação objetiva,



pois a aferição da periculosidade da ação e o grau dessa periculosidade exigem a análise dos conhecimentos do autor sobre as circunstâncias do fato e da direção da vontade da ação.<sup>70</sup>

Isso se torna ainda mais evidente no exame da tentativa, onde a ausência do resultado lesivo obriga a investigação de um fundamento objetivo para a sanção, que não pode ser o resultado ausente, mas, de acordo com a moderna teoria da imputação objetiva, radicaria no perigo de lesão do bem jurídico. O problema, porém, surge no exame da tentativa inidônea, onde não existe um objeto idôneo a ser lesado, o que impede a constatação de uma situação de perigo. As doutrinas da imputação objetiva, que refutam a descriminalização da tentativa inidônea, recorre à figura do espectador objetivo imparcial - que ignorava a inidoneidade do objeto - para fundamentar a punição da tentativa nesses casos. Entretanto, não consegue prescindir por completo dos conhecimentos subjetivos do autor para fundamentar a sanção da tentativa. E isso porque o fundamento válido para a punição da tentativa não pode ser obtido da criação de uma situação de perigo, mas da realização de atos orientados pelo autor à produção do resultado lesivo segundo o seu plano delituoso.

Nessa perspectiva, argumenta, com precisão, Cuello Contreras que "só o finalismo, com sua insistência na exigência de ao menos uma ação final (exterior e adequada à lei causal) completa como substrato de imputação penal, e na estrita distinção entre os aspectos ontológico e axiológico dessa imputação, permite esclarecer (se não resolver) os problemas fundamentais da tentativa: toda tentativa é, no fim das contas, impossível, já que tanto a produção do resultado ou a sua não produção, como se esta impossibilidade se produz em um ou outro momento, é fruto do azar. O que não depende do azar, mas do autor, é a direção dos acontecimentos em um sentido; mas que o que começa sendo mera preparação, através de ações finais, avança, através de novos atos finais, em direção a algo que já é mais do que mera preparação, começo de realização do tipo ou tentativa, e inclusive tentativa acabada ou consumação, também depende não só de que o autor continue atuando, como também de que não se lhe interponha o azar, detendo tudo". E segue o autor, "o *continuum* que forma o atuar humano desde a preparação até a tentativa acabada só pode ser delimitado através de critérios axiológicos, não de critérios ontológicos; entendendo-se bem que o que delimita axiologicamente é uma ação ou uma série concatenada de ações finais já realizadas. É completamente falsa, portanto, a acusação de que o Finalismo confunde o plano interior com o exterior".<sup>71</sup>

A determinação da periculosidade objetiva da ação está condicionada à constatação ou não do dolo, pois a ação dolosa é mais perigosa que a culposa. Portanto, a presença de critérios objetivos de imputação que atuam com independência do exame do conteúdo da vontade não permite fixar corretamente a periculosidade da conduta. O juízo de periculosidade objetiva exige, assim, a aferição do tipo subjetivo. O dolo é uma circunstância co-fundamentadora do juízo de periculosidade objetiva.<sup>72</sup>

O tipo subjetivo geral (dolo), como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto, deveria em qualquer caso ser excluído se, de acordo com as premissas das modernas teorias da imputação objetiva, os critérios normativos afastam determinados fatos da esfera do tipo objetivo. É pura e simplesmente a admissão da preeminência absoluta do objetivo em detrimento do subjetivo.

Nada obstante, essa postura é inaceitável tanto do ponto de vista *lógico*-dogmático como de seu resultado em sede de justiça e de segurança jurídica, visto que há uma inversão do sujeito cognoscente em relação ao objeto cognoscível, e a imposição prevalente deste último, bem como um exasperante e perigoso casuísmo.

## 5. Considerações finais

O mais contraditório nas propostas das modernas teorias da imputação objetiva é sua pretensão de delimitação do que é obra de responsabilidade um autor diante do acaso ou da pura casualidade, com lastro unicamente no tipo objetivo. Para aferir se um determinado acontecimento do mundo do ser pode ou não ser obra ou produto do atuar de um determinado sujeito é indispensável investigar se ele dirigiu sua ação em direção à consecução do resultado produzido. Do contrário, a mera aplicação de filtros normativos supostamente restritivos seria insuficiente para deslindar com justiça a questão.

