



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**WAGNER ANGELO DA SILVA**

**REFLEXÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONDUTA  
CONFORME A PERSPECTIVA ANALÍTICA DO DELITO E ATUAL IMPORTÂNCIA  
PRÁTICA DE SUA DISCUSSÃO**

**JOÃO PESSOA  
2021**

**WAGNER ANGELO DA SILVA**

**REFLEXÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONDUTA  
CONFORME A PERSPECTIVA ANALÍTICA DO DELITO E ATUAL IMPORTÂNCIA  
PRÁTICA DE SUA DISCUSSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

**JOÃO PESSOA  
2021**

**Catalogação na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

S586r Silva, Wagner Angelo da.

Reflexões acerca da evolução do conceito de conduta conforme a perspectiva analítica do delito e atual importância prática de sua discussão / Wagner Angelo da Silva. - João Pessoa, 2021.

48 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.  
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. conceito analítico de crime. 2. fato típico. 3. teoria clássica. 4. teoria neoclássica. 5. teoria finalista. 6. funcionalismo penal. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

**WAGNER ANGELO DA SILVA**

**REFLEXÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONDUTA  
CONFORME A PERSPECTIVA ANALÍTICA DO DELITO E ATUAL IMPORTÂNCIA  
PRÁTICA DE SUA DISCUSSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

**DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE DEZEMBRO DE 2021**

**BANCA EXAMINADORA:**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA  
(ORIENTADOR)**

**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI  
(AVALIADOR)**

**Prof.<sup>a</sup> Ms. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES  
(AVALIADORA)**

## **Resumo**

Ao Direito Penal coube a responsabilidade de regulação dos fatos humanos mais perturbadores à vida social. A história do Direito Penal pode ser dividida fases, cada uma delas com sentido próprio e finalidades distintas. E no centro da discussão da Teoria Geral do Delito encontra-se o estudo da conduta penal, cuja sistematização iniciou-se a partir do final do século XIX com os causalistas e, no decorrer do século XX, sofreu grande reestruturação feita pela Teoria Finalista do Crime (hegemônica até o final do século XX). O embate doutrinário, contudo, abre espaço a um novo direcionamento, no qual a discussão central orbita em torno das consequências prático-criminais frente à necessidade de aproximação entre o direito penal e a realidade a que pretende aplicá-lo. Assim, as atuais preocupações do Direito Penal vão além de meras questões ontológicas, pois como ciência que impacta diretamente no mundo real, este deve ser considerado na fixação e enquadramento de seus pressupostos.

**Palavras-chave:** conceito analítico de crime; fato típico; teoria clássica; teoria neoclássica; teoria finalista; funcionalismo penal.

## **Abstract**

Criminal Law is responsible for regulating the most disturbing human facts to social life. The history of It can be divided into phases, each with its own meaning and distinct purposes. And at the center of the discussion of the General Theory of Crime is the study of criminal conduct, whose systematization began in the late nineteenth century with causalistics and, during the twentieth century, underwent a major restructuring carried out by the Theory of Crime (hegemonic until the end of the 20th century). The doctrinal clash, however, opens space for a new direction, in which the central discussion orbits around the practical-criminal consequences in view of the necessity for approximation between criminal law and the reality to which it intends to apply. Thus, the current concerns of Criminal law go beyond ontological issues, because as a science that directly impacts reality, it must be considered in the establishment and direction of Its assumptions.

**Keywords:** Analytical concept of crime. Typical fact. Classical Theory. Neoclassical Theory. Finalist Theory. Criminal Functionalism.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. SISTEMATIZAÇÃO DO ESTUDO DA CONDUTA (TEORIAS CAUSALISTAS DO DELITO) .....	9
2.1. TEORIA CAUSAL CLÁSSICA.....	12
2.1.1. CONTRIBUIÇÕES PARA A ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME.....	14
2.2. TEORIA CAUSAL NEOCLÁSSICA .....	15
2.2.1. CONTRIBUIÇÕES PARA A ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME.....	17
2.3. PRINCIPAIS CRÍTICAS ÀS TEORIAS CAUSALISTAS .....	18
3. TEORIA FINALISTA DO DELITO .....	21
3.1. ESTRUTURA FUNDAMENTAL DA AÇÃO PARA WELZEL .....	21
3.1.1. ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME A PARTIR DO FINALISMO PENAL	
24	
4. PÓS-FINALISMO E AS NOVAS CONCEPÇÕES FUNCIONALISTAS .....	31
4.1. FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN.....	32
4.2. FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS .....	36
4.2.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	39
4.3. CRÍTICAS AO FUNCIONALISMO.....	41
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o ramo jurídico responsável pela regulação dos fatos humanos mais perturbadores à vida social. E, de uma forma ou de outra, conforme registra Cezar Bitencourt (2012, p. 55), falar em Direito Penal é tratar de violência. Inclusive a violência exercida pelo Estado no desempenho do *jus puniendi*. A história do Direito Penal pode ser dividida fases, cada uma delas com sentido próprio e finalidades distintas. Embora, por muito tempo, tenha vigorado a ideia de uma reação severa e desmedida ao delito<sup>1</sup>. Abusos e desproporionalidades eram verificadas nas legislações, as quais davam margem a julgamentos parciais e métodos desumanos e cruéis de produção de prova (a exemplo da tortura). O Direito Penal desse período tinha a vingança (privada, divina ou pública) como principal característica<sup>2</sup> (ESTEFAM, 2018, p. 373-374).

Essas eram as características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII. Assim, notórios pensadores vinculados às correntes iluministas e humanitárias se agruparam em torno de um movimento dedicado à defesa do indivíduo e de princípios protetores da dignidade humana, buscando-se a reforma do sistema punitivo. Ressalta-se, inclusive, que a concepção filosófica iluminista buscou difundir o domínio da razão na orientação do progresso em todos os seus aspectos da vida em sociedade, não apenas na seara penal (BITENCOURT, 2012, p. 157-159). A atuação punitiva do Estado já não encontrava mais espaço em justificativas divinas ou simplesmente morais, era preciso dar robustez lógica aos seus postulados.

É nesse contexto que o estudo da conduta penalmente relevante se releva imprescindível à ciência do Direito Penal, ao ponto de se tornar indiscutível a afirmativa de que “a conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade,

<sup>1</sup> “As características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII — século das luzes — vão justificar a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de ideias que têm por fundamento a razão e a humanidade. As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157).

<sup>2</sup> Nessa perspectiva, entende-se que é justo devolver ao mal causado pelo crime o mal que a pena representa. Originado nas sociedades primitivas, com a ideia da vingança de sangue, o pensamento mágico-religioso da retribuição divina sustenta-se sob três pilares fundamentais: a vingança, a expiação e o reequilíbrio entre o delito e a pena (GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62).

antijuridicidade e culpabilidade" (BRANDÃO, 2010, p. 276). "O fato-crime consiste sempre e necessariamente em uma atividade humana, positiva ou negativa" (TOLEDO, 1994, p. 91), inexistindo crime sem que haja uma conduta a ser imputada a alguém. O exercício do Direito Penal por seus operadores deve ser estritamente vinculado à teoria geral do delito. Dessa forma, a prática penal depende do entendimento de elementos determinantes de uma conduta penalmente relevante: as regras que estabelecem quais os sujeitos a serem atingidos pelas sanções penais, dentro do seu respectivo contexto histórico<sup>3</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 554-555).

O presente trabalho possui como objetivo geral compreender o longo caminho teórico percorrido por importantes autores que se propuseram a explicar cientificamente a conduta penal, inserida no conceito analítico de delito (compreendido como fato típico, antijurídico e culpável). Para tanto, é preciso analisar a evolução da teoria geral do delito ao longo dos anos, bem como o complexo processo de complementação de conceitos doutrinários entre diversas escolas penais. Além do objetivo geral como um todo, esta monografia possui três objetivos específicos a serem compreendidos: (i) como se deu o início da sistematização do estudo da conduta, a partir do final do século XIX e início do século XX com as ideias da Teoria Causal Clássica e da Teoria Causal Neoclássica; (ii) a evolução proposta na estrutura do delito para o elemento da conduta dentro da Teoria Finalista do Crime; e (iii) o novo direcionamento dado à Teoria do Crime frente à necessidade de aproximação entre o direito penal e a realidade a que pretende aplicá-lo, focando-se, dessa forma, em suas consequências.

Nessa senda, o primeiro capítulo dessa pesquisa tem como um de seus objetos de estudo a Teoria Causal Clássica que, devido às necessidades de o direito atender com exatidão às ciências naturais do séc. XIX, concebe a conduta como um mero processo causal decorrente de um movimento corporal voluntário destituído de qualquer finalidade capaz de produzir modificações no mundo exterior e perceptível aos sentidos humanos – inúmeras foram as críticas tecidas à definição clássica de conduta, a exemplo da incapacidade de cunhar uma explicação satisfatória acerca

---

<sup>3</sup> "Não se pode jamais, segundo pensamos, olvidar-se do elemento histórico. Isto porque toda a regra possui um antecedente histórico que a motiva. Não há como compreender um instituto jurídico sem situá-lo no tempo e no espaço, de modo a verificar-se em que contexto ele surgiu. As regras e princípios jurídicos não são vazios; pelo contrário, são fatos humanos que propulsionam sua criação e, ademais, existem valores por detrás deles. Todo o complexo de fatos e valores que inspiram a norma deve ser levado em conta quando de sua aplicação. Para isto, é fundamental o elemento histórico" (ESTEFAM, André. Direito penal parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 78).

dos crimes omissivos, pois, conforme o conceito clássico de crime, a conduta era condicionada pela existência de uma alteração no mundo exterior. Em um segundo momento, passar-se-á à Teoria Neokantista que surge ainda durante o transcurso das primeiras décadas do século XX, ainda cunhada sob bases causalistas. Em que pese não apresentar alterações significativas na estrutura do conceito analítico de crime, a teoria neokantiana ampliou a abrangência do conceito de conduta, definindo-a não mais como uma ação, mas sim como um comportamento humano, capaz, portanto, de englobar também a conduta omissiva. Essa nova escola buscou superar a visão extremamente vinculada às ciências naturais que era atribuída ao direito à época (CUNHA, 2016, p. 178-181). O neokantismo gozou de certa prevalência ao longo da primeira metade do século XX, contudo, seus preceitos se viram superados, sobretudo, pelo finalismo penal.

O segundo capítulo se prestará justamente aos estudos da conduta penal realizados pela doutrina finalista, encabeçada por Hans Welzel, entre os anos de 1930 e 1960. O que acarretaria no inevitável abandono às raízes causalistas. A conduta humana não mais se atinha a uma relação de causa e efeito, seu conceito passa a englobar o exercício de uma atividade voltada conscientemente a um determinado fim (BITENCOURT, 2012, p. 564 - 566). A consolidação da teoria finalista decorreu da produção de um imenso arcabouço teórico. Todavia, a discussão quanto ao conceito da conduta penalmente relevante e os elementos da estrutura analítica do crime cede espaço doutrinário à atual preocupação com a função proposta pelo Direito Penal. Abandona-se a ideia de que o crime seja meramente um fenômeno natural, uma vez que a própria sociedade, de acordo com seus interesses predominantes, define o que deverá, ou não, ser criminalizado<sup>4</sup> (FOUCAULT, 1987, p. 124). Dessa forma, a análise do movimento funcionalista do Direito Penal será realizada no terceiro e último capítulo desse trabalho.

Para cumprimento do que se propõe, será utilizada a metodologia de revisão bibliográfica, destacando-se o pensamento de autores referenciais acerca dos objetivos aqui pretendidos, a exemplo de: Franz Von Liszt, Hans Welzel, Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig, Cesar Roberto Bitencourt, Cláudio Brandão, Nilo

---

<sup>4</sup> “O crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico — embora considere o crime um fato jurídico, não desconhece que, ao mesmo tempo, é um fenômeno humano e social, constituindo uma realidade fenomênica” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220)

Batista, Günther Jakobs, Claus Roxin, Fernando Capez, Jesús-María Silva Sánchez e entre outros.

