

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E
ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

TEORIA FINALISTA DA AÇÃO: FORMULAÇÕES E INFLUÊNCIA NA
REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL

LUCAS BRITO ABREU

RIO DE JANEIRO
2023

LUCAS BRITO ABREU

**TEORIA FINALISTA DA AÇÃO: FORMULAÇÕES E INFLUÊNCIA NA
REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

B933t Brito Abreu, Lucas
TEORIA FINALISTA DA AÇÃO: FORMULAÇÕES E
INFLUÊNCIA NA REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL
/ Lucas Brito Abreu. -- Rio de Janeiro, 2023.
54 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Direito Penal. 2. Teoria da Conduta. 3.
Hermenêutica. 4. Finalismo. 5. Reforma do Código
Penal. I. José Teixeira Martins, Antonio, orient.
II. Título.

LUCAS BRITO ABREU

**TEORIA FINALISTA DA AÇÃO: FORMULAÇÕES E INFLUÊNCIA NA
REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2023

AGRADECIMENTOS

Grato sou por todas as pessoas que me ajudaram a permanecer vivo e são durante o período da faculdade, desde os trabalhadores que o nome nunca irei saber até aqueles cujas vozes ecoarão em minha cabeça indefinitivamente.

Gostaria de agradecer ao professor Antonio pela orientação e pela determinante influência em minha vida acadêmica.

À minha família, principalmente minha mãe Elis, minha tia Regiane e minha avó Maria, por me ensinarem a resiliência e a calma em momentos de tempestade.

Aos meus amigos espalhados pelos quatro cantos do mundo, que se unem em meu coração.

E principalmente aos meus amigos Leonardo, Helena e Daniel, que transformam a vida cotidiana em algo a ser apreciado em sua totalidade.

RESUMO

Este estudo visa contribuir para o entendimento da influência da teoria finalista da ação na reforma da parte geral do código penal de 1984, fornecendo subsídios para uma análise aprofundada das transformações ocorridas no sistema penal brasileiro e seu impacto na aplicação do direito. Será abordado o conceito de ação no âmbito do direito penal, traçando sua trajetória histórica até a elaboração da teoria finalista da ação, buscando, assim, encontrar na reforma da parte geral de 1984 do código penal brasileiro a influência dessa teoria. Será dedicada também uma análise a essa reforma a partir de seu contexto político e social e das motivações e objetivos para sua elaboração. Serão investigadas as mudanças promovidas pela reforma, com destaque para as alterações relacionadas ao conceito de ação e as suas repercussões quanto ao conceito analítico do crime. Serão identificados os pontos de convergência e eventual divergência entre a teoria finalista e a nova parte geral do código penal, analisando as categorias jurídicas afetadas e os possíveis reflexos na aplicação penal. Ademais, será ressaltada a complexidade do tema, visto que o processo de construção e interpretação do direito penal é constante e influenciado pelos debates que o cercam.

Palavras-chave: Direito penal; Teoria da conduta; Ação; Teoria finalista da ação; Reforma da parte geral; Hermenêutica jurídica

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CP Código Penal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. AÇÃO | 10 |
| 2.1. Teoria Clássica..... | 11 |
| 2.2. Teoria causal-naturalista ou sistema Liszt-Beling | 14 |
| 2.3. As tendências neokantianas | 18 |
| 3. TEORIA FINALISTA DA AÇÃO | 20 |
| 3.1. Antecedentes..... | 20 |
| 3.2. A teoria finalista da ação de Welzel..... | 23 |
| 3.4. Tipo e dolo | 27 |
| 3.5. Tipo e culpa | 28 |
| 3.6. Antijuridicidade | 29 |
| 3.7. Culpabilidade | 30 |
| 3.8. Considerações finais..... | 31 |
| 4. A REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984 | 34 |
| 4.1. A ditadura militar | 35 |
| 4.2. Pequeno histórico da reforma..... | 38 |
| 4.3. A influência finalista | 39 |
| 4.4. Relação de causalidade..... | 42 |
| 4.5. Erro | 44 |
| 4.6. Culpabilidade | 45 |
| 4.7. Concurso de pessoas | 46 |
| 5. CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS | 52 |

1. INTRODUÇÃO

Em 1984 é posta em vigor uma mudança drástica dentro das estruturas do direito brasileiro, mudança essa que tem sua magnitude baseada na importância que é dada à matéria já que ao tratar do direito penal ela está tratando obrigatoriamente de uma parte tenebrosa da experiência humana.

Essa intrigante matéria tem sua existência baseada e justificada na contenção do poder punitivo do Estado frente ao indivíduo. Portanto, cada mudança possui um inerente risco de quanto esse poder irá avançar ou quanto ele irá recuar, fazendo com que seja uma situação extremamente delicada de se lidar. Porém, uma mudança muitas vezes é necessária quando há motivos suficientes demonstrando que a sua finalidade não pode ser perseguida pois seus mecanismos se encontram defasados, inutilizáveis ou até mesmo irracionais perante à uma nova configuração de sociedade.

Tal mudança ainda foi realizada no período de redemocratização do Brasil, sendo um período conturbado e delicado. Esse cenário faz engrossar ainda mais o caldo dos riscos já expostos acima e que tornam a mistura ainda mais perigosa, e ainda por cima possivelmente ilegítimas já que faltava neles a legitimidade concebida pelo povo. Isso não quer dizer que os responsáveis pelo projeto fossem de algum modo condizentes com as relações antidemocráticas em vigor até então no país, pelo contrário, já que eram nesses círculos jurídicos que vinham um clamor por mudanças sociais democráticas. Mas uma mudança desse escopo é no mínimo arriscada pelo momento que o país passava e também por ser anterior à disposição das bases de um estado democrático de direito que seriam erigidas somente na entrada em vigor da Constituição de 1988.

No entanto a reforma entrou em vigor e se encontra dentro do nosso sistema por 39 anos, e mesmo com algumas mudanças pontuais no texto ou mudanças jurisprudenciais que podem ser entendidas como destoantes das previsões dos reformadores originais, ela foi considerada como um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro além de ser considerada por muitos como possuidora de um teor progressista.

O presente trabalho terá como foco as mudanças empreendidas dentro do que ficou conhecido dentro da ciência jurídica penal como a teoria do crime na nova parte do código penal. Mais especificamente será abordada a influência da teoria finalista da ação dentro da reforma nessa parte. Sendo o recorte importante para o objetivo da tese assim como uma melhor investigação da matéria.

Para tanto é necessário que seja empreendida uma pequena jornada sobre o conceito de ação dentro da dogmática penal, principalmente em relação a teoria finalista da ação e seus fundamentos, bases filosóficas e sua posição dentro da odisseia que são as teorias da conduta.

Desembocando então no Brasil, onde será necessário aprofundar a análise do ambiente social ao redor da reforma, como ela se desenvolveu e quais foram seus principais pontos de mudança. Após isso serão avaliados os pontos de convergência e divergência com a teoria finalista da ação.

Mas parte do sucesso dessa jornada são as partes em que não será possível fazer uma parada. Não serão avaliados detalhadamente todos os artigos que são considerados como parte da teoria do crime ou analisadas as mudanças gramaticais empreendidas pelo legislador. O trabalho é baseado em um recorte das categorias que sofreram uma possível influência da teoria finalista da ação em seus fundamentos.

2. AÇÃO

Uma definição para ação poderia ser colocada como uma das primeiras questões que foram discutidas dentro do pensamento humano; quando Sísifo rolou sua pedra acima, Ulisses não quis voltar para sua bela Ítaca ou Édipo fez o que fez, havia ali uma tentativa de discriminar dissecar os motivos, razões ou imperativos que fazem determinado sujeito realizar uma mudança no mundo exterior. Entender essa questão pode ser colocada como de extrema importância para entender grande parte da constituição do sujeito já que estaríamos adentrando nos processos psicológicos desse ser e as determinações que damos a esses processos assim como suas influências pela cultura, educação, meio ambiente, personalidade, crenças, valores, entre outros tantos.

Seria possível perpassar o questionamento sobre a ação desde figuras como Aristóteles com uma visão mais determinista de ação¹, Montaigne e a incoerência das ações² até figuras mais contemporâneas como Habermas e sua ação comunicativa ou Butler a uma ação sendo a expressão da identidade de gênero e do modo como os corpos são normatizados e regulados pela sociedade³.

Porém a ação dentro do direito penal tem um papel bem determinado, que pode ser analisado a partir dos paradigmas citados anteriormente, mas que é analisado em relação a sua relação com o injusto penal⁴ fazendo com que o tema tenha sua abordagem própria, ou seja, uma abordagem dentro da ciência jurídica. Pois mesmo que se entenda que existe uma ação humana geral, a ciência jurídica ainda iria se interessar por ela apenas e exclusivamente quando se tratasse de uma ação juridicamente relevante, ou seja, que é entendida positivamente ou negativamente frente à uma norma. Isso se relaciona, principalmente no direito penal, com o entendimento de que o poder punitivo é ilimitado e a criminalização secundária se dá a partir de motivos que, como mostram os dados sociais, são selecionados a partir de um estereótipo criminal. Então, seja pelo um entendimento liberal de supressão do poder punitivo seja por uma

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro III, Capítulo 5.

² MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio: livro segundo - Sobre a inconstância de nossas ações*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

³ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

⁴ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.137

visão mais crítica de conter o poder punitivo contra minorias sociais, a conduta (ou ação) acaba sendo o mínimo necessário para pode haver a criminalização do sujeito - *nullum crimen sine conducta*. E como dispõe muito bem Zaffaroni, seria uma total irracionalidade de um sistema presumidamente republicano que tudo fosse resolvido a partir da força do poder punitivo já que se pressupõe pelo menos um conflito jurídico onde há uma afetação do bem jurídico.⁵

2.1. Teoria Clássica

O conceito de ação demorou a ser elaborado dentro da dogmática penal já que era considerado algo altamente abstrato, também sendo questionada sua pertinência ao sistema de direito penal, fazendo com que sua trajetória esteja também composta pela tentativa de decantamento do conceito de antijuridicidade e do conceito clássico de culpabilidade Podemos começar a analisar a partir dos primeiros modelos apresentados pelos velhos sistemas de delito como os influenciados pela teoria de Grolmann - com uma faceta objetiva e subjetiva - e os influenciados pelas teorias de Feuerbach - com os elementos necessários e os acidentais - e em como cada um desses *institutos* possuíam alguns dos elementos que conhecemos como ação – feito, vontade e a relação entre ambos- porém não possuindo coesão entre esses elementos para assumir uma posição independente e de destaque dentro da análise⁶. É possível ver isso também em escritores clássicos como Carrara, onde o conceito de ação isolado não possui uma grande relevância, operando com o princípio de imputação.⁷ Princípio esse que possui similaridade com a proposição de imputação feita por Feuerbach, que enfatiza a importância da objetividade, fazendo com que a relação entre feito e vontade fosse remetida ao fulcro da lei.⁸

O momento de virada dentro da teoria, para uma materialização do conceito de ação, ocorreu quando teóricos que provinham de uma base ideológica hegeliana começaram a introduzir os conceitos provenientes desse movimento filosófico, mas que também traziam

⁵ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al]. Direito penal brasileiro, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 26-7

⁶ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 25

⁷ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 7-8

⁸ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 26

consigo o que já havia sido teorizado anteriormente pela doutrina jurídica; como foi colocado anteriormente sobre paradigmas para a construção de uma teoria.