O esvaziamento progressivo do conteúdo do dolo (teoria monista do dolo) pelos adeptos das modernas teorias da imputação objetiva também não pode ser visto como uma solução para as



objeções apontadas pela metodologia finalista, mas como mais uma tentativa de construção de uma suposta realidade totalmente alheia ao homem - se é que se pode chamar assim esse mundo artificial elaborado em função de conceitos puramente normativos.

Para a corrente finalista, tudo aquilo que não pode ser englobado pelo dolo não passa de um desvalor de situação ( *Sachverhaltsunwert*) jurídico-penalmente desprovido de relevância.

O tipo objetivo, enquanto objeto de valoração do dolo, é logicamente posterior. De conseguinte, "para o finalismo, onde não há dolo é impossível que o que se realize no mundo exterior possa ser desvalorado como realização do tipo objetivo do delito doloso" e, conseqüentemente, também "é impossível que possa constituir-se o tipo subjetivo quando o que o sujeito representa como objeto de sua vontade for algo alheio à descrição do tipo objetivo".<sup>73</sup> Essa interdependência é o fiel reflexo de uma concepção dualista a respeito da fundamentação do injusto penal.<sup>74</sup>

As teorias da imputação objetiva nada mais são do que uma *normativização* do conceito causal de ação. Busca-se, na verdade, a elaboração de uma "teoria do tipo", mas, a partir do momento em que não se examina neste último - e tampouco na ação - o conteúdo da vontade do autor, converte-se essa tentativa em uma teoria incorreta do tipo e não logra, portanto, explicar ou captar o sentido social de uma ação concreta.

A pessoa humana fica claramente em segundo plano nas doutrinas da imputação objetiva. Em realidade, como se assinala, o importante é elaborar critérios de atribuição de algo - no caso, um resultado - a alguém, independentemente do conteúdo da vontade do sujeito da imputação. Os critérios de imputação se autolegitimam. Se o centro da imputação - o ser humano - tem ou não condições necessárias para acolher o objeto imputado é despiciendo: o fundamental, segundo as doutrinas da imputação objetiva, é imputar-lhe algum resultado.

Essa operação não é muito diferente daquelas levadas a cabo em outros tempos, nas quais se buscavam critérios capazes de fundamentar a atribuição de um determinado resultado a um acontecimento natural ( *v.g.*, tempestade, desmoronamento etc.). Pode-se dizer que a imputação objetiva apresenta um traço inegável de retorno ao primitivismo.<sup>75</sup>

Na fixação do sentido social de uma ação concreta deve-se levar necessariamente em conta a perspectiva da comunidade social, da sociedade como um todo. Todavia, não é possível determinar o sentido social de uma ação sem examinar qual é o *conteúdo da vontade* de seu autor. A concepção finalista, porém, nunca defendeu que o sentido social da ação fosse aferido exclusivamente com fulcro na vontade individual. Com efeito, ensina Welzel que "o sentido social de uma ação se determina não apenas segundo o resultado, mas também segundo a direção de vontade que o autor imprimiu à ação. Nenhuma doutrina da ação pode ignorar esse fato".<sup>76</sup>

A vontade individual, por si só, não pode determinar o sentido social da ação, pois sua capacidade não é absoluta, encontrando-se limitada, em todo caso, pela vertente *objetiva*, isto é, "a vontade individual pode dar sentido social a uma ação só até onde os elementos objetivo-causais utilizados pelo autor o permitam".<sup>77</sup>

O sentido social da ação não se subordina apenas à vontade individual, mas igualmente às possibilidades de sentido oferecidas pelos elementos objetivo-causais, da experiência social. Em conseqüência, "sendo a ação final uma *obra*, o sentido social da ação não se determina apenas segundo a vontade, mas também segundo o resultado produzido ou não produzido".<sup>78</sup> Por isso é um equívoco taxar a construção finalista como uma "doutrina subjetivista". Trata-se, isto sim, de uma teoria objetivo-subjetiva.

