

A universalização dos bens jurídicos do neokantismo e suas análises de imutabilidade atingirão diretamente a formatação do Direito nas sentenças, fazendo do elemento normativo o espelho refletor de concepções dominantes e capazes de manter um direito penal do controle. A vida, a propriedade, a família, todos vistos como abstrações categóricas, certamente outorgarão maior legitimidade ao Direito que a doutrina de capilaridade dos positivistas. Contudo, a imposição e a impossibilidade de relativização dos valores tornam-se um óbice para a consolidação de um ambiente participativo e plural em significados.

A descoberta do aspecto valorativo do Direito foi resolvida por estes pensadores dentro do vislumbre idealista, próprio da filosofia de Baden e da tradição germânica de KANT e HEGEL. A II Guerra e o advento deletério e totalizador da Escola de Kiel, pormenorizada no "*Direito Penal do Autor*" e nos "*Estranhos à Comunidade*", trazem por sua vez o pólo oposto, ou seja, a busca de um ontologismo, ou de estruturas lógico-objetivas prévias à realidade humana como garantias de horizontes mais seguros e razoáveis.

Surge a doutrina finalista, que não obstante vislumbrar a busca da realidade e significar ganho indelével à teoria do delito e ao tipo penal, dará a volta ao círculo e retornará ao mais puro mundo do normativismo axiológico, conforme a ponderada crítica desenvolvida por ROXIN e seus seguidores funcionalistas.

3.4. O pensamento de Hans Welzel e o Tipo Finalista

A avaliação superficial das conclusões de HANS WELZEL, talvez o maior expoente do direito penal na primeira metade do século XX, pode significar alguns equívocos de posição acerca da própria aceitação e perenidade de suas assertivas.

A divisão tríplice hoje aceita do crime entre seus elementos autônomos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), embora resgate neste sentido o modelo LISZT-BELING, não representa, apenas por este aspecto, a total concordância com os postulados da teoria finalista. Assim, a existência nos ordenamentos da expressa construção dos três conceitos que perfazem o crime não pode ser entendida por si só como a absoluta

A universalização dos bens jurídicos do neokantismo e suas análises de imutabilidade atingirão diretamente a formatação do Direito nas sentenças, fazendo do elemento normativo o espelho refletor de concepções dominantes e capazes de manter um direito penal do controle. A vida, a propriedade, a família, todos vistos como abstrações categóricas, certamente outorgarão maior legitimidade ao Direito que a doutrina de capilaridade dos positivistas. Contudo, a imposição e a impossibilidade de relativização dos valores tornam-se um óbice para a consolidação de um ambiente participativo e plural em significados.

A descoberta do aspecto valorativo do Direito foi resolvida por estes pensadores dentro do vislumbre idealista, próprio da filosofia de Baden e da tradição germânica de KANT e HEGEL. A II Guerra e o advento deletério e totalizador da Escola de Kiel, pormenorizada no “*Direito Penal do Autor*” e nos “*Estranhos à Comunidade*”, trazem por sua vez o pólo oposto, ou seja, a busca de um ontologismo, ou de estruturas lógico-objetivas prévias à realidade humana como garantias de horizontes mais seguros e razoáveis.

Surge a doutrina finalista, que não obstante vislumbrar a busca da realidade e significar ganho indelével à teoria do delito e ao tipo penal, dará a volta ao círculo e retornará ao mais puro mundo do normativismo axiológico, conforme a ponderada crítica desenvolvida por ROXIN e seus seguidores funcionalistas.

3.4. O pensamento de Hans Welzel e o Tipo Finalista

A avaliação superficial das conclusões de HANS WELZEL, talvez o maior expoente do direito penal na primeira metade do século XX, pode significar alguns equívocos de posição acerca da própria aceitação e perenidade de suas assertivas.

A divisão tríplice hoje aceita do crime entre seus elementos autônomos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), embora resgate neste sentido o modelo LISZT-BELING, não representa, apenas por este aspecto, a total concordância com os postulados da teoria finalista. Assim, a existência nos ordenamentos da expressa construção dos três conceitos que perfazem o crime não pode ser entendida por si só como a absoluta

admissão de todas as categorias diagnosticadas por WELZEL. Não é porque alguém afirma a estrutura tripartite que, de imediato, torna-se finalista.

