



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Renato Gomes de Araujo Rocha

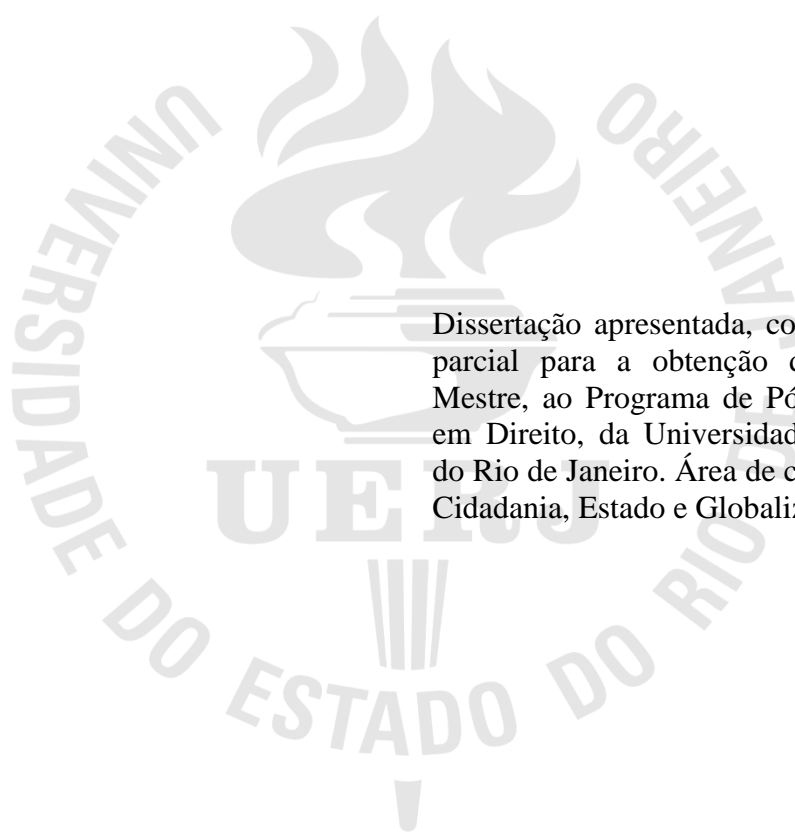
Teorias da conduta: uma análise crítica

Rio de Janeiro

2014

Renato Gomes de Araujo Rocha

Teorias da conduta: uma análise crítica



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R672 Rocha, Renato Gomes de Araujo.

Teorias da conduta : uma análise crítica / Renato Gomes de Araujo
Rocha. – 2014.
322 f.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Conduta (Direito penal) – Teses. I. Batista,
Nilo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDU 343

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Renato Gomes de Araujo Rocha

Teorias da conduta: uma análise crítica

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 12 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Salo de Carvalho

Centro Universitário La Salle / Universidade Federal de Santa Maria

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Daura, Lara e Bia.

AGRADECIMENTOS

À FAPERJ, pela bolsa que tornou possível este trabalho.

Ao prof. Nilo Batista, por mostrar que é possível pensar criticamente o direito e que isso se traduz em um compromisso intransigente com as conquistas humanas.

Aos profs. Vera Malaguti, Juarez Tavares e Davi Tangerino, que me acolheram com muito carinho na UERJ. Agradeço também aos demais professores do PPGD, todos os quais contribuíram em grande medida para este trabalho: profa. Patrícia Glioche, prof. Carlos Eduardo Japiassú; Prof. Jorge Camara; prof. Arthur Gueiros; profa. Bethania Assy.

A todos os servidores da UERJ, em especial aos da secretaria de pós-graduação. À Angélica, do ICC.

Aos amigos e colegas de pós-graduação da linha de teoria e filosofia do direito e de direito penal, em especial: Rafael, Daniel, Lívia, Karla, Fernanda, Roberta, Leandro, Marco, Reinaldo, Eduardo, Ellen, Gabi, Ricardo e Marcus Vinicius.

Aos amigos e colegas de graduação, que até hoje têm um importante influência em tudo o que penso (a informalidade de nossas conversas frequentemente mascara a profundidade da marca que vocês deixam). Especialmente: Rafael, Bárbara, Gabi, Fernanda, Victor, Andrea, Thais, Pedro, Leandro, Alexandre, Julia, Bruna, Carol, Marina, Isabela, Daniel, Taiguara, Leandro, Clarissa e Gabriel. Com um agradecimento especial para o amigo Vinicius Zanatta.

À minha família, pelo apoio. À Bia, pelo apoio, carinho e compreensão.

RESUMO

ROCHA, R.G.A. *Teorias da Conduta: uma análise crítica*. 2014. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Neste trabalho foram analisadas e comparadas as principais teorias da conduta. Com isso buscou-se não apenas aprofundar um debate frequentemente mediado pelos manuais, mas também, por meio do recurso aos aportes críticos da bibliografia latino-americana, verificar se a concepção ontológica de conduta é de fato a mais limitadora ao poder punitivo. Parte do eixo analítico deste trabalho passa pelo estudo da articulação entre o respeito à estrutura lógico-objetiva da conduta humana como base de sucessivas valorações e a função limitadora da conduta. Com isso, pretende-se debater se a minimização dessa estrutura lógico-objetiva, acarretando a um acréscimo potencial de uma normatização do direito penal, representaria uma maior exposição do sujeito ao poder punitivo. A partir do conceito de *praxis*, como desenvolvido por Lukács, busca-se paralelamente uma base filosófica que não se esgote na compartimentalização jurídica. Trata-se de uma corrente que reivindica criticamente a herança teórica das principais contribuições filosóficas ocidentais, desde proposições aristotélicas, passando pelos conceitos hegelianos, chegando ao debate sobre objetificação hegeliano-marxista.

Palavras-chave: Teorias da conduta. Idealismo. Materialismo. Ontologia. Normativismo.

ABSTRACT

ROCHA, R.G.A. *Theories of conduct: a critical analysis*. 2014. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This study analyzed and compared the major theories about human conduct. The intent behind this was to not only deepen a debate often mediated by the manuals, but also, through the use of the critical contributions of Latin-american literature, to verify if the ontological conception of conduct is indeed the most limiting of punitive power. Part of the analytical axis of this work involves the study of the relationship between the respect for logical-objective structures of human conduct, as the basis of successive value attributions, and conduct in its limiting function. With this, we intend to debate whether the reduction of recognition of logical-objective structures, leading to increased potential for normative aspects of criminal law, represents a greater exposure of the subject to punitive power. From the concept of *praxis*, as developed by Lukacs, we aim to find a philosophical basis that is not exhausted in legal compartmentalization. This theoretical path critically claims the heritage of major Western philosophical contributions, from Aristotelian propositions through the Hegelian concepts, reaching the debate on Hegelian-Marxist objectification.

Keywords: Theories of conduct. Idealism. Materialism. Ontology. Normativism.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	PANORAMA INICIAL	12
2	A TEORIA CAUSAL-NATURALISTA	23
3	AS TENDÊNCIAS NEOKANTIANAS	32
3.1	A concepção neokantiana de conduta	34
4	A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO	60
4.1	Os pressupostos filosófico-teóricos do finalismo: Welzel e seu indeterminismo relativo	67
4.2	Breves apontamentos sobre suas consequências dogmáticas	77
4.2.1	<u>Vontade, finalidade e dolo</u>	80
4.2.2	<u>A relação entre a conduta e o resultado</u>	84
4.2.3	<u>O problema da função de unificação e de definição</u>	87
4.2.4	<u>Condutas omissivas</u>	87
4.2.5	<u>Condutas culposas</u>	91
4.3	Crimes de mera suspeita e a função de delimitação (o perigo de um retorno ao normativismo)	93
4.4	Uma ontologia normativa?	97
5	AS TEORIAS SOCIAIS	99
6	A TEORIA NEGATIVA DA AÇÃO	110
7	O MODELO DE JAKOBS	123
7.1	Algumas repercussões dogmáticas	131
7.1.1	<u>Deveres negativos e positivos</u>	133
8	A TEORIA PESSOAL DA AÇÃO	140
8.1	A teoria pessoal e algumas nuances	142

8.2	Considerações finais	145
9	QUADRO TEÓRICO DOS MODELOS DE AÇÃO FUNDADOS NA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	147
9.1	Pressupostos para a compreensão de Habermas	147
9.1.1	<u>A virada linguística de Habermas</u>	157
9.1.2	<u>Repercussões possíveis no direito penal</u>	172
9.1.3	<u>A situação ideal de fala e outras elaborações problemáticas</u>	178
9.1.4	<u>Considerações finais</u>	183
9.2	Introdução e considerações gerais sobre Wittgenstein	187
9.2.1	<u>Considerações finais (pertinentes ao direito penal)</u>	194
9.2.2	<u>Considerações finais (pertinentes a uma crítica ontológica)</u>	196
10	O MODELO ORIENTADO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	200
10.1	O conceito dogmático de ação	200
10.1.1	<u>A vontade e sua relação com a conduta</u>	211
10.1.2	<u>Parâmetros demarcadores da ação comunicativa</u>	216
10.1.3	<u>Enquadramento final</u>	220
10.2	A concepção significativa de Vives Antón	223
10.2.1	<u>Intenção, internacionalidade e dolo</u>	227
10.2.2	<u>Considerações finais</u>	236
10.3	A teoria intersocial de George Fletcher	239
10.4	A concepção significativa de Paulo César Busato	246
10.4.1	<u>Ação, intenção e significado</u>	250
10.4.2	<u>Ação, liberdade e significado</u>	253
10.4.3	<u>Reflexos dogmáticos (as pretensões de relevância, ilicitude e reprovação)</u>	255
10.4.4	<u>Considerações finais</u>	261
11	UM NOVO HORIZONTE TEÓRICO PARA O FINALISMO	263
11.1	O trabalho é o modelo da práxis	275

11.2	A relação sujeito-objeto e a questão da liberdade do indivíduo.....	285
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	294
	REFERÊNCIAS	314

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é tornar mais acessível e mais clara a discussão sobre as teorias da conduta no direito penal. Trata-se de uma velha discussão que, apesar de sua importância, frequentemente chega até os leitores brasileiros de forma tangencial e por citações indiretas. Para poder levar-se o debate um pouco mais a sério, torna-se imprescindível uma reflexão mais detida sobre o tema, como vem ocorrendo nos últimos anos¹.

Além da democratização das ideias e do debate, a importância da discussão empreendida aqui diz respeito também a concretas questões dogmáticas. Como se verá mais à frente, dependendo da posição que se adote, do modelo de conduta incorporado, haverá distintas e profundas repercussões sobre toda a teoria do delito – desde questões envolvendo o tipo até questões sobre a culpabilidade e concurso de agentes. E, como era de se esperar, isso implica em um maior ou menor potencial limitador do poder punitivo.

Serão abordadas as teorias causais, neokantianas, finalistas, sociais, negativas, comunicativas *etc.* O fio condutor que atravessa quase todos os capítulos, contudo, é o esforço por notar quando e em quais pontos certas tendências e correntes podem ser vinculadas a uma maior ou menor ampliação do normativismo no direito penal. Isso porque, contemporaneamente, a expansão de habilitação de poder punitivo parece dar-se *pari passu* às pulsões por normatização no direito penal.

E isso tem implicações sobre a própria posição teórica assumida aqui, pois parte-se da concepção de que o finalismo – pelo reconhecimento de estruturas lógico-objetivas da maneira comparativamente mais coerente – é a corrente melhor capacitada para estabelecer os mais seguros limites ao sistema de justiça penal.

Infelizmente, ainda são raros os textos que, ao estudar a conduta, incluem as formulações mais recentes – nomeadamente, as teorias da ação fundadas sobre a filosofia da linguagem. Por isso, além de um panorama geral sobre as teorias da conduta, buscou-se aqui analisar de forma mais pormenorizada essas teorias de base linguística tanto em sua fundamentação teórica quanto em suas derivações dogmáticas.

¹D'AVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal: linhas críticas sobre a adequação e utilidade da ação na construção teórica do crime*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, pp. 279-304; GRECO, Luís. *Tem futuro o conceito de ação?* In: Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.147-169; LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?* In: Revista Liberdades, n. 11, set.-dez. 2012; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria da ação na doutrina de Juarez Tavares: a construção de um direito penal de garantia*. In: Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares. São Paulo: Marcial Pons, 2012. pp.281-300*etc.*

O estudo da fundamentação teórica das concepções comunicativas importa para entender-se da forma mais completa possível o que esses autores defendem e também por ser o principal elemento a habilitar uma análise de coerência dessas perspectivas, para que a crítica dogmática não se esgote em si mesma. Pois, como se irá perceber nessa e em tantas outras teorias da conduta, sua instrumentalização pressupõe um modelo de sociedade. Não obstante, a análise pormenorizada desse fundamento teórico poderia ser dispensada caso ela já tivesse sido realizada antes com o intuito de explicitar seus pontos de contato com o direito penal – como se busca fazer aqui.

Com isso, chamamos atenção para outro ponto central do texto: a partir do conceito de *praxis*, como desenvolvido por Marx e Lukács, busca-se promover uma renovação da fundamentação teórico-filosófica do finalismo, de forma a superar criticamente a concepção de Welzel, a fim de aproveitar o que ela tem de melhor e rejeitar seus equívocos. Trata-se, portanto, de uma reapropriação do finalismo pela proposição de um novo horizonte de fundamentação teórica que permita, ao menos esperamos, desenvolver os pontos problemáticos de forma a torna-los tendencialmente mais frutíferos.

1 PANORAMA INICIAL²

O conceito de ação parece ter se inserido sub-repticiamente na teoria do delito, pois as primeiras levas de penalistas furtavam-se, em sua maioria, de discutir diretamente o assunto por seu alto grau de abstração ou por reputarem evidente sua pertinência ao sistema de direito penal³. Assim teria se dado com Karl von Grolmann e Anselm von Feuerbach, e seus respectivos herdeiros⁴. Ademais, como se buscará expor com mais alguns detalhes, a trajetória dogmática do conceito de ação compõe-se não só pelo esforço em decanta-la do conceito de antijuridicidade, mas também do conceito de culpabilidade (em seu sentido clássico).

Os modelos apresentados pelos velhos sistemas de delito podem ser traçados até as propostas de Grolmann e Feuerbach, este compartimentando o delito em elementos necessários e acidentais, aquele estruturando o delito em faceta objetiva e subjetiva. Nos sistemas afins ao de Grolmann já se pode encontrar dois elementos da ação: feito e vontade; mas a relação entre ambos não consegue muito espaço e seu vínculo último com a ação é ofuscado pelo agrupamento mecânico desses elementos. Assim, a distribuição dos elementos em seu sistema de delito aparece como uma repercussão dos dois principais componentes (vontade e feito), relegando à ação um papel diretivo implícito no sistema⁵.

Nos sistemas afins ao de Feuerbach, todos os elementos da ação encontraram acolhida (feito, vontade e a relação entre ambos), mas não entre os componentes necessários do delito (como se poderia presumir). O feito é absorvido como elemento necessário, a vontade é inserida entre as condições acidentais e, por isso, a relação entre feito e vontade precisaria ser remetida a uma terceira perspectiva, para a qual foi eleita a lei penal. Assim, a aplicação da lei penal aparece sob a rubrica de *imputação*, mas é delimitada como a relação entre a determinação da vontade contrária à lei como causa e a ação delitiva como efeito⁶.

² Por uma questão de tempo não trataremos da Escola Toscana, sem com isso ignorarmos sua importância geral e sua enorme influência entre os penalistas brasileiros.

³ “Até então, a construção do conceito de ação não tinha estrutura própria e era concretizada através da moral, inclusive para Carrara, que defendia a origem divina do Direito, já que parte – para chegar às suas conclusões – de premissas jusnaturalistas”. BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.08.

⁴ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema de derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2011. p.108-11.

⁵ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.108-11.

⁶ “(...) die Beziehung einer strafbaren Handlung als Wirkung auf eine dem Strafgesetze widersprechende Willensbestimmung als Ursache” ou “la relación de una acción punible como efecto, con una decisión volitiva contraria a la ley penal como causa”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.112; BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Op. Cit. p.08.

Como esclarece Patrícia Glioche, no quadro mais geral da Escola Clássica (cujos expoentes mais destacados foram Francesco Carrara e Anselm von Feuerbach) o delito aparece como um ente jurídico e a responsabilidade jurídico-penal se funda sobre a responsabilidade moral e, conseqüentemente, o livre-arbítrio. A própria noção de vontade livre e a de responsabilidade moral eram pressupostas à ideia da pena como retribuição. Feuerbach, não se deve esquecer, foi sobremaneira influenciado pelo pensamento de Kant⁷.

Por questões de lógica (por não ser aceitável, para muitos, elementos “alternativamente necessários”: os elementos acidentais), o sistema de Grolmann encontrou maior repercussão. Sem embargo, esse sistema acabou por incorporar a ideia de imputação do modelo de Feuerbach para tratar da relação entre os componentes objetivos e subjetivos, os quais deixariam de ser agregados mecanicamente e de manter uma relação imediata um com o outro. Ainda, por sua concepção originária remeter à teoria da norma, a própria concepção de imputação precisou ser reformulada de maneira a que a teoria do delito não se visse subsumida à teoria da lei⁸.

Conseqüentemente, a noção de imputação passou a ser tratada dentro da teoria do delito e a buscar uma posição mais ou menos autônoma diante das dimensões objetiva e subjetiva. Parte da trajetória da imputação, portanto, é o de sua autonomização ou subordinação (dependendo da inclinação do autor) às facetas objetiva ou subjetiva do delito. Com isso, culmina sua trajetória em Karl Binding com a tripartição do delito em: feito (aspecto objetivo), culpabilidade (aspecto subjetivo) e imputação⁹.

Diante dessa trajetória se pode entender como há quem argumente que o papel da ação no sistema do delito é oposto à forma de seu surgimento: enquanto, na trajetória dos modelos de delito, a ação é analisada sob a rubrica da imputação (como nos autores hegelianos, *infra*) e, assim, frequentemente subsumida a juízos valorativos; como componente dos modelos de delito ela assume um status de elemento fático, que delimita os juízos de imputação¹⁰.

Parte da trajetória dogmática indicaria – o desenvolvimento dos sistemas de Grolmann e Feuerbach –, portanto, como a imputação se estabelece como o juízo que concilia feito e

⁷ BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Op. Cit. p.08-9.

⁸ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.111-3.

⁹ “(...) si *ella* se subordina al lado objetivo o (como en algunos defensores particulares del sistema de Grolmann, por ejemplo, Rosshirt, Henke y Jarke) al lado subjetivo, o bien a *ella* se subordinan el lado objetivo o (como en Klenze) subjetivo, no puede mediar entre las facetas volitiva y fáctica, y, antes bien, tiene que coordinarse con ellas. Así se llega, con Binding, a la división de la teoría del delito en el aspecto de la culpabilidad, el aspecto del hecho y la imputación”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.112-3.

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.111-4.

vontade sob a rubrica (unificadora) da ação¹¹; isso frequentemente significa, todavia, a coincidência entre ação e imputação (atribuição do feito à vontade). Por isso, para Radbruch, por exemplo, a conclusão de que a ação seria um componente fático ao qual se relaciona o juízo de imputação, e nele se esgota, seria uma inversão¹².

Em princípio, seriam dois os componentes no juízo de imputação: a relação entre querer e fato (o fato como consequência da vontade) e a relação entre fato e conteúdo da vontade (se o fato concreto corresponde mais ou menos ao conteúdo do querer). Por isso, aparentemente na concepção de imputação proposta por Feuerbach – a relação entre a determinação da vontade contrária à lei como causa e a ação delitiva como efeito – estaria abordada apenas uma das relações de imputação. Radbruch, no entanto, sublinha que a outra relação também está contida, pois já estaria inclusa (na noção de causalidade da vontade para o feito) a ideia de que a consequência da vontade deve corresponder de alguma forma à representação, ao seu conteúdo¹³.

Seria, assim, um equívoco recorrente a tendência de dissolver o conteúdo da vontade na causalidade da vontade, conseqüentemente tratando-se dos delitos culposos por meio da seguinte disjuntiva: ou a ausência de vontade implicava a negação da imputação e conseqüentemente da ação; ou afirmava-se algum tipo de vontade direcionada ao resultado (deduzido do conceito de culpabilidade da vontade), para ser possível afirmar a causalidade e, subsequentemente, imputação e ação¹⁴. Essa confusão dever-se-ia, dentre outras coisas, ao caráter equívoco do termo *vontade* – o qual, na culpabilidade da vontade, assumiria a acepção de caráter.

¹¹ “Ya antes de estolos sistemas de tendencia grolmaniana estaban orientados hacia la acción. Ahora, con el concepto de imputación, tuvieran que asimilar también el contenido de los elementos de la primera. Sólo que en ellos todavía no se hizo justicia al concepto de acción en sí mismo. Sin embargo, pronto hubo de manifestarse la necesidad de reemplazar por algún otro el concepto de imputación. No sin fundamento Feuerbach la examinó desde el punto de vista de la aplicación de la ley. La imputación es un hecho procesal, una acción judicial, más precisamente, un juicio judicial; pero la unión de las facetas volitiva y fáctica del delito no ocurre sólo en el proceso, y un juicio judicial sobre su existencia no puede ser elemento del supuesto de hecho criminoso. No obstante, y esto lo pasó por alto Feuerbach, la situación fáctica constatada mediante el juicio judicial pertenece al supuesto de hecho en la teoría del delito. Y esta situación fáctica es la *acción*”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.113-4.

¹² *Idem*, p.113-4.

¹³ “O sea, fascinados por el indeterminismo, se consideró la libertad cual elemento conceptual de la voluntad, pero se creyó necesario exigir que la libertad de la voluntad no sea desgobernada por representaciones erróneas y, antes bien, que las representaciones ofrecidas a la elección de la voluntad correspondan a la realidad; voluntad libre, lo que significa voluntad en general, y ‘libre causalidad’ de la voluntad, es decir, causalidad de la voluntad en general, están de antemano ausentes si el que obró fue apenas objetivamente causal respecto del hecho, y sólo concurren cuando él, además, se dio cuenta de lo que hacía”. *Idem*, p.114-5.

¹⁴ “De la proposición de que también la culpa sería culpabilidad de la voluntad, se dedujo que, asimismo, el resultado producido culposamente tiene que ser de algún modo querido, tiene que corresponder al contenido de la voluntad, por tanto, que incluso en este caso estaría dada la causalidad de la voluntad en el sentido de esa época y, con ello, imputación y acción”. *Idem*, p.116.

Os grandes responsáveis pela materialização do conceito de ação, o qual antes se encontrava dissolvido no sistema de direito penal, foram os discípulos penalistas de Hegel: Julius F. H. Abegg (*Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836), Albert Friedrich Berner (*Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843) e Christian Reinhold Köstlin (*System des deutschen Strafrechts: allgemeiner Teil*, 1855), influenciados por Johann Ulrich Wirth (*System der spekulativen Ethik*, 1841), Karl Ludwig Michelet (*De doli et culpae in jure criminali notionibus*, 1824) e o próprio Hegel (*Rechtsphilosophie*, 1821)¹⁵.

A ideia por trás das concepções *hegelianas* de ação, como já se mencionou, era a de uma identidade entre ação e imputação. Assim, a imputação não seria um componente externo a ser agregado à conduta, mas pertence à própria conduta, contido nela. Nesta tendência teórica, as fronteiras entre ação e imputação eram idênticas, com a nuance de que a imputação seria o juízo que torna o feito uma ação. E comungavam de semelhantes concepções autores como Hugo Hälschner (*Das preußische Strafrecht*, 1855-9), Carl Georg von Wächter (*Das königlich sächsische und das thüringische Strafrecht*, 1857), Jodocus D. H. Temme (*Lehrbuch des Preussischen Strafrechts*, 1853), Wilhelm Emil Wahlberg (*Grundzüge der Strafrechtlichen Zurechnungslehre*, 1857), Hugo Meyer (*Lehrbuch des deutschen strafrechts*, 1875), Karl Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*, 1877) etc¹⁶.

Há, todavia, uma diferença substancial. Enquanto uns afirmam que o delito é a única ação, outros afirmam que delito é a ação que diz respeito aos penalistas (ação em sentido jurídico). Esses autores de formação hegeliana podem, então, ser em linhas gerais subdivididos em duas tendências: (a) inclinada a tratar a imputação como um juízo acerca da relação vontade-resultado e sua respectiva antijuridicidade (notoriamente Binding), conforme a qual a ação e atribuição de culpabilidade se sobrepõem; e (b) uma inclinada a relacionar a inculpação (*Verschulden*) somente ao resultado (Abegg e Temme)¹⁷.

Na primeira concepção (a), a inculpação (*Verschulden*) torna-se elemento da ação e, como a antijuridicidade é condição da culpabilidade, também ela é incorporada ao conceito de ação. Por fim, a conduta se torna substancialmente sinônimo de delito, e sua caracterização acaba por se desnaturar. Para dar conta desse problema, a culpabilidade passa a fazer parte da ação somente na medida em que se refere ao resultado (e não à antijuridicidade), ou seja, a ação passa a possuir uma relação de identidade apenas com a imputação do fato, mas não com a imputação da culpabilidade, criando-se, assim, alguma distinção entre ação e imputação.

¹⁵RADBRUCH, Gustav. El concepto de acción... p.117.

¹⁶ Para uma lista mais completa: RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.119-20.

¹⁷ Idem, p.119-24.

Na segunda concepção (b), a equivalência entre ação e imputação é rompida porque é subtraída da conduta a antijuridicidade, e ela passa a corresponder à imputação do resultado. Entretanto, a ação não interpreta qualquer papel relevante nesta concepção justamente porque fica restrita ao pano de fundo da imputação do resultado; e assume esse papel coadjuvante porque haveria supostamente um risco de cindir a inculpação (*Verschulden*) entre imputação do resultado e antijuridicidade, restringindo a ação a apenas um dos lados. Dessa forma, possui alguma afinidade com o sistema de Grolmann¹⁸.

Até determinado momento do desenvolvimento dogmático, o delito foi construído sobre componentes (vontade e feito) diferentes e expostos de forma subsequente (mas apartada), cada qual com sua gama de requisitos, e sem exigir uma relação direta entre eles, a qual só era auferida mecanicamente por meio da ideia de imputação. As considerações de Berner marcam o surgimento de um sistema (usado até hoje) no qual a ação surge como primeiro componente ao qual, em direta relação, agrega-se a antijuridicidade. A antijuridicidade passa a ser concebida como uma propriedade a ser agregada à ação e, assim, substitui-se uma relação de contraposição à conduta (sob a antiga rubrica hegeliana de dialética), por uma de subsunção. Dessa forma, a ação assume a posição de supraconceito (*Oberbegriff*), abrangente da antijuridicidade e da culpabilidade¹⁹.

Sem embargo, com a separação entre ação e antijuridicidade, foi preciso realocar a imputação, e ela foi parar na ação. Assim, a inculpação (*Verschulden*) se torna condição da ação: ação é ação culpável²⁰ e delito é ação antijurídica e punível. Há, no entanto, nuances quanto ao papel da imputação dentro da ação. Ela pode ser concebida (a) como um requisito da dimensão subjetiva do delito, quando o próprio termo imputação passa a designar a combinação entre dimensão subjetiva e capacidade de ação. Ou (b) pode ser compreendida não como requisito da dimensão subjetiva, mas como condição de sua relevância jurídica (como requisito à punibilidade), quando ela se afasta do conceito de ação. É neste segundo sentido que Radbruch fala sobre surgir uma imputação *da* ação junto com a imputação *à* ação²¹.

Vontade, feito e sua relação (vontade x feito) configuram os elementos, geralmente aceitos, da conduta, mas há divergências sobre como se caracterizar essa relação vontade-

¹⁸ Com a distinção, na obra de Abegg, por exemplo, de que ao sistema bipartido de Grolmann (dimensão objetiva e subjetiva) se contrapõe um sistema tripartido, com dimensão objetiva, antijuridicidade e punibilidade. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.125.

¹⁹ Idem, p.126-7.

²⁰ “Hablar de una acción culpable es un pleonismo; hablar de una acción inculpable, una *contradictio in adjecto*”. Idem, p.128.

²¹ Idem, p.128.

feito. Defender que essa relação vontade-feito significa apenas que o fato em questão deve estar vinculado à vontade, ser atribuível a ela – o que implica o reconhecimento apenas de um nexos causal – implicaria em uma tendência à equivalência entre ação e imputação. Por isso, ganha destaque a *relação de culpabilidade*, especialmente porque, em diferentes autores (Abegg, Berner, Köstlin, Hälschner), encontra-se uma recusa em separar a culpabilidade do nexos de causalidade, unindo-as como *imputatio facti*²².

Num primeiro momento, por essa coincidência entre causalidade e culpabilidade – derivada da necessidade de se traçar o feito de volta à vontade a fim de possibilitar a imputação, derivando na impossibilidade de se pensar uma consequência da vontade que não fosse querida – resultou na concepção de que só seria possível se imputar resultados dolosamente causados (Hegel). Em seguida, o campo da imputação foi ampliado para além do dolo (Michelet), mas criou-se uma contradição com sua origem (de relação vontade-resultado), resultando na necessidade de se embaçar a distinção entre dolo e culpa²³.

Já neste momento, como indica Radbruch, pode-se observar a origem das formulações dogmáticas pela dupla negativa, quando se tenta avançar a ideia de uma vontade indireta para os delitos culposos ao conceber o resultado, imprudentemente causado, como *não não-querido (nicht nichtgewollt)*²⁴. Também como resposta aos problemas percebidos, já se pode notar considerações, debruçando-se sobre a culpabilidade da vontade, apontando a impossibilidade de afirmar-se como querido todo resultado produzido de maneira culpável²⁵.

Diante das questões envolvendo a culpabilidade da vontade, determinados autores abandonaram a tentativa de construir a ação como supraconceito (e como equivalente da imputação), restringindo-a ao fato querido (August Otto Krug e Theodor von Gessler). Alternativamente, alguns autores (como Albert Berner) optaram por abandonar a concepção de ação como fato querido, mantendo-a como equivalente da imputação²⁶.

O esforço de superação dos antigos dilemas (de ir além da identificação entre causalidade e culpabilidade) significou o reconhecimento da possibilidade da causalidade sem

²² Idem, p.130.

²³ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.132-3.

²⁴ “El siguiente ensayo de comparación es típico de los hegelianos: también en la culpa es querida una condición del resultado; ahora bien, éste es asimismo el caso de las consecuencias sobrevenidas por azar; sin embargo, la condición querida en la culpa funda ya la posibilidad del resultado, y la posibilidad es, para Hegel y su escuela, no un juicio, sino un hecho, hecho situado, no en nuestro pensamiento sobre las cosas, sino en las cosas mismas”. Idem, p.133-4.

²⁵ Idem, p.134.

²⁶ “Por conseqüente, Berner reconoce, ante todo, que el juicio de culpabilidad no afirma que el suceso fue querido, sino que sería una ‘subjetividad objetivada’, lo que en palabras de Merkel significa que el suceso tiene su causa adecuada en la confirmación de la individualidad del autor; y de ahí que caracterice su voluntad (en este sentido)”. Idem, p.136.

a culpabilidade; mas para não romper totalmente com o antigo modelo, Berner as distinguiu sem separá-las por meio da ideia de *mediação entre vontade e feito* – a qual sugere, de forma não totalmente clara, um nexos causal permeado pela culpabilidade²⁷.

Moritz Liepmann e Adolf Merkel, por exemplo, buscaram construir um vínculo entre vontade e feito, extrapolando o simples nexos causal, e destacaram a conduta como uma causa adequada do resultado. Analogamente a Binding, o qual quis afirmar a conduta como ação juridicamente relevante, Liepmann e Merkel procuram afirmar a causalidade como a relação causal juridicamente relevante. Especialmente porque a simples causa não seria de forma alguma imputável ao agente. Não haveria maiores problemas com essa abordagem se o próprio vínculo vontade-feito não implicasse em uma disputa sobre as fronteiras dolo-culpa²⁸.

Entretanto, apresenta-se outra possibilidade para se abordar dogmaticamente uma proposição de cisão entre causalidade e culpabilidade, qual seja: empreender, primeiro, a análise do delito como ação, para, então, depreender daí que o resultado (antijurídico) deve poder ser reconduzido a um “evento psíquico”, para, num terceiro momento, analisar o delito como ação culpável e verificar se esse evento psíquico em questão pode ser compatibilizado com o conceito de culpabilidade²⁹.

Essa digressão psíquica na análise da conduta – a qual se analisará, agora, de forma um pouco mais detalhada – é relevante não só pelo seu aporte de conhecimentos e pela marca deixada na dogmática, mas também porque altera substancialmente a trajetória da forma como se refletia sobre a ação. É essa matriz a responsável por uma parcial reorientação no desenvolvimento das influências hegelianas analisadas até agora. Os autores que optavam por se desvincular da concepção hegeliana tendente a considerar como querido todas as consequências produzidas pela ação se deparavam frequentemente com duas opções: apresentar como querido apenas uma parte do fato (uma condição do resultado e de maior proximidade da vontade: o movimento corporal), ou aceitar que nada do fato precise ser querido pela vontade, mas apenas causado por ela³⁰.

Pode se dizer, então, que a trajetória dogmática do conceito de ação é composta não só pelo esforço em separá-lo do conceito de antijuridicidade, mas também do conceito de

²⁷ Idem, p.137-8.

²⁸ “El último paso consecuente en esta dirección, empero, es el que da von Bar cuando postula para la inculpación, además del concepto de relación causal, la antijuridicidad. Si el concepto de acción requiere voluntad, hecho y relación causal entre ambos en el sentido que plantea von Bar, entonces se llega exactamente al concepto de acción de Binding”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.139.

²⁹ Apesar de Radbruch concluir que se trata de uma diferença meramente estética, com consequências dogmáticas equivalentes. Idem, p.138-9.

³⁰ Idem, p.157 e ss.

culpabilidade (em seu sentido clássico). A resposta às concepções Hegelianas veio por Ernst Zitelmann (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879), sob influência da chamada “jurisprudência psicológica”, afastando-se da proposta de um dualismo exagerado que afirmava que ou o feito era querido ou não. Na verdade, diz Zitelmann, com a exceção dos movimentos corpóreos, nada mais do que o feito poderia ser querido³¹.

Nesse sentido, cria-se uma oposição aberta: de um lado Binding, para quem o produto da vontade é, de uma forma ou de outra, querido; de outro Zitelmann, para quem os produtos da vontade nunca são queridos. Entre aqueles que escolhem posições próximas a de Zitelmann, contudo, há divergências sobre se apenas o movimento corporal pode ser querido (Ernst Bekker, Heinrich Lammasch, Ludwig Träger, von Liszt, Reinhard Frank, M.E. Mayer³², Zitelmann *etc.*) ou se apenas ele precisa ser querido (Eduard Hertz, Karl Janka, Ernst Landsberg, August Finger *etc.*)³³.

Apesar de suas diferenças, os modelos de se pensar a conduta introduzidos por Binding e Zitelmann apresentam consequências muito semelhantes sobre a sistemática do delito. Enquanto os hegelianos negavam a possibilidade de uma ação proveniente de um agente inimputável, tanto os modelos de Binding quanto os de Zitelmann reconhecem a possibilidade de ações culpáveis e não culpáveis. O sistema de delito se forma como em um esquema de círculos concêntricos. Do círculo mais restrito ao mais abrangente: ação, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade. Como, entretanto, a culpabilidade continha os elementos subjetivos do delito, ela deveria referir-se também à antijuridicidade (à ação contrária ao direito)³⁴.

A possibilidade de uma ação culpável (ou não-culpável) abre uma gama de possibilidades de reformulação do sistema de delito. Se, por exemplo, dolo e culpa se apresentavam sempre como espécie da *decisão da vontade* para a ação, levanta-se a possibilidade de haver uma *decisão da vontade* para a ação ainda na ausência de dolo e culpa. Isso, contudo, cria uma tensão interna ao conceito de culpabilidade. Dado que ele era pensado a partir de sua ramificação dolo-culpa, como abarcar uma terceira forma de manifestação subjetiva não contida em suas duas concepções originárias? Abre-se outra possibilidade também para o tratamento da tentativa, a qual é separada da dimensão fática da ação: se

³¹ Idem, p.142-4.

³² Sua afinidade a Zitelmann se deve ao trabalho *Die Schuldhaftige Handlung* (1901), mas sua posição se altera posteriormente. Disso se tratará no tópico sobre o neokantismo.

³³ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.142-4.

³⁴ Idem, p.145-6.

determinada ação é uma tentativa não se pode dizer observando apenas sua dimensão objetiva (ou mesmo sua dimensão subjetiva), mas pela confrontação entre subjetivo e objetivo³⁵.

Antiguamente, dolo y culpa, por un lado, y consumación, tentativa y antijuridicidad, por otro, se enfrentaban como facetas subjetiva y objetiva del delito. Luego vino la división superior del sistema, una de sub y supraordenación: a la acción se subordinó la acción antijurídica. Antaño como hogañ, empero, al interior de la acción dolo y culpa se oponían a consumación y tentativa como la voluntad del hecho. Ahora la acción culpable se há subordinado a la acción antijurídica, que a su vez, se subordina a la acción en general; a la acción culpable, por su parte, se subordinan las acciones dolosas e culposas, y, sin embargo, a la dolosa, las tentadas e consumadas. Esta teoría está con la anterior en una relación, no de antítesis, sino de subsunción, y, como último e magro residuo de la vieja construcción antitética, quedó únicamente su raíz cortada, otrora tan abundante en brotes, a saber, la contraposición de resolución volitiva y resultado dentro del superior concepto de acción.³⁶

É nesse processo transicional que a ação deixa de ser derivada de seus requisitos (vontade, feito e sua relação) para tornar-se o componente fundador de seus elementos. Também nesse modelo se enfrentou um problema semelhante com as concepções anteriores, entretanto. Nele, a questão do resultado da atividade querida também se apresentou sob a forma de uma disjuntiva polarizadora, na qual esse resultado deveria ser sempre ou nunca objeto da vontade³⁷.

Tanto Binding quanto Zitelmann empreendem um esboço semelhante da vontade, pois a ressaltam como pressuposto causal das modificações materiais; no entanto, como já se indicou, enquanto um relaciona à vontade apenas seu produto direto (movimento corporal) o outro relaciona todo produto da vontade³⁸.

Adicionalmente aos problemas que já existiam antes, o modelo no qual a vontade é direcionada apenas para a conduta, cria empecilhos para se tratar da tentativa. Só seria possível relacionar a vontade ao resultado quando o resultado é representado em razão da conduta realizada (portadora efetiva da vontade). Assim, se o movimento corporal foi incompleto, não caberia falar em vontade relacionada ao resultado. Esse modelo, portanto, só permitiria a tentativa quando se tratasse da tentativa acabada³⁹.

Mesmo para Binding – para quem a manifestação da vontade estaria direcionada a quaisquer resultados admissíveis como possibilidade – apresentar-se-iam obstáculos

³⁵ “Tentativa y consumación son formas de aparición, no de la acción ni de la culpabilidad, sino de la acción culpable, dicho con más precisión, de la acción dolosa”. Idem, p.147.

³⁶ Idem, p.147.

³⁷ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.147-8.

³⁸ “La argumentación apunta a que sólo el movimiento corporal sería ‘puro producto de la voluntad’ y ha sido ya suficientemente refutada por Löffler y von Hippel”. Idem, p.151-2.

³⁹ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.148-9.

semelhantes aos de Zitelmann. Como os dois compreendem a vontade por um modelo apoiado na chave-interpretativa causa-consequência, ambos se defrontam com a impossibilidade de alocar uma vontade onde nada ocorreu (tentativa)⁴⁰.

As implicações das duas concepções de conduta (Binding e Zitelmann) são surpreendentemente semelhantes, pois os dois acabam se aproximando de forma mais ou menos explícita do reconhecimento da possibilidade de uma vontade inconsciente – em Zitelmann, isso se dá em razão de uma concessão teórica. Em Binding, isso se dá porque tudo que se produz precisa remontar em geral à vontade, e em Zitelmann porque ele acaba por reconhecer que nem tudo que se quer precisa ser representado. A explicação desse movimento contraditório do modelo de Zitelmann está nas observações de Wilhelm Wundt e Ernst Wilhelm Schuppe. Wundt e Schuppe destacam a inconveniente existência de movimentos os quais, apesar de sua conformidade com o resultado querido, não são objetos da vontade. O exemplo mais atual disso seriam os atos automatizados, por exemplo, de troca de marcha para se dirigir um carro e chegar a algum lugar⁴¹.

De acordo com as ressalvas ancoradas em Wundt e Schuppe, até os movimentos corporais que são representados – os quais, em princípio, ofereceriam menos problemas – são colocados em xeque, porque seriam, assim, possivelmente compostos por outros atos não representados e queridos propriamente ditos. O modelo de Zitelmann (o qual exige que seja querido apenas o produto direto da vontade) é tornado, então, assaz problemático. Por isso, Zitelmann e os adeptos de seu modelo acabam tendo que admitir alguma forma de vontade inconsciente⁴².

A caracterização da vontade por meio da chave interpretativa causa-consequência falharia também sob outra perspectiva. Ela recorre à ideia de causa eficiente, pois, em tese, conforme Zitelmann, o conteúdo de qualquer força seria determinado pelo conteúdo de seu rendimento. No entanto, se não se define como querido tudo aquilo que é produzido como rendimento da vontade, restando impossibilitada essa lógica afeita à ideia de causa eficiente⁴³.

