

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MP EM AÇÃO

Gabriela Fernandes Lima

Matrícula 23278

**O FINALISMO COMO SISTEMA PENAL: DOS SISTEMAS CLÁSSICOS À SUA
FORMULAÇÃO, CRÍTICAS E OS SISTEMAS PENAIIS PÓS-FINALISTA.**

Rio de Janeiro

2023

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa apresentar um estudo do sistema penal conhecido como finalismo, a partir de uma perspectiva histórica, procurando entender suas origens, seus antecedentes, suas bases filosóficas e históricas, bem como discutir eventuais críticas a este sistema, que possibilitaram o desenvolvimento de novo sistema penal pós-finalista.

A importância da análise e compreensão do sistema penal adotado por um dado ordenamento jurídico se justifica na possibilidade de corretamente identificar, para aquele ordenamento, o que é crime e quando este se configura, a partir da avaliação dos elementos constitutivos do crime, que compõem o conceito analítico do crime, que, no Brasil, engloba a seguinte discussão doutrinária: se o crime é fato típico, antijurídico(ou ilícito) e culpável- conhecida como teoria tripartida- ou se o crime é fato típico e antijurídico(ou ilícito), de modo que a culpabilidade seria apenas pressuposto apenas para a aplicação da pena, e não elemento para a determinação se há ou não há crime- conhecida como teoria bipartida.

Neste sentido, André Estefam¹ anota que

Quando se fala em sistema penal, o que se pretende indicar é uma abordagem sistematizada a respeito do conceito analítico de crime, composto de várias teorias que procuram compreender e organizar encadeada e logicamente os elementos e a estrutura do crime.

O sistema penal, portanto, não é uma teoria, mas um conjunto de teorias, que se propõe a apresentar uma visão concatenada acerca dos elementos e da estrutura do delito.

Assim, inicialmente abordar-se-á, no primeiro capítulo, os sistemas penais clássicos, sua origem e bases filosóficas, para que se compreenda a revolução que essas novas ideias trouxeram a teoria do direito penal, bem como as deficiências das teorias que o compunham e que levaram a autores a propor um novo sistema capaz de corrigir tais deficiências.

Por sua vez, no segundo capítulo, adentraremos ao sistema finalista, que é apontado pela doutrina como o sistema penal majoritariamente adotado pelo Código Penal Brasileiro. Serão apresentadas suas base filosóficas, as principais teorias que compõem esse sistema penal, a estrutura do crime neste sistema, bem como eventuais críticas ao finalismo e se o finalismo foi superado, como apontam alguns doutrinadores.

Por fim, serão analisados alguns outros sistemas penais, em especial o sistema

¹ ESTEFAM, André. *Direito Penal*:Parte Geral. 12ª Edição. São Paulo:SaraivaJur,2023,p.241.

funcionalista, que surgiu posteriormente ao finalismo e tece críticas ao caráter ontológico daquele, visto que suas premissas entram em contradição com o próprio direito, que é axiológico e não se coaduna com o caráter de neutralidade metodológica dos demais sistemas penais².

1. SISTEMAS PENAI CLÁSSICO E NEOCLÁSSICO: O INÍCIO DA CONSTRUÇÃO DE UM PENSAMENTO SISTEMÁTICO NA DOUTRINA GERAL DO CRIME.

O surgimento dos sistemas penais clássico e neoclássicos derivou da necessidade de se buscar uma noção ontológica de crime. Até então, a chamada Escola Clássica buscou discutir o direito penal numa tentativa de reformar os severos tipos de pena aplicáveis ao longo da Idade Média. Neste sentido, narra Galvão³

Seguindo a política social imposta pela Revolução Francesa, a Escola Clássica procurou sistematizar juridicamente os direitos fundamentais do homem e do cidadão. Embora a expressão clássica indique consagração ou autoridade, vale notar que a Escola Clássica não representou sistema uniforme e coeso de posicionamentos doutrinários. Muito ao contrário, o classicismo acolheu grande variedade de tendências, e entre os pontos de convergência está a percepção do crime como um ente jurídico-abstrato.

Logo, as tentativas de se criar um conceito analítico de crime, embora já existentes⁴, se consolidam com o surgimento do sistema clássico, no final do século XIX, a partir das lições de Franz von Liszt e Ernest Beling, com contribuições de Gustav Radbruch. Liszt, com o seu Tratado, revoluciona o Direito Penal ao trazer uma abordagem científica para este, bem como busca intentar construir uma teoria do delito sólida⁵. Sua base filosófica era o positivismo científico, visto que buscava trazer ao direito a exatidão das ciências naturais, em prestígio as grandes descobertas feitas nas áreas da Medicina, Física e Biologia através da utilização do método científico. Por isso, como esclarece Estefam(2023,p. 244), “[...] o sistema em questão buscava empregar dados da realidade mensuráveis e empiricamente comprováveis”.

Para os doutrinadores clássicos, o crime possuía um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo, sendo o primeiro integrado pelo fato típico(ação conjugada com a tipicidade) e pela

² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 16ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p.221.

³ Idem, p.191.

⁴ Ibidem, p. 198-199.

⁵ ESTEFAM, op.cit, p. 244.

antijuridicidade, também conhecido como injusto penal, enquanto o segundo era integrado pela culpabilidade.