As teorias da imputação objetiva, porém, desconhecem que a conduta humana é uma *unidade* causal-final de sentido, e enfatizam tão-somente o aspecto causal, restringido por critérios objetivo-normativos de imputação.

Não obstante, a determinação do sentido social da ação exige que se confira importância à unidade de elementos objetivos e subjetivos que a encerra. Os elementos objetivos, por si só, são incapazes de dotar de sentido uma determinada conduta. E os critérios apontados - inevitabilidade, dominabilidade, previsibilidade objetiva -, examinados do ponto de vista da comunidade social, não logram conferir à vertente objetiva um determinado conteúdo *axiológico*.



- (1) WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, fasc. II, p. 223. Segundo a correta apreciação feita por Hirsch, a teoria finalista da ação "não substituiu o objetivismo dominante até então por um subjetivismo, mas deve seu êxito ao equilíbrio entre os elementos objetivos e subjetivos" (HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. In: *Derecho Penal. Obras completas*, t. I, p. 16).
- (2) Welzel ressalta que finalidade e dolo não se confundem, esclarecendo que "a finalidade é o conceito mais geral, fundamental; designa a qualidade de uma ação de ser um acontecimento dirigido. É um conceito pré-jurídico, enquanto o dolo é um conceito jurídico, referido ao tipo objetivo, que indica que a direção da ação se orienta à realização do tipo. Talvez fosse melhor ter adequado minha terminologia e denominado a ação não segundo o fim, a partir do qual e em direção ao qual se orienta (a saber, como acontecer 'finalista'), mas sim segundo o ato de direção, ou seja, utilizado a palavra grega, hoje na moda, para designar a direção (kybernan), como acontecer 'cibernético'. Algumas confusões teriam sido evitadas de antemão. Em todo caso, está claro que quando a vontade de ação se dirige à realização de um tipo legal estamos ante o dolo em sentido técnico. Este dolo é uma parte integrante da ação" (WELZEL. Op. cit., p. 225). Por isso, "todo dolo de tipo é uma vontade finalista de uma ação, mas nem toda finalidade é um dolo de tipo" (WELZEL. Op. cit., p. 223 e 224).
- (3) Cf. WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía Derecho: derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar, p. 257.
- (4) RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 87 e ss., 244 ess., e 401 e ss.
- (5) A respeito da matéria, vide PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 19 e ss., 25-26, 35, e 52-53; COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 93 e ss.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. São Paulo: RT, 2003, pp. 52 e ss.; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 45 e ss.
- (6) WELZEL, Hans. Op. cit., p. 252.
- (7) Cf. GRACIA MARTÍN, L. *O horizonte do finalismo e o Direito penal do inimigo*. São Paulo: RT, p. 26 (no prelo).
- (8) Vide WELZEL, Hans. Op. cit., pp. 253 e ss.
- (9) Sobre a questão, vide STRATENWERTH, G. El problema de la 'naturaleza de las cosas' en la teoría jurídica. Trad. José Cerezo Mir. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, v. VIII, n. 19, 1964, pp. 15 e ss.; CERESO MIR, J. La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica. In: *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982, pp. 54 e ss. ( *Idem*, Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Ciências Penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT, 2004, vol. 0, pp. 10 e ss., especialmente pp. 19 e ss.).
- (10) SCHÜNEMANN, B. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 660.
- (11) SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 660.
- (12) SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 661.
- (13) MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática



penal y de la política criminal. In: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 609.

(14) Daí afirmar-se, com razão, que "a renormatização que postula o pensamento sistêmico conduz, por outro lado, a uma perniciosa confusão categorial, que obriga o retorno da dogmática penal a etapas remotas já superadas, à velha época naturalística, com o risco evidente de manipulação política em detrimento das garantias do Estado de Direito"; ademais, do ponto de vista político-criminal, "os esquemas estruturais funcionalistas respondem a desígnios claramente conservadores do 'statu quo' legitimadores de qualquer sistema social" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwelzeliana. In: *Estudios penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 401).

(15) GRECO, Luís. Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7, nota 4.