Apenas para se ter idéia, a formulação de teorias como a imputação objetiva ou o próprio funcionalismo de JAKOBS ou ROXIN, os quais aceitam a tripartição delitiva, não implica o juízo de coerência epistemológica com o quanto aplicado por WELZEL. Da mesma forma, aceitar a transposição dos elementos dolo e culpa da culpabilidade para a tipicidade na sedimentação do conceito de tipo subjetivo também não basta para o título de defensor do finalismo.

Para o entendimento das bases da formulação de WELZEL, resta inafastável a compreensão da mais importante tese suscitada por este autor, qual seja, a noção de ação final, verdadeira fonte de alimentação de todo seu edifício teórico. Se assim não se faz, pode permanecer a impressão que a íntegra do movimento de alteração dos componentes do crime deu-se de forma casual, baseada simplesmente no automático combinatório de peças, o qual acabou por assumir fecunda relevância. O tipo penal, na concepção do autor, vai reconstruir a realidade assim compreendida no modelo finalista (*mundo ordenado – ação humana organizada em contexto ontológico*)⁹⁵.

WELZEL parte de forte acumulado científico para a formulação da teoria da ação final, aqui refletida em construções dogmáticas que a incorporam de modo prático. O próprio pensador, diante dos diversos questionamentos que sofreu acerca de suas influências filosóficas, fez questão de salientar em sua obra qual o vértice que pautou suas incipientes reflexões sobre a teoria finalista, embebendo-se da psicologia e da fenomenologia, conforme detalhadamente frisa no prefácio da quarta edição de sua obra “*O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*”.⁹⁶

⁹⁵As relações do tipo com a realidade ontológica são condicionadas. A ação humana como estrutura lógico-objetiva determina como deve ser a estrutura do tipo. “*Como consecatório, é evidente que os conceitos normativos, isto é, os da lei, bem como os elaborados pelo juiz, ou pela ciência do direito, não transformam, dando ordenação e sentido a uma realidade heterogênea e desorganizada, mas encontrando uma realidade com estruturas ontológicas que a faz organizada, e mesmo cheia de valores, limitam-se à descrição dessa realidade.* (LUISI, Luiz. *O tipo penal e a teoria finalista da ação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 38).

⁹⁶WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à teoria da ação finalista*, cit., p. 11-20. “*Não teria, sem dúvida alguma, nenhum motivo para me envergonhar se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann – se isso fosse correto. Mas esse não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procederam de N. Hartmann, mas da Psicologia do Pensamento, e a primeira delas, da obra Grundlagen der Denkpsychologie (Fundamentos da Psicologia do Pensamento), do recém-falecido filósofo Richard Honigswald. Recebi também outras sugestões dos trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Eric Jaench, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder, entre outros. Todos esses trabalhos, que apareceram*

O desenvolvimento do trabalho de WELZEL consiste na ruptura com os modelos de ação vigentes até então (naturalista ou teoria social). Refuta-se a visão inspirada no idealismo de HEGEL e pautada na noção de ato humano como expressão da vontade moral. Ao mesmo tempo, não aceita o empirismo positivista de entender o ato humano como externo e voluntário, porém desprovido de importância intencional para o tipo configurado no modelo de BELING e VON LISZT. Despreza-se, ainda, a ação causal e social dos neokantianos, que tentam outorgar um sentido valorativo como base de interpretação do mundo desorganizado.

Todas estas concepções enfrentavam problemas, com destaque para o plano causal de limitação e extensão da ação em termos jurídico-penais. O reflexo das tentativas de limitar a causalidade apresenta-se na teoria da equivalência das condições (artigo 13 do Código Penal brasileiro), pois se levada ao limite, seria capaz de criminalizar os primeiros mortais por todos os males do mundo. As dificuldades da causalidade importaram na tentativa de contorná-la por respaldos interpretativos de proibição de regresso, causalidade adequada ou relevância; tudo como desespero de limitação de sua abrangência ⁹⁷.