O conceito analítico de crime, neste período, é trabalhado por Ernest Beling, ao trazer sua teoria do *crime-tipo*, que buscou estabelecer as diferenças entre os elementos do crime, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, realçando as diferenças entre cada um desses componentes. Segundo Galvão⁶, é essa contribuição de Beling que consolida o conceito analítico de crime definitivamente como uma ação típica, antijurídica e culpável.

O sistema clássico adota a teoria causal ou naturalista da ação, que traz a ideia de ação como movimento corpóreo, inervação muscular que provoca um resultado palpável no mundo exterior, resultado esse indesejável, por isso típico. O tipo, portanto, apenas descrevia essa ação, seus aspectos externos, sem valorá-lo, sem considerar a finalidade da realização de tal ação. De acordo com Galvão⁷

Ação e resultado fazem parte dessa consideração, sendo a ação proveniente de um ato voluntário, que não subentende o livre-arbítrio, mas sim a ausência de coação mecânica ou psicofísica. A voluntariedade, nessa elaboração, restou concebida como mera capacidade de estímulo muscular.

Por sua vez, esclarece Estefam⁸ que, nos crimes materiais, incluía-se o resultado – naturalístico- e o nexo de causalidade, orientado pela teoria da equivalência dos antecedentes, como elementos do fato típico.

No que tange à antijuridicidade, seu exame era de natureza objetiva, trazida do Direito Civil através dos ensinamentos de Ihering, de modo que antijurídica era a ação realizada em contradição ao estabelecido na norma penal, desde que não existissem causas de justificação. Por representar essa contradição entre ação e ordenamento jurídico, Galvão(2023,p.206) sustenta que a “antijuridicidade comportava toda a perspectiva normativa(valorativa) do sistema”. A relação tipo-ilicitude, por sua vez, após lições de Max Ernst Mayer, indica um caráter indiciário do segundo em relação ao primeiro, adotando-se a teoria da *ratio cognoscendi*. Beling, inclusive, passa a admitir tal visão apesar de sustentar a independência do tipo em relação ao juízo de ilicitude⁹.

Outro importante aspecto do sistema clássico é a adoção da teoria psicológica da culpabilidade: seria a culpabilidade o que determina a existência de um vínculo psicológico

⁶ GALVÃO, op.cit.,p.204.

⁷ Idem.

⁸ ESTEFAM, op.cit.,p.244.

⁹ GALVÃO, op.cit.,p.205.

entre o autor e o fato criminoso. O dolo e a culpa eram analisados dentro da culpabilidade, que tinha a imputabilidade como pressuposto, concebida esta como capacidade de ser culpável, sendo aqueles sua forma de manifestação. Ao explicar a análise do dolo e da culpa na culpabilidade adotada no sistema clássico, explicita Galvão¹⁰

Beling sustentou que o que se reprova no sujeito de um fato punível é a atitude interna com respeito à antijuridicidade de sua conduta: na forma dolosa de culpabilidade, reprova-se o sujeito por não se haver detido ante o pensamento de estar obrando ilicitamente; e, na forma culposa de culpabilidade, reprova-se o sujeito por não conhecer a ilicitude de sua conduta, quando deveria conhecê-la. O conceito de dolo foi concebido segundo a teoria extremada, de modo que abrangia tanto a vontade de realizar a ação como também a concreta consciência de sua ilicitude. Nesse momento, o pensamento jurídico-penal não fazia distinção entre a situação de desconhecimento da ilicitude e a da inevitabilidade do fato, nem entre a culpa consciente e a inconsciente.

Em que pese os avanços trazidos pelo sistema clássico causal-naturalista, que já traz um garantismo do princípio da reserva legal¹¹, há diversas críticas que pairam tal sistema. A ação, por exemplo, incluía tanto a ação em sentido estrito como a omissão, e ambas eram consideradas causais, ou sejam, produziam modificações no mundo exterior. Ocorre que a omissão, como um não fazer, não dá ensejo a relações de causalidade do ponto de vista natural. Como explicita Estefam(2023,p.247) “a omissão penalmente relevante não é causal, mas *normativa*, isto é, baseia-se na existência de um dever jurídico(ou normativo) de agir, visando afastar o resultado”. Ademais, o fato de a ação necessitar de um movimento corpóreo, de uma coação física, impossibilitavam a punibilidade nos casos de moral irresistível e obediência hierárquica¹².

Igualmente, a análise da conduta da forma objetiva utilizada por esse sistema, visto que os elementos subjetivos do dolo e culpa compunham a culpabilidade e não o fato típico, comprometia a explicação do crime tentado, que necessita de uma análise do *animus* do agente para o seu correto enquadramento típico¹³. Além disso, o próprio conceito psicológico de culpabilidade é contestado, pois a ideia de culpa carrega em si um conceito muito mais normativo que subjetivo, bem como, de acordo com Galvão(2023,p.207),” a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade(...) permitiu que o seu exame pudesse inviabilizar a análise do substrato motivador do crime-o dolo”.

Deste modo, o sistema penal neoclássico surge para, a partir de algumas reformulações

¹⁰ GALVÃO, op.cit.,p.205.

¹¹ Idem,p.208.

¹² Ibidem.

¹³ ESTEFAM, op.cit.,p.247.

dogmáticas, tentar corrigir e aperfeiçoar o que foi construído pelo sistema causal clássico. Seus principais expoentes, Frank e Mezger, influenciados pelo neokantismo e pela filosofia de valores, buscaram fugir do positivismo científico para dar um fundamento autônomo às ciências humanas¹⁴.