(16) Nesse sentido, vide ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 154, e 230 e ss. ( *Idem*, Considerações sobre a ilicitude na Reforma penal brasileira. In: *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 3 e ss.); ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Culpabilidade e erro. In: *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 120 e ss.; SANTOS, Gérson Pereira dos. *Inovações do Código Penal ( LGL 1940\2 )*. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 41 e ss.; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, PG, v. I, p. 321, nota 36; ZAFFARONI, E. R./PIERANGELI, J. H. Op. cit., pp. 380, 449, 472, 634, 645 e ss.; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*. PG. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 309, 314 e 346; JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137; SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. t. I. São Paulo: RT, 1997, p. 274; MAYRINK DA COSTA, A. *Direito Penal*, PG, v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 774, 908 e ss., especialmente pp. 915-916, entre outros. É necessário salientar, nesse passo, que não procede a assertiva de que o parágrafo 1.º do art. 13 do Código Penal ( LGL 1940\2 ) "retrata uma regra de imputação objetiva", "a única expressa no Código penal", posto que há "a causação (nexo de causalidade entre a conduta e o resultado), mas o resultado morte não pode ser imputado ao agente. Há nexo de causalidade, mas não há imputação objetiva" (GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. PG. São Paulo: RT, 2004, p. 107). Na hipótese de causa superveniente relativamente independente, no entanto, a não imputação do resultado não se deve - conforme se pensa - à aplicação do critério da criação ou do incremento do risco (assim, por exemplo, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 120), mas à ausência de dolo (entendido não como simples desejo, mas como a capacidade de influir sobre o acontecer causal).

(17) LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 119.

(18) Equívoco, por exemplo, Luís Greco. Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7, nota 4.

(19) REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito penal*. PG, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 254. Em síntese: "chegar-se à necessidade de um conceito que não seja criação do direito, mas sim um conceito pré-jurídico, é mérito da teoria finalista e acréscimo de garantias para o indivíduo", daí que "mais 'garantista' (ou limitador do poder punitivo estatal) é o fundamento ontológico utilizado no finalismo" (GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: RT, 2005, pp. 191 e 192).

(20) PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, pp. 70 e ss.

(21) GRACIA MARTÍN, L. *O horizonte do finalismo e o Direito penal do inimigo*, p. 26.

(22) Vide CEREZO MIR, J. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Ciências Penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, 2004, vol. 0, pp. 10 e ss.

(23) Nessa trilha adverte com razão Juarez Tavares que "o Direito, se quer manter sua categoria de disciplina científica, não pode desconsiderar o conceito geral de comportamento humano e criar



outro conceito normativo, porque isso representaria uma contradição à sua subordinação ao mundo objetivo e importaria o reconhecimento de uma função alheia aos objetivos racionais que persegue - de disciplinar condutas humanas e de possibilitar a convivência. Se, por exemplo, o Direito criasse um conceito distinto de comportamento em oposição ao conceito que o homem desenvolve no contexto social, tornar-se-ia inútil enquanto norma de conduta, ou como delimitador de suas atividades, porque estaria disciplinando outra coisa e não condutas humanas" (TAVARES, Juarez. Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta. In: *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. T.I. Madrid: Marcial Pons/Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004, p. 905).

(24) ZAFFARONI, E. R./PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito penal brasileiro*, PG, p. 88.

(25) Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español*. PG, T.I, p. 18 ( *Idem*, Culpabilidad y pena. In: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 195); PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, PG, v. I, p. 144.

(26) A Constituição da República ( LGL 1988\3 ) Federativa do Brasil não deixa margem a dúvidas quando, de forma peremptória, estabelece como seu fundamento a cidadania, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, II e III), a observância da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II) e o direito fundamental à liberdade (art. 5.º, *caput*).

(27) REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito penal*. PG, v. I, p. 127.

