

Estas conseqüências dogmáticas do pensamento neokantiano serão o ponto essencial de questionamentos finalistas, porque esta relativização valorativa será responsabilizada, em boa medida, pela justificação de um Direito penal nazista (Escola de Kiel). As estruturas lógico-objetivas, como ponto de partida do conhecimento finalista, significam a medida inversa da subjetividade axiológica do método neokantiano.

De todo o modo, não parecem existir dúvidas de que este método neokantiano permitiu a criação de um sistema penal com viés aberto, ainda que a abertura aqui fosse um tanto quanto incontrolada.⁷⁹ A falta de critérios objetivos para a configuração do valor, o qual era produto da interpretação subjetiva de sua importância histórica, não permitia a imposição de limites ao sistema, abrindo o caminho para uma jurisprudência de interesses excessiva. A interpretação dos elementos do delito não partia de conhecimentos extraídos de maneira interdisciplinar e da realidade. Esta postura redundava na falta de previsibilidade da decisão jurídica. O valor, como critério interpretativo, não encontrava barreira nas categorias do crime, não auxiliava a aplicabilidade da categoria dogmática, mas a transformava em mero instrumento destinado a justificar decisões. A norma jurídica limitava-se a reiterar a norma de cultura, estando incapacitada para conter a sua aplicabilidade por debaixo de certos padrões e limites.

2.4 Finalismo

O pensamento finalista é, atualmente, muito mais conhecido e aplicado por suas conclusões do que propriamente por suas premissas e metodologia. A significativa aceitação dos resultados dogmáticos deste pensamento, no Direito europeu e latino, nunca foi capaz de superar as objeções decorrentes da lógica de raciocinar que culminou nas soluções oferecidas por esta escola penal. Em verdade, alcançou-se algo curioso no universo jurídico

⁷⁹ Apontando o funcionalismo penal de ROXIN como um desenvolvimento do pensamento neokantiano: "El método neokantiano modifica el enfoque puramente jurídico-formal propio del positivismo jurídico causalista, introduciendo consideraciones axiológicas que llegarán a su pleno desarrollo con el funcionalismo moderado de ROXIN." (SERRANO-PIEDecasAs, José Ramón. La teoría del delito como sistema ordenado de conocimientos. In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Júlío. *Op. cit.*, p. 457).

Guano!

acadêmico: a aceitação das conseqüências dogmáticas e a rejeição do método.⁸⁰ A formulação do conceito de ilícito pessoal e a superação de sua versão meramente causal, a tipicidade subjetiva, a diferenciação entre os erros de tipo e de proibição, por exemplo, por mais que tenham conseguido se impor no sistema penal continental, não foram capazes de promover nem de ilustrar a adoção mais ampla das postulações de HANS WELZEL.⁸¹

Os fundamentos da escola finalista residem na negação do normativismo excessivo (relativismo axiológico), traço marcante do pensamento antecedente e que permitiria ao jurista a liberdade de criar, como bem entendesse, as categorias a serem adotadas no universo do Direito. Nesse sentido, as formulações implicam em forte oposição ao pensamento neokantiano do começo do século, tantas vezes responsável pela abertura sistemática proporcionada à Escola de Kiel.

A tese consiste no fato de as formas jurídicas não poderem ser construídas sem qualquer vínculo com a realidade ontológica ou com o conhecimento auferido por outros campos do saber. O jurista deve, antes de estabelecer suas proposições normativas, buscar descobrir a verdade dos objetos que se relacionarão com as construções legais e dogmáticas. Somente assim será possível articular racionalmente as imposições de certos comportamentos e suas conseqüentes sanções criminais. A matéria do dever-ser tem de obedecer às fórmulas do ser, não sendo permitidas, neste cotejo, contradições compreensivas.

Dever-ser $\xrightarrow{\text{deivar}}$ *Ser*

⁸⁰ No caso deste trabalho, mais do que ponderações a respeito dos aportes metodológicos do finalismo na teoria do delito, o que importa é o método em si, tendo em vista a sua derivação para a construção de um sistema penal fechado. Além disso, o método finalista foi o seu maior objeto de crítica e, conseqüentemente, o motivo maior de formulação de um sistema aberto teleológico ou normativo. Nesse sentido: SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Op.cit.*, pp. 143 e ss. RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 82.

⁸¹ No Direito penal alemão, esta afirmativa é bastante comum e propagada pelos próprios finalistas: "El hecho de que la teoría de lo ilícito se impusiera finalmente, después de larga y agrias discusiones, entre nosotros, no se debió tanto a consideraciones de principio. Ello se debió en mayor medida a que la jurisprudencia, y en parte el legislador, hicieron paulatinamente suyos sus conclusiones más sobresalientes." (HIRSCH, Hans-Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. Tradução Mariano Bacigalupo. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Estudios jurídicos sobre la reforma penal**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987, p. 21). A própria teoria da tipicidade penal hoje aceita, inclusive no Brasil, embora reúna as características da construção de WELZEL, não significa a aceitação e entendimento pleno de suas assertivas. Já foi feita esta consideração em: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op.cit.*, p. 69.