Apesar de ainda adotar a teoria causal ou naturalista da ação, o sistema penal neoclássico passa a substituir a ideia de ação pela fórmula conduta humana, que seria capaz de englobar tanto os conceitos de ação e de omissão¹⁵. Ademais, o tipo deixou de ser uma mera descrição objetiva do comportamento humano e transmutou-se na descrição de uma conduta lesiva da ordem jurídica. O tipo deixou de ser plenamente avalorado, substituído pelo tipo de injusto ou a antijuridicidade tipificada¹⁶. Nesse sentido, anota Galvão¹⁷ que

A necessidade de emprestar sentido susceptível de aplicação aos elementos normativos demonstrou que o tipo é portador de conteúdo valorativo (axiológico) e alguns autores passaram a sustentar que a ausência de causas de justificação é um pressuposto da tipicidade.

A antijuridicidade, por sua vez, deixa de ser a mera contradição entre conduta e o prescrito pela ordem jurídica e ganha um ponto de vista material, o que impõe que a conduta considerada criminosa configure danosidade social. Com isso, surgem as causas supralegais de justificação, capazes de retirar o caráter antijurídico de uma conduta caso esta não apresente a característica da danosidade social. Sustenta Galvão¹⁸ que a relação tipo-antijuridicidade recebeu grande reestruturação, de forma que o tipo passaria a ser a razão do ilícito, dando voz à teoria da antijuridicidade como *ratio essendi*, visto que o tipo seria fundamental para a existência desta.

Entretanto, a mais importante das mudanças trazidas pelo sistema causal neoclássico foi a adoção da culpabilidade psicológico-normativa, ideia trazida por Frank. Este doutrinador trouxe o conceito de reprovabilidade do ato para a teoria da culpabilidade. Assim, segundo ESTEFAM(2023,p.249) “a aplicação de uma pena somente se justifica quando o agente, podendo agir de outro modo, decidiu cometer o crime”. Desta forma, é incluído na análise da culpabilidade um novo elemento, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa, compondo assim a culpabilidade os seguintes elementos: imputabilidade(que deixou de ser mero pressuposto da

¹⁴ ESTEFAM, op.cit.,p.249.

¹⁵ GALVÃO, op.cit.,p.209.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem, p.209-210.

culpabilidade), dolo ou culpa e a exigibilidade de conduta diversa¹⁹, e permitiu explicar casos como o da coação moral irresistível.

No mais, os neoclássicos trouxeram a ideia de dolo normativo, em que passaram a afirmar que o dolo seria composto de consciência, voluntariedade e consciência da ilicitude do comportamento, numa tentativa de solucionar os casos de erro de proibição. No entanto, como explica Estefam, ao colocar dentro do dolo a consciência da ilicitude, corre-se o risco de deixar impunes criminosos habituais e delinquentes profissionais ou aqueles criados na marginalidade, que podem entender certa conduta criminosa como aceitável em razão do meio social em que vive²⁰.

Observa-se, no entanto, que embora tenha trazido importantes transformações, o sistema causal neoclássico, marcado por um dualismo metodológico, manteve os elementos subjetivos do crime-dolo e culpa- dentro do elemento culpabilidade, consubstanciada na grande problemática que permitiu o desenvolvimento de novos sistemas penais, pois era preciso analisar a intenção do agente para verificar o caráter criminoso de um comportamento. Ou seja, era preciso uma nova evolução na dogmática penal para que não mais se dissociasse, na teoria, o que não pode ser separado na realidade. Como bem aponta Estefam(2023,p.247) “a conduta humana penalmente relevante não pode ser analisada sem a intenção que a moveu”.

II.O FINALISMO COMO SISTEMA PENAL

O sistema penal finalista ficou especialmente conhecido após a publicação dos trabalhos do jurisfilósofo alemão Hans Welzel. Este buscou contestar o dualismo metodológico dos neoclássicos, de modo que defendeu não existir um conceito jurídico penal de ação, pois este se identifica com um conceito ontológico: da realidade decorre uma ordem natural das coisas, e esta deve ser observada na elaboração da regras do direito²¹. Ao tratar das bases filosóficas do finalismo, Estefam(2023,p.253) descreve que este se aproxima das “doutrinas fenomenológicas-ontológicas que buscavam dar ênfase a leis estruturais do ser humano e torná-las o fundamento das ciências que se ocupam do homem”.

Ao tratar de como Welzel dissertou que o conceito analítico de crime deve se atentar

¹⁹ ESTEFAM, op.cit.,p.250.

²⁰ ESTEFAM, op.cit.,p.252.

²¹ GALVÃO, op.cit. p.211.

à natureza da conduta humana, explica Galvão²² que

Segundo Hans Welzel, a estrutura final da conduta humana deve necessariamente ser levada em conta pelas normas do direito penal, para que se possa apurar o sentido social do comportamento criminoso. O sentido social do comportamento é determinado não somente pelo resultado produzido pela conduta, mas também pela direção da vontade (finalidade) que a orienta.

Esta ideia, explica Galvão²³, de que a ação é o exercício de uma atividade finalística tem origem no pensamento aristotélico. A conduta humana seria o exercício de uma atividade finalista, cuja base é a capacidade do ser humano, ao realizar sua vontade, de prever as consequências que o exercício daquela será capaz originar no curso causal e determiná-lo, de acordo com essa previsão, na direção de um objetivo. Portanto, disserta Galvão (2023, p.2012), “a análise do crime passa a utilizar como pressuposto o fato de que a causalidade é obra da inteligência humana”.