Hegel é colocado como o pai do conceito jurídico de ação já que advém de seus escritos que a atividade seria a expressão da vontade. Foram seus discípulos que definiram e delimitaram o que era ação e ação culpável⁹, materializando assim o conceito de ação. De acordo com as concepções hegelianas sobre ação, a ideia central era que a imputação não seria um elemento externo a ser adicionado à conduta, mas sim uma parte integrante da própria conduta, resultando em uma identidade entre ação e imputação. Podendo ser divididos, já neste momento, em dois segmentos diferentes para se pensar sobre a ação: Uma ação vista como geral e a outra colocada como a ação em sentido jurídico. Podendo também serem divididos em duas tendências: Uma sendo representada por Binding, para quem a imputação é como um juízo acerca da relação vontade-resultado e sua respectiva antijuricidade, e a outra, notoriamente liderada por Abegg e Temme, inclinada a relacionar a inculpação somente ao resultado, sendo a ação uma coadjuvante para não cindir a inculpação¹⁰.

Ponto importante a ser colocado nesta modesta introdução sobre o percurso do desenvolvimento do conceito clássico de ação dentro do desenvolvimento dogmático é que os componentes (vontade e feito) eram auferidos mecanicamente por meio da ideia de imputação. Com Berner, a ação surge como primeiro elemento que se agrega a antijuricidade, passando não mais a ser uma contraposição da ação, mas sim por uma subsunção. Assumindo então a ação como supraconceito abrangente da antijuricidade e da culpabilidade. Com essa separação, a imputação foi parar na ação, tornando-se condição da ação. Como coloca Renato Gomes, ação é ação culpável e delito é ação antijurídica e punível. Só que a relação entre vontade e feito é algo em que há divergências sobre como pode ser caracterizado, já que se a vontade for colocada apenas como ligada ao fato - e essa sendo a relação - há apenas o reconhecimento de um nexos causal, fazendo com que houvesse uma equivalência entre ação e imputação. Ocorrendo de tal maneira, diversos pensadores começaram a adotar a relação de

⁹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Ação Significativa. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005

¹⁰ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 29

culpabilidade chamada de *imputatio facti*, onde não há uma separação entre culpabilidade e nexos de causalidade.¹¹

Nessa toada, tem-se então uma situação da impossibilidade de ser pensado uma consequência da vontade que não fosse querida, com apenas a imputação de resultados dolosos causados, sendo depois ampliado, só que daí resta uma contradição na sua origem, a da relação comentada anteriormente, já que é onde estaria a diferenciação entre dolo e culpa. Fazendo com que então o conceito de ação como supraconceito fosse abandonado ou colocado a ação, novamente, como equivalente da imputação. Reconhecendo-se até uma causalidade sem culpabilidade. Porém Berner não quis romper totalmente com a proposta original e imaginou uma distinção entre os dois, com um nexos causal permeado pela culpabilidade. Havendo também outras propostas, como a de Lippman e Merkel, que, tentando superar a relação entre feito e vontade como simples relação causal, colocam a conduta como causa adequada do resultado - sendo a causalidade uma relação causal juridicamente relevante. Porém não é possível discutir a relação entre vontade e feito sem uma disputa sobre as fronteiras dolo-culpa. Havendo, todavia, outro tipo de possibilidade de cisão entre a culpabilidade e causalidade, que também ocorre como uma cisão às concepções hegelianas. Influenciado pela "jurisprudência psicológica", Zittelman veio como uma resposta ao dualismo dos Hegelianos na questão sobre se o feito era querido ou não era. O autor colocava que com exceção dos movimentos corpóreos, nada mais do que o produto da vontade poderia ser querido. Temos então uma aberta disputa entre Binding e Zittelman, este colocando que os produtos da vontade nunca são queridos e aquele colocando que o produto da vontade é de alguma maneira querido. Porém os modelos de se pensar a conduta introduzido pelos dois possuem consequências muito semelhantes sobre a sistemática do delito. Ambos reconhecem a possibilidade de ações culpáveis e não culpáveis, formando-se pela: ação, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade. Com a culpabilidade contendo elementos subjetivos do delito, referindo-se também à antijuridicidade. Essa subsunção dos componentes da conduta, e não mais sua relação clássica Hegeliana, faz com que a ação deixe de ser derivada de seus requisitos - vontade, feito e sua relação - para ser componente fundador de seus elementos.¹²

¹¹ Ibidem, p. 30

¹² Ibidem, p. 32-3

Porém, continuavam sendo enfrentados os mesmos problemas sobre o resultado ser ou não objeto da vontade. Tal problema é devido aos dois estarem dentro de uma lógica causa-consequência fazendo com que uma análise entre a vontade e um não-ocorrido, como é o caso da tentativa, fosse mal sucedida. Essa situação faz com que os dois – Binding e Zittelman – pensem numa vontade inconsciente. Wundt e Schuppe trazem ainda a existência de movimentos queridos que não são objetos da vontade: como a troca de marcha ao dirigir um carro. Isso fez com que Zittelman e seus adeptos acabassem admitindo alguma forma de vontade inconsciente. Já aos hegelianos restou, ao se distanciarem da perspectiva de serem queridas todas as consequências, elegerem se: era querido apenas uma parte do fato ou se nenhuma parte do fato precisa ser querido, precisando o fato apenas ser causado pela vontade. A etapa hegeliana possui ecos até hoje, mas como tantas outras teorias no decorrer da história, algo novo apenas surgiu e atraiu os demais pensadores.¹³

2.2. Teoria causal-naturalista ou sistema Liszt-Beling

Ao adentrar numa das teorias basilares, e que vai invocar uma mudança drástica dentro desse filtro punitivo que é o delito, é importante destacar e insistir que não houve uma magia do esclarecimento dentro da própria matéria que possibilitou a construção de um pensamento inovador no trato de conceber a conduta. Na realidade, esse tipo de movimento é feito a partir de uma tradição de pensamento que foi visto nos parágrafos anteriores e também composto dos que não foram considerados, já que há a impossibilidade de aportar dentro de uma monografia todo o pensamento humano. Conjunto a isso, possui devidamente as influências de teorias que andavam bastante em voga em sua própria época, não sendo a teoria jurídica algo anômalo, como muitas vezes é colocado dentro da matéria, para sua própria futura tragédia. Portanto, o sistema analisado aqui possui uma influência muito grande da tentativa de aproximação que ocorreu entre as ciências humanas e as ciências exatas, mais especificamente as ciências naturais, pois ora, o objeto principal no estudo do direito, principalmente o direito penal, é inequivocadamente uma pessoa humana, um organismo, então para um estudo desse tipo entendia-se que era necessário a aproximação dessas matérias em detrimento das outras¹⁴.

¹³ Ibidem, p. 33-6

¹⁴ BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Ação Significativa. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p 4

Se na escola clássica se teorizava sobre a responsabilidade moral, absoluta imputabilidade do delinquente, livre arbítrio, essa escola naturalista - denominação dada para teorias decorrentes dessa aproximação - colocava um rígido determinismo biológico dentro do seu paradigma, com seus principais teóricos sendo o italiano Lombroso e sua teoria baseada na antropologia (detentora de uma má fama, e não por menos, já que obviamente racista, porém Baratta vem lembrar que o autor não negligenciava os fatores psicológicos e sociais como muitas vezes é alegado) sendo um dos principais precursores da teoria, com Garófalo seguindo mais a linha psicológica e Ferri com um direcionamento mais sociológico.¹⁵ Paradigma que poderia ser colocado como influenciador de movimentos modernos, como por exemplo nos mais atuais estudos de neurociência e sua proposta de substituição da culpabilidade.¹⁶ Sendo assim, após esse pequeno circuito da teoria naturalista pela criminologia é possível despontar conscientemente na sua aventura dentro do direito penal.

Devido as falhas das teorias anteriormente desenvolvidas em serem devidamente manuseáveis ao técnico do direito, o movimento causal-naturalista começa sua jornada a partir da teorização de Von Ihering sobre o conceito de “antijuridicidade objetiva”, retornando assim para a antiga sistemática objetivo-subjetivo (por meio do binômio antijuridicidade-culpabilidade.)¹⁷

Fran Voz Lizst foi um dos principais teóricos dessa corrente. Para esse jurista a ação é uma modificação, perceptível pelos sentidos, do mundo exterior que pode ser atribuída à vontade humana. O delito é composto pelo ato de vontade, que consiste basicamente em um movimento corpóreo voluntário e pelo resultado, sendo essencial que haja uma relação entre esses dois elementos para a configuração do delito. Para ser mais específico: a comissão é definida como a produção de um resultado através de um movimento voluntário que é realizado pela intervenção motora determinada por ideias ou representações, tendo o nexos causal como junção entre a ação e o resultado. Essa previsão do resultado é vista como dolo e o resultado do

¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6º Ed. 2011, p 39

¹⁶ FERRACIOLI, Jéssica. *Neurociência e direito penal: a culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas*. 2018. 282 p. Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹⁷ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 31

desejar é o “motivo”. Aqui a relação com a vontade seria com a ação e não com o resultado. Já para os crimes omissivos, o autor coloca que é a não realização de ação determinada e esperada juridicamente, sendo requisito da omissão o dever jurídico de agir. Sendo assim, mostrava-se como um naturalista deficiente tanto pelas representações determinando o movimento voluntário assim como pela sua visão de omissão antijurídica.¹⁸

Já Beling, como uma complementação ao exposto anteriormente, vem colocar que o tipo é formado por elementos objetivos desprovidos de conotações valorativas e subjetivas. É relevante destacar que, segundo Beling, estamos nos referindo ao tipo em si, que consiste na descrição objetiva dos elementos materiais que configuram o crime, e não à realidade concreta, que é regida pela lei e não pela vida real. Além disso, Beling enfatiza que o tipo é completamente distinto da antijuridicidade e da culpabilidade, sendo apenas um indício.¹⁹ Também apresenta a ideia, tentando resolver o problema advindo da teoria de Liszt, que a omissão deve ser compreendida como distensão muscular²⁰

Beling e Liszt, portanto, formam um sistema único, onde a ação é um elemento fundamental e comum a qualquer tipo de crime, desempenhando um papel central no conceito de delito. A ela se agregam outros atributos legais imperativos, como a tipicidade, antijuricidade e culpabilidade. A ação é, em si, valorativamente neutra e consiste em um movimento corpóreo voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Os componentes da ação incluem a vontade, que é identificada apenas como o impulso inicial que desloca a inércia do comportamento, sendo indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica. O resultado é uma circunstância essencial em todos os delitos, sendo uma modificação sensível no mundo exterior. Assim, o impulso inicial da vontade pode ser tomado como causa do resultado, de acordo com as ciências naturais. A vontade é analisada em dois aspectos conjugados: o causal-objetivo - impulso expressado pelo movimento - e o causal-negativo - inexistência de coação.²¹

¹⁸ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 37-8

¹⁹ LUISI, Luiz - O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 15

²⁰ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 39

²¹ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 17 e ss

Ao tornar a causalidade objetiva e o vínculo subjetivo componentes essenciais do delito, sua análise é dissociada em dois estágios legais, sendo que a primeira (causalidade) é estabelecida na tipicidade e na antijuridicidade, enquanto a segunda parte (vínculo psicológico) é fundamental para a culpabilidade.²²

O tipo, ideia desenvolvida por Beling e já vista anteriormente, sendo a descrição objetiva e neutra de uma conduta, sendo essa conduta o movimento do agente e o resultado. Já a antijuridicidade, influenciada pelo tipo objetivo de Von Ihering, pode ser facilmente descrita como comparação entre a norma jurídica e o fato típico, ou seja, se não existe uma norma jurídica que justifica a conduta que condiz com a norma típica logo ela seria antijurídica.²³

A culpabilidade, sendo a parte de análise subjetiva do delito. Aqui estão presentes o dolo e a culpa, estabelecidos como o seu núcleo, e, dividindo o mesmo espaço, está o pressuposto de imputabilidade e como causa de exculpação, o estado de necessidade. Questão interessante está presente na consciência de ilicitude: Lizst era contrário pois pela sua análise tal instituto seria um empecilho na administração da justiça que teria o dever de provar em cada caso a sua existência.²⁴