Por isso, o normativismo, ao permitir a liberdade criativa em limites extremados, é claramente questionado. Sua admissão irrestrita, de acordo com o finalismo, pode levar ao engano de permitir ao Direito a sua completa desvinculação das outras ciências, conduzindo-o à promoção de afirmações não verdadeiras em outras searas. O pensamento final, como frisado, parte da premissa de que as ciências em geral não apresentam contradições, o que elas fazem, cada qual ao seu modo, é descrever um mesmo objeto sob um enfoque diferenciado, complementando o conhecimento em busca da essência de um determinado ser. O Direito não cria o seu objeto, só o reconhece, devendo-o fazer da forma mais adequada para evitar falsidades e consagrações de meras aparências.⁸² Enfim, o Direito está limitado às formas já concebidas do universo ontológico.

A metodologia de WELZEL, ao entender a verdade como produto derivado dos diversos segmentos continuados das ciências, coloca-se de maneira contrária àquelas do normativismo e do positivismo. No primeiro caso, considera existir uma desvinculação potencial entre o Direito e a realidade, o que afetaria diretamente a razoabilidade do conteúdo do mundo jurídico. Quanto ao positivismo, o autor não pode conceber uma ciência do Direito que tenha como premissa a separação deste em relação aos demais campos do conhecimento, sendo incapaz de assumir e demonstrar os laços espirituais que rodeiam todas as suas constatações.⁸³

Em que pesem os legítimos e fortes influxos ideológicos de questionamento ao normativismo exacerbado do nacional-socialismo alemão, que tanto

⁸² O conhecimento humano para WELZEL não possui uma capacidade construtiva independente da realidade. O que faz é emergir a verdade, utilizando como caminho a investigação das múltiplas aparências para o alcance da essência de um objeto tal como ele o é de fato. "Conocimiento solo puede ser: comprensión del objeto tal como es. Por eso, si un objeto es a su vez materia de varias ciencias, aun así no pierde su identidad, solo sucede que en cada ciencia no aparece con la totalidad de su precisión [...] Hay una sola verdad: lo que es verdad para una de las ciencias, debe encontrar también su lugar en la otra [...] Seguramente que hay diferentes métodos, pero estos no 'crean' de manera diferente una idéntica 'materia' amorfa, sino que se rigen por los distintos 'aspectos' del objeto. De todos modos no se nos da nada de 'amorfo' que haya de crear, sino que es nuestro conocimiento del objeto lo que es primero 'amorfo' y lentamente 'crea'." WELZEL, Hans. Derecho penal y filosofía. In: **Estudios de derecho penal**. Tradução Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, pp. 150-151. Este trecho de WELZEL permite perceber, de modo bastante claro, a distinção de seu pensamento com aquele desenvolvido, por exemplo, por RADBRUCH. Para este último autor, o mundo é caótico, podendo ser entendido apenas por meio dos valores, isto é, através de uma compreensão humana dotada de caráter construtivo.

⁸³ WELZEL, Hans. Derecho penal y filosofía. In: **Estudios de derecho penal**. Op. cit., p. 148.

Interdisciplinar

motivaram criticamente o pensamento finalista, a grande dificuldade desta corrente a respeito de sua aceitação derivou desta vinculação ontológica, ou seja, a construção jurídica sempre pautada sobre a natureza das coisas (estruturas lógico-objetivas). Isto implica na limitação do jurista, tendo em vista que suas construções deverão estar sempre apoiadas na realidade, de modo a afastar produções artificiais ou, nas palavras de HIRSCH, meramente “... jurídico-normativas.”⁸⁴ (quer afastar)

Esta metodologia do finalismo torna-se importante para a compreensão dos fins do Direito penal e da pena, bem como do sistema fechado que lhe é derivado. O desenvolvimento de uma teoria geral da ação ou do comportamento humano influencia a maneira de entender as próprias limitações do Direito penal e o papel que pode exercer dentro das comunidades temporal e histórica. A partir da percepção da intencionalidade como elemento central da atuação humana, através da antecipação das metas e eleição dos meios, o desvalor conferido pelo Direito penal através de um juízo valorativo-jurídico não poderá mais residir apenas no resultado (“... *pena como retribuição do fato.*”) ⁸⁵

Ao contrário do defendido pelos causal-mecanicistas, os quais diagnosticavam o comportamento como um movimento muscular externo, a valoração negativa, até então centrada exclusivamente no resultado, estará expandida para ação, encontrando nesta última o seu foco elementar (juízo de reprovação lastreado na subjetividade típica e na culpabilidade da consciência do ilícito). Assim, um primeiro passo para a reformulação do conceito de ilícito é dado. Mais do que causar um resultado, a relevância jurídico-penal passa a ser a infração do dever. Isso, em conseqüência, determina um modo diferenciado de enfrentar o problema da norma penal, a qual não pode evitar diretamente resultados indesejados, mas influir sobre os comportamentos que tenham a potencialidade de ocasioná-los.