Deste modo, sistematizando, entre as teorias mais importantes trazidas pelo finalismo está a teoria finalista da ação, de modo que a conduta humana, ou seja, o comportamento humano é movido por uma finalidade. O ser humano, assim, dirige sua ação de maneira finalística, tendo conhecimento prévio sobre as relações de causa e efeito, podendo antever, dentro de algum limite, as possíveis consequências que derivarão de seus atos²⁴.

Com a intenção do agente ganhando protagonismo dentro da conduta humana no sistema finalista, o injusto deixa de ser puramente objetivo, vez que para dentro deste, mais especificamente dentro do fato típico, e em conjunto com a conduta, passará a se analisar o dolo e a culpa, antes presentes, nos sistemas clássico e neoclássico, no elemento culpabilidade. Como explicita Galvão²⁵, ao descrever o pensamento de Welzel

o exame do dolo deve pertencer ao tipo, pois a função deste é exatamente identificar a conduta juridicamente proibida e ela naturalmente contém elementos objetivos e subjetivos. O tipo converte-se, desse modo, na exaustiva descrição do comportamento proibido[...]

Observa-se que o dolo, ao ser movido para dentro do fato típico, teve seu conteúdo

²² Idem.

²³ GALVÃO, op.cit. p.211.

²⁴ ESTEFAM, op.cit., p.253.

²⁵ GALVÃO, op.cit. p.212.

reduzido, deixando para trás, na culpabilidade, a análise da consciência da ilicitude, para acolher apenas a vontade da realização da conduta, adotando-se assim a teoria limitada do dolo²⁶, um “dolo natural” que não é mais integrado por elementos de natureza normativa.

Anota-se que, na construção de Welzel, a finalidade da ação não se confunde com o dolo. A primeira tem um sentido natural, avalorado, enquanto o dolo se relaciona com o tipo legal e é uma valoração do legislador sobre a vontade natural. Igualmente, no sistema finalista, a diferença entre crime doloso e crime culposo foi melhor explicitada. Neste sentido, Demerval Farias²⁷ estabelece a diferença, no finalismo, entre o injusto doloso e o injusto culposo

No tipo doloso, segundo a doutrina finalista, existe vontade finalisticamente dirigida a um resultado proibido pelo ordenamento, uma vez que a finalidade está na ação. No injusto doloso, a vontade integra o dolo. O dolo, com o finalismo, portanto, passa a integrar o tipo e é formado pela vontade e representação do resultado.

[...]

Da mesma forma, no injusto culposo, a vontade exerce papel relevante.[...] A culpa foi transportada para a ação, já que a finalidade está na ação e, segundo a linha welzeliana, existe finalidade na ação do crime culposo, mas não existe finalidade no resultado do crime culposo. Esse é um resultado meramente causal. Isto é, “o tipo de injusto dos delitos culposos abrange a produção de um resultado de modo puramente causal, cego, como consequência de uma ação finalista que inobserva o cuidado objetivamente devido”

Logo, o injusto doloso envolvia vontade e representação do resultado, ou seja, intenção do agente de produzir aquele resultado. Por sua vez, o injusto culposo envolveria uma conduta voluntária que resultaria num resultado involuntário, devido a quebra, por parte do agente, do dever de cuidado objetivo (dever de não lesar bens alheios, exigido de pessoas de mediana prudência e discernimento), a partir da ideia de previsibilidade objetiva daquele resultado involuntário, visto que, embora não desejasse o resultado, o agente poderia antever que a quebra do dever de cuidado seria capaz de gerar aquele resultado involuntário.

Ainda acerca do tipo no finalismo, FARIAS GOMES FILHO (2022, p.72) explicita que, no finalismo, “o tipo é formal porque é uma mera descrição da conduta proibida. Por outro lado, a adequação do fato à lei (tipicidade) é material, mas vinculada à realidade concreta, ao mundo do ser, ao caso em concreto sob análise”. Ressalta-se que no finalismo, quando se trata de crimes materiais ou de resultado, o resultado naturalístico e o nexo de causalidade também

²⁶ GALVÃO, op.cit. p.212.

²⁷ FARIAS GOMES FILHO, Demerval. *Dogmática Penal: Fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. 2ª edição. São Paulo: Editora JusPodium, 2022, p.71-72.

integravam o fato típico, sendo este último, como nos sistemas penais acima estudados, baseado na teoria da equivalência dos antecedentes²⁸.

Outra importante contribuição do finalismo foi a percepção da diferença entre a ação e a omissão, visto que esta última envolve a falta de realização de uma ação. O que aproxima a ação da omissão é o poder final que o agente tem sobre o fato, mas o crime omissivo, ao contrário do comissivo, envolve a capacidade que o agente tinha para evitar o resultado. Discorre Galvão(2023,p.213) que “tal capacidade pressupõe o conhecimento da situação típica, a possibilidade de reconhecer o meio adequado para evitar o resultado e a possibilidade concreta de evitá-lo”.