(28) GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal*, p. 319. Em realidade, conforme se afirma, com propriedade, "a opção pura e simples pelo movimento de imputação objetiva - que é de política criminal -, rompe com a teoria do delito, tal como vem esta concebida pela dogmática, e coloca em xeque todas as garantias que a ciência do direito penal, e o próprio direito penal normativo, estabelecem", o que significa dizer que a imputação objetiva "rompe com a principal característica do direito penal moderno: o seu conteúdo garantidor, ou, como preferem alguns, com o direito penal garantista" (PIERANGELI, J. H. Nexo de causalidade e imputação objetiva. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 250).

(29) Cf. GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal*, p. 344.

(30) Sob pena de desemborcarmos em um conceito de ação "verdadeiramente raquítico, como o de Roxin, como manifestação exterior da personalidade, com um mero efeito delimitador, puramente acadêmico" (CUELLO CONTRERAS, J., Neo-finalismo no centenário de Hans Welzel. Trad. Gisele Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, 2005, n. 2, p. 42).

(31) CUELLO CONTRERAS, J. Op. cit., p. 42.

(32) Cf. CUELLO CONTRERAS, J. Op. cit., p. 41, que afirma que há uma "vigência (disfarçada) do Finalismo na fase normativista e funcionalista que estamos vivendo". Na doutrina nacional, seguem o posicionamento aqui adotado, de forma percuciente, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, SP: RT, 2005, pp. 186-187; e BINTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 237, quem assevera, com razão, que os reflexos da teoria da imputação objetiva devem ser muito mais modestos do que o *furor de perplexidades* que está causando no continente latino-americano Afinal, a única *certeza*, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a *incerteza* dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar!"

(33) Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 190 e ss.

(34) Sobre esses argumentos, vide, entre outros, KÜPPER, G. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, pp. 29 e ss.; HIRSCH, H-J. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. Trad. Mariano Bacigalupo. In: *Obras completas*, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 18 e ss.; RUEDA MARTÍN, MaA. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 416 e ss.; GRACIA MARTÍN, L. *O horizonte do finalismo e o Direito penal do inimigo*. São Paulo: RT, pp. 29 e ss. (no prelo).



(35) MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Op. cit., p. 608.

(36) WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*, p. 27.

(37) Dolo e finalidade, porém, não se confundem. A esse respeito, pondera Welzel que "também a vontade de agir, com respeito à realização de uma ação típica, isto é, o dolo de tipo (*Tatbestandsvorsatz*) tem que ser o fator de condução e direção da ação", o que significa que "todo dolo de tipo (*Tatbestandsvorsatz*) é uma vontade finalista de ação, mas nem toda vontade finalista de ação é um dolo de tipo", posto que "os dolos dos distintos tipos penais constituem uma pequena parte da imensa quantidade de possíveis vontades finalistas de ação (*Vorsatz*, no sentido do uso da linguagem vulgar), da mesma forma que as ações típicas não passam de uma pequena parte das ações executadas finalmente" [WELZEL, Hans. *¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)*. In: WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*. Trad. Gladys Romero. Buenos Aires: B de F/Julio César Faira Editor, 2004, p. 4-5; *Idem*, La doctrina de la acción finalista, hoy. In: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*. Trad. José Cerezo Mir, p. 21]. Portanto, conclui-se que "a finalidade é o conceito mais geral, fundamental; designa a qualidade de uma ação de ser um acontecimento dirigido. É um conceito pré-jurídico, referido ao tipo objetivo, que indica que a direção da ação se orienta à realização do tipo". Em síntese: "quando a vontade da ação se dirige à realização de um tipo legal estamos ante o dolo em sentido técnico. Este dolo é uma parte integrante da ação" (WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*. In: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, p. 24). Vide, também, CERZO MIR, J. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Ciências Penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, 2004, vol. 0, pp. 12 e ss.

(38) Salienta Welzel que "através da estrutura da ação humana na teoria finalista da ação, buscou-se fundamentar mais profundamente a conexão interna (a unidade) do acontecer externo e da direção interna da ação" [WELZEL, Hans. *¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)*. In: WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, pp. 6-7].

(39) Vide PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, PG, v. I, pp. 324 e ss.