⁴⁰ “Los mismo Binding que Zitelmann consideran la voluntad sólo cual causa; pero como algo puede ser causa únicamente en referencia a ciertos efectos, resulta que, para ambos autores, *allí donde nada ocurrió, nada tampoco fue querido*”. Idem, p.152.

⁴¹ “Y es que si, según Wundt, la acción externa de la voluntad surge primitivamente de la apercepción de una representación motriz, entonces ésta, empero, va desapareciendo en el decurso de las acciones volitivas, incluso las más simples, hasta ser por fin absorbida del todo por la representación del resultado, siendo entonces su apercepción la que produce directamente el movimiento corpóreo”. Idem, p.153.

⁴² “Así, Zitelmann y sus partidarios no sólo tienen que conceder básicamente la posibilidad de un querer inconsciente, sino emplear efectivamente – aunque sólo Bünger lo admite – la voluntad inconsciente en la estructuración del concepto de acción. Por eso, al combatir a Binding, pronuncian contra su propia teoría la condena de muerte”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.153-4.

⁴³ Idem, p.154.

As teorias psicológicas da vontade, contudo, apresentam grandes obstáculos também à concepção de Zitelmann. Especialmente em função da tentativa, para a qual as concepções psicológicas pareciam dar uma resposta mais adequada, porque recorriam a ideia de um representação querida, mas não obtida. Em resposta a esses obstáculos, pode-se notar certa inflexão psicologizante: se, em uma cadência psicológica da conduta, designa-se por *querido* o feito que coincide com a representação, então Zitelmann responde que a coincidência com os movimentos corporais seriam qualitativamente distintos das coincidências referidas a outros objetos⁴⁴.

Por fim, ao retornarmos à herança hegeliana, aqueles que se distanciaram gradualmente dessa herança (a qual reputava como querido todas as consequências da ação), se depararam frequentemente com duas opções: (a) considerar como querido apenas uma parte do fato, uma condição do resultado – na verdade, a condição de maior proximidade da vontade: o movimento corporal –; ou (b) abandonando antigas pretensões, assumir que parte alguma do fato precise ser querida, mas o fato precisa apenas ser causado pela vontade⁴⁵. Em outras palavras:

Ligada al episodio psicológico de la historia evolutiva del concepto de acción, esta alternativa, empero, puede expresarse como sigue: ¿debemos postular, en coincidencia con el *tenor literal*, mas no con el sentido del concepto de acción de Zitelmann, que el movimiento corporal es querido, o, a la inversa, coincidiendo con el *sentido* de este concepto y el de Binding, pero sin darnos por satisfechos con su tenor literal, hemos de patrocinar que dicho movimiento y, con ello, el resultado son causados por la voluntad?⁴⁶

Segundo Radbruch, a maioria dos autores optou pela interpretação literal do conceito de Zitelmann, segundo a qual apenas o movimento corporal é querido⁴⁷. Em que ponto e medida esse debate, caracterizado até aqui, foi assumido pelos demais autores (tanto contemporâneos quanto posteriores), busca explicitar-se nos próximos capítulos.

⁴⁴ Idem, p.155-6.

⁴⁵ Idem, p.156-7.

⁴⁶ Idem, p.157-8.

⁴⁷ Ao qual Radbruch contrapõe o exemplo dos movimentos desastrados (*ungeschickte Bewegungen*, aos quais chama também de movimentos corporais arbitrários), como um caso no qual se tem um movimento *causado* por um querer (aparentemente preenchendo o requisito de Zitelmann), mas esse querer não estava dirigido propriamente à ação realizada. Existiriam, por outro lado, delitos tentados e imprudentes nos quais o agente não queria apenas o movimento corporal. Cf. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.158.

2 A TEORIA CAUSAL-NATURALISTA

Superada a inicial vaga hegeliana dos estudos sobre a ação – a qual, como se tentou indicar anteriormente, não possui uma data exata de óbito, e possui ecos até hoje – ganham crescente destaque as propostas positivistas e as neokantianas. Esse novo período de propostas dogmáticas que vai do final do séc.XIX até meados do séc.XX caracteriza-se inicialmente pela proliferação de abordagens naturalistas, seguidas de abordagens valorativas. Como explicam Zaffaroni e Batista, essa tendência foi, em grande medida, fruto do conceito de *antijuridicidade objetiva* de Rudolf von Ihering. Esse conceito marcou uma inversão em relação às propostas hegelianas, pois retomou a sistemática objetivo-subjetivo (por meio do binômio antijuridicidade-culpabilidade) a partir de sua faceta objetiva – muito embora essa angulação também já tivesse sido adotada pelos glosadores e práticos⁴⁸.

Como se pode depreender não só da dogmática penal, mas também de outras áreas (como a criminologia), o esforço pela aproximação das ciências exatas marcou profundamente o pensamento da época. A bem da verdade, a concepção naturalista – assim como todas os demais modelos que serão apresentados aqui – não se encaixa *in totum* na fôrma pretendida. As proposições concretas dos autores em toda sua riqueza e nuances sempre escapam mais ou menos a qualquer etiqueta.

O mesmo se dá com o representante mais célebre do modelo naturalista (às vezes referido como positivista) de dogmática, Franz von Liszt. Diz ele que a ação é uma mudança no mundo exterior (perceptível pelos sentidos) a qual se pode remeter à vontade humana. O delito seria, assim, composto pelo *ato de vontade* (movimento corpóreo voluntário) e pelo *resultado* – acrescenta-se que Liszt também inclui como necessária a *relação* entre esses dois elementos (“referência do resultado ao ato”)⁴⁹. Para von Liszt *toda* conduta teria um resultado (inclusive as omissivas), mesmo quando esse resultado não compareça na cominação penal⁵⁰.

A ação positiva (comissão), Liszt descreveu como *causação de um resultado por um movimento voluntário*, e este movimento como contração muscular efetuada pela inervação

⁴⁸ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol.II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.83.

⁴⁹LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. vol.I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. p.193; Acrescentam Batista e Zaffaroni: “A tradução do Tratado de von Liszt por José Hygino, em 1899, explica a fantástica influência de tal conceito de ação no direito penal brasileiro”. ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol.II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.84.

⁵⁰“Mas a toda acção, por força da idéa mesma, se liga um resultado qualquer apreciavel pelos sentidos, ainda quando o legislador abstraia aparentemente de um resultado ulterior que na verdade elle tem em vista. Isto é tambem verdade dos delictos de inacção propriamente ditos”. LISZT, Franz von. Op. Cit. p.195.

motora, mas determinado pelas ideias e representações. A mencionada relação entre ação e resultado, nos delitos comissivos, apresenta-se como nexa causal⁵¹. Além disso, aparece não apenas à vinculação da ação à representação, mas também a ideia de motivo e resolução como momentos subjetivos que, por triunfarem sobre os demais, determinam a ação⁵².

A previsão (representação) do resultado é intitulada *dolo*, e o desejar o resultado intitulado *motivo* ou *resolução*, porque, na perspectiva desse professor austríaco, a relação da vontade seria com a ação e não com o resultado. Por isso, sua definição de conduta conta com a ideia de *voluntariedade*: a vontade direcionada não ao resultado, mas ao ato físico propriamente dito⁵³.

A omissão, como em tantos autores, é compreendida como a não realização de ação determinada e esperada. Assim, é requisito da omissão o dever jurídico de agir (*non facere quod debet facere*) – daí conclui Liszt que só é relevante para o direito penal a “omissão injurídica” (em termos correntes: omissão antijurídica)⁵⁴. Para os crimes omissivos, também reconhece que a relação entre ação e resultado não é uma relação de causalidade⁵⁵.

Diante dos contornos das ideias de von Liszt é possível perceber que sua concepção, apresentando-se como natural, trazia consigo diversas contradições internas. A discreta consideração de que o movimento voluntário não era determinado apenas pelas inervações

⁵¹ “Dá-se conexão causal entre o movimento corporeo e o resultado, quando não se póde suppor suprimido o movimento corporeo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido”. LISZT, Franz von. Op. Cit. p.201.

⁵² “O movimento corporeo é o effeito (a resultante) das idéas ou representações que se cruzam, se contrapõem e se auxiliam. A representação que triumpham chamamos *motivo*. Logo que esse triumpho é definitivo, falamos em *resolução* e consideramos o resultado objetivo como *facto nosso*”. LISZT, Franz von. Op. Cit. p.198-9.

⁵³ “O melhor é evitar absolutamente a expressão *querer o resultado*, e empregar o vocabulo *querer* ou *vontade* para designar sómente o acto psycho-physico, pelo qual se opera a tensão dos músculos. Segundo esta linguagem, querido é pois, sómente, o movimento corporeo, nunca o resultado”. LISZT, Franz von. Op. Cit. p.200. Nota 3. Extensa e rica é a ponderação do prof. Juarez Tavares: “Tendo em vista essa característica da vontade ou seu enfoque como *impulso*, e não como elemento psicamental, quer no sentido de um desejo racional, quer no sentido de uma faculdade, pela qual se afirma ou se nega o que é verdadeiro ou falso (sentido psiconormativo), alguns autores, para maior clareza de exposição, falam, no caso, não de vontade, mas sim de *voluntariedade*, tomada esta no sentido de arbítrio. Pela própria conceituação de vontade no sentido psiconormativo (como faculdade ou arbítrio), vê-se, de antemão, que não há uma diferença apreciável entre esse termo e o de *voluntariedade*. 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*)”. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*: variações e tendências. São Paulo: RT, 1980. p.18.

⁵⁴ Já nele encontramos o clássico argumento de que *omitir* é um verbo transitivo: “Omitir é um verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma cousa*, e, na verdade, o que era esperado”. LISZT, Franz von. Op. Cit. p.208.

⁵⁵ “É com o século XIX que começa a discussão científica, a respeito da causalidade da omissão, uma das questões mais infecundas que se tem agitado na sciencia do direito penal”. LISZT, Franz von. Op. Cit. p.210; Ainda: “E, na verdade, devemos convir em que, rigorosamente considerado, o resultado produzido não é em caso algum causado pela omissão em si, mas sempre pelas forças naturaes que exercem a sua actividade colateralmente á omissão”. Idem, 212.

musculares, mas também por representações – abrindo um espaço para a penetração das relações sociais –, revela seu naturalismo deficiente. Adicionalmente, qualquer pretensão estritamente descritiva cai por terra assim que ele inaugura suas considerações sobre a omissão (a omissão sempre como omissão antijurídica)⁵⁶.

É Ernst von Beling quem compõe com Liszt o sistema clássico de delito (ou sistema Liszt-Beling⁵⁷) e o responsável por um dos últimos fôlegos da concepção causal-naturalista de conduta ao, no esforço para complementar Liszt, propor que a omissão seja compreendida como *distensão muscular* (pois a ação seria a tensão muscular). Também em Beling, a ação comportaria uma faceta externa ou objetiva (o movimento corporal) e uma faceta interna ou subjetiva (voluntariedade ou liberdade de inervação muscular)⁵⁸. Mesmo essa proposta não teve uma sobrevida muito grande porque não demorou para perceber-se como, mesmo enquanto omitia a ação devida, o indivíduo poderia estar praticando toda sorte de (outras) atividades. Não era necessário, portanto, a estrita *inércia* estática do sujeito para que se constituísse a omissão⁵⁹.

Outro momento doutrinário marca Gustav Radbruch. Em razão de seus largos estudos sobre filosofia e filosofia do direito, sua posição, que no início do séc.XX era muito mais próxima do causalismo, aos poucos vai se aproximando em diversos tópicos de posições neokantianas. Ele, por isso, é por vezes retratado como representante da corrente causalista⁶⁰ e outras vezes como neokantiano⁶¹.

Gustav Radbruch recorre à interpolação da linguagem da vida e da forma como ação aparece na lei (mesmo que de maneira não perfeitamente técnica) às suas considerações lógico-sistemáticas, para tentar delinear o conceito de conduta pertinente ao direito penal. Na linguagem da vida fica mais ou menos claro que a ação se estabelece a partir dos elementos (a) vontade, (b) fato (ou feito) – entendido como um movimento corporal causalmente ligado ao resultado – e (c) relação entre vontade e fato; e das passagens legais, fica claro a necessidade de a ação ser algo capaz de suportar os atributos antijurídico, culpável e punível.

⁵⁶ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol.II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.84.

⁵⁷BÉZE, Patrícia Mothé Gliuche. Op. Cit. p.10-3.

⁵⁸BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Buenos Aires: El Foro, 2002. p.42.

⁵⁹“Esta concepção fez jus a algumas críticas, dentre as quais merece destaque a circunstância de o resultado pertencer à ação e a inexistência de causalidade na omissão”. BÉZE, Patrícia Mothé Gliuche. Op. Cit. p.13.

⁶⁰SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010. p.82.

⁶¹ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol.II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.93.

Conseqüentemente, a questão que Radbruch busca responder é sobre qual relação entre vontade e fato permitiria sua compatibilidade com os atributos que se busca atribuir a ela⁶².

Tal consideração de Radbruch acaba operando uma inversão, pois permite deduzir daquilo que se repute como a correta aceção da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade a justa compreensão do conceito de ação. Torna-se possível, assim, garantir a correção do conceito (em linhas gerais ontológico) de ação a partir de sua dedução de critérios valorativos⁶³. Isso se explica, todavia, pela análise do desenvolvimento dogmático empreendida por esse professor de Heidelberg.

Conclui Radbruch de seus estudos que, ao contrário das teorias vestibulares sobre a conduta, ação e imputação nem sempre coincidem, mas, na verdade, quando a ação abrange estritamente o nexó vontade-feito ela é mais ampla que a imputação, deixando de fora a culpabilidade (como binômio dolo-culpa)⁶⁴. Ainda, em sua concepção, a vontade em conformidade com seu uso corrente na linguagem apresenta uma resposta melhor às questões da dogmática quando comparada com as concepções etiológicas da vontade, porque é ao mesmo tempo mais restritiva e mais inclusiva.

A caracterização da vontade por meio da chave interpretativa causa-conseqüência remete à ideia de causa eficiente, a qual concebe o conteúdo de qualquer força como determinado pelo conteúdo de seu rendimento. Entretanto, não é possível definir-se como querido tudo aquilo que é produzido como rendimento da vontade, tornando inviável, então, essa atribuição de um horizonte etiológico à vontade⁶⁵. Melhor, segundo Radbruch, seria sua compreensão *lingüística*, a qual circunscreve o querido à esfera daquilo que foi representado – nesse aspecto, mais restritiva⁶⁶ –, mas abrangendo, ao mesmo tempo, *não somente o efetivamente ocorrido*, i.e. as tentativas⁶⁷ – nesse aspecto, mais extensiva⁶⁸. Por conseqüência, o *fato* só poderia ser (adjetivado de) querido quando, além de ter concretamente acontecido, foi representado *e* ocorre uma coincidência entre fato e representação⁶⁹.

⁶² RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.99-106.

⁶³ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.104-8.

⁶⁴ Idem, p.117-40.

⁶⁵ Idem, p.154.

⁶⁶ Como se explorou de forma um pouco mais pormenorizada nas considerações introdutórias, o desenvolvimento da vontade pela perspectiva causa-conseqüência gera frequentemente a contraditória necessidade de se vincular à vontade mesmo os resultados não representados e não queridos.

⁶⁷ “Por tanto, como un suceso puede ser querido sólo si fue objeto de la representación, así también lo representado puede ser materia de una volición aun cuando no ocurrió, lo que significa que puede ser querido algo *sólo representado*”. Idem, p.155.

⁶⁸ Novamente, como se procurou mostrar na introdução, a perspectiva da vontade como causa eficiente enfrenta dificuldade para lidar com a tentativa, pois se trata de resultados que não chegaram a acontecer concretamente.

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.155. Complementa Radbruch que “(...) la objeción de Hälschner, de que ‘no se comprende cómo el estado psíquico del agente, que contempla inerte el desarrollo de la

Em outra trincheira, Ernst Zitelmann defende sua proposta de inclinação etiológica para a vontade, com algumas concessões às perspectivas de cunho psicológico, respondendo que, mesmo (em uma perspectiva psicológica) ao se designar por *querido* o feito que coincide com a representação, ainda assim, a coincidência com os movimentos corporais seria qualitativamente distinta da coincidência referida a outros objetos (os resultados). Radbruch se opõe frontalmente a isso, para ele não há diferenças substanciais entre a apreensão da representação dos movimentos e as demais representações⁷⁰.

Contra aqueles que defendem (a) ser efeito da vontade apenas o que era querido, ou (2) ser (direta ou indiretamente) querido qualquer efeito da vontade (ou que todos os efeitos se dariam, em maior ou menor grau, por meio da vontade), Radbruch aponta de forma pertinente a possibilidade de algo ser objeto do querer sem, todavia, ser realizado pela vontade (como em um acontecimento fortuito), e a possibilidade de ser realizado por meio da vontade sem ser necessariamente querido (como em casos de delitos culposos)⁷¹.

Contra os esforços de reinterpretação das concepções etiológicas da vontade, G. Radbruch ressalta a possibilidade de ações causadas pela vontade, mas cujo movimento corporal não era em si querido. Esse seria o caso dos *movimentos desastrados* (*ungeschickte Bewegungen*⁷²), movimentos causados por um querer (aparentemente de acordo com as ideias de Zitelmann), o qual não estava dirigido à ação como ela foi realizada. Reforçando suas ressalvas, ganha destaque também a possibilidade de, em delitos tentados e imprudentes, o agente não querer apenas o movimento corporal⁷³.

Radbruch assume por posição, logo, uma concepção ampla de conduta, cuja delimitação envolve apenas *a causalidade da vontade para o feito*, e reconduz todas as questões referentes ao conteúdo da vontade para a culpabilidade⁷⁴. Para se constatar a

relación causal que él desencadenó, puede ser llamado un querer², se resuelve en que el resultado no precisa en absoluto ser querido hasta el momento en que sobreviene⁴. Idem, p.155.

⁷⁰ “La apercepción de una representación motriz no aventaja a la apercepción de otras representaciones en nada aparte de que la asiste la conciencia, que está en condiciones de producir el movimiento”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.156.

⁷¹ “Llamamos objeto del querer sólo a su contenido. Si llamamos queridos a sus efectos, nos referimos a que esos efectos corresponden al contenido querido de la representación en sentido propio. Como tales, los efectos son sólo causados por la voluntad”. Idem, p.157.

⁷² Também chamados de movimentos corporais arbitrários. “(...) y está fuera de de duda que un movimiento torpe puede cimentar la culpa cuando quiera que el agente pudo prever y tenía que contar con su resultado lesivo, y que, en caso de que el dolo estuviera dirigido a un resultado criminoso que no llegó a apresentarse a causa del fracasso del movimiento querido, amadriga un ‘comienzo de ejecución’ suficiente para colmar el concepto de tentativa. Ahora bien, si, sin embargo, para el concepto de acción se requiere que el movimiento corpóreo sea querido, entonces tales casos han de quedar al margen de aquélla, por tanto, del delito, y quedar impunes”. Idem, p.158.

⁷³ Idem, p.158-9.

⁷⁴ São interessantes, neste ponto, as ponderações de Radbruch sobre o debate *causalidade psicofísica x paralelismo psicofísico*. Cf. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.159. Nota 108.

existência de uma conduta, então, bastaria saber se o sujeito agiu voluntariamente (tanto comissiva quanto omissivamente), e o conteúdo da vontade (aquilo que quis) seria algo pertinente à culpabilidade⁷⁵.

Essa conceituação, todavia, pede algumas elucidações quando se trata de abordar a omissão porque não é possível falar-se em causalidade (a não ser por uma ampla licença poética) nos delitos omissivos. Da necessidade de prestar contas dos delitos omissivos surgem algumas conclusões que nos parecem precipitadas ou equivocadas – mas se tornaram algumas das mais notórias nos debates sobre conduta, tal a qualidade de seu propositor. Explica o professor de Heidelberg que, assim como nada pode resultar do nada, o nada deve necessariamente se resolver no nada. A consequência dessa enunciação para os crimes omissivos é das mais contundentes: apela-se não só para a inexistência de um nexo causal entre ausência de movimento e resultado (algo suficientemente pacífico), mas para a inexistência de um “nexo causal” entre a vontade de omitir (o movimento exigido) e a não execução do movimento corpóreo⁷⁶.

Radbruch conclui, com isso, pela *inexistência de um vínculo causal entre vontade e feito*. Essa ausência de “nexo causal” pode se referir, então, à relação vontade-resultado (da omissão) ou vontade-omissão (abstenção de ação). E isso depende do próprio entendimento do autor sobre o que se pune nos delitos omissivos, se a omissão em-si ou a “causação” (jurídica) do resultado pela omissão. Essa questão, como se verá, se repete muito frequentemente (não só no curso das teorias neokantianas, mas de toda dogmática).

Naquilo que parece ser um esforço por se afastar das concepções etiológicas da vontade (em especial a de Zitelmann), Radbruch sustenta que a omissão não é causada pela vontade, muito embora ela possa ser querida, e “tampoco se requiere en general que exista la voluntad de omitir un movimiento corporal”⁷⁷. Um tanto contraditoriamente, Radbruch nega centralidade à vontade em sua origem, para deduzir desse vazio de importância algumas das consequências necessárias para uma concepção minimamente coerente com um sistema democrático, como a impossibilidade de condutas (sejam omissões ou ações) inconscientes (ou mecânicas)⁷⁸.

⁷⁵O próprio Radbruch destaca a semelhança de sua posição com a de Ernst von Beling, e proclama: “¡Sólo en este momento se remata consecuentemente la separación de las relaciones causal y de culpabilidad, la *imputatio facti* de la *imputatio iuris*, remontándose, no sólo hasta el movimiento corporal, sino hasta la voluntad!”. Cf. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.160.

⁷⁶“La causalidad enlaza una modificación con otra modificación; por ende, la no ocurrencia de una modificación puede ser efecto tan poco como un suceso puede ser causal *por* dicha no ocurrencia de un movimiento corpóreo”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.161.

⁷⁷ Idem, p.161.

⁷⁸ Idem, p.162-3.

Diz Radbruch:

Para poder rechazar la ejecución de un movimiento corporal mediante decisión volitiva, es imperioso habérselo representado primero. Pero la representación de poder emprender el movimiento corporal a fin de impedir el resultado punible tiene que emerger únicamente en el obrar doloso. Claro es que en el obrar culposo *puede* surgir la representación del movimiento corpóreo, sea para impedir el resultado punible, sea con otro objetivo – caso en el cual la interrupción del movimiento es querida –, pero no es *precisa* su ocurrencia.⁷⁹

Aqui já se pode dizer inaugurada, de forma mais explícita neste trabalho, a confusão acerca da consciência e vontade permeando uma conduta e a consciência e vontade dirigidas a determinado resultado. Quando se exclui da ação (ou, particularmente, das condutas omissivas) a vontade como seu componente, a conduta inconsciente só perde relevância jurídico-penal se se apela a critérios normativos. Peculiarmente, não parece ser um exercício muito difícil imaginar alguém a realizar uma conduta (mesmo omissiva) com consciência e vontade (dirigidas à conduta), mas sem a mesma consciência e vontade referentes ao resultado – pense-se em alguém que não deseja perder tempo realizando a vistoria obrigatória em um carro ainda bastante novo e, em função disso, causa um acidente⁸⁰.

Sua lógica de negação da necessidade de um querer para a configuração da omissão, aliás, em muito se relaciona com a impropriedade de se demonstrar uma vontade distinta (da direcionada para a realização da omissão), já que o traço caracterizador da omissão não é o não fazer, mas a ideia de *aliud agere*. Traduzido em termos simples, salienta Radbruch – com alguma razão – pouco importar concluir-se que quem não quer nada ou quer algo distinto na omissão não quer a omissão em si. Trata-se de um equívoco, para ele, querer negar o querer com o não-querer; especialmente porque o não-querer (ou querer algo distinto) estaria diretamente vinculado ao objeto da negação (não se quer algo), e, assim, não é infinitamente extensivo a todos os objetos do mundo. Como ninguém pode representar todas as alternativas àquilo que faz, então, novamente, sua negativa se refere a objetos estritamente negados⁸¹.

Aos delitos omissivos, portanto, Radbruch nega qualquer dimensão subjetiva relevante e, com isso, tais delitos adquirem uma natureza qualitativamente distinta dos delitos comissivos⁸². Posto de outra maneira, como para a omissão não concorre qualquer nexo

⁷⁹ Idem, p.163.

⁸⁰ Buscamos tratar disso um pouco mais na conclusão.

⁸¹ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.164.

⁸² “Convengamos [com Eltzbacher], pues, en que una participación psíquica del omitente, en el especial un querer, no es esencial para el concepto de acción. (...) A causa de esta falta de toda faceta psicológica en la omisión, naufragan aquellas teorías que consideran que ésta, considerada psicológicamente, no sería sino la acción (Sigwart, Haupt, Landsberg, P. Merkel)”. Idem, p.165.

causal entre vontade e resultado, ela não se encaixa no conceito radbruchiano de ação, ou, de forma mais abrangente, sequer poderia ser encaixada em qualquer conceito de ação, por lhe faltar vontade e feito⁸³.

Apesar de negar uma dimensão subjetiva, afirma que tampouco possui dimensão objetiva (não é um feito) e, por isso, a omissão acaba assumindo contornos peculiares: é um delito que só existe na mente do homem, mas não possui componente subjetivo –sugerindo a conclusão de que sua existência depende de um componente “mental” coletivo, ou seja, de uma expectativa social:

Dado que se suele hablar de omisiones a secas, contraponiéndolas a las acciones, la palabra se ha asociado de un modo difícil de separar con la imagen de la ausencia de movimiento corpóreo, lo cual genera la suposición de que la omisión también sería un suceso perceptible que ocurre en el mundo externo, mientras que, empero, posee en verdad una existencia sólo en el mundo mental del hombre.⁸⁴

Note-se como é a partir de sua construção da omissão enquanto conceito que se define pela negação dos componentes negados a *vontade*, o *feito* e a *relação* entre ambos⁸⁵ – ou seja, todos os componentes da ação –, que Radbruch enuncia sua mais famosa proposição: a impossibilidade de se subsumir posição e negação (A e não-A) a um mesmo supraconceito. O argumento de unificação entre A e não-A não é apresentado de forma tão abstrata como reproduzido nos manuais. Torna-se, assim, não só mais compreensível e palpável sua proposta, como passível de ser rejeitada caso se entenda por pertinente ao conceito de omissão a inclusão de qualquer dos elementos que ele lhe nega (com especial destaque para a vontade)⁸⁶.

Por fim, além da definição pela negação, cabe indicar também que é um elemento distintivo da omissão – muito embora, por não ser comum à ação positiva, não possa ser usado com o intuito de se delimitar um supraconceito – a *possibilidade de agir*. Insista-se que a possibilidade de se punir os crimes omissivos impróprios, mesmo pelo prisma da causalidade (quando se interpreta matar por causar a morte, por exemplo), deduz-se não da literalidade da lei, mas de seu sentido – particularmente porque não há causalidade na omissão

⁸³ Idem, p.166-7.

⁸⁴ Idem, p.167-8.

⁸⁵ “Por conseguinte, la omisión no sólo no tiene en común con la acción los caracteres de la voluntad, el hecho y la causalidad entre ambos; antes bien, ella se agota precisamente en negarlos”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.168.

⁸⁶ “De esto se sigue que omitir puede ser, con arreglo a todos los elementos, la negación del obrar y, tener en común un sujeto, ya que el sujeto de un verbo no es elemento suyo”. Idem, p.169. Ainda: “(...) tan cierto como que no es factible poner un concepto y su opuesto contradictorio, posición y negación, ‘a’ y ‘no-a’, bajo un común concepto superior, así también acción y omisión tienen que estar una al lado de la otra, desligadas entre sí”. Ibidem.

imprópria. O sistema de Radbruch passa todo ele a ser dividido entre ação e omissão, e só assim ele consegue admitir uma função causal à ação (a qual ele direcionou tantas críticas), quando ela se restringe estritamente à ação positiva⁸⁷.

É a concepção sobre as condutas comissivas que torna compreensível sua vinculação à corrente causal-naturalista; mas suas considerações sobre a omissão (ampla normatização e insuperável e completa cisão ação-omissão) o aproximariam do neokantismo. Essa afinidade neokantiana assumirá ares de um compromisso mais definitivo em suas formulações dogmáticas (ação como conceito valorado⁸⁸) e filosóficas da década de 1930⁸⁹.

⁸⁷ *Idem*, p.169-74.

⁸⁸ Em seu *Zur Systematik der Verbrechenlehre*. Cf. ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.93; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Granada: Comares, 2002. p.221.

⁸⁹ “A filosofia do direito seria, portanto, a consideração valorativa do direito, a ‘doutrina do direito justo’ (Stammler). O método dessa nova consideração valorativa do direito é, no entanto, caracterizado por dois traços essenciais: dualismo metodológico e relativismo. (...) Desse modo recusa-se o positivismo, o historicismo e igualmente o evolucionismo, que deduzem o que deve ser, respectivamente, àquilo que é, daquilo que foi e daquilo que será”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.13.

3 AS TENDÊNCIAS NEOKANTIANAS

As décadas anteriores e posteriores à virada do séc. XVIII para o séc. XIX foram marcadas pelo famoso duelo entre Escola Clássica⁹⁰ (Francesco Carrara, Anselm von Feuerbach, Karl Binding, Karl von Birkmeyer, Johannes Nagler, Carl Georg von Wächter, Richard Löning, Richard Schmidt *etc.*) e Escola moderna⁹¹ (Franz von Liszt, Gustav Aschaffenburg, Hans von Hentig, Adolf Merkel, Eduard Kohlrausch, Gustav Radbruch, Carl Mittermaier, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal *etc.*), esta marcada por sua ancoragem no positivismo criminológico (com influência do determinismo biológico de Lombroso, Garofalo e Ferri) e em uma concepção preventivista de pena, e aquela marcada pelo positivismo histórico-legal e por uma concepção retributivista de pena⁹².

Já o início do séc. XX marca o aparecimento de novas concepções teóricas acerca do direito penal. Se antes era possível ver no direito a marca da centralidade das ciências naturais como modelo para se pensar as demais formas de conhecimento humano – pense-se no empenho por transformar a execução penal em uma ciência, nos substitutivos penais para as penas privativas de liberdade de curta duração *etc.* O séc. XX inaugura tendências de não mais pensar o direito a partir das ciências da natureza, quando surgem, sob a rubrica de neokantismo, esforços para depurar as particularidades do direito, distinguindo-o das ciências naturais e atribuindo-lhe um estatuto autônomo. Buscou-se, então, fundar uma “nova” ciência (as “ciências do espírito”).

Se, como bem lembra Patrícia Gliöche, a Escola Clássica alemã apoiou suas considerações nos grandes sistemas filosóficos de Kant e Hegel, o aporte kantiano reaparece de forma renovada, mediado pelas derivações filosóficas de autores que iam muito além de Kant⁹³. Essa influência neokantiana no direito penal se deu a partir da conhecida *Escola de*

⁹⁰ “Ao tempo da Escola Clássica, pontificaram duas correntes: uma sob a influência direta do Iluminismo, que pretendeu criar um direito punitivo baseado na necessidade social; e outra, na fase definitiva da Escola, na qual a metafísica jusnaturalista invadiu a doutrina do Direito Penal e acentuou a exigência ética da retribuição da pena, cujos expoentes máximos são Francesco Carrara, na Itália e Anselmo Feuerbach, na Alemanha”. BÉZE, Patrícia Mothé Gliöche. Op. Cit. p.08.

⁹¹ Uma excelente síntese da progressão das Escolas no direito penal e suas conexões com o conceito de ação pode ser encontrada em: BÉZE, Patrícia Mothé Gliöche. Op. Cit. p.07-23.

⁹² Na verdade, a chamada Escola Clássica era muito diversa entre si e possuía aportes teóricos do pensamento italiano, da filosofia idealista alemã (notadamente Kant), de direito romano *etc.* Essa Escola tem como grande herança, todavia, o apreço pela preservação das garantias individuais diante da intervenção do Estado. Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p.81-94.

⁹³ BÉZE, Patrícia Mothé Gliöche. Op. Cit. p.08.

Baden ou *Escola do Sudoeste* da Alemanha (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask e Bruno Bauch), e denota uma inflexão com acento nos valores⁹⁴.

Essa nova vaga teórica não representa, todavia, um simples retorno à filosofia kantiana, mas uma apropriação da herança do pensamento legal anterior com vistas a um novo horizonte filosófico, gerando uma reavaliação crítica do conhecimento produzido até então e uma nova produção de conhecimento com fortes tendências dogmáticas⁹⁵.

Se o pensamento clássico anterior possuía fortes tendências a um positivismo legal, a recém-surgida corrente neokantiana reconhece que não é possível deduzir apenas das leis todo o conteúdo dos conceitos jurídico-penais. Aliado a isso, o embate entre (a) as dificuldades em relação à criação de marcos legais para a delimitação do arbítrio judicial e (b) propostas menos restritivas de interpretação, leva diversos autores a pensar as bases metodológicas de formação conceitual jurídico-penal a partir dos contornos do sistema do direito penal⁹⁶.

É de suas concepções do sistema de direito penal que os autores passam, então, a derivar os elementos pertinentes ao sistema (trata-se de análises teleológicas em relação ao sistema), os quais, por isso, são especialmente normativos⁹⁷. Daí sai a forte tendência

⁹⁴ Outros nomes aparecem exercendo alguma influência, embora não façam parte da Escola do Sudoeste: o filósofo Heinrich Maier, Georg Simmel, Rudolf Stammler (o qual pertenceu a Escola de Marburgo, mas também possuía inclinações anti-positivistas), Arthur Schopenhauer etc. Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.92; MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: BdeF, 2007. p.133 e ss; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.05; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Granada: Comares, 2002. p.220 etc.

⁹⁵ “Un esclarecimiento crítico sobre la base de la filosofía neokantiana de Stammler representa el libro de Graf zu Dohna sobre La antijuridicidad como característica general en el tipo de las acciones punibles (1905). Los *Grundlagen des Strafrechts* (Principios fundamentales de derecho penal) de Sauer destacan de modo expreso la peculiaridad del pensamiento científico-cultural frente a toda especie de positivismo. El pensamiento ‘volitivo’ constituye la base de la obra de Beling: *Methodik der Gesetzgebung* (Metódica de la legislación), 1922. Como ya se dijo, especial estímulo debe también la ciencia del Derecho penal en la independización de su propio pensamiento orientado en el valor a la llamada filosofía cultural del Sudoeste de Alemania, de Windelband-Rickert, determinante del pensamiento científico-jurídico en M.E. Mayer y en Radbruch, y fundamento básico de la *Schuldlehre*, I, 1928 (Teoría de la culpabilidad), de Erik Wolf”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.92; “Os argumentos a seguir fundamentam-se nas teorias filosóficas de Windelband, Rickert e Lask, (...) e que influenciou a elaboração deste livro”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia...* p.05.

⁹⁶ MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.91-94.

⁹⁷ São bastante representativas as considerações de José Muñoz: “A la ciencia jurídico-penal pertenecen como objeto, *ante todo*, las *normas legales* del Derecho positivo. (...) Se trata de descubrir y evitar posibles contradicciones, para hacer surgir de tal suerte el sistema de la totalidad del Derecho. (...). Las normas son medios de la realización del *valor*. Por ello enraizan, en última instancia, en el reino de los valores. Y así, también los preceptos jurídicos del Derecho penal son *valoraciones* humanas del legislador competente, que el jurista, en su trabajo exegético como intérprete de la ley, ha de desenvolver por su parte, al objeto de aplicarlas a los casos prácticos de la vida. También el jurista en su labor científica y práctica ha de *valorar*. Pero los ‘juicios valorativos’ no son susceptibles, según las palabras de Radbruch ‘del conocimiento, sino sólo de la convicción’. Así es que podría pensarse que el jurista en esta su actividad necesariamente valorativa, por consiguiente no sólo lógica, sino *axiológica*, podrá ser un ‘adepo’, mas no el genuino representante de la *ciencia*. Pero tal concepción sería demasiado restringida; cierto es que todas las ‘valoraciones’ humanas son tentativas emocionales, artificialmente configuradas, al objeto de aproximarse a los ‘valores’ absolutos, ‘en sí’ existentes. Dichas *valoraciones* comportan siempre, por ello, un carácter relativo, esto es, condicionado local y temporalmente. Por ello también no son en sentido riguroso de índole ‘científica’, cognitiva. Pero los *valores* apriorísticos mismos

dogmática dessa corrente de direito penal, bem como sua abertura para considerações de política-criminal e de criminologia⁹⁸.

É sobre essa base da filosofia dos valores (ou filosofia da cultura) que se constrói uma particular acepção do conceito de *ontologia* (típica das considerações neokantianas), a qual diverge qualitativamente daquela empregada pelo finalismo⁹⁹. Mezger, por exemplo, afirma que a ontologia do direito é composta de três camadas: o ser essencial do direito (os valores); o ser existencial da realidade; e o ser normativo das valorações legais (o qual, enquanto *dever*, vincula-se tanto à esfera dos valores quanto à esfera da “realidade existencial”)¹⁰⁰.

Paralelamente, algumas das principais vozes a se levantar contra concepções naturalísticas de ação foram as de Edmund Mezger, Wilhelm Sauer, Max Ernst Mayer, Alexander zu Dohna, Paul Bockelmann, Adolf Schönke *etc.* Ao abordarmos aqui as concepções neokantianas em direito penal, tratar-se-á de forma um pouco mais detida as proposições de certos autores, os quais acreditamos serem alguns dos juristas mais finos dessa linha, e aqueles que, com maior fôlego, enunciaram e sintetizaram a chamada concepção neokantiana de conduta.

Ao longo da exposição, são agregadas, em camadas, as ideias e autores que reforçam a posição neokantiana, culminando com os escritos de Mezger. Não se pretende, com isso, esgotar o rol de todos os autores que se poderia considerar neokantianos¹⁰¹. O fio condutor foi, como se disse, o esforço por selecionar os autores que tenham se destacado como os representantes desta concepção e cujas ideias, embora se sobreponham em muitos pontos, possam se complementar apresentando o panorama mais abrangente possível.

3.1 A concepção neokantiana de conduta

son accesibles a la consideración científica. Así también el conocimiento *del* valor que dirige todo trabajo en la esfera del Derecho y con ello del Derecho penal, de la *justicia*”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.93-4.

⁹⁸ Mezger chegou a elaborar uma fórmula para dar conta de considerações criminológicas: $krT = aeP.ptU$. Tal fórmula significa que o fato criminoso é um produto da personalidade (em si condicionada por sua disposição e desenvolvimento) e pelo ambiente. MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p.15-6.

⁹⁹ “Pues la Ley sólo se convierte en Derecho cuando se inserta en un valor en sí existente más alto de Justicia. Este valor considerado como valor espiritual es también objeto de una ciencia universal del ser (Ontología) y, en última instancia, es el fundamento de toda Dogmática del Derecho penal”. MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.16.

¹⁰⁰ MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.17.

¹⁰¹ Não é essa a proposta nem deste, nem dos outros capítulos (o que tornaria este trabalho insustentavelmente longo e repetitivo). A opção por selecionar apenas alguns autores que reputamos como os mais representativos foi repetida (a nosso ver, de modo coerente) nos demais capítulos e assume uma especial importância metodológica nos capítulos que se referem a correntes até hoje muito populares, o que inviabilizaria uma exposição exaustiva (no finalismo, nas teorias comunicativas *etc.*).

Há, ademais, uma grande tradição de se considerar a ação como um conceito valorado, desde os hegelianos, ao identificarem ação e imputação, passando por Binding, zu Dohna, Sauer e Mezger. Em termos epistemológicos, a opção neokantiana significou reconhecer que o valor criava o objeto valorado (ou ao menos o alterava). Em grande medida, mantém-se uma concepção de ação próxima à enunciada por Liszt (recorrendo-se às *representações* e à *vontade sem conteúdo*)¹⁰².

O conceito de ação nesta teoria é fruto de sua construção a partir do tipo, resultando frequentemente na própria superação da conduta como elemento relevante para a teoria do delito, em razão da própria dificuldade em se lidar com ela. Por maiores ou menores tergiversações, essas teorias acabam redundando na delimitação da ação como *conduta realizadora do tipo*. Esse conceito de ação realizadora do tipo foi apresentada por Radbruch (*Zur Systematik der Verbrechenlehre*) no livro-homenagem a Frank em 1930, portanto muito tempo depois da publicação de sua famosa monografia sobre o conceito de ação (*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904)¹⁰³.

(A) Karl Binding não é propriamente um representante do neokantismo, mesmo assim é importante separar algumas linhas para ele porque sua obra apresenta uma concepção valorada de ação com enorme impacto doutrinário. Nele há alguma correspondência com as proposições dos penalistas hegelianos, pois concorda que ação e imputação coincidem, mas vai além disso ao buscar relacionar a imputação não apenas ao resultado, mas também à antijuridicidade¹⁰⁴. Na concepção de Binding, portanto, só existe ação quando ela é juridicamente relevante ou, em outras palavras, não existe nada que se possa chamar de ação além do campo das ações juridicamente relevantes. Isso porque ele realiza uma sobreposição entre um conceito jurídico e um conceito geral de ação¹⁰⁵.