Ademais, o sistema finalista, no que tange as relações tipo-antijuridicidade, retorna ao proposto pelo sistema clássico, entendendo o fato típico como incidiário da ilicitude, adotando, por sua vez, a teoria da *ratio cognoscendi*, diferente dos neoclássicos, que adotavam a *ratio essendi*. Portanto, embora o tipo defina qual conduta humana finalística é proibida, a realização deste pelo agente apenas indica que tal conduta é antijurídica, visto a possível ocorrência de uma das causas excludentes da ilicitude.

Quanto à antijuridicidade, há mudança visto que se substitui a reprovação pelo desvalor do resultado. A reprovação agora está fundamentada no desvalor da conduta efetivada pelo agente. Nesse sentido, Galvão explica que (2023,p.213) “para a exclusão da ilicitude agora exige-se do sujeito que oriente sua conduta pela vontade de atuar em conformidade com a causa de justificação(elemento objetivo da justificação)”.

Com a saída do dolo e da culpa da culpabilidade, passa a ser adotada a teoria normativa pura da culpabilidade, outra importante teoria do sistema finalista. Sem os elementos subjetivos dolo e culpa, esta retém apenas elementos normativos, como a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, que fazia parte da análise do dolo na culpabilidade no sistema neoclássico, e ficou na culpabilidade apesar da transferência do dolo para análise dentro do elemento fato típico. Acerca da culpabilidade no sistema finalista, Galvão²⁹ discorre que

Welzel percebeu a culpabilidade, essencialmente, no descumprimento de deveres jurídicos por meio de um ato de vontade. Assim, a culpabilidade apresenta-se como reprovação pessoal daquele que realiza a conduta punível e fundamenta-se no fato de que o indivíduo detinha o poder de conter-se diante dos impulsos determinantes da

²⁸ ESTEFAM, op.cit.,p.254.

²⁹ GALVÃO, op.cit. p.214.

prática do ato ilícito e não o fez.

Portanto, a ação finalista, que é dirigida pela vontade, será considerada na análise do tipo e sua formação será examinada na culpabilidade³⁰.

Ressalta-se que Welzel era partidário da teoria extremada da culpabilidade, e entendia que as discriminantes putativas traduzem casos de erros de proibição e devem ser tratadas à luz da culpabilidade. No entanto, o Código Penal Brasileiro não adota a teoria extremada da culpabilidade, mas sim a teoria limitada da culpabilidade, para a qual é preciso distinguir se o erro do agente incidiu nos pressupostos fáticos da causa de justificação ou nos limites normativos da excludente de antijuridicidade. No primeiro caso, haveria um erro de tipo permissivo, enquanto no segundo um erro de proibição indireto³¹. Essa adoção da teoria limitada da culpabilidade pelo Código Penal Brasileiro, prevista no art.20,§1º deste, é motivo para que se defenda que a lei penal brasileira mitigou o finalismo³². Apesar disso, o sistema finalista foi adotado na Reforma Penal brasileira de 1984, que alterou a parte geral do Código Penal³³. Ao dissertar sobre as influências do finalismo no direito penal brasileiro, FARIAS GOMES FILHO³⁴ explica que

Embora sua presença ainda seja relativamente forte na doutrina brasileira, percebe-se uma mitigação constante do modelo ontológico, principalmente na jurisprudência penal brasileira, que tem decidido de maneira aberta e casuística com o uso de princípios. No finalismo, o intérprete, na solução de um caso concreto, não pode utilizar juízo de valor, para a solução do caso concreto de acordo com a sua análise subjetiva, pois o juízo de valor, para a solução do caso concreto, está limitado ao objeto, não pode ser oriundo do subjetivismo do intérprete, nem se alicerçar em uma solução axiológica que se distancia da realidade fática.

Neste diapasão, complementando o comentário acerca do tratamento que o direito penal brasileiro deu ao sistema finalista, FARIAS GOMES FILHO³⁵ entende que aquele adotou o sistema finalista, ao mesmo tempo que deu espaço para sua mitigação

Por outro lado, apesar da precisão dogmática da Parte Geral de 1984, do Código Penal, houve uma construção com possibilidade de abertura para sua própria mitigação. Ou seja, ciente de que não existe uma sistemática superior no atual estágio da doutrina penal, é possível relativizar o finalismo com conceitos novos, com mais abertura

³⁰ GALVÃO, op.cit. p.214.

³¹ ESTEFAM, op.cit.,p.256.

³² FARIAS GOMES FILHO, op.cit., p 79-80

³³ Idem, p.78.

³⁴ Ibidem, p.80.

³⁵ Ibidem.

axiológica na interpretação das categorias penais, dentro de um equilíbrio que respeite a dogmática como linha argumentativa racional, de modo a evitar o subjetivismo e o voluntarismo.

Como qualquer sistema penal, o finalismo não ficou isento de críticas. Críticas surgiram quanto a própria afirmação teórica finalista de que toda conduta humana seria movida por uma finalidade, o que, segundo os críticos, deixaria sem explicação os crimes culposos, em que o agente não tinha a intenção de produzir o resultado³⁶. Roxin, por outro lado, questionou as bases filosóficas, bem como o método utilizado por Hans Welzel, ao afirmar que o finalismo teria pretensões quase de direito natural³⁷. Neste sentido, Galvão³⁸ explicita tal crítica da seguinte forma

As colocações de Welzel voltaram-se, no terreno da culpabilidade, para a possibilidade do reconhecimento de uma estrutura defeituosa do caráter do criminoso. O jurista alemão dissertou sobre o criminoso por tendência, manifestamente referindo-se aos indivíduos que apresentam uma degeneração de caráter. Tal concepção da culpabilidade de caráter implica retorno ao, já ultrapassado, positivismo naturalista. Nesse particular, a doutrina de Welzel foi merecedora de inúmeras críticas, pois o Direito Penal moderno percebe que o homem deve ser punido pelo que concretamente realizou, e não pelo que é.