O modelo causal-naturalista, muito em voga durante um longo período de tempo não conseguiu resolver os problemas decorrentes da sua aplicação na prática jurídica. Sendo alguns deles: o pertencimento do resultado à ação, à concepção psicológica da culpabilidade, a identificação da culpa (negligência) como uma forma de culpabilidade (forma subjetiva) não sendo compatível com o tipo de culpa inconsciente.²⁵ Porém o problema da omissão demarca um enorme limite para o modelo causal, pois mesmo omitindo a ação devida, o indivíduo poderia estar praticando qualquer outra atividade.²⁶

²² Ibidem, p. 20

²³ Ibidem, p. 23

²⁴ Ibidem, p. 25

²⁵ Ibidem, p. 32

²⁶ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 40

2.3. As tendências neokantianas

Adentrando nas teorias de tendência neokantista, uma análise pedagógica se faz necessária já que grande parte da doutrina nem chega a citar nominalmente esta série de teorias inspiradas agora em formas de conhecimento, ou seja, que já não tentavam mais se aproximar das ciências naturais. Os teóricos filiados à essa corrente procuram entender as particularidades do direito e assim trabalhar a partir desse entendimento, também livrando-se da tendência ao positivismo legal, entendendo, então, que não é possível retirar apenas das leis todo o conteúdo dos conceitos jurídico-penais.²⁷ Sendo também notório que os autores contemporâneos possuem uma ligação direta com ela, sendo Roxin um dos melhores exemplos.²⁸

Estamos aqui tratando de análises teleológicas em relação ao sistema penal, ou seja, a partir das concepções do sistema de direito penal é possível derivar os elementos pertinentes ao sistema. Então, como coloca Renato gomes, se dá sua forte tendência dogmática e sua abertura para considerações da Política Criminal e de Criminologia. Outro ponto importante é sua Filosofia dos valores que cria uma ontologia que é bem diversa do que veremos no Finalismo já que é composto, no caso de Mezger: pelo ser essencial do Direito; o ser existencial da realidade; e o ser normativo das valorações legais.²⁹

Mantém-se ainda uma concepção de ação já inaugurada por Liszt e já explorada anteriormente. O conceito de ação aqui vai ser construído a partir do tipo com a própria superação da conduta como elemento relevante já que, como foi exposto até aqui, é uma matéria com um elevado grau de maneabilidade. Sendo então delimitada como apenas a conduta realizadora do tipo.³⁰

Uma crítica a ser direcionada à teoria reside na percepção de que uma das principais funções do tipo penal é a limitação do poder punitivo estatal, e, nesse sentido, a perspectiva de

²⁷ Ibidem, p. 47

²⁸ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al]. Direito penal brasileiro, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 36

²⁹ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 49

³⁰ Ibidem, p. 50-1

uma ação baseada no tipo penal pode fazer com que seja considerado uma ação onde na realidade há sua ausência.³¹

³¹ Ibidem, p.76

3. TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

3.1. Antecedentes

A expressão "Teoria Finalista da Ação" é amplamente utilizada no meio jurídico para fazer referência a um conjunto de correntes teóricas que compartilham um mesmo pressuposto fundamental: a ação humana é intencional e orientada para uma finalidade. Embora essas teorias tenham sido propostas por autores distintos e apresentem variações em suas formulações, todas elas destacam a importância da finalidade como critério determinante da responsabilidade penal. Assim, a Teoria da Ação Finalista pode ser vista como um arcabouço teórico que busca explicar e fundamentar o sistema penal a partir dessa premissa comum, possuindo outras influências que importam em mudanças drásticas nas estruturas analíticas do delito e que serão apresentadas no decorrer deste texto.

É amplamente aceito como influência fundamental a doutrina filosófica finalista, devendo ser levada em conta as ressalvas epistemológicas feitas anteriormente. Firmar essa influência se implica em duas resoluções: O mundo é estruturado com um propósito específico (no que se refere à sua organização ontológica), e a compreensão de qualquer evento (fenômeno) que ocorre no mundo envolve identificar o propósito final que ele busca alcançar (no contexto do conhecimento). Esse tipo de pensamento pode ter suas bases fincadas em Aristóteles e sua repercussão com São Tomás de Aquino. Todos os objetos possuiriam um fim em si mesmo, então absolutamente todos os processos/fenômenos/objetos perceptíveis e também os não perceptíveis pelo ser humano teriam uma finalidade. Trata-se então de uma teoria que propõe que toda a conjectura do mundo possui uma finalidade ou um propósito, e que essa finalidade ou propósito explica como as coisas se comportam ou como os acontecimentos se desenvolvem, dando um sentido pro comportamento de objetos - uma finalidade intrínseca, podendo já estar aperfeiçoada para aquela finalidade ou ser aperfeiçoada – e ela sempre esteve ali, ou seja, não é um incidente imposto de dentro para fora, mas que sempre esteve lá. Essa noção é fundamental dentro da teoria de Aristóteles, citado como exemplo, já que seria o fundador da concepção, fazendo com que sua filosofia, principalmente nos seus estudos direcionados à ética sejam um fruto dessa noção, sugerindo que o ser humano teria a sua finalidade intrínseca de viver uma vida virtuosa. Noção essa que ao passar para São Tomás de Aquino, que, já como demonstra o nome, era um sujeito um tanto religioso, a

finalidade é concebida como sendo concedida por Deus a todas as coisas. A dissociação entre finalismo e teologia só se torna possível devido aos esforços de Kant e Hegel. Este colocando que a finalidade é um conceito imanente à própria natureza e aquele desenvolvendo a ideia de um mundo organizado finalisticamente mas negando nela a explicação de todos os fenômenos já que muitas vezes poderia ser algo puramente causal, colocando o juízo finalista como não determinadora dos fenômenos.³² Sendo importante fazer a diferenciação proposta por Welzel para quem a finalidade é um traço próprio da conduta humana.³³

Adicionalmente, para alargar o conhecimento das bases filosófico-teóricas do finalismo, é possível citar a filosofia de Hartmann como uma importante referência, só que deve ser feito um importante adendo da sua relação dentro da teoria de Welzel, já que ele em nenhum momento cita Hartmann em sua obra, fazendo com que em diversos momentos seja questionado a real influência do filósofo dentro da teoria finalista da ação elaborada por Welzel, ou se simplesmente Welzel teria omitido propositalmente tal influência, ou se ele teria sido influenciado a partir de outros meios como, por exemplo, seus contemporâneos que eram inspirados em Hartmann. Porém não é o objetivo da tese explorar esse espaço, sendo necessário apenas a colocação para uma abordagem honesta sobre a teoria. Hartmann tem como pontos principais suas colocações sobre as camadas do ser: a causalidade dos mortos e a finalidade dos vivos. A ação humana só pode ser compreendida como algo finalístico; ela persegue, desde seu aparecimento e até antes deles, um determinado objetivo, estranho à própria conduta. Assim a atividade humana teria 3 estágios: O homem antecipa seu objetivo propondo objetivamente o seu alcance, em seguida, adentra e põe em movimento os meios adequados a obtê-los ou a atingi-los e, finalmente, como terceiro ato, consegue sua realização.³⁴

Também necessária é a citação de importante influência advinda agora da ciência jurídica para a construção da mudança paradigmática no qual a teoria finalista estava envolta. Essa influência advém da pesquisa dos elementos subjetivos realizada por Hans Fischer, onde ele, a partir de estudos realizados sobre a antijuridicidade dentro do direito civil, demonstrou a

³² TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 54

³³ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 85

³⁴ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 55-6

partir de casos concretos que essa só se configura em face da intenção e propósito do autor no momento de realizar a conduta. Assim também conceitua J. Nagler quando inclui elementos subjetivos na determinação de antijuridicidade em muitos casos, como quando a norma exige o consentimento do ofendido. A. Hegler e M. Ernest Mayer também desenvolveram propostas para demonstrar a existência de elementos subjetivos em diversos tipos penais. Mayer além disso contribui com a elaboração dos elementos normativos colocando que os tipos penais não são valorativamente neutros, mas que muitos possuem expressões que possuem conotações axiológicas³⁵

Outro ponto importante a ser debatido, e talvez seja o mais polêmico, é sobre a relação do momento político da terra que foi berço desta teoria com a própria teoria. Sendo extremamente necessária a compreensão a partir desse viés já que teorias também são determinadas pela materialidade do mundo social. Hassemer deixa claro que a teoria finalista da ação não estimulou o nazismo ou possuía um discurso antiliberal *per si*, mas demonstra, no entanto, que a teoria finalista da ação tem muito a ver com o ideário nazista, já que além de ser desenvolvida no meio do caos ideológico que o nazismo tomava força, ela, e sua acepção pessoal de ação e de antijuridicidade, possuíam similaridades, ainda que bem pervertida no “direito penal da vontade”, esse sim elaborado pelo pensamento nazista corrente.³⁶ Outro ponto a ser comentado seria sobre a vida acadêmica de Welzel, e como ela se desenvolveu durante o período nazista, já que continuou exercendo e subindo na carreira de magistério além de colaborar com revistas com teor nazista. Porém, Welzel possui um trunfo: nos processos de desnazificação ocorridos após a derrocada do regime nazista na Alemanha ele foi considerado, assim como Mezger, um *Mitläufer*; recorrendo da decisão e sendo absolvido de colaboração com o regime nazista.³⁷ (referência seria o trabalho o direito penal autoritário de Hans Welzel e sua influência no autoritarismo dogmático jurídico-penal brasileiro que não tenho em mãos agora). É fundamental, portanto, ter em mente, especialmente ao tratar de um autor e de seu tempo, que existem diversas influências além da ciência do direito penal, conforme previamente abordado. A leitura de determinados autores sem considerar esses outros aspectos resulta em um ensino falho, pois o estudante não é capaz de desenvolver uma perspectiva para avaliar a

³⁵ LUISI, Luiz - O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 16-8

³⁶ HASSEMER, Winfried. “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra”. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas 4, no 1 (1996). P. 04

³⁷ BUSATO, Paulo César. Autoritarismo e Direito penal - 3.3.2. - Hans Welzel e o finalismo. Youtube, 14 mai. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1d19LxIGU-g&t=2s>. Acesso em 17 novembro 2021.

ideologia subjacente aos diversos pensamentos penais modernos. Uma abordagem puramente neutra seria insuficiente e negligenciaria as diferenças notáveis entre as sociedades, bem como a importação acrítica de teorias europeias para a realidade brasileira, sem considerar os contextos e as consequências criminais que tal atitude pode acarretar.