## **2. SISTEMATIZAÇÃO DO ESTUDO DA CONDUTA (TEORIAS CAUSALISTAS DO DELITO)**

A dogmática penal, isto é, o estudo da sistematização do conjunto de valores e princípios orientadores da aplicação e interpretação das normas penais, possui salutar importância para se possa compreender o início do processo de justificação racional da atuação do direito penal, tendo como referencial mais significativo a construção da Teoria Geral do Delito (BITENCOURT, 2012, p. 190-191). Podendo-se afirmar ainda que, dentro do estudo da parte geral do direito penal, “a dogmática da teoria geral do crime sempre foi a parte nuclear de todas as exposições” (ROXIN, 1997, p. 192, tradução nossa)

Dessa forma, dentro do contexto da Teoria Geral do Delito, os comportamentos humanos definidos como infrações penais, em que pese devam ser previstos de maneira específica em seus respectivos dispositivos legais por imperativo da taxatividade decorrente do princípio da reserva legal<sup>5</sup>, possuem determinadas características que são comuns a todos os delitos, as quais constituem a essência do conceito geral de delito.

A Teoria Geral do Delito, portanto, ocupa-se em estudar as características comuns e gerais a todos os delitos, conforme afirmam categoricamente Conde e Arán (2010, p. 201, tradução nossa):

A Teoria Geral do Crime estuda as características comuns de qualquer conduta (ação ou omissão) que deve ser considerada crime, podendo ser, no caso específico: um homicídio, um golpe, uma agressão sexual ou um desvio de recursos públicos. (...). No entanto, homicídio, roubo ou fraude têm características comuns a todos os crimes e que estão no centro do conceito geral de crime.

Primeiramente, a Teoria Geral do Delito se presta ao papel de conceituar o que venha ser um crime, bem como apontar as características comuns que “deve ter um fato para ser considerado como delito e ser sancionado, portanto, com uma pena” (CONDE; ARÁN, 2010, p. 201, tradução nossa). Nessa senda, três são as principais abordagens que tratam sobre o conceito de crime: conceito formal de crime, conceito material de crime e conceito analítico de crime.

---

<sup>5</sup> O princípio da legalidade consiste em um dos norteadores do Direito Penal, seja qual for o seu aspecto referencial (político, histórico ou jurídico). Nessa senda, o princípio da reserva legal, uma das decorrências principiológicas da legalidade penal, impõe que a descrição da conduta criminosa seja feita de maneira detalhada e específica, defeso o uso de tipos genéricos e abrangentes com temos vagos e equívocos, “capazes de alcançar qualquer comportamento humano” (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60-63).

O conceito formal de crime pode ser definido como “todo fato humano proibido pela lei penal, ou seja, é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência” (CALLEGARI, 2014, p. 9). O conceito material, por sua vez, “é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado” (NUCCI, 2014, p. 106).

“O conceito material diferencia-se do conceito formal porque se preocupa com os aspectos intrínsecos, internos do crime” (CALLEGARI, 2014, p. 10). Porém, a conceituação de crime a partir apenas do desvalor social que é dado a determinado comportamento humano é insuficiente perante às exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>6</sup>. “Tal desvalor somente servirá de parâmetro ao legislador, constituindo-se, assim, parte de uma etapa pré-legislativa, sendo incapaz de conceituar se a ação é ou não criminosa” (ibidem, p. 10).

Entendendo-se que a definição de crime não pode ser feita à margem da lei, é preciso que se fixem no conceito de delito os elementos gerais que estão presentes nos crimes em espécie (BRANDÃO, 2010, p. 263). Assim, surge o conceito analítico de crime, o qual pode ser entendido como fato típico, ilícito e culpável<sup>7</sup>, nas palavras de Guilherme Nucci (2014, p. 106)

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).

Juarez Tavares (1980, p. 1-2), ademais, aponta o contexto em que surgiu e para qual finalidade se propôs o conceito analítico de crime, com a sua divisão em partes:

O conceito analítico (...) surge, praticamente, na fase dos avanços científicos do final do século XIX e começo do século XX, com a finalidade principal de, isolando as partes componentes do delito, aprofundar o estudo do desenvolvimento interno das normas penais e, assim, facilitar a aplicação do

---

<sup>6</sup> “O primeiro elemento geral do crime é derivado do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, isto é, do Princípio da Legalidade. Se é necessário que uma conduta criminosa esteja prevista em lei, é também necessário que a ação humana esteja perfeitamente adequada ao modelo descrito na lei” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 263)

<sup>7</sup> Em que pese o conceito analítico de crime ser o mais aceito atualmente, a doutrina não é uníssona quanto à natureza jurídica da culpabilidade. Parte da doutrina defende ser a culpabilidade um mero pressuposto de aplicação da pena, tendo a estrutura do crime uma conjuntura bipartida. Enquanto há outra parcela que defende que a culpabilidade consiste em um verdadeiro elemento do crime, seja de maneira tripartida, seja quadripartida (adicionando à estrutura do crime a punibilidade como um de seus elementos (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal didático: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 332-336)

direito, com o consequente enquadramento lógico dos fatos concretos nas respectivas fases de valoração, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Não obstante, é o conceito analítico de crime que mais se adequa aos postulados científicos trazidos pela Teoria Geral do crime, sendo cabível, por enquanto, uma análise suscita da estrutura do crime, em sua perspectiva analítica, uma vez que “a tipicidade (ou fato típico), a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito” (WELZEL, 2004, p. 69, tradução nossa). A divisão do crime em elementos é de suma importância prática, uma vez que “se não fosse possível a dissociação do delito em elementos singulares, não se saberia, ao certo, como tratar esses problemas e onde situá-los” (TAVARES, 1980, p. 3).

O primeiro dos elementos do crime é ser objeto de discussão é o fato típico, isto é, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade). A noção de tipicidade, como entendida atualmente, foi desenvolvida por Ernst von Beling, entre o ano de 1906 e década de 1930. Para ele, o tipo penal seria uma descrição pura e objetiva, desprovida de qualquer juízo de valoração (BRANDÃO, 2010, p. 316). Portanto, trata-se da mera subsunção de uma conduta à norma penal. Entretanto, Fernando Capez (2011, p. 29) lembra bem que essa previsão legal não é pura e simplesmente o único requisito para existência de um fato típico. À tipicidade penal é exigido um mínimo de lesividade ao bem jurídico tutelado<sup>8</sup>, sendo inaceitável a tipificação de condutas inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido, o que “conduz à conclusão de que o objeto da punição é sempre um determinado fato perigoso ou lesivo a um bem jurídico” (TAVARES, 1980, p. 6).

Seguindo, não basta que haja uma conduta capaz de ofender um bem jurídico tutelada pela norma penal, é preciso que ela seja contrária ao direito. Sendo esse o conceito de antijuridicidade<sup>9</sup>, a qual não possui requisitos, pois a existência do fato típico gera uma presunção (*juris tantum*<sup>10</sup>) de que também seja ilícito.

---

<sup>8</sup> Segundo o princípio da insignificância ou bagatela, “o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. (...) sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica (...)” (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29)

<sup>9</sup> Alguns autores preferem “o termo ilicitude, uma vez que o crime, embora contrário a lei penal, não deixa de ser um fato jurídico, dado que produz inúmeros efeitos nessa órbita” (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136).

<sup>10</sup> “Teoria da indiciariedade ou da ‘ratio cognoscendi’: idealizada por Mayer em 1915, entende que a existência do fato típico gera uma presunção (relativa) de que é também ilícito. Não há (...) uma absoluta independência entre esses dois substratos, mas uma relativa dependência. (...) fato típico desperta indícios de ilicitude, apesar de permanecer íntegro quando excluída a antijuridicidade do

Ademais, o terceiro elemento (ou pressuposto de aplicação da pena) da estrutura analítica do crime a ser tratado é a culpabilidade. Pois, “para a imposição de uma pena, principal consequência jurídica criminal do delito, não basta cometer um ato típico e ilícito” (CONDE; ARÁN, 2010, p. 349, tradução nossa), é preciso verificar também se o agente praticante da conduta típica e ilícita poderia ter agido ou não conforme o direito, ou seja, faz-se um juízo de reprovabilidade (CALLEGARI, 2014, 37).

A ausência de culpabilidade é capaz de isentar o agente de responsabilidade penal, visto que sua presença é imprescindível para a imposição de uma sanção penal. Dessa forma, é preciso ressaltar que a culpabilidade não se confunde com a antijuridicidade e sua diferenciação acarreta importantes consequências práticas. Assim, atua contra o direito (antijuridicamente) quem, sem autorização legal, realiza uma conduta penalmente tipificada e, dessa maneira, ofende um bem jurídico tutelado pela norma penal. Por sua vez, atua com culpabilidade quem comete um fato típico e antijurídico, embora seja capaz de agir de forma diferente e em conformidade com o direito (CONDE; ARÁN, 2010, p 350). Modernamente, após toda a evolução teórica que será tratada mais adiante, a culpabilidade é formada pelos seguintes elementos: imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade de agir conforme o direito (CUNHA, 2016, p. 287).

A partir de agora, passa-se aos desdobramentos teóricos que envolveram o desenvolvimento do conceito de conduta penalmente relevante dentro da estrutura moderna de crime. Aprofundando-se acerca de três fases que contribuíram com a evolução da teoria do delito e, por conseguinte, com o atual conceito estrutural de crime (fato típico, antijurídico e culpável), quais sejam: o conceito clássico de delito, o conceito neoclássico de delito e conceito finalista de delito (BITENCOURT, 2012, p. 579-580).

## 2.1. TEORIA CAUSAL CLÁSSICA

O Direito Penal como ciência surgiu no final do século XIX sob influência das correntes mecanicistas, dominantes nas ciências naturais, sendo os fenômenos científicos explicados através de regras de observação empírica da realidade (WELZEL, 2004, p. 50). Contexto em que o pensamento científico ganha robustez em

---

comportamento” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 254).

contraposição às crenças e superstições até então consolidadas e, por conseguinte, o positivismo filosófico de Augusto Comte<sup>11</sup>, que influenciaria o sistema jurídico vigente à época, bem como o causalismo da ação, determinante para a teoria causal da conduta (ARAÚJO, 2021, p. 402).

O sistema clássico de crime, que encontrou em Franz von Liszt e Ernst von Belling seus maiores expoentes, tanto que ficou conhecido como sistema Liszt-Beling, foi dominante durante o início do século XX. À época tentava-se submeter a ciência espirituais ao ideal de exatidão empregado nas ciências naturais, remetendo o sistema direito penal a componentes mensuráveis e empiricamente verificáveis da realidade (ROXIN, 1997, p. 198-200). “Isso significa que se adotava no Direito a mesma metodologia das ciências da natureza: ao invés de se compreender o Direito, procurava-se explicá-lo” (BRANDÃO, 2010, p. 277).

O *status* de ciência para qualquer ramo do conhecimento, e com o humano não era diferente, estava condicionado à sua submissão a leis gerais, de validade universal. É sob esse panorama que surge o conceito causalista de ação, Cláudio Brandão (2010, p. 278) afirma que “a lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se numa relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem”. Portanto, uma conduta punível (ou seja, um delito), era considerada como “o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência” (NUCCI, 2019, p. 436).

Dessa maneira, “a única atividade que merecia a qualificação da ciência foi aquela que se baseava na experiência e fatos indubitavelmente que poderiam ser apreendidos com um método puramente causal ou explicativo” (CONDE; ARÁN, 2010, p. 185, tradução nossa). Em decorrência do método das ciências naturais adotado, a teoria causalista conceitua a ação como o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior, condicionando a ação violadora a uma modificação no mundo exterior, valorativamente neura (BRANDÃO, 2010, p. 279). Trata-se, assim, de “um conceito natural de causa, perceptível pelos sentidos, só se reconhece validade ao impulso volitivo, enquanto expressado através de um movimento

---

<sup>11</sup> “Na perspectiva filosófica, o positivismo é uma corrente do pensamento que propõe fazer das ciências experimentais o modelo por excelência de produção do conhecimento humano em substituição às especulações metafísicas ou teológicas. (...). Essa corrente filosófica foi desenvolvida a princípios do século XIX, especialmente pelo francês Auguste Comte (1798-1857) e pelo inglês John Stuart Mill (1806-1873), influenciando a compreensão do fenômeno delitivo e do Direito Penal dessa época” (BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192)

corpóreo. (...) a causalidade assume, dessa forma, aspectos inteiramente objetivos” (TAVARES, 1980, p. 18).