Isto não quer dizer que o Direito penal esteja totalmente despreocupado com o resultado. Tal afirmativa desvincularia a infração de dever do seu conteúdo de lesividade. Mais importantes do que as conseqüências são as condutas, sempre inspiradas pela negação dos valores sociais e regidas pela intencionalidade (aspecto subjetivo final) que as comanda. Esta formulação de WELZEL inaugura uma verdadeira revolução na dogmática jurídico-penal, tendo em vista que é capaz de justificar de modo mais convincente, dentre outras, a punição da tentativa, situação em que, não obstante a inoccorrência do resultado, o desvalor da ação é capaz de promover a responsabilidade penal. A acentuação demasiada do resultado, como se fazia sobre o dogma causal, conduzia ao pleno utilitarismo do Direito penal, uma vez que o juízo de valor jamais poderia ser realizado sobre o comportamento em si mesmo, na sua negatividade, mas somente sobre os resultados, proveitos ou sucessos desta atuação.

O julgamento jurídico não se daria sobre a conduta, mas sim sobre a sua conseqüência, esquecendo-se de considerar todo o aspecto deletério que está subjacente à opção tomada pelo cidadão infrator. Nesse sentido, o Estado utilizaria um Direito penal muito mais voltado para evitar as conseqüências avaliadas como prejudiciais do que propriamente reafirmar perante a coletividade sua desaprovação em face de um comportamento dissociado daquilo que é esperado dos integrantes da comunidade. Poder-se-ia dizer que mais negativo do que a realização do dano é a vulneração da norma, a oposição entre o mandamento jurídico e a intenção do delinqüente (infração do dever jurídico).

Mais relevante do que os efeitos positivos ou negativos circunscritos a um resultado especificamente proporcionado deve ser a manutenção de uma tendência comportamental constante, a qual se dará com a defesa dos valores ético-sociais.⁸⁶ Se a missão do Direito penal fosse a repressão por ocorrências de resultados lesivos, sua preocupação estaria restrita ao passado, tendo em vista que sua atuação sempre pressupõe a verificação de eventos já ocorridos. Sem negar que o Direito penal atua em razão de ocorrências pretéritas, o

⁸⁶ Ainda que WELZEL negue com veemência a punição de meras intenções, com o que faz a diferenciação entre o direito e a moral, deixa claro que: "Asegurar el respecto por los bienes jurídicos (esto es, vigencia de los valores de acto) es más importante que lograr un efecto positivo en el caso particular actual." (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 4).

inspire a seu fatos

autor lança sua finalidade para o futuro, uma vez que, ao proteger a vigência dos valores ético-sociais, atribui a este segmento jurídico a sustentação das premissas axiológicas que permitem a sobrevivência do Estado e da sociedade.

Deste aspecto resulta, com clara originalidade, a proteção dos bens jurídicos de maneira mediata, algo por completo dissonante da perspectiva clássica do Direito penal ou da criação positivista de VON LISZT e seu bem jurídico materializado no interesse tutelado.

Para WELZEL, a proteção de bens jurídicos não é a razão de existir do sistema criminal, ainda que realize esta função. O esgotamento do Direito na proteção de bens jurídicos significaria uma meta sempre fracassada e pobre. Fracassada porque tais bens já teriam sido violados pela não-observância de alguma mensagem prescritiva quando do acionamento da persecução penal; pobre porque esqueceria que o Direito penal não protege os bens jurídicos em sua integralidade, mas em determinadas formas de agressão, as quais são penalmente mais relevantes enquanto violações de valores ético-sociais (desvalor da ação) do que como atos atentatórios em si mesmos (desvalor do resultado).⁸⁷

Proteção não se esgota no bem jurídico.

O fundamento do finalismo acaba por construir epistemologicamente todas as características que outorgam ao Direito penal a sua própria razão de existir. Por trás das proibições, as quais atacam diretamente bens jurídicos, estão os valores ético-sociais, responsáveis pela construção de uma determinada sociedade. O Direito penal atua como elemento mantenedor desta comunidade, refletindo os valores do marco cultural de uma época.