Deste modo, sistematizando as críticas ao finalismo, temos que o finalismo não conseguiu se aproximar da realidade concreta, e ficou preso às estruturas lógico-objetivas, tornando-se refém de dogmas; a relativa aceitação pela doutrina e jurisprudência clássicas no Brasil se deveu ao fato de que era possível conviver com o finalismo sem abandonar o positivismo legalista; o finalismo, ao ignorar boas contribuições teleológico-valorativas do neokantismo, retornou à *falácia naturalista*, pois se contentou com as proibições de ações finalistas, bem como não foi o finalismo capaz de explicar a razão pela qual a finalidade não faz parte do tipo subjetivo do delito culposo pois, segundo ROXIN (2006, p.84), “não é possível sistematizar a culpa utilizando-se do critério da finalidade, mas unicamente através das regras da imputação objetiva”

Assim, o sistema finalista, embora tentasse superar o excessivo normativismo do sistema neoclássico, bem como a separação entre *ser* e *dever ser* estabelecida pelo dualismo metodológico daquele, acabou por tornar-se formalista e classificatório, como o sistema causal naturalista³⁹.

³⁶ ESTEFAM, op.cit.,p.258.

³⁷ Idem.

³⁸ GALVÃO, op.cit. p.214.

³⁹ GALVÃO, op.cit. p.215.

Em que pese as críticas acerca da sistemática adotada no finalismo, este sistema penal está longe de ser superado. Há ainda, tanto na doutrina brasileira como na estrangeira, adeptos do finalismo, que discordam da sistemática funcionalista- que será explicitado no próximo capítulo -, e entendem pela manutenção deste, com algumas correções do pensamento proposto por Hans Welzel, inclusive com a incorporação de algumas teorias próprias do funcionalismo, como a teoria da imputação objetiva⁴⁰. Segundo Estefam(2023,p.258), Reale Jr. “argumenta que o sistema finalista é superior ao funcionalista, dentre outras razões, por propiciar maior segurança jurídica, elemento indispensável sobretudo no campo do Direito Penal”.

III.SISTEMAS PÓS-FINALISTAS:EVOLUÇÕES NAS TEORIAS DO CRIME A PARTIR DAS CRÍTICAS AO FINALISMO

O finalismo, como trabalhado no capítulo anterior, trouxe mudanças importantes para a teoria do crime sem, no entanto, criar uma sistemática perfeita acerca dos elementos que compõem o conceito analítico de crime. Com isso, surgiram alguns sistemas penais pós-finalistas que buscaram aperfeiçoar o trabalho de Hans Welzel. Alguns doutrinadores que entendiam o conceito de ação na concepção finalista como insatisfatório desenvolveram a teoria social da ação, como Wessels e Jeschek. A teoria social da ação surgiu com o intuito de ajustar o causalismo às exigências sistemáticas de ordem jurídica; depois se transformou em uma teoria da ação com elementos próprios e que engloba aspectos do causalismo e do finalismo. Com outras palavras, no que diz respeito ao injusto (tipicidade mais ilicitude), uniu contribuições do finalismo e do causalismo

A teoria social da ação ampliou o alcance do conceito de ação, que consiste na conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade⁴¹. Buscava-se, desse modo, explicar a omissão culposa, não resolvida pelo finalismo. De outro lado, examina dolo e culpa tanto na tipicidade quanto na culpabilidade, trazendo uma teoria complexa, normativa e psicológica da culpabilidade. A problemática desta teoria é que ela faz com que condutas socialmente aceitas sejam irrelevantes penais, o resultaria na revogação de uma lei penal por um costume social⁴², o que não pode ser permitido em um ordenamento que preze pela

⁴⁰ ESTEFAM, op.cit.,p.258.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem.

segurança jurídica e pelo princípio da reserva legal no direito penal.

Por outro lado, a teoria pós finalista mais importante é a que traz o sistema funcionalista. O funcionalismo parte da premissa que o conceito analítico de crime não pode basear seu conceito de ação de forma avaliativa e ontologicamente predeterminado⁴³. Assim, retoma-se o neokantismo para realizar a construção dos conceitos da teoria do crime de forma teleológica, a fim de conferir conteúdo material a todas as suas categorias⁴⁴. Nesse sistema, afirma Galvão(2023,p.222),”os fins da pena adquirem valor fundamental(...)seus elementos devem ser concebidos em razão das consequências sociais da punição”. Há, portanto, uma reaproximação do Direito Penal com a política criminal.