WELZEL atribui ao comportamento humano a finalidade; o intuito; o escopo de alcançar determinado objetivo. Por conseguinte, para o pensador não se pode pensar a ação humana desprovida de finalidade ou intenção, haja vista que os homens possuem a capacidade de acionar e movimentar os cursos causais visando sempre a atingir determinadas metas. A espinha dorsal da ação finalista é a vontade, a qual não pode, por isso mesmo, ser relegada ao plano secundário ou periférico de análise científica. A finalidade, pertence à ação como categoria pré-determinada, apenas dessa forma tem de ser incorporada pela teoria do delito, atribuindo ao atuar humano seu sentido de *vidência* em contraponto à *cegueira* resultante de sua percepção no aspecto causal ou naturalista (*sensorial*). A análise ontológica e suas estruturas lógico-objetivas não podem ser

entre 1920 e 1930, promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações, e evidenciaram uma forma de realização dos atos anímicos que não era causal-mecânica. Em meu primeiro artigo denominei essa forma de realização intencional dos fins e a segui a partir da ação interna, dos atos do pensamento, que haviam sido destacados pelos trabalhos daqueles autores, até os atos voluntários e a realização da vontade (por conseguinte, até a ação externa)".

⁹⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 45-60.

O Autor traz com detalhes em sua obra a evolução das tentativas de correção aos corolários da teoria causal da ação, iniciando sua exposição, feita na Parte II do Livro, com a seguinte ponderação. "*A evolução da teoria do delito foi acompanhada de uma questão crucial que é a relação que pode determinar a existência de um crime. Há no mundo real determinadas ações que não interessam ao Direito Penal, mas somente aquelas que, nos termos da lei, são atribuídas e possuem interesse jurídico penal*".

desprezadas pelo legislador, sendo certo que este permanece adstrito a estas sob pena de insanável equívoco. Se o tipo penal tem a missão de ler o mundo, deve fazê-lo tal qual de fato o é.

A finalidade distingue-se da mera voluntariedade percebida até então como elemento de culpabilidade. O conteúdo da atuação humana apenas pode ser vislumbrado diante do querer (*elemento volitivo*) e do conhecer (*elemento cognitivo*). A ruptura que WELZEL realiza por meio do conceito de ação subjetivada e sua respectiva efetividade na matéria de proibição⁹⁸ implicam necessariamente na reelaboração da tipicidade.⁹⁹

O atuar humano na construção finalista pode ser examinado em dois momentos diversos, sendo o primeiro transcorrido completamente no aspecto intelectual ou do pensamento, e o segundo relacionado diretamente com as conseqüências trazidas pela realização daquela determinada conduta. A etapa inicial do pensamento pode ser subdividida em três etapas, quais sejam: (i) *antecipação do fim*, (ii) a *seleção dos meios necessários para sua realização*, e (iii) *consideração dos efeitos concomitantes*. Na etapa final, o resultado é visto como o conjunto das conseqüências, tanto aquelas derivadas da intencionalidade principal do agente atuante, tanto daquelas derivadas da eleição dos meios (*externalidade*), na medida em que o autor tenha contado com a possibilidade de sua produção.

Esta construção idealizada por WELZEL trará as alterações sistemáticas como conseqüências lógicas, tendo em vista a ligação umbilical da elaboração dogmática com as estruturas lógico-objetivas que perfazem a ação. Se a ação não pode mais ser vista simplesmente como externalidade causal, o tipo penal não poderá, da mesma forma, ser compreendido dessa maneira. O tipo penal assume duas perspectivas, objetiva e subjetiva. A primeira desligada da antijuridicidade e capaz de realizar a leitura objetiva das matérias

⁹⁸Para WELZEL a matéria de proibição contém como um de seus elementos a tipicidade, entendida na descrição objetiva, material (modelo de conduta) do comportamento proibido. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., p. 74).

⁹⁹WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à teoria da ação finalista*, cit., p. 30. "A finalidade não deve ser confundida, por isso, com a mera 'voluntariedade'. A 'voluntariedade' significa que um movimento corporal e suas conseqüências podem ser conduzidas a algum ato voluntário, sendo indiferente quais as conseqüências queria produzir o autor. Nesse sentido, a enfermeira e o atirador, nos casos mencionados, realizam também atos 'voluntários', se se faz mentalmente abstração do conteúdo de suas vontades. Para se compreender, contudo, a ação, para além de sua característica (abstrata) de mera voluntariedade, é dizer, de sua forma essencial, concreta, determinada em seu conteúdo, só é possível lográ-lo mediante a referência a um determinado resultado querido. O ato voluntário da enfermeira é final apenas em relação a aplicar a injeção, o do atirador em relação a atingir a árvore, mas nenhum dos dois diz respeito à morte de alguém. A finalidade é essencial a referenciar a determinadas conseqüências desejadas, sem ela resta apenas a voluntariedade, que é incapaz de caracterizar uma ação de um conteúdo determinado."

de proibição, permitindo ao cidadão e ao juiz identificarem quais são os comportamentos proibidos. A segunda perspectiva conterà a faceta volitiva da conduta, sendo integrada pelos elementos dolo e culpa retirados da culpabilidade neokantiana.