Com isso, sua concepção de conduta acaba, como em outros autores, dissolvendo-se na própria concepção de imputação. A ação deixa de ser um elemento do modelo de estruturação do delito e percebe um retorno às concepções clássicas (de Grolmann e Feuerbach). Sua concepção de que a culpabilidade da vontade demandaria que qualquer resultado imprudentemente causado precise apresentar alguma forma de vontade por trás de

¹⁰²ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.84-5; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia...* p.05-24.

¹⁰³ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.93; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...* p.221.

¹⁰⁴“Amén de esta argumentación de la tesis de que únicamente el delito es acción, Binding plantea todavía otra, que concurre con la primera en las *Normas* y él suprimió por completo en su *Manual*. Para el jurista es acción sólo la acción jurídicamente relevante”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.121.

¹⁰⁵MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.130; MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.198; RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.121.

si, determina que ele substitua o conceito geral de vontade por um que dê conta também dos delitos culposos – não sem maiores problemas, porque o vínculo de fundo criado entre vontade e resultado é abrangente o suficiente para abarcar, inclusive, resultados fortuitos. No entanto, por fim, Binding acaba por reconhecer que existem ações sem qualquer conteúdo jurídico¹⁰⁶.

(B) Alexander zu Dohna realiza didaticamente sua famosa distinção entre objeto da valoração e valorização do objeto, segundo a qual fica claro ser a maneira como se concebe o objeto (a conduta) e a forma sua valoração os fatores caracterizadores dos delitos. Aduz zu Dohna que as características exteriores não são imprescindíveis para se constatar o delito ou a ação, pense-se nos delitos omissivos (nos quais falta a ação em sentido estrito) e nos delitos de mera atividade (nos quais falta resultado)¹⁰⁷.

Se se prescinde de sua manifestação sensível, a conduta é concreção da vontade, e essa vontade pode ser orientada para realizar ou furtar-se a um agir positivo do corpo. Por isso, também em zu Dohna a conduta se divide em ação e omissão¹⁰⁸. Se bem que ele aponte a decisão da vontade, a manifestação (da vontade) e o resultado como elementos da ação, eles só calham de aparecer conjuntamente nos delitos dolosos de resultado. As diversas formas de delito se configuram quando da ausência de um desses elementos combinado com a presença de outros. Se os crimes culposos ocorrem quando não há decisão da vontade, os omissivos ocorrem quando não há manifestação dessa vontade e os delitos de mera atividade quando não há resultado. Entretanto, conforme esse professor de Bonn, mesmo quando não se constata nenhum desses elementos é possível a configuração de um delito:

Si tomamos una omisión culposa sin resultado, no queda ninguno de los elementos del delito, sin embargo, estamos ante un delito: es el caso del vecino que no esparce ceniza sobre la escarcha y ésta se derrite sin que se haya producido ningún accidente.¹⁰⁹

Sobre as ações negativas, diz zu Dohna que enquanto os delitos omissivos próprios violam uma atividade expressamente imposta pela lei, os delitos omissivos impróprios são ordens (condicionais) de impedimento da concreção de determinados cursos causais, e não

¹⁰⁶RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.121, 124, 142.

¹⁰⁷DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1958. p.13-9.

¹⁰⁸“Queda siempre entendido, sin embargo, que tanto una como otra expresión suponen que se realiza una decisión de voluntad. En cambio, actividad e inactividad quedan fuera de la idea jurídica de acción, si no pueden ser atribuidas en su causa a una voluntad humana”. Idem, p.19.

¹⁰⁹ Idem, p.20.

apenas proibições de causações. Com isso, ele consegue evitar a problemática do nexo causal nos delitos omissivos impróprios¹¹⁰.

A desnecessidade de se demonstrar o nexo de causalidade na omissão imprópria e a impossibilidade de se apontar um vínculo subjetivo entre agente e resultado nos delitos culposos é o que chama atenção de zu Dohna à faceta normativa desses delitos¹¹¹. Um conceito *naturalista*, portanto, não seria bem sucedido porque só se poderia falar em delitos culposos e omissivos diante de uma expectativa de ação (e o ponto comum entre esses delitos seria seu caráter valorativo decorrente da infração da norma)¹¹².

Entretanto, mesmo negando a existência de um nexo causal natural nas omissões impróprias, zu Dohna defende a existência de uma quase-causalidade (o juízo hipotético de realização da ação omitida, ao qual alguns chamam de causalidade jurídica), bem como uma causalidade em razão das motivações das condutas (um sujeito pode realizar algo motivado pela omissão de outrem)¹¹³.

(C) Wilhelm Sauer traça as linhas iniciais de sua análise sobre o binômio liberdade-determinação por trás da conduta e se contrapõe ao indeterminismo absoluto¹¹⁴, reconhecendo a existência de inúmeras determinações. Sem embargo, essas determinações seriam como circunstâncias concomitantes, que não interditarium de forma absoluta a liberdade do indivíduo. Nisso, há elementos de surpreendente afinidade com o finalismo¹¹⁵.

¹¹⁰ Idem, p.29-30.

¹¹¹ “En esa tarea se ha pasado por alto que la omisión, en oposición a la acción positiva, no posee realidad alguna, y con ella sólo se establece que una acción – esperada desde cualquier punto de vista – no se ha realizado”. Idem, p.30.

¹¹² “Y como la omisión se agota, logicamente, en la negación de la acción y sólo alcanza su relevância jurídica con la valoración a la que el orden jurídico somete tal comportamiento negativo, así, también, rige, en lo correspondiente, para la culpa: ella se agota psicológicamente en la falta, precisamente, de esa relación psíquica, que constituye la esencia del dolo, y ella alcanza la relevancia jurídica, sin embargo, con la desaprobación de esa ausencia por parte del orden jurídico”. DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura...* p.29 e ss; MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.196.

¹¹³ “El hecho de que Teseo omitiera izar la bandera blanca, motivo la decisión de su padre de arrojarlo desde la roca al mar. Así puede causarse, también por omisión, un resultado criminal. Por tanto, es siempre uno el que omite y otro el que inmediatamente causa. Así, por ejemplo, en el caso del guardaagujas que omite poner la señal de vías ocupadas, induciendo a error al maquinista, que suponiendo vía libre, avanza, chocando con otro tren, a cual de los dos se debe imputar el resultado, se decide según los puntos de vista de la culpabilidad”. Idem, p.31.

¹¹⁴ “En definitiva la Criminología enseña, por consiguiente un indeterminismo relativo fuertemente adecuado y al mismo tiempo un determinismo adecuado (si se quiere decir así, ampliado). La culpabilidad es posible solamente en el libre albedrío, pero el grado de la culpabilidad es diverso según el grado de libertad, esto es según el grado de limitación por las influencias extrañas a la personalidad a las cuales pertenecen también las influencias por la disposición y la educación”. SAUER, Guillermo. *Derecho penal (parte general)*. Barcelona: Bosch, 1956. p.83.

¹¹⁵ “El hombre vive la libertad y puede delante de una acción decidir libremente si quiere realizarla u omitirla. Puede contra las tentaciones del mal poner a contribución la necesaria fuerza de resistência. En este acto *ex ante*, con la mirada en el futuro se anuda la responsabilidad ética y jurídico-penal”. SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.81.

Essa conclusão, todavia, leva-o a afirmar que alguns grupos de delito conformam um especial exercício de liberdade do delincente (como a fraude, a falsificação de documentos, furto, rufianismo, extorsão, incêndio etc.), com especial destaque para os “delitos crônicos de lucro”¹¹⁶ – embora, para um olhar mais crítico, isso pareça um tanto estranho, já que vivemos numa sociedade capitalista, na qual as pressões econômico-financeiras interpretam um papel de destaque.

Sauer, diga-se de passagem, apresenta alguma inclinação por extrair, de traços biológicos, consequências para os fundamentos filosóficos do direito penal. Apesar de se opor a uma análise biologicamente determinista do delito, ele afirma que alguns caracteres biológicos expandem a capacidade de livre-arbítrio do indivíduo. Trata-se, portanto, de uma porta aberta para considerações perigosas¹¹⁷.

Ainda segundo o professor de Münster, liberdade é a autodeterminação direcionada à determinação do futuro¹¹⁸. Surge, assim, uma íntima relação entre conduta e causalidade, na qual a esfera de relevância da conduta se limita a se ela produz um *resultado jurídicamente relevante*; e, por isso, reflexivamente, a causalidade também só teria pertinência em sua particular manifestação teleológica – e a causalidade naturalística, em contrapartida, interessaria apenas à criminologia¹¹⁹.

Num primeiro momento, Sauer caracteriza a conduta humana como uma tendência objetiva à determinado resultado socialmente danoso ou juridicamente desvalorado, mas isso é só o começo. Seu desejo é o de vincular o próprio conceito de conduta à personalidade e seu efeito sobre o mundo circundante¹²⁰, por isso chega a intitular este aspecto de sua análise de “egocêntrico”¹²¹.

¹¹⁶ Idem, p.82.

¹¹⁷ “La investigación psicológica, caracteriológica y etnológica sugiere la hipótesis de que hombres, razas y pueblos acusan a menudo una capacidad fundamentalmente diferente para el desenvolvimiento de la voluntad libre. Los caracteres esquizotímicos y los pueblos nórdicos están constituídos más indeterminadamente lo cual, posiblemente, de ningún modo debe hablar ¡en favor de la teoría de la disposición!”. SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.84.

¹¹⁸ “La libertad es la autodeterminación predominante de la voluntad para la determinación decisiva del futuro, es decir, la tendencia del obrar propio y la previsible consecuencia producida por él en la vida social, esto es, del resultado jurídicamente relevante. Esta libertad de voluntad y de elección es la posibilidad de hacer un esfuerzo para hacer u omitir, contenerse, o no dejarse llevar; por consiguiente se comparte la responsabilidad por el resultado en cuanto era previsible generalmente y (!) por el autor, por consiguiente no cuando sucede, por ejemplo, causalmente, es decir, de modo imprevisto e incalculable”. Idem, p.86.

¹¹⁹ “(...) para ellos la causalidad es tomada en consideración sólo en su forma especial teleológica. Como tendencia al fin, tendencia al valor, obrar, producción del resultado. Por eso necesita ser establecida solamente en relación (llamada relación causal, o mejor teleológica, final, de objeto) entre la libre decisión de la voluntad, el obrar que acompaña y su tendencia al resultado, cuyo acaecimiento real, sin embargo, no necesita ser esperado. A los juristas interesa solamente si una decisión libre de la voluntad es la causa fin de un resultado socialmente útil o dañoso, si a él está dirigida la tendencia general de un querer y un obrar”. Idem, p.87.

¹²⁰ Diz ele que “la voluntad debe ser castigada solamente cuando se manifiesta en una dirección correspondiente al resultado no deseado; debe destacarse de la personalidad y desarrollar su efecto peligroso en el mundo

A conduta humana seria a causação objetivamente responsável do resultado jurídico, e essa é uma das portas de entrada do caráter valorativo dessa concepção. O problema passaria a ser, na verdade, uma questão de imputação, bem como de se reconhecer quais objetos possuiriam relevância jurídica¹²².

Sólo en esta gran conexión [com a personalidade e o mundo] se há de contestar a la pregunta, de si es realmente para el Derecho Penal un resultado jurídicamente no deseado, si es una conducta humana causal, es decir objetivamente responsable del resultado. El problema consiste entonces en afirmar si ella en todos sus elementos, dentro de la personalidad del autor y el mundo circundante, según una prognosis objetiva, actúa hacia el resultado socialmente dañoso.¹²³

Para Mezger, por exemplo, a concepção de Sauer não seria naturalística, mas “científico-social”¹²⁴ (porque aos critérios valorativos ele alia considerações criminológicas). O professor de Münster admite que a vontade se vincula à finalidade do agente (e a ação ao resultado), mas ele amplia sobremaneira a gama de aspectos subjetivos do delito, muito em função de seus estudos criminológicos¹²⁵: aquilo que ele denomina de “excitação criminal” surgiria nos *primeiros impulsos*, obteria êxito sobre os demais impulsos na *vontade de agir* e, amadurecendo, precipitar-se-ia em um *plano* para a conduta¹²⁶.

Wilhelm Sauer diz ser a personalidade caracterizada por uma abundância de tendências de força e de valor, e por isso não pode ser responsabilizada pela totalidade daquilo que produz, mas apenas por alguns processos específicos (vinculados à ação e à vontade do indivíduo). Tais considerações são extrapoladas para a chamada culpabilidade por conduta de vida (e fórmulas análogas: culpabilidade de caráter, por disposição de ânimo *etc.*), pois o *caráter* seria justamente o balanço-final do vínculo que se estipula entre conduta e

exterior. Esta *peligrosidad* es el núcleo de la relación concreta dentro de la personalidad y su mundo circundante; representa la *esencia material de la causalidad*: La causalidad es actuación *formal de la voluntad hacia el resultado, peligro material de un valor vital con la inclusión de posibles daños mayores*”. Idem, p.140.

¹²¹ “Esta acentuación de lo creado en el delincuente, (...) puede ser caracterizada como la teoría energética o de la creación en el Derecho penal. Un análisis egocéntrico, neoidealista, neoclásico de la criminalidad”. Idem, p.88.

¹²² Idem, p.86-9.

¹²³ SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.134.

¹²⁴ MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.196-7.

¹²⁵ Ele divide o fato delituoso em querer e agir (ou omitir), para então, dividir o querer em: primeiro impulso (desgosto, cólera, interesse pessoal, indiferença *etc.*); motivos e contra-motivos; móbil (ou *Leitmotiv*); resolução para o fato ou para a ação prévia; vontade de atuação e possibilidade de atuação; influência da vontade (e da “excitação criminal”) sobre as etapas da ação. Nesse sentido: “El primer impulso no necesita todavía tender a la acción ejecutiva; (...) La excitación criminal puede a menudo *desarrollarse* primeramente de modo *paulatino*; frecuentemente va madurando, ante todo, en la lucha de los motivos; posteriormente llega a su total fuerza, durante el obrar; (...) actúan simultaneamente, además de las situaciones del mundo circundante, constantemente cambiantes, las correspondientes circunstancias psíquicas y físicas de la personalidad, igualmente cambiantes; por ello intervienen además de las intenciones y los fines: disposición de ánimo, sentimientos, lo consciente, lo inconsciente y lo subconsciente”. SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.92-3.

¹²⁶ Idem, p.91-4.

vontade, quando ele (o vínculo) persiste no tempo e, conseqüentemente, supostamente permite verificar determinadas tendências internas¹²⁷.

A conduta, em Sauer, parece se dissolver em critérios de atribuição de responsabilidade, diluir-se na causalidade jurídica e em sua capacidade de vincular (*ex post*) determinado resultado desvalorado (modificação socialmente danosa no mundo) ao sujeito, consideradas as questões sobre a personalidade. Em etapa subsequente, acrescenta-se um juízo de responsabilidade subjetiva (imputação subjetiva). Com isso se resolve também a questão dos crimes omissivos (pois o nexo de causalidade é jurídico):

Si nosotros conservamos en lo sucesivo los dos conceptos causales desarrollados por la doctrina dominante del Derecho Penal, para poder explicarnos los actuales puntos litigiosos, *la causalidad específicamente jurídica, típico-normativa o adecuada* se ha de determinar, como supra §12 II 1, como la *tendencia o la actuación hacia un cierto resultado*, como *una conducta, que es en sí* (generalmente) *apropiada para producir un resultado de esta naturaleza*, como una conducta que según el juicio común de probabilidad, según prognosis objetiva, permite esperar tal resultado. Si una personalidad con un impulso libre de la voluntad se mezcla en la corriente del acontecer social e influye en éste decisivamente, de un modo perjudicial para el bien común, el autor es objetivamente responsable por el peligro social.¹²⁸

A causalidade natural, então, influi de maneira lateral nas considerações sobre direito penal (para a determinação do livre-arbítrio e, assim, medir-se a gravidade da culpabilidade e ajustar-se à isso a pena; e distinção autor-partícipe), relegando-se sua centralidade à criminologia (a qual se estrutura a partir de compreensões etiológicas). Seria um contrassenso (ou antijurídico), na opinião de Sauer, considerar-se que todas as causas tem uma equivalência de valor, tal como ele entende propor a *teoria da equivalência das condições*¹²⁹.

O liame de responsabilização de um indivíduo se relaciona com o perigo que ele cria na sociedade, e esse “princípio do perigo” (ou princípio da periculosidade) supostamente traria consigo um maior objetivismo. Sem embargo, esse “efeito perigoso” sobre o mundo (ou resultado socialmente danoso) pode ser traçado até a personalidade do agente. Afinal de contas, Sauer afirma com todas as letras que a relação entre a personalidade e o mundo exterior (denominada de “periculosidade”) seria a essência material da causalidade¹³⁰.

Fica claro que a conduta, em Sauer, é um conceito já valorado, pois seria necessário partir do injusto para se chegar à ação. Ele deixa isso suficientemente claro quando esclarece

¹²⁷ Idem, p.89.

¹²⁸ SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.134.

¹²⁹ Idem, p.134-5.

¹³⁰ Idem, p.140.

que a esfera do proibido diz respeito às condutas objetivamente adequadas a produzir danos sociais e que, esse juízo de adequação, se dá por meio dos tipos penais¹³¹.

Por fim, especificamente quanto aos delitos omissivos, Sauer localiza sua correta compreensão na antijuridicidade material. Aos princípios derivados daí, acrescenta-se a causalidade e o resultado para delimitar de forma mais estrita a responsabilidade, quando se tratar de delitos de resultado. Não se estabelecem maiores diferenças, assim, entre os delitos comissivos e os delitos omissivos impróprios (comissivos por omissão)¹³².

W. Sauer nega, assim, que se possa substituir a causalidade, nos delitos omissivos impróprios, pela violação de um dever de não-impedimento (antijurídico) do resultado¹³³. A omissão seria causal porque ela gera um perigo social (que se constata pela conclusão de que a ação esperada teria evitado o perigo). Por isso, o nexo causal, aqui, não é entre a ação esperada e o resultado (hipoteticamente evitado), mas entre a omissão particular e o perigo social gerado¹³⁴.

Para além das parencas, o traço distintivo dos delitos omissivos é justamente o dever de agir¹³⁵, com a devida ressalva de se reconhecer, como condição para o dever de agir, a possibilidade de agir. E a colocação em curso de um *resultado socialmente danoso* seria o fundamento da ação materialmente antijurídica¹³⁶, na medida em que só seria socialmente danoso um resultado antijurídico – por isso a centralidade da antijuridicidade. Se a questão é a produção de um resultado socialmente danoso, pode se encaixar, então, mesmo os delitos omissivos próprios (os quais independem, por princípio, de resultado)¹³⁷.

(D) Max Ernst Mayer caracteriza a ação como uma atuação da vontade com a inclusão do seu resultado, embora ele tenha optado por excluir o resultado da ação em trabalhos anteriores (*Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1901). Para Mayer, os elementos que compõem a ação se encadeiam causalmente, desde suas manifestações internas

¹³¹ “Él [o legislador] no puede prohibir, *ex post*, daños sociales que se reduzcan a actuaciones humanas y estén condicionados, si cabe, por acontecimientos exteriores llamados fortuitos (...). El legislador puede solamente prohibir *ex ante* acciones y omisiones que sean adecuadas objetivamente para producir daños sociales, por consiguiente sólo *modos de conducta tipicamente peligrosos*”. Idem, p.141.

¹³² Idem, p.146-51.

¹³³ SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.146-9.

¹³⁴ “La causalidad es también en la omisión, igual que en el delito de acción, la tendencia, la actuación, la dirección de los acontecimientos hacia el resultado”. Idem, p.150.

¹³⁵ Neste ponto é interessante observar algumas diferenças entre as posições sustentadas por autores de uma mesma corrente, como a divergência sobre o dever de agir criado em razão da *zona* na qual o perigo se origina (MEZGER, 2010, p.290 ; SAUER, 1956, p.153).

¹³⁶ “El autor se sirve de la corriente peligrosa, donde, precisamente, según la esperanza social, debía haberle dado otra dirección. En ello lo que interesa es meramente la conducta socialmente esperada, no la conducta prohibida jurídicamente (que es ya un problema de la antijuridicidad y no meramente de la causalidad)”. SAUER, Guillermo. *Derecho penal...* p.150.

¹³⁷ Idem, p.151-8.

até suas manifestações externas. Assim, os motivos (ou resolução interna) levam a sua exteriorização sob a forma de movimento corporal ou inatividade, os quais são consequência da atuação da vontade (seriam o resultado da atuação da vontade)¹³⁸.

O autor, no entanto, tenta reduzir a inclusão ou não do resultado no conceito de ação a uma diferença terminológica:

Muchos rechazan la inclusión del resultado en la acción, lo que psicológicamente es más correcto; frente a ello está la circunstancia de que corresponde al uso del lenguaje y a las necesidades de la ciencia jurídica introducir el resultado como un elemento esencial en el concepto de acción. Con todo, no hay razón para tratar esas diferencias como un objeto de polémica, ya que es sólo cuestión de establecer con qué palabras se quiere designar la parte y con cuales el todo. En lo que a nosotros respecta, empleamos la voz actuación de la voluntad si queremos prescindir del resultado.¹³⁹

A distinção entre uma ação e um mero movimento corporal (no ato reflexo, por exemplo), então, apoia-se no fato de que ao primeiro é central o ato de vontade (*Willensakt*). Todavia, é pressuposto de se querer algo, que se possa representa-lo (“o querido existe primeiro como representação”); nesse sentido, poder-se-ia dizer que previamente à resolução (ato de vontade), impõem-se outros processos cognitivos, como as *representações* ou os *motivos*. E representação e motivo possuiriam um vínculo muito estreito, pois as motivações não passariam de representações que exercem influência sobre a vontade¹⁴⁰.

Seria insuficiente para compreender totalmente a ação, entretanto, o simples recurso às ideias de representação e motivo, ou seja, não bastaria recorrer-se a modelos compreensivos que só se dirigissem à forma pontual de reação de um indivíduo. Diante da volatilidade dos motivos, autores como von Liszt, Sauer, Mayer *etc.* buscam elementos constantes, qualidades mais ou menos persistentes que a vida teria para oferecer às suas análises. Estabelece-se assim certa dualidade entre elementos da ação e elementos da pessoa (ou da personalidade). Nomeadamente, o complexo de motivos tornados duradouros se configura em *caráter*¹⁴¹.

¹³⁸ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.129.

¹³⁹ Idem, p.129-30.

¹⁴⁰ “En verdad no es el contenido de la representación lo que influye sobre la voluntad, ya que a la representación, aunque simple imagen, no puede atribuirse en modo alguno espontaneidad. Nuestras representaciones no son puras, sino imágenes teñidas por los sentimientos. Y los sentimientos agradables y desagradables no son concebibles, en caso alguno, como carentes de fuerza. De tal modo que es el sentimiento ligado a la representación, lo que hace de ella una representación que ejerce influencia, esto es, un motivo”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.130-1.

¹⁴¹ Aproximando-se em muitos aspectos da ideia de caráter encontrada em Sauer (SAUER, 1956, p.89). “Así como el carácter es la obra de nuestra vida, así la vida es obra del carácter. De ahí que en el este siempre contenido algo de irracional, incomprensible para los otros, y para nosotros mismos inquietante: el secreto de la personalidad”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.133.

M. E. Mayer se apoia em Schopenhauer para defender uma posição dualista, segundo a qual o fundamento do ato de vontade é a articulação motivo-caráter. E por mais que haja uma dificuldade de se estabelecer os contornos do caráter – *praeterpropter*, dificuldade de sua acessibilidade pela experiência direta –, como ele próprio admite, mesmo apenas os contornos grosseiros que se consegue estabelecer se justificariam por sua eficácia para uma compreensão mais profunda do ato delituoso – explicaria, inclusive, o porquê de se atribuir diferentes valorações para o mesmo motivo quando se trata de duas pessoas diferentes¹⁴².

Por essa razão, ele é criticado por Binding, quem defende o foco exclusivamente nos motivos (uma concepção monista, poder-se-ia dizer). A resposta de Mayer a essa crítica ajuda-nos a estabelecer com mais clareza a diferença entre as posições sustentadas por ambos:

(...) Binding rechaza la ‘construcción dualista’ de Schopenhauer, y prefiere describir el motivo como ‘emanación del carácter’. Bien se podría admitir esa concepción, si ella sólo consistiera en remplazar el ‘criterio uno junto a otro’ por el de ‘uno tra otro’, máxime que es un hecho que depende del carácter que un estímulo para la acción se convierta en motivo. Pero tan inocente no es esa doctrina; como lo destaca el propio Binding (p.20), para poder caracterizar el motivo como producto del carácter, se debe prescindir ‘de las causas exteriores de su surgimiento’, además de que se debe considerar el motivo como la ‘entera causa’ de la resolución (p.32). Por consiguiente, no se debe seguir el surgimiento de una acción más allá del motivo – esto porque, en caso contrario, se estaría poniendo en duda la libertad de la voluntad (véase p.37), y así, en cambio, ella estaría de nuevo a salvo.¹⁴³

A finalidade, por outra parte, é pensada, em grande medida, em razão de sua proximidade com o conceito de motivo. Especificamente no campo psicológico, finalidade e motivo seriam praticamente a mesma coisa. As diferenças surgiriam em uma análise metodologicamente ancorada, na qual a finalidade seria concebida como um objetivo a ser alcançado, visão que, segundo Mayer, foi extraída da caracterização de Rudolf Stammler de *propósito* como realizar um objeto, como causar um objeto (*Zweck ist ein zu bewirkendes Objekt*)¹⁴⁴.

A finalidade como objetivação significaria, para Mayer, sua autonomização da vontade do indivíduo, pois essa finalidade não precisa ser auto-imposta, e, sim, heterônoma. Essa imposição de finalidade tem especial relevância quando é realizada por meio de normas o que acaba por atrair, nesse professor de Frankfurt, idiossincráticas considerações deontológicas nessa categoria cuja essência é eminentemente ontológica. Em outras palavras,

¹⁴² MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.133-4.

¹⁴³ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.133-4. Nota 42.

¹⁴⁴ Idem, p.135. Nesse ponto, a obra referência de Stammler é *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, eine sozialphilosophische Untersuchung*. Leipzig : Veit, 1896.

a finalidade é parcialmente reconduzida do indivíduo para a norma¹⁴⁵, ou seja, é pela avaliação da medida de adesão à finalidade imposta pela norma que penetrariam considerações teleológicas no direito penal¹⁴⁶.

Essa finalidade Mayer qualifica como o *princípio do julgamento*, porque é a medida de adesão à norma, enquanto o motivo, ao contrário, não pode precipitar o julgamento (por se tratar de um aspecto estritamente subjetivo e não uma objetivação, como a finalidade), mas apenas ser *objeto do julgamento*¹⁴⁷. Motivo e finalidade parecem, assim, interconectar-se a partir da dualidade típica da filosofia dos valores: explicação e compreensão.

Motivo y fin, ser y deber ser, consideración causal y teleológica, explicación y enjuiciamiento, cada una de estas relaciones de oposición apunta hacia un contraste que domina el conjunto de la actividad científica. Si se quiere representar ese contraste del modo más evidente, se puede decir, aunque de modo algo exterior: toda consideración causal supone dos procesos que han acaecido y que están vinculados, en tanto que toda consideración teleológica vincula procesos de los cuales uno ha ya acaecido, mientras el outro tendrá que acaecer primeramente (o no acaecer).¹⁴⁸

De qualquer forma, a exteriorização da resolução se dá por uma atuação sincrônica com o motivo, bem como essa atuação pode se dar por uma ação (em sentido estrito) ou por uma omissão (a qual inclui também o resultado, como já se notou *supra*)¹⁴⁹. É em grande parte correta a tentativa de dar conta dos delitos omissivos em sua relação com seus aspectos interno (faceta subjetiva) e externo (expectativas sociais), dada a afirmação de Mayer de que o traço distintivo da omissão – ao contrário da opinião de tantos – não é tanto a expectativa social (apesar de ser um elemento importante e não se poder prescindir dele), mas a representação do sujeito dessas expectativas, de maneira que ele possa, nela (a representação das expectativas), apoiar a sua vontade, e, assim, a omissão se configurar como uma decisão. Caso contrário, toda frustração de conduta esperada seria omissão e não parece ser esse o caso (dado que a frustração da expectativa pode se dar em casos de ausência de ação)¹⁵⁰.

¹⁴⁵ “En toda orden, en toda norma, esto es, en cada precepto, se proclama un fin que sus destinatarios debieran aceptar en su voluntad y que bastante a menudo no aceptan. Exactamente lo mismo sucede con los fines que se tiene que evitar, es decir, con los prohibidos. De ese modo, es el fin el principio del juzgamiento; *cada valoración o consideración nominativa de un acontecimiento mide lo que ha sucedido en relación a un fin y es por ello una consideración teleológica*”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.135. Grifo nosso.

¹⁴⁶ Idem, p.134-5.

¹⁴⁷ “Por el contrario, fuera del alma que actúa, no tiene el motivo lugar alguno; desligado del querer concreto, no puede ser situado, ni en el mundo exterior, ni detrás de la acción, es siempre un acontecimiento subjetivo”. Idem, p.136.

¹⁴⁸ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.136.

¹⁴⁹ Diz Mayer: “(...) a menudo se requiere, incluso, gastar una mayor fuerza de voluntad para ejecutar un movimiento (p.ej., quedarse quieto en una operación)”. Idem, p.136-7.

¹⁵⁰ “Inactividad y omisión no son conceptos idénticos; el no hacer puede, en efecto, ser referido a una resolución motivada o a algo no querido; sólo la primera clase de inactividad es una omisión. Ella tiene lugar únicamente

Para M. E. Mayer, portanto, a omissão nega a atividade e não a ação (em sentido amplo), especialmente porque o traço essencial da conduta é a realização da vontade, e lateral é a forma como isso se dá¹⁵¹. A omissão se dá porque alguém se nega a cumprir um dever, e a simples inatividade não é uma omissão porque não se estabelece sobre uma resolução. Muitas das ressalvas feitas às teorias da ação, portanto, dever-se-iam a uma sobre-extensão do conceito de omissão, justamente porque uma inatividade involuntária pode ser considerada formalmente típica, o que já não ocorre com uma atividade involuntária, a qual, até por questões linguísticas, não pode corresponder formalmente ao tipo (subtrair algo não é, semanticamente, o mesmo que furtar; proferir xingamentos não é, semanticamente, o mesmo que injuriar; causar a morte não é, semanticamente, a mesma coisa que matar *etc.*)¹⁵². São particularmente esclarecedoras algumas ponderações de Mayer:

Esta opinión se justifica, tanto más, si se considera que todas las actividades que no debieran ser proseguidas contienen omisiones y demuestra con ello la relatividad de la contradicción. El participante en una carrera en que se disputa un premio, a quien, al experimentar palpitations, se exhorta a abandonar la competencia, pese a lo cual sigue corriendo, lleva a cabo, en pleno movimiento, una omisión; el que tuerce la rueda del timón demasiado hacia la derecha, omite mantener su barco adecuadamente por la izquierda. En verdad, se basan semejantes trueques de sentido en una modificación del punto de vista, pero justamente porque tal cambio no significa tomar una cosa por otra pueden hacerse equivalentes la omisión al hacer y, junto con éste, integrarla al concepto de acción. Se debe diferenciar con nitidez de la omisión, la involuntaria abstención de ejecución de una actuación voluntaria esperada por otros, especialmente la exigida por el Estado. Alguien se olvida de cumplir algún deber. Esa inactividad, puesto que no se funda en una resolución, no es una acción y, por ello, no es una acción.¹⁵³

Também importa, ademais, a forma como Mayer concebe o *resultado*. Por isso, convém dizer que sua compreensão do resultado foge um pouco à convencionalidade

cuando había una razón para hacer alguna cosa; y no es de manera alguna suficiente que *los demás* conozcan esa razón, antes que nada ha de ser *el mismo inactivo* el que se haya representado la actividad; pues unicamente bajo ese supuesto puede el no hacer haberse querido. Por ello, la esencia de la omisión consiste en que alguien a la representación de una actuación le niega la fuerza motivadora. (...) Resueltamente en contra Kollmann, Z, 29, p.385: 'El omitir es el juicio de discrepancia entre la conducta real y la conducta relativamente posible de un portador de voluntad'. La definición es rebuscada, aparece claro que, de acuerdo con ella, lo que aparece no es el que omite, sino el que juzga la omisión (p.390/91), además es ella completamente falsa, en primer lugar, porque según ella a cada expectativa frustrada corresponde una omisión, en segundo lugar porque, de acuerdo con ella, muchas actividades son omisiones; p.ej., un delincuente ha calculado que no sería descubierto, pero lo es; con arreglo a Kollmann, resulta el hecho de descubrirlo una omisión de la policía". Idem, p.137.

¹⁵¹ "(...) para la acción es esencial una realización de la voluntad; contingente es, en cambio, la técnica de tal realización de la voluntad; del mismo modo que es indiferente mediante qué músculos alguien hace funcionar su voluntad en el mundo exterior, así lo mismo da si lo querido halla su expresión exterior en un movimiento corporal o en su ausencia. Se actúa cuando se pone la firma, pero también cuando se rehúsa firmar; tanto si alguien penetra con fuerza en una habitación, como cuando alguien se niega a abandonarla; cuando alguien disse algo odioso y cuando se reprime de hacerlo". Idem, p.137-8.

¹⁵² MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.138-9.

¹⁵³ Idem, p.138-9.

semântica. Enquanto o termo *Erfolg* (resultado) conjura, em alemão, a ideia de êxito, de algo em sintonia com determinada significação, Mayer tenta imprimir-lhe um sentido estritamente *lógico*, como acontecimento concebido como consequência da ação. Ele acrescenta, todavia, que nem todo acontecimento (processo de transformação de estados no mundo¹⁵⁴) é um resultado, pois o resultado só se configuraria quando o julgador reconhecesse um vínculo causal entre ação e acontecimento, ou seja, por um processo de imputação do acontecimento a uma ação¹⁵⁵.

Tampouco seria possível afirmar-se, segundo este professor de Frankfurt, que pertence ao conceito de resultado a noção de que ele precise ser representado ou querido (pense-se nas consequências inesperadas e indesejadas de tantas ações do dia-a-dia). Particularmente porque, ao dissecar as combinações possíveis dos processos mentais (representação e vontade) em relação ao resultado, ele extrai conclusões um tanto distintas de Binding¹⁵⁶.

As combinações possíveis seriam: representar e querer; representar e não querer; não representar e não querer; e não representar e querer (a mais problemática). Primeiramente, em relação a um querer inconsciente (a combinação não representar e querer), Binding afirma que isso pode significar tanto um querer no qual não se sabe que se quer algo ou um querer no qual não se sabe o que se quer (o conteúdo da vontade). Trata-se da distinção, realizada por Binding em razão de sua teoria da culpabilidade, entre a *causação por meio da vontade* e o *querer o causado*, cujo exemplo mais esclarecedor (por equiparar os dois) é o do químico que mistura duas substâncias desejando ver qual será o resultado (mesmo quando acaba sendo muito surpreendido)¹⁵⁷.

É, portanto, a segunda hipótese (do querer no qual não se sabe o conteúdo da vontade) que confronta Mayer com a possibilidade de se poder querer algo não representado. Sua resposta é, nesse ponto, ao mesmo tempo imaginativa e bem elaborada. Afirma ele que, mesmo quando a causação foi representada e querida, o resultado em si não é querido; na verdade, o que se passa é que há um produto da vontade (resultado) que coincide com a representação motivadora do resultado. Isso significa que a causação de um resultado não

¹⁵⁴Mayer distingue entre acontecimento e situação (ou estado), e as situações seriam os extremos de transição dos acontecimentos. Explicado de forma mais simples, a situação seria um dado (“estático” na medida em que qualquer dado da realidade pode ser estático), suscetível à transformação (processo “dinâmico” caracterizado, nesse caso, por “acontecimento”). Por exemplo, quando um determinado objeto existe no mundo (situação), alguém pode atear fogo a ele e ele deixa de existir (acontecimento); transformou-se em cinzas (nova situação). MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.140.

¹⁵⁵ “No todo acontecimiento es un resultado, sino únicamente aquel acontecimiento que el que juzga concibe como procedente de una actuación, esto es, causalmente vinculado con ésta”. Idem, p.140.

¹⁵⁶ Idem, p.141.

¹⁵⁷ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.141.

representado não deixa de ser um produto da vontade, mesmo quando esse produto se distingue do resultado representado – repita-se o exemplo dado pelo autor: alguém quer entrar em um trem para um local e por pressa ou distração entra no trem errado e acaba em outro lugar¹⁵⁸.

Mayer recorrer às ideias de Binding para, então, complementa-las com sua própria teoria dos motivos, a fim de dar uma suficiente explicação para o problema da possibilidade de uma “vontade inconsciente”. É pelos motivos que Mayer consegue, assim, recriar o vínculo entre vontade e resultado, mesmo (ou especialmente) quando ele não é representado¹⁵⁹.

Em segundo lugar, sabendo-se que há conduta, o resultado dela pode ser não representado e não querido. É uma possibilidade que haja, assim, ação voluntária e resultado, bem como que ambos estejam causalmente ligados, sem que haja representação e vontade quanto ao resultado. Isso significa que a representação e a vontade estavam dirigidos para o movimento corporal mesmo e, possivelmente, a outro resultado¹⁶⁰.

Se a vontade exerce influência imediata sobre o corpo, a influência sobre os efeitos no mundo ela só exerce de forma mediada¹⁶¹. Quando, em terceiro lugar, o resultado é tanto representado como querido, Mayer põe em xeque (como já se indicou) a própria possibilidade de a vontade se referir a um resultado. Ele defende, então, que a relação vontade-resultado se consubstancia em um *proceso psíquico especial* (cujo conceito sintetizador seria o de “intenção” ou finalidade), apoiado sobre dois pontos: a coincidência entre resultado e conteúdo do motivo; a representação do resultado provoca um ato de vontade apto a produzir o resultado¹⁶². As intenções (ou finalidades) se revelam, neste marco conceitual, como “motivos dirigidos a resultados”¹⁶³.

¹⁵⁸ Idem, p.141.

¹⁵⁹ “Por ello contiene la teoría de la motivación, que se trata en el Cap.5, la expresión adecuada para la idea de que la conciencia del contenido de la voluntad es inesencial para el querer, y coloca en su lugar, enteramente el sentido afirmado por Binding, la posibilidad de presentar el descuido como una especie de culpabilidad, homóloga, en todas sus características a las de la intencionalidad como otra variedad de la culpabilidad. Lamentablemente, es Binding el más encarnizado opositor de todas las concepciones que adhieren a su doctrina, pero no quieren quedarse en ella y, por ello, no há hallado en la teoría de los motivos no mucho más que um ‘divertimiento psicológico’”. Idem, p.141-2. Nota 59.

¹⁶⁰ “(...)y, aunque el saber y el querer no se apliquen a ese resultado, se debe, sin embargo, atribuir a su conexión. Ejemplo: alguien entra con una vela encendida en una habitación en la que, desde hace horas, se ha dejado escapar el gas; la explosión está causalmente vinculada con la actuación voluntária, es pues, su consecuencia, aunque no fue representada ni querida”. Idem, p.142.

¹⁶¹ “(...) es fácil lanzar la piedra, difícil alcanzar el blanco”. Idem, p.142.

¹⁶² “El resultado querido es, pues, aquel resultado previamente formado en la representación motivadora y hecho realidad por la actuación”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.143.

¹⁶³ “Añadimos, con fines de aclaración adicional, que la fuerza motriz de la representación se puede agotar en una resolución (es decir, en un acto interno de voluntad) o exteriorizarse en un hacer o en un omitir o, finalmente, realizarse en un resultado”. Idem, p.143.

Em quarto e último lugar estão os resultados representados, mas não queridos, hipótese na qual se lida com as fronteiras entre dolo e culpa. Nesse caso, diz Mayer, trata-se de atos de vontade fundados em representações (dos perigos que envolvem a conduta) sem poder suficiente para se transformar em motivações (para a dissuasão da realização da ação, para a dissolução do próprio ato de vontade), e, por isso, não se transformam em finalidade (ou “intenções”). E o fato de essas representações se realizarem no resultado é, em princípio, puramente acidental¹⁶⁴.

A concepção de conduta de M. E. Mayer pode ser sintetizada, finalmente, da seguinte forma: toda ação se compõe de uma conduta voluntária e de um resultado, o qual pode ou não ser exigido pelo tipo. Para se entender as implicações dessa proposta, importa destacar que Mayer considera os resultados como os acontecimentos descritos nos tipos, especialmente porque entende haver certa flexibilidade quanto a sua formulação. O “resultado” seria um conceito relativo (um mesmo fato pode ser causa e resultado)¹⁶⁵, podendo ser tanto uma consequência (o resultado propriamente dito) como seu fundamento (a ação voluntária) – e nisso ele se aproxima, como se verá abaixo, da concepção de Mezger¹⁶⁶.