Dois foram os grande teóricos do funcionalismo, Claus Roxin e Gunther Jakobs, cada um dando um diferente viés para esse sistema. Roxin, por exemplo, trabalha o funcionalismo moderado, e busca funcionalizar os elementos da teoria do crime para vinculá-los à ideia de proteção do bem jurídico, bem como para estabelecer restrições ao poder punitivo estatal⁴⁵. Para este autor, a função do Direito Penal como protetor de bens jurídicos é subsidiária, e só será utilizada quando os demais ramos do Direito não puderem oferecer a proteção necessária a um dado bem jurídico. Em que pese a certeza acerca da função do Direito Penal de proteger certos bens jurídicos, quando a proteção dos demais ramos for deficitária, o conteúdo material do conceito de bem jurídico a ser protegido não é completamente conformado, havendo diversas teorias para tentar identificá-lo, assunto que foge ao escopo do presente trabalho. O que se pode afirmar, como o faz Galvão(2023,p.227) é que “a escolha do bem jurídico que receberá a tutela penal se faz por meio de um processo discursivo”.

Por sua vez, Gunther Jakobs traz o chamado funcionalismo sistêmico ou radical. O doutrinador alemão, baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhman, busca funcionalização não só dos elementos do conceito analítico de crime, mas de todo o sistema jurídico-penal⁴⁶. Para o autor, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas sim a reafirmação da vigência da norma jurídica violada pela prática de um crime⁴⁷. Explica Galvão⁴⁸

Como as expectativas normativas não podem ser constantemente desapontadas, pois acabariam perdendo a credibilidade, o desapontamento deve gerar uma reação que

⁴³ GALVÃO, op.cit. p.221.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ GALVÃO, op.cit. p.224.

⁴⁶ Idem, p.235.

⁴⁷ Idem,p.236.

⁴⁸ Idem,p.237.

reafirme a validade da norma violada. A intervenção punitiva do Direito Penal constitui uma das possíveis reações que cumprem a função de reafirmar a validade da norma.[...] Jackobs define a pena como uma mostra da vigência da norma para o responsável por sua violação.

A teoria de Jakobs leva as últimas consequências a perspectiva funcional, e este autor chega ao ponto de distinguir o *direito penal do cidadão* e o *direito penal do inimigo*⁴⁹, em que a pena, para o primeiro, seria uma contraposição à violação da norma e, para o segundo, teria a função de eliminar um perigo, visto que o inimigo seria uma fonte de perigo social para quem os direitos fundamentais destinados aos cidadãos do Estado não se aplicariam.

Para Galvão, o sistema funcionalista seria a melhor opção a ser aplicada no ordenamento jurídico. Disserta o autor⁵⁰

O sistema de índole valorativa-funcional é o que melhor atende às necessidades do Direito Penal contemporâneo, em especial por seu caráter aberto e dinâmico que permite ser permanentemente reconstruído conforme a atualização dos princípios políticos-criminais e dos critérios valorativos utilizados para estabelecer a responsabilização penal.

O sistema funcionalista basicamente mantém os elementos do crime em tipicidade, ilicitude e culpabilidade, mas traz importantes alterações, em especial na tipicidade e na culpabilidade. Na tipicidade, o principal aporte do funcionalismo é a teoria da imputação objetiva. Roxin, ao tratar desta, trouxe noções relacionadas ao risco permitido e o risco proibido⁵¹. Como melhor explicita ESTEFAM(2023,p.261) a imputação objetiva “condiciona a imputação de um resultado à criação de um perigo não permitido dentro do alcance do tipo”. Jakobs, igualmente, fundamenta a teoria da imputação objetiva na perspectiva do risco, que acabou por substituir, pela primeira vez, a categoria da causalidade⁵². Ademais, nos funcionalismo de Roxin e Jakobs, o dolo e o tipo permanecem na tipicidade. No que tange à relação tipo-antijuridicidade, prestigia-se, no caso concreto, a teoria da *ratio cognocendi*.

Quanto à antijuridicidade, Roxin distingue a antijuridicidade formal da material, e estabelece que a antijuridicidade material se verifica quando ocorre uma lesão socialmente nociva ao bem jurídico que não pode ser combatida com medidas extrapenais⁵³. Já Jakobs, segundo Galvão, trabalha a antijuridicidade com o princípio da unidade do ordenamento

⁴⁹ GALVÃO, op.cit. p.237.

⁵⁰ GALVÃO, op.cit. p.239.

⁵¹ Idem.

⁵² Ibidem

⁵³ GALVÃO, op.cit. p.240.

jurídico que orienta as expectativas sociais. Assim, disserta este autor⁵⁴ que reúne-se

no exame de ilicitude os motivos jurídicos bem fundamentados que autorizam executar um comportamento que abstratamente é proibido, mas que, no contexto fático, é socialmente tolerado. A causa de justificação, neste sentido, impede que a conduta típica caracterize uma violação das expectativas normativas.

Outra mudança importante ocorreu na culpabilidade, que trouxe a expansão do conceito de culpabilidade para uma ideia de responsabilidade⁵⁵. Ademais, Roxin acrescenta a ideia de satisfação de necessidade preventiva da pena para que se compreenda se uma conduta deve ou não ser considerada crime. Assim, destaca o autor, que a culpabilidade e as necessidades de prevenção são reciprocamente limitativas, portanto, apenas sua presença conjunta em dado caso concreto autorizariam a responsabilização pessoal do agente⁵⁶. Por sua vez, Jakobs defende a culpabilidade como uma forma de reafirmação do funcionamento do Direito Penal, de modo a possibilitar a estabilização do ordenamento jurídico. Destaca Galvão(2023,p.241) “para Jakobs, a pena possui fim o preventivo-geral de reconhecimento da validade da norma e não de intimidação pessoal ou de retribuição”.