Seguindo, a teoria causalista do delito tem por base a hipótese de que todos os requisitos objetivos do ato punível pertenciam tanto ao tipo penal quanto à ilicitude, enquanto a culpabilidade abarcava todos os elementos subjetivos do crime<sup>12</sup> (ROXIN, 1997, p. 198-200). “Para Beling, como a ação tem uma fase objetiva e uma fase subjetiva, são excluídos do seu conceito aqueles fenômenos humanos que são somente objetivos ou somente subjetivos” (BRANDÃO, 2010, p. 280). Juarez Tavares complementa (1980, p. 18):

O que ocorre é que, para os causalistas, a vontade (ou voluntariedade, tanto faz) na ação é tomada conjugadamente em dois aspectos: um causal-objetivo, outro causal-negativo. O primeiro se caracteriza como impulso, enquanto expressado pelo movimento corpóreo; o outro resulta do juízo acerca da inexistência de coação (sem coação há arbítrio e, portanto, voluntariedade ou vontade).

Todavia, essa divisão não conseguiu prosperar por muito tempo, um dos seus primeiros reveses na área penal que demonstraria o equívoco dessa tentativa de separação exata entre elementos objetivos e elementos subjetivos foi “a descoberta dos elementos anímicos, subjetivos, do tipo, nos denominados ‘delitos de intenção’ (TOLEDO, 1994, 94).

### 2.1.1. CONTRIBUIÇÕES PARA A ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME

Quanto à estrutura analítica do crime, conforme proposto por Beling, a elaboração do conceito de tipo foi uma das contribuições mais importantes da teoria causal, tanto que qualquer construção sistemática do delito o tem como ponto de partida. Entretanto, a estrutura do tipo penal era desprovida de qualquer elemento subjetivo, ou seja, uma mera descrição de uma conduta prevista na lei penal, preponderando que ação do agente se liga necessariamente a um resultado externo (TAVARES, 1980, p. 21-23). Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 437) descreve o fato típico como um movimento natural capaz de violar um bem jurídico penalmente tutela:

---

<sup>12</sup> O tipo incriminador forma-se por elementos objetivos e subjetivos. Os elementos objetivos são aqueles que não guardam relação com a vontade do agente, podem ser descriptivos (componentes do tipo passíveis de reconhecimento mediante verificação dos sentidos humanos, os quais não exigem qualquer tipo de valoração ou interpretação) ou normativos (componentes que exigem juízos de valoração, ou seja, sua compreensão depende da verificação por meio de sentimentos e opiniões). Os elementos subjetivos, por sua vez, relacionam-se com a vontade do agente, são os elementos subjetivos de tipos específicos, necessário apenas a determinados tipos penais (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 146-147).

Alicerçada em conceitos naturais, o fato, para se tornar típico, seria formado por uma ação ou omissão voluntária e consciente, que produzisse movimentos corpóreos. Dessa movimentação natural do corpo humano chegava-se a um resultado. Caso a junção da conduta com o resultado fosse lesiva a um bem jurídico penal, encaixar-se-ia no tipo penal (modelo de conduta proibida). Eis o fato típico.

A antijuridicidade, por sua vez, que também é desprovida de qualquer subjetividade<sup>13</sup>, constitui o juízo objetivo da relação entre a ação causal prevista tipicamente e a contrariedade à ordem jurídica. Assim, para que a ação haja seja considerada um injusto penal é necessário que não se esteja diante de uma permissão dada pela legislação para que conforme o tipo penal, ou seja, que a justifique<sup>14</sup> (TAVARES, 1980, p. 23).

Quanto à análise da culpabilidade, então psicológica<sup>15</sup>, “uma vez que “todos os componentes psicomentalis (...) integram a culpabilidade” (TAVARES, 1980, p. 25), consistia, em se constatando a existência de um fato típico e ilícito, na verificação da hipótese de o agente ter atuado com dolo ou culpa. “Preenchidos os três elementos, emerge o crime e a sua consequência seria a aplicação da pena” (NUCCI, 2019, p. 437). Entretanto, “ao se renunciar aos elementos normativos, retira-se a consciência da antijuridicidade do dolo, que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato” (BRANDÃO, 2010, p. 418). “Representantes famosos de tal conceito psicológico de culpa foram — com inúmeras discrepâncias entre si — Buri, Liszt, Löffler, Kohlrausch em suas primeiras publicações, e Radbruch” (ROXIN, 1997, p. 794, tradução nossa).

## 2.2. TEORIA CAUSAL NEOCLÁSSICA

A corrente neoclássica ou neokantista surgiu como reação à concepção meramente positivista do tipo penal e suas definições insuficientes, vigente no sistema

<sup>13</sup> Com a evolução da teoria do crime, passou-se a verificar a necessidade de estarem presentes elementos objetivos e subjetivos para que haja uma situação justificante. Dessa forma, o “elemento subjetivo consiste na necessidade de o agente saber que se encontra amparado pela excludente de ilicitude” (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 582-583).

<sup>14</sup> As “excludentes de ilicitude podem ser chamadas de justificantes, causas de justificação ou discriminantes. (...) se dividem sem legais e supralegais. Por sua vez, as causas legais de exclusão podem ser categorizadas como genéricas (gerais) e específicas (especiais). As primeiras estão previstas na parte geral do Código Penal, ao passo que as especiais estão previstas na parte especial do Código ou na legislação penal extravagante” (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 581-582).

<sup>15</sup> “A teoria psicológica da culpabilidade considerava-a como um fato da conduta interna do agente, de cunho puramente psíquico, consistindo no dolo e na culpa, (...) considerada como um puro vínculo psíquico entre o sujeito e o fato (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 418-419).

causal clássico. Marcando a decadência da concepção meramente naturalista ou causal. Reconheceu-se que o injusto penal (fato típico e ilícito) não pode ser explicado em todos os casos apenas por elementos puramente objetivos e que, por outro lado, a culpabilidade não se baseia exclusivamente em elementos subjetivos (CAPEZ, 2011, p. 142-143).

Enquanto a ciência do direito civil permaneceu ancorada no pensamento positivista até depois da Segunda Guerra Mundial, a insuficiência de seus pressupostos foi apreciada muito antes pelas ciências criminais com a introdução do neokantianismo na metodologia jurídico-criminal. Filósofos que, ao mesmo tempo foram grandes penalista, como Radbruch e Sauer, contribuíram circunstancialmente com essa mudança, entretanto, as demandas específicas foram decisivas para introdução de uma perspectiva valorativa em detrimento de um método positivista (PUIG, 2003, p. 207).

O neokantismo percorreu um caminho diferente para fundamentar o conceito de ciências do espírito com independência do conceito positivista de ciência. Focou-se não na diferença no objeto, mas sim no método, pois o método próprio das ciências do espírito não poderia coincidir com o empregado pelas ciências positivas. Momento em que se compreender que o caráter científico de determinada área do conhecimento é devido ao uso de método próprio que atenda a certos requisitos, e não de um método universal, como o entendimento positivista (PUIG, 2003, p. 212). Assim, ao introduzir preceitos axiológicos e materiais, o neokantismo substitui o método indutivo e formalista do positivismo, tornando-se possível a afirmação de que o neokantismo procurou distinguir as ciências pelo seu método. Esse entendimento é transportado para as ciências jurídicas e acarreta na separação entre o ser (típico das ciências naturais) e o dever-ser do Direito, priorizando à ciência jurídica uma valorização do dever-ser – ao contrário dos positivistas, cuja prioridade era o ser do Direito (BITENCOURT, 2012, p. 238).

A perspectiva neokantista conduziu a mudanças significativas na estruturação da sistemática penal, a qual abandonou a prioridade em se entender a realidade (como ciência do ser) rumo ao entendimento das condicionantes circunstâncias históricas, sociais e culturais que cada sociedade apresenta. Fundamentando importantes mudanças no estudo da teoria geral do delito, acarretando, dentre outras mudanças, a valorização da compreensão da causalidade e introdução de elementos subjetivos no tipo no penal, anteriormente dotado apenas de elementos objetivos. “Os

tipos passaram a ser identificados como normas de cultura, bastante distintos daqueles modelos ocos e meramente descritivos do sistema anterior" (CAPEZ, 2011, p. 144).

"O abandono do pensamento positivista na metodologia jurídica foi (...) um reflexo da rejeição filosófica geral da atitude anti-filosófica que inspirou a segunda metade do século XIX" (PUIG, 2003, p. 210, tradução nossa). Entendimento que foi levado ao extremo, a atribuição de conteúdo valorativo ao Direito Penal ocasionou um subjetivismo epistemológico e um relativismo axiológico difíceis de sustentar, uma vez que o método do neokantismo não permitia que a estabilidade do processo de conhecimento da estrutura do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Dessa forma, o modelo neokantista carecia de um conteúdo normativo preciso, imprescindível à segurança jurídica na aplicação do Direito Penal (BITENCOURT, 2012, p. 241). Ressalta-se ademais, que não houve um rompimento abrupto e total com o fenômeno causal, e sim um complemento de seus pensamentos, fundamentalmente, no tocante à introdução "da intencionalidade (mais tarde, finalidade). Não se abandonou, pois, a idéia de causalidade, mas foi ela substituída por outra mais enriquecida — a de causalidade dirigida" (TOLEDO, 1994, p. 94).

## 2.2.1. CONTRIBUIÇÕES PARA A ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME

Nessa fase neoclássica do causalismo, a estrutura do crime continuou a compreender um fato típico, antijurídico e culpável. Porém, trazendo diferenças substanciais no conceito de culpabilidade, a qual deixou de ser considerada integralmente psicológica, constituindo-se apenas pelo dolo e pela culpa. Um juízo de valor em relação ao autor do fato típico e antijurídico foi introduzido na culpabilidade, passando a ser psicológico-normativa. A culpabilidade, portanto, passou a ser conceituada como "o juízo de reprovação ou de censura, realizado pelo julgador, em relação ao agente que atuou com dolo ou culpa, era imputável à época do fato e poderia ter agido conforme os mandamentos legais, mas não o fez" (NUCCI, 2019, p. 438-439).

Dessa forma, ainda nas primeiras décadas do século XX, o conceito psicológico se viu substituído pelo conceito normativo (ou psicológico-normativo) de culpabilidade, Frank (precursor da teoria normativa da culpabilidade) concluiu que a culpabilidade não pode ser composta apenas de uma relação psíquica entre o agente e o resultado, ele apontaria três elementos de mesma hierarquia: (i) normalidade mental do sujeito;

(ii) uma relação psíquica concreta entre o sujeito com o fato praticado ou pelo menos com a possibilidade que ele venha a acontecer e (iii) a normalidade das circunstâncias em que o sujeito age. (ROXIN, 1997, p. 794-795). E, até então inexistente, a teoria psicológico-normativa da culpabilidade dá linhas científicas ao conceito de culpabilidade, não negando que o juízo de reprovação sobre o agente recai sobre a realidade psicológica, porém essa realidade passa a ser juridicamente normatizada pelo direito. O dolo (elemento da culpabilidade) deixa de ser a mera demonstração de vontade em agir, passa a ser “considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo ‘consciência da antijuridicidade’. (...) a consciência da ilicitude adota uma posição fundamental: censura-se o fato em virtude de o indivíduo ter podido conhecer a ilicitude de sua vontade” (BRANDÃO, 2010, p. 419). Portanto, a consciência (atual e real) da ilicitude passa a ser um elemento do dolo, este, por sua vez, integrante da culpabilidade.