A teoria finalista de ação é um movimento teórico que possui planos bem elaborados e delimitados para ser um divisor de águas dentro do direito penal, como historicamente se comprovou que de fato foi. Seu objetivo era se igualar a ciências como a filosofia e a antropologia em sua pretensão científica. Os diversos teóricos do grupo traziam para a mesa questões que eles próprios colocavam como essenciais e por isso seus “adversários” estavam obviamente despreparados. O finalismo propõe um saber homogêneo sobre ação, antijuridicidade e culpabilidade - considerados o núcleo do direito penal - e ainda melhora ao estabelecer que tudo isso se assentava em sua concepção de Ser. Se antes havia a tentativa de aproximação do direito com outras formas de ciência, agora o direito penal era uma ciência por si, com um sistema próprio em que seus fundamentos deveriam decorrer de uma intensa observação jurídica. O legislador não saberia o que é justo, ao contrário do cientista jurídico, que possui os conhecimentos necessários para tal. Nesse sentido, o papel do legislador não é se opor, mas sim aceitar as conclusões científicas apresentadas. Portanto, agora munidos com sua própria ciência, apenas as teorias que tinham essa pretensão de totalidade deveriam ser levadas a sério implicando o descarte de qualquer opinião divergente que não é baseada em análises jusnaturalistas objetivas.³⁸

3.2. A teoria finalista da ação de Welzel

O traço caracterizador do finalismo reside em colocar que o ser humano em função do seu saber causal consegue antecipar as consequências de sua conduta. Como bem demonstra Welzel (2011, p.31-2, *apud* ROCHA, p.2016, p.79) “a finalidade é, por isso(..) ‘vidente’ e a causalidade ‘cega’”. Para Welzel a pedra angular da ação é a vontade final, o ser humano prevê o que irá ocorrer em determinado curso causal e determina seu curso causal de acordo com a

³⁸ *Ibidem*, p. 5

finalidade imposta por si mesmo.³⁹ Há aqui uma ênfase à sua natureza ontológica integral. O finalismo de Welzel coloca que o fim deve materializar-se na vida social, uma vez que se trata de uma conduta que ocorre em um contexto social. É importante ressaltar que essa abordagem evita o retorno ao finalismo teológico, que enfatizava a intenção divina por trás dos atos humanos, ou a omissão da perspectiva do ser humano como um ser social, cujas ações são influenciadas pelo meio em que se encontram. Finalidade não se confunde com o conceito de fim no sentido de obtenção de um ideal ou utilidade, aqui o fim é entendido como qualquer objetivo perseguido pelo homem.⁴⁰

O conceito de delito continua sendo compreendido segundo a estrutura causal tradicional, que o concebe como uma ação típica, antijurídica e culpável, só que essas estruturas não terão as mesmas propriedades nem os mesmos fundamentos anteriormente definidos.⁴¹ Welzel cria uma concepção que tanto a causalidade como a finalidade assumem uma posição de destaque para a configuração do comportamento humano, como bem visto no parágrafo anterior.⁴²

De acordo com o esquema elaborado de ação, o sujeito anteciparia uma finalidade e, a partir disso, selecionaria os meios para alcançá-la. É possível que haja mudanças na escolha dos meios devido à previsão de certas consequências. Por fim, o autor realizaria sua conduta com o objetivo de alcançar o fim pretendido.⁴³ Outros finalistas, como Maurach, esquematizavam a ação em termos mais simples, com apenas duas etapas: Uma intelectual-objetivo, ou seja, formulação da vontade direcionada ao objeto pretendido; outra como “a percepção fenomênica, resultante da realização da vontade (manifestação da vontade)” (TAVARES, 1985, p. 59)

³⁹ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 79

⁴⁰ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 57-9

⁴¹ Ibidem, p. 57

⁴² ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 78

⁴³ Ibidem, p. 79-80

Welzel classifica como tentativa também o caso em que o resultado não ocorra conforme o planejado após o curso causal. Segundo ele, somente as consequências que se enquadram na direção finalística da conduta são produzidas finalisticamente, enquanto as outras consequências pertencem à esfera causal. Esse tipo de concepção pode ser problemático, principalmente em relação aos crimes culposos, porém isso será discutido mais adiante.⁴⁴

O resultado é apenas consequência do agir, não se confunde com ele. A natureza da ação é ontológica, já o resultado pertenceria ao tipo penal. Isso possibilita com que haja a unificação do conceito de delito em suas mais diversas representações - comissivos dolosos e culposos; omissivos dolosos e culposos. A finalidade não se confunde com dolo, a finalidade teria esse sentido natural enquanto que o dolo no tipo teria um sentido jurídico. É importante colocar que nem sempre há uma identidade entre a vontade de ação e dolo do tipo; nos crimes dolosos a vontade de ação é fundamentação do dolo, não devendo ser identificados, já que é possível que ocorra uma vontade de ação, mas não exista o dolo, como nos casos de erro de tipo.⁴⁵

Weber e Dohna enfrentaram dificuldades na elaboração de uma conceituação unificada para os delitos culposos e dolosos, sustentando que os delitos culposos eram causais e os dolosos eram finais. Welzel buscou uma conceituação unificada com base na finalidade. Ele argumentou que no delito doloso a finalidade é atual, enquanto que no delito culposo é apenas potencial. Essa posição foi amplamente criticada e, posteriormente, reformulada. Niese argumenta que a finalidade no delito culposo é meramente a vontade de produzir um resultado que não está contido no tipo penal.⁴⁶ Heleno Fragoso junto com demais juristas também seguiam essa solução. Já Tavares, em 1985, coloca que é uma posição equivocada, o que é exigido é que o autor não tenha guiado sua vontade finalística em encontro ao tipo culposo, haveria então uma subsunção da conduta ao tipo, sendo o solucionador de problemas como se o ato inicial deve ser lícito, ou/e se for lícito.⁴⁷

⁴⁴ Ibidem, p. 80

⁴⁵ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 61

⁴⁶ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 78

⁴⁷ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 62

Dentre os teóricos que adotam a teoria da ação finalista, é importante destacar que há aqueles que não concordam com a função unificadora composta pela finalidade, uma vez que se tratam de delitos muito diversos. Portanto, a formação de um conceito geral de conduta não seria possível. Cereco Mir é um exemplo surpreendente de um finalista não ontológico que também nega a pretensão unificadora da conduta. De acordo com o teórico, o finalismo pode servir como um elemento basilar se permitir uma interpretação consistente de todos os tipos de injusto.⁴⁸

3.3. Omissão

A questão da omissão sempre foi uma complexidade dentro da teoria do delito, uma vez que estamos diante de uma ausência e, portanto, da ausência de uma conduta. Isso tem levado muitos autores a evitar a conceituação de conduta que possa abranger também os delitos omissivos, tendo em vista que somente a norma confere relevância a essa inexistência.⁴⁹

Os problemas relacionados à omissão são perceptíveis nas soluções propostas pelos modelos causais, que consideravam a omissão como a contração do músculo para impedir o movimento do corpo, o que implicaria em um movimento. Entretanto, essa ideia absurda foi criticada anteriormente. Além disso, o conceito de omissão é de difícil compreensão, levando importantes juristas a defenderem a punição mais branda desse tipo de conduta, uma vez que se trata de punir um evento que ocorreu, porém não foi realizado ativamente pelo sujeito. Assim, a conceituação da omissão torna-se problemática sua conceituação num viés naturalista desde o causalismo.⁵⁰

Seguindo a concepção de Welzel, a omissão se caracteriza como a não realização de uma atividade final possível. Isso implica na existência de uma finalidade potencial, mas não de uma atividade finalisticamente determinada, o que acaba por gerar o conceito hipotético de atividade finalista. Com isso, Welzel busca conciliar o conteúdo ontológico da ação com os

⁴⁸ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 105-6

⁴⁹ Ibidem, p. 106

⁵⁰ Ibidem, p. 107

preceitos da omissão, mas, ao referir-se à atividade final possível, acaba por desnaturar seu conteúdo ontológico e passa a trabalhar com dados normativos. Para contornar esse problema, Maurach abandona completamente o conceito de finalidade potencial e passa a inserir características normativas dentro da própria ação, complementando o sentido da ação ôntica através do mundo dos valores. Isso acaba por gerar uma solução que desvincula a ação de seu sentido puramente ontológico, fazendo com que possa ser considerada uma categoria complexa normativa-ontológica.⁵¹

3.4. Tipo e dolo

Conforme mencionado previamente, uma das alterações mais discutidas e compreendidas na teoria finalista da ação é a mudança da posição do dolo: sendo transplantado da culpabilidade para a tipicidade. Isso significa que o tipo, anteriormente visto como uma estrutura objetiva, especialmente sob a concepção clássica de tipo de Beling, agora possui uma dimensão subjetiva. Embora já houvesse uma discussão sobre elementos subjetivos do injusto e do tipo, essa análise era deixada como pertencente à culpabilidade já que eram consideradas como mera exceção. A formulação concreta dessa mudança veio por Hans Welzel. Conforme já elaborado anteriormente, há uma concepção particular sobre a vontade dentro da ação, e a partir dessa análise, o tipo é a forma que a ação deve possuir para ser juridicamente relevante.⁵²

O dolo é conhecer e querer realizar o tipo penal objetivo. Isso se dá realizando o esquema de ação já detalhado anteriormente. O exemplo dado por Luiz Luisi (1985, p. 64) é perfeito em exemplificar isso:

“O agente, por exemplo, ao se propor matar um chefe político que viaja em um avião, pondo uma bomba-relógio na aeronave, se representa, além do fim querido e dos meios a serem usados, a consequência certa do uso desses meios, que será a morte dos tripulantes e dos demais passageiros, e a destruição do aeroplano. Em um segundo momento o agente quer a concreção do previsto. E, por fim, o dolo ganha efetiva relevância penal ao se objetivar, traduzindo-se em atos externos, encadeados casualmente, no sentido da efetivação do resultado proposto, ou, quando não realizando os atos devidos, não impede que o curso causal faça sobrevir o resultado que é o conteúdo do seu querer, isto é, o fim querido.”

⁵¹ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 62-3

⁵² LUISI, Luiz - O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 61-3

Há a classificação do dolo em dolo direto ou dolo eventual. No dolo direto está presente a representação/conhecimento e a vontade de concretizar o resultado, já no dolo eventual há o conhecimento das causas previstas, tomando-as como possíveis, e então, determinando sua conduta, o agente dá prosseguimento mesmo ciente dos riscos.⁵³

Importante citar como complemento do exposto acima a existência dos elementos subjetivos próprios de certos tipos penais. Esses elementos subjetivos, além do dolo, presentes em alguns tipos penais, são decorrentes da inserção do legislador de certos estados mentais do agente que não se caracterizam como dolo.⁵⁴

3.5. Tipo e culpa

Uma conceituação extremamente necessária advinda de diversos teóricos é a demonstração que existem diferenças na estrutura típica entre o delito doloso e o delito culposo. Não é qualquer ação voluntária causadora de uma lesão ou perigo ao bem jurídico que será considerada como um delito culposo. O agente deverá agir de maneira imprudente, negligente ou imperita ao causar essa lesão ou perigo ao bem jurídico. Não há nesse cenário uma incriminação necessariamente do resultado, mas há, porém, um maior foco na análise do desvalor da ação. Caracterizando-se pela não voluntariedade assim como sua previsibilidade objetiva.⁵⁵

Durante a evolução do conceito de crime culposo, foi considerado por alguns teóricos como causal, porém influenciada pelo finalismo como parte da ontologia humana da conduta. Isso implica a existência de uma finalidade potencial, que, se fossem escolhidos meios alternativos para realizar a conduta, provavelmente não ela teria ocorrido. No entanto, essa ideia enfrentou resistência, uma vez que a finalidade é uma categoria ontológica que não pode ser contingente. Também ocorrendo uma invasão da análise da culpabilidade, que passou a ser

⁵³ Ibidem, p. 65-8

⁵⁴ Ibidem, p. 69-71

⁵⁵ Ibidem, p. 73-5

considerada no contexto da análise do tipo (possibilidade de agir de modo diverso) tornando a situação ainda mais complexa.⁵⁶

Welzel vem lembrar que a ação humana é complexa e se pegarmos o esquema de ação anteriormente detalhado, é possível perceber que além da finalidade pretendida pela vontade, também é levada em consideração a existência de outras consequências concomitantes ou alternativas. Ele então coloca que em lugar do tipo subjetivo há uma característica normativa aberta e ela seria complementada pela falta de atendimento ao cuidado objetivo esperado do autor, pela previsibilidade objetiva e pela prudência da conduta.⁵⁷ Porém as dificuldades presentes no delito culposos dentro do finalismo não estão de maneira alguma pacificadas, como já visto anteriormente.