A função primordial da dogmática penal – enquanto ciência prática responsável pela explicitação sistemática dos pressupostos de imposição da pena – é proteger e reafirmar os valores ético-sociais, isto é, olhar para o futuro, formar eticamente os

⁸⁷ Esta forma de raciocínio posteriormente será utilizada e extremada por JAKOBS a respeito dos fins do Direito penal. WELZEL, como seu mestre, já havia, entretanto, lançado as bases do pensamento. "El Derecho Penal otorga protección a los bienes jurídicos sólo contra agresiones configuradas de determinada manera." (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 5).

indivíduos, fortalecer a “... consciência da permanente fidelidade ao direito”.⁸⁸ Este é um traço hoje muito marcante da função preventivo-geral positiva de pensamentos como os de JAKOBS.

Tais valores ético-sociais não são realidades etéreas e vagas, mas sim constitutivas das balizas mínimas de convivência social. Eles estão arraigados no ser, envolvem a atuação humana final na medida em que são ratificados ou questionados pelos comportamentos. A justificação da pena coloca-se na projeção do dever-ser no ser,⁸⁹ realçando, em primeiro plano, a conduta, para posteriormente cuidar da problemática do resultado.

A pena apresenta-se como a retribuição necessária e pautada através de um juízo ético-negativo, elemento intrínseco e formador do conceito de culpabilidade. Na medida em que a pena retribui esta valoração negativamente auferida, possibilita ao sistema criminal a capacidade preventiva de novas agressões a bens jurídicos e impõe à consciência coletiva o respeito que deve ser conferido a tais valores naquela comunidade. Trata-se de uma espécie de retribuição preventiva.⁹⁰ Não é à-toa a destacada similitude entre a visão retributiva clássica (legalismo ou formalismo ético) e a finalidade preventivo-geral (garantia de expectativas normativas) desenvolvida pelo funcionalismo contemporâneo.

→ Síntese

Estas considerações apontam para o diagnóstico que se faz do finalismo como um modelo sistemático fechado. O aporte ontológico que limita a construção jurídica restou por impedir a compreensão do conceito de ação como representação de sentido. A finalidade do sistema criminal como um todo está restringido por uma estrutura ontológica,

⁸⁸ *Ib.*, p. 3.

⁸⁹ Neste sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Tradução José Carlos Gobbi Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

⁹⁰ WELZEL faz uma distinção entre autores ocasionais e delinquentes por estado. As respostas penais, afirma o autor, devem ser diferentes para ambos os casos, através de uma dinâmica de via dupla. Para os primeiros, o Direito penal deverá apresentar característica retributiva lastreada na culpabilidade e tipos estritos. À segunda hipótese atribui-se uma estrutura de prevenção, a ser complementada pela aplicação de medidas de segurança em conjunto com penas. Esta divisão de tratamentos não parece tão distante daquilo que será chamado de Direito penal do inimigo por JAKOBS. Enquanto os primeiros, embora infratores, podem ainda introjetar os valores ético-sociais, estas esperanças já estariam completamente perdidas perante os segundos. Entretanto, ocorre que não há qualquer avaliação de fundo científico um pouco mais elaborado, no sentido de dizer quais são os verdadeiros fatores capazes de propiciar que dado sujeito alcance esta ou aquela classificação. WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 10.

Fundamental: Welzel, Jakob

extraída de modo dedutivo e axiomático.⁹¹ O sistema não concebe a transformação do juízo de valor que se faz sobre os fatos, como a possibilidade de vincular a infração de dever com as metas de imposição da pena.

Se, por um lado, os conhecimentos estranhos ao Direito penal são essenciais para a elaboração de categorias como a ação final, por outro estes saberes não-jurídicos sofrem enormes dificuldades para funcionar como influxos relevantes na solução de casos. No exato instante em que a pena responde ao juízo negativo ético-social, as informações obtidas sobre a sua concreção social são desprezadas para a eventual revisão desta tarefa. A pena, contudo, não é uma estrutura ontológica, mas de sentido, igualmente à infração de dever. A idéia não é negar a finalidade como elemento essencial da ação, mas demonstrar o problema de esgotar na natureza das coisas as potencialidades dos conceitos dogmáticos.

Em grande parte do espaço acadêmico dos países que adotam o sistema jurídico continental, este fechamento cognitivo do finalismo foi o grande responsável pelas críticas e superação de seu modo de pensar.

2.5 Funcionalismo

Desde o início, o funcionalismo deve ser entendido através de sua forma mais basal de compreender a vida social, ou seja, as maneiras como os seres humanos constroem sua sociedade e, em conseqüência, regulam-na. Um aspecto basilar desta formatação coloca-se na verificação de um mundo composto por indivíduos, tomados abstratamente na singularidade. Ao contrário, por exemplo, da visão de grupos ou classes, comumente vinculados a uma perspectiva materialista dialética, o funcionalismo propõe uma composição social atomizada, pulverizada na igualdade formal.

A sociedade é composta por indivíduos, tendo o ser humano como sua base última. Imaginando-se a sociedade como um organismo, suas células são representadas

⁹¹ Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. *Op. cit.*, p. 368.