A noção pura do tipo descritivo de BELING não mais vai ser admitida em seu aspecto de objetividade, tendo em vista o elemento anímico que, a partir de agora, passa a integrar o delito em sua face subjetiva¹⁰⁰.

A percepção da existência de elementos anímicos na *figura reitoria* não foi, em si mesmo, um ineditismo de WELZEL, posto que os neokantianos já haviam percebido tais aspectos subjetivos, inclusive para tentar resolver a justificação teórica do crime tentado, promovendo, ademais, as mencionadas críticas ao modelo neutro objetivado do sistema LISZT-BELING do “*Tatbestand*”. Contudo, o apego à teoria causal da ação neokantiana jamais possibilitaria o salto dado por WELZEL de reestruturação do tipo penal e da culpabilidade, o que possibilita dizer que a verdadeira inovação deste último foi a construção da teoria final da ação, sendo as demais implicações conseqüências naturais desta visão inovadora sobre a teoria do delito.

Todavia, e curiosamente, WELZEL acabou mais reconhecido e lembrado (vide a doutrina e a jurisprudência brasileiras) por sua estrutura categorial do delito. Restou, por outro lado, efusivamente criticado em sua teoria da ação final, superada pelos funcionalistas e suas construções mais adequadas à modernidade complexa e reflexiva.¹⁰¹

¹⁰⁰ A postulação do tipo subjetivo no finalismo retirou a característica exclusivamente objetiva do tipo em BELING. Todavia, quanto ao tipo objetivo tão-somente, WELZEL aproxima-se mais de BELING do que dos pensadores neokantianos. Tal constatação originou na doutrina diversas posições acerca da relação das conclusões estabelecidas por WELZEL e BELING, não obstante derivarem de métodos claramente opostos. Salutar, nesse sentido, a análise de ROXIN sobre o “belinguanismo” de WELZEL. (ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, cit., p. 69-81).

¹⁰¹ JAÉN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Ed. Colex, 1994, p. 41-42. “Especialmente reveladoras de esta tendencia resultan las siguientes palabras de JAKOBS: ‘el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es una acción, como pretendía la escuela de V. LISZT con su separación de lo físico y lo psicológico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología..., sino que en élbite del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el derecho penal (...). Por tanto, un concepto jurídico penal de acción debe combinar sociedad y derecho penal..., debe contener una teoría lo mas completa posible del comportamiento jurídico penal relevante’. (...) El concepto final de acción suscito inmediatamente una gran discusión en la doctrina alemana, sobre todo por haber sustraído a la culpabilidad el dolo y la culpa, lo que suponía un cambio sustancial en el sistema de la teoría del delito entonces imperante (década de los treinta). Curiosamente, desde hace ya tiempo es aceptado en forma casi unanime en Alemania (una excepción la representan Baumann/Weber) que el dolo e la culpa no forman parte de la culpabilidad, sino del tipo penal, lo que no ha supuesto, como se caba de indicar, la aceptación de la idea de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas, o previas e la ley, asi como tampoco del concepto de acción del finalismo. Las razones más bien habría que buscarlas en existencia de los elementos subjetivos del tipo, así como en la punibilidad de la tentativa”.

Dentro da tipicidade penal, os dois enfoques de cognição (objetivo e subjetivo) assumem importância crucial, diferenciando-se sobremaneira da abordagem vista até o momento. No aspecto objetivo, o tipo descreve a conduta, buscando sua evitação ou a punição na hipótese de realização de um resultado. Entende WELZEL que não se proíbe o resultado em si mesmo, mas as ações que vislumbram tal acontecimento no decurso do nexos causal controlado teleologicamente. É impossível ser proibida a morte, mas sim a conduta de matar; da mesma forma, não há como se proibir simplesmente o resultado natural de inversão da posse, mas as formas humanas que possibilitam esta determinada ocorrência ilícita.

O aspecto subjetivo, agora construído na égide do dolo e da culpa, será capaz, ao seu turno, de outorgar sentido ao agir humano (*finalidade vidente*), possibilitando, inclusive, a justificação científica e teórica da tentativa subsumida ao comportamento incriminado através do juízo de tipicidade, ainda que inexistente a ocorrência naturalística do resultado material (*desvalor da ação*).