3.6. Antijuridicidade

Uma primeira conjectura pertinente é a relação intrínseca entre a tipicidade e a antijuridicidade, pois, conforme explicado previamente, trata-se de uma conduta única, mas analiticamente dividida para melhor compreensão e análise, o que implica uma conexão a ser elucidada. Segundo o finalismo, o tipo contém em si a matéria proibida, constituindo um indício de antijuridicidade, o qual somente será confirmado mediante a avaliação da antijuridicidade.⁵⁸

Uma das questões a serem consideradas em relação às causas de justificação é a presença de elementos objetivos e subjetivos. Em outras palavras, o autor da ação só será beneficiado pelas causas de justificação se sua conduta tiver sido guiada pela vontade de cumprir a norma permissiva. Embora essa abordagem possa ser adequada para resolver determinados casos em que o agente age de forma maliciosa, também pode representar um perigo na aplicação do direito ao conceder demasiado valor ao subjetivismo em detrimento dos objetos visados pela norma jurídica. Os autores divergem quanto à inclusão apenas da representação (consciência)

⁵⁶ Ibidem, p.76-7

⁵⁷ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 111-2

⁵⁸ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 68-9

acerca dos pressupostos legais da causa de justificação ou se a ausência de intenção maliciosa também é exigida para o manto protetor da lei.⁵⁹

3.7. Culpabilidade

Quando ocorre a transferência do dolo para a tipicidade, há obviamente uma mudança drástica em sua estrutura. A culpabilidade passa a ser normativa e não mais psicológica ou normativo-psicológico.⁶⁰ Isso quer dizer que a avaliação será em razão da capacidade do autor de entender a ilicitude da sua conduta.

Na teoria finalista da ação, alguns autores colocavam que a culpabilidade é a omissão do autor em não se abster de realizar a conduta antijurídica. Welzel diverge dos demais finalistas, para ele a culpabilidade ocorre quando alguém não cumpre suas obrigações legais devido a uma falha em resistir a impulsos contrários ao direito. Em posição divergente, Von Weber discorda dessa visão e afirma que o culpável é aquele que poderia ou poderia não agir antijuridicamente, mas escolheu agir mesmo assim. De certa forma Welzel concorda com Von Weber, mas ele enfatiza que a reprovação da culpabilidade é a composição da vontade que se manifesta na conduta antijurídica. Além disso, é necessário avaliar se essa vontade não está viciada pela capacidade e possibilidade de se motivar de acordo com a norma. Para Welzel, a vontade, especialmente na análise da liberdade da vontade, é um fator importante que está ligado quando um sujeito capaz não se autodetermina em relação ao sentido do valor da norma. Nesse contexto, a importância não está na decisão em favor do mal, mas sim na omissão em relação à condução por impulsos contrários ao valor. A culpabilidade incide sobre a formação de vontade, uma vez que o agente não reprimiu os impulsos adversos e se orientou de acordo com o sentido.⁶¹

⁵⁹ Ibidem, p. 69-70

⁶⁰ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 97

⁶¹ TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências / São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 73-7

A culpabilidade é composta por três elementos, sendo dois positivos e um negativo. O primeiro elemento é a imputabilidade, que se refere à capacidade de o autor compreender o caráter ilícito da sua ação e agir de acordo com essa compreensão. O segundo elemento é a possibilidade de consciência do injusto, que diz respeito à capacidade do autor de compreender que sua ação é contrária à norma jurídica. Já o terceiro elemento é a ausência de causas de exculpação ligadas à exigibilidade de conduta segundo a norma, que se refere à capacidade do autor de se comportar de acordo com a norma em determinadas circunstâncias.⁶²

Esses elementos também são aplicáveis tanto aos delitos omissivos quanto aos delitos culposos. Nos delitos culposos há a previsibilidade subjetiva do resultado que está associada à inexigibilidade de outra conduta. Já nos delitos omissivos há a consciência acerca do dever de agir ou de garantir.⁶³

3.8. Considerações finais

Ao término desta pequena odisséia pela maquinária da teoria finalista da ação o que resta é apenas encerrar este capítulo e seguir para as próximas discussões. Porém, fazendo jus à tradição narrativa moderna, nada mais justo do que personificar de vez a teoria e fornecer-lhe uma conclusão apropriada.

A teoria finalista da ação permanece alvo de debate e influencia diversos autores, apesar de ter enfrentado dificuldades inerentes ao tempo que todas as teorias enfrentam, como a capacidade de se adaptar aos fatores sociais presentes em diferentes culturas e a de superar as críticas contra ela, revelando deficiências em sua concepção. Mas também apresentou um refinamento em suas proposições nunca antes visto.

Hassemer busca compreender esse fenômeno indicando que o finalismo apresenta uma proposta de direito-total que só outra teoria com o mesmo aporte de certezas jusnaturalistas “objetivas” poderia realmente confrontar-la. Pois bem, nenhuma outra teoria do mesmo aporte surgiu para confrontar o finalismo. Seja porque os críticos consideravam de extrema

⁶² Ibidem, p. 80-2

⁶³ Ibidem, p. 83

importância a separação entre ser e dever ser e não queriam entrar nos caminhos filosóficos para combater o finalismo, seja porque o finalismo já ocupava todo o campo da lógica filosófica, então os críticos precisavam usar opções metodológicas e não dogmáticas se quisessem combater em pé de igualdade o finalismo. E, sendo assim, a maneira da teoria ser superada foi basicamente a partir de sua decadência quando seus teoremas não foram mais acolhidos e foram apenas esquecidos.⁶⁴

Já um Tavares contemporâneo vê problemas na inserção da finalidade como uma categoria ontológica, sendo que ela é um elemento nascido por meio da interação com o mundo social. Também colocando que a finalidade é tratada apenas no aspecto individual, retirando da sua referência os efeitos sociais da conduta. Por outro lado, admite que a falha da teoria com os delitos omissivos e de que eles prescindem de elementos omissivos, não se adequando ao procedimento de dirigibilidade.⁶⁵

A despeito da aparente insuficiência da teoria finalista da ação para explicar certos aspectos da realidade social, é inegável que ela continua sendo um tema relevante e amplamente debatido na doutrina jurídica. Essa persistência deve-se em grande parte ao fato de a teoria em questão ter desempenhado um papel histórico importante na construção do direito penal moderno e influenciado a elaboração de diversos códigos penais ao redor do mundo. Portanto, qualquer discussão acerca do sistema jurídico penal necessariamente deve levar em conta os ensinamentos da teoria finalista da ação.

Outros pontos a serem colocados que explicam a importância da teoria e sua vitalidade: sua garantia contra os excessos do positivismo e sua limitação do poder estatal; a adequação social como critério de limitação penal; a proposta do “ser” do finalismo sendo invariável e pré-determinado, vinculando o legislador a essa determinação; a posição do dolo e da culpa no tipo penal.⁶⁶

⁶⁴ HASSEMER, Winfried. “História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra”. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas* 4, no 1 (1996). P. 05-06

⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 143

⁶⁶ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 15, n. 65, p. 9, mar./abr. 2007

Há também autores como Cezero Mir que continuam fiéis ao projeto finalista só que não levam em consideração essa face ontológica do autor, por exemplo.⁶⁷ Por outro lado, escritores como Renato Gomes buscam na teoria finalista da ação uma resposta contra o normativismo crescente, o escritor faz isso baseado numa matriz ontológica baseada numa matriz social, principalmente aquela proposta do Lukacs.⁶⁸

⁶⁷ CEREZO MIR, José. O finalismo hoje. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 3, n° 12, p. 34, out./ dez. 1995.

⁶⁸ ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016

4. A REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984

A reforma geral do Código Penal de 1984 representa um marco significativo no desenvolvimento do direito penal brasileiro. Foi um processo complexo e abrangente, caracterizado por intensos debates e discussões que envolveram diversos atores e especialistas do campo jurídico. Juristas renomados, acadêmicos, magistrados, membros do judiciário e alguns representantes da sociedade civil desempenharam papéis fundamentais na elaboração e aprimoramento das propostas de alteração do código.

No entanto, é importante considerar o contexto político em que essa reforma ocorreu. Durante quase duas décadas, o Brasil esteve sob o regime de ditadura militar que se iniciou em 1964. Durante esse período, diversas liberdades democráticas foram restringidas e o sistema jurídico refletia uma perspectiva mais autoritária e conservadora. Sendo bastante conhecidas as mudanças ocorridas no Supremo Tribunal Federal⁶⁹ e a suspensão do habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.⁷⁰ Foi somente a partir do processo de redemocratização iniciado na década de 1980 que o país começou a restaurar suas instituições democráticas.

O momento em que a reforma do Código Penal foi discutida coincidiu com o processo de redemocratização, culminando na eleição indireta do primeiro presidente civil em 1985 e na eleição direta do presidente em 1989. Além disso, após a reforma do Código Penal, ocorreu um importante evento que moldou ainda mais o sistema jurídico brasileiro: a Assembleia Nacional Constituinte, que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa constituição, por sua vez, estabeleceu os princípios e diretrizes fundamentais que orientam o ordenamento jurídico do país até os dias atuais.

Embora o contexto político e a restauração da democracia tenham proporcionado uma janela de oportunidade para a reforma do Código Penal, é preciso considerar que a necessidade de mudanças no sistema penal brasileiro não se restringia apenas a esse momento histórico.

⁶⁹ BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Estabelece o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 20 maio 2023

⁷⁰ BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Estabelece o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 20 maio 2023

Reformas anteriores haviam sido mal sucedidas, e era evidente a necessidade de uma análise mais aprofundada das influências determinantes que levaram a esse momento de transformação.

Nesse sentido, além das circunstâncias políticas, é importante destacar que a reforma do Código Penal também foi influenciada por precedentes jurídicos e debates teóricos relevantes: Teorias penais contemporâneas, avanços na compreensão dos direitos humanos, experiências de outros países e as demandas da própria sociedade brasileira desempenharam papéis significativos na formulação das propostas de alteração do código.

Em suma, a reforma geral do Código Penal de 1984 foi um evento de grande importância para o direito penal brasileiro. Embora tenha ocorrido em um período de transição política, suas raízes vão além desse contexto, envolvendo um processo de discussão ampla e a influência de diversos fatores jurídicos e sociais. Essa reforma marcou um passo importante na busca por um sistema penal mais eficiente e sendo considerado um grande avanço científico. Porém, como a crítica criminalista já vem apontando há tempos, existem outros pontos a serem analisados além das teorias legitimadoras do sistema punitivo.

4.1. A ditadura militar

São diversos os elementos a serem analisados para compreender o golpe militar ocorrido no Brasil em 1964. Entre as causas apontadas, destaca-se o contexto da Guerra Fria que influenciava a geopolítica internacional e motivava a criação de pontos de apoio ideológico alinhados ao lado ocidental. Ademais, a existência de problemas estruturais no sistema legislativo brasileiro, marcado por intrincadas relações de poder e um excessivo protagonismo do Legislativo, em detrimento do Executivo, resultava na paralisia de propostas legislativas e em crises políticas frequentes.⁷¹

⁷¹ SANTOS, W. G. dos. Coalizões parlamentares e instabilidade governamental: a experiência brasileira (1961-1964). RAE-Revista de Administração de Empresas, [S. l.], v. 13, n. 4, p. 61–71, 1973. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/40592>. Acesso em: 20 maio. 2023

Além desses fatores, é relevante mencionar a justificativa apresentada pelos militares e parte da sociedade civil à época, que alegavam a existência de ameaças obscuras visando tomar o poder no Brasil, comunistas que supostamente colocariam em risco os valores tradicionais, a ordem social e a segurança do país. Essa narrativa, embora infundada, foi utilizada para legitimar o golpe e suscitar medo na população, distorcendo o debate civil e silenciando vozes críticas.⁷²

No âmbito específico desta dissertação, é fundamental considerar o impacto desse movimento golpista na discussão de políticas criminais. O golpe trouxe consigo a corrosão do espaço público de debate e crítica, especialmente no que diz respeito às propostas relacionadas ao sistema penal. Apenas uma perspectiva detinha o poder de moldar a compreensão e o direcionamento da criminalidade, principalmente por parte do Estado e suas instituições, notadamente o aparato policial. Essa visão oficial sobre a criminalidade e as medidas a serem adotadas se tornava dominante, enquanto outras vozes e perspectivas eram silenciadas ou deslegitimadas.