(40) Nesse sentido, CUELLO CONTRERAS, J., Neo-finalismo no centenário de Hans Welzel, p. 43. E a preocupação esboçada no texto recobra sentido, sobretudo, quando se afirma que "a teoria da imputação objetiva não cuida especificamente do dolo, se direto, indireto, alternativo ou eventual, de perigo ou de lesão, bastando a representação do sujeito em relação à situação concreta para fins de se enquadrar a conduta criadora do risco juridicamente proibido em determinado tipo penal" (JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*, p. 159), o que significa que, "adotada a teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo perde parte de suas funções, como ocorria no finalismo, ampliando-se o tipo objetivo" (JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 161). Entretanto, diante dessa "primordial relevância" (JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 161, nota 410) do tipo objetivo em detrimento do tipo subjetivo, cumpre indagar: qual papel resta, afinal, ao tipo subjetivo? Resta-lhe, de fato, alguma função?

(41) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría da imputación objetiva. Estudio crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoría da imputación objetiva*. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 74-75.

(42) FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995, p. 74.

(43) Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La imputación objetiva del resultado*, p. 188.

(44) Vide, nesse sentido, FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 107; JAKOBS, G. *Derecho penal*, PG, pp. 222 e ss.; PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, p. 57 [ *Um novo sistema do Direito penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, pp. 85 e ss.].

(45) Cf. KAUFMANN, Armin. *¿Atribución objetiva en el delito doloso?* Trad. Cuello Contreras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 813.



(46) Cf. WELZEL, Hans. Estudios sobre el sistema de Derecho penal. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. In: *Estudios de Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F/Julio César Faira Editor, 2002, pp. 32 e ss.

(47) CUELLO CONTRERAS, J., Neo-finalismo no centenário de Hans Welzel, p. 42.

(48) Os próprios fenômenos observáveis na realidade empírica fornecem o que deve ser visto como relevante para a valoração jurídica, de modo que "a estrutura do fenômeno prévio ao Direito obriga a observar sua natureza, no momento de configurar as regras jurídicas" (HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. In: *Dereito Penal. Obras completas*, t. I, p. 19).

(49) Assim, exemplificativamente, ROXIN, C. *Derecho penal*, PG, § 10, n. 55, p. 304-305, § 11, n. 36 e ss., pp. 362 e ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, PG, pp. 223 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. Ma. *Aberratio ictus* e imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, p. 360 [ *Idem*, La regulación del *iter criminis*. In: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 138]; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La imputación objetiva del resultado*, p. 88 e 89, e 123; PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal*, p. 120 e 121, entre outros. Na doutrina nacional, absolutizam o tipo objetivo, em detrimento do tipo subjetivo, por exemplo, GALVÃO, Fernando. Imputação objetiva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, pp. 25 e ss., especialmente p. 28 e 30; CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 17 e ss., GRECO, Luís. Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 75 e ss., entre outros.

(50) Vide KAUFMANN, Armin. Op. cit., pp. 807 e ss.; STRUENSEE, Eb. Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo. In: *El Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 256; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español*. Parte General. 3. ed. 2002, p. 637. Nessa linha, Hirsch considera que o tipo objetivo não é um nível de valoração independente dentro do tipo (HIRSCH, H. J. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. In: *Derecho penal. Obras completas*, t. I, p. 39).

(51) WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 68.

(52) RUEDA MARTÍN, MaA. Op. cit., p. 347.

(53) Nesse sentido, por exemplo, JAKOBS, G. *Derecho penal*, PG, pp. 222 e ss.; FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 95 e ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *El riesgo permitido*, pp. 57 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. Ma. *Aberratio ictus* e imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, p. 368-369; TORÍO LÓPEZ, A. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, p. 40-41; CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU, 1989, pp. 439 e ss.; CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: Bosch, 1998, pp. 303 e ss.

(54) Em sentido contrário, ROXIN, Claus. *Derecho penal*, §11, n. 36 e ss., pp. 362 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, p. 84.

(55) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, E. Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y de la colza. In: *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 331-332.

(56) JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 18.

(57) JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 20.

(58) JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 20.

(59) Adverte-se, nessa trilha, que "as concepções de cunho normativo não atendem sequer a



pretensão de uma perspectiva da ação em sua função político-criminal e muito menos permitem ancorar a construção da estrutura do delito" (REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. PG, v. I, p. 134).