Com WELZEL, a atenção penal volta-se para a ação, constituindo o juízo de reprovação tanto no desvalor intencional e final desta, tantas vezes desprezado, como no desvalor de sua produção ou resultado. O tipo doloso, assim, realiza-se na desvalorização dada ao agir e ao produzir vislumbrados. O tipo culposo será determinado pela violação do dever de cuidado na eleição dos meios direcionados a um específico fim, mesmo que esta finalidade principal se apresente como irrelevante para a esfera do direito penal. Assume também a culpa a idéia de ação final, pautada no elenco dos meios razoáveis para a consecução do resultado almejado, com a referida violação do dever de cuidado.¹⁰²

Diante da construção deste modelo, WELZEL consegue, a despeito das críticas sofridas, imaginar um plexo sistemático e até certo ponto coerente de limitação da importância da ação na perspectiva penal. O tipo subjetivo consegue ser contemplado pela *previsibilidade* do autor em face de seu comportamento, devendo atuar com dolo ou culpa¹⁰³ para a sua configuração. Posteriormente, o juízo de culpabilidade transforma-se

¹⁰²WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à teoria da ação finalista*, cit., p. 31.

"A esse respeito é indiferente, para o sentido da ação final, que a consequência produzida voluntariamente represente, na estrutura total da ação, o fim desejado, o meio utilizado, ou mesmo um mero efeito concomitante, compreendido pela vontade de realização".

¹⁰³Importante notar que o conceito de culpa em WELZEL assume um grau de importância quase exclusiva à ação, não residindo no resultado a tamanha importância que lhe era atribuído pelos causalistas. "Naturalmente, Welzel había derivado antes este disvalor de acción de la 'acción imprudente', igualmente de seu finalidad, de una 'finalidad defectuosa', de la 'finalidad potencial', no totalmente actualizada, y con ello convirtió a la culpabilidad, en el sentido de la imprudencia subjetiva, en presupuesto del ilícito,

em puramente normativo (*juízo de reprovação*), centrado na consciência da ilicitude traçada por meio do relativismo de valores e na consciência profana do mundo da vida.¹⁰⁴

Para resolver a limitação do tipo objetivo e seu nexos causal de imputação, WELZEL determina o conceito de *adequação social*, percebendo um caráter de historicidade nas postulações proibidas e, dessa forma, dando um primeiro passo para a definitiva introdução do direito penal nas relações sociais.

A teoria da adequação social exerce importante papel para as noções de imputação objetiva, mesmo que as ferramentas desta última já sejam muito mais complexas e desenvolvidas. A introdução da adequação como critério de interpretação típica realizou a incipiente aproximação da realidade com o sistema de direito penal. Iniciou a ultrapassagem da barreira então intransponível entre política criminal e dogmática jurídica.¹⁰⁵ Nesse sentido, o pensamento de WELZEL assume a relativização axiológica e o rompimento com as construções valorativas idealistas típicas do neokantismo, as quais entendiam ser capazes de revalidar a desorganização do mundo (contingentes) por meio das categoriais universais (eternas).

Contudo, a estruturação do ontologismo culmina em fechar o horizonte do pensamento finalista, significando um freio nos avanços de historicidade e introdução do fenômeno social no sistema dogmático. A tentativa de WELZEL de evitar o normativismo explica-se na convivência totalitária da Escola de Kiel, mas, por outro lado, como em pontos distantes de uma grande curva de raio longo, o ontologismo acaba por se identificar com seu grande rival.

así evita en adelante esta (in)consecuencia, dejando decidir a favor del ilícito la contrariedad objetiva de la conducta al deber de cuidado." (ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor del resultado en el concepto de ilícito*. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1990. p. 177).