Ademais, a necessidade de preservar e legitimar o regime vigente levava à ocultação ou minimização de situações que pudessem questionar a eficácia ou a legitimidade das abordagens adotadas. O intuito era afastar qualquer crítica direcionada ao governo militar, o que contribuía para um ambiente desfavorável à livre expressão de ideias e à análise imparcial.

O golpe militar de 1964 trouxe consigo não apenas transformações políticas e sociais significativas, mas também impactou o ambiente de debate e crítica das políticas criminais no Brasil. A concentração do poder de decisão em uma única perspectiva, associada ao Estado e suas instituições, gerou desequilíbrios e dificultou uma avaliação abrangente e pluralista das estratégias adotadas no combate à criminalidade. Essa conjuntura reforçou a importância de revisitar esse período histórico e suas influências na formulação e execução das políticas

⁷² HISTÓRIA FM 114: Ditadura Militar: do governo Geisel ao fim da ditadura, 1974-1985. Entrevistador: Icles Rodrigues. Entrevistados: Ricardo Duwe e Reinaldo Lohn. [s.l.] Leitura Obriga HISTÓRIA, 31 out 2022. Podcast. Disponível em: <https://leituraobrigahistoria.com/podcast/ditadura-militar-do-governo-geisel-ao-fim-da-ditadura-1974-1985/>. Acesso em 17.05.23

criminais, a fim de compreendermos de forma mais abrangente os caminhos percorridos e os desafios enfrentados nessa área.

Além disso, na parte que nos toca, o período final da ditadura militar é particularmente relevante para esta análise, uma vez que é nesse contexto que emerge a reforma do Código Penal de 1984. Estamos nos referindo especificamente ao período que se inicia com Ernesto Geisel e sua suposta abertura democrática, que buscava mais retirar o poder governamental das mãos dos militares do que propriamente promover um pensamento verdadeiramente democrático. No entanto, esse foi um momento em que o regime teve que lidar com as primeiras crises econômicas que o Brasil enfrentaria sob seu governo, deixando marcas financeiras que demoraram a ser superadas e cujas cicatrizes ainda se fizeram sentir por muito tempo.⁷³

Esse também foi o momento em que surgiu um movimento internacional significativo questionando as violações dos direitos humanos ocorridas no Brasil, uma vez que havia inúmeros exilados políticos e casos emblemáticos, como o de Zuzu Angel, que se uniam ao coro de questionamentos sobre o regime político. Em 1979, foi promulgada a lei de anistia e ocorreu o fim do bipartidarismo. Complementado a análise da situação, é fundamental destacar que o regime ditatorial adotava uma política de acumulação de renda, resultando na transferência de recursos dos mais pobres para os mais ricos. Esse cenário foi um dos catalisadores para o surgimento de novos movimentos sociais que passaram a questionar tanto a legitimidade do regime militar quanto a própria abertura política.⁷⁴

Também é importante mencionar que, ao tentar manter afastados os setores conhecidos como "linha dura", que manifestavam descontentamento em relação ao governo, esses indivíduos foram transferidos para outros postos e comandos, incluindo aqueles relacionados à segurança pública. Isso teve implicações significativas na abordagem adotada em relação à segurança e ao controle social, uma vez que membros das forças de segurança com histórico de

⁷³ Ibidem

⁷⁴ Ibidem

repressão e violações dos direitos humanos assumiram posições de destaque⁷⁵ e começaram a adotar estratégias de combate à guerrilha para a criminalidade comum.⁷⁶

Portanto, ao examinarmos o contexto da reforma do Código Penal de 1984, é essencial considerar não apenas as mudanças políticas e sociais que marcaram o final da ditadura militar, mas também as questões econômicas, os questionamentos internacionais sobre direitos humanos, a busca por justiça e a luta por uma distribuição de renda mais equitativa. A análise criminológica desse período requer uma compreensão abrangente dessas complexidades, a fim de compreender as motivações, os desafios e as repercussões da reforma penal ocorrida nesse contexto histórico específico.

4.2. Pequeno histórico da reforma

A reforma geral já vinha sendo desabrochada há tempos: Desde 1961, quando foi requisitado que Nelson Hungria elaborasse um projeto, até sua revogação, sem entrar em vigência, pela Lei n.º 6578/78. Mostrando uma possível mudança dos tempos desde que o anteprojeto foi querido até a época em que ele nunca conseguiu realmente ser implementado e finalmente, revogado. Os tempos eram de turbulência, o que já foi possível denotar nos parágrafos anteriores. Só que após a revogação do código idealizado de Nelson Hungria, o ímpeto de mudança não havia se desvanecido. Em 1980 ocorreu a formação, pela Portaria n.º 359, de 22 de abril de 1980, de uma comissão para examinar e emitir parecer sobre uma reforma do código de processo penal que estava em trânsito no Senado Federal. Logo depois, foi formada outra comissão, a partir da Portaria n.º 839, de 01 de setembro de 1980, responsável por compatibilizar o texto do estatuto processual com o anteprojeto do Código de Execução Penal que seria formulado pelo antigo Conselho Nacional de Política Penitenciária. Porém, logo foi percebido que a mudança deveria se espalhar para o código penal. A partir da Portaria n.º 1043 1980, foi formada uma comissão presidida por Francisco de Assis Toledo, mas que também faziam parte Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Helio Fonseca.⁷⁷ O plano definido era simples,

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ BARCELLOS, Caco. Rota 66: a história da polícia que mata. 15 Ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

⁷⁷ TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios básicos de direito penal. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 66-9

corajoso e ambicioso: Primeiro haveria os Anteprojetos de Código Penal – Parte Geral, Código de Processo Penal e de Lei de Execução Penal; na segunda etapa, o Código Penal – Parte Especial e a Lei das Contravenções Penais. Apenas uma parte foi bem sucedida, o que é o começo dos problemas da dicotomia entre parte geral e parte especial. Em 1981 foi publicado o anteprojeto de lei que alterava a parte geral para receber sugestões, com seus trabalhos concluídos em 1982. Sendo então aprovados pelo Congresso Nacional, e em 11 de julho de 1984, pela Lei nº 7209, ocorreu sua promulgação pelas mãos do último presidente da ditadura militar, João Figueiredo.⁷⁸

Dentro desses diversos participantes, cada um possuía internalizado um objetivo próprio junto com sua própria ideologia e pensamento jurídico, mas o objetivo geral da reforma foi modernizar o código penal, adequando-o às necessidades e demandas da época que viam numa atualização do código uma maneira de lidar com os números de violência que escalavam galopantemente. Por outro lado haviam os que viam na atualização do código uma oportunidade de trazer para dentro do sistema penal teorias que estavam sendo discutidas e estabelecidas há muito tempo dentro da ciência jurídica. Havendo uma certa unanimidade no estado defasado em que o código de 1940 encontrava-se, sendo considerado como possuidor de um caráter autoritário definidor do Estado Novo, só que a reforma foi feita também em um momento conturbado da história brasileira em que o caráter democrático do governo poderia ser questionado tranquilamente, mas trata-se definitivamente de um outro período.

4.3. A influência finalista

Ao discutir o finalismo no Brasil, Nilo Batista possui uma contribuição extraordinária, desenhando um panorama geral da teoria na ideologia brasileira. A teoria finalista da ação começa a ser mencionada por autores brasileiros já nos anos 50, mas desde sempre coberta de críticas, num misto de conservadorismo mordaz até outros que não viam nessa teoria uma contribuição considerável para o campo da teoria do crime. Porém tal teoria não passaria despercebida durante muito tempo, haviam aqueles que percebiam a importância da teoria finalista da ação, como por exemplo: Heleno Fragoso; João Mestieri; Miguel Reale Júnior; Luiz

⁷⁸ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 80-2

Luisi. E assim a teoria foi se espalhando e determinando as bases do que seriam as próximas décadas da teoria do delito no Brasil, inclusive sendo considerada como uma influência na reforma da parte geral. Claro, essa afirmativa trata-se de um tratamento mais geral sobre a matéria, continuando a existir os que continuavam numa eterna pesquisa sobre um direito penal determinado a partir das novas bases democráticas, os afeitos às antigas teorias e os neotecnicistas jurídicos, interessados mais por conceituações e ajustes lógico-formais do que por uma ciência jurídica mais robusta.⁷⁹

Juarez Cirino ao examinar os crimes culposos indica que a definição do crime culposo no código como resultado causado por imprudência, negligência ou imperícia é uma herança do modelo causal, contrariando os fundamentos metodológicos do modelo finalista, que teria sido o paradigma teórico da reforma da parte geral do CP.⁸⁰

Damásio de Jesus assentava que onde era possível adotar a teoria finalista da ação ela foi adotada na reforma da parte geral. Explicava que nenhum código segue essencialmente uma teoria ou outra, principalmente quando se trata de uma teoria como o finalismo em que suas raízes estão ligadas a áreas específicas da teoria do delito.⁸¹ Piarangelli contraria a posição anterior, definindo o código não como finalista, mas como uma reforma possuidora do que existe de mais avançado na ciência jurídica, posições assentes no que havia de mais moderno da dogmática penal.⁸²

Compreensível é a dúvida ao determinar a influência de uma teoria jurídica estrangeira frente a um código que vem carregado de toda uma tradição brasileira de pensamento jurídico. Já em 1967, Nelson Hungria (p.7) concebia tal crítica:

Como toda a vez que a Europa acende fogo, a América Latina há de emitir fumaça, é escusado dizer que já chegou até o Brasil a teoria finalista, tendo havido mesmo quem dissesse dela que é a solução definitiva de fundamentais problemas até hoje insolúveis do tecnicismo jurídico. Antes de tudo, os nossos pressurosos e impenitentes

⁷⁹ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al]. Direito penal brasileiro, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. P. 52-8

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 9. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 183

⁸¹ JESUS, Damásio E. de. Teoria Geral do Novo Sistema Jurídico. In: Curso sobre a reforma penal. (coord.) - São Paulo: Saraiva, 1985, p. 3-4

⁸² PIERANGELLI, José Henrique. Teoria Geral do Crime In: Curso sobre a reforma penal/ Damásio E. de Jesus (coord). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 53

pregoeiros de novidades esquecem que as premissas da teoria finalista assentam, quase exclusivamente, em critérios de solução adotados pelo vetusto Código Penal alemão, sem correspondência alguma em nossa lei penal vigente.

É certo que para a doutrina é deixada a especulação de diversos cenários, a discussão e elaboração de novas teorias, assim como a possibilidade de aplicação. Determinante a última parte já que na elaboração de uma nova teoria é mister que seja coadunada com o princípio da legalidade que é tão caro ao direito penal. Como destaca Nilo Batista (2011, p. 63-5):

O princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo(...) é também pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica(...)garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei

A conclusão lógica é que qualquer teoria aplicada que não estivesse nos ditames no direito positivo daquele Estado não poderia ser aplicada, só que não é bem assim quando estamos tratando do código penal brasileiro e sua tradição de não conceituar os institutos, também possuindo contradições internas inerentes a todo sistema que precisam de soluções práticas sendo coerentes em relação ao sistema jurídico democrático como um todo, devendo essas soluções serem além racionais também serem adequadas aos princípios do direito penal. Porém, infelizmente, trata-se muitas vezes de uma escolha política criminal por parte do julgador que celebrenemente viola os princípios estabelecidos de proteção ao sujeito frente ao poderio estatal e diversos outros, como nos casos do Mensalão e a aplicação das teorias de domínio do fato de Roxin. Também ocorrendo casos em que ela é utilizada deliberadamente de forma errônea, ou no mínimo duvidosa, como quando o dolo é valorado como circunstância judicial culpabilidade. Como explica bem Salo de Carvalho (2022, p. 64) em seu parecer para o caso da Boate Kiss comentando sobre a dosimetria: “é que se o legislador excluiu intensidade do dolo e grau de culpa do *caput* do art. 59, substituindo-os pela categoria *culpabilidade*, a partir de uma adesão à teoria normativa pura, é ilógico valorar dolo e culpa como conteúdo da culpabilidade.” Sendo então uma batalha entre agentes que veem no direito um instrumento para limitar o poder estatal e construir uma sociedade mais democrática conforme os princípios basilares do direito penal e a Constituição de 1988, e aqueles que utilizam da dogmática como mero instrumento legitimador de suas pretensões punitivistas.