### 2.3. PRINCIPAIS CRÍTICAS ÀS TEORIAS CAUSALISTAS

As premissas do sistema causal não puderam superar, com o tempo, as contradições advindas de sua aplicação (TAVARES, 1980, p. 29). A teoria causalista da ação, por atrelar o conceito de ação com a exteriorização de um resultado, não conseguia explicar adequadamente os crimes sem resultado naturalístico ou que consumam antes de eventual resultado naturalístico<sup>16</sup>. Tampouco conseguiria satisfazer o conceito de crime tentado e sua adequada punição, uma vez que o resultado não se consuma por razões alheias à vontade do agente, portanto não há em que se falar de resultado naturalístico, pois “a tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei” (BITENCOURT, 2012, p. 1157). Ou seja, não haveria alteração do mundo exterior, consequentemente, eliminaria a existência de conduta criminosa, tornando o simples fato de o agente não ter conseguido concretizar seu objetivo criminoso uma conduta atípica ou, quando não excluísse sua tipicidade, a partir do resultado diverso do pretendido alcançado, crime fora das pretensões do

---

<sup>16</sup> “Nem todo crime possui resultado naturalístico, uma vez que há infrações penais que não produzem qualquer alteração no mundo natural. De acordo com esse resultado, as infrações penais classificam-se em crimes materiais, formais e de mera conduta. Crime material é aquele cuja consumação só ocorre com a produção do resultado naturalístico (...). Crime formal é aquele em que o resultado naturalístico é até possível, mas irrelevante, uma vez que a consumação se opera antes e independentemente de sua produção. (...). Crime de mera conduta é aquele que não admite, em hipótese alguma, resultado naturalístico, como a desobediência, que não produz nenhuma alteração no mundo concreto (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177-178).

agente. O melhor enquadramento técnico da tentativa e do crime consumado apenas seria possível com as facilidades traduzidas na construção do delito pela colocação finalística do dolo no tipo penal (TAVARES, 1980, p. 86).

De igual forma, o conceito de ação como sendo um movimento corporal capaz de produzir alterações percebidas pelos sentidos no mundo exterior era insuficiente para explicar os crimes omissivos, os quais decorrem da negação da ação, pois decorre do não cumprimento do mandamento legal previsto na norma penal (PUIG, 2003, p. 207-209). Independentemente de derivar de uma infração a um dever de agir previsto no tipo ou de uma infração a um dever de impedir o resultado<sup>17</sup>, a omissão não pode ser natural, portanto, não se demonstrando compatível com um esquema essencialmente naturalístico. O dever de agir em determinadas circunstâncias não implica senão em um juízo de valor deduzido tanto de previsões legais como situações específica e socialmente relevantes, ademais, a omissão não importa em movimento corpóreo dentro de um conceito físico-natural de causalidade (TAVARES, 1980, p. 30-31).

Critica-se a teoria causalista da ação, ainda, pois entende-se que ela falha ao tentar criar uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo, e ao separar toda valoração objetiva da subjetiva acaba por esvaziar o conteúdo da ação de qualquer vontade, uma vez que esta será analisada apenas na culpabilidade (BRANDÃO, p. 280-281). Ação causal ignora a função constitutiva e direcional da vontade, transforma a ação em um mero processo causal oriundo de qualquer ato voluntário, ignora, portanto, que é o conteúdo da vontade que mentalmente antecipa as possíveis consequências externas do ato (WELZEL, 2004, p. 51-52). Destarte, condicionar a imposição de uma pena apenas ao vínculo psicológico existente entre o agente um fato típico e ilícito não proporciona resposta coerentes ao fato de porque o injusto penal deixa de ser culpável diante de uma excludente de culpabilidade que não se tratasse da inimputabilidade<sup>18</sup>, uma vez que o vínculo psicológico entre o

<sup>17</sup> Os crimes omissivos podem sem próprios ou impróprios. O crime omissivo próprio ocorre “mediante uma omissão, ou seja, uma inação (conduta humana negativa. O exemplo mais célebre é a omissão de socorro. São chamados, ainda, crimes omissivos puros. Os crimes omissivos impróprios são denominados também como comissivos por omissão ou comissivos-omissivos, são aqueles crimes em que há a figura do garantidor, sujeito que deve agir para evitar o resultado, contudo, não age (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 366-367).

<sup>18</sup> “(...), analisando os elementos da culpabilidade e suas respectivas excludentes, teremos:

- a) Imputabilidade: excluída pela doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menoridade e embriaguez completa proveniente do caso fortuito o da força maior.
- b) Exigibilidade de conduta diversa: excluída pela coação moral irresistível e pela obediência hierárquica. (...).

agente e o fato ainda subsiste, porém ele não será punido. Isso não porque há uma permissão à prática do fato ou uma pura e simples extinção da punibilidade, mas sim uma diminuição do conteúdo de valoração negativa sobre a vontade do agente, a qual será considerada viciada, afetando, portanto, subjetivamente o fato (TAVARES, 1980, p. 31-32).

Nesse contexto, visando corrigir estas imperfeições que a teoria psicológico-normativa da culpabilidade trouxe importantes conceitos como a normalidade das circunstâncias que age o sujeito e a consciência atual da licitude. Entretanto, apenas com Welzel que, embora não adicione qualquer elemento novo à culpabilidade, a estruturação do delito com a teoria finalista seria organizada de maneira mais convincente (BRANDÃO, 2010, p. 422). Ressalta-se, por fim, que a evolução da teoria da ação não se deu com rompimento abrupto com o fenômeno causal, pelo contrário, a ela foi adicionada a intencionalidade (embrião da finalidade). “Não se abandonou, pois, a idéia de causalidade, mas foi ela substituída por outra mais enriquecida — a de causalidade dirigida. Pode-se, contudo, afirmar que o antigo conceito puramente causai está sepultado na história” (TOLEDO, 1994, p. 95).

---

c) Potencial consciência da ilicitude: excluída pelo erro de proibição inevitável ou escusável”. (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 679).

### 3. TEORIA FINALISTA DO DELITO

O finalismo de WELZEL surge pela primeira vez em 1930 como uma reação ao relativismo gnosiológico do neokantianismo, então dominante sobre a metodologia jurídico-criminal. Apresenta-se como uma resposta de superação ao modelo neokantiano e seus resultados na dogmática jurídico-criminal são extraídos mais tarde, a partir de 1939. Essa superação se deu no tocante ao subjetivismo epistemológico da metodologia neokantiana, pois partia da premissa de que o conhecimento científico (das ciências naturais ou das ciências do espírito) é condicionado, *a priori*, por categorias da mente do sujeito, conduzindo a um relativismo avaliativo (gnosiológico). Esse subjetivismo metodológico e o consequente relativismo avaliativo constituíram as duas premissas fundamentais das críticas de WELZEL ao neokantismo, marcante na passagem do subjetivismo ao objetivismo da teoria do crime desenvolvida pelo finalismo. A mudança do paradigma metodológico na análise Welzeliana ocasionou inúmeras consequências, dentre elas, o conceito de ação final, a qual não insurge com a base da doutrina de Welzel, mas sim em uma mera decorrência da metodologia ontológica na dogmática jurídico-criminal. Portanto, o finalismo não se resume a apenas uma doutrina da ação, mas sim, consiste em uma reflexão na dogmática jurídico-penal de uma atitude epistemológica (PUIG, 2003, p. 225-226).

Ademais, é importante frisar que as bases filosóficas do finalismo são muito mais antigas que as proposições de Welzel, remontando a Platão, Aristóteles e, posteriormente, reproduzidas por Santo Tomás de Aquino – para quem tudo que existe na natureza é dirigida a um fim, pensamento eminentemente envolto de claros contornos teológicos –, bem como Kant, Hegel, N. Hartmann, Von Weber e Graf zu Dohna, até chegar em Hans Welzel. Dessa forma, o finalismo de Welzel é resultado de inúmeras de contribuições (filosóficas, psicológicas e jurídicas) a um sistema que surgira desde a Grécia Antiga (TAVARES, 1980, p. 53-57).

#### 3.1. ESTRUTURA FUNDAMENTAL DA AÇÃO PARA WELZEL

“A ação constitui um elemento básico, de fundamentação e ligação de toda a teoria do delito” (TAVARES, 1980, p. 57). Para Welzel, a ação humana consiste no exercício de uma atividade final, não se resumindo a uma mera causalidade, uma vez que o ser humano, graças a sua capacidade de cognitiva de causa e efeito, tem

condições de prever, dentro de certos limites<sup>19</sup>, as possíveis consequências de seu comportamento, e, ainda, podendo moldar tais consequências conforme um fim próprio sob seu domínio, ainda que não seja um fim ilícito. Pois, diferentemente do resultado causal que depende de uma série de fatores, a atividade final é dirigida em função de um propósito que, graficamente, seria “vidente”, enquanto a causalidade, seria “cega”. Tomando-se, por exemplo, a distinção entre um assassinato e uma morte decorrente de um raio; no primeiro todos os atos são dirigidos àquele fim predeterminado na mente do agente, enquanto no segundo, a morte é o resultado causal (“cego”) das forças da natureza, dotadas de certa imprevisibilidade. Portanto, a finalidade funda-se na capacidade de previsibilidade, sendo a pedra-de-toque da ação final a vontade do agente que conscientemente domina o evento causal (WELZEL, 2004, p. 41-42).

Welzel examina que a direção final de uma ação se divide em duas fases a serem realizadas. A primeira é interna, ocorrendo apenas na mente do agente, em sua esfera de pensamento, subdividindo-se na antecipação mental do fim e na seleção dos meios capazes de realiza-lo com base em seu conhecimento causal prévio, retrocedendo do fim aos fatores causais capazes de realizar seu intento, bem como os efeitos concomitantes que podem ser alcançados<sup>20</sup>, o que pode ou não influenciar na escolha dos meios a serem utilizados. Ainda, quanto aos efeitos concomitantes, eles incluem também aqueles efeitos que não foram incluídos no intento final do autor que, seja porque ele não os tinha pensado, seja porque não esperava que acontece, são realizados de forma puramente causal. Já a segunda fase é externa, ocorre quando o autor voluntariamente, de posse das considerações feitas na primeira fase,

<sup>19</sup> A responsabilidade penal deve ser limitada na “possibilidade de prever o resultado danoso, objetivamente considerada (sob o prisma do homem médio ou do homem prudente) e subjetivamente avaliada (conforme a situação concreta do autor), é elemento da tipicidade. Após, concluído ter havido crime culposo, no momento de fixação da pena, quando se leva em conta a outra face da culpabilidade, devem-se considerar os fatores pessoais do agente (grau de cultura, antecedentes e conduta social etc.)” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 559)

<sup>20</sup> O resultado imediato e os efeitos concomitantes dizem respeito da ação do autor dizem respeito ao dolo direto e ao dolo indireto. “Sob o ponto de vista doutrinário, podemos segmentar o dolo em direto (...) e indireto. Por sua vez, o dolo direto se dividirá em dolo direto de primeiro e de segundo grau, ao passo que o dolo indireto será dividido em dolo eventual e alternativo. O dolo direto de primeiro grau ocorre quando o agente possui a vontade consciente de produzir o resultado (...), possuindo consciência das circunstâncias fáticas que envolvem o caso. O dolo direto de segundo grau ocorre quando o agente não quer, necessariamente, produzir aquele resultado, mas pratica a conduta tendo consciência de que aquele resultado era inevitável”. Ocorre o dolo eventual quando o autor assume o risco do resultado, sendo indiferente à sua ocorrência. Já quanto ao dolo alternativo, “há mais de um resultado possível, e qualquer deles satisfaz o agente” (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal didático: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 480-481).

resolve pela exteriorização causal de sua ação no mundo real (WELZEL, 2004, p. 41-46).

Portanto, embora ainda seja um processo de causa e efeito, ele é dominado pelo propósito e os meios de produzi-lo, previamente antecipados na mente do autor. Contudo, o propósito não deve ser confundido com mera "voluntariedade". Esta compreende um movimento corporal com consequências que podem ser redirecionadas para algum ato voluntário, independentemente das decorrências que o autor queira produzir, englobando, inclusive, resultados culposos<sup>21</sup>. Para se compreender a ação, para além de sua característica (abstrata) de mera voluntariedade, preciso relacioná-la a um determinado resultado concretamente desejado, o propósito (essencial para atribuir conteúdo à voluntariedade). Ao contrário dos causalistas, como Mezger, que limitam o movimento corporal pela vontade, desprezando seu conteúdo (WELZEL, 2004, p. 46-47), eles a veem como mero impulso, importando apenas a condição de causa do resultado, portanto, a ação no finalismo adquire feições mais definidas, dando-se ênfase à sua natureza ontológica integral (TAVARES, 1980, p. 57).