¹⁰⁴ CHAVES CAMARGO trabalha a idéia da culpabilidade e sua relação com o mundo da vida, expressando tal respeito dialético como característica fundamental do princípio da dignidade humana construída no Estado de Direito, demarcando-a como sendo "...a consideração do ser como pessoa humana com sua competência comunicativa, no que se denomina, seu mundo da vida. *LEBENSWELT, na expressão habermasiana do agir comunicativo*" (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1994. p. 74.). A consciência da ilicitude determina uma diferença elementar para a própria ciência penal, que teve seu espaço aberto pelo finalismo, apresentando um enfoque humano em face do fato cometido. Não se pode relegar ao segundo plano o resultado, contudo, desprezar o homem e seus valores, arraigados e conquistados em circunstâncias peculiares significa desprezar a própria essência do Direito Penal. Isto contamina de maneira insanável a natureza limitadora da pena exercida pela culpabilidade, pois, para a aplicação da reprimenda penal razoável para determinado e específico indivíduo deve-se, acima de tudo, conhecer este sujeito como detentor de sonhos e decepções pessoais construídas e destruídas através dos valores profanos exalados pela sociedade e, nos dizeres do positivista BINDING, "*adquiridos naturalmente com o ar que a agente respira*".

¹⁰⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social em Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993.

A miríade de vertentes e pré-noções, que orientaram as motivações da escola finalista, buscou o total rechaço das postulações da Escola de Kiel, no sentido da necessidade de desconstrução dos embasamentos desenvolvidos pelo aparato jurídico do nacional-fascismo derrotado na II Guerra Mundial. O pensamento de Kiel parte da premissa de que o homem não pode ser compreendido em sua individualidade, em virtude de ser tal concepção fruto de versão conservadora e liberal, devendo o Direito servir como mecanismo de defesa da organicidade social, estatuída pela raça como elemento unificador da nação. O homem é identificado como membro orgânico do povo, e o Estado como forma natural e preponderante de vida¹⁰⁶.

Assim, tudo aquilo que atentar contra esta forma de vida em coletividade deve estar sancionada pelo Direito, sendo a fonte do direito não simplesmente a lei balizada por princípios como a legalidade, mas sim o espírito da nação, a sua consciência (*sã mentalidade*) do povo alemão. Alcança-se um direito penal completamente apto a punir expressões incapazes de qualquer lesão, questões intimistas, enfim; abstrai-se por completo a noção de bem jurídico e cria-se um direito penal do autor e, acima de tudo, arbitrário.¹⁰⁷

Neste contexto, as estruturas lógico-objetivas percebidas por WELZEL assumem um sentido coerente, ao vincular o legislador e o aplicador do Direito ao mundo e suas “*verdades eternas*” derivadas da própria essência ou natureza das coisas. O espaço para o discurso jurídico e sua respectiva criatividade fica, até certo ponto, significativamente limitado. Se a legislação penal e conseqüentemente toda sua estrutura de legitimação e aplicabilidade estão vinculadas de forma imanente ao mundo prévio à organização humana, é inegável que o respeito e a atenção a esta anterior montagem dos objetos mundanos retiram o caráter discricionário que o homem tem para modificar, alterar e interagir na natureza como espaço já estabelecido. O papel do jurista não está na criação, mas simplesmente no reconhecimento.

¹⁰⁶HUNGRIA, Nélson. *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 19.

¹⁰⁷REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, cit., p. 23.

“O nacionalismo, com seu irracionalismo étnico, inspirou um ordenamento de bases sentimentais e intuicionistas, revelado de modo unitário e totalizante. O antinormativismo, o menosprezo à forma, assim como a noção do direito como imanente à comunidade, fizeram prevalecer sobre a lei o ordenamento que brota da organização social de modo espontâneo. As fontes materiais do direito, tais como o espírito objetivo e a ‘sã consciência do povo’, ditavam as diretrizes para a realização da justiça concreta. Toda a certeza jurídica desaparece quando se procura realizar a justiça material, funda apenas no sentido jurídico efetivo ou factual da comunidade. Comprova-o a reforma do parágrafo segundo do Código Penal, que não só deu possibilidade de analogia no direito penal, cuja aplicabilidade deveria ser feita segundo o sã sentimento do povo.”

Se a ação é final em sua essência, o homem não possui opção ao construir a teoria do delito, haja vista que se torna completamente absurda a colocação do dolo e a da culpa na culpabilidade. O esquema da teoria do delito, para entender o mundo e lhe conferir praticidade, deve respeitar suas categorias prévias ou estruturas lógico-objetivas, sendo imprescindível que o tipo, ao se dirigir à ação, contenha os seus elementos formadores.