Como há diferenças, para a constatação de um delito, entre a verificação da existência dos postulados necessários para a imputação do resultado e a constatação da existência de uma conduta, as ideias de Mayer têm um importante efeito: nas descrições dos tipos penais, muito daquilo que se consideraria como ação passa a ser considerado como resultado. O furto (subtrair coisa alheia...), o dano (destruir coisa alheia), o incêndio (causar incêndio...) *etc.* podem todos ser potencialmente concebidos como resultados e não condutas, e a questão central que os envolve é saber se o evento de fato ocorreu¹⁶⁷.

Aqui novamente Mayer se aproxima de Binding, quem entende o resultado ‘verdadeiro’ da ação como todo o delito, transferindo o meio de realização do resultado para o próprio resultado – o que é de certa forma polêmico porque a literatura dogmática contrapõe

¹⁶⁴ “El adultério es, desde el punto de vista del delincuente, así como del juez penal (§172), algo producido, un resultado; en el proceso civil, en cambio, aparece como el fundamento del divorcio, esto es, como causal; el accidente que há sufrido el obrero de una fábrica como efecto de la explosión de una caldera, es el resultado que interesa al procurador público, pero es la causa de incapacidad para el trabajo que importa al sindicato profesional”. Idem, p.144.

¹⁶⁵ “(...) un mismo suceso, en la medida en que pueda hallarse en relación con diversos tipos legales, también desde el punto de vista de los criminalistas se lo debe concebir, ya como actuación voluntaria, ya como resultado; de acuerdo con su tipicidade, tal acontecimiento, suscita, en efecto, ya este, ya aquel interés, y pone de manifiesto, de ese modo, la relatividad del concepto de resultado”. Idem, p.148-9

¹⁶⁶ Idem, p.148-9.

¹⁶⁷ “Si se quisiera concebir el acontecimiento previsto en la descripción típica, p.ej., la sustracción de una cosa (§242) o la apertura de una carta cerrada (§299), no como el resultado, sino como una actuación voluntaria, aparece la acción bajo un falso punto de vista, al igual como si el juez de la competencia deportiva tuviera la meta por el punto de partida; surgiría, así, la expectativa falsa de que a la sustracción o apertura debiera seguir todavía algo relevante penalmente”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.148.

frequentemente a forma de comissão ao resultado. Isso se explicaria, contudo, porque todo delito estaria relacionado à culpabilidade, mas significa também que Mayer nega os delitos de mera atividade (assumindo uma posição um tanto minoritária). É, outrossim, muito convincente o argumento sobre o traço distintivo dos delitos formais ser apenas o de a conduta e o resultado coincidirem cronologicamente¹⁶⁸.

(E) Já para Edmund Mezger, com vistas à sua particular concepção ontológica estratificada (valor-realidade-norma), a supramencionada dimensão da “realidade existencial” compreenderia os âmbitos corporal (ao qual pertenceria a causalidade) e anímico (ao qual pertenceria a finalidade). Ele não nega a importância da finalidade, mas a vincula a essa tríplice relação valor-realidade-norma. Nesse sentido, tanto a esfera normativa quanto a espiritual seriam em certo grau determinadas pela esfera existencial (e, conseqüentemente, pela finalidade)¹⁶⁹. Em outras palavras, Mezger em algum momento reconhece algum grau de preponderância da realidade.

Para Mezger, ademais, seriam três as formas de manifestação da conduta: ação, omissão própria e omissão imprópria. As distinções entre elas, como em tantos autores, devem-se a relação com as normas deduzidas do tipo: na ação o sujeito viola uma norma proibitiva, na omissão própria uma norma preceptiva e na omissão imprópria uma norma preceptiva e uma norma proibitiva, pois é necessário o advento de um resultado. Além disso, a própria distinção entre ação e omissão se apoiaria com alguma frequência sobre o momento no qual se manifesta o elemento subjetivo do agente. Por isso se precisaria do conceito de omissão, pois, do contrário, acabar-se-ia recorrendo à ideia de dolo *subsequens*¹⁷⁰.

O professor de Munique, diante da ação, reafirma as funções de classificação (o exercício de uma unidade conceitual diante de suas possíveis manifestações), de delimitação (excluindo antecipadamente objetos alheios a esfera de interesse do direito penal), de

¹⁶⁸ “Esa doctrina se basa, en parte, en el desconocimiento de la relatividad inherente al concepto de resultado; en parte, en que ella permanece fijada a la exterioridad. Como, en efecto, en muchos delitos la diferencia temporal entre la acción voluntaria y el resultado no es marcada, se da la apariencia de que no ha existido resultado. La unidad temporal no debe engañar sobre la dualidad lógica; el análisis lógico revela que el delito consiste en una actuación voluntaria y un resultado, aunque que ambos coincidan temporalmente. Así, en el perjurio se deben separar el que se expresen las palabras del hecho de que se escuchen y comprendan por el juez, y justamente sin ese resultado no há habido perjurio”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.150-1.

¹⁶⁹ “Pero la finalidad determina tanto al sector normativo (b) como al espiritual (a). Por eso debe matizarse en el caso concreto de qué clase de finalidad se habla. La categoría del ‘valor’ se restringe al sector espiritual (a) y al normativo (b); sin lo esencial no tiene valor lo existencial”. MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.18.

¹⁷⁰ Pense-se no exemplo no qual um médico obtém o consentimento de um paciente para a operação a fim de deixar que sangue até a morte na mesa de operações. Este exemplo seria substancialmente diferente daquele, no qual o mesmo médico decide durante a cirurgia por deixar o paciente se esvaír em sangue para mata-lo. No primeiro a ação *stricto sensu* da lesão cirúrgica foi feita com a finalidade de matar o paciente, já no segundo caso, essa finalidade surgiu após a lesão cirúrgica, e por isso há quem levante a possibilidade de um dolo *subsequens* caso não se recorra a ideia de omissão. Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.179.

definição (segundo a qual a ação serviria de substrato para posteriores valorações) e de enlace (ao chamar a ação de “fundamento estrutural”, na medida em que serve de fundamento no qual se edifica a teoria do delito)¹⁷¹.

Tal conceito de ação é suficientemente abrangente, destaque-se, para conter ações e omissões tanto de indivíduos quanto de corporações. Assim, a ação, como pedra angular da teoria do delito, consegue dar conta das propostas de responsabilidade penal da pessoa jurídica – a qual, mesmo com propostas tão antigas, e raízes ainda mais remotas, ainda hoje é acolhida com exclamações de novidade. Não é nova essa trajetória de mitigação do brocardo latino *societas delinquere non potest*, já introduzida por Mezger¹⁷².

O conceito de ação de E. Mezger se compõe num primeiro momento da articulação de três fatores: elemento subjetivo, conduta corporal e resultado externo. Com a peculiaridade de que a combinação de conduta corporal e resultado externo, ele conceitua também como *resultado*. Para Mezger, o resultado é a completa realização típica exterior e, assim, abarca tanto a conduta *stricto sensu* quanto seu resultado externo propriamente dito¹⁷³.

Realiza-se a distinção entre resultado (*lato sensu*) e resultado externo, conforme a qual este remete ao resultado externo da conduta como exigido por tantos tipos penais, e aquele diz respeito à conjugação entre conduta corporal e resultado externo. Esse conceito abrangente de resultado (como conjugação de conduta e resultado externo) está, então, intimamente vinculado ao tipo. Nesse sentido, mesmo para os tipos penais nos quais não se encontra exigência de um resultado externo, há um resultado (a manifestação da vontade). Cumpre ressaltar que a peculiaridade desse conceito parece criar, como ressalta José Muñoz, uma tendência a se confundir a manifestação de vontade com o resultado¹⁷⁴.

O resultado seria constituído, nessa concepção, pela totalidade das consequências produzidas sobre o mundo exterior pelo ato de vontade, o qual seria a base da própria ação. Os efeitos sobre o mundo exterior teriam início com a excitação nervosa do sujeito, a qual se manifestaria pelo movimento corporal, perpetuando-se indefinidamente até as últimas consequências da cadeia causal criada. Ressalte-se, todavia, que o encadeamento de efeitos

¹⁷¹MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.182-3.

¹⁷² Idem, p.180-1.

¹⁷³ Idem, p.183.

¹⁷⁴ Com especial atenção à nota de José Arturo Rodríguez Muñoz. Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.183. Nesse sentido: “Por ejemplo, en un delito de homicidio descrito en el §211 del Código, comprende el *resultado* el apuntar y disparar el fusil, el curso de la bala, el toque de ésta en el cuerpo de la víctima, la lesión y la muerte; el apuntar y disparar el fusil es la *conducta corporal del agente*; el curso de la bala, el toque en el cuerpo de la víctima, la lesión y la muerte constituyen el *resultado externo*. Los resultados producidos en la vida anímica de otras personas, como, por ejemplo, la ‘sensación de dolor’ que experimenta la víctima de una lesión corporal (§223, Cód. Penal) o el escándalo a que se refiere el §183 de dicho texto, pertenecen al ‘resultado externo’”. Idem, p.184.

teria um limite muito claro para o direito penal, o limite estabelecido pelo tipo – que realizaria, aqui, uma *função objetiva limitadora*¹⁷⁵. No caso de um disparo de arma de fogo, o limite da cadeia causal seria a lesão corporal ou a morte, e os demais efeitos a partir daí não mais teriam relevância penal (como os impactos emocionais e financeiros sobre a família da vítima).

Observe-se que outros autores também comungam de uma concepção ampliada de resultado, como Heinrich B. Gerland (*Deutsches Reichsstrafrecht*, 1922) e Franz von Liszt (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1927)¹⁷⁶. Mesmo para aqueles que defendem a incompatibilidade entre os conceitos de ação e resultado, no sentido de que um não poderia ser subsumido ao outro, Mezger oferece argumentos com alguma força persuasória. Ao se conceber resultado apenas como resultado externo, surgem alguns problemas potenciais justamente porque mesmo nas tentativas podem aparecer (parcialmente) resultados externos e, ao se considerar como resultado apenas o resultado externo, torna-se mais difícil perceber a tentativa como modificação no mundo exterior a fim de se habilitar sua punição¹⁷⁷.

Essa é uma rica e complexa discussão, que se relaciona com a questão sobre se todo delito teria um resultado e transborda para a própria classificação dos delitos entre formais (de mera atividade) ou materiais, repetidos à exaustão nos manuais até hoje. Se os autores em sua grande maioria repetem essa distinção, há quem assuma honrosas posições dissidentes, como Max Ernst Mayer (2005), para quem há uma dualidade lógica apesar da manifestação concomitante, nos delitos de mera atividade, entre manifestação de vontade e resultado.

Para aqueles que tendem a identificar, então, o resultado com a modificação no mundo exterior decorrente da ação, torna-se necessário o reconhecimento dos delitos de mera atividade, porque se não reconhecessem os delitos sem resultado, esses delitos de mera atividade restariam impossibilitados. Mezger argumenta, em contrapartida, que não só o resultado *stricto sensu* realiza modificações no mundo exterior, mas também o puro movimento corporal¹⁷⁸.

¹⁷⁵MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.184.

¹⁷⁶ Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.184. Nota 15.

¹⁷⁷ “[Philipp] Allfeld (...) entende que el resultado no puede ser parte integrante de la acción, porque si lo fuera no sería posible considerar la tentativa como acción, y sería preciso excluir el delito *culposo* del concepto de la misma; pero esta opinión de Allfeld se debe por una parte a que dicho autor concibe el resultado en la tentativa unilateralmente, sólo como resultado externo (y también este resultado puede *parcialmente* darse en la tentativa); y por otra, a que confunde en el delito *culposo* el resultado, con el resultado requerido”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.184. Nota 15.

¹⁷⁸ “En cambio, tiene razón v. Hippel, II, 132, nota 1, al criticar la desafortunada *nomenclatura* ‘delitos formales’ y ‘delitos materiales’: ‘pues es indudable que en ambos casos se trata de ataques materiales contra intereses jurídicamente protegidos’. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.185. Nota 16.

Não há, deve-se dizer, uma completa superposição entre os conceitos classificatórios “delitos de mera atividade” e “delitos de perigo abstrato”, pois este se refere ao bem jurídico e aquele ao mundo exterior; assim, os delitos ambientais são, por exemplo, frequentemente delitos de perigo abstrato e podem envolver ao mesmo tempo uma modificação sensível no mundo exterior. Também não há maiores coincidências entre delitos de mera atividade e crimes de mão própria, mas, ao contrário, há uma completa incompatibilidade entre delitos de mera atividade e crimes omissivos impróprios¹⁷⁹.

Mezger adota uma concepção abrangente de ação, na qual se incluem quaisquer manifestações jurídico-penalmente relevantes, que é deduzida da norma (art.1 do StGB¹⁸⁰). Em suas obras, a ação se apresenta como um elemento eminentemente valorativo – como se mostrará com alguns detalhes adicionais logo em seguida – e é sobre essa ideia que ele edifica abertamente sua polêmica com Welzel. Segundo o professor de Munique, compreender a ação apenas como uma abstração da realidade seria ignorar sua verdadeira essência¹⁸¹.

Não pára por aí Mezger. Analisando os argumentos que Radbruch arregimenta para refutar a teoria finalista, com destaque para a impossibilidade de se subsumir sob uma mesma categoria posição e negação (A e não-A), ele destaca que a incompatibilidade entre ação e omissão é apenas aparente, pois ação e omissão não se referem apenas a um evento externo (quando se mostram contraditórios), mas também a um *valor*. Ficaria clara a possibilidade de sua conformação a um conceito unívoco, quando se traz para o primeiro plano o fato de ambas (ação e omissão) dizerem respeito a condutas humanas valoradas (ou, melhor dizendo, desvaloradas)¹⁸².

Além da afirmação da unificação de ação e omissão, contraditando a objeção de Radbruch à possibilidade de uma função classificatória, Mezger também se contrapõe às propostas de eleger a “antinormatividade imputável” como conceito central da teoria do delito (zu Dohna) e de subsumir totalmente a ação à antijuridicidade (Sauer). Entretanto, a ideia de se substituir ação pela realização do tipo (Radbruch) não encontra maiores resistências em sua

¹⁷⁹ Idem, p.185-6.

¹⁸⁰ “Una acción conminada con reclusión es un crimen. Una acción conminada con prisión o con multa de más de 150 marcos o con multa simplemente es un delito. Una acción conminada con arresto o con una multa que no exceda de 150 marcos es una falta”. Idem, p.19.

¹⁸¹ “Es incomprendible, pues, que este concepto de acción haya sido calificado como un concepto ‘naturalpístico’ de acción (Welzel, Grdz. 23). El concepto de acción se comprende naturalísticamente cuando se quiere ver en él sólo una ‘abstracción de la realidad’; pero esta opinión, representada, por ejemplo, por v. Liszt (Lehrb. 103, nota 9), es insostenible (Kurz-Lehrb. I, 39), pues desconoce la naturaleza esencial de la acción”. Idem, p.21.

¹⁸² “No se trata aquí, por consiguiente, de simple Posición (P) y Negación (N), sino de posición (Pe) y Negación (Ne), con determinadas propiedades, de suerte que es posible la existencia de un concepto superior (Oe), que es precisamente *la acción en sentido amplio*”. Idem, p.195.

obra porque ele acredita (como fica claro nas suas proposições posteriores) que o conceito de ação deve ser deduzido da totalidade dos tipos penais¹⁸³.

Para os partidários da ação como conceito-valor (Sauer, zu Dohna, Binding *etc.*), Mezger aponta um claro problema: o “valor” informado pelo direito penal pode ser – e ele afirma que, de fato, é – justamente a exigência de uma concepção avalorativa (natural) da ação. O direito penal exigiria, assim, que não se antecipassem valores (ou propriedades) porque resultaria na interdição da possibilidade de se vincular – função de enlace – à ação a especificidade dos distintos elementos que podem compor um delito. Portanto, apenas um conceito natural poderia, em tese, servir de pedra angular para a teoria do delito¹⁸⁴.

Considerações tão opostas: uma aposta em um conceito valorativo articulada com a afirmação de uma impossibilidade de se afastar de uma concepção naturalista, leva alguns autores a destacarem o caráter contraditório do pensamento de Mezger, neste ponto. Não obstante, há quem esboce uma tentativa de conciliação de Mezger com ele mesmo. Por isso, a compreensão de Mezger se daria a partir do delineamento de sua diferença em relação aos demais neokantianos; e a distinção da posição de Mezger para os outros se refere à relação ação-valorização, se ela é uma relação de primeiro ou segundo grau. Especialmente ao se debruçar sobre os *Grundriss*, destaca José Muñoz:

Diferencia que creo poder expresar al distinguir una valoración de primer grado o simple y otra de segundo grado o compuesta. Pues si se determina el concepto de la acción viendo en ella algo más que un simple proceso exterior del mundo físico, y más bien se considera tan sólo aquel suceder animado, transido de la voluntad humana, enderezado a un fin, se há atribuído ya un sentido y a la vez se há realizado un proceso de selección que nos permite hablar de un concepto valorizado que no corresponde al simple mundo del ser. (...) en el *Grundriss*, donde, como hemos visto, se parte de un concepto de acción valorizada (de primer grado), donde para nada se habla de un concepto natural de la acción como cabeza del *Sistema* y donde, finalmente, la acción no obstante ser un concepto valorizado, se distingue con toda claridad de los atributos valores subsiguientes [antijuridicidade e culpabilidade].¹⁸⁵

Mezger defende uma concepção valorativa porque parece acreditar que mesmo a proposição de uma concepção pré-típica implicaria em uma inevitável mácula valorativa, mas não porque ele acredite, como os hegelianos, que toda ação é necessariamente imputável ou,

¹⁸³ MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.23-4.

¹⁸⁴ “De ello se deduce la justificación metódica de nuestro concepto de la acción arriba presentado; es incorrecto, certamente, contemplarlo de antemano como una imagen de hecho ‘natural’. Pero precisamente porque en el fondo es un concepto-valor, puede también soportar sobre sí los atributos-valores de la ‘antijuridicidad’ y de la ‘culpabilidad’”. Idem, p.197.

¹⁸⁵ MUÑOZ, José Arturo Rodríguez. In: MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.199. Nota de rodapé.

como alguns neokantianos, que ação é aquilo que tem necessariamente relevância jurídica¹⁸⁶. Em outras palavras, mesmo o esforço por uma concepção natural ou ontológica implica em uma perspectiva valorativa. E tal conclusão possui uma ressonância tão grande, que se pode ver reflexos atualmente nas concepções comunicativas da ação, as quais defendem uma posição metodológica bastante semelhante nesse sentido¹⁸⁷.

Uma das principais críticas estendidas por Mezger ao finalismo é a de que se considerar como efeitos da ação apenas a estrita esfera do conteúdo da vontade implica o afastamento da possibilidade de se tratar vários alguns fenômenos jurídicos, como a responsabilidade penal pelas ações imprudentes e suas consequências não queridas ou mesmo uma responsabilidade penal por consequências não queridas e sequer culposamente produzidas. Em outras palavras, nos delitos preterdolosos, não havia (à época de Mezger) uma exigência legal de que o resultado fosse ao menos culposamente produzido para sua pertinência como qualificador do tipo. Isso tornaria, em princípio, muito difícil a adoção do sistema finalista porque ele se estruturaria ao redor do eixo delito doloso-culposo¹⁸⁸.

A distinção entre ação e omissão seria também valorativa, com significativas repercussões. A mais importante delas parece ser a exclusão da vontade do conceito de conduta omissiva – vontade a qual, só reaparece na culpabilidade. Os exemplos reivindicados para respaldar essa posição são os delitos omissivos culposos, em especial os delitos de esquecimento¹⁸⁹. Exemplos que se repetem atualmente na afirmação de posições neo-valorativas (das teorias da comunicação) para defender que nem toda conduta possui alguma forma de articulação consciência-vontade (permeada pela finalidade) como propugnam os finalistas.

¹⁸⁶ Colabora para essa interpretação a afirmação de Mezger de que mesmo a teoria ontológica de Welzel é valorativa. Mezger afirma, inclusive, que o conceito finalista de ação anteciparia conteúdos do injusto e da culpabilidade (especialmente porque a culpabilidade, em Mezger, ainda continha dolo e culpa). Cf. MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*. p.28-9.

¹⁸⁷ É muito simbólico que Mezger inaugure seu *Moderne Wege* com a seguinte citação de Goethe: “Im Anfang war der Sinn” (No princípio era o sentido). Cf. MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.07.

¹⁸⁸ No Brasil a questão é um pouco diferente porque o tema é regido pelo art. 19 do CP (“pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”). Não obstante, essa parece ser uma discussão superada já que, em marcos de Estado democrático de direito, não se pode conceber responsabilidade penal (mesmo a título de preterdolo) por um efeito que não seja ao menos culposamente produzido. Parte do esforço do direito penal moderno é justamente o de excomungar o *versari in re illicita*. Diz José Muñoz: “Resulta, pues, que en estos casos se hace responsable al sujeto por un delito (doloso), y, sin embargo, una parte de la acción, que desde el momento que el delito es doloso debía necesariamente ser dirigida, no lo es y, por ende, *no es acción*”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.212. Nota de rodapé. Que os efeitos não queridos e não produzidos sequer a título de culpa não sejam considerados ações, todavia, não deveria ser considerado um problema do sistema finalista, mas um mérito. No entanto, o tema é levantado porque o finalismo falharia em fornecer uma suficiente legitimação desse recurso legislativo.

¹⁸⁹ “Pero en tal hipótesis la exigencia del querer del sujeto pertenece a la esfera de la culpabilidad, no al concepto de la omisión. Ello aparece de modo claro en la omisión culposa, sobre todo en los llamados delitos por olvido”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.273.

Sua ressignificação contemporânea seria a negação da vontade como elemento essencial da conduta (seja ela direcionada ou não a uma finalidade típica), para inseri-la, de acordo com a conveniência político-criminal, no tipo penal; não, todavia, como um elemento reconhecido por sua existência objetiva, mas como elemento normativo. É representativo que Mezger negue qualquer espécie ou qualidade de relação da omissão culposa com a vontade. O conceito de omissão não se caracterizaria, assim, pela vontade, mas pela *possibilidade de vontade*¹⁹⁰.

Já a omissão imprópria se caracterizaria pela ideia de *ação exigida* (um dever que se relaciona com a possibilidade da ação de evitar o resultado), que, a despeito do que diz Mezger, parece antecipar questões da antijuridicidade – pois, numa concepção de inclinação normativista é difícil se falar em dever de agir sem se antecipar a antijuridicidade¹⁹¹.

Por fim, Mezger acaba por reformular em diversos sentidos sua concepção de ação: exclui dela o nexo de causalidade¹⁹² e reavalia o lugar e o conteúdo da omissão¹⁹³. Mesmo em suas formulações tardias, contudo, ele mantém posturas profundamente valorativas:

El fundamento filosófico-jurídico de nuestra anterior exposición del concepto de acción como concepto valorativo se dedujo del círculo de ideas de la filosofía cultural sudoccidental alemana de Windelband y Rickert (Lehrb. 39), y comprende nominalmente las consideraciones de la realidad-valor. Sus ‘valores’ son en verdad ‘valoraciones’, es decir, actos que se regulan por una creación cultural de naturaleza positiva. Con el cambio ontológico del pensamiento alcanzan estos valores un

¹⁹⁰ “Pues ello suministra la prueba de que al concepto de la omisión no pertenece, no sólo ningún hacer, sino *tampoco querer alguno*”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.273. Grifo nosso; Ou: “Ahora bien: del mismo modo que en el hacer activo es requisito esencial del concepto de la acción el hecho de que ésta haya sido querida, debe consecuentemente exigirse en el *concepto* de la omisión el elemento de la *posibilidad de ser querida*”. Idem, p.274-5.

¹⁹¹ MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.279-81.

¹⁹² “En nuestro Tratado hemos incluido el resultado de la acción y unido a él la teoría de la relación de causalidad en la teoría de la acción. Examinada, estrictamente, la teoría de la relación de causalidad no pertenece a la acción, sino más bien a la teoría del injusto. (...) Es lícito, por razones didácticas, anticipar aquí el estudio de la relación de causalidad (y de la omisión) separándola de la teoría del injusto, ya bastante cargada con otras cuestiones. Con ello, al mismo tiempo, se destaca hasta qué punto las cuestiones puramente causales también dependen de las cuestiones del tipo”. MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.25.

¹⁹³ Já no Tratado Mezger aponta que o *dever de agir* pertence (do ponto de vista do sistema) à antijuridicidade e que por razões didáticas é analisado no tópico sobre conduta. Mesmo assim, acreditamos que seu tratamento da omissão sofre mudanças qualitativas entre um período e outro. Antes: “Lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la *acción esperada* que el autor ha omitido realizar. (...) É erróneo el reproche de que la tesis aquí defendida confunde la *esencia* de la omisión con la *antijuridicidad* de la misma. El hecho de que una acción sea ‘pensada’ (esperada) por el que juzga, es constitutivo para el concepto y naturaleza esencial de la omisión; por el contrario, la omisión es antijurídica sólo cuando la acción pensada (esperada) también es ‘exigida’ por el Derecho. Ambas cosas pueden separarse conceptualmente, aunque desde el punto de vista *práctico* el Derecho penal no tiene interés alguno respecto a acciones esperadas, pero no exigidas, ni en sus correspondientes omisiones”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.274; Depois: “En una consideración estrictamente sistemática pertenece también al injusto la teoría de la omisión. Sólo razones ‘didácticas’ aconsejan su estudio en la teoría de la acción”. MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.27.

profundo sentido. Ellos son partes de un ‘ser anímico’ esencial y, por tanto, aún más que antes se sustraen a una consideración ‘naturalista’ de las cosas.¹⁹⁴

Em 1950, Mezger esboça seu conceito de ação de forma um pouco mais pormenorizada. Nesse momento, é possível entrever em suas formulações uma tentativa de delinear um conceito cujo vínculo com o conteúdo real fosse o mínimo possível, de forma a torna-lo mais plástico às necessidades normativas. O elemento central de configuração da conduta não seria tanto a finalidade, mas a vontade – importa que se queira algo e não o que se quer¹⁹⁵.

Na intitulada esfera existencial, a conduta humana é uma ação ou omissão querida. O objeto da vontade (do querer) seria dado, todavia, pela teoria da culpabilidade ou dos elementos subjetivos do injusto; notadamente porque ele acreditava que a inserção o conteúdo da vontade já no conceito de ação criaria toda uma gama de problemas irresolúveis¹⁹⁶. A voluntariedade como parte central da conduta possui um vínculo com a finalidade, mas não no mesmo sentido do finalismo, pois, aqui, a reunião vontade-finalidade é feita de forma estratificada (em etapas), pela própria teoria do delito – enquanto no finalismo seria uma contradição em termos se falar em vontade sem finalidade.

Em outras palavras, a conduta é cindida (vontade e finalidade são separadas) para ser reconduzida a sua completude de forma normativa, a fim de ser possível contornar os elementos que se apresentem como problemáticos para essa recomposição (como a finalidade nos delitos culposos). Mezger afirma que se há características existenciais na conduta, elas só podem ser unificadas normativamente¹⁹⁷. Não seria equivocado, assim, dizer que o conceito existencial (mezgeriano) de conduta é *também* um conceito final¹⁹⁸.

A proposta de Mezger é, partindo da ideia de ação como “conduta humana”, tornar o conceito de tal maneira abrangente que possa caber tudo o que possua relevância jurídico-penal. Por isso sua conceituação beira frequentemente o tautológico (ação é conduta humana).

¹⁹⁴ MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.21.

¹⁹⁵ MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.22 e ss.

¹⁹⁶ “Ya Germann há hecho notar, com razón, las dificultades que se oponen a una inclusión del contenido de la voluntad en el concepto de acción”. Idem, p.29.

¹⁹⁷ “Donde desempeñan un papel las distinciones existenciales como hacer y omitir, dolo e imprudencia, etc., sólo pueden unificarse desde otro lado, es decir, desde el lado de la norma, de los valores, etc.”. Idem, p.32.

¹⁹⁸ “Pero el concepto existencial de acción es también un concepto ‘final’. Welzel, toma nota de esta constatación, pero con tono escéptico. Él sólo quiere ver aquí un momento de ‘voluntariedad’, que no tiene nada que ver ‘con el concepto ontológico (...) de la finalidad’; No hay ningún querer sin un ‘fin’ (‘meta’), es decir, sin una dirección ‘final’”. Idem, p.22.

Ele garante, assim, a unidade do sistema de direito penal, o qual não se divide (como em Welzel) de início em delitos dolosos de um lado e culposos do outro¹⁹⁹.

Embora sua crítica da ideia de finalidade potencial em Welzel seja correta (finalidade potencial é uma não-finalidade) – e tenha sido reproduzida por muitos –, sua ideia de ação final mistura elementos ontológicos e valorativos, em razão de sua concepção de estrutura do delito²⁰⁰, tratando a finalidade como finalidade antijurídica²⁰¹. Portanto, muito embora sua crítica tenha brotado parcialmente de sua posição equivocada, sua conclusão é logicamente acertada. Mas, justamente por ter esse vício de origem, não pode ser estendida às reformulações do finalismo feita pelo próprio Welzel e seus seguidores, quando abandonam a ideia de finalidade potencial.

(F) Incorporam também o conceito valorado de ação em maior ou menor grau (com sua origem na contribuição de Radbruch pela definição de *ação realizadora do tipo*) autores como Hellmuth von Weber²⁰², Paul Bockelmann²⁰³ e Eberhard Schmidhäuser²⁰⁴. Todas as formulações neokantianas tornam evidente a centralidade da função classificatória atribuída ao direito penal como uma de suas marcas distintivas. São concepções do direito penal – e consequentemente da conduta – voltadas a sua instrumentalização para os casos concretos e para a programação criminalizante coetânea, dificultando, dessa forma, sua crítica pelo

¹⁹⁹ Idem, p.22-3.

²⁰⁰ “Por lo mismo tampoco pueden ser tratados conjuntamente el dolo y la imprudencia en la teoría de la acción, sino, como demuestra el art.59 StGB, en la teoría de la culpabilidad”. Idem, p.32.

²⁰¹ “Para la construcción de la acción imprudente [Welzel] se sirve, pues, de la categoría de la ‘potencialidad’. No se comprende, sin embargo, la esencia de esta forma de pensamiento. *Que la acción imprudente existencial no es ‘final’, es decir, dirigida a una meta injusta (‘final actual’)*, es algo tan evidente que no puede ser olvidado tampoco por la ‘teoría final de la acción’”. MEZGER, Edmund. *Modernas...* p.31. Grifo nosso.

²⁰² “El derecho se dirige a los seres humanos como portadores de voluntad. Por esa razón, sólo puede ser delito su conducta voluntaria, o sea, dependiente de la voluntad, influenciada por ella, aunque no necesariamente querida o completamente conciente de un fin. (...) La descripción de la conducta dañosa para la comunidad se efectúa por medio del lenguaje, cuyos conceptos indican el camino a nuestro pensamiento y establecen estrictos límites a las posibilidades de expresión”. WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del derecho penal alemán*. Buenos Aires: Ediar, 2008. p.55.

²⁰³ “O exame das teorias da conduta mostrou que o conceito de conduta não serve como conceito central ou genérico, a partir do qual seria possível deduzir a solução para questões sistemáticas importantes da teoria do crime. Os esforços pela inquirição do lugar que os elementos objetivos e subjetivos do comportamento criminoso ocupam na estrutura do conceito de crime precisam partir da função da norma. Pertence aos fatores fundamentadores da antijuridicidade típica de uma conduta tudo – e apenas – aquilo a que se referem aqueles juízos gerais de desvalor sobre determinados comportamentos humanos, que encontram sua expressão nas tipificações de ilícitos de cada um dos fatos típicos. Integra os fatores constituintes da culpabilidade aquilo que deve estar presente no caso concreto para que se possa fazer ao agente, com base no seu ato, uma reprovação que atinja a sua pessoa. A classificação dos elementos objetivos e subjetivos do crime pressupõe, pois, que se inquirir, em primeiro lugar, quais circunstâncias da conduta já integram os objetos dos juízos gerais de desaprovação expressos nos tipos penais. Esses juízos, em sua generalidade, constituem o fato ilícito”. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.61-2.

²⁰⁴ Schmidhäuser constrói seu sistema de delito sobre a lesão típica ao bem jurídico: “Se trata, pues, del hecho punible como suceso contrario al valor, y no de un concepto superior al que se le van agregar los atributos que fundamentan el antivalor”. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Sobre la Sistemática de la Teoría del Delito*. In: *Nuevo Pensamiento Penal*. Año 4. Nº 5 a 8. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1975. p.42.

confronto com uma norma superior – por isso, Zaffaroni e Batista afirmam se tratar de uma teoria que não levava em consideração o controle de constitucionalidade²⁰⁵.

Além da singela ponderação de que há ação independentemente da existência do tipo penal²⁰⁶ – um argumento levantado contra as teorias negativas, mas que pode facilmente ser encaixado aqui –, duas fontes adicionais de problemas para esta corrente teórica foram: a impossibilidade de se conformar um supraconceito porque a omissão não pode ser causa de qualquer resultado típico; e a alusão ao tipo para a delimitação da conduta acaba por criar um *conceito vazio* ou substancialmente remissivo, o qual chega a um impasse quando o próprio tipo depende do conceito de conduta para se ver preenchido²⁰⁷:

Outro problema sistemático criado por essa posição passa pela constatação de que o conceito de ação, no direito penal, não pode ser exclusivamente típico, pois existem tipicidades que dependem de condutas de terceiros, como os chamados ‘concorrentes necessários impróprios’. Nesses casos, é óbvio que a falta das ações próprias ou concomitantes da vítima, ou de terceiros, requeridas pelo tipo porém não proibidas, conjura a tipicidade ou transfere a investigação para uma tipicidade diferente.²⁰⁸

No entanto, é uma das principais funções (se não a principal) do tipo a redução de poder punitivo. E diante dessa função, as concepções neokantianas falham consideravelmente porque, ao partirem de conceitos de ação pensados a partir do tipo penal (ou do tipo de injusto), abrem ampla possibilidade de se dissimular como ação os casos de sua ausência. Ao se estear no tipo para determinar a conduta, desconsidera totalmente o princípio do *nullum crimen sine conducta*²⁰⁹.

A opção neokantiana pelo reconhecimento da função demiúrgica do valor teve como uma de suas repercussões dogmáticas mais claras, portanto, a construção de um conceito de vontade sem conteúdo (vontade sem finalidade), o qual percebe sua enunciação mais evidente na ideia de *vontade de apertar o gatilho* – ao invés de vontade de atirar em alguém ou de matar alguém *etc.* –, remetendo o conteúdo da vontade à culpabilidade. A vontade é artificialmente cindida em duas – duas vontades: vontade de apertar o gatilho e vontade de matar. Como se pôde perceber, em grande medida mantém-se uma concepção de ação

²⁰⁵ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.93-4.

²⁰⁶SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010. p.94.

²⁰⁷ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.84-5 e 91 e ss.

²⁰⁸Idem, p.94-5.

²⁰⁹Idem, p.94.

próxima à enunciada por Liszt (recorrendo-se às *representações* e à *vontade sem conteúdo*), mas a palavra de ordem era *maleabilidade*²¹⁰.

²¹⁰ Idem, p.84-5.

4 A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Alguns defensores da Teoria Causal empreenderam um esforço para colmatar lacunas, atribuindo a velhos conceitos novas ideias de maneira *ad hoc*. Welzel (2011) lembra, por exemplo, como Nowakowski afirma que a voluntariedade da ação, para a teoria causal, também significa que esta é dirigida pela vontade, e como apenas se trata de uma direção da ação (pela vontade) independente da representação dos fins²¹¹. Dessa forma, tenta-se consertar algo estruturalmente problemático sem atentar às conclusões eminentemente contraditórias às quais se chega: uma ação direcionada pela vontade sem representação dos fins. Paralelamente, a exclusão da finalidade implica diretamente na incapacidade da teoria causal de diferenciar entre uma conduta humana e um processo natural, tendo em vista que ela precisaria recorrer ao próprio elemento que resta excluído de sua conceituação para fazê-lo, promovendo, conseqüentemente, a subversão de sua própria teoria²¹².

A formulação do conceito finalista de ação por Welzel se deu em resposta tanto ao causalismo quanto ao neokantismo e sua separação entre ser e dever ser.²¹³ A teoria naturalística (causal) da ação e, conseqüentemente, do crime sofreu um longo processo de corrosão, desde a ‘descoberta’ de elementos subjetivos do tipo – maculando o sistema proposto por Beling – e passando pela Escola de Kiel:

A teoria causal sofreu também grande impacto com as idéias revolucionárias introduzidas pela Escola de Kiel, que acentuava o aspecto subjetivo do crime, com o Direito Penal da Vontade (*Willensstrafrecht*), passando a um plano secundário o sentido clássico de causação de ofensa a um bem ou interesse jurídico.²¹⁴

Grandes golpes contra o causalismo foram desferidos por Hellmuth von Weber, ao apontar a existência de tipos que não descrevem apenas movimentos causais, mas nos quais se leva em consideração a vontade do agente. Assim, haveria dois tipos de comportamentos aos quais se comina pena, em um primeiro caso proíbe-se o comportamento que dá causa a um

²¹¹ Muito bem caracterizada pelo exemplo “vontade de apertar o gatilho”.

²¹² “A introdução das ‘representações dos fins’ na ação depois, na culpabilidade é extremamente tardia, visto que a ação já se desenvolveu sem elas, de modo cego, e acaba por convertê-los em um espectador posterior de um processo causal cego. Essa é, porém, a essência desde o princípio da doutrina da ação finalista”. Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. p.49.

²¹³ MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito*. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Ano IV, nº 14, jul.–set., 1966. p.23; CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, ano 3, out./dez. 1995. p.39.

²¹⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961. p.19-20.

resultado (*kausale Tätigkeitsworte*) – este seria um conceito positivo de comportamento, segundo von Weber –, em um segundo caso proíbe-se um comportamento dirigido a um resultado (*finale Tätigkeitsworte*), um conceito subjetivo de comportamento. Um seria um Direito Penal do Resultado enquanto outro seria Direito Penal da Vontade (*Willensstrafrecht*).²¹⁵

Já Hellmuth Mayer questionava as concepções naturalistas em função de suas matrizes positivistas e destacava o problema de se considerar como modelo do delito a causação de um resultado (que ofenda a bem jurídico) especialmente diante dos crimes omissivos impróprios.²¹⁶

Tendo em vista as críticas posicionadas contra a teoria naturalista, Welzel forja uma concepção na qual tanto a causalidade quanto a finalidade assumem uma posição de destaque para a configuração do comportamento humano. Entretanto, apesar de Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna darem passos em direção a uma posição finalista, para ambos a separação conceitual entre delitos dolosos e culposos era de tal forma que impedia a formulação de uma conceitualização unificada, criando uma cisão na perspectiva ontológica para as espécies de delito, conforme a qual os delitos culposos eram causais e os dolosos eram finais. Welzel, em contrapartida, buscou subordinar tudo a uma concepção única de delito, composta pela finalidade. Com isso, estipulou um conceito que sofreu diversos ataques, pois no crime doloso a finalidade seria atual e no culposos apenas potencial²¹⁷.

As críticas foram, eventualmente, incorporadas pelos autores finalistas (Niese, Maurach e Welzel), impelindo-os a uma reformulação de seu pensamento. A argumentação elaborada por Niese é que no crime culposos a finalidade é apenas uma vontade, que remete a um resultado não contido no tipo. Fórmula repetida em outros termos por Maurach, segundo o qual no delito culposos a vontade é dirigida a um fim penalmente irrelevante.

De certa maneira, Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna e Helmut Mayer podem ser considerados precursores do finalismo, formulado de forma bem acabada por Welzel e que viria a ganhar adeptos de peso na Alemanha (cada qual com sua nuance) como Armin Kaufmann, Reinhart Maurach, Günter Stratenwerth, Hans Joachim Hirsch, Werner Niese *etc*²¹⁸.

²¹⁵FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.20.

²¹⁶“Procurava mostrar os problemas que esta concepção [naturalista] oferece, em relação aos crimes comissivos por omissão, mostrando que muitas infrações penais não podem, sem mais, ser consideradas lesões consumadas de bens jurídicos, pois muitos tipos não são suscetíveis de serem compreendidos como simples processos de causação do resultado”. Idem, p.21.

²¹⁷ Idem, p.22.

²¹⁸MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.22.

O traço caracterizador do finalismo, enfim, diz respeito à noção de que o ser humano, em função de seu saber causal, consegue antecipar (mesmo que não de forma ilimitada) as consequências de sua conduta²¹⁹. Por essa possibilidade de antecipação, é possível ao indivíduo dirigir a conduta para outras finalidades, alterando-a substancialmente. Em outras palavras, como é dito de forma plástica por Welzel:

A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso (...) ‘vidente’, e a causalidade ‘cega’.²²⁰

Para Welzel, a pedra angular da ação é a vontade, pois a conduta se basearia, para ele, na capacidade da vontade humana em prever as consequências de sua intervenção em determinado curso causal e dirigir esse mesmo curso causal de acordo com a finalidade imposta por si mesma. Não fosse a direção finalística em um curso causal específico, este curso causal seria como todos os outros – cego – e não se distinguiria de meros fenômenos naturais. Essa vontade final pertence à ação e molda objetivamente a sucessão de eventos reais²²¹.