4.4. Relação de causalidade

Conforme Júlio Mirabete, ocorreu a exclusão do conceito de causa no artigo 13 do projeto original que resultou na promulgação da Lei nº 7209/84, retornando, assim, ao antigo conceito da teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida *como sine qua non*. Essa modificação ocorreu em virtude de uma sugestão apresentada pela Confederação Nacional das Associações do Ministério Público, devido à suposta previsão de que surgiria uma discussão interminável sobre a aplicação da legislação penal. Assim, os membros dessa comissão consideraram necessário estabelecer uma definição de causa, visando garantir a segurança jurídica por parte dos aplicadores do direito. A omissão também continua como causa do resultado, chamando-a de ação esperada, seguindo então uma teoria puramente normativa.⁸³ Interessante notar que na exposição de motivos nº 12 da reforma do CP de 1984 há a informação sobre supressão da “causa” do dispositivo em questão, mas devido as emendas posteriores ele foi devolvido ao projeto.⁸⁴

Damásio de Jesus também discute isso ao a incongruência já que o caput do art. 13 apresenta uma omissão que fisicamente causa o resultado, já no §2º temos que a omissão fisicamente não causa o resultado. A contradição surge quando no §2º é usada a teoria da omissão normativa enquanto no caput é utilizada a teoria da condição negativa da omissão, de origem naturalista. Mas mesmo nessas condições não deixa de negar a natureza finalista do código.⁸⁵

É importante ressaltar que a teoria da equivalência dos antecedentes enfrenta desafios que podem desencadear um regresso infinito, correndo o risco de um aumento indiscriminado da responsabilidade penal além do autor fato. Além disso, a teoria não é autossuficiente já que são necessárias algumas correções para sua aplicação adequada: O critério da eliminação hipotética; a dupla causalidade alternativa estabelece que, se duas condutas visam o mesmo

⁸³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Causalidade e Culpabilidade In: Curso sobre a reforma penal/ Damásio E. de Jesus (coord). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 60-1

⁸⁴ BRASIL, Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

⁸⁵ JESUS, Damásio E. de. Teoria Geral do Novo Sistema Jurídico. In: Curso sobre a reforma penal. (coord.). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 7

resultado, ambas se "anulam" pelo princípio do *in dubio pro reo*. Quanto ao problema do regresso infinito, o CP possui uma correção presente no §1º: Quando uma causa relativamente independente afeta o processo causal o dispositivo permite a consideração dessa causa, conectando o resultado não mais à conduta anterior, mas sim à nova causa.⁸⁶ Diante desse contexto, é pertinente lembrar a reflexão acerca da utilização de teorias em relação à legislação positiva. A análise cuidadosa da aplicação de teorias jurídicas em consonância com o ordenamento jurídico se mostra imprescindível.

Tavares, em relação a omissão imprópria, mostra que a grande objeção doutrinária em relação aos deveres jurídicos formais está numa possível extensão da posição de garantidor de tal modo que seriam responsabilizados agentes que não possuem qualquer vinculação com o fato. E esse tipo de crítica já advém desde o finalismo quando “a não evitação do resultado por uma omissão só existe quando a execução da ação teria evitado o resultado, em um grau de probabilidade que se limita com a certeza” (Welzel 1970, p. 292 *apud* Tavares 2020, p. 453)

Uma resposta à crítica ao regresso infinito é provida por Welzel e Spendel quando determinam que dentro teoria da equivalência das antecedências estão inclusas apenas condições concretamente realizadas e não as condições hipotéticas possíveis ou prováveis que são mero fruto da imaginação já que qualquer mudança real da condição significaria um resultado completamente destoante. No que diz respeito ao problema das causalidades alternativas, Welzel argumenta que a questão estaria resolvida se, ao excluir uma das alternativas, o resultado ainda persistir, mas se, ao excluir cumulativamente as condições, o resultado desaparecer, então ambas as condições devem ser consideradas causas do resultado.⁸⁷

Juarez Cirino (2020, p.145-6) em sua análise, argumenta que a moderna distinção entre causação do resultado e imputação do resultado resolve antigas questões na teoria da equivalência das condições. Além disso, ele afirma que essa distinção é compatível com a legislação brasileira, considerando a observação dos seguintes princípios:

⁸⁶ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 229-231

⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 9. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 143-4

1. O resultado é o produto real de todos os fatores que o constituem: no limite, a ação do médico que protela a morte inevitável do paciente é condição do resultado de morte deste, porque influi na existência real do acontecimento concreto; mas como a causalidade não é o único critério de atribuição do resultado, a mera relação de causalidade não permite atribuir o resultado de morte ao médico.
2. A relação de causalidade somente é interrompida por curso causal posterior absolutamente independente, que produz diretamente o resultado, anulando ou destruindo os efeitos do curso causal anterior: antes de qualquer ação do veneno colocado por A na comida de B, este morre em acidente de trânsito ao sair do restaurante ou varado pelo projétil disparado pela arma de C. Essa independência do novo curso causal deve ser absoluta, não basta independência relativa: se o acidente ocorre por causa do mal-estar produzido pela ação do veneno, então a ação de A é fator constitutivo do resultado concreto e, desse modo, causa do resultado. Essa consequência decorre da separação entre causação e imputação do resultado, que permite admitir, sem necessidade de disfarces ou razões artificiosas, relações causais realmente existentes – como é o caso das hipóteses da chamada independência relativa –, deixando a questão da atribuição do resultado para ser decidida por outros critérios. É importante notar que a lei brasileira considera a independência relativa do novo curso causal como excludente da imputação do resultado – e não como excludente da relação de causalidade, admitindo, portanto, a moderna distinção entre causação e imputação do resultado.

4.5. Erro

É indispensável pontuar também sobre a mudança que houve com a introdução dentro do sistema penal pátrio das figuras do erro de tipo e erro de proibição. Se antes eram previstos dois tipos de erro, o de fato e o de direito, eles foram substituídos pelos erros de tipo e os erros de proibição. E não há aqui equiparações entre as duas figuras, não é uma mudança apenas de nomenclatura que mantém a mesma infraestrutura, mas se trata de figuras completamente díspares.⁸⁸

É também no erro onde há a demonstração definitiva da influência da ação da teoria finalista no nosso ordenamento jurídico, principalmente em relação ao erro de tipo. O erro de tipo é uma deficiência no conhecimento dos elementos constitutivos do tipo objetivo, essa deficiência pode ser a ignorância ou falsa representação desses elementos constitutivos do tipo.⁸⁹

⁸⁸ LUISI, Luiz - O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 109

⁸⁹ *Ibidem*, p. 110

O erro de tipo, baseado na teoria da ação finalista, fundamenta-se no entendimento do tipo penal conforme preconizado por Welzel e outros teóricos, e não de acordo com a teoria proposta por Belling. Isso significa que o tipo penal possui uma dimensão objetiva, mas também contém uma dimensão subjetiva representada pelo dolo ou pela culpa. Portanto, quando um agente realiza uma conduta que se enquadra diretamente em um tipo penal, caso seja constatado que houve uma deficiência subjetiva, ou seja, que ele não possuía a representação ou a vontade dos elementos constitutivos do tipo objetivo, é considerado um erro de tipo. No entanto, isso é válido desde que o agente não tenha agido com culpa ou que sua conduta se enquadre em algum tipo culposos.⁹⁰ Sendo exatamente o tipo de entendimento posto com a reforma de 1984.

4.6. Culpabilidade

Na exposição de motivos nº 17 da reforma do código penal de 1984 é deixado claro a linha seguida pelo novo código sobre a culpabilidade, os reformadores colocam o paradigma na teoria limitada da culpabilidade.⁹¹ Damásio, em sua análise, descreve que a culpabilidade seria um juízo de valor puro e não envolve elementos psicológicos, além do mais, a teoria finalista seria composta por duas doutrinas distintas: a teoria da culpabilidade extrema normativa e a teoria limitada da culpabilidade. De acordo com Damásio, ele e outros estudiosos sugeriram a adoção da teoria da culpabilidade normativa extrema. No entanto, essa proposta não foi aceita pelo professor Francisco de Assis Toledo, que se posicionou a favor da teoria limitada da culpabilidade.⁹²

No entanto, será necessário divergir da opinião do ilustre professor já que mesmo alguns estudiosos apresentando a ideia de que a teoria social da ação seria uma complementação da teoria finalista da ação ou algo similar, é mister considerar as duas como doutrinas distintas. Segundo Juarez Tavares, a teoria limitada da culpabilidade advém da teoria social da ação. Seus partidários também exprimem a ideia de uma culpabilidade integrada pela consciência potencial da antijuricidade, como é posto na teoria finalista da ação, mas diferem nas consequências do

⁹⁰ Ibidem, p. 111-2

⁹¹ BRASIL, Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

⁹² JESUS, Damásio E. de. Teoria Geral do Novo Sistema Jurídico. In: Curso sobre a reforma penal. (coord.). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 12-3

erro. Além disso, os adeptos da teoria social da ação possuem uma visão de dolo destoante das exprimidas pelos finalistas, para aqueles, o dolo continua a integrar a culpabilidade, só que agora como fator de reprovação.⁹³

É necessário, porém estabelecer que a reforma do CP de 1984 também adota um pouco a teoria extrema da culpabilidade. Ela está presente no erro de proibição sobre a norma ou erro de proibição direto. Ela, dentro do nosso ordenamento jurídico, exclui totalmente a culpabilidade quando inevitável e atenua a pena em caso de evitável. Já nos demais erros continua a ser seguido a teoria limitada da culpabilidade, que, por exemplo, no erro sobre elementos de uma causa de justificação ou nos erros de tipo permissivo inevitável excluem totalmente a culpabilidade e se for evitável exclui a culpabilidade dolosa, permitindo o reconhecimento da culpabilidade culposas se houver previsão para tal. Também é assim no erro sobre circunstâncias de uma norma de exculpação legal.