Qualquer atividade humana é composta por aspectos intelectivo-material de caráter interno (elementos subjetivos) e a desdobramentos materiais da conduta, eminentemente externos (elementos objetivos), porém, esses atributos internos e externos não são suficientes para qualificar uma conduta como tipicamente humana, qual deve se relacionar com os objetivos próprios da vida social, pois essa falta de vinculação da ação final à sociedade abriria espaço para questões teológicas ou até mesmo fins estranhos à própria "natureza humano-social". O conceito finalista de ação sequer envolve o resultado em seu conteúdo, o qual é apenas uma consequência do agir, assim, ação e resultado são dois conceitos completamente distintos. Dessa forma, é inconcebível um delito sem a ação, mas é plenamente possível a existência de crime sem resultado, quando considerado em sua concepção material, ou seja, a modificação no mundo exterior. A unificação de todas as espécies existentes de delito somente é alcançada com o reconhecimento da finalidade em qualquer conduta, o que possibilitou abarcar os delitos dos mais variados tipos, a exemplo dos crimes

---

<sup>21</sup> Quando a inobservância e descuido no dever objetivo de cuidado produz um resultado previsível e não pretendido, fala-se em culpa, ou seja, quando o agente da causa ao resultado por imprudência, negligencia ou imperícia. Sendo esse resultado não desejado punido ou não pelo direito penal, a depender de previsão legal expressa nesse sentido (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal didático: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 487)

dolosos, crimes culposos e crimes omissivos, feito até então não realizado convincentemente a partir dos conceitos causalistas (TAVARES, 1980, p. 58-61).

### 3.1.1. ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME A PARTIR DO FINALISMO PENAL

Assim como nos sistemas causais, o delito, em seu conceito analítico, para o finalismo, também é compreendido como ação típica, antijurídica e culpável. Porém, a partir da concepção final da conduta, constata-se uma verdadeira revolução estrutural no conceito analítico de delito. Portanto, a nova perspectiva de ação se mostra como peça chave no sistema finalista (TAVARES, 1980, p. 57). O único elemento a mais que a teoria finalista da ação vem a adicionar é a vontade dirigida a um fim, uma vez que a estrutura como fato típico, ilícito e culpável (seja como elemento do delito, seja como pressuposto de aplicação da pena) é mantida, bem como os elementos da teoria causalista no tocante ao fato típico (manifestação de vontade no mundo exterior e nexo de causalidade), além de uma reorganização da culpabilidade (BRANDÃO, 2010, p. 285), a qual será analisada mais à frente.

Para a teoria causalista, o conteúdo volitivo deve ser analisado na culpabilidade e não na ação, como visto acima. Contudo, ao se afirmar que a ação humana tem, em sua estrutura, a vontade dirigida a um propósito, migra-se para a conduta, dentro da estrutura analítica do crime, a análise da vontade, destarte, se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (dolo) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou e o resultado não desejado produzido (culpa)<sup>22</sup>, não se deve estender sua apreciação à culpabilidade, resolvendo-se de pronto ainda no fato típico (BRANDÃO, 2010, p. 280). Ressalta-se, assim, os ensinamentos do doutrinador Cláudio Brandão (2010, p. 284):

Esta é a fundamental diferença entre a teoria causalista e a teoria finalista: na teoria causalista não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação; portanto, não se reconhece que o dolo está na ação. Para essa teoria, o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim rege a causalidade, logo, o conteúdo da vontade, isto é, o dolo, é integrante da ação. (BRANDÃO, 2010, p. 284)

Ademais, faz-se salutar a análise da nova estruturação do delito a partir da adoção da teoria finalista da ação, com o respectivo aprofundamento em cada um dos

---

<sup>22</sup> “(...) ressalte-se, na culpa o direito não reprova a finalidade do agente, mas reprova os meios que o agente elegeu para a consecução de seus fins. Por exemplo, se o agente dirige a sua vontade para chegar logo ao seu trabalho, dirige a sua vontade para um fim lícito, mas se para galgar esse fim o agente elege um meio imprudente, como dirigir seu veículo acima da velocidade permitida, o Direito reprovará o meio escolhido e imputará ao sujeito uma responsabilidade penal a título de culpa” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 285).

seus elementos, quando pertinente. Estrutura básica que compreende o delito como fato típico, ilícito e culpável.

### 3.1.1.1. FATO TÍPICO

No finalismo, como visto anteriormente, o tipo penal passou a ser integrado, além de outros elementos, pelo dolo e pela culpa, os quais se encontravam na culpabilidade, possibilitando a existência de crimes dolosos e crimes culposos, valorando a conduta do agente. O fato típico de qualquer delito é composto tanto por elementos objetivos quanto por elementos subjetivos. Os elementos objetivos (ou tipo objetivo), além da ação, são todos os capazes de exteriorização no mundo real, que se subdividem em: descritos e normativos. Os componentes descritivos são os passíveis de reconhecimento pela verificação sensorial, portanto, perceptíveis aos sentidos, sem qualquer interpretação ou valoração, apenas sua constatação. Já os componentes normativos exigem juízos valorativos para sua captação<sup>23</sup> (através de sentimentos e opiniões), produzindo um juízo de valor distante da mera descrição (NUCCI, 2019, p. 507-508). Dessa forma, “os elementos normativos do tipo fazem prova de que o tipo não é isento de juízo de valor, como queria Beling” (BRANDÃO, 2010, p. 331).

Quanto aos elementos subjetivos (ou tipo subjetivo), que também estão presentes em todos os tipos, são representados pela consciência e pela vontade, sendo acertar a decisão da teoria finalista da ação em deslocar o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação, visto que restou demonstrado por Welzel a imprescindibilidade da análise do dolo e da culpa ainda no tipo<sup>24</sup>. Dessa forma, é possível afirmar que enquanto o tipo subjetivo está relacionado aos elementos psíquicos e internos do agente, o tipo objetivo é composto por todos os elementos do delito de efeitos concretos no mundo exterior (BRANDÃO, 2010, p. 329-330).

---

<sup>23</sup> A exemplo dos delitos que trazem em seu tipo a elementar “justa causa”. “Ora, como se determina o conceito de justa causa? A resposta é clara: através de um juízo de valor. Logo, o elemento justa causa é de natureza normativa, conforme será explicado adiante” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 331-332).

<sup>24</sup> “Pode-se dizer que o dolo ou a culpa são os elementos subjetivos do tipo por excelência. Entretanto, em alguns tipos penais, existem outros elementos além desses. Exemplifiquemos com o art. 159 do Código Penal: ‘Art. 159. Sequestrar pessoa, com o fim de obter qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate’. Nesse tipo penal, o dolo é a vontade livre e consciente de praticar a ação, ou seja, a vontade livre e consciente de sequestrar. Todavia, além desse elemento subjetivo, o tipo penal descreve outro que é o especial fim de, com o sequestro, obter qualquer vantagem” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 330)

O dolo pode ser entendido como a consciência e a vontade livre de realização dos elementos do tipo objetivo de forma direta ou, indiretamente, quando assume o risco de produção do resultado. A consciência deve ser entendida em sua perspectiva psicológica como sendo um processo psíquico relacionado à percepção do mundo exterior dos elementos objetivos que compõem o tipo penal. O elemento volitivo, por sua vez, depende da presença da consciência (ou elemento intelectivo) que surge como pressuposto necessário da existência da vontade que consiste no desejo ou na previsão de produção de determinado resultado. Assim como o dolo, a culpa também faz parte do tipo penal para a teoria finalista da ação. A culpa é uma proteção mais elevada aos bens jurídicos que o Direito Penal assim exigiu. Embora não haja uma conduta finalisticamente direcionada a concretização de um ilícito, no crime culposo existe a falta de previsão do resultado quando o Direito exigia que o agente tivesse essa previsão ou prevendo determinado resultado, o agente acredita que não se configurará, seja pelo destino, seja pela sua própria capacidade de evitar o resultado. Dessa forma, à luz da estrutura final da ação, na ação culposa existe uma vontade dirigida a um fim juridicamente irrelevante, porém reprova-se os meios a concretização desse fim, de maneira imprudente, negligente ou imperita. Punindo-se, portanto, nos crimes culposos, o autor que não tenha observado o dever de cuidado juridicamente exigido pelo ordenamento (BRANDÃO, 2010, p. 347-350).

O fato típico também é composto pelo elemento tipicidade, sua moderna compreensão, como categoria sistemática autônoma, foi desenvolvida ainda por Beling, em 1906 (BITENCOURT, 2012, p. 727), a qual insurge com uma garantia individual contra qualquer abuso estatal, uma vez que é “a descrição abstrata de uma conduta (...) que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina)” (NUCCI, 2019, p. 506). “O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes” (BITENCOURT, 2012, p. 737), evitando-se, portanto, arbitrariedades estatais. “Para que uma conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajuste a um tipo legal de crime” (TOLEDO, 1994, p. 125). Portanto, “a tipicidade é o fenômeno representado pela confluência entre o fato ocorrido do mundo real e o fato previsto no mundo abstrato das normas” (NUCCI, 2019, p. 521), em sua concepção formal. Porém é válida ainda, a interpretação e valoração em conjunto com os postulados garantistas, os quais impedem a incriminação mediante a mera subsunção formal, isto é, a correspondência externa

entre o que foi realizado no mundo natural e a descrição típica. Atualmente além dessa prévia necessidade de que uma conduta penalmente relevante esteja tipificada, torna-se imprescindível a existência de uma efetiva lesividade da conduta capaz de ofender a integridade do bem jurídico tutelado, fala-se, assim, em tipicidade em sua concepção material, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>25</sup> (CAPEZ, 2011, p. 154-155).

Ademais, ainda dentro da análise feita do fato típico, segue-se ao estudo do resultado e do nexo de causalidade, respectivamente. Estudo que apenas interessa, por óbvio, aos crimes crime que possuem resultado naturalístico, ou seja, aos crimes materiais. Há dois possíveis resultados no âmbito do nexo causal: o resultado naturalístico e o resultado jurídico ou normativo. O resultado naturalístico, como já supracitado, corresponde à modificação perceptível aos sentidos do mundo exterior. E o resultado jurídico ou normativo, por sua vez, corresponde à alteração no âmbito jurídico, quer na forma de dano efetivo, quer na de dano potencial, lesionando o bem jurídico tutelado pela norma penal. Prevalecendo, o conceito de resultado naturalístico como critério diferenciador entre crimes formais e crimes materiais, uma vez que todos os crimes possuem resultado jurídico. Já o nexo causal pode ser entendido como o vínculo que liga o agente ao resultado gerado, com reflexos direitos sobre a tipicidade. A causa deve ser entendida como toda ação ou omissão imprescindível à concretização do resultado concreto, abstraindo-se qualquer fato que, se retirado do contexto, não implicaria em mudanças no resultado<sup>26</sup> (NUCCI, 2019, p. 582-583).

Dessa forma, após os pressupostos inseridos por Welzel na reorganização da estrutura analítica do crime, os elementos do fato típico passaram ser compostos da seguinte maneira, juntamente aos preexistentes: conduta (agora integrada pelo dolo e pela culpa), tipicidade e, quanto aos crimes materiais, resultado e nexo de causalidade.

---

<sup>25</sup> “(...) o Estado Democrático de Direito não pode admitir que alguém seja punido por ter praticado uma conduta inofensiva. Não se pode admitir descompasso entre a vontade imperiosa do Estado e o sentimento social de justiça. Desse modo, do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco princípio a orientar todo o direito penal, que é o princípio da dignidade humana, o qual serve de orientação para o legislador, no momento da elaboração da norma in abstracto, determinando a ele que se abstenha de descrever como delito condutas que não tenham conteúdo de crime” (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155)

<sup>26</sup> “Essa é a teoria da equivalência dos antecedentes ou das condições, inserida no art. 13, caput, do Código Penal” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 583).

### 3.1.1.2. ILICITUDE

De causalistas a finalistas, e destes a funcionalistas (estes analisados no próximo capítulo), o conceito de ilicitude, também chamada de antijuridicidade, é um dos que, na teoria do crime, menos causa divergência, aproximando quase todas as tendências, sendo entendida basicamente como a contrariedade do fato típico ao ordenamento jurídico, visto que o próprio sistema apresenta hipóteses autorizadoras à prática de determinada conduta previamente tipificada. “Apenas a teoria dos elementos negativos do tipo a inclui no tipo-total de injusto, unindo tipo e ilicitude numa só figura, resultando o crime como um fato típico (abrangente da ilicitude) e culpável” (NUCCI, 2019, p. 628), a qual não será objeto de estudos neste trabalho.