A ação finalista é composta por uma sucessão de etapas, primeiro pela antecipação (ou estabelecimento) de uma finalidade (o objetivo proposto), a seleção dos meios necessários ao alcance dessa finalidade antecipada (por um movimento denominado de retrocesso). Os meios eleitos frequentemente produzem outras consequências além do fim estritamente proposto (denominadas de consequências secundárias), as quais são consideradas pelo agente não mais por um expediente de retrocesso a partir do fim proposto, mas de progresso (um processo para adiante) a partir dos meios escolhidos. Esses efeitos concomitantes podem levar o agente a eleger outros meios ou a empregá-los de formas distintas (de maneira mitigada, por exemplo)²²². Por fim, o autor realiza sua ação, empregando os meios selecionados e obtendo, conseqüentemente, o resultado antecipado (bem como as consequências concomitantes).

Superada a etapa tanto cognitiva quanto volitiva e sua objetivação por meio da conduta, se o curso causal conseqüente não se realiza conforme o plano, pode-se caracterizar

²¹⁹ Nesse sentido também: MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.26.

²²⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.31 e 32.

²²¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987. p.53-4; WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.32.

²²² “A vontade da ação, dirigida à *realização do fim*, dirige-se aqui também, ao mesmo tempo, a *evitar* os efeitos concomitantes. Por outro lado, a consideração desses efeitos pode dar lugar a que o autor inclua em sua vontade a realização dos mesmos, seja porque considere *segura* sua produção no caso de utilizar esses meios, seja porque ao menos *conte* com ela. Em ambos os casos, a vontade final de realização compreende também os efeitos concomitantes”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.33.

um delito tentado caso o resultado não venha a ocorrer. Welzel argumenta, por outro lado, que apenas as consequências inseridas na direção finalística da conduta (sejam os efeitos queridos ou aqueles com os quais apenas se contava com a realização) são produzidas finalisticamente e as demais consequências realizar-se-iam de forma meramente causal. Esclarece o autor:

A finalidade não deve ser confundida, por isso, com a mera ‘voluntariedade’. A ‘voluntariedade’ significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor. (...) Para se compreender, contudo, a ação, para além de sua característica (abstrata) da mera voluntariedade, é dizer, de sua forma essencial, concreta, determinada em seu *conteúdo*, só é possível lográ-lo mediante a referência a um determinado resultado querido.²²³

Dito de outra forma, o fato de uma conduta ser voluntária e finalisticamente orientada a um resultado diverso do obtido, pode ou não significar se tratar de uma conduta finalisticamente orientada à consequência decorrente de sua realização. Em princípio não há maiores problemas em relação a isso, e essa questão só é levantada porque, se nem toda conduta final é final em relação ao resultado obtido, Welzel se vê levado a afirmar que os efeitos não inclusos na finalidade se realizam de forma estritamente causal²²⁴.

Isso é problemático especialmente quando se pensa nos delitos culposos, os quais, conseqüentemente, estariam equiparados a meros eventos naturais incontroláveis, eventos fortuitos. Entretanto, não parece ser esse o caso e isso se torna um pouco mais evidente quando se tem em mente os exemplos suscitados por Welzel – a enfermeira que administra uma dose letal de morfina sem saber e o atirador que mata alguém escondido atrás da árvore sem saber²²⁵ – e suas considerações tendentes a incluir no conceito de atividade final os meios empregados e as consequências secundárias²²⁶.

No caso da enfermeira, por exemplo, dependendo do protocolo da instituição médica, a profissional deve ou não checar as doses de morfina antes de administrá-las. Se esse cuidado é exigido e não é observado, dificilmente pode-se equiparar seu efeito deletério a um evento fortuito, mesmo que ela não soubesse que aquela conduta específica causaria a morte do paciente e não tenha querido isso. Contudo, se os protocolos medicinais anteriores são tidos como suficientes para evitar tais resultados indesejados e, assim, a enfermeira não checa a

²²³ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.35.

²²⁴ “En contraste con la relación causal, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecen a la relación final sólo aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización. No existe una acción final ‘en sí’ o ‘absoluta’, sino solamente em relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización”. WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.57; WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.35.

²²⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.57; WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.35.

²²⁶ “Por ello, una acción final, en razón de su referencia a las diversas consecuencias, dispuestas voluntariamente, puede tener un sentido de acción múltiple”. WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.58.

injeção antes de aplicá-la, então, é possível comparar o efeito dessa conduta a um evento fortuito indesejado.

Em ambos os casos, tanto pela ausência de vontade (para o resultado) quanto pela ausência de conhecimento das circunstâncias factuais envolvendo suas condutas, as ações exemplares não possuem como finalidade as consequências destacadas, e podem ser equiparadas a eventos fortuitos. Em condutas culposas, contudo, o caractere diferenciador para se poder realizar essa equalização da conduta a um evento fortuito (ou não) não é tanto a ausência de vontade do agente (em relação ao resultado), mas se se a violação da norma de cuidado se insere nessa esfera de vontade (se o sujeito conhecia e queria violar a norma). Se o meio para se atingir a finalidade-tratamento passa pela violação de algum protocolo médico, então, obviamente, a finalidade do agente contém a violação do dever de cuidado e não é possível equiparar um eventual resultado negativo a um evento fortuito.

Delimitando sua posição, Hans Welzel afirma não haver, conseqüentemente, ações finais em si, mas que as ações só podem ser determinadas como finais em relação às conseqüências inseridas na esfera da vontade de realização do indivíduo:

A esse respeito é indiferente, para o sentido da ação final, que a conseqüência produzida voluntariamente represente, na estrutura total da ação, o fim desejado, o meio utilizado, ou mesmo um mero efeito concomitante, compreendido pela vontade de realização. Uma ação final de *matar* dá-se não apenas quando a morte seja o fim da conduta voluntária, mas também quando era o *meio* para um fim ulterior (por exemplo, herdar do morto), ou se era um efeito concomitante compreendido pela vontade de realização (...).²²⁷

A estrutura fundamental da conduta humana tem implicações diretas sobre o ordenamento jurídico, particularmente sobre as normas penais. Proibições e mandamentos penais só fazem sentido se a conduta puder ser finalisticamente orientada de forma a respeitá-los; não fazendo qualquer sentido, a *contrario sensu*, construir ordens ou proibições para cursos causais cegos.

Welzel (2011) desenvolve as distinções entre as normas de acordo com as ações que almejam conformar. São três grandes grupos em sua opinião: primeiro, as normas destinadas à conseqüência mesma da ação do agente (seja pelo fim, pelo meio ou pelo efeito concomitante), vedando condutas cuja vontade dirija-se a realizar um evento indesejado, ou seja, os delitos comissivos dolosos; segundo, as normas destinadas à maneira como os meios são aplicados e selecionados (de forma relativamente independente da finalidade almejada), implicando em uma medida mínima de direção final da conduta no sentido de respeitar os

²²⁷WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.36; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.57.

cuidados necessários na sua realização, proibindo a realização descuidada de ações (cuja finalidade não é socialmente indesejada), ou seja, delitos culposos; terceiro, as normas destinadas a exigir a realização de determinadas ações a fim de evitar os resultados socialmente indesejados, ou seja, referentes aos delitos omissivos²²⁸.

Ademais, a teoria finalista da conduta se estabelece também como uma resposta dogmático-filosófica ao neokantismo em âmbito penal, estabelecendo limites ontológicos e, por isso, mais restritivos do que se fossem meramente normativos. Esses limites muito mais fixos decorrem do reconhecimento de que a formação da ideia do sujeito cognoscente não modifica, por si só, o objeto conhecido²²⁹.

Explicando o surgimento da teoria naturalista, Welzel assinala que a teoria da ação aparece condicionada por longo tempo, por pressupostos culturais do velho positivismo naturalístico, que procurava reduzir toda a realidade às relações externas entre as coisas, transportando para o campo das ciências do espírito os critérios e os métodos das ciências naturais. A teoria naturalística contemplava a ação como simples processo causal, constituindo uma concepção que Maurach chama de pré-jurídica e que remontava à psicologia associacionista (...). [A qual] reduzia a atividade do espírito a uma espécie de mecânica mental, dele fazendo pura receptividade. A teoria normativa, que se inspirava na filosofia dos valores, foi por Welzel considerada puramente um complemento da teoria naturalística, pois a ‘vontade da ação é tratada exclusivamente do ponto de vista causal, como uma modificação do mundo exterior, enquanto o conteúdo e o significado do querer, ou seja, o que é querido, vem separado como pertencente exclusivamente à culpabilidade’. Aqui está o ponto básico da teoria finalista: o conteúdo da vontade integra o conceito de ação.²³⁰

A conduta afirma-se como o objeto sobre o qual se estruturam as formulações legal-valorativas e, conseqüentemente, mantém-se objetivamente inalterada pelos subseqüentes juízos de valor, representados pelas eventuais constatações de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O legislador deveria respeitar as estruturas ônticas, “as estruturas lógico-objetivas não podem ser ignoradas por valoração ou normação jurídica”²³¹. A ação é o elemento base sobre o qual se refere o conceito de crime.²³²

²²⁸WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.38.

²²⁹Fábio André Guaragni, ao se referir a essa formulação na obra de Zaffaroni, chama-a de teoria realista do conhecimento. Na relação sujeito-objeto, ele diferencia ainda entre ato de vontade e ato de conhecimento: “Se, após uma ideia ser lançada em relação a um objeto qualquer, este se modificar, ocorre um *ato de vontade*. Se, ao revés, o objeto mantiver-se em sua forma real, prévia à ideia, tratar-se-á de um *ato de conhecimento*. Os *atos de conhecimento* podem limitar-se a descrever os objetos ou, de outro lado, julgá-los, atribuindo-lhes valores positivos ou negativos (*desvalorar* é o verbo comum na terminologia jurídico-penal para designar esta situação)”. Cf. GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: RT, 2009. p.128 e ss.

²³⁰FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.18.

²³¹CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.39.

²³²“O crime é, antes de tudo, ação ou comportamento através do qual o homem se põe em contraste com as exigências da ordem jurídico-penal (...). A análise do fato punível revela que ele é, essencialmente, uma conduta

Uma objeção levantada por Erberhard Schmidt e por Hellmuth Mayer é que a teoria finalista desenvolveria um conceito final-subjetivo de ação, por vincular o conceito de ação à vontade individual do sujeito; enquanto o sentido da ação deveria ser determinado objetivamente²³³. Essa objeção parece correta a princípio. Entretanto, cabe ressaltar que, como a conduta humana difere essencialmente de um processo causal naturalístico – caso contrário sequer haveria a necessidade do direito penal –, ela é, assim, uma subjetividade objetificada. Portanto, não estaria completa a análise da ação humana sem a incorporação do elemento subjetivo na estrita medida em que ele participe da expressão objetiva que é analisada. Em outras palavras, o subjetivo (especificamente a vontade e não qualquer estado subjetivo) é relevante na estrita medida em que ele contribui fortemente para moldar o objetivo – seja, essa manifestação objetiva, físico-social (como a morte de alguém, que produz tanto repercussões fisiológicas quanto sociais) ou apenas social (como, possivelmente, uma injúria, que não muda sensivelmente o mundo natural exterior).

Isso fica mais claro no exemplo, trazido à baila por Welzel, do sujeito que esfaqueando outro em uma briga acaba por atingir fortuitamente um abscesso desconhecido, salvando seu desafeto²³⁴. Objetivamente se trata de uma intervenção salvadora, mas o sentido social da ação do agente diverge consideravelmente do sentido manifestado apenas pelo resultado produzido (a manifestação objetiva do evento). Assim, só é possível caracterizar a conduta como uma lesão corporal tentada se se leva em conta a vontade do agente, ficando claro como ela (a vontade) conforma, portanto, de forma ineludível a ação humana²³⁵. Não se quer dizer com isso, todavia, que o sentido social da ação seja completamente determinado pela vontade²³⁶, e, sim, que a vontade interpreta uma posição de destaque nesse sentido. Destaca Welzel:

É assim também no sentido contrário, se a vontade não está dirigida para o resultado que causa a ação: a operação desafortunada, realizada por um médico, que tem por consequência a morte do paciente, é *toto coelo* diferente, em seu sentido social, da ação de um ‘rufião munido de navalha’, ou de um ‘atirador’, ainda que o médico tenha cometido um erro profissional. Mesmo que a operação fracasse, segue sendo uma ação dirigida à *melhora* da saúde, que apenas causa a morte do paciente

a que se acrescentam os atributos a que se referem a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade”.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.05; MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.27.

²³³WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.52.

²³⁴WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.52.

²³⁵ “O dolo e a falta do dolo (culpa) não fundamentam *tão-somente* diferenças na culpabilidade – isso o fazem também, mas apenas de modo secundário (vide p.110 e ss.) – mas, em primeiro lugar, fundamentam as estruturas sociais de ação”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.52.

²³⁶ “Tudo isso não significa, contudo, de modo algum, que a vontade do autor ‘decida’ sobre o sentido social de uma ação – essa interpretação errônea se nota, por exemplo, em Maihofer, *Handlungsbegriff*, p.44 e ss”. Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.53.

(art.222), enquanto as ações daquele que porta a navalha ou do atirador estão dirigidas precisamente a produzir a morte (art.211 e 212). O dolo e a falta de dolo (culpa) não fundamentam *tão somente* diferenças na culpabilidade – isso o fazem também, mas apenas de modo secundário (vide p.110 e ss.) – mas, em primeiro lugar, fundamentam as estruturas sociais diferentes de ação.²³⁷

A ação é um dado objetivo (FRAGOSO, 1961), mas isso não quer dizer que não haja elementos subjetivos nela. Talvez isso se deva ao caráter aberto da linguagem, mas o termo objetivo não serve, nesse caso, para excomungar qualquer componente subjetivo da conduta humana; na verdade, serve, sim, para ressaltar como o comportamento é uma manifestação objetiva e, por isso, mesmo o traço subjetivo que o compõe adquire uma faceta objetiva dado que passa a possuir uma manifestação concreta no mundo. Talvez a confusão derive de concepções filosóficas que atribuem características demiúrgicas à subjetividade – como em um relativismo extremado –, mas não é esse o caso. Uma postura materialista pode reconhecer o importante papel interpretado pelas subjetividades, sem cair na esparrela de anuir à ideia de que há uma primazia da subjetividade na conformação da realidade; e de tal forma, aparentemente paradoxal, quando se reconhece as subjetividades por essa perspectiva materialista, percebe-se como elas também são um dado concreto – apenas são um dado concreto de outra espécie.

4.1 Os pressupostos filosófico-teóricos do finalismo: Welzel e seu indeterminismo relativo

É amplamente aceito que o pensamento aristotélico – e sua repercussão sobre São Tomás de Aquino – constitui-se como o antecedente teórico do finalismo²³⁸. Cabe ressaltar, contudo, que a ideia de enteléquia não necessariamente reflete de forma perfeita o que se entende por finalismo hoje, e nem deveria, pois as formulações teóricas transformam-se, avançam e retrocedem. Enteléquia designa o momento de atualização da “alma”, em formulações aristotélicas; e a “alma” não era algo exclusivo ao ser humano²³⁹.

As interpretações realizadas a partir disso remetem à ideia de um fim intrínseco aos objetos, e pode ser interpretada de forma ampla, podendo compreender inclusive a noção metafísica, e um tanto quanto esotérica, de que tudo no mundo tem um fim (e justamente esse fim modelaria o devir do objeto). Isso repercute na ideia de que mesmo os processos causais “cegos” estariam dirigidos por um fim último, o qual, na concepção tomista, seria dado por

²³⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.53.

²³⁸ WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

²³⁹ HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. Porto Alegre: Artmed, 2008. p.125 e ss.

Deus. Ora, isso difere substancialmente, apesar de lançar as bases, do pensamento welzeliano de que a finalidade é um traço distintivo da conduta humana. No entanto, a ideia da relação entre fins e meios, dentro de uma ação, já está, sim, presente em Aristóteles²⁴⁰.

A possibilidade de se responsabilizar o sujeito vincula-se intimamente à sua possibilidade de direcionar sua própria conduta de forma jurídica, e depara-se com uma grande questão: é (*prima facie*) possível uma resolução de vontade distinta da adotada? Ou, em outras palavras, há livre-arbítrio por parte do sujeito? E a coerência da teoria finalista depende significativamente de como se responde a esse questionamento²⁴¹.

Pelo menos desde 1892 existe uma tradição de reflexão sobre a relação entre responsabilidade penal e livre-arbítrio, na qual se reconhece alguma forma de determinação da conduta humana. No final do século XIX, Adolf Merkel afirmava a possibilidade de se justificar a responsabilidade penal mesmo diante da constatação de algum grau de determinismo; Karl Engisch chega à mesma conclusão na década de 1960 com seu ensaio “La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal”²⁴².

A fundamentação do direito penal se deu tradicionalmente sobre concepções indeterministas do homem (e de sua conduta). Foram as obras de Merkel e, subsequentemente, a de Engisch que lançaram as bases para um movimento no sentido oposto – apesar de, na obra de Engisch, haver uma consideração apenas hipotética de um “determinismo” para se estipular se, mesmo assim, resistiria a possibilidade de uma responsabilização penal²⁴³.

De forma geral, a tentativa por dar uma resposta à altura da questão faz pode ser dividida em três abordagens (Welzel, 2011): antropológica; caracteriológica; e categorial. A faceta caracteriológica tenta responder se o livre-arbítrio seria uma consequência de um processo evolutivo natural pelo qual o ser humano passaria. Nesse sentido, a teoria evolucionista – que apenas teve seu início em Darwin, mas encontrou manifestações das mais diversas, como o darwinismo social – ressaltaria sobremaneira a esfera biológica do homem. Especialmente em razão da influência do pensamento mecanicista, majoritário ao longo de todo o século XIX. Em uma primeira análise, a inteligência humana seria concebida como uma consequência da especialização dos instintos animais – estabelecendo-se uma linha

²⁴⁰ Idem, p. 177-82.

²⁴¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.117; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.202 e ss.

²⁴² ENGISCH, Karl. *La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

²⁴³ Nesse sentido também: WELZEL, Hans. *Reflexiones sobre el “libre albedrío”*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 26, Fasc/Mes 2, 1973. p.222.

evolutiva entre os dois. Entretanto, autores posteriores defenderam não ser esse o caso, quando, na verdade, o ser humano representa de fato uma involução dos instintos animais²⁴⁴:

A perda ‘daqueles estados de equilíbrio em que se encontram os impulsos, os movimentos instintivos (...) e os esquemas inatos em qualquer outro animal’ teria sido mortal para a subsistência da espécie humana, se não ‘se visse compensada por uma determinada capacidade que, segundo sua essência, é tão fundamental para nossa espécie como a perturbação das formas hereditárias de conduta: a do pensamento racional, ordenado categoricamente, e sobretudo sua aplicação ao problema categórico, com a qual o homem revela-se responsável por suas ações, desvinculadas das ‘regras do jogo’ inatas da conduta instintiva’ (Lorenz, op. cit., p.370 e ss.).²⁴⁵

Traçando um paralelo com outros animais, o ser humano se distingue por uma grande retração de sua esfera natural-instintiva, ou seja, caracteriza-se por uma grande liberdade relativa das formas instintivas de conduta. A contraparte desse elemento negativo se apresenta positivamente, por meio da direção de sua própria conduta. A retração dos instintos incumbe ao homem a direção de suas próprias condutas, habilitando-o a tornar-se responsáveis por elas²⁴⁶. Explica Welzel:

Com isso, volta a antropologia filosófica (com a moderna psicologia comparada) ao antigo conhecimento filosófico, ao que denominou Schiller classicamente como “graça e dignidade”: “No animal e na planta a natureza não só indica o destino, como também o realiza ela própria. Ao homem, todavia, indica apenas o destino e confia-lhe sua realização (...) Apenas o homem, como pessoa, tem entre todos os seres vivos o privilégio de romper com sua vontade o anel da necessidade, que é indestrutível para os meros seres naturais e de dar início por si a uma série completamente nova de fenômenos”.²⁴⁷

Já a faceta caracteriológica²⁴⁸ procura enfrentar a compreensão do livre-arbítrio a partir de distinções entre as diversas camadas do ser, responsáveis pelos impulsos que alimentam o sujeito e as formas como eles são filtrados, direcionados e resignificados. A retração da esfera orgânica teria aberto a possibilidade da responsabilização do ser humano, e essa mesma retração desvelou o *Eu*, o centro de referência dessa responsabilidade, composto por mais de um estrato: (1) *estrato profundo*, o qual contém impulsos instintivos (como a auto-conservação) e afetações anímicas (paixões, desejos, interesses *etc.*), os quais advêm dos

²⁴⁴Welzel cita Konrad Lorenz, Max Scheler, Erich Rothacker e Otto Storch. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.117; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.202-3.

²⁴⁵WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.118.

²⁴⁶ “À ‘liberdade existencial e desvinculação do orgânico’ (Scheler) corresponde, como uma característica positiva e decisiva do homem, a vinculação de seu espírito aos critérios da verdade, da finalidade e do valor, segundo os quais tem de dirigir por si mesmo sua conduta por atos responsáveis.”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.119; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.202-3.

²⁴⁷WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.119.

²⁴⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.204-6; WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.120-1.

instintos e reverberam sobre o *Eu*, empurrando-o para determinadas ações; (2) o *Eu-centro* (*Ich-Zentrum*), um núcleo regulador de impulsos, dirigindo os impulsos anímicos do sujeito de acordo com finalidades e valores, e permitindo condutas fundamentadas na razão²⁴⁹; (3) e o *caráter-adquirido*, um repositório (localizado no semi-inconsciente e no inconsciente) de sínteses de dinâmicas pretéritas e significativas entre estrato profundo e *Eu-centro*²⁵⁰.

Os impulsos são dirigíveis e sua dirigibilidade depende daquilo que representam enquanto conteúdo de finalidade e valor. A filtração dos impulsos pelo *Eu-centro* faz com eles sejam preenchidos de valoração social. A afetação anímica advinda do *Eu* não se apresenta ao sujeito apenas por sua faceta emotiva, mas também por sua finalidade e significação valorativa. Por isso, nesse ponto, a direção final não tem por objeto imediatamente um processo causal externo, mas esses impulsos em discussão. Considerando-se, então, seu conteúdo de finalidade e valor, a afetação anímica pode transformar-se (ou não) em motivos (ponto de apoio da decisão da vontade)²⁵¹.

O *Eu-centro* filtra os impulsos de acordo com seu conteúdo valorativo, segundo o qual alguns impulsos serão escolhidos e outros não. Assim, não se trata *apenas* de uma disputa de força entre impulsos – o que se aproximaria de uma representação mais animaléscas – mas sim, *também*, de sua seleção a partir de marcos sociais. Essas afetações anímicas (impulsos) são justamente o estofado das condutas humanas dirigidas pela finalidade²⁵². Considerando isso, aprofunda Welzel:

Também nesse processo são os impulsos de estrato profundo o pressuposto material dos atos de direção conforme uma finalidade. Todos os fins materiais procedem – tanto o bom como o mal – do estrato profundo, são os fins dos impulsos instintivos, as aspirações, os interesses *etc.* Apenas aquilo para que nos incita e arrasta um

²⁴⁹ “Aqui nos encontramos com um novo conceito, *mais restrito*, de vontade. Até agora tínhamos empregado esse termo em um sentido *mais amplo*, que compreende todos os impulsos dirigidos à realização de um fim, inclusive os impulsos instintivos, paixões e aspirações. A direção final que havíamos analisado até agora referia-se, por isso, exclusivamente, à forma específica de *realização* dos fins dos impulsos no mundo exterior (*direção da ação*). A esse respeito, era indiferente a que classe de impulso obedecia a decisão da ação: também as ações instintivas e passionais, ‘que seguem imediatamente o impulso’, estão dirigidas a partir do fim antecipado; *toda* ação ‘está baseada em um esquema antecipado de seu curso e do resultado’ (Lersch)”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.120; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.204.

²⁵⁰ Já eram relativamente populares à época de Welzel as descrições analíticas das subjetividades por estratos. De qualquer maneira, essa caracterização welzeliana do sujeito parece se alimentar da psicanálise e especialmente de Freud (mesmo sem citá-lo). Cf. FREUD, Sigmund. *O Eu e o Id*. In: Obras completas, volume 16. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. pp.14-74.

²⁵¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.121; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.205.

²⁵² “De outro lado, assim que intervêm os atos de direção, conforme um fim, do ‘Eu-centro’ (do pensamento e da vontade), não se experimentam impulsos tão somente em sua força emotiva, mas são compreendidos em seu conteúdo de finalidade e em sua significação valorativa para uma configuração correta da vida; de acordo com esse conteúdo de finalidade, convertem-se em motivos, ao apoiar-se neles a decisão da vontade como em suas razões objetivas (lógica ou valorativas)”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.121-2; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.205.

impulso instintivo, uma aspiração, um interesse, pode converter-se em fim de uma decisão da ação, tanto se é adotada de modo instintivo como conforme um fim.²⁵³

É precisamente a direção final da vontade, nesse contexto, o mecanismo viabilizador de outra configuração da vida humana e suas manifestações, possibilitando ao ser humano a regulação dos impulsos de acordo com critérios sociais. Os impulsos têm, assim, válvulas valorativas e de finalidade²⁵⁴. Entretanto, se o *Eu-centro* tivesse de responder conscientemente a todas as questões colocadas pelos impulsos, dando conta racionalmente de todos os seus aspectos, o funcionamento cotidiano do sujeito seria inviabilizado²⁵⁵.

O semi-inconsciente e o inconsciente servem para dar conta da necessidade do ser humano funcionar cotidianamente, servindo como mecanismo de replicação de decisões anteriormente realizadas a partir da fixação de padrões e regras de conduta (decantados dessas decisões anteriores). Desonera-se, assim, o *Eu-centro* da imposição de realizar decisões fundamentais a cada situação análoga, permitindo que se concentre nas novas ou atuais questões importantes. Esse dispositivo designa-se sob o termo *caráter-adquirido*²⁵⁶. Nesse sentido:

Ao inserir-se o homem na vida social, por meio da educação e da própria experiência, mediante a recepção passiva e a conduta ativa, constrói ele em si mesmo essa atitude estrutural inconsciente. As decisões fundamentais da conduta social que ali encontraram acolhida, a direção dos interesses mais importantes e das aversões, o incremento da repressão das paixões, a disposição para realizar tarefas e evitar perigos dirigem já aqui no inconsciente, em grande medida, a conduta da pessoa.²⁵⁷

O caráter, portanto, é o *resultado* das decisões e atitudes anteriores e também a *base* para ações futuras. Na vida social, o homem constitui em si mesmo sua atitude estrutural inconsciente perante as questões com as quais se confrontará. E é por meio dessa teoria explicativa da vontade e da decisão humana que Welzel (2011) concebe a responsabilidade do sujeito como fruto, conseqüentemente, de uma conformação defeituosa de determinado estrato da personalidade (em especial o referente ao caráter adquirido), por se tratar da base da conduta.

Isso explicaria o delinquente habitual (assimilação defeituosa das normas de conduta), o delinquente passional (pela ausência de filtro das paixões ou pela sua não inibição) e o delinquente negligente (construiu de forma defeituosa sua atenção inconsciente aos perigos ou

²⁵³ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.122.

²⁵⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.122; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.205-6.

²⁵⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.131 e ss.

²⁵⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.132; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.205-6.

²⁵⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.132-3.

construiu de forma defeituosa o âmbito de flexibilidade da obediência aos deveres de cuidado). Essa formulação, assumida por Welzel, se aproxima perigosamente (e de forma mais clara no “delinquente passional”) de proposições afeitas a um positivismo criminológico²⁵⁸.

Conclui Welzel:

A direção final da ação pode formar assim centros de gravidade, porque pode apoiar-se em sua execução nas disposições para a ação, adquiridas conscientemente, mas que funcionam agora no semi-inconsciente e no inconsciente. Por outro lado, tem de levar em conta os limites funcionais das disposições para a ação utilizadas em sua execução ou – dito de outro modo – deve criar um equilíbrio entre a direção consciente da ação e seus elementos automatizados. (...) Ainda que a correção de nossas ações não se baseie, em grande parte, numa direção consciente no caso concreto, mas em disposições para a ação adquiridas com anterioridade e automatizada, a incorreção pode ser reprovável ao autor como culpável na medida em que ao empreender sua ação final não tenha levado em consideração os perigos da situação e os limites funcionais de suas disposições para a ação, quando podia conhecê-los.²⁵⁹

Com isso, Welzel crê ter respondido de forma suficiente sobre a existência de um livre-arbítrio. A determinação, para além da sua estrita constatação, sobre os aspectos envolvendo a própria direção final da ação, todavia, precisa passar por considerações preliminares. Essas considerações preliminares envolvem o terceiro nível de resposta, a categorial.

Primeiro, a determinação do livre-arbítrio não pode se dar a partir das posições filosóficas, já tradicionais, afirmativas do indeterminismo, porque elas dissolvem o sujeito responsável. Em outras palavras, se não há qualquer determinação, sobre o ato de vontade (posterior) não se poderia estabelecer qualquer vínculo com momentos anteriores (de formação da decisão). Isso teria como implicação a conclusão de que o mesmo sujeito, submetido às exatas mesmas circunstâncias, iria atuar de formas completamente diversas e aleatórias. Em uma perspectiva indeterminista, os atos de vontade convertem-se em uma série desconexa de impulsos isolados no tempo. Há uma destruição desse “sujeito idêntico”, que é base da responsabilização humana, desvinculando-se o sujeito “posterior” de seus momentos anteriores²⁶⁰.

²⁵⁸ “Em todos esses casos a culpabilidade do fato individual tem sua origem em um elemento permanente: a estrutura defeituosa do estrato da personalidade, vale dizer, em um defeito reprovável do caráter (a chamada ‘culpabilidade do autor’).” WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.133.

²⁵⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.135.

²⁶⁰ “Se o ato de vontade do homem não estivesse determinado por nada, o ato de vontade posterior não poderia guardar nenhuma relação com o anterior, nem de modo imediato, nem por meio de um sujeito idêntico, posto que de outro modo já estaria determinado por algo”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.123; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.206-7.

Segundo, a correta análise da questão, deveria passar, na opinião de Welzel, pelo reconhecimento da determinação da conduta humana, sob suas diversas formas, e da correta diferenciação entre o reconhecimento de determinações e uma capitulação ao determinismo. Esse determinismo tradicional costuma se apresentar sob a formulação de haver apenas uma determinação, preenchida geralmente pela causalidade (monismo causal). Sob essa teoria, torna-se inviável uma responsabilização do homem (por qualquer decisão) porque sua conduta é sempre predeterminada, não há como se responsabilizar alguém por algo sobre o qual ele não tinha poder de alterar²⁶¹.

Diante desse problema, duas das respostas mais comuns são relevantes a discussão travada pela dogmática: a negação de qualquer determinação (*supra*); ou a afirmação da possibilidade de direção das determinações (impulsos anímicos) pela vontade e finalidade. Aqui, não se trata tanto de uma liberdade de ação, mas de uma liberdade de vontade. Uma simples liberdade de ação seria suficiente para dar vazão às condutas de um sujeito escravo de seus impulsos anímicos. E não parece ser isso o que se tem em mente quando se trata da esfera da liberdade. Realmente, o diferencial é o poder da vontade de, colocando finalidades, determinar a própria conduta, direcionando os impulsos²⁶².

Essa forma de determinação dá-se em todos os atos do conhecimento: a compreensão da estrutura interna de um objeto não é o resultado de conexões associativas anteriores ou de outros fatores causais, mas que se determina ela mesma, de um modo evidente, de acordo com o objeto que tem em vista. Os elementos do objeto e suas relações objetivas são razões evidentes nas quais o ato do pensamento apoia seus diversos passos. Não são as causas cegas, como nas conexões associativas, que determinam os passos do pensamento, mas este se determina a si mesmo, de acordo com o conteúdo lógico-objetivo do estado de coisas que tem em vista.²⁶³

Isso significa, em outras palavras, que o objeto de referência impõe restrições ao sujeito cognoscente, as estruturas reais impõe-se como marcos lógico-objetivos ao sujeito – seja em um processo de simples descoberta ou também de ação. Com isso, o fim almejado determina sobremaneira o caminho a ser trilhado até ele²⁶⁴. Isso não implica em uma predeterminação das coisas (como no monismo causal), mas em uma vinculação real das possibilidades abertas para aqueles desejosos de atingirem determinadas metas²⁶⁵.

²⁶¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.123; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.207.

²⁶² WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.123 e ss; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.207-8.

²⁶³ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.124-5; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.207-8.

²⁶⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.125; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.208.

²⁶⁵ Nas palavras de Welzel: “não de modo que ele [o fim], por sua vez, arraste para si cegamente os diversos atos (...), mas porque contém as razões evidentes, apoiadas nas quais o pensamento abre por si mesmo o caminho até ele”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.125; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.208.

Merece destaque a consideração de que mesmo qualquer ato de conhecimento deve ser regido necessariamente pelo objeto de conhecimento. O esforço pelo conhecimento não depende apenas daquele que o empreende, mas também do objeto sobre o qual se reflete. Caso contrário, corre-se o risco de um deslize rumo a um solipsismo.

Há, em Welzel, um reconhecimento das determinações que permeiam a realidade e o levam a formular uma teoria a qual reconhece determinações sem ser determinista (nas concepções geralmente associadas ao termo), e reconhece uma espécie de autodeterminação, sem ser indeterminista:

En la utilización del argumento del conocimiento no hemos llegado en modo alguno a una concepción “indeterminista” de la libertad. Es cierto que el concepto de la libertad implica que la ejecución de lacto de conocimiento tiene que estar libre de determinantes causales, pero el curso del pensamiento está determinado por las razones evidentes del objeto. El curso del pensamiento no está “indeterminado”, sino completamente determinado, no por causas ciegas, sino por razones videntes.²⁶⁶

Essas considerações explicam de forma suficiente, mesmo não exaustivamente, a determinação do desenvolvimento do processo de conhecimento pelo objeto, mas deixam em branco uma explicação mais convincente sobre o porquê da vontade de conhecer. Uma pergunta de fundo. A partir dessa necessidade explicativa, Welzel empreende um retorno a Friedrich Nowakowski (e a sua base filosófica, situada no autor Manfred Danner), o qual retoma concepções filosóficas hedonistas, explicando a vontade de conhecer como uma disputa entre impulsos anímicos, na qual o impulso mais contundente irá converter-se em motivo da conduta (explicando essa vontade de conhecer)²⁶⁷.

Esclarece Welzel (1973) que, para Manfred Danner, não existem distinções qualitativas entre os impulsos anímicos, mas apenas de grau. Nesse sentido, Danner se equaliza às proposições hedonistas. Ele recorre a Herman Nohl, Philipp Lersch e a Franz Brentano para destacar o absurdo de se reduzir impulsos anímicos a meros dados quantitativos, recurso que permitiria o estabelecimento de relações (e formulações de igualdade) inconcebíveis – como a “constatação” de que o prazer de se fumar um charuto multiplicado por 127 vezes seria igual ao prazer de ouvir uma boa música²⁶⁸.

A conduta humana se desenvolve, portanto, não só em uma esfera de “disputa” de forças, mas também em uma esfera de significação, na qual os motivos que regem essa ação

²⁶⁶ WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.226.

²⁶⁷ “Este origen no se advierte en Danner porque evita con cuidado la palabra ‘placer’ y en su lugar habla simplemente de ‘carga emocional’”. WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.227.

²⁶⁸ “Nohl cita la frase de Franz Brentano contra el hedonismo, de que es ridículo creer que el placer de fumar un puro, multiplicado por 127, dé como resultado el placer de oír una sinfonia de Beethoven”. WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.227.

conglobam critérios de sentido. Não há, assim, apenas uma diferença de grau, mas uma diferença de significação²⁶⁹. Mesmo recorrendo-se a conteúdos valorativos, a conduta não restaria indeterminada porque estaria apoiada justamente no conteúdo de sentido dos motivos subjacentes. Sobre isso, afirma Welzel que:

(...) los contenidos de sentido de nuestra vida no son ni creaciones o invenciones ‘libres’ de nuestra existencia, ni están fijados por ‘leyes naturales’ o ‘leyes históricas’, sino que se basan en proyectos, mediante los que tratamos de comprender las tareas (vinculantes) de nuestra vida en las condiciones cambiantes de la situación histórica. Entre estos proyectos se encuentran también las normas de un Derecho histórico.²⁷⁰

As considerações sobre o processo de conhecimento como elemento esclarecedor dos questionamentos acerca do livre-arbítrio envolvem, como se disse, o reconhecimento da superação da estrita vinculação da conduta a processos causais cegos e, conseqüentemente, o reconhecimento também de que os impulsos anímicos (incluindo-se os o impulso que leva ao ato de conhecimento) são permeados de sentido. Estabelece, assim, duas relações distintas de determinação: de independência frente às determinações causais cegas e de vinculação às razões objetivas (conformadas pelo objeto mesmo)²⁷¹. Welzel extrapola as conclusões sobre o ato de conhecimento para as condutas humanas em geral, concluindo que elas podem, assim, direcionar-se conforme conteúdos de sentido²⁷². Cabe a ressalva:

Sin embargo, en el problema de determinar cuándo sucede una cosa o la otra, en una persona concreta, en el caso concreto, estoy de acuerdo con la respuesta que da Engisch, como ‘determinista hipotético’, de que no lo sabemos. ‘De acuerdo con nuestro punto de partida tenemos que dejar sin respuesta la pregunta de si el autor, de acuerdo con su naturaleza, tal como se manifestaba en la situación concreta, hubiera podido hacer uso de una mayor fuerza de voluntad o de una mayor diligencia’.²⁷³

²⁶⁹ “Si el conocimiento há de ser posible, el impulso del conocimiento no puede quedar unicamente a la merced del juego de los impulsos contrapuestos, que según su intensidad hagan recaer la decisión en favor o en contra de lacto de conocimiento; el conocimiento, y con él el impulso de conocer, tienen que poder ser comprendidos como una tarea plena de sentido, que pueda ser sostenida frente a los impulsos contrapuestos. Con ello se descubre una dimensión completamente diferente que es ignorada y conscientemente enmascarada por las teorías deterministas (causales)”. WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.227-8.

²⁷⁰ WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.228-9.

²⁷¹ “La expresión ‘indeterminismo relativo’ no es, por ello, una combinación absurda de palabras. La pregunta de la determinación tiene que plantearse siempre en relación con un determinado fator: en relación con las condiciones causales (ciegas) e lacto de conocimiento es libre, indeterminado, pero en relación con las razones objetivas, se determina a sí mismo en los actos de comprensión y está en este sentido determinado. Se trata de dos formas diferentes de determinación”. WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.229.

²⁷² “Las decisiones humanas no tienen que recaer única y necesariamente según las relaciones de fuerza o intensidad de los impulsos en conflicto (...)”. WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.229.

²⁷³ WELZEL, Hans. *Reflexiones...* p.229.

Não se trata, portanto, nem de uma completa independência dos processos causais, nem de uma completa dependência. O processo causal se estabelece como infraestrutura necessária à conduta humana. Ele não é, portanto, a forma como se manifestam os atos de pensamento, mas sua pré-condição: “o pensamento não é determinado segundo causas cegas, mas segundo razões evidentes”²⁷⁴. Mesmo o impulso (de conhecer) que leva ao pensamento não é totalmente determinado de forma causal (como resultado de uma mera disputa de forças anímicas), pois, como já foi dito, precisa ser filtrado pelo estrato do *Eu-centro* e compreensível sob o signo da finalidade.

Esclarece Welzel:

Liberdade de vontade é a capacidade de poder reger-se conforme fins. É a liberdade da coação causal, cega, indiferente aos fins, para a autodeterminação conforme os fins. Não é – como crê o indeterminismo – a liberdade de poder atuar de outro modo (por conseguinte, também mal ou de um modo absurdo), mas para poder atuar conforme os fins. A liberdade não é, conseqüentemente, a possibilidade de poder escolher arbitrariamente entre a finalidade e o absurdo, o valor e o desvalor (assim, por exemplo, Hartmann, *Ethik*, p.714); a admissão de uma liberdade assim, sem fundamento, nos conduziria apenas, de novo, ao caminho equivocado do indeterminismo e destruiria o sujeito da responsabilidade.²⁷⁵

A liberdade de vontade tem, portanto, um referencial concreto na realidade, e, nesse sentido, o finalismo se situa em um limiar entre o idealismo normativista (com aportes da filosofia dos valores) e o naturalismo determinista (com aportes das teorias mecanicistas). Por isso, a liberdade de vontade não é um total desimpedimento de qualquer determinação; e por não se tratar, aqui, de um total indeterminismo, o sujeito resta limitado pela realidade²⁷⁶.

A afirmação, por Welzel (2011), de a liberdade ser um ato e não um estado, significa que a liberdade não é o estado de estar desimpedido de pressões causais (dos impulsos naturais), mas o ato de libertar-se delas por uma autodeterminação. Essa concepção da liberdade como ato e não como estado aproxima-o, deve-se acrescentar, surpreendentemente de algumas matrizes existencialistas²⁷⁷⁻²⁷⁸. É justamente esse esclarecimento ao qual Welzel

²⁷⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.125; WELZEL, Hans. *Derecho penal...*p.208.

²⁷⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.126; WELZEL, Hans. *Derecho penal...*p.209.

²⁷⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.126; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.209.