(60) GRACIA MARTÍN, Luis. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 13.

(61) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 15.

(62) Vide GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 15; HIRSCH, H. J. La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la 'Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft'. Trad. Mariano Melendo Pardos e María Ángeles Rueda Martín. In: *Obras completas*, t. II, p. 105.

(63) GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal*, pp. 333-334.

(64) Vide PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, PG, v. I, pp. 363 e ss., especialmente pp. 371 e ss.; REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito penal*. PG, v. I, p. 253 ("no plano concreto, a ação apresenta-se como um todo irreduzível composto de dois aspectos inseparáveis, um *objetivo*, outro *subjetivo*"); GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., pp. 17 e ss. De fato, "o finalismo construiu um tipo no qual apenas para efeitos didáticos ou expositivos se distingue uma parte objetiva, denominada tipo objetivo, e uma parte subjetiva, denominada tipo subjetivo, de modo que unicamente quando concorram ambas partes e se estabeleça entre elas uma determinada relação de congruência será possível afirmar-se a realização do tipo de um comportamento" (RUEDA MARTÍN, MaA. Op. cit., p. 159).

(65) CUELLO CONTRERAS, J., Neo-finalismo no centenário de Hans Welzel, p. 43.

(66) Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*. PG, p. 40.

(67) Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., pp. 20 e ss.

(68) Cf. ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, n. 39, pp. 755 e ss.

(69) Luzón Peña admite, nessa linha, que "a atuação dolosa, ao menos como regra geral, significa também maior periculosidade, e portanto maior desvalor objetivo da ação" (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal*, PG, p. 406. Também Mir Puig reconhece que "o dolo pode aumentar a periculosidade objetiva da conduta", reconhecendo que "tentar voluntariamente a lesão implica em geral um maior perigo *ex ante* para o bem concretamente afetado, que atuar frente a ele de forma descuidada mas querendo evitar a lesão" (MIR PUIG, Santiago. La perspectiva *ex ante* en Derecho penal. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1983, p. 13-14). Nesse sentido, vide também MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La imputación objetiva del resultado*, p. 117.

(70) Cf. GRACIA MARTÍN, L. Resenha do livro de Diego-Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, Parte General, I. Ed. Universitas, S. A., Madrid, 1996. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, n. 5, p. 380.

(71) CUELLO CONTRERAS, J. Neo-finalismo no centenário de Hans Welzel, pp. 36-37.

(72) Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito, pp. 20-21.

(73) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 23.

(74) Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, PG, v. I, pp. 366 e ss.

(75) A objetividade caracterizava, por exemplo, o Direito Penal dos povos germânicos. Para esse Direito o que importava era o elemento *objetivo*, isto é, o resultado produzido. Assim, há uma



apreciação meramente objetiva do comportamento humano e uma confusão no que diz respeito à ilicitude. Despreza-se o aspecto subjetivo, e a responsabilidade penal é objetiva, pelo evento (*Erfolgshaftung*) ou pela simples causação material (*Causalhaftung*). Vide, a esse respeito: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. PG, p. 74.

(76) WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 43.

(77) GRACIA MARTÍN, Luis. *Proyecto docente y de investigación en Derecho penal*, p. 246.

(78) WELZEL. Op. cit., p. 43. E conclui ainda este último autor que "a doutrina da ação finalista, ao conceber a ação humana como uma obra, pode compreender os dois aspectos da ação, o do ato e o do resultado (o valor ou o desvalor da ação e o do resultado), enquanto a doutrina da ação causal pode explicar apenas a causação do resultado, mas não a execução da ação. Em razão dessa incapacidade, fracassa também a doutrina 'final-objetiva' (ou 'social') da ação, formulada por Maihofer. Esse mesmo autor afirmou, entretanto, sobre ela, 'que não é na verdade, propriamente, uma 'doutrina da ação', mas... uma doutrina da imputação: a saber, uma doutrina da imputação objetiva (causal) de resultados, cujo critério é 'idêntico à teoria da adequação'" (Op. cit., p. 44).