Se o agente, equivocadamente, por falta representação da realidade, supõe que seu superior hierárquico ordenou que realizasse uma conduta não manifestamente ilegal, quando, de fato, não havia ordenado, se o erro for inevitável, deve-se afasta tanto a culpabilidade dolosa com a culposa, se for evitável, afasta-se a culpabilidade dolosa e se afirma a culpabilidade culposa, se houver previsão legal (analogia ao art. 20, §1º, CP) (TAVARES, 2020, p. 522)

4.7. Concurso de pessoas

Também é no concurso de pessoas onde se denota mais claramente a disputa sobre a influência da teoria da ação finalista dentro do código. Nos códigos anteriores, a autoria e participação, teve sempre o mesmo direcionamento objetivo, não havendo a necessidade de analisar a parte subjetiva ao analisar se o sujeito estava subsumido ao tipo. O código de 1940 adotava a teoria monista onde não havia uma diferenciação entre autor e partícipe, porém, cabe esclarecer, havia uma diferenciação no momento de calcular e aplicar a pena ao indivíduo que levaria em conta outros requisitos como a culpabilidade. Além disso, houve uma interpretação sistêmica, fazendo com que a participação do sujeito devesse ter tido uma relevância causal e

⁹³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 518-9

ainda mais ser querido ou admitido por ele.⁹⁴ (Luisi, p. 117 e 118) Como demonstrava bem Aníbal Bruno (1967, p. 259-262):

Em um sistema penal de sentido objetivo, lógico é que se considere que quanto mais perto estiver o agente de participar da realização da ação típica, com consciência e vontade, maior deverá computar-se a sua responsabilidade. Mesmo conceitualmente, não se pode deixar de distinguir formas diversas de participação. Será reconhecer que, além da causalidade, é necessário tomar em consideração, para fixar a responsabilidade penal, os outros aspectos do fato punível, como ato típico, antijurídico e culpável. Não é só do nexa causal que deriva a responsabilidade penal do agente pelo fato punível, mas ainda da culpabilidade, e se a força causal da atividade do agente, no rigor da teoria da equivalência das condições, não pode variar, pode fazê-lo a culpabilidade, apresentando-se com intensidade maior ou menor nesta ou naquela forma de participação, o que, aliás, pode ser sistematicamente estabelecido para certas categorias de partícipes, e, por fim, é na culpabilidade, sobretudo, que se fundamenta a força da punição. (...) A ação dos vários partícipes é o elemento material, objetivo do concurso - que cada um ponha uma condição para o resultado final. Elemento necessário, mas não suficiente, para integrar o instituto. É preciso que com ele concorra o elemento subjetivo, representado pela consciência e vontade de cada partícipe de cooperar na obra comum, consciência que não é preciso que chegue à forma de um acordo prévio, pelo qual os vários partícipes ajustem as suas vontades para a realização da figura típica. O acordo poderá existir, e será a forma mais perfeita e íntima de participação, mas sem ele pode também haver concurso. O elemento subjetivo que se reclama é só a consciência e a vontade em cada partícipe de cooperar na ação coletiva.”

Luisi expõe que na reforma geral, trazendo uma mudança necessária, o dolo da conduta do agente também é analisado, já que se no concurso de agentes, um deles comete dolosamente um tipo penal, não podendo ser ele conectado para o que foi além do seu dolo, ou seja, do que não havia sido antecipado pela vontade ao escolher os meios possíveis para se chegar ao resultado pretendido. O art 29, §2 do código não seria mais uma teoria monista onde todos cometem um crime, mas agora cada agente no concurso de crimes comete uma conduta por si só.⁹⁵

Além disso, segundo Luisi, outro ponto de influência da teoria finalista da ação está na concepção da autoria como domínio do fato, ou seja, autor dirige sua vontade finalística para o resultado pretendido. O partícipe não teria o domínio do fato. Coloca também o autor que isso é uma parte importante para a extirpação da responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico.⁹⁶

⁹⁴ LUISI, Luiz - O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 117-8

⁹⁵ Ibidem, p. 119

⁹⁶ Ibidem, p. 120-1

Já Cirino dos Santos e diversos outros afirmam que a teoria unitária continua a ser adotada pelo código penal brasileiro. Juristas como João Mestieri dispõem que essa adoção é devida a consonância da teoria da equivalência dos antecedentes adotada no art. 13, porém pontualizando que seria uma teoria unitária temperada pois o instituto disposto no art. 29 está subordinada à teoria da culpabilidade.⁹⁷ Já o prof. Juarez Cirino traz uma abordagem interessante para o assunto afirmando que a divisão funcional do trabalho na coautoria, assim como em qualquer obra coletiva, implica em contribuições distintas para a obra em termos subjetivos (planejamento) e objetivos (execução) do tipo de conduta criminosa. Isso levanta a questão da distribuição da responsabilidade penal entre os coautores. A distribuição dessa responsabilidade depende das contribuições individuais para o fato comum. Portanto, a atribuição conjunta do fato integral, baseada na decisão e execução comum de um determinado tipo de conduta criminosa, não pode ser igualitária, mas sim diferenciada de acordo com a natureza das contribuições de cada um para o tipo de conduta criminosa, que é objeto de valoração do juízo de culpabilidade.⁹⁸

O artigo 29 do Código Penal estabelece que aquele que contribui de qualquer forma para o crime incorre nas penas previstas, na medida de sua culpabilidade. Esse princípio geral, aplicável tanto à coautoria quanto à participação, possui flexibilidade suficiente para abranger a diversidade de contribuições subjetivas e objetivas, incluindo casos de excesso de contribuição ou de contribuições de menor importância para o tipo de conduta criminosa comum.⁹⁹

Já em relação ao §2º do art. 29, o professor Juarez Cirino afirma que em relação à responsabilidade pelo excesso, geralmente, o autor que comete o excesso em relação ao tipo de conduta criminosa decidida em comum é o único responsável por ele. No entanto, em casos excepcionais, o excesso pode ser atribuído aos outros coautores ou partícipes se o resultado mais grave for previsível. Nesse caso, a pena do crime menos grave será aumentada em até metade, conforme estabelecido no art. 29, §2º, aplicável tanto à coautoria quanto à participação.¹⁰⁰

⁹⁷ MESTIERI, João. Teoria elementar do direito criminal: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990, p. 252-3

⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 9. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 369

⁹⁹ Ibidem, p.369

¹⁰⁰ Ibidem, p.370

A aplicação dessa regra é facilitada pela distinção entre excesso quantitativo e excesso qualitativo, que é essencial para determinar a previsibilidade do resultado mais grave. O excesso quantitativo, que é previsível, resulta no aumento da pena do crime menos grave para os coautores e partícipes. Por exemplo, em um caso de decisão comum de causar lesão corporal, se ocorrer o homicídio da vítima como um excesso quantitativo, apenas o autor desse excesso é responsável, mas a previsibilidade desse excesso permite aumentar a pena da lesão corporal imputável aos demais envolvidos. Já o excesso qualitativo, que é imprevisível, não é atribuído aos coautores ou partícipes. Por exemplo, em um caso de decisão comum de cometer um furto em uma residência, se ocorrer o estupro da vítima como um excesso qualitativo, apenas o autor desse excesso é responsável.¹⁰¹

Em casos em que o resultado mais grave é uma qualificadora do tipo penal, a atribuição desse resultado pressupõe, no mínimo, imprudência do coautor ou partícipe. Isso está de acordo com o princípio da culpabilidade, que exclui qualquer forma de responsabilidade penal objetiva.¹⁰²

¹⁰¹ Ibidem, p.370

¹⁰² Ibidem, p.370

5. CONCLUSÃO

Após um extenso percurso, Ítaca emerge no horizonte, permitindo-nos tecer algumas considerações sobre a jornada até aqui empreendida. O objetivo central deste trabalho consistiu em investigar a influência da teoria finalista da ação, para tanto, foram abordadas diversas teorias da ação que a antecederam. Além disso, foi necessário apresentar a teoria em si, situando-a no contexto histórico em que foi desenvolvida, explorando seus fundamentos teóricos, influências variadas e realizando uma breve análise de suas proposições acerca dos elementos do conceito analítico do crime. Nesse contexto, foram contempladas discussões e uma seleção das críticas formuladas.

A partir desse ponto, foi possível trilhar um caminho seguro até a reforma da parte geral, ocorrida em 1984. Começando pela contextualização do cenário político e social vivenciado pelo Brasil no momento da reforma, passando pela chegada da teoria estrangeira no campo jurídico-penal brasileiro, e também apresentando perspectivas que apontam a nova parte geral como finalista, bem como outros que consideram sua influência em alguns elementos. No intuito de pacificar o tema foi realizada uma análise das categorias que poderiam ter sofrido tal aceção ou influência.

É preciso reconhecer que houve momentos em que foi necessário aprofundar a análise de um elemento específico além do que se consideraria estritamente necessário para uma avaliação da presença ou não de uma influência finalista no assunto. Tal medida foi necessária para demonstrar que são partes ainda em disputa dentro da ciência jurídica penal e buscou-se elucidar os temas com o que considere ser a doutrina mais atualizada sobre o assunto.

Nessa mesma toada, buscou-se traçar um esboço demonstrando que há diversas contradições entre os autores quanto à adoção de determinada teoria por cada elemento analisado, o que é algo totalmente normal pelo nível de complexidade da matéria, sendo uma tarefa ainda mais desafiadora já que o código, pelo seu próprio modo de ser, não contém a conceituação desses elementos, sendo, no máximo, possível encontrá-la na exposição de motivos.

Em suma, é possível chegar a conclusões que aponta que houve uma subsunção da teoria finalista em certas estruturas analíticas, mas também em partes que não houve por completo esse tipo de aceitação da teoria. Sendo mais clara a concepção de que um código penal não pode conter em si uma única teoria já que há constantemente um movimento epistemológico em relação à matéria, que continua a transcorrer e que não pode ser interrompido, mesmo nos mais restritos ordenamentos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro III, Capítulo 5.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6º Ed. 2011.

BARCELLOS, Caco. Rota 66: a história da polícia que mata. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL, Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Estabelece o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 20 maio 2023

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Estabelece o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 20 maio 2023

BUSATO, Paulo César. Autoritarismo e Direito penal - 3.3.2. - Hans Welzel e o finalismo. Youtube, 14 mai. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1dl9LxIGU-g&t=2s>. Acesso em 17 novembro 2021.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Ação Significativa. Rio de Janeiro Ed. Lumen Juris, 2005.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CEREZO MIR, José. O finalismo hoje. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 3, nº 12, p. 34, out./ dez. 1995.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FELICIO, Guilherme Lopes. O Direito Penal a Partir de Um Estado Democrático de Direito: O Legado da Reforma Penal Brasileira de 1984 Para a Constituição Federal de 1988. Âmbito Jurídico, [S.l.], 8 julho 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-a-partir-de-um-estado-democratico-de-direito-o-legado-da-reforma-penal-brasileira-de-1984-para-a-constituicao-federal-de-1988/> Acesso em: 20 maio 23.

FERRACIOLI, Jéssica. Neurociência e direito penal: a culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas. 2018. 282 p. Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

HASSEMER, Winfried. “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra”. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas* 4, no 1 (1996): 05–50. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.1996.v04n1p05>.

HISTÓRIA FM 114: Ditadura Militar: do governo Geisel ao fim da ditadura, 1974-1985. Entrevistador: Icles Rodrigues. Entrevistados: Ricardo Duwe e Reinaldo Lohn. [s.l.] *Leitura Obrigatória*, 31 out 2022. Podcast. Disponível em: <https://leituraobligatoria.com/podcast/ditadura-militar-do-governo-geisel-ao-fim-da-ditadura-1974-1985/>. Acesso em 17 maio 2023.

HUNGRIA, Nelson. A teoria da ação finalística no direito penal, *RBCDP*, ano IV, n. 16, p. 7 et seq., 1967.

JESUS, Damásio E. de. *Teoria Geral do Novo Sistema Jurídico*. In: Curso sobre a reforma penal. (coord.). São Paulo: Saraiva, 1985.

LUISI, Luiz - O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral*-Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Causalidade e Culpabilidade* In: Curso sobre a reforma penal/ Damásio E. de Jesus (coord). São Paulo: Saraiva, 1985.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio: livro segundo - Sobre a inconstância de nossas ações*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PIERANGELLI, José Henrique. *Teoria Geral do Crime* In: Curso sobre a reforma penal/ Damásio E. de Jesus (coord) - São Paulo: Saraiva, 1985.

ROCHA, Renato Gomes de Araújo. *Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 15, n. 65, p. 9, mar./abr. 2007

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, W. G. dos. Coalizões parlamentares e instabilidade governamental: a experiência brasileira (1961-1964). *RAE-Revista de Administração de Empresas*, [S. l.], v. 13, n. 4, p. 61–71, 1973. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/40592>. Acesso em: 20 maio. 2023

TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

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

TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios básicos de direito penal. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [*et al*]. Direito penal brasileiro, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010.