²⁷⁷ “Na falta desse ato [de libertação] baseia-se o fenômeno da culpabilidade: a culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se. Não é a decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar preso e dependente, o deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.127; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.209.

²⁷⁸ A ideia de rompimento com a serialidade na obra sartriana parece apontar em um sentido parecido. Cf. SARTRE, Jean-Paul. *Critique of Dialectical Reason*, v. 1: theory of practical ensembles. Londres: Verso, 2004. p.345 e ss.

recorre inclusive para reduzir o hiato existente entre o direito penal e a criminologia, entre o delito como exercício da liberdade e com produto causal do meio²⁷⁹.

4.2 Breves apontamentos sobre suas consequências dogmáticas

Os primeiros esforços dogmáticos de compreensão do conceito de injusto estruturaram-se a partir da dicotomia objetivo–subjetivo. Os elementos objetivos pertenciam ao injusto e os subjetivos à culpabilidade.

O fundamento doutrinário dessa concepção era sustentado pela doutrina da ação causal, que separava taxativamente a ação, como um mero processo causal externo, do conteúdo subjetivo da vontade; desse modo, incluiu-se todo “externo” na antijuridicidade e todo o “interno” na culpabilidade. Essa separação viu-se apoiada dogmaticamente pela confusão existente em torno do sentido da “objetividade” da antijuridicidade. Dado que a antijuridicidade é, segundo a opinião admitida, um juízo de desvalor “objetivo” (= geral), era fácil que surgisse a crença equivocada de que o injusto (a ação antijurídica) tinha que ser concebido de um modo puramente objetivo, mas em sentido completamente diferente, de algo que pertence exclusivamente ao *mundo exterior*.²⁸⁰

Quando a doutrina, então, vincula a antijuridicidade ao processo causal (externo), o injusto é tratado como a lesão (ou o perigo) ao bem jurídico e a culpabilidade como o vínculo subjetivo (interno) entre o autor e o resultado. O desvelamento de elementos subjetivos do tipo subverte esse conceito tão simétrico. Como resposta, tentou-se afirmar que os elementos subjetivos desvelados eram apenas a exceção à regra, para não se abrir mão das, já tradicionais, noções de conduta e injusto²⁸¹.

Enquanto Welzel afirma a impossibilidade de se distinguir entre o furto e uma lesão meramente causal ao bem jurídico sem o elemento subjetivo; bem como não se poderia diferenciar entre uma tentativa de homicídio e uma lesão corporal sem se recorrer o elemento subjetivo da tentativa. Mezger, por outro lado, refuta a inferência lógica de que caso se reconheça o elemento subjetivo na tentativa ele deve ser reconhecido também no delito consumado. Seu argumento para contrapor-se ao amplo reconhecimento do elemento

²⁷⁹ “As duas afirmações parecem excluir-se por contradição. A análise da liberdade destaca aqui que na realidade não existe uma contradição. A culpabilidade não significa ‘livre’ decisão em favor do mal, mas ficar preso pela coação causal aos impulsos, sendo o sujeito capaz de autodeterminação conforme os fins. O delito é, por isso, efetiva e inteiramente, um produto de fatores causais, e a suposição e mesmo a indicação da porcentagem com que a ‘vontade livre do autor’ tenha participado, junto à disposição e ao mundo circundante, da gênese do delito (Sauer, *Kriminologie*, p.59 e ss.) é um jogo incerto.” WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.127-8; WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.210.

²⁸⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.83-4.

²⁸¹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: libro de estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958. p.78 e ss.; WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.84.

subjetivo no tipo de injusto é essencialmente metodológico, permitindo reconhecer que em alguns tipos há elementos subjetivos e em outros não – tornando o argumento aparentemente inválido aos olhos de Welzel²⁸², em função de uma aparente contraditoriedade – negando apenas seu reconhecimento como um elemento necessário do tipo de injusto.

Esse argumento metodológico, como explicita Cerezo Mir, significa apenas uma afirmação da soberania legiferante (*de lege ferenda*) em relação aos elementos da ação sobre os quais podem incidir o desvalor referente à antijuridicidade. Isso significa que, se no delito tentado o desvalor incide sobre o elemento subjetivo (porque, nesse caso, é um elemento constitutivo do tipo de injusto), no delito consumado pode incidir apenas sobre os elementos objetivos do injusto²⁸³:

Baseado no mesmo ponto de vista, Mezger e Lange chegam a afirmar que grande parte dos elementos subjetivos do injusto admitidos pela doutrina tradicional são apenas elementos subjetivos do injusto enquanto a ação se acha em estado de tentativa, mas não conservam esse caráter quando o fato passa ao estado de consumação. A maior parte dos elementos subjetivos do injusto representa mera antecipação da proteção do Direito, que fica sem objeto ao consumir-se o fato. Isso acontece, segundo Mezger e Lange, nos delitos de intenção, por exemplo, no furto. (...) Existem, ao mesmo tempo, porém, de acordo com Mezger e Lange, elementos subjetivos do injusto “autênticos”, vale dizer, que conservam esse caráter mesmo após a consumação do fato delitivo. A tendência concupiscente nos delitos contra os costumes e o *animus iniurandi* no delito de injúria do art.185 do Código Penal alemão pertencem a esse grupo.²⁸⁴

Contra essa linha argumentativa de Mezger, Cerezo Mir contrapõe um argumento de coerência: uma vez adotado, pelo legislador, uma determinada concepção de antijuridicidade, os elementos essenciais pertencentes a essa concepção deverão pertencer aos tipos de injusto em geral. Considerando-se que a punição da conduta como tentativa só faz sentido quando se leva em consideração uma concepção pessoal de injusto – ou seja, uma concepção que não seja completamente objetiva –, não haveria qualquer coerência legislativa em eleger um sistema não puramente objetivo para, então, esvaziar alguns tipos penais de qualquer traço subjetivo²⁸⁵.

²⁸² Atenção ao comentário da página 86: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.86-7.

²⁸³ “Esse critério é o que serve de base também para as argumentações de Engisch para atribuir à resolução delitiva na tentativa o caráter de um elemento subjetivo do injusto e negá-lo, de outro lado, na consumação”. Cf. CERZO MIR, José. Nota de rodapé nº2. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.87.

²⁸⁴ CERZO MIR, José. Nota de rodapé nº2. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.87.

²⁸⁵ “Não é possível, por isso, por exemplo, que a resolução delitiva seja um elemento subjetivo do injusto da tentativa, partindo-se de uma concepção objetiva ou subjetiva da mesma. A punição da tentativa só faz sentido, portanto, dentro de uma concepção de antijuridicidade que distinga o desvalor da ação e o desvalor do resultado. A punição da tentativa não tem nenhum sentido numa concepção puramente objetiva ou despersonalizada do injusto, por exemplo, como mera lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido”. CERZO MIR, José. Nota de rodapé nº2. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.88-9.

Destaca-se a crítica de Welzel:

A tentativa de salvação realizada por Engisch – ao dizer que no delito consumado “basta” o desvalor do resultado para o juízo de antijuridicidade e que somente na tentativa é “necessário” um elemento subjetivo do injusto, por faltar o desvalor do resultado – pressupõe uma abstração positivo-nominalista do *conteúdo material* do injusto e uma renúncia a uma concepção *unitária, material*, do injusto penal. Imediatamente o mesmo Engisch vai mais além, e tem de admitir que “a norma correspondente ao tipo objetivo do injusto” – segundo Engisch um mandato objetivo de cuidado – “é infringida, em realidade, por toda conduta dolosa, tanto se se trata de mera tentativa como de um delito consumado”.²⁸⁶

Foi, portanto, uma importante contribuição do finalismo à teoria do delito a alocação do dolo no tipo²⁸⁷, mas não só dele. As elaborações teóricas de Alexander Graf zu Dohna contribuíram também justamente no reconhecimento de um tipo subjetivo, embora ele não defenda uma concepção ontológica de ação. Na verdade, ele entende que há condutas (ações ou omissões) sem vontade, como nos delitos de esquecimento. A própria distinção proposta pelo autor entre objeto de valoração e valoração do objeto reforçava a ideia de que o dolo (o objeto) deveria ir para a tipicidade, separado, assim, da consciência da ilicitude (a valoração do objeto).²⁸⁸

A posição dogmática de se inserir o dolo no tipo era sustentada também pela descoberta de outros elementos subjetivos do injusto e pela punição da tentativa. A inserção do dolo na tipicidade teve importantes consequências: o avanço da concepção de *error facti* e *error juris* para erro de tipo e de proibição (segundo a qual o erro sobre elemento normativo do tipo também é considerado erro de tipo); a culpabilidade normativa e não mais psicológica ou normativo-psicológica; e alterações no sistema de participação, pelo qual não se podia mais participar de um mero processo causal, exigindo o atuar doloso do autor (ou domínio finalista do fato)²⁸⁹.

²⁸⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.89-90.

²⁸⁷ “Welzel, Armin Kaufmann e Maurach inferiam da estrutura finalista da ação humana que o dolo devia ser necessariamente um elemento subjetivo do injusto dos delitos dolosos”. CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.40.

²⁸⁸ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.160 e ss; “*Pari passu*, surgia com Welzel a ideia de que a conduta é uma *atividade guiada por um fim*. Se a conduta é uma atividade final, e o tipo descreve condutas, logo o tipo descreve atividades finais (*fazeres finais*). Se o tipo descreve um fazer final, a finalidade (o que o agente conhece e quer) está situado no tipo, compondo-o como elemento subjetivo. Daí, terem se harmonizado os pensamentos de Welzel e Graf zu Dohna para que o dolo, composto só de elementos psicológicos (dolo natural) migrasse da culpabilidade para o tipo”. Idem, p.162.

²⁸⁹ “Exemplo: A incita ao míope B a disparar sobre um suposto fantasma, em realidade sobre C. (...) O tribunal condena A por instigação no homicídio culposo (...). Servindo-se da toeira finalista, logrou-se eliminar este erro da judicatura. Pois se o dolo não continua sendo elemento da culpabilidade, mas, sim, do tipo, o §50 não pode aplicar-se ao exemplo antes citado. A instigação requer como mínimo que a pessoa instigada tenha agido de *maneira típica e antijurídica*”. MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.32 e ss; CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.42; GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.163-4; etc.

No que toca ao elemento intelectual da reprovabilidade, convém salientar que a consciência da ilicitude, no sistema finalista, ficou abstraída, separada, do dolo e surge como um elemento da culpabilidade. Daí ter Welzel construído a teoria da culpabilidade para o tratamento do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta. De acordo com esta teoria, o erro de proibição não exclui o dolo, mas sendo vencível produz uma atenuação de pena do delito doloso e quando invencível elide a culpabilidade e a pena. Como é sabido, à teoria da culpabilidade se contrapõe à teoria do dolo, que era dominante na teoria jurídica do delito tradicional e, pela qual, o erro de proibição (ou sobre a ilicitude da conduta) elimina o dolo. Se o erro era vencível dava lugar a uma responsabilidade por culpa e, se era invencível, eximia a culpabilidade e a pena.²⁹⁰

Esse importante aporte trazido pelo finalismo foi uma implicação do traslado do dolo para o tipo: a transformação da culpabilidade de uma culpabilidade psicológico-normativa em uma culpabilidade apenas normativa. A culpabilidade passa a sinalizar a imputabilidade, o conhecimento potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme o direito²⁹¹.

A teoria finalista e seu compromisso ontológico vincularia o conteúdo da vontade à sua direção, esquivando-se das possíveis consequências normativistas criadas pelo causalismo²⁹². A concepção finalista implica também, ao contrário do que parece defender Cerezo Mir²⁹³, na rejeição do resultado na elaboração do conceito de conduta²⁹⁴. É plenamente imaginável a possibilidade de haver ações sem resultado naturalístico sensivelmente perceptível²⁹⁵ – o caso justamente de algumas omissões.

4.2.1 Vontade, finalidade e dolo

A vontade é um dos caracteres diferenciadores da teoria finalista, transformando-se em dolo quando entra no tipo²⁹⁶. A inserção do dolo no tipo é amplamente aceita na dogmática contemporânea. E, se a vontade é o traço distintivo da conduta humana, compreende-se o

²⁹⁰CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.41-2.

²⁹¹ “A culpabilidade – extraídos o dolo e a inobservância do cuidado objetivamente devido, isto é, o elemento objetivo da culpa – tem seu conteúdo reduzido à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade e aos elementos de reprovabilidade: o elemento intelectual (conhecimento ou possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta) e o elemento volitivo (a exigibilidade de obediência ao Direito)”. CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.41.

²⁹² HIRSCH, Hans Joachim. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*. In: Derecho penal: obras completas. Tomo I. Buenos Aires: Rubinal-Culzoni, 1999. p.15; GÖSSEL, Karl Heinz. *Acerca del Normativismo y del Naturalismo en la Teoría de la Acción*. In: Revista de Derecho Penal, n.1. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2007. p.38.

²⁹³CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, ano 3, out./dez. 1995.

²⁹⁴ “(...) quien integra el resultado de la acción en la acción, se contradice por ello, porque la acción entendida como conducta arbitraria debe producir primeramente el resultado de una modificación del mundo exterior”.

GÖSSEL, Karl Heinz. Op. Cit. p.38.

²⁹⁵ Idem, p.38.

²⁹⁶MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.27.

porque Welzel respondeu a Maihofer que subtrair-se a vontade do comportamento, cria uma definição sub-humana de conduta.

A vontade, segundo o entendimento dominante, é o conteúdo essencial do conceito de ação. É o elemento psicológico, subjetivo, que caracteriza a ação humana e a distingue dos acontecimentos do mundo físico. M.E. Mayer dizia que o limite da vontade deve ser o limite da ação. Esta conclusão, porém, como veremos, não é pacífica, pois muitos autores entendem que à omissão a vontade não é imprescindível. Recentemente, Maihofer procurou destacar a vontade da teoria da ação, para constituir a base da teoria da participação, definindo a ação como comportamento humano social. Para o conceito de ação bastaria o *operar*.²⁹⁷

Graf zu Dohna aponta um bom parâmetro de determinação da relação entre comportamento e vontade, qual seja, não há ação quando a atividade ou inatividade não foi causada pela vontade. É em função disso que não se pune atos-reflexos e a coação física irresistível, porque não há ação – note-se que parte da doutrina defende haver conduta nas chamadas ações em curto-circuito e nas ações automáticas (automatização decorrente de extensa repetição no tempo).

Na Alemanha, ainda reivindicam posições finalistas H.J. Hirsch, Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann e Reinhart Maurach (cuja obra foi alterada durante a atualização por Zipf, aproximando-se de uma teoria social da ação)²⁹⁸. Outros autores que se aproximam de uma concepção finalista são Edmund Mezger, Hellmuth Mayer, Adolf Schönke, Horst Schröder *etc.*, mas a teoria finalista propriamente dita não é defendida por todos, pois em muitos deles falta o reconhecimento do dolo como um elemento essencial do tipo. Reinhart Maurach, por exemplo, se refere a Mezger como um dos grandes representantes dos causalismo, e também assinala Horst Schröder também como um causalista. Há aqueles que, embora neguem o finalismo, incorporam sem maiores problemas as conclusões derivadas da teoria, como Wilhelm Gallas, Paul Bockelmann e Eberhard Schmidt²⁹⁹.

É importante ressaltar a ponderação de Fragoso (1961, p.19):

De notar-se, porém, que o *dolo* aqui é o que se tem chamado de *dolo natural*, ou seja, a simples direção da vontade, sem qualquer conteúdo de reprovação ético-jurídica: a possibilidade de querer não depende da imputabilidade. A palavra *dolo* já envolve a ideia de valoração jurídica da vontade e é inadequada no caso, sendo empregada à falta de outra. À culpabilidade fica reservado apenas o juízo de reprovação e a consciência da ilicitude da conduta.³⁰⁰

²⁹⁷FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.28.

²⁹⁸MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.22; GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.166.

²⁹⁹MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.22 e 31.

³⁰⁰FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.19.

Também na América Latina há uma significativa concentração de doutrinadores que reivindicam posições finalistas, como E.R. Zaffaroni, Heleno Fragoso, Cezar Roberto Bitencourt, João Mestieri, José Cerezo Mir, Luiz Regis Prado, Nilo Batista, Luiz Luisi, Cirino dos Santos, Patrícia Gliocche *etc.* Isso, contudo, não impede que, mesmo reconhecendo a posição do dolo no tipo, negue-se sua fundamentação ontológica:

A presença do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos é hoje aceita quase unanimemente na Ciência do Direito Penal alemã e pela imensa maioria dos penalistas espanhóis. No entanto, rechaça-se, em geral, que a inserção do dolo no tipo possa ser deduzida de considerações ontológicas, concretamente, da estrutura finalista da ação humana, como pretendiam Welzel, Armin Kaufmann e Maurach.³⁰¹

A posição de negação da faceta ontológica articulada com a afirmação de suas consequências dogmáticas é reforçada por Cerezo Mir. A colocação da vontade no centro de sua teoria criou problemas para Welzel, em especial quanto aos crimes culposos. Nesse sentido, FRAGOSO afirma:

Welzel buscou resolver o problema afirmando que a finalidade nos crimes dolosos é *atual*, ao passo que nos crimes culposos é *potencial*, pois estes podem ser evitados através de atividade finalística. Esta concepção foi objeto de críticas irresponsáveis. Não é possível conceber a existência de ação culposa, qualificada pela finalidade como potencialmente evitável, sem que isto envolva, desde logo, um juízo sobre a culpabilidade. Impõe-se de pronto uma valoração que o juízo sobre a evitabilidade implica, de modo que nos crimes culposos não é possível separar a culpabilidade da antijuridicidade.³⁰²

De acordo com a leitura que CEREZO MIR (1995) faz da obra de Welzel, a finalidade compreenderia, na verdade, as consequências diretas e necessárias da execução da ação, bem como as consequências previstas e assentidas. Restam excluídas da finalidade, assim, apenas as consequências não previstas pelo autor ou as previstas, mas que ele confiou não se produzirem³⁰³.

A formulação teórica sobre o dolo, como proposta por Welzel e repetida por inúmeros manuais, remete à consciência e à vontade de realização dos elementos objetivos do tipo³⁰⁴. Isso permitiu interpretações indicando que a finalidade se referia ao próprio tipo, levando

³⁰¹ CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.43.

³⁰² FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.22.

³⁰³ “Para Welzel, finalidade e vontade de realização são sinônimos. Por isto, opõe-se à interpretação estrita da finalidade, segundo a qual compreender-se-ia unicamente as consequências que constituíam o fim perseguido pelo autor e as que considerava necessariamente unidas à suas realização. Afasta ainda Welzel a extensão [proposta por Engisch] da finalidade a todas as consequências previstas pelo autor como possíveis”. CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.40.

³⁰⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal...* p.95; CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.40.

Cerezo Mir a afirmar a incorreção em se falar em *dolo natural*, quando se trata da formulação welzeliana:

Por isso, não se pode corretamente falar em dolo natural para se referir ao conceito de dolo de Welzel, ainda que diferenciável, sem dúvida, do *dolus malus* da teoria jurídica do delito tradicional lastreada no conceito causal de ação e que compreendia a consciência da ilicitude.³⁰⁵

A inserção do dolo no tipo torna possível que se trate da distinção entre crimes dolosos e culposos, precocemente, na categoria da tipicidade; em oposição a doutrinas anteriores, nas quais essa diferenciação seria feita na culpabilidade, com a confusão que levava ao conceito de *dolus malus*. Assim, o tipo dos delitos culposos passa a compreender uma conduta finalista que violar o dever objetivo de cuidado, mas cujo resultado não corresponde àquilo que o sujeito queria ou consentiu. É justamente por meio dessa formulação teórica que Welzel consegue distinguir entre desvalor da ação e desvalor do resultado como algo relevante, em especial para os delitos culposos.

O desvalor da ação nos delitos dolosos vem determinado pelo modo, forma ou grau de sua realização; pelo dolo, pelos restantes elementos subjetivos do injusto, quando existentes e pela infração de deveres jurídicos específicos que obrigam ao autor. Nos delitos culposos, o desvalor da ação é formado pela inobservância do cuidado objetivamente devido. Por sua vez, o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos vem representado pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico.³⁰⁶

Permeando a discussão sobre os distintos tratamentos que se deve dar aos delitos dolosos e culposos está a dinâmica entre desvalor de ação e de resultado, sua complementariedade e a medida de sua relevância a um conceito finalista de conduta. Há quem defenda que o injusto torna-se completo (Welzel e Kaufmann) ou exaurido (Zielinski) por um simples desvalor da ação, e há quem defenda a estrita necessidade de um desvalor do resultado para a sua plena formação (Stratenwerth e Cerezo Mir)³⁰⁷.

A partir de seu finalismo *sui generis*, Cerezo Mir reconhece que as normas (e seus juízos valorativos) têm por objeto as ações finais, mas para ele isso não implica *necessariamente* a inclusão do dolo no tipo³⁰⁸. Com o dolo excluído do tipo – possibilidade sustentada por Cerezo Mir e Bockelmann – seria possível, ainda nessa linha de pensamento, uma concepção estritamente objetiva (não pessoal) do injusto. O que parece escapar ao autor é

³⁰⁵ CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.40-1.

³⁰⁶ CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.41.

³⁰⁷ *Idem*, p.41.

³⁰⁸ “É imaginável um código penal em que as figuras delitivas estejam redigidas de tal forma que não seja necessário apreciar elementos subjetivos do injusto; um código penal em que não se previsse a tentativa, vale dizer, a realização de ações dirigidas pela vontade do agente em produzir um resultado delitivo. De um código penal desta índole derivaria uma concepção puramente objetiva, despersonalizada, do injusto”. *Idem*, p.44.

que o recurso ao elemento subjetivo no tipo associado à tentativa se deve não apenas para configura-la normativamente (sob forma de tipo penal), mas para ser possível diferencia-la de outras condutas concretamente existentes³⁰⁹. Isso porque a conduta é o subjetivo manifestado objetivamente.

Quanto a relação entre finalidade e vontade, diz Cerezo Mir:

A identificação entre a finalidade e vontade de realização, que engendra Welzel, é discutível, mas aceitável. Ademais, não se entende como correto que sendo o dolo entendido como finalidade jurídica penalmente relevante (ou seja, vinculada a um tipo delitivo), o conceito de finalidade adquira um conteúdo normativo como supõe Roxin. É tão somente o dolo que adquire um conteúdo, vez que a finalidade se refere a um tipo delitivo.³¹⁰

Enquanto, de um lado, ele nega conteúdo normativo à finalidade, de outro, afirma que as fronteiras do dolo impõem a necessidade de critérios normativos para serem definidas (especialmente nos casos de erro sobre o objeto e a pessoa, erro sobre o curso causal e *aberratio ictus*).³¹¹

4.2.2 A relação entre a conduta e o resultado

São comumente elencados três elementos pertinentes à ação: a vontade, a manifestação exterior da vontade e o resultado (ou evento). São comuns, entretanto, ressalvas sobre as ausências de alguns desses elementos, como a manifestação exterior (nos crimes omissivos próprios), o resultado (nos crimes de mera atividade) e um resultado sem movimento exterior (nos crimes omissivos impróprios).³¹²

A necessária discussão sobre a relação entre o conceito de conduta e o nexo de causalidade e o resultado – se o primeiro contém os últimos ou não – se deve em grande parte às implicações da teoria naturalista da conduta. Maurach, por exemplo, define-a como a teoria segundo a qual a ação é equiparada a um processo de causação³¹³.

³⁰⁹ Sem o recurso ao instituto da tentativa (e aos elementos subjetivos), uma tentativa de homicídio seria talvez punida como lesão corporal. Entretanto, uma tal proposta levaria a um retorno às discussões quando da ascensão do finalismo – como nas questões levantadas por von Weber sobre os elementos subjetivos. Com uma concepção puramente objetiva do injusto continuaria impossível se distinguir, por exemplo, uma injúria de uma brincadeira ou mesmo uma omissão de uma ausência de conduta.

³¹⁰ CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.44.

³¹¹ “O próprio Welzel, para determinar se o desvio do curso causal era essencial e deveria dar lugar a uma exclusão do dolo, utilizava o critério da previsibilidade objetiva. Tal desvio seria essencial se não era objetivamente previsível, quer dizer, previsível pelo ser humano geral. Na solução dos problemas gerados pelo erro quanto ao objeto (uma das cujas variedades é o erro quanto à pessoa) e pelo desvio do golpe (*aberratio ictus*) emprega-se o critério da equivalência do objeto ou da pessoa do ponto de vista dos tipos de injusto, critério que, sem dúvida alguma, é de caráter normativo”. CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.44.

³¹² FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.27.

³¹³ “Ação é igual à causação de um resultado típico”. MAURACH, Reinhart. *O conceito finalista...* p.23.

Conforme se pode observar da obra de Welzel, o resultado interpreta um importante papel na teoria finalista da conduta. Assim, é tanto pela vontade quanto pelo resultado que se avalia a justa dimensão da conduta, para que se possa realizar uma correta desvalorização, seja pela tentativa, seja pela consumação. A forma diz muito sobre o conteúdo e, assim, o fato de o sujeito ter dirigido sua conduta desta ou daquela maneira, mesmo que a distinção seja sutil, implica em resultados distintos e, possivelmente, em valorações distintas empreendidas pelo direito penal.

Helena Fragoso ressalta a importância da exigência de modificação no mundo exterior (ou sensível, segundo Liszt) ou talvez uma modificação no mundo social exterior (conforme a teoria normativista, ressaltando que a modificação não precisa ser unicamente física) porque é um limite à criminalização da simples cogitação³¹⁴. Sabatini, por outro lado, ressaltava que o elemento comum entre a conduta ativa e omissiva era por sua inflexão antijurídica e não a modificação do mundo exterior. Maurach, Dohna e Binding preferem expressões como “realização da vontade” ou “atuação da vontade” (*Willensbetätigung* ou *Willensverwirklichung*)³¹⁵.

O resultado em direito penal, contudo não faz parte, não pertence, à conduta propriamente dita. Ele não é intrínseco a ela. Fábio André Guaragni faz uma pertinente observação:

Tome-se por exemplo o art.121 do CP (...). O que é pré-jurídico, dentro da proposta finalista, foi aperfeiçoado numa tentativa de homicídio: escolha do fim matar, nexos de previsibilidade entre meios escolhidos e fins (plano material) e, finalmente, a exteriorização de um fazer dirigido a esta meta. O resultado morte, que da conduta deveria se destacar, é que não ocorre, sendo a conduta – de per se – perfeita, podendo-se dizer tentada somente *às vistas das exigências do tipo*. Enquanto categoria pré-jurídica, a conduta se realizou como atividade finalisticamente dirigida.³¹⁶

Há conduta, e não tentativa de conduta. Dizer que se trata de um homicídio tentado não é o mesmo que dizer que se trata de uma tentativa de conduta humana (que envolveria um homicídio), posto que a tentativa de algo ainda não é esse algo. Assim, a tentativa de uma conduta (sua quase cristalização, faltando algum de seus elementos) não é propriamente uma conduta, violando-se o princípio do *nullum crimen sine conducta*³¹⁷.

³¹⁴ “É famosa a regra de Ulpiano, contida no Digesto: *cogitationis poenam nemo patitur* (D. 48. 19. 18). Os glosadores formularam a regra: *Statuti puniunt factum et non animum*. Em alemão há um ditado antigo, que reza: pensamento não paga imposto (*Gedanken sind Zollfrei*)”. FRAGOSO, Helena Claudio. Op. Cit. p.30.

³¹⁵ Idem, p.29 e ss.

³¹⁶ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.155.

³¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.155.

Em outras palavras, não se pune a tentativa de uma conduta humana, mas uma conduta humana plenamente formada, mesmo que mal formada sob a perspectiva do próprio agente (para quem uma das consequências desejadas não foi alcançada). Ele quis determinada consequência que não ocorreu, e não ocorreu porque sua conduta não estava dirigida da forma correta para que ocorresse. Como o direito penal trata de condutas, deve se desvalorar a conduta como ela é, mesmo que mal plasmada em relação aos próprios objetivos do agente. Se ele tivesse dirigido melhor sua conduta, ela teria sido completamente bem sucedida, apresentando um resultado ilícito e seria possível uma valoração distinta. Portanto, o resultado tem uma importante função de apuração sobre o quão bem dirigida foi a conduta ao lesionar (ou colocar em perigo) determinado bem jurídico.

Lembre-se que a essência da teoria finalista é a vontade (dirigida a um fim). Por isso é preciso cuidado para não cair no subjetivismo. A influência da vontade só existe enquanto seja possível objetivamente. Portanto, se para duas condutas aparentemente iguais é preciso recorrer ao elemento subjetivo para se distinguir entre, por exemplo, uma lesão dolosa e uma tentativa de homicídio; há casos nos quais existe resultado e conduta (permeada de vontade), mas há também limites objetivos a manifestação dessa vontade – como na tentativa supersticiosa.

O exemplo recorrente para se advogar uma aproximação de um direito penal da vontade remete a duas ações idênticas – disparo de arma de fogo contra alguém, por exemplo –, cuja consequência (por desenvolvimento fortuito) é a morte de uma das vítimas e a sobrevivência da outra. Mas essas duas condutas são apenas isso: aparentemente iguais. Ora, há claras diferenças objetivas na manifestação das duas condutas. Se, de fato, as duas fossem “idênticas” (como defendem subjetivistas) não haveria outra consequência possível se não um resultado idêntico para ambas. Uma lógica análoga é estabelecida por muitos defensores de um direito penal calcado em um exclusivo desvalor da ação, em detrimento do desvalor do resultado.

Hans Joachim Hirsch, problemáticamente, incorpora o resultado ao próprio conceito de conduta³¹⁸. Isso traz problemas diretos ao se tratar dos crimes culposos, por exemplo, em que o resultado pode não estabelecer qualquer vínculo subjetivo com o agente. Como Hirsch é adepto do finalismo, ele insere o resultado como elemento da conduta para os delitos dolosos

³¹⁸HIRSCH, Hans Joachim. *La polémica en torno de la acción y la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1993. p.44 e ss.

e o retira para os delitos culposos, pois entende não poder vinculá-los ao fim perseguido³¹⁹. Em um conceito de conduta que inclua o resultado proposto pelo sujeito, não havendo esse resultado (crimes culposos), não haverá conduta.³²⁰

4.2.3 O problema da função de unificação e de definição

Cabe ressaltar como mesmo alguns autores finalistas não reivindicam uma função unificadora da conduta final, ou seja, entre aqueles que defendem uma limitação objetiva ao normativismo, passando pelo finalismo, há quem entenda que mesmo assim não há como se dispor de um conceito aplicável a delitos tão diversos como os dolosos, culposos, omissivos e comissivos. Essa é a posição defendida, por exemplo, por Armin Kaufmann e Cerezo Mir:

A omissão não é ação. Entre a ação e a omissão a única nota comum é a capacidade de ação e esta não permite elaborar um conceito genérico de conduta. O conceito de ação finalista e o de omissão a ele referido (não realização de uma atividade finalista que o sujeito podia realizar na situação concreta) podem cumprir a função de elemento básico, ainda que não unitário do sistema.³²¹

José Cerezo Mir assume uma posição singular entre os finalistas. Ele seria um finalista não ontológico³²², pois afirma o conceito final de ação negando, ao mesmo tempo, uma pretensão ontológica e, conseqüentemente, uma pretensão unificadora da conduta. Ainda ligado à referência da finalidade potencial como resposta inicial dado por Welzel a alguns problemas que assolavam o finalismo, não resta outra alternativa a Cerezo Mir a não ser negar a própria possibilidade de um conceito omnicompreensivo de ação. Não obstante, para ele, o conceito finalista de conduta pode cumprir a função de elemento base se permite uma interpretação coerente de todos os tipos de injusto³²³.

4.2.4 Condutas omissivas

O finalismo foi muito criticado por sua reivindicada inaplicabilidade aos crimes omissivos e culposos. Aos crimes omissivos porque há casos onde inexiste nexa causal e,

³¹⁹ É válida, nesse sentido, a crítica de Guaragni, quando afirma que um conceito ontológico, em princípio, não pode ser um para os delitos dolosos e outro para os culposos. Cf. GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.156-7.

³²⁰ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.158-9.

³²¹ CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.43.

³²² “O Direito deve partir, deste modo, do conceito finalista de ação. Não significa, a rigor, um conceito ontológico, mas torna-se vinculante para o Direito sempre que este tenha como ponto de partida a concepção do homem como pessoa”; ou ainda: “Essa função – como elemento basilar – encontra-se satisfeita se o conceito de ação ou omissão permite uma interpretação plausível, convincente, de todos os tipos de injusto”. CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.42 e 43.

³²³ CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.43.

quando há nexos causal, ele não se deve à conduta do agente (não é o salva-vidas desatento que afoga o banhista). Como os delitos omissivos não seriam uma simples inação, mas um não realizar algo mandado, sua determinação estaria vinculada a uma norma mandamental e impossibilitaria, em tese, sua estipulação pre-típica (ou pré-normativa). Assim, a possibilidade de um conceito de conduta que englobe também os delitos omissivos é rechaçada por diversos autores, desde Jescheck até Roxin.³²⁴

Existiram formas distintas de se lidar com a propalada dificuldade do finalismo em oferecer uma resposta adequada aos crimes omissivos. Uma das respostas possíveis é que um fazer diverso do mandado (*aliud agere*) também compõe uma conduta humana; ou seja, não é porque a conduta não é juridicamente relevante (ou seja, não está prevista no tipo) que ela não é conduta³²⁵. Aparentemente antecipando embrionariamente (guardada a devida proporção) a necessidade de um fundamento ontológico, alguns autores (como Helmuth Mayer, *infra*) aproximam algumas formas de manifestação da omissão à ação. Isso é especialmente significativo para aqueles que recorrem à necessidade de a omissão ser uma manifestação da vontade.

A maior parte dos autores defendia a conduta positiva simplesmente como a atividade corporal (*Körperbewegung* ou *facere*) que dá vazão à vontade; outros, porém, defendiam que não só dessa forma a conduta positiva se manifesta. Os autores discordantes distinguem, dentro da conduta positiva, entre uma conduta (positiva) dinâmica e estática (*l'atteggiamento dinamico e statico*). A primeira seria sua forma mais comum (a movimentação corpórea propriamente dita) e a segunda seria estabelecida por um “esforço de permanência”, por exemplo, a violação de domicílio na forma permanecer (art.159 CP). Sobre essa discussão, acrescenta Heleno Fragoso:

Para Helmuth Mayer (...) a inatividade corpórea constitui, juridicamente, um fazer e um comportamento ativo, quando exige a mesma quantidade de energia volitiva (*Willensenergie*) contrária ao direito, que a atividade positiva. A mãe que deixa de alimentar o filho, portanto, não pratica uma *omissão*, mas uma *ação* (*Tun*). Decisivo seria o uso comum da linguagem (*natürliche Sprachgebrauch*), que nesse caso afirma que a mulher mata. Asúa (...) também entende que naquele exemplo não há

³²⁴ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.167.

³²⁵ “Ora, o fato de não interessar ao direito penal em que consiste o efeito *fazer* levado a cabo pelo omitente (exceto para simbolizar um *aliud agere* em relação à norma) não altera em absoluto o fato de que, preteritamente ao direito penal, houve uma conduta humana, segundo o enunciado finalista, ou seja, um *fazer final*. Ao contrário: isto reforça a ideia de que pré-juridicamente há uma ação, sendo-lhe necessário e correspondente um conceito. Note-se que o salva-vidas está a praticar uma conduta humana: pré-figura a morte de um dado banhista como finalidade sua (...), sobredetermina mentalmente e põe em marcha meios que o ocupam nestas [outras] atividades e que implicarão a não-salvação do banhista sujeito a um curso causal já em desenvolvimento (...)”. GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.170.

omissão, mas crime puramente comissivo. É evidente que concepções como estas levariam à perda de todo critério objetivo nesta importante matéria.³²⁶

Historicamente, a punição da omissão é algo problemático, desde antigas posições que defendiam que o não-fazer não poderia ser punido, passando por posições modernas afirmando que deveria ser punido de forma mais branda, chegando nas posições que não conhecem distinções de intensidade de punição. Como esclarece FRAGOSO (1961, p.38), a razão por trás da omissão como algo de menor gravidade se deve a ideia de que a conduta positiva exigiria a resolução e o ato potencial, enquanto a omissão não.

A causalidade estruturada sobre a omissão começou a se tornar problemática com o advento das propostas da teoria da causalidade e a necessidade de uma imputação física mais rigorosa da ação delituosa. A discussão sobre a causalidade da omissão foi alvo de inúmeros debates modernos, mas ela “não era problemática para Feuerbach e os autores de sua época, bem como para os que os precederam. Boehmero afirmava: *omissio non minus eventum noxium producit, quam commissio*”³²⁷.

Conforme delineado primeiramente por Heirich Luden, divide-se amplamente os crimes omissivos em omissivos próprios e impróprios (comissivos por omissão): os delitos omissivos próprios violam uma ordem e os impróprios violam uma proibição ao abster-se de uma atividade – mas são dependentes da superveniência do resultado. Acrescente-se que Grispgni entendia existir também crimes de omissão de evento, segundo os quais a norma ordenaria ao indivíduo que realizasse uma específica modificação no mundo exterior. De forma mais pormenorizada:

Manzini, por seu turno, admite a existência de crime omissivo mediante ação, que Battaglini (...) julga admissível quando a própria lei prevê uma ação como causa da não verificação de um evento comandado (como na contravenção do art.702 do Código Rocco: permitir que pessoa menor, incapaz ou inexperiente, porte ou leve arma). Contra esta concepção, observa-se que, se o comando se refere ao evento, a norma penal exige a ação em vista de sua capacidade causal, enquanto serve a impedir a superveniência do evento (GUARNERI, *ildelitto di omissione di soccorso*, 1937, p.24). Petrocelli assinala também que para o direito só tem relevância, em tais hipóteses, o não cumprimento dos atos que se devia cumprir (Principi, p.303), e que não existem comandos ou proibições de eventos, mas, somente, de ações (p.301).³²⁸

Essa é uma questão central, pois o direito penal deve ter por escopo condutas e não eventos (resultados). O contrário implicaria na ideia – em consonância com a defesa das funções preventivas da pena – de que ao invés da não-realização de uma conduta, o agente

³²⁶FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.35.

³²⁷ Idem, p.38.

³²⁸FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.39.

deveria se preocupar com a não-realização de um resultado. Isso refletiria em uma expansão dos crimes omissivos, com a consequente expansão da posição de garante, o problema latente na dogmática construída ao redor do resultado – a imputação objetiva.

Helena Fragoso resume a questão de forma clara:

A omissão é uma realidade, um fato externo, perceptível através dos sentidos (concepção naturalística), ou é apenas uma criação da lei e como tal uma irreabilidade espacial, que somente surge em face de uma exigência estabelecida por uma norma (concepção normativa)? O desenvolvimento doutrinário desta indagação processou-se com o estudo da causalidade nos crimes comissivos por omissão, matéria que desde logo preocupou os autores.³²⁹

Quem defendia uma abordagem naturalística dos delitos de omissão (Aníbal Bruno, José Frederico Marques, Carnelutti, Maggiore *etc.*) entendia que a omissão é uma espécie de comportamento que se encontra na natureza e pode ser constatada pelos sentidos, não havendo qualquer necessidade de referência às normas, a qual teria apenas a função de atribuir relevância jurídica a essa omissão.

Welzel e Gallas argumentam, em oposição, que a omissão não existe em si mesma, mas apenas como a omissão de uma ação específica. Seria indispensável um ponto de referência normativo e, portanto, a omissão não existiria como realidade em si, mas apenas a partir da imposição normativa, a qual cria uma ação esperada. Na realidade existiria apenas a inércia.

Em esforço posterior, recorrendo a ideia de conduta biocibernética, Welzel tenta responder a essa questão sem abrir mão de uma elaboração omnicompreensiva para a conduta:

De maneira sumária, portanto, a primeira das críticas fica rebatida ao perceber-se que na omissão há também uma escolha de um fim e meios respectivos, consistentes não em conduzir um curso causal que leve ao fim, mas simplesmente em exteriorizar comportamento que leva a resultados diversos (adrede e concomitantemente considerados), que não interceptem um curso causal – já fluente e não desencadeado pelo agente – capaz de levar ao fim que de início antecipou biociberneticamente (morte do banhista, no exemplo antedito).³³⁰

Não se pode ignorar, assim, que a conduta omissiva também elege um fim e os meios para atingi-lo, podendo violar uma norma penal na sua execução: o trabalho de salva-vidas é executado de tal forma que não impede o afogamento de determinada pessoa. Que ela não possua (não crie) um nexos causal não deveria ser uma novidade e não impede o seu reconhecimento, posto que os delitos de mera conduta também não têm em princípio implicações sobre cursos causais e nem por isso são questionados. Sua relevância não é

³²⁹Idem, p.39.

³³⁰GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit. p.172.

delimitada pela criação ou não de um curso causal – fator mais relevante para os crimes de resultado –, mas pela lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.