Assim, após o intérprete verificar se o fato é ou não típico, passe-se a uma segunda fase, qual seja, a apreciação acerca da contrariedade ao direito do fato previamente tipificado. Primeiramente, o tipo possui a função de selecionar, dentre todos bens juridicamente tutelado, os mais preciosos ao ponto de serem tutelados pelo Direito Penal, haja visto seu caráter subsidiário<sup>27</sup>. Ao se verificar a prática de um fato típico, a primeira impressão que surge é pela contrariedade ao direito, razão pela qual afirmar-se que há indícios de o fato será típico e também ilícito, assim, “costuma-se dizer que todo fato típico contém um caráter indiciário da ilicitude (...), uma presunção de que seja ilícita” (CAPEZ, 2011, p. 293). Entretanto, trata-se de uma presunção relativa (*juris tantum*), visto que as normas incriminadoras, em certos casos, são abarcadas por preceitos permissivos que legitimam a conduta tipificada. Esses preceitos permissivos regulam as causas excludentes da ilicitude<sup>28</sup>, ou causas

<sup>27</sup> “O princípio quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade (...). Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator (...). Enfim, o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 175).

<sup>28</sup> “As excludentes de ilicitude podem ser divididas da seguinte forma: a) previstas na Parte Geral do Código Penal e válidas, portanto, para todas as condutas típicas estabelecidas na Parte Especial ou em leis penais especiais: a1) estado de necessidade (arts. 23, I, e 24); a2) legítima defesa (arts. 23, II, e 25); a3) estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III); a4) exercício regular de direito (art. 23, III); b) previstas na Parte Especial do Código Penal e válidas, apenas, para alguns delitos. Exemplo: aborto necessário (art. 128, I, CP); c) previstas em legislação extrapenal (...); d) consentimento do ofendido, que é excludente supralegal (não prevista expressamente em lei), consistente no desinteresse da vítima em fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 632-633).

de justificação, em ocorrendo, a realização da modalidade não é ilegal, mantendo-se, porém, uma conduta típica (WELZEL, 2004, p. 89).

### 3.1.1.3. CULPABILIDADE

A culpabilidade pode ser entendida como um conceito negativo de reprovação que não se afeiçoa a uma ideia de sucesso, mas sim de censura e de reprovação, “por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito” (CAPEZ, 2011, p. 323). Até então, dentro da culpabilidade reinava a concepção normativa do dolo, pois, dentre seus elementos, além da voluntariedade e previsão, possuía um elemento eminentemente normativo, a consciência atual da ilicitude, a qual estando presente, possibilitaria um juízo de censura de culpabilidade, assim, possuindo tanto elementos psicológicos como normativos. Assim como a concepção psicológica de culpabilidade, a culpabilidade psicológico-normativa também se demonstrou incapaz de atender a todas exigências do Direito Penal, “insuficiente para abranger e justificar a condenação de perigosos delinquentes em um mundo de criminalidade ascendente” (TOLEDO, 1994, p. 224-226).

Como visto acima, o finalismo não se afasta da tradicional tripartição estrutural do crime, tampouco introduz ou suprime novos elementos, mantém os mesmos, porém redistribuídos de outro modo. Welzel não comprehende o dolo e a culpa situados como elementos da culpabilidade, retirando-os da culpabilidade e realocando-os à ação final. Ao se excluir da análise da culpabilidade qualquer dado psicológico, surge a teoria normativa pura da culpabilidade, a qual passou a ser composta, em um primeiro instante, apenas por imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. Em seguida, quando o dolo foi transferido para a ação final, passou a ser compreendido como dolo natural (composto apenas de consciência e vontade), pois seu elemento normativo, a consciência da ilicitude, destacou-se, constituindo elemento autônomo da culpabilidade, entretanto, não se exigindo atualidade da consciência, mas sim a possibilidade de conhecimento do injusto. A teoria normativa pura da culpabilidade, além de Welzel, contou importante expoentes, como Hartmann e Graf Zu Dohna (CAPEZ, 2011, p. 330).

Contudo, os anseios sociais e a constante necessidade de justificação da atuação da política criminal mais próxima possível da realidade social, principalmente quando os limites da violência estatal são estabelecidos em torno do maior ou menor

respeito à dignidade da pessoa humana em Estado Democrático de Direito, fomentam a elaboração de novas teorias tendentes a explicar quais seriam as funções para quais o Direito Penal deve se propor, o que será objeto de estudo do próximo capítulo.

#### 4. PÓS-FINALISMO E AS NOVAS CONCEPÇÕES FUNCIONALISTAS

Como nenhuma fase histórica do direito penal é superada completamente com o surgimento de uma posterior, os preceitos do pensamento sistemático iniciados por causalistas e finalistas são fundamentais ao desenvolvimento de novas perspectivas, principalmente as surgidas a partir do último período do pós-guerra (PUIG, 2003, p. 256). Acerca dos modelos propostos até aqui estudados – causalistas e finalista –, nenhum deles é isento de problemas, porém, as suas contribuições e os seus pontos positivos de destaque são inegáveis. A partir dos quais, as correntes dogmáticas denominadas de pós-finalistas buscaram conciliar inúmeros conceitos da maneira mais eclética possível, com a normatização de valores orientados às políticas criminais de determinado sistema penal (BITENCOURT, 2012, p. 249).

No funcionalismo, independente da vertente adotada, uma vez que é possível se falar em funcionalismos, tem-se um valor qualificado como norte vinculador a toda construção conceitual proposta para o direito penal, voltado a uma mesma finalidade. Busca-se evitar que uma liberdade criativo-dogmática sem freio do julgador coloque em xeque a segurança jurídica que se espera das resoluções dos casos penais. Dessa forma, os preceitos axiológicos do funcionalismo não se confundem com a valoração feita sob a perspectiva neokantiana, caracterizada pela ausência de um valor fundamental hierarquicamente superior capaz de direcionar toda a estrutura valorativa do sistema então proposto (GUARAGNI, 2009, p. 253).

Destarte, o funcionalismo penal apresenta-se como corrente de pensamento na qual os fins a que se propõe o direito penal revestem-se de um valor fundamental, em torno das consequências sociais da punição. Abandona-se a antiga finalidade retributiva da pena dominante outrora, em benefício de fins preventivos. A perspectiva funcional não só se voltou aos efeitos que podem ser ocasionados pela imposição de uma sanção penal – prevenção geral –, como também buscou legitimar a aplicação da pena dirigida à pessoa do criminoso, com o intuito de reintegrá-lo à sociedade e impedir a prática de novos crimes – prevenção especial positiva e negativa (GALVÃO, 2013, p. 169).

A discussão dos os fins do Direito Penal, assim como explicita Nilo Batista (2007, p. 111), deveria orbitar em torno dos fins da pena. E com as teorias funcionalistas aproxima-se o estudo das ciências criminais às necessidades a que se presta a pena. O funcionalismo se viu “iniciado por CLAUS ROXIN, na Alemanha, sob

a perspectiva teleológica<sup>29</sup>, e depois continuada por GÜNTHER JAKOBS, sob outro ambiente, denominado sistêmico” (NUCCI, 2019, p. 442). Importante frisar que não se trata de uma teoria da conduta, mas sim de reflexões acerca das funções e finalidades propostas pelo Direito Penal, com vistas a proporcionar respostas satisfatórias aos diversos problemas do cotidiano social que esse ramo jurídico se propõe a regulamentar (CAPEZ, 2011, p. 156-157).

Portanto, pode-se afirmar que o funcionalismo se preocupa com a conexão entre a ciência jurídico-penal e as ciências sociais, de modo a funcionar “como mecanismo pelo qual se controla a atuação das pessoas segundo expectativas estampadas nas normas, dentro de um sistema mais abrangente, que é o sistema social” (GUARAGNI, 2009, p. 254), “a perfeição das ideias técnico-científicas cede espaço ao cumprimento das funções sociais do Direito Penal” (CAPEZ, 2011, p. 158). Dito de outra forma, “para a perspectiva funcionalista, o Direito seria um dos (sub)sistemas sociais, e deveria cumprir as suas funções (ARAÚJO, 2021, p. 409). Passa-se, ademais, a uma análise pormenorizada das minúcias teóricas propostas pelos dois principais autores do funcionalismo.

#### 4.1. FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

Como visto, não existe um rompimento abrupto com a herança elaborada pela dogmática acerca da sistemática desenvolvida por causalistas e aperfeiçoada por finalistas. As raízes firmadas por eles constituem elemento imprescindível à atuação do operador do direito contemporâneo, tanto pelo fato de trazer substrato às correntes de pensamento mais modernas quanto, principalmente, pela segurança jurídica que a conceituação como ciência da atividade jurídica trouxe, elevando o Direito Penal para além do acaso e da arbitrariedade. Pode-se, inclusive, enumerar algumas vantagens do pensamento sistemático: facilitação do exame do caso concreto; aplicação uniforme, simplificada e diferenciada do Direito Penal; guia para um melhor manejo, desenvolvimento e elaboração por parte de seus operadores do direito penal. Em contrapartida, contudo, outros tantos perigos que envolvem a cega aplicação sistemática do Direito Penal podem ser elencados: negligência da justiça no caso

---

<sup>29</sup> O funcionalismo teleológico de Roxin também pode ser denominado pela doutrina de funcionalismo dualista, moderado ou da política criminal. Quanto ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, recebe outras denominações, como radical ou monista (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 186-187)

específico; chances reduzidas de resolver o problema; ilegitimidade das deduções político-criminais e uso de conceitos abstratos (ROXIN, 1997, p. 207-214).

Claus Roxin entende que é preciso que a ciência penal se aproxime da realidade e dos anseios sociais, para além da abstração até então vivida. Para tanto, busca um denominador comum entre as discussões sistemáticas e os problemas político-criminais. A função político-criminal da ilicitude passa a ser considerada como solução de conflitos penais, toma-se por corolário a aplicação de princípios que devem ser fundamentais ao Direito, a exemplo do princípio da proporcionalidade (ROXIN, 2002, p. 20-24) e do princípio da legalidade – indispensável à imposição de limites ao *jus puniendi* estatal, isto é, uma verdadeira proteção frente aos possíveis usos arbitrários do Direito Penal pelos detentores do poder político (BRANDÃO, 2010, p. 148). Até porque criminalizações arbitrárias ou com fins puramente ideológicos não protegem bem jurídicos, sendo, portanto, inaceitáveis (ROXIN, 1997, p. 56), uma vez que “para o funcionalismo teleológico (ou moderado) (...), a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, (...) valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal” (CUNHA, 2016, 34).

Nessa senda, o Direito Penal não é apenas uma ciência jurídica, seus conceitos e preceitos devem partir de um cotejo com a realidade social, posicionando-o como uma verdadeira ciência social. A Política Criminal inclui métodos socialmente mais adequados para o combate ao crime, na chamada missão social do direito penal. Já o Direito Penal, juridicamente falando, atém-se em corresponder à função liberal do Estado de Direito, garantindo a igualdade na aplicação da lei, bem como a liberdade individual frente ao Estado (ROXIN, 2002, p. 31-32). Dessa forma, ao criticar a ontologia sistemática do finalismo, sem, contudo, desprezar sua importância (...), “Roxin pretendeu resgatar a perspectiva valorativa neoclássica, reorientando-a conforme os fins do Direito Penal e seus princípios políticos” (GALVÃO, 2013, p. 170).

Quando fundada nos ditames constitucionais modernos, a Política Criminal não tem por objeto a luta contra a criminalidade a qualquer custo, o que conduziria a ações discrepantes e contrapostas à segurança jurídica, bem como à violação do fundamental princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, é primordial que direitos fundamentais sejam integrados ao direito penal, tarefa que deve ser incumbida Política Criminal que, conforme afirma Roxin, vem sendo negligenciada (ROXIN, 2000, p. 70-73). Ou quando não esquecida, manipulada; pois é inegável que os interesses penalmente tutelados correspondem às exigências culturais de

determinado povo à determinada época e que, em uma sociedade dividida, prevalecerá o bem jurídico objetivado pela classe dominante, ainda que não expressamente declarados, mas como “uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal” (BATISTA, 2007, p. 115-116).