Pode-se ainda citar o funcionalismo redutor de Zaffaroni. Este não compete, em igualdade, com o funcionalismo sistêmico de Jakobs ou com o funcionalismo teológico de Roxin. Ainda não é possível enxergar nesse funcionalismo redutor uma estrutura analítica do crime, um embate à mesma altura das demais: é mais uma crítica na perspectiva criminológica e de política criminal ao sistema penal. Esta teoria intenta a redução do âmbito interpretativo do Direito Penal e de sua incidência, ou seja, busca reduzir o poder punitivo. O Direito Penal, portanto, teria a função de conter a si mesmo, vez que não é possível substituí-lo e devido ao fracasso das teorias que tentavam adicionar um fim positivo à pena⁵⁷.

FARIAS GOMES FILHO⁵⁸, ao descrever a teoria de Zaffaroni, disserta

A teoria de Zaffaroni, defendida por alguns outros autores, parte da crítica ao Direito Penal e às tradicionais teorias da pena. O autor nega as funções da pena (teoria agnóstica da pena) e entende que resta ao Direito Penal apenas a tarefa política de reduzir a punição, ou seja, reduzir o Direito Penal a dimensões controláveis. “A construção conceitual do delito deve empreender-se como um sistema orientado pela

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ESTEFAM, op.cit.,p.261.

⁵⁶ GALVÃO, op.cit. p.241.

⁵⁷ FARIAS GOMES FILHO, op.cit., p 108.

⁵⁸ Idem.

ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo[...]”

Os aspectos mais importantes trazidos por Zaffaroni são os conceitos de tipicidade conglobante e de coculpabilidade. A tipicidade passa a ser vista de forma conglobada (teoria da tipicidade conglobante), posto que no momento do juízo de adequação típica passa a ser examinado todo o ordenamento jurídico, ressaltando-se as normas justificantes (de exclusão da antijuridicidade). Zaffaroni entende que a lógica nos impele a compreender que um tipo penal não pode proibir o que o direito ordena ou mesmo fomenta. Assim, o juízo de tipicidade não seria apenas legal, de modo que deve haver a comprovação da tipicidade conglobante, a fim de se averiguar, no que tange à proibição, o alcance proibitivo de uma norma considerada de forma não isolada, mas sim conglobada na ordem normativa⁵⁹. Deste modo, explicita o autor⁶⁰

A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (art.155, caput, do CP), mas que não é alcançada pela proibição do “não furtarás”.

Zaffaroni, portanto, entende que a tipicidade penal da conduta surge da conjunção de ambas tipicidade legal e tipicidade conglobante. Por sua vez, a coculpabilidade, como disserta FARIAS GOMES FILHO (2022, p.115), “significa responsabilidade social, no sentido de levar em conta a vulnerabilidade social do agente, presente no momento do fato, quando da análise de sua responsabilidade penal”. Acerca da questão, Zaffaroni⁶¹ disserta

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade- por melhor organizada que seja- nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Zaffaroni entende que a coculpabilidade é reconhecida no Direito Penal Brasileiro,

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.411.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ ZAFFARONI, PIERANGELI, op.cit., p.545

mediante a disposição genérica do art.66 do Código Penal⁶².

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se analisar a construção da teoria geral do crime, bem como do famoso conceito analítico de crime, a partir de uma perspectiva dogmática, ao menos inicialmente, e procurou-se entender a origem dos grandes sistemas penais que orientaram a teoria geral do delito nos últimos dois séculos.

Verificou-se, assim, uma crescente evolução das teorias gerais do crime, bem como do conteúdo dos elementos do conceito analítico de crime, de acordo com a base filosófica adotada, imbuída das descobertas e teorias do momento histórico em que foram desenvolvidas. Houve constantes evoluções nos componentes dos elementos do conceito analítico de crime, sendo o maior deles o deslocamento dos conceitos de dolo e culpa do âmbito da culpabilidade para o âmbito da tipicidade, realizada pelo sistema finalista, visto que a intenção do agente não pode se divorciar da conduta que este pratica, e esta é intimamente ligada ao estado ânimo que leva o agente a concretizar, no mundo real, certa descrição fática que a lei determinou ser proibida, pois lesiva, e tipificou penalmente.

Igualmente observou-se uma recente preocupação dos doutrinadores de pensar a teoria geral do crime levando em conta as consequências reais da pena e a função político-criminal da responsabilização penal, consagrada no pensamento funcionalista, que trouxe inovações no campo da tipicidade com a teoria da imputação objetiva e a ideia de responsabilidade, que abarcaria a culpabilidade até então presente em todos os sistemas penais como elemento do conceito analítico de crime.

Decerto que o Direito Penal pode ser entendido à luz da “teoria das gerações”, de Ortega y Gasset, de modo que todas as contribuições acerca da teoria geral do crime trazida por cada um dos sistemas penais analisados no presente trabalho tem sua importância para o estado atual da teoria geral do crime, pois todos os doutrinadores partem de uma teoria pré-existente e buscam, em sua crítica, aperfeiçoá-la de acordo com novos estudos e ideias, de modo a fornecer contribuições para o avanço daquela.

⁶² Idem.

REFERÊNCIAS

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Geral*. 12ª Edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

FARIAS GOMES FILHO, Demerval. *Dogmática Penal: Fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. 2ª edição. São Paulo: Editora JusPodium, 2022.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 16ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.