Helena Fragoso chama atenção ao seguinte:

Vigorosa corrente procura hoje distinguir, com maior ou menor rigor lógico, a ação e a omissão do fazer ou não fazer. A atividade ou inatividade são expressões naturalísticas do comportamento, ao passo que ação e omissão são formas de violação da norma: só em face da norma é possível saber se estamos diante de uma ação ou de uma omissão. O problema projeta-se, assim, no plano da tipicidade, onde de ser resolvido. Ação e omissão constituem valorações jurídicas da conduta.³³¹

O *nomen juris* conduta ativa ou omissiva tem relação com a forma como a norma se impõe ao indivíduo, seja por uma proibição ou por uma ordem – deve-se ter em mente a consideração de Kelsen de que toda norma com forma proibitiva em sua forma mais sintética se expressa por uma ordem e todo mandamento, em sua forma mais sintética, reduz-se a uma proibição. Assim, se a norma determina que se realize ou não se realize determinada conduta, isso não diz coisa alguma sobre a ação humana propriamente dita. A ordem pode determinar que se faça algo e o indivíduo pode não fazê-lo sem que haja, necessariamente, uma conduta (à qual se apenar). Assim, a classificação entre crimes comissivos ou omissivos diz respeito às determinações normativas, delimitando os parâmetros de sua violação quando há conduta, e não diz respeito a conduta em si. Por isso mesmo, os crimes omissivos não precisam ser cometidos sempre pela distensão muscular, a pessoa pode estar realizando qualquer outra ação ativamente, e os crimes em princípio comissivos podem ser realizados por um meio omissivo (crimes omissivos impróprios).

Faz todo sentido que ação e omissão só possam ser analisadas no próprio tipo. Consequentemente, para as teorias contemporâneas que excluem a conduta como etapa necessária à teoria do delito ou mesmo alguns teóricos da imputação objetiva que incorporam uma conduta normativizada, perde-se, portanto, um importante filtro, pois trata-se de etapas claramente distintas: conduta de um lado, ação e omissão do outro.

4.2.5 Condutas culposas

A dificuldade da teoria finalista para lidar com delitos culposos, segundo Cerezo Mir, se dá porque o resultado não “pertence” à ação final realizada pelo agente; assim “o resultado fica fora do nexa causal, pois não estava incluído na vontade de realização e em muitos casos (culpa inconsciente) não tinha sido sequer previsto”. Apesar de pertinente, não parece

³³¹FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.32.

inteiramente justa a consideração de Cerezo Mir. Não se pode dizer que, seja quando previsto e não querido (culpa consciente) e imprevisto e não querido (culpa inconsciente), o resultado fique fora do nexos causal levado a cabo pelo agente e, portanto, não “pertença” a ele. Welzel tenta criar uma articulação entre o papel da vontade e o papel do resultado (seja ele produzido ou não) para a constatação da conduta como uma obra; essa articulação entre ação e resultado assume uma fórmula conhecida na obra de Welzel sob os termos desvalor de ação e desvalor de resultado, e um contínuo esforço de complementaridade de ambos³³².

A tentativa de composição entre o finalismo e os delitos culposos levou Welzel, em determinado momento, a recorrer a uma finalidade potencial que existiria nas condutas culposas. Cerezo Mir, contudo, nega categoricamente a utilidade dogmática da finalidade potencial, pois ela representa a conduta culposa pela ideia de uma causação evitável mediante uma atividade final, o que acaba por antecipar a valoração da culpabilidade (pois diz respeito a possibilidade de agir de modo diverso). A inserção do binômio previsibilidade-evitabilidade na conduta, por meio da ideia de uma causação evitável, seria inservível porque:

Não é possível determinar o âmbito do objetivamente previsível e evitável no plano *ontológico*. A fixação do nível de conhecimentos que há de servir de base para determinar a previsibilidade objetiva não é possível sem uma valoração do que se pode exigir. No plano ontológico cabe determinar o âmbito do previsível e evitável pelo indivíduo (...), mas não o que é objetivamente previsível e evitável. A relação entre a ação final e o resultado, nos delitos culposos, não pode ser estabelecida, portanto, mediante o conceito de ação, mas apenas na esfera *valorativa* e concretamente nos tipos de injusto.³³³

Como esclarece Welzel, contudo, para um tratamento correto dos delitos culposos também se precisa recorrer a uma ideia da ação humana como uma obra. Então, a vontade que direciona a ação humana, ao estabelecer uma finalidade, deve escolher os meios para atingir a esses fins, considerando-se outras consequências concomitantes ou alternativas. Os tipos, referentes aos delitos culposos, são abertos já que o juiz deve completar o tipo por meio da referência ao dever objetivo de cuidado, pela previsibilidade objetiva (como na causalidade adequada) e pela “prudência” na conduta (e a referência welzeliana, neste caso, é ao motorista prudente e consciencioso, aquilo que é socialmente adequado).³³⁴

³³² “Segundo este último [o resultado], é possível determinar se, e até que ponto, a ação realiza ou não sua obra: a direção final do acontecer; se uma consequência desejada não se produz, a ação resta apenas *tentada*, em relação a ela; se se produz, acrescenta-se ao valor ou ao desvalor da ação um valor ou desvalor, ulterior, do resultado”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.53.

³³³ CERESO MIR, José. Nota de Rodapé nº5. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.51.

³³⁴ “No processo de limitação do conceito de cuidado podem ser estabelecidos também certos princípios gerais de caráter *material*, isto é, princípios da experiência sobre a vinculação de determinados perigos a certas formas de conduta, às quais são inerentes, e sobre as medidas mais adequadas para evitar esses perigos. Entre os

Acrescenta Welzel:

Aqui está a diferença decisiva em relação à doutrina da ação causal. Dado que esta vê no resultado e não na ação o elemento decisivo do injusto, teve que relegar a falta de observância do cuidado objetivo ao conceito de culpabilidade, com as consequências que foram expostas (...).³³⁵

A produção do resultado, penalmente desvalorado e que se estabelece também como elemento necessário à caracterização dos crimes culposos, deve resultar especificamente da inobservância do dever objetivo de cuidado, justamente para que não se puna deveres inúteis. Se, no caso concreto, o resultado ter-se-ia produzido de qualquer forma, não pode-se dizer que ele resulta especificamente da inobservância do cuidado devido.

Se uma objeção comumente levanta contra a teoria finalista foi sua dificuldade explicativa ao abordar os crimes culposos, essa suposta dificuldade parece razoavelmente esclarecida ao se notar como, na direção da ação, os “fins intermediários”³³⁶ têm tanta relevância quanto os fins últimos. Se é incorreto falar que nos crimes culposos o fim último é juridicamente irrelevante – basta recordar os crimes preterdolosos –, como frequentemente se fazia, não é de todo errado afirmar que a finalidade última é frequentemente juridicamente irrelevante, como em muitos crimes culposos de trânsito. Nesse sentido, esclarece Welzel:

Aqui se observa, com toda clareza, a diferença existente entre o conceito causal e o finalista de ação; e essa diferença deriva de haver sustentado a doutrina da ação finalista a função essencial da resolução da vontade na direção e configuração da ação. O conceito causal de ação só nos diz que *houve* ação – por existir uma manifestação de vontade (e no resultado coincide até aqui com a doutrina da ação finalista), mas não nos diz *qual* ação (nem nos dá informação alguma a respeito de suas características ou circunstâncias) e tampouco permite deslindar a ação dos processos puramente naturais. As consequências *não* queridas da ação ficam fora do nexos final e sua produção é um processo meramente natural, ainda que tenham sua origem num movimento corporal voluntário. O conceito causal de ação não pode – sem negar-se a si próprio – deslindar a ação dos processos meramente naturais, precisamente por prescindir do *conteúdo* da vontade. Não me parece correta, por isso, a objeção de que a ação causal coincida com a ação final em seu valor funcional (vide, por exemplo, nesse sentido, Rodríguez Muñoz, *La doctrina de la acción finalista*, p.132; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961, p.173; e Gimbernat, *La causalidad en Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, p.550 e ss.). A inclusão do dolo ou do cuidado objetivamente devido no tipo não pode se dar, conseqüentemente, partindo do conceito causal de ação.³³⁷

4.3 Crimes de mera suspeita e a função de delimitação (o perigo de um retorno ao normativismo)

últimos, os mais conhecidos são os da *lex artis* das diversas profissões. Regras desse tipo existem em todos os setores vitais”. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.99.

³³⁵WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.103.

³³⁶ Welzel usa esse termo para se referir à antecipação dos diversos atos que precisam ser realizados para se chegar ao fim último. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.48-9.

³³⁷WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p.50-51.

Há, sem sombra de dúvidas, um forte retorno contemporâneo ao normativismo, com a consequente ofuscação da perspectiva ontológica. Apesar da refutação do finalismo, são aceitas em grande medida as consequências dogmáticas que ele ajudou a construir. Trata-se de um normativismo, como ressalta Cerezo Mir, “que se relaciona, de certo modo, com aquele dominante na Ciência do Direito Penal europeia sob a influência da filosofia jurídica neokantista”³³⁸.

Nesse sentido:

Pois bem, se o Direito parte da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, tem-se como essencial para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana. Só a conduta finalista emerge, então, como conduta especificamente humana e pode ser objeto de valoração jurídica. O Direito deve partir, deste modo, do conceito finalista de ação. Não significa, a rigor, um conceito ontológico, mas torna-se vinculante para o Direito sempre que este tenha como ponto de partida a concepção do homem como pessoa. Um conceito de ação diverso do finalista seria não só incongruente, como inútil e fonte de equívocos na construção ou interpretação dos tipos de injusto. O normativismo encontra aqui um limite insolúvel.³³⁹

Sem o devido respeito à estrutura lógico-objetiva da conduta humana como base de sucessivas valorações, pode-se perder sua função limitadora o que teria por consequência um acréscimo potencial de uma normativização do direito penal, que, por sua vez, representa uma maior exposição do sujeito ao poder punitivo. Isso se torna mais inteligível ao se recorrer aos óbices propostos por Mezger ao reconhecimento do dolo como elemento essencial do tipo (um argumento eminentemente metodológico): estaria plenamente disponível ao legislador eleger qualquer elemento da conduta – dever-se-ia dizer, “da realidade”, já que, desnaturado o conceito finalista de conduta, perde-se parte do controle que se poderia exercer sobre o legislador em seu esforço criativo do tipo – a fim de uma disponibilização ao desvalor proposto pelo direito penal. Um conceito eminentemente ôntico, transforma-se em normativo, pois pode ser determinado pela norma (ampliando-se sua abrangência potencial) – sendo assim, sua limitação também seria normativa, e (por ser normativa e não ôntica) estaria, portanto, muito mais suscetível a manipulação político-dogmática. Retomando-se a polêmica Welzel-Mezger, haveria a possibilidade, por exemplo, nos casos dos crimes culposos, constatando-se o nexo causal entre a conduta e o resultado desvalorado, criminalizar-se uma não conduta. Nem todo fenômeno que apresenta a aparência de conduta, constatada a ausência de dolo, é necessariamente uma conduta culposa; podendo não ser, em absoluto, uma conduta. Com estabelecimento de critérios estritamente normativos (violação do dever objetivo de cuidado e incremento do risco) abre-se a possibilidade de uma inaceitável ampliação de

³³⁸ CERESO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.42.

³³⁹ Idem, p.42-3.

criminalização: como nos casos de atos reflexos durante a condução de veículos automotores. Como no clássico exemplo, se voa uma mosca contra os olhos de um motorista, enquanto ele estava em uma velocidade alta, e ele reage automaticamente, perdendo parcialmente o controle do veículo (somente o suficiente para causar lesões corporais em alguém), a primeira barreira à interpretação judicial que seria a ausência de vontade resta esvaziada e deve-se esperar para saber qual será o entendimento do julgador sobre a violação ou não de um dever objetivo de cuidado.

As espécies de conduta punível que a doutrina contempla são a ação em sentido estrito e a omissão. Todavia, nem sempre a ação e a omissão tem sido entendidas como as únicas formas do comportamento punível. Manzini procurou introduzir a categoria de crimes de mera suspeita, os quais constituem atuação positiva ou negativa. Incrimina-se a situação apenas pela suspeita que provoca. Fatos puníveis desta natureza seriam as contravenções previstas nos artigos 707 e 708 do Código Rocco, os quais punem a posse de chaves alteradas ou falsificadas e petrechos para arrombamento, bem como a posse suspeita de dinheiro e objetos de valor. Afirma Manzini que a posse não é ação nem omissão, mas *situação*, e que a origem ou causa de tal posse não tem eficácia constitutiva.³⁴⁰

A ofuscação da importância da conduta em sua relação com a teoria do delito leva a um retorno dos crimes de mera suspeita, como outrora procurou introduzir Manzini. Crimes de mera suspeita seriam aqueles que se realizariam não por uma conduta positiva ou negativa, mas por uma simples situação – a qual, pela suspeita que levanta, seria forte o suficiente para ser criminalizada. Essa espécie de delito atingiria, por exemplo, a posse de instrumentos de fins reconhecidamente delituosos (chaves falsificadas, apetrechos para arrombamento de portas, para furto de carros *etc.*) e também a posse de valores de origem suspeita. O penalista brasileiro Benjamin de Moraes associa os delitos dessa espécie às incriminações de fórmulas como “ter em depósito” e “trazer consigo”. Fica claro como, ao se jogar a conduta para um segundo plano, cria-se a possibilidade de extensão da incriminação a atos preparatórios ou condutas neutras, especialmente quando o início da execução para se configurar a tentativa em muitos crimes concretamente considerados nem sempre é clara, mesmo que não sob a rubrica declarada de “crime de mera suspeita”.

FRAGOSO faz a seguinte ressalva:

PETROCELLI, mostrando que os exemplos apresentados eram reminiscência de antigas leis de polícia mal elaboradas, afirmava que ao Direito Penal não interessa,

³⁴⁰FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.33.

nem pode interessar que se faça existir uma conduta, positiva ou negativa, capaz de fazê-la surgir. Por outro lado, é evidente que não é possível conceber sanção onde não haja infração de um comando. Outros autores entendem que a própria posse constitui ação; que a posse pressupõe a ação, ou que constitui uma presunção de ação. Outros ainda afirmam que aqui a lei, embora se refira a condição ou situação, incrimina verdadeiramente uma atividade: a de nela colocar-se ou a de nela permanecer, havendo, assim, conforme o caso, uma ação ou omissão.³⁴¹

Se Petrocelli afirmava que crimes como os de mera suspeita eram heranças das antigas legislações policiais, tanto ele quanto Bettiol afirmam que não é possível haver sanção sem infração a um comando. Antolisei entende que a própria posse já constituiria uma ação. Nelson Hungria e Hellmuth Mayer entendem que a ação é um pressuposto da posse. Bettiol também afirmava que a ação é pressuposto da posse. Já Mezger, Grispigni e Jimenez de Asúa defendiam que a etiqueta de “condição” na verdade encobre a incriminação de uma atividade: a ação de nessa situação de colocar ou de permanecer nela, a primeira como ação e a segunda como omissão.

Contemporaneamente, quando se trata de um retorno ao normativismo, a forma como isso se dá é por meio de uma reinterpretação da articulação entre conduta, nexos causal e resultado. Isso é razoavelmente claro em algumas formulações associadas às chamadas teorias da imputação objetiva:

A presença da inobservância do cuidado devido no tipo de injusto dos delitos culposos tem precedentes anteriores ao finalismo e é hoje aceita quase com unanimidade na Ciência Penal alemã e pela maior parte da doutrina espanhola. A discussão se fulcra hoje em saber se o dever de cuidado deve ser considerado como um dever objetivo, cujo conteúdo seria o cuidado necessário para o desenvolvimento de uma atividade social determinada, como entende a opinião dominante, ou de uma forma subjetiva, em que cada pessoa estaria obrigada unicamente a empregar o cuidado ou a diligência que lhe fosse possível, segundo sua capacidade. O avanço do normativismo se manifestou no desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva de resultados. Não basta que exista uma relação de causalidade entre a ação e o resultado típico, mas ainda é preciso, diz-se, que o resultado seja imputável à ação (ou à omissão).³⁴²

Esse processo de imputação se dá por meio do cumprimento do requisito que o resultado seja uma realização do perigo (criado ou aumentado) pela conduta do autor, e que seja objetivamente previsível em uma perspectiva *ex ante*. Essa é uma contribuição válida na medida em que, por ela, não se abra da função limitadora da conduta finalista. Critérios normativos de imputação devem somar-se e não substituir os marcos ônticos do finalismo.

Explique-se: (1) nos crimes comissivos dolosos, os critérios normativos devem servir justamente para limitar o nexos causal, o que pressupõe o seu reconhecimento como um

³⁴¹FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. Cit. p.33-4.

³⁴²CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje...* p.45.

fenômeno natural (não-normativo) de forma a somar-se a ele. O movimento oposto (de substituição desse critério natural por um normativo) tem se visto na doutrina recente com os crimes de perigo abstrato, por meios dos quais ocorrem uma crescente flexibilização do nexo causal rumo a sua normatização, causando uma expansão desarrazoada de poder punitivo; (2) nos crimes omissivos (onde é amplamente aceito pela doutrina a inexistência de nexo causal) há um risco ainda maior de uma completa normatização, justamente porque sequer a necessidade do reconhecimento de uma conduta final é um critério majoritariamente aceito como fundamento e limitador, quando há violação de um mandamento.

4.4 Uma ontologia normativa?

A função de limitação da atividade de criminalização primária e a consequente limitação de poder punitivo restariam bastante prejudicadas se se chegasse à conclusão de haver, por baixo da estrutura ontológica construída para abarcar a teoria do delito, um pilar normativista. Há quem afirme que mesmo a concepção ontológica possui um inalienável traço normativo em sua teoria da conduta. Essa é a controversa posição defendida por Karl Heinz Gössel:

De un gran número de formas de conductas humanas ella [a teoria finalista] elige aquella que debe considerarse como penalmente relevante, y esa elección es hecha con una racionalidad final según el criterio de un Derecho Penal humanamente legítimo. (...) Si el ordenamento penal con la formación del concepto elige objetos pertenecientes al mundo exterior como penalmente relevantes, entonces ella no puede pasar por encima de la estructura y contenido prejurídicos de dichos objetos. La formación del concepto sólo puede elegir como acción penal relevante aquella identificable como conducta humana, pero cuál de estas formas de conductas humanas deben ser valoradas como penalmente relevantes no se determinará mediante la estructura de estas formas de conducta, sino que se regirá por las exigencias penales.³⁴³

O argumento erigido por Gössel carece, contudo, de uma base sólida. O reconhecimento de elementos lógico-objetivos na teoria do delito serve para fornecer subsídios à construção de um direito penal coerente. O que se discute com isso é a teoria e não a prática, pois o sistema penal é, na esfera prática, um ato de poder. Empreender uma análise realista do sistema penal e aceitá-lo como um ato de força não implica, entretanto, no reconhecimento de que qualquer teoria reivindicável tenha necessariamente um pressuposto normativista.

³⁴³ GÖSSEL, Karl Heinz. Op. Cit. p.39.

A função da teoria do delito, e, nesse caso específico, da teoria da conduta, é fornecer critérios coerentes e democráticos no esforço de criminalização de condutas; mas se reconhece que, em última análise, qualquer ato de poder não está vinculado a nada a não ser a si mesmo. Em modelos democráticos de sociedade, contudo, referências lógico-objetivas têm a importante função dogmática e retórica de apontar limites à atuação do legislador, desde que haja respeito a estrutura legal estabelecida. A título de exemplo, diante de uma possibilidade estendida de tipificação, na qual fosse possível a criminalização do envelhecimento (ou qualquer outro processo natural), o escopo ampliado de política criminal que pode incluir ou excluir determinados processos naturais (como o envelhecimento, o cair das folhas *etc.*) a princípio em nada influencia o próprio processo natural e sua correta conceituação teórica.

Ademais, a partir de uma perspectiva ontológica, não existe qualquer pretensão de apontar-se todas as condutas que devam ser criminalizadas. Pelo contrário, há, na verdade, o intuito de estabelecer fronteiras a partir da proposta democrática auto-reivindicada de não criminalizar aquilo que não for conduta – estados existenciais, crenças *etc.* A diferença que Gössel não percebe é a própria distinção entre *ser* e *dever-ser*. Apesar de haver vínculo entre os dois, não há uma relação de determinismo entre um e outro, ou seja, não é possível se deduzir exhaustivamente do *ser* a esfera do *dever-ser*.

Não parece ser possível, por isso, atribuir ao finalismo pressupostos normativos. Ao menos não segundo as linhas de argumentação desenvolvidas e extrapoladas até agora.

5 AS TEORIAS SOCIAIS

Não há propriamente um único conceito social de ação. Não obstante, as diferentes abordagens, as mais célebres das quais são as propostas por Eberhard Schmidt, Hans-Heinrich Jescheck, Johannes Wessels e Werner Maihofer³⁴⁴, possuem alguns pontos de convergência. Há quem chegue a esta concepção como uma digressão do causalismo (Schmidt³⁴⁵) e quem o faça pelo finalismo (Jescheck) – tentando superar as dificuldades e objeções que ambas as teorias encontraram à medida que ganharam notoriedade –, mas o principal foco de convergência é o desenvolvimento de um conceito de ação cujos efeitos sociais sejam seus traços distintivos. A ação sempre teria, portanto, uma relevância (ou um *sentido*) social³⁴⁶.

As primeiras pistas sobre essa teoria podem ser encontradas na década de 1930, nos escritos de Eberhard Schmidt, ao definir a ação como um fenômeno social cujo efeito se dirige à realidade social, em um comentário ao Tratado de von Liszt e novamente, alguns anos depois, em seu livro sobre o médico no direito penal e outros textos³⁴⁷.

Diz Eberhard Schmidt que o foco de preocupação da teoria da ação deve ser com os comportamentos estimulados pela vontade e que atingem (ou poderiam atingir) a esfera existencial de outrem. O comportamento humano, por seu caráter social, receberia um significado que não pode ser delimitado somente a partir dos patamares do pensar e do querer

³⁴⁴ Outros nomes conhecidos são Karl Wolff (*Das Problem der Handlung im Strafrecht*, 1968), Arthur Kaufmann – cujas ideias são esboçadas no tópico sobre a teoria pessoal da ação, apesar de sua concepção ser muito próxima também da concepção social, para que um capítulo não fique muito sobrecarregado em detrimento de outros – (*Die ontologische Struktur der Handlung*, 1965); Ernst Wolff – também com uma concepção próxima à teoria social, mas apresentado na teoria pessoal – (*Die Lehre von der Handlung*, 1970); Thomas Würtenberger (*Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1957). Cf. ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.91-2; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Granada: Comares, 2002. p.239.

³⁴⁵ O fato de ser possível considerar uma digressão do causalismo não significa que compartilhe com o causalismo o papel que este atribui à causalidade. O próprio Schmidt critica essa interpretação. Cf. SCHMIDT, Eberhard. *Teoria da ação social*. Lisboa: AAFD, 1983. p.179. Nota 1.

³⁴⁶ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.91-2; WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Fabris, 1976. p.20. Não parece absurdo, então, ver nesta teoria um precursor das teorias comunicativas.

³⁴⁷ *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1936, p.22-3; *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, p.78 e ss; *Das Strafrechtspraktikum*, 1949, p.05 e ss etc. Cf. ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.91; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit.p.221; SCHMIDT, Eberhard. *El medico en el derecho penal*. Madri: ECM, 1955. p.18; SCHMIDT, Eberhard. *Teoria...* p.180. Nota 2.

dos agentes. Em outras palavras, a compreensão da ação depende de seu sentido estabelecido objetivo-socialmente³⁴⁸.

O exemplo usado por Schmidt é o da irmã menor que, ainda sem dominar completamente uma língua, obedece as ordens maliciosas de um irmão mais velho e repete uma frase injuriosa para a professora, pensando tratar-se de uma frase elogiosa. Nesse caso, haveria um sentido objetivo que *costuma* ser compreendido como manifestação de insulto e, então, independeria da vontade do interlocutor (o que ela queria, pretendia ou pensava que dizia). O efeito da frase dita e, assim, o sentido social do comportamento em questão teriam independência da vontade do agente. A vontade só volta a tornar-se relevante pelo tipo penal, para ser possível a não criminalização da irmã que achava estar fazendo algo distinto do efetivamente realizado³⁴⁹.

Apesar do enfoque de sua teoria, Schmidt não abre mão de reconhecer a importância do nexo causal – enquanto vínculo entre ação e resultado – para o significado da ação, quando se trata especialmente de tipos que exijam uma modificação no mundo exterior. Mas mesmo o nexo causal é imbuído de sentido social, caso contrário não seria possível distinguir-se entre diferentes causas (como na teoria da equivalência): disparar e fabricar a arma, ambas, são contribuições causais ao resultado desvalorado, mas possuem significados sociais distintos³⁵⁰.

O ponto de partida para a análise da responsabilidade penal passa a ser o resultado (ponto de vista que adquire especial relevância nos delitos omissivos impróprios)³⁵¹. É possível entrever, em suas considerações dogmáticas, uma tentativa de se afastar de um “naturalismo datado” e aproximar-se de ideias focadas no *valor social*. Isso assume uma especial relevância quando ele propõe contrapor-se às concepções que buscam estabelecer limites naturais ao crime de aborto, querendo recorrer a critérios biológicos para estabelecer o fim da condição de feto e o início da condição de homem (o limite entre aborto e homicídio)³⁵².

Da mesma forma, fala sobre o *sentido social* da intervenção cirúrgica, para matizar sua análise como uma espécie de lesão corporal permitida pelo paciente (lesão corporal justificada) e, assim, contextualizá-la³⁵³; sobre a *teoria da oportunidade* para tratar da

³⁴⁸ “Para a comunidade social, as ações apresentam-se como unidades de sentido social funcionais, a ser, antes de mais, compreendidas da maneira como têm de ser interpretadas em função das concepções, experiências e hábitos da existência social”. SCHMIDT, Eberhard. *Teoria...* p.182.

³⁴⁹ “Só quando nos aproximamos da valoração jurídico-penal relativa a esta ‘ação’, é que interessa ponderar que a pequena considerou a sua actuação como acto de gentileza e não como algo de injurioso”. Idem, p.185.

³⁵⁰ Idem, p.186-8.

³⁵¹ SCHMIDT, Eberhard. *El medico...* p.39-59.

³⁵² Idem, p.15 e ss.

³⁵³ Idem, p.31-2.

contextualização da intervenção médica sem o consentimento do paciente³⁵⁴; sobre o *significado sociológico* da relação médico-paciente a fim de compreender melhor os deveres profissionais em diferentes realidades (e determinar melhor a questão da intervenção médica negligente)³⁵⁵ *etc.*

No entanto, significado social da conduta e critérios objetivos por vezes parecem se confundir, pois Schmidt toma por significação social o que frequentemente são critérios científicos, médicos *etc.*, os quais, muito embora sejam práticas sociais, possuem clara ancoragem lógico-objetiva³⁵⁶. O tratamento médico (a lesão com finalidade terapêutica), por exemplo, não seria típico pelo significado social da conduta³⁵⁷ – muito embora o próprio Schmidt reconheça, por exemplo, a necessidade de critérios objetivos para a correta intervenção médico-cirúrgica (a chamada *lex artis*), a fim de se estabelecer seu “sentido social”³⁵⁸.

O mesmo raciocínio pode ser estendido aos acidentes de trânsito (como alguém que atropela sem querer e sem poder evitar uma criança que corre para o meio da rua), pois a conduta só seria típica em função do significado social (adquirido pela violação das normas de trânsito), rejeitando-se a explicação de que se trata de uma causação típica justificada pela *inevitabilidade* (Schönke-Schröder) ou pelo *risco permitido* (Baumann)³⁵⁹. E, assim, sucessivamente.

³⁵⁴ Idem, p.38.

³⁵⁵ SCHMIDT, Eberhard. *El medico...* p.45, 48.

³⁵⁶ “O sentido social do seu comportamento não é o de um acto de tratamento (...). A ele também pertence o intervir de forma medicamente correcta, a espécie de intervenção cirúrgica objectivamente profissional. O acto de um faquista que produz o rebentamento de um abcesso distingue-se, portanto, da intervenção de um médico conducente ao mesmo resultado, não só pela direcção subjectiva da vontade (a intenção) mas também e antes de mais, pelo método de execução perigoso, algo que de um ponto de vista objectivo, é inteiramente um método não médico, absolutamente o último (a ser usado) ainda que afinal tudo corra bem e ‘nada mais se tenha passado’”. SCHMIDT, Eberhard. *Teoria...* p.190.

³⁵⁷ “O tratamento médico ligado a um ferimento não é, de acordo com o seu significado social, uma acção típica (justificada pelo consentimento) no sentido do §223 a. A discussão sobre isto jamais estará encerrada, mas ficará circunscrito ao círculo dos juristas não poder compreender a atividade médica quanto ao seu significado específico”. Idem, p.191.

³⁵⁸ “Tendo o médico, porém, no caso concreto, observado o dever de garante mediante comportamento objectivamente adequado, deve afastar-se o resultado danoso ocorrido e não evitado, para efeitos da determinação do sentido social da sua actuação. A intervenção cirúrgica determinante da morte não tem o sentido de uma ‘acção de matar’. Não se tornam aplicáveis os tipos legais dos §§ 211, ss. Com isto desaparece qualquer necessidade de fazer intervir uma causa de justificação”. Idem, p.194.

³⁵⁹ “Perguntando-se qual o significado social de facto de um automobilista, comportando-se de forma inteiramente correcta, ter causado danos, só pode haver, de acordo com a natureza das coisas, uma explicação racional: o automobilista não conseguiu evitar ferir, ou matar, um passageiro que salta do eléctrico para frente do automóvel. Conformemente ao seu sentido o comportamento do automobilista não pode significar mais nada. Mas sendo assim, tudo se resolve ao sabor dos princípios dos crimes omissivos impróprios. Já que o condutor, tal como resulta do exemplo escolhido, observou o dever de garante, fazendo tudo o que é necessário e adequado no sentido de impedir a produção do dano, o resultado causado pelo atropelamento não representa uma acção de matar, ou ferir, carecida de justificação”. Idem, p.194-6.

Sem embargo, Schmidt também reconhece que frequentemente não é possível se estabelecer o sentido social das ações sem recorrer-se à vontade, como em muitos casos de crimes omissivos. De fato, se pensarmos no caso da tentativa, fica difícil argumentar que há uma distinção visível (no exemplo de um disparo de arma de fogo, a diferença entre a tentativa de lesão corporal ou de homicídio e alguém que quisesse acertar apenas próximo) que possa ensejar argumentos de um sentido objetivo-social, ao qual se possa recorrer dispensando a vontade. No entanto, ele insiste tratar-se ainda de uma questão de significado, mas, dessa vez, de um significado que às vezes precisa ser traçado até a vontade³⁶⁰.

Outros aspectos da teoria geral dos delitos reverberam consideravelmente as considerações desse professor de Leipzig. Este é o caso do crime continuado, os quais devem sua possibilidade dogmática a uma *unidade de sentido*. A mesma ponderação caberia à distinção entre unidade e pluralidade de delitos, pois não seria suficiente recorrer-se ao caráter uno do ato (ao se plantar uma bomba ou envenenar uma fonte de água é possível realizar diversos delitos ao mesmo tempo), como no concurso formal de crimes³⁶¹.

A tese de Schmidt acaba se consolidando em traços um tanto normativos. Pois, acaba sendo recorrente o recurso a critérios como a *lex artis* e as normas de trânsito para se determinar o sentido da conduta. Está a um passo de distância de dispensar quaisquer elementos intelectivos (cognição e volição) para se constatar se há ou não conduta em caso de omissão, por exemplo³⁶². De qualquer maneira, o último bastião de segurança para se determinar o sentido social de algo parece ser o apelo à sensatez do legislador e do juiz, esse unicórnio que todos perseguimos no Brasil³⁶³. A flexibilidade de um apelo por sensatez é em

³⁶⁰SCHMIDT, Eberhard. *Teoria...* p.189.

³⁶¹Idem, p.197-8.

³⁶²“(...) o ‘significado social’ caracteriza como ‘ação’, quer o caso em que um determinado resultado é produzido por um fazer activo, bem como o caso em que a produção de determinado resultado é possibilitada por não se ter evitado precisamente este resultado. (...) Os problemas dogmáticos que nascem da diferença entre causar activamente o resultado e não impedir o resultado, não residem portanto no âmbito do problema da ‘ação’ mas sim na questão de saber sob que pressupostos o não impedimento do resultado assim como a produção do resultado mediante um fazer activo, é uma ação juridicamente relevante, é uma ação ‘típica’. Que esta é uma questão residente no âmbito da valoração jurídica, é algo de que não deveria poder duvidar-se hoje em dia. Só existe agir ‘típico’ quando aquele cujo comportamento se apresenta como ‘não impedir o resultado’ não observou o dever jurídico responsável pela não produção do resultado, isto é, o dever de fazer tudo aquilo que é adequadamente necessário com vista a impedir o mesmo resultado (o chamado dever de garante)”. Idem, p.198-9.

³⁶³“Na minha opinião, o conceito de ‘natureza das coisas’ representa quer para o legislador, quer para o juiz o apelo ‘irrecusável’ de toda a valoração jurídica – seja geral, quanto ao legislador, seja especial e relativa ao caso concreto, quanto ao juiz; uma compreensão do sentido social racionalmente correspondente à realidade social a proceder o objeto qualificando. Quando nos referimos à natureza das coisas temos em vista a compreensão sensata e correcta do significado social do fenómeno em causa”. Idem, p.200-1.

certa medida intencional, e se deve em parte à preocupação de Schmidt em não dar azo (como Welzel e Stratenwerth) a um aprisionamento do legislador e do juiz³⁶⁴.

Hans-Heinrich Jescheck parte da admissão de que a finalidade é, de fato, o traço essencial da conduta humana, pois ela é a capacidade para dirigir os cursos causais, fato que delimitaria o lugar do ser humano na natureza. Mas não de qualquer conduta humana, e sim da *conduta humana ativa*. O problema, portanto, não está especificamente no reconhecimento das fronteiras ontológicas da conduta, mas em que elas se aplicariam aos delitos comissivos. Disso decorre a necessidade de se dar conta da omissão (por seu caráter normativo), e ser a conduta omissiva algo que se agrega à conduta ativa como uma segunda categoria de comportamentos³⁶⁵.

Segundo Jescheck, constata-se uma omissão quando – em razão de normas jurídicas, morais, de costume ou da experiência – se espera uma ação positiva, e ela não ocorre quando era possível sua execução por meio da realização da finalidade. A possibilidade de realização da ação omitida é um elemento central para a omissão e remete à possibilidade de *direção da conduta* (por isso, mesmo na omissão a finalidade teria relevância).

Nesse quadro conceitual, de um lado, Jescheck nega a possibilidade de se criar uma unidade superior para ação e omissão, mas, de outro, afirma que a omissão desvela uma forma de manifestação do comportamento equiparável à ação positiva. Em outros termos, ele rejeita a possibilidade de se unir ação e omissão em um nível ontológico porque a omissão não seria uma conduta final em si (pois a expectativa de uma conduta é exterior à conduta omissiva), mas acolhe a possibilidade de unir ambas em um nível normativo, a partir de uma perspectiva valorativa já que materialmente seria impossível³⁶⁶.

Não se trata tanto de uma união, mas de uma *síntese* que deve deduzir-se da relação do sujeito com o seu entorno. O adjetivo *social* na teoria desse professor de Freiburg designa, portanto, que a ação é um *comportamento humano com transcendência social*; e por *comportamento* ele quer dizer qualquer resposta da pessoa às exigências de uma situação (reconhecida ou reconhecível), por meio da realização de uma possibilidade de reação que cada uma dessas situações oferece³⁶⁷.

³⁶⁴ “É sempre tão claro o componente negativo da função da natureza das coisas, definidora do conteúdo jurídico, quando dela resulta o lugar comum de que só aquilo que é ‘realizável’ é que pode ser ordenado legalmente e entendido, quão cepticamente deve ser julgado o seu componente positivo. Deve portanto evitar-se ver na natureza das coisas uma fórmula mágica profunda e subjacente a tudo (...)”. Idem, p.201-2.

³⁶⁵JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit.p.238.

³⁶⁶ Idem, p.239.

³⁶⁷Idem, p.239.

Para Jescheck, então, seriam três as formas possíveis de manifestação do comportamento humano: *ação final*: o efetivo exercício de um agir final; *ação imprudente*: a causação de consequências não desejadas, quando o desenvolvimento dos acontecimentos podia ser dirigido pelo intermédio da finalidade; ou *omissão*: quando é possível expressar o comportamento por meio da inatividade diante de uma expectativa de ação (a qual não precisa ser jurídica), que também exige a possibilidade de se dirigir a conduta³⁶⁸.

Não se deve tomar, entretanto, a ideia de transcendência social do comportamento como uma subversão do postulado *societas delinquere non potest* ou como um ataque à ideia de que a ação não pode ser algo além daquilo que produz o indivíduo. De fato, seria possível dizer que uma conduta tem transcendência social quando, além de dizer respeito à relação do sujeito com o seu ambiente, seus efeitos afetam este ambiente. É, assim, justamente dessa característica (de transcendência) que Jescheck deduz a necessidade de manifestação exterior da conduta (a qual, na omissão, faz surgir a simétrica exigência da ausência dos efeitos que teriam ocorrido com a realização da ação)³⁶⁹.

Lançando mão dessa concepção de ação, ele imagina dar um conceito suficientemente abrangente para se compatibilizar com todas as manifestações de condutas humanas, sem, contudo, realizar concessões à suposta necessidade de se antecipar juízos normativos cabíveis aos demais estratos do delito – seja o tipo, a antijuridicidade ou a culpabilidade – realizando também, por conseguinte, a função negativa da ação³⁷⁰.

É pela articulação da *função negativa* com o requisito da *possibilidade de direção* que Jescheck revela os casos de ausência de conduta nos atos reflexos, inconsciência, *vis absoluta*, impossibilidade de ação (como no exemplo de quem se omite por estar amarrado)³⁷¹, as atividades originadas de grupos de pessoas e acontecimentos puramente internos (opiniões, ideias, sentimentos *etc.*). A possibilidade geral de ação (em contraposição a uma possibilidade individualmente considerada), particularmente, diz respeito ao âmbito geral da conduta para a imputação, por isso a possibilidade de ação deve fundamentar os delitos omissivos³⁷².

³⁶⁸Idem, p.239-40.

³⁶⁹JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas.Op. Cit. p.239-40.

³⁷⁰“Del concepto social de acción se deduce negativamente el círculo de modalidades de conducta que desde un principio no son tenidas en cuenta para la imputación penal. Esta función negativa es también reconocida por quienes se oponen a un concepto general de acción”. Idem, p.240.

³⁷¹ Como já se mencionou, o conceito de *capacidade geral de ação* pertence de antemão ao próprio conceito de omissão: “La omisión sólo puede ser entendida como realización de la posibilidad de reacción que se le presenta a la persona de acuerdo con su naturaleza; si puede ser afirmada con carácter general la capacidad para emprender la acción esperada mediante la puesta en acción de la finalidad. Por este motivo, la **capacidad general de acción** pertenece ya al concepto de omisión en el sentido de un ‘comportamiento con trascendencia social’”. Idem, p.241.

³⁷²Idem, p.241.

Afinal, a função da ação seria a de delimitar substancialmente o âmbito daquilo que é possível atribuir-se ao sujeito, mas o essencial das categorias do delito (delimitadas pela ação) seria desenvolvido por meio de critérios e princípios especificamente jurídico-penais³⁷³.

Johannes Wessels também reconhece a conduta como pedra angular do direito penal e o fato injusto como fundamento da responsabilidade jurídico-penal. Assim, o ponto inicial para as investigações em âmbito penal deve partir de ponderações sobre se um acontecimento específico preenche os elementos do injusto e se pode ser atribuído ao agente como obra de sua livre vontade³⁷⁴.

Esclarece Wessels que o traço distintivo do homem é que ele leva, em si, uma imagem do mundo gravada em representações valorativas. Por meio de sua potencialidade criadora, lançando mão dessas representações, consegue transformar seu meio. Ele defende, em parte, a correção da teoria finalista, mas entende que ela é insuficiente, pois a experiência nos revelaria toda sorte de condutas as quais não caminhariam dentro das limitadas margens do modelo finalista. Este seria o caso das manifestações impulsionados pelo subconsciente e também da maioria das omissões³⁷⁵.

Para esse professor de Münster, ação é toda conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade. Com isso, a teoria social da ação supostamente ofereceria uma solução de conciliação entre as posições ontológica e normativa. Noutras palavras, ela conseguiria abarcar (a) a vontade e sua manifestação (aspecto ontológico) e (b) fim do agente e expectativa normativa sobre a conduta (aspecto de sentido social, que contempla as exigências normativas)³⁷⁶.

Dessa forma, “socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas conseqüências ambicionadas ou não desejadas, constitui,

³⁷³ “La función del concepto de acción se agota en caracterizar y delimitar sustancialmente el ámbito que generalmente se cuestiona para la imputación penal. Ahí reside también su **valor sistemático**. Por el contrario, del concepto de acción social no pueden ser deducidas consecuencias para la estructura de los conceptos de la antijuridicidad y culpabilidad. El marco de ambos elementos materiales de la estructura del delito es en realidad trazado por el concepto de acción en su sentido más amplio, pero su desarrollo *esencial* se consigue de acuerdo con criterios específicamente jurídico-penales”. Idem, p.242.