Esta modelagem do pensamento de WELZEL foi uma clara resposta ao pensamento vigente à época, fundamentalmente à ideologia proposta pelo neokantismo, que simplesmente deduzia aleatoriamente valores universais, absolutos e “*a priori*”.¹⁰⁸

O ontologismo, em outras palavras, ao buscar a essência das coisas na natureza, comanda aos cientistas induzi-las do plano real e não deduzi-las do universo abstrato e imemorial. Em ambos os casos, todavia, as teorias fomentam a mesma conclusão, qual seja, por meio de um discurso puro de legitimação em bases entendidas como seguras – mundo dos valores ou estruturas lógico-objetivas – o universo de construção do Direito jamais conseguiu perder seu espaço notadamente ideológico e de exercício do poder.

O Direito, a rigor, não traz verdades em local algum, mas situa-se como foco de conflito das possibilidades de opções sociais direcionadas neste ou naquele sentido. A evolução da conceituação do tipo penal tem sua relevância exatamente nesta demonstração, como uma pequena ponta do “*iceberg*” que reflete, em última instância, o quadro estanque de um contexto de relações produtivas e de interações humanas.

Reside neste íterim a tentativa de fuga, nos dizeres de WARAT, do “*senso comum dos juristas*”, que certamente culmina nestes mesmos juristas “*accreditarem*

¹⁰⁸SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia: acerca de su construcción*. Madrid: Dykison, 1999. p. 179-180.

“*Lo anterior puede ayudarnos a entender mejor algunos planteamientos básicos del finalismo. Garcia Pablos de Molina lo explica como sigue: ‘lo que pretendió fue superar el positivismo jurídico y configurar una axiología material – previamente dada al Derecho, basada en verdades eternas, imanente de la esencia de las cosas que funcionaría como límite del propio legislador. Se trataba, precisamente, de evitar el peligro que denunciase Radbruch: el de entregar la dirección del Estado a toda concepción política capaz de alcanzar la mayoría’. De esta manera se nos encuadra y resume un conjunto de aspectos fundamentales de los que significa el finalismo. Sin embargo, a mi modo de ver, ni la doctrina del finalismo ni ninguna otra puede aspirar a unos principios, unos valores o unas verdades eternas o inmutables. El saber en general y el Derecho en particular dependen no sólo de la época y de las convicciones sociales concretas (paradigmas) de que se trate, sino también del punto de vista, y en este sentido sólo puede hablarse como mucho de verdades y de principios jurídico-penales (en sentido absoluto) aquí y ahora: lo ontológico, pues, es relativo.*”.

no fato de que interpretar é encontrar a significação real das palavras da lei".¹⁰⁹ A construção de WELZEL, ao verificar a culpa como violação de um dever de cuidado e, conseqüentemente, trazendo à luz a incipiente noção do risco, possibilitará as novas formulações funcionais que podem adaptar o direito à nova modernidade social.

WELZEL enfeixa uma tentativa filosófica de encontrar o critério interpretativo para as leis penais na natureza das coisas, almejando, assim, a superação do neokantismo. A natureza das coisas é o dever-ser projetado no ser, um valor que se manifesta na realidade; o "*topos*" onde se encontram o ser e o dever-se; uma dimensão unitária; "*o lugar metódico da vinculação (correspondência) de realidade e valor*".¹¹⁰

3.5. Referências críticas

A construção da teoria do delito e do tipo penal pressupõe, conforme se demonstrou, um conteúdo mais amplo de reflexões que a simples dogmática jurídica. A tipicidade descritiva de BELING não teria sentido se não derivasse da idéia naturalista da ação, percebida pelos meios sensoriais. A visão neokantiana do tipo penal e sua normatização a "*a priori*", da mesma forma, também não poderiam ser utilizadas senão partindo da desorganização do mundo contingente e sua correlação com formas puras e verdadeiras da metafísica. A pretensão finalista tampouco possui o privilégio de poder ser desconectada do ontologismo atribuído às relações e dados do mundo real.

Contudo, a dinâmica decisória do Direito resta em desconectar estes padrões, construindo teorias que reúnem elementos diversos e concepções filosóficas distintas, tantas vezes incompatíveis. O atual cenário do Direito Penal brasileiro ostenta claramente esta situação, o que pode ser constatado pelas motivações jurisprudenciais como pelas formulações doutrinárias.

Atualmente, e diante da Lei nº 7.209, 11 de julho de 1984, responsável pela alteração da Parte Geral do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), pode-se afirmar que o finalismo assumiu preponderante papel na doutrina brasileira

¹⁰⁹WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris Ed., 1995. p. 28.

¹¹⁰GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 88.