Cada setor do sistema penal procura justificar sua participação na elaboração e no desenvolvimento do ordenamento criminal, apresentando seus discursos e argumentos, sempre embasados em suas próprias ideologias – que, por sinal, constituem uma pluralidade ideológica que “se traduz na multiplicidade dos discursos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 68). E por falar em ideologias individuais dos detentores do poder que acabam por universalizadas, o advogado e professor Nilo Batista se expressa de forma magistral (BATISTA, 2007, p. 112):

Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem.

Por isso que não se apresenta como adequado deixar apenas a política criminal como responsável por todos os fundamentos que devem ser dados à orientação dogmático-repressiva, “a dogmática deve possuir conteúdo científico palpável e seguro, de modo que sejam sempre previsíveis ao indivíduo as consequências de sua conduta” (GALVÃO, 2013, p. 170). Para os defensores de funcionalismo teleológico, que viram em Claus Roxin o seu maior expoente, o sistema jurídico-penal não se vincula a realidades ontológicas prévias, em que pese a impescindibilidade de se ter por guia os propósitos a serem alcançados pelo Direito Penal (ROXIN, 1997, p. 203).

Roxin verdadeiramente abre a dogmática jurídico-penal, no sentido da recepção e realização das orientações político-criminais (GUARAGNI, 2009, p. 262). O autor propõe readequações a um dos elementos da estrutura analítica do crime até então desenvolvida pela teoria finalista da ação, isto é, uma restruturação a partir de uma extensão da culpabilidade e com base em critérios preventivos. Tratar-se-ia de uma nova categoria denominada de “responsabilidade”, a qual envolveria o próprio conceito de culpabilidade cunhado pelo finalismo penal, contudo, dotado com uma espécie de qualificação: a necessidade da punição, do ponto de vista geral e especial preventivo. Uma vez que apenas a existência da culpabilidade do agente não teria, por isso só, o condão de legitimar a imposição de uma pena, quando não houvesse qualquer necessidade preventiva (ROXIN, 2002, p. 8). Para o autor, falar em

responsabilidade seria mais preciso do que apenas em culpabilidade, constituindo apenas um dos fatores que determinantes da responsabilidade legal-criminal, mas não todos, pois existem outros critérios de exculpação<sup>30</sup> do ponto de vista preventivo que podem ser cruciais para cravar ou não a necessidade de aplicação de uma sanção penal (ROXIN, 2002, p. 92).

Outro resultado ainda mais prático trazido por Roxin diz respeito ao desenvolvimento e sistematização da já existente teoria da imputação objetiva – a qual não deve ser confundida com um direito penal de responsabilidade objetiva, em que pese a sugestão que a sua nomenclatura possa gerar. Imputação objetiva quer dizer o ato de imputar, isto é, atribuir a alguém a prática de algo que, no caso do direito penal, seria “a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico” (JESUS, 2007, p. 33-34). O autor propõe critérios normativos que atribuem objetivamente uma responsabilidade pessoal e não apenas causal. A incriminação de determinada conduta necessariamente deve pressupor a existência de um incremento a um risco ao bem jurídico tutelado, risco esse proibido pelo direito e que se concretize no resultado previsto pelo tipo penal (lesão ou perigo de lesão). Portanto, não basta qualquer risco criado pela conduta do agente, esse risco deve ser juridicamente indevido e estar atrelado ao resultado tipificado (TAVARES, 2019, p. 296-297). “Na verdade, cuida-se de uma teoria com missão de restringir a atribuição da imputação, delimitando as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido<sup>31</sup>” (JESUS, 2007, p. 33-34).

Pelo exposto, pode-se compreender que, para Roxin, o Direito Penal se presta ao papel de protetor dos bens jurídicos elencados como imprescindíveis e merecedores da tutela penal pela Política Criminal então vigente em uma sociedade, não sendo à tua sua caracterização como uma “posição de vanguarda em relação ao direito vigente, vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada” (CUNHA, 2016, p. 34). Entretanto, essa proteção não se deve

<sup>30</sup> A exculpação consiste em um dos sinônimos das hipóteses de exclusão da culpabilidade, as quais também podem ser denominadas de dirimentes, assim, “estando a reprovação da pessoa física intimamente relacionada com o critério da exigibilidade de conduta diversa, sempre que for inexigível do indivíduo outro comportamento, restará excluída a reprovação jurídica e, consequentemente, a responsabilidade criminal” (GALVÃO, 2013, p. 358).

<sup>31</sup> “Pode-se dizer, assim, que não haverá, alternativamente, imputação se: a) o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) o risco era permitido; c) esse risco não se materializar no resultado típico; d) o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo” (TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 297).

dar a todo custo, a atividade punitiva do Estado deve estar vinculada a limites pré-estabelecidos, como os princípios fundamentais de direito penal, principalmente os ligados à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana – corolário do constitucionalismo contemporâneo<sup>32</sup> (NOVELINO, 2021, p. 297).

#### 4.2. FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

O outro importante expoente do funcionalismo é Günther Jakobs, discípulo de maior destaque de Hans Welzel (CALLEGARI; LYNETT; JABOKS; MELIÁ, 2005, p. 11). Diferenciando-se, entretanto, da concepção adotada por Roxin. Para Jakobs, a missão do direito penal não envolve garantir a proteção de bens jurídicos, mas sim a vigência e o respeito às normas penais, ou seja, garantir a credibilidade das normas – linha de pensamento que ficou conhecida como funcionalismo sistêmico. Portanto, enquanto que para Roxin a missão do direito penal (proteção de bens jurídicos) deve ser concretizada através de limitadores do direito estatal de punir, como os princípios fundamentais, inclusive os de ordem externa ao próprio Direito Penal, como o Direito Constitucional; para Jakobs a garantia da vigência e do respeito às normas penais não se submete a limites exteriores, uma vez que o Direito Penal é um sistema fechado que cria suas próprias normas, independentemente de qualquer limitação externa (ESTEFAM, 2018, p. 226-227).

O funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs possui direta relação “à noção de sistemas sociais, de Niklas Luhmann<sup>33</sup>, a partir da qual formula a concepção de que o direito penal é um ‘sistema autopoietico’” (CUNHA, 2016, p. 187). De acordo com esse raciocínio, cada ser humano espera uma reação do seu semelhante, possui, dessa

<sup>32</sup> “Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular. O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições em diversos países ocidentais tiveram um vertiginoso aumento após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo e o fascismo e contra o aviltamento desta dignidade praticado pelas ditaduras ao redor do mundo” (NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 16. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2021, p. 297-298)

<sup>33</sup> “Ao Direito Penal, segundo Jakobs, corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas. Partindo do conceito de Direito, expressado pelo sociólogo Luhmann, Jakobs entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma — destaca Jakobs —, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310).

forma, uma expectativa em relação ao comportamento do outro. Os sistemas sociais de uma sociedade são constituídos justamente para assegurar que as expectativas sejam correspondidas (GALVÃO, 2013, p. 171).

Na visão de Jakobs, não há em que se falar em tutela de bens jurídicos, uma vez que a atuação do Direito Penal se dá apenas após a violação de determinado bem, sustentando o argumento de que a função primordial desse ramo jurídico não pode ser outra senão a garantia de validade do sistema social (CUNHA, 2016, p. 34), sistema capaz de determinar a função a ser cumprida pelo Direito Penal, submetido apenas a seus próprios regramentos penais internos. Assim, uma saúde sustentável do sistema estaria condicionada à integridade das normas estabelecidas para regulação das relações sociais, e somente em caso de violação desse preceito que se faria necessária a imposição de determinada sanção penal, com finalidade de preservação da vigência do sistema em que se insere (*ibidem*, p. 187). “Com o seu comportamento, o infrator rompe umas expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas” (CALLEGARI; LYNETT; JABOKS; MELIÁ, 2005, p. 12).

Ao estabelecer que o Direito Penal se propõe a manter as estruturas básicas de uma sociedade é preciso também que se reformule o tradicional conceito de bem jurídico penalmente tutelado. Assim, Jakobs atrela o conceito de bem jurídico às expectativas fundamentais para a constituição de uma sociedade, ou seja, as situações que são valiosas. Por exemplo, o crime de homicídio, no qual o bem jurídico atingido não seria apenas a vida de uma pessoa, mas também se violaria a expectativa fundamental de que a alguém é dada a possibilidade de viver em sociedade sem tenha sua integridade posta em risco. O bem imediatamente atingindo (a vida no exemplo supracitado) Jakobs chamou de “bem jurídico em sentido estrito”. Enquanto a expectativa essencial para determinada sociedade que foi atingida, ele a denominou de “bem jurídico em sentido penal”, sua violação não seria o dano naturalmente perceptível aos sentidos humanos, mas sim a afronta a um conceito normativo previamente determinado (*ibidem*, p. 15).

Tomando-se por ponto de partida que a concepção de bem jurídico (a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade) é prévia ao próprio direito penal, o qual não se presta a proteção quando há o mero desaparecimento do bem jurídico por causas naturais (como a ação corrosiva da ferrugem em um automóvel), mas sim quando de

sua lesão se dá em decorrência de certos ataques que necessariamente tenham relação com determinado nível de interação humana (*ibidem*, p. 31-32). Assim, por consequência desse pensamento, explica Günther Jakobs (*ibidem*, p. 33):

Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito penal não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida da ameaça de outra pessoa.

Em que pese em um primeiro momento não haver qualquer diferença substancial entre a definição adotada por Roxin e a que propõe Jakobs em relação à função do direito penal, este defende que o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal não pode ser resumido a mero objeto físico – incapaz de representar completamente o espírito normativo direito –, mas também deve abarcar a norma garantidora de uma expectativa. Por essas razões, conforme dispõe Jakobs, o direito penal exerce o papel de garantia à vigência da norma, e não a mera proteção de determinados objetos valorados como imprescindíveis à sociedade<sup>34</sup> (*ibidem*, p. 34-36). “O fato é que a ordem social não pode definir-se exclusivamente através de bem; junto a isso, com igual caráter originário, tem de considerar-se os papéis das pessoas” (*ibidem*, p. 39).

No que diz respeito à teoria da imputação objetiva, Günther Jakobs também sustenta posicionamento diverso ao seguido por Claus Roxin. Enquanto este propõe que a relação de causalidade material seja completamente substituída pela relação de imputação objetiva. Jakobs acredita ser inconcebível a aferição da responsabilidade penal sem um mínimo de causalidade material, em que pese aceitar que a imputação objetiva desempenhar um papel de restrição ao alcance do nexo causal – o intuito de Roxin é a substituição. Assim, depois de constatada a existência de uma relação de causalidade entre a conduta e o resultado (de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes<sup>35</sup>), “deve-se verificar se houve imputação objetiva

<sup>34</sup> Desassociar, entretanto, a tutela penal dos bens jurídicos elencados pela política criminal é, para Roxin, torna-la uma disciplina estranha ao direito penal, posição a qual o autor critica veemente. Outrossim, a adoção do pensamento sistemático jurídico penal traria à tona a aplicação de uma metodologia muito indeterminada, a ensejar um forte arbítrio estatal (ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59).

<sup>35</sup> Também denominada de teoria da condição simples ou da *conditio sine qua non*, a teoria da equivalência dos antecedentes parte da premissa que todos os antecedentes causais são igualmente necessários a concretização da conduta criminosa, sem estabelecer distinções entre as causas e as condições em que ocorreram. “De inspiração autoritária, a opção de considerar qualquer contribuição para a produção do resultado como causa amplia o campo de intervenção repressiva, na medida em que possibilita aumentar o leque de responsáveis (...). A fórmula da *conditio sine qua non* implica a aplicação do processo hipotético de eliminação, segundo o qual, eliminando-se mentalmente a ação,

entre a conduta e o resultado, de modo que esta teoria age como um freio (e não como substituto) da relação de causalidade material”, propondo, ademais, a seguinte estrutura para a teoria da imputação objetiva (ESTEFAM, 2018, p. 266-267):

Günther Jakobs estrutura a teoria da imputação objetiva a partir das seguintes premissas: a) a imputação objetiva é vinculada a uma sociedade concretamente considerada; b) o contato social gera riscos; e c) a imputação objetiva enfoca apenas comportamentos que violam um determinado papel social.

#### 4.2.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Após a essas breves explanações acerca do pensamento de Günther Jakobs, é salutar ao desenvolvimento do presente trabalho que sejam feitas observações a uma das principais teorias desenvolvidas pelo autor: um direito penal específico àquele eleito como inimigo, contraposto ao direito penal direcionado ao cidadão, merecedor de um regime jurídico diferenciado. “O autor cuidou pela primeira vez do assunto em 1985, durante as ‘Jornadas de Professores de Direito Penal de Frankfurt’” (ESTEFAM, 2018, p. 52), entretanto, “a proposta de um direito penal do inimigo ganhou maior relevo após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas do World Trade Center, na cidade de Nova Iorque” (GALVÃO, 2013, p. 171-172). Mesmo assim, Jakobs, ao fazer referência a um direito penal do inimigo e a um direito penal do cidadão, tem plena consciência que esses dois ideais dificilmente se concretizarão de forma pura no mundo real, pois qualquer um, até mesmo um terrorista, de alguma maneira será formalmente considerado como uma pessoa, fazendo jus no processo criminal a direitos e garantias exclusivos de um cidadão quando acusado (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 21-22).

Ao cidadão estariam garantidos todos os direitos e garantias fundamentais. Já ao inimigo – indivíduos às margens da sociedade, capazes, inclusive de colocar todo sistema social em risco de colapso, a exemplo reincidentes constantes ou aqueles sujeitos que praticam fatos gravíssimos, como os terroristas – qualquer ato estatal seria justificável ao combate do perigo causado por esses infratores. A eles não seria dado o direito de serem tratados como pessoa, seriam inimigos a serem eliminados e privados do convívio social, completamente tolhidos à invocação de direitos e

---

indaga-se sobre a produção do resultado, da forma como ocorreu. Nessa perspectiva, a conduta será considerada causa do resultado quando se puder afirmar que, sem ela, o resultado não teria acontecido. Isso significa dizer que a conduta não será considerada causa do resultado quando, suprimida mentalmente, não repercutir alterações na produção do resultado” (GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239-240).

garantias fundamentais. Práticas como prisão por tempo indeterminados e de tortura como meio de prova seriam completamente legitimados quando diante de um inimigo (ESTEFAM, 2018, p. 52). A própria noção de inimigo justificaria a existência de uma guerra a ser travada, pois “o inimigo é aquele que deve ser derrotado, é aquele contra o qual as atitudes agressivas são legítimas, é aquele que deve ser destruído, pois pretende também nos destruir” (ARAÚJO, 2021, p. 198-199).

#### 4.2.1.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

A teoria de que o *jus puniendi* do Estado deveria ser tratado em velocidades foi idealizada pelo professor espanhol Jesús-María Silva Sanches, o qual propôs inicialmente que o direito penal seria caracterizado em duas velocidades. Uma primeira velocidade em que o direito penal é representado por uma pequena parcela de delitos nucleares que, ao final do processo, teriam como consequência a privação da liberdade do acusado. Dessa forma, os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais deveriam ser rigidamente mantidos, uma vez que o direito fundamental da liberdade do indivíduo estaria em jogo. Já uma segunda velocidade estaria representada pelos casos em que o réu ao final do processo não se sujeitaria a uma pena prisão, mas a penas alternativas, como privação de direitos ou penas pecuniárias, admitindo-se que os princípios e regras norteadores do direito penal poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da conduta praticada<sup>36</sup>. Posteriormente, o próprio autor admitiu a possibilidade de uma “terceira velocidade” do direito penal, a qual estaria simbolizada no direito penal do inimigo (conforme fomentado por Günther Jakobs) e constituiria uma parcela desejavelmente reduzida das condutas penais atingidas. Contudo, a existência de um direito penal caracterizado pela privação de liberdade com regras de imputação e procedimentos processuais menos rigorosas do que as do direito penal de primeira velocidade é, certamente, em algumas áreas excepcionais, temporariamente inevitável (SÁNCHEZ, 2001, p. 163-164). A terceira velocidade seria, assim, um misto entre os dois primeiros modelos propostos por Jesús-María

---

<sup>36</sup> “Teríamos como exemplo, no Brasil, o sistema dos Juizados Especiais Criminais, com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, institutos despenalizadores (transação penal, composição dos danos e suspensão condicional do processo) e procedimento sumaríssimo” (ARAÚJO, Fábio Roque. Direito penal didático: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 205)

Silva Sanchez, “congregando as infrações e sanções mais severas com um processo penal mais célere, em que não há tanta preocupação com as garantias individuais” (ARAÚJO, p. 205).

#### 4.3. CRÍTICAS AO FUNCIONALISMO

Como qualquer linha de pensamento, o funcionalismo (seja o teleológico, seja o sistêmico) não está imune a críticas, o qual é naturalmente alvo de diversas delas, em especial a partir do início do séc. XXI. Algumas dirigidas a aspectos internos dos sistemas, frequentemente questionando a teoria da imputação objetiva (fortalecida pelo funcionalismo), bem como a elevação do papel da política criminal, levantando-se o risco de que a fusão com a dogmática causaria confusão entre a missão do legislador elaborador da política criminal com a do jurista criador da teoria. As críticas igualmente se voltam contra algumas opções metodológicas optantes em abrir mão de aspectos prévios à realidade, moldadores da teoria do crime (ESTEFAM, 2018, p. 227-228).

Os argumentos, por vezes, são no sentido de que o sistema finalista seja superior ao funcionalista, por, entre outros motivos, garantir uma maior segurança jurídica, indispensável ao Direito Penal. Portanto, seria um exagero afirmar que o finalismo se encontra superado. É, na verdade, o oposto. Tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira há autores que discordam do funcionalismo – seja qual for a corrente adotada –, apegam-se ao finalismo, sugerindo adaptações e melhoramentos. “Há, ainda, aqueles que defendem a manutenção das bases filosóficas finalistas, com a incorporação de algumas teorias (como a imputação objetiva) advindas do funcionalismo (... )” (ibidem, p. 224).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As manifestações do Direito Penal expõem os seus valores culturais imprescindíveis à determinada sociedade, bem como o estágio civilizatório em que se encontra, conforme os princípios penais fundamentais acolhidos, ou não, por seu ordenamento jurídico-penal (ESTEFAM, 2018, p. 35). Assim, justificar a atuação penal do Estado se demonstrou ao longo dos tempos extremamente importante frente ao histórico de abusos e arbitrariedades. Procurar delimitar as características comuns a todos os crimes constitui a maior função da Teoria do Delito, pois, mesmo que as incontáveis espécies delitivas tenham traços específicos, definir princípios norteadores ao Direito Penal como um todo se demonstra fundamental a garantir uma segurança jurídica necessária ao *jus puniendi* estatal. Portanto, os estudos realizados ao longo do desenvolvimento das teorias da conduta penal nem de perto se aproxima de um mero capricho científico.

A experiência comprovou que um direito racional e proporcional necessita acompanhar a dinamicidade da sociedade em que se insere. E, justamente, foi na ciência jurídico-criminal que essa necessidade se fez mais latente, tanto que largou na frente (quando comparados com os demais ramos) ao incluir em seus métodos preceitos axiológicos e materiais manifestados pelo corpo social, fundamentais à compreensão das circunstâncias histórico-sociais basilares que originaram as mais variadas legislações criminais. Quando as ideias dos pensadores iluministas começaram a ganhar espaço diante do arbitro recorrente no cenário político vigente, as teses voltadas às ciências criminais caminharam no sentido da humanização da intervenção estatal na seara penal. “Nessa senda, sobressai-se em importância, além da obra de célebres autores, como Rousseau e Montesquieu, o opúsculo ‘Dos delitos e das penas’, de Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria” (ARAÚJO, 2021, p. 147).

Seguindo, conforme visto no desenvolver dos capítulos dessa pesquisa, devido aos avanços científicos ocorridos entre os séculos XIX e XX, almejou-se a submissão das ciências jurídicas à exatidão das ciências naturais, haja visto o notório avanço que se verificara em diversas áreas do saber, a exemplo física, mecânica, química, médica e biológica (BITENCOURT, 2012, p. 209). Contudo, ao passo que a sociedade avançava em vários campos do conhecimento, esse ideal se tornava cada vez mais insustentável, sobretudo, para as ciências criminais. A visão clássica do delito já não

atendia à complexidade social que se verificara. Logo, restou claro que o Direito Penal pertence a classe das ciências do dever ser e não à do ser, isto é, como as ciências naturais. É uma ciência normativa do “dever-ser”, pois o Direito Penal tem por objeto de estudo a norma (o conjunto de preceitos legais e de seus critérios de ponderação). É também uma ciência social prática, na qual suas teorias, de alguma forma, sempre têm a preocupação com o atuar do ser humano em sociedade (*ibidem*, p. 61-62). Inviável, dessa forma, o empreendimento de aplicar os métodos das ciências naturais às ciências jurídicas<sup>37</sup>.

Não apenas a questão metodológica, a conduta como uma mera relação de causa e efeito também foi outro ponto das Escolas Clássica e Neoclássica superado. O Finalismo de Hans Welzel representa uma consolidação da Teoria Geral do Delito. Nesse sentido, seguem algumas considerações do professor Fábio Roque Araújo (2021, p. 409):

A doutrina final da ação trouxe avanços tão significativos para a dogmática penal que, muitos deles, permanecem consagrados como verdadeiros truismos jurídico-penais. A alocação do elemento subjetivo no tipo, a estrutura analítica e estratificada do crime e a concepção normativa da culpabilidade são questões que permanecem consubstanciada até mesmo nos maus contundentes críticos de Welzel.

A hegemonia do finalismo como sistema penal dominante perdurou até o final do século XX. O papel de delimitar os contornos teóricos acerca do delito foi muito bem trabalhado pelos finalistas, contudo, a busca pela legitimação das funções desempenhadas pelo direito penal fez surgir um novo embate doutrinário focado na produção de consequências consideradas justas e adequadas. Assim, com um mesmo objetivo geral, “o movimento denominado funcionalismo (...) produziu um sistema que apresenta bases comuns e algumas variantes. Dentre as perspectivas funcionalistas, merecem destaque os sistemas de Claus Roxin e Günther Jakobs” (GALVÃO, 2013, p. 169). Ambos os autores concordam que o Direito Penal desempenha uma função protecionista. Roxin, de um lado, advoga pela proteção a bens jurídicos fundamentais à sociedade; enquanto, Jakobs, a seu turno, reestrutura o conceito de bem jurídico, para ele, o Direito Penal se presta a proteção das normas vigentes com o intuito de preservação do sistema social vigente.

---

<sup>37</sup> As variantes presentes nas sociedades não permitem elaboração de normas universais e fixas, ressalvando-se alguns princípios direcionadores (além da tese de direitos humanos universais) presentes nas modernas sociedades ocidentais – contrapostos às concepções orientais (RAMOS TAVARES, André. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 520).

Nessa senda, embora não se possa dizer que o finalismo penal se encontra ultrapassado, a discussão em torno do conceito de conduta penalmente relevante parece restar-se superada. As atuais preocupações do Direito Penal vão além de questões ontológicas, pois como ciência que impacta diretamente na realidade, esta deve ser considerada na fixação de seus pressupostos. O direito penal, independentemente dos métodos adotados e das razões motivadoras, sempre se prestou à manutenção ordem social instalada. A sua evolução acompanhou o caminhar dos valores ético-sociais fundamentais à cada sociedade. E este trabalho se prestou a tratar de uma pequena parcela dessa trajetória. Chega-se à conclusão que o debate acadêmico em torno das justificativas da tutela penal do Estado dificilmente chegará a um ponto final, pois sempre a constante necessidade de adequação à dinamicidade presente em quaisquer sociedades.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito penal didático: parte geral*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal e funcionalismo*. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- ESTEFAM, André. *Direito penal parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003.

RAMOS TAVARES, André. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução: Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*: variações e tendências. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

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

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*: uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução: José Cerezo Mir. Montevideo: B de F Ltda., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.