³⁷⁴ “Esta visão parte da seguinte seqüência de pensamento: pena pressupõe culpa (...). *Culpável* só pode ser um fato *antijurídico*. Sobre sua antijuridicidade ou juridicidade só precisam ser investigadas ações *típicas*, e típicas no sentido de um determinado tipo de delito e não pode ser o que ainda não constitua uma *ação* no sentido do Direito Penal. Nesta seqüência sistemático-funcional das agregadas fases de valoração, que não devem, em todo caso, ser concebidas como reais compartimentos entanques, a *ação* constitui o elemento relacional, que percorre conjuntamente todos os estágios do raciocínio jurídico e estabelece a referência para os subordinados processos de valoração (*Maihofer*, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, págs. 7 e ss.)”. WESSELS, Johannes. Op. Cit. p.17.

³⁷⁵ Idem, p.21.

³⁷⁶ Idem, p.22.

no campo social, um elemento de juízo de valor³⁷⁷. Usar como ponto de partida a relevância social seria usá-la já como um indício de ação. Se alguém quebra alguma coisa valiosa, há uma relevância social sobre a qual restaria inquirir se a ação era dominável. Parece haver a aproximação de uma aparência de ação pela lesão de bem jurídico³⁷⁸. Isso parece se refletir de alguma forma em sua indicação de que “onde, como na maioria dos casos, não subsiste *qualquer dúvida* acerca da ‘*qualidade de ação*’ é admissível e indicado associar-se imediatamente a pré-análise do ‘atuar’ à análise da *realização do tipo*”³⁷⁹. Por outro lado, a ideia de relevância social parece, estranhamente, proporcionar a possibilidade de se analisar, ainda da etapa da verificação da conduta, se há tipicidade material.

Ressalte-se que, para Wessels, é possível constatar condutas sem os elementos cognitivo e volitivo, pois esses elementos não se inserem na conduta até o início da manifestação exterior da vontade. Seria assim especialmente porque a omissão se caracteriza justamente pela não-constatação dos efeitos da ação (esperada)³⁸⁰. De resto, os casos de ausência de vontade são os mesmos encontrados no finalismo e no causalismo, como *vis absoluta*, ato reflexo, hipnose *etc.*, porque falta dominabilidade³⁸¹.

Paralelamente, a *capacidade de ação* que se pressupõe à própria conduta diz respeito às “forças naturais da vontade” e, por isso, encontra-se em qualquer pessoa natural com relativa independência do estado mental (pessoas com doenças mentais podem agir) e da idade (quem ainda não atingiu a maioridade pode agir). Por isso, deve ser devidamente discriminada da capacidade de culpa³⁸².

Também para Werner Maihofer a ação é compreendida como conduta socialmente relevante, ou mais especificamente como conduta controlável objetivamente pelo homem e

³⁷⁷ Idem, p.22.

³⁷⁸ “A e B vagueiam pela exposição anual de produtos. Em frente ao ‘stand’ do comerciante H, em seqüência a uma troca de palavras, B desferiu, repentinamente, um violento soco no peito de A. Este cai sobre os vasos de cerâmica expostos à venda por H, dos quais muitos resultam quebrados. (...) No Caso Prático, a *conduta* de A é ‘socialmente relevante’, pois afetou o patrimônio do comerciante H e assim interesses alheios. Questionável é somente se ela era também dominável pela vontade de A”. WESSELS, Johannes. Op. Cit. p.16 e 22. Wessels, contudo, apura essa consideração e, ao constatar a ausência de dominabilidade, nega que haja ação: “A queda de seu corpo não era nem dominada nem dominável pela vontade de A: este acontecimento não lhe pode, na verdade, ser imputado como ‘ação’, mas sim ao provocador B. Em consequência da força exterior sobre si, A tornou-se um ‘instrumento’ nas mãos de B; praticamente ocorreria o mesmo, se B tivesse golpeado nos vasos de H com qualquer outro objeto inanimado”. Idem, p.23. Contra a ideia de aparência de ação proporcionada pela relevância social, poder-se-ia levantar, verdade seja dita, o fato de ele indicar – em princípio – a superação de etapas anteriores à análise da relevância social (a qual é prontamente dispensada em caso de “ausência de dúvida” quanto à existência de ação). Idem, p.24.

³⁷⁹ WESSELS, Johannes. Op. Cit. p.24.

³⁸⁰ “O *pensar* e o *querer* humanos não preenchem as características do agir, enquanto não se tenha iniciado a manifestação *exterior da vontade*”. Idem, p.23.

³⁸¹ Idem, p.23-4.

³⁸² Idem, p.23.

dirigida a um resultado social previsível objetivamente³⁸³. Ou, de forma mais abrangente, a conduta é uma conexão (ou síntese) entre o agente e o objeto da ação, uma conexão concreta (e não um “objeto” como consideram o causalismo e o finalismo)³⁸⁴. Esta ideia de *conexão*, diga-se de passagem, lembra consideravelmente as propostas apresentadas nos primeiros passos das teorias da conduta, expostas na introdução desta monografia, que buscavam equiparar ação e imputação.

No entanto, suas considerações sobre o direito se destacam por serem extremamente ricas e profundas em suas referências teórico-filosóficas, quando comparadas com a maioria dos demais autores (sejam de sua corrente teórica ou não). Ele reconhece (como Schmidt e tantos outros) certa *natureza das coisas* (a qual impõe limites maiores ou menores ao homem), a qual, nele, não se confunde com a acepção metafísica corrente³⁸⁵.

Contra uma metafísica apoiada no neokantismo e no neotomismo, a qual aponta uma ordem de valores objetiva e prefixada, que formula exigências e possui validade absoluta, Maihofer propõe uma aproximação de perspectivas *existencialistas*, com aportes de Nietzsche, Heidegger e até Sartre. Em sua proposta, o ôntico não aparece mais como uma *ideia* na qual o homem se funda (ou uma essência encarnada no homem, como a noção de *imago Dei*), mas vincula-se à sua *existência no mundo*. O homem seria, então, tanto um produto da “ordem imanente” das circunstâncias quando de sua própria decisão. Essa margem existencialista da discussão, na qual o homem se apresenta como essência objetiva no mundo, parece ser um tanto tributária da herança heideggeriana e seu conceito de *Dasein*³⁸⁶.

Maihofer, assim, aproxima-se de uma concepção da essência humana enquanto conjunto de relações sociais ou a soma das relações nas quais está imerso. Uma aproximação de um direito natural “histórico” ou “sociológico”, o qual ele intitula de *direito natural existencial*. Com isso, o homem passa a ser percebido como um ser concreto, sua essência é o *ser social*, e ao mesmo tempo em que é produto das circunstâncias também é produto de si mesmo. Esse professor de Saarland chama isso de *dialética da natureza das coisas e da*

³⁸³Idem, p.20.

³⁸⁴COSTA, Álvaro Mayrink da. *Teoria da ação*: as grandes objeções ao conceito final de ação. Revista da EMERJ, v.2, n.5, 1999. p.200.

³⁸⁵MAIHOFER, Werner. *El derecho natural como derecho existencial*. In: Anuario de Filosofía del Derecho IX, 1962. p.09-15.

³⁸⁶“Según esta concepción del hombre como ‘ser concreto’, como ‘essencia objetiva’ en el mundo que encontramos a la vez en el existencialismo y en el materialismo actuales, el hombre no es un *sujeto para sí*, el *hombre*, frente a un *objeto en sí*, el *mundo*, sino un ser que, tanto en el orden del conocimiento como en el de la acción, es sin remisión y sin separación un *sujeto-objeto*, *mundo-hombre* determinado que está ahí, en este su mundo”. Idem, p.15.

missão do homem (ou essência do homem), ou simplesmente *dialética da existência concreta*³⁸⁷.

Mais do que isso, Maihofer destaca a estrutura da realidade como intrinsecamente contraditória, cenário diante do qual o homem se vê “jogado” no mundo. Essa é a ineludível *natureza das coisas*. Uma considerável incorporação do conceito de derrelicção (*Geworfenheit*) de Heidegger. Este seria o verdadeiro fundamento do direito: estar em um mundo em constante conflito. Adicionalmente, o conceito kantiano de *sociabilidade insociável* – oposição de forças para a socialização e para a individualização – supostamente contribuiria para explicação do antagonismo basilar de toda sociedade. Para Maihofer, todavia, a sociabilidade insociável remonta a situações superficialmente contrárias (*antagônicas*), as quais podem ser superadas pela busca de um denominador comum (imperativo categórico), enquanto as situações realmente contraditórias (*antinômicas*) são insuperáveis em razão da própria estrutura do mundo³⁸⁸.

Por isso, o fundamento dos conflitos e do direito estaria na própria natureza do homem. Mas, ao contrário de Kant, Maihofer não atribui a graça da natureza conflituosa do homem a Deus ou à sociabilidade insociável, mas à estrutura do próprio mundo, do qual o homem é um dos reflexos. O caráter insuperavelmente conflituoso do mundo é o fundamento de todos os conflitos e, assim, do próprio direito. No entanto, esse professor de Saarland parece trilhar um caminho bastante tortuoso e filosoficamente rico para chegar à conclusão de que *as coisas são assim porque são assim* (i.e., a vida é conflituosa porque o mundo é conflituoso)³⁸⁹.

Seja ao definir a ação como causação de resultado socialmente relevante, como conduta (socialmente relevante) dominada ou dominável pela vontade ou como comportamento humano com transcendência social, essas teorias padecem do mesmo

³⁸⁷ “Si la misión del hombre consiste en producir antes que nada su ‘naturaleza’ a partir de sí mismo y apoyándose en una interpretación y dominio comprensivos del sentido de su existencia concreta, y ‘fijando’ de este modo por sí mismo su misión, entonces lo que hasta aquí llamábamos Derecho natural adquiere un sentido diferente, el de un proyecto previo de la auto-configuración histórica del hombre”. Idem, p.17.

³⁸⁸ MAIHOFER, Werner. Op. Cit. p.22-4.

³⁸⁹ “Lo que hace que en aquellos casos en que nosotros ayudamos a, o respondemos por, los intereses ajenos, debemos generalmente poner en juego nuestros propios intereses y por lo tanto lo que hace que se produzca un conflicto entre nuestras inclinaciones sociales y las insociales, no es la incapacidad, la imperfección, la ‘insociabilidad’ o simplemente la maldad del hombre. Este extraño estado de cosas: *que el bien de uno sea generalmente el mal del otro, parece tener un fundamento en la estructura misma del mundo*”. Idem, p.24. Grifo nosso.

problema: a equivocidade de suas conceituações. As teorias sociais da ação não introduzem maiores novidades dogmáticas e não conseguem se livrar de certa imprecisão conceitual³⁹⁰.

³⁹⁰ Segundo Fritjof Haft essa imprecisão ocorre porque as teorias sociais são uma concepção de compromisso entre as teorias causal e final da ação. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.90-2; ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.91-3; BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Op. Cit. p.19.

6 A TEORIA NEGATIVA DA AÇÃO

A teoria negativa da ação foi concebida por Rolf Herzberg, Hans-Joachim Behrendt e Harro Otto dentre outros, os quais, num primeiro momento, caracterizam-se pela rejeição das teorias pre-jurídicas de ação (causal ou final). Em geral, essas teorias vinculam suas formulações ao critério da *evitabilidade* (o qual comparece no código penal alemão³⁹¹), por isso é possível notar suas linhas iniciais já nas contribuições de Hans Jürgen Kahrs (*Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968), quem ressalta a importância do critério da evitabilidade, mas dedica menos atenção ao dever de evitar o resultado³⁹².

As teorias negativas caracterizam a ação, em linhas gerais, como *evitável não evitação do resultado* na medida em que o sujeito se encontra na posição de garantidor (Herzberg); como omissão de uma contradireção determinada pela norma (Behrendt); ou, partindo do tipo penal, como a possibilidade de alteração do curso causal por meio da conduta regida pela vontade (Otto)³⁹³.

Hans-Joachim Behrendt revela um aporte psicanalítico³⁹⁴, e atribui a não-evitação evitável do resultado às pulsões do *Id* carentes do controle do *Superego*, as quais representariam manifestações da destrutividade humana. Essas aproximações explicativas da ação por meio da psicanálise não se percebe apenas nele, são recorrentes ao longo da história

³⁹¹ Em seu §13 o Código Penal alemão dispõe sobre os crimes omissivos impróprios: Quem não conseguir evitar um evento que pertença a um tipo penal, só é punível de acordo com esta lei, se for legalmente responsável por garantir que o evento não ocorra, e se a omissão equivale ao preenchimento do tipo por uma ação (No original: *Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht*).

³⁹² OTTO, Harro. *Diagnosis causal e imputacion del resultado en derecho penal*. In: NAUCKE, Wolfgang (org.). *La prohibición de regreso en derecho penal*. Bogotá: UEC, 1998. p.85; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.92-3; ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.95.

³⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.92-3; ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.95-6; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit.p.238.

³⁹⁴ Um claro exemplo: “A culpa será psicanaliticamente o ponto de comparação de interesse para nós, que pode determinar a realização da conduta proibida como aquele estado afetivo consciente ou inconsciente, precipitado pelo Super-ego como reação a um comportamento específico do sujeito”. (No original: “Psychoanalytisch wird man die Schuld auf dem uns interessierenden Vergleichsfeld, dem der Vornahme einer verbotenen Handlung, bestimmen können als denjenigen affektiven Zustand bewusster oder unbewusster Natur, der durch das Über-ich in Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten des Subjekts hervorgerufen wird”). BEHRENDT, H.J. *Juristische Grenzen der Psychotherapie*. In: STRAUß, Bernhard (org.). *Grenzen psychotherapeutischen Handelns*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2006. p.204.

recente da dogmática – com Claus Roxin e Dirk Fabricius entre os mais notórios autores representantes dessa intersecção (dogmática e psicanálise)³⁹⁵.

Rolf Herzberg faz contundentes críticas ao finalismo, afirmando já estar completamente superado nos espaços de discussão sobre dogmática na Alemanha e que não possui maior poder de subtração de condutas ao espaço de relevância do direito penal quando comparado ao causalismo. Em especial, ele defende a relevância das condutas involuntárias para o direito penal, pois o juízo de exclusão do delito não deveria se dar a partir da conduta – pois mesmo condutas involuntárias podem ter repercussão penal em abstrato, por exemplo, pela coincidência do resultado com o elemento do tipo³⁹⁶ –, este seria o caso especialmente quando há possibilidade de influir sobre as consequências dessa “ação involuntária”³⁹⁷.

Herzberg imagina, aqui, o caso de alguém antecipar esse acontecimento (antecipar uma crise de riso pela proximidade das situações que geralmente a deflagra, ou eventos fisiológicos por aportes ambientais que os precipitam, crises sonambúlicas *etc.*) e poder direcioná-lo, conduzi-lo. Assim, ele concorda com Stratenwerth que a responsabilidade deve se apoiar na capacidade do indivíduo de conduzir os resultados³⁹⁸. Por isso, também não seria possível falar em um filtro pré-típico ao delito sem qualquer antecipação valorativa (dado que seria necessária ao menos uma análise da lesão de dever de cuidado sobre as circunstâncias nas quais se deram essa condução do evento)³⁹⁹.

Aparentemente, não chama a atenção do autor o risco em se considerar ação manifestações nas quais, em princípio, é ausente a vontade, quando soluções melhores seriam

³⁹⁵SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.94; ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.94-5.

³⁹⁶ “De todos modos, es inadmissible la extendida afirmación de que los procesos corporales involuntarios carecen de importancia para el Derecho y no pueden dar lugar a responsabilidad. El brote repentino de sangre de la nariz, así como el estímulo de reír ruidosamente provocado por un cómico, *nos suceden* y no están conducidos por la voluntad. Pero el sangrar y el reír devienen penalmente relevantes cuando su consecuencia es, por ejemplo, la mancha de un sofá ajeno (§303 CP), o la perturbación de una cerimonia de sepultura (§167ª CP)”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*. In: Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia (RECPC), Granada, n. 10, 2008. p.06.

³⁹⁷HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.06-7; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito ‘pretípica’*. Madrid: McGraw-Hill, 1999. p.27 e ss.

³⁹⁸ “Ciertamente, *Stratenwerth* está pensando aquí en el autor del clásico delito de omisión, por ejemplo, en quien, pese a poder hacerlo, no impede que su hijo o su perro dañen un sofá ajeno o perturben una cerimonia de sepultura. Pero la consecuencia de ello es clara: quien debe responder jurídicamente en relación con el niño o el perro, también debe hacerlo, y más claramente aún, respecto de las fuentes de peligro que proceden de su propio cuerpo cuando amenazan con producir el resultado típico, sea mediante la *realización de una acción*, o bien a través de *otros procesos controlables*, como sangrar o reír”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.06-7; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.27 e ss.

³⁹⁹ “Puede decirse, por tanto, que la negación del delito ‘pretípica’ tan sólo anticipa sobre el concepto de acción una valoración interna del tipo y con ello hace exactamente lo que el postulado de neutralidad prohíbe”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.27.

possíveis – como na remissão da responsabilidade a momento anterior, no qual havia consciência e vontade, ao invés de buscar estender o conceito para os demais períodos.

As formulações de Herzberg transmutam o que seria a exigência de uma etapa pré-típica (de verificação da ação) em um juízo de imputação. É claro, para esse professor de Bochum, que grande parte dos problemas em se erigir um supraconceito de conduta se deu porque sempre se pensou a partir do modelo da ação positiva, e sua proposta é justamente de romper com isso elegendo a omissão como modelo⁴⁰⁰.

Herzberg deixa claro que o elemento central sobre o qual cabe estruturar a teoria do delito não deve ser o da ação, muito menos o da ação final. O que fundamenta a responsabilidade penal seria sempre uma *omissão* intrínseca a qualquer ação, pois todo autor de um delito omitiria algo requisitado pelo direito. Em termos mais exatos, o autor conscientemente não evita o resultado procedente de uma fonte de perigo de sua competência – seja porque esse perigo se origina de seu próprio corpo⁴⁰¹, de algo sob sua responsabilidade, como um cachorro *etc.* Haveria uma expressa generalização da posição de garantidor⁴⁰².

Em seu conceito de conduta, Herzberg tenta deduzir, dentre outras coisas, do §11, I, nº5 do Código Penal alemão (“Fato antijurídico: é apenas aquele que realizou o tipo de uma lei penal”⁴⁰³). Como ele fundamenta a responsabilidade jurídico-penal, então, na *omissão com infração do dever de cuidado e jurídico-penalmente desvalorada*⁴⁰⁴, deixa de fazer parte dessa concepção a conduta típica justificada, porque ela não é desvalorada por não se encaixar na expressão “fato antijurídico” e, assim, nunca pode ser elemento constituinte do delito⁴⁰⁵.

Nota-se, então, como ele articula a *posição de garantidor* com a *possibilidade de evitação* do fato desvalorado. E isso também se justifica por achar desnecessária a exigência

⁴⁰⁰HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.30.

⁴⁰¹ “Pero también es válido, por ejemplo, para la violación (§177 CP). También su autor deja de realizar lo que el Derecho le exige. Debe controlar determinadas fuentes de peligro, especialmente debe contener su propia persona y abstenerse de agresiones, y ahí es donde falla”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.07; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.30 e ss.

⁴⁰² “Imaginemos que se perturba un funeral con una risa innecesaria y alta (§167ª StGB). Aquí cualquiera comprende qué es lo decisivo para la responsabilidad del que se ríe: que él, en primer lugar, es responsable de la fuente de la perturbación (posición de garante) y, en segundo lugar, podía evitarla conteniéndose. Frente a ello, es absolutamente irrelevante la cuestión de si el visitante se ríe voluntariamente o sólo há omitido reprimir la risa que le provoca. Ambos están ‘en la misma línea’ y la confesión de intencionalidad unicamente impediría una rebaja facultativa de pena (§13 II StGB)”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.31 e ss.

⁴⁰³ “rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht”.

⁴⁰⁴ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.21.

⁴⁰⁵ Idem, p.36; “Puesto que para definir lo común a todos los *hechos punibles* mi precisión conceptual cita, entre otros, *ladesvaloración jurídico penal*, que sólo puede producirse, naturalmente, con la realización de un tipo penal”. Idem, p.39.

de neutralidade da ação em razão de sua função de unificação⁴⁰⁶. Restam, assim, unidos os crimes comissivos e omissivos, razão pela qual ele questiona, inclusive, a distinção entre proibição e mandamento⁴⁰⁷.

Essa fundamentação sobre a omissão se dá até mesmo, é claro, quando se trata de delitos comissivos. Pois, como a ação é a omissão do (possível) domínio de si mesmo, quando o agente produz uma não-evitação é apenas um detalhe ela ser expulsa de si por meio de um fazer⁴⁰⁸. Essa concepção também permite, aliás, a apresentação da lesão ao bem jurídico como ponto de convergência entre delitos comissivos e omissivos, pois é a partir de sua constatação que se lucubra a possibilidade da evitação⁴⁰⁹.

Está embutida, então, nessa visão sobre o fundamento da responsabilidade jurídica, a extrapolação dos delitos imprudentes amplamente difundida pelas teorias da imputação objetiva: a inobservância do dever objetivo de cuidado no tráfego, a qual se manifesta na ideia reversa de *risco permitido*⁴¹⁰. Com a devida ressalva que, para Herzberg: (a) a ideia do risco permitido não se restringe apenas aos delitos de resultado consumados, como em algumas teorias da imputação objetiva, mas também toca os delitos tentados e de mera atividade; e (b) apesar de se aproximar, como Jakobs, da incorporação de requisitos da imprudência, ele não incorpora a culpabilidade ao seu conceito de conduta. Sua perspectiva contempla apenas o fato antijurídico (lembre-se da referência ao §11, I, n°5 do CPA)⁴¹¹.

Essa incorporação da ideia de risco permitido por meio do conceito de omissão, apesar de tudo, não promove uma *total* equiparação entre o fundamento da responsabilidade penal e o tipo propriamente dito (como pode gerar a concepção de *ação típica*), porque seria possível a constatação de uma conduta antijurídica que não preencha qualquer tipo penal – como o dano culposo ao patrimônio alheio, as contravenções *etc.*⁴¹².

⁴⁰⁶ “Este juicio es absolutamente jurídico, un juicio de valor jurídico penal. No subsumimos los hechos en ningún precepto penal porque a los animales y los inconscientes no les hacemos responder penalmente en ningún caso”. Idem, p.26.

⁴⁰⁷ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.07-8.

⁴⁰⁸ “Naturalmente, no discute que la mayoría de los delitos se cometen por acción. Estos delitos no se agotan en una omisión. Pero también ellos queda la omisión como el núcleo propio, porque la pérdida de la autorrepresión, la omisión del posible dominio de si mismo fundamenta la responsabilidad, mientras la circunstancia de que el autor produzca la no evitación, la expulse fuera de sí activamente, tan sólo es relevante en la medición de la pena (§13 II StGB)”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.30.

⁴⁰⁹ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.33; “Quien busca determinar un concepto de acción *específicamente penal* tiene que darle elementos normativos y definir, consecuentemente, el concepto penal de *hecho punible* o de *hecho antijurídico* (...). Ambos conceptos no dejan ninguna duda, incluso sin definirlos, de que se remiten ‘a la totalidad de las normas penales’ y abarcan sólo aquellas conductas que lesionan la norma y están desvaloradas penalmente”. Idem, p.39.

⁴¹⁰ Idem, p.34-5.

⁴¹¹ Idem, p.36 e ss.

⁴¹² Idem, p.35.

Rolf Herzberg sequer acredita, à mingua das concepções finalistas, em uma identidade entre a *vontade* que permeia a ação e o *dolo*, pois, segundo ele, a possibilidade de haver duas condutas idênticas (de subtração de um livro, por exemplo), nas quais em uma se constata o dolo e na outra não (em razão, possivelmente, de um erro em relação ao elemento “alheio” do tipo), indicaria justamente essa dissonância.

Haveria entre vontade e dolo, dessa forma, uma relação de paralelismo e correspondência⁴¹³, o que parece significar, em última instância, uma aproximação do papel representado pela vontade no causalismo: vontade cindida, direcionada à causação (vontade de apertar o gatilho, ao invés de vontade de matar) e sinalizada pela mera requisição de voluntariedade de todas as condutas⁴¹⁴.

Não obstante, do finalismo parece ser possível se deduzir uma relação continente-conteúdo, na qual a vontade seja mais abrangente e contenha o dolo, o que em princípio parece neutralizar essa crítica.

Ademais, Herzberg entende que a tese das chamadas estruturas lógico-objetivas, as quais supostamente limitariam o direito, apenas encobre o que, na verdade, é a estrutura da linguagem. Os contornos e fronteiras do essencial nos elementos de um delito se dariam pela configuração da linguagem e não por estruturas ontológicas⁴¹⁵. A apreciação do finalismo, por parte desse professor de Bochum, inclina-se a um simplismo, caracterizando-a de tal forma que a teoria chega a se incompatibilizar com a ideia de dolo eventual (e, ao que parece, implicitamente poderia tornar problemático inclusive o dolo direto de segundo grau)⁴¹⁶.

⁴¹³HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.08-9.

⁴¹⁴ “Para ser autor doloso de un *hecho punible* debe de quererse la realización del tipo de la misma forma que quien actúa de *cualquier modo* quiere, por lo menos, el propio movimiento corporal, por ejemplo, cuando lanza una piedra al agua o hace una mueca. ‘La voluntad de matar forma parte de la acción de matar’ como la voluntad de lanzar forma parte de la acción de lanzar. Pues para apreciar una acción no basta con que alguien prevea un movimiento de su cuerpo como una consecuencia segura de su estado físico – por ejemplo, en los casos de muecas compulsivas –, sino que se requiere que realice el movimiento corporal *voluntariamente*, o sea, *intencionadamente*”. Idem, p.30.

⁴¹⁵ “Pues, al estudiar los textos y los conceptos legales ¿cómo pueden apprehenderse los ‘fenómenos previos al Derecho’ y las ‘estructuras’ importantes para su correcta comprensión, si no es en la forma del ‘sentido usual’ o ‘natural’ de las palabras? (...) Con independencia de la utilidad que tenga en el caso concreto, nadie discute que en la interpretación de la ley debe tomarse en consideración el ‘sentido natural de las palabras’, que también puede denominarse el sentido ‘previo al Derecho’”. Idem, p.11.

⁴¹⁶ “Con las palabras de *Welzel*: ‘El dolo jurídico-penal (...) es (...) la voluntad *dirigida* a la realización del tipo’. Dico por *Weidmann*: ‘Sólo es dolosa la finalidad dirigida a la realización de un tipo legal’. De aquí deriva una clara consecuencia: la responsabilidad dolosa queda excluída respecto de aquellos autores a los que sólo se puede atribuir el denominado *dolus eventualis*. También en el caso de que se tome en serio o acepte la producción del resultado, el autor le falta la finalidad respecto de la realización del tipo. El policía, por ejemplo, puede haberse ‘resignado internamente’ con el desenlace mortal, pero la *meta* de su actuación no era la muerte, en cuya ausencia tenía puesta toda su esperanza, sino unas lesiones e impedir así la fuga”. Idem, p.12. No dolo direto de segundo grau, não se insere no propósito do agente aquilo que se atribui a ele como consequência necessária. Em outras palavras, não seria um absurdo retórico argumentar-se que a finalidade de alguém que explode um avião para matar seu desafeto estava direcionada estritamente ao avião e ao desafeto (apesar de, ao fracionarmos

Herzberg diz não poder concordar com os finalistas sobre o dolo ser a finalidade dirigida aos elementos do tipo, quando é possível inserir-se na esfera de delitos dolosos os crimes cuja relação subjetiva estabelecida com o resultado seja de mera conformação (dolo eventual) e não de vontade – quiçá, seria possível se dizer que há condutas caracterizáveis como dolo eventual nas quais o agente não queria o resultado⁴¹⁷. Aparentemente ele não percebe ao criticar a sobreposição entre vontade e dolo, em seu afã em desconstruir o finalismo, que o oposto disso seria a possibilidade de se punir a título de dolo condutas sem vontade (como seria o caso de sua apreciação do dolo eventual) ou em erro⁴¹⁸.

De qualquer forma, para nós a questão de fundo parece ser a problemática concepção de dolo eventual que Herzberg se permite, segundo a qual é possível não se querer algo e ao mesmo tempo se considerar a conduta como dolosa. Sem embargo, paralelamente, Herzberg afirma também que sequer a suposta contribuição finalista para uma maior delimitação dos crimes culposos seria uma genuína contribuição, porque, assim como os delitos culposos, os delitos dolosos também violariam um *dever de cuidado*. Nesse sentido, para ele, a própria função da imputação objetiva é a de delimitar uma violação da lesão a um dever de cuidado⁴¹⁹.

Entretanto, novamente, essa conclusão parece se dever em parte à indistinção entre proibições e mandamentos. Para Herzberg não é possível deduzir de qualquer teoria da ação (e, particularmente, do finalismo) os requisitos para a responsabilidade; isso só poderia ser feito normativamente. Ele conclui, a partir daí, que o delito sempre se realiza por meio da

cognição e volição, ser possível dizer que ele sabia das consequências decorrentes, a morte de mais pessoas), e por isso o finalismo também não daria conta do dolo de segundo grau. Não ser absurda essa linha argumentativa, como a outra, não significa que ela esteja correta.

⁴¹⁷ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.14 e ss. Herzberg dá o exemplo do caçador que quer acertar o coelho (e não uma pessoa), mas dispara assumindo o risco de acertar alguém.

⁴¹⁸ “Quien coge una cosa ajena que creia que carecia de dueño y se la apropria, actúa con ‘dolo’ delictivo. Con otro ejemplo: la finalidad del disparo, o sea, una acción de disparar puede constatarse antes de resolver la cuestión sobre el dolo de matar, y aquella constatación no se verá afectada si finalmente se niega el dolo y se afirma el carácter imprudente de la muerte”. Idem, p.30.

⁴¹⁹ “Sin duda, es cierto que los delitos imprudentes – como delitos de acción – presuponen, ya en el *injusto*, una acción *descuidada*. El §276 apartado 2 del Código Civil establece: ‘Actúa imprudentemente quien desatiende el cuidado exigible en el tráfico’. Y no es sistemáticamente correcto plantear la imprudencia al examinar la culpabilidad. En tanto que lesión al deber de cuidado, debe ser un presupuesto del injusto. Pues sólo quien actúa infringiendo un deber realiza el injusto o, a la inversa: quien cumple con su deber actúa siempre correctamente”. Idem, p.19; “Me refiero a la relación de inclusión, o de *plus-minus* que existe entre los delitos dolosos y imprudentes: todo delito doloso presupone que el autor no há respetado el cuidado exigible en el tráfico. ¡Tomemos el ejemplo de la receptación! Quien se dedica a comprar joyas robadas y advierte que la alusión a una herencia puede ser falsa, e incluso lo admite, no realiza el injusto de una receptación si *respeto las reglas*, especialmente si pregunta insistentemente al respecto y hace comprobaciones en relación con los elementos sospechosos. (...) Es evidente que la cuestión valorativa que debe responderse aquí es la del ‘riesgo permitido’ y la observancia del ‘cuidado exigible en el tráfico’, o sea, la cuestión de si hay o no *imprudencia*”. Idem, p.21, e uma defesa mais profunda desse ponto pode ser encontrada em: HERZBERG, Rolf. *Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch*. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, p.593 e ss.

*violação de um dever*⁴²⁰. Isso poderia não ser de todo imperfeito, pois é correto dizer-se que o delito só existe diante de uma norma – a velha formulação de Carrara de delito como ente jurídico. No entanto, além de ele não estar afirmando apenas isso (mas ampliando a função dos *deveres* na teoria da norma), o que está em jogo também é, uma vez reconhecida a necessidade de uma norma penal para a criminalização de um fato, o grau de discricionariedade sobre o mundo que essa norma possui.

Em sua concepção, os delitos dolosos cristalizam-se como condutas nas quais, de forma imprudente (porque não respeita o cuidado necessário em qualquer relação), realiza-se dolosamente os elementos do tipo⁴²¹. Seria pressuposto para a imputação de um delito, portanto, sempre a violação de um dever de cuidado, seja para os delitos culposos, seja para os delitos dolosos.

Estranhamente, Herzberg afirma que, se o finalismo posiciona o dolo como elemento central para a realização do tipo, ausente o dolo, seria forçoso concluir-se pela atipicidade da conduta. Na verdade, subjacente aos tipos dolosos haveria – de forma dissimulada – a exigência de uma violação do dever de cuidado. Por isso não caberia qualquer fundamentação ontológica⁴²². Trata-se de um argumento estranho porque parte do princípio que, desconsiderando-se o delito doloso, o crime culposos se subsume ao mesmo tipo penal, quando o que acontece é uma reestruturação do tipo (mesmo que se considere essa “reestruturação” um tanto implícita quando aparece nas fórmulas “se é culposo”).

Parece óbvio não se tratar do mesmo tipo penal – especialmente quando se lembra que o tipo penal é composto por elementos diversos, dentre eles os elementos subjetivos – quando se altera um elemento necessário para a sua composição, qualquer um que seja. Portanto, ausente o dolo não se pode dizer que o tipo foi preenchido ou poderá ser preenchido por uma modalidade culposa. Caso contrário, em tipos penais como os de homicídio, seria necessário ler, no lugar de “matar alguém”, “causar a morte de alguém”. E, aparentemente, é essa a interpretação habilitada por esse professor de Bochum⁴²³.

⁴²⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.19.

⁴²¹ “Es el paso previo para advertir que todo examen de un delito doloso debe pasar por la comprobación de su carácter imprudente, como elemento que forma parte de aquel examen”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* p.21-2.

⁴²² “Quien concibe el dolo como ‘espina dorsal’ o ‘componente esencial’ de la acción y, así, entiende que el dolo de matar es la espina dorsal de la acción homicida, si es coherente deberá negar y ala *acción* típicamente relevante cuando falte el dolo delictivo”. Idem, p.23.

⁴²³ “¿Acaso los finalistas no podrían huir hacia delante y negar ya en el tipo *objetivo* la correspondiente acción típica, por faltar la ‘espina dorsal’? A mí me parece que esto es incompatible con la ley. Porque, en nuestros ejemplos, el §16 apartado 1 CP parte de la ‘comisión de un hecho’, o sea, se refiere a los autores que hayan realizado el ‘hecho’ de alejarse del lugar del accidente, de yacer con una descendiente, de matar a una persona,

Não são de estranhar totalmente essas concepções alargadas de responsabilidade penal, quando o mesmo autor considera razoável, a título de tentativa, a criminalização de eventos estritamente psicológicos⁴²⁴. Ele apenas propõe explicitamente o que muitas concepções normativas trazem implicitamente consigo; e posições contemporâneas como essa reforçam a importância de uma visão crítica sobre a ação (e sua função negativa) ainda hoje.

Por sua vez, Harro Otto também se debruça sobre a questão da imputação objetiva, e destaca que o direito penal tem por foco de interesse não qualquer modificação no mundo exterior, mas modificações as quais representem objetivações de pessoas. Justamente por isso, não deve se restringir apenas às relações causais, mas a critérios vinculativos entre fenômenos (como conduta e resultado)⁴²⁵.

Dessa forma, a ofensa ao bem jurídico como um sinalizador aparente do delito, por exemplo, só adquire interesse na medida em que represente uma posição do agente em relação ao ordenamento jurídico por meio de sua conduta. Assim, o ordenamento jurídico impõe exigências, em relação às quais o indivíduo se posiciona. Essas exigências, contudo, precisam de uma referência concreta porque todo dever teria como requisito a *possibilidade* de sua realização, caso contrário seria arbitrariedade. Seria exatamente porque a possibilidade da realização de um dever tem necessariamente vínculo tanto com a situação concreta quanto com a norma, que Otto declara a impossibilidade de qualquer conceito pré-típico de ação⁴²⁶.

A conduta, portanto, não se analisa com uma mirada restrita à anteposição de uma condição (teoria da *conditio sine qua non*), mas se ela realizou uma possibilidade de acordo com as circunstâncias reconhecíveis concomitantes ou anteriores. Assim, por não se tratar de um mero nexo condicional, mas de um vínculo mental (um processo hipotético mental), é extensível aos delitos comissivos e omissivos⁴²⁷.

Em outras palavras, a questão da realização do tipo não se põe pela simples constatação da condição – que pode existir das formas mais remotas –, mas é necessário determinar se o agente pôde conduzir o evento para um resultado específico. E essa possibilidade objetiva de se imputar um resultado a uma conduta específica (possibilidade de

pero que, al cometerlo, desconocían una circunstancia del tipo legal. Por lo tanto, este caminho (que tampoco los finalistas intentan transitar) esta vedado”. Idem, p.24.

⁴²⁴ Esse é o caso de afirmação da possível punibilidade de um evento estritamente espiritual como tentativa inidônea (aquele que crê que as vibrações mentais enviadas influenciam na realidade). “Así, es habitual negar el carácter de acción a los sucesos puramente psicológicos y, con ello, negar la relevancia penal en su conjunto y a *limine*. (...) Que no se puede cometer un delito de este modo *bajo ninguna circunstancia* es, sin embargo, una conclusión inductiva problemática”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del...* p.27.

⁴²⁵ OTTO, Harro. Op. Cit. p.68-9.

⁴²⁶ Idem, p.70.

⁴²⁷ Idem, p.70-3.

condução do evento) depende de quais são as condições cognoscíveis para o agente: se as condições que se somam à sua conduta como necessárias para gerar o resultado não são (ou não podem ser) conhecidas pelo agente, então a imputação resta impossibilitada⁴²⁸.

Se em geral os eventos supõem diversos nexos condicionais, dentre essas condições é possível, para esse professor de Bayreuth, que se eleja apenas um como *conditio sine qua non* – ou uma causa eficiente para outros. Para ser possível realizar essa eleição, ele aponta dois critérios: a relação de imputação e o fundamento da imputação⁴²⁹.

A *relação de imputação*, conforme Otto, já está em grande medida antecipadamente delimitada. Isso porque para grande parte da doutrina, e o mesmo ocorreria na prática forense, partiria do princípio de que apenas o resultado sobre o qual a pessoa pôde ter alguma ingerência é atribuível a ela. Portanto, já se limita os objetos de análise da *conditio sine qua non* em um estágio inicial. Num segundo momento, surgem critérios adicionais de delimitação. Nos delitos dolosos, por exemplo, além da anteposição de uma condição salta aos olhos a imposição do dolo⁴³⁰.

No entanto, mesmo para os delitos dolosos a percepção dos traços essenciais do curso causal não seria suficiente, e essa insuficiência fica mais clara na distinção entre o desejar e o querer. Assim, Otto se vira para a *previsibilidade* a fim de tentar fechar as lacunas remanescentes, mas ela também se mostra insuficiente – pode ser também caracterizado como previsível um resultado desejado e perseguido pelo agente, mas que só casualmente tenha se produzido. A pertinência do critério da previsibilidade se deve, então, ao fato de ser um indicador da *dirigibilidade* dos acontecimentos⁴³¹.

É assim que Harro Otto, portanto, propõe resolver algumas controvertidas questões sobre a intervenção de terceiros no curso causal. Afinal, sua proposta é a de avançar melhores critérios para a imputação. Não faz, portanto, qualquer diferença se o agente originário supôs ou não a intervenção de outrem – a não ser que ele tenha influído sobre a vontade desta outra pessoa –, dado que, segundo o autor, uma vez intervindo no curso alguém imputável, que assume conscientemente os riscos e toma uma decisão livre, jaz por terra a dirigibilidade daquele agente⁴³². Consequentemente, também é equivocada a ideia de que, no curso causal

⁴²⁸ Idem, p.70-3.

⁴²⁹ Idem, p.75 e ss.

⁴³⁰ Idem, p.75-6.

⁴³¹ Idem, p.76-7.

⁴³² Idem, p.77-9.

com interferência de outrem, o agir primitivo só perde importância quando o resultado teria se produzido apesar dessa conduta (com ou sem ela)⁴³³.

Em linhas gerais, pode se dizer que, para Harro Otto, a imputação de um resultado ao sujeito se dá em razão de *sua obrigação de evitá-lo*; e se pode dizer também que o resultado era evitável quando a intervenção do agente no curso causal é o que determina a realização ou não (dirigibilidade). Essa situação só se altera quando o domínio do agente sobre o curso dos acontecimentos é desfeito, ou seja, nos casos de *interrupção do nexo de imputação*.

O desvio do curso causal se torna um importante tópico para se abordar as questões mais relevantes no pensamento desse professor de Bayreuth. Especialmente quando se busca desenhar com maior precisão as fronteiras entre o curso causal e as impressões subjetivas do agente. Por isso, Otto propõe uma abordagem não a partir do resultado, e sim da dirigibilidade do curso causal pelo sujeito, a qual, como se disse, encontra seu limite mais claro na intervenção de terceiros⁴³⁴. E o fundamento desse limite não diz respeito a uma questão de alcance de determinadas normas (sejam proibições ou mandamentos), e sim à constatação de que a simples causação não pode justificar a responsabilidade penal⁴³⁵.

Há, repita-se, outras formas de interrupção desse nexo de imputação para além da intervenção de terceiros – como é o caso do arrependimento no qual a vítima recusa a ação salvadora; como a criação de perigos posteriores para o bem jurídico da vítima (quando, por exemplo, o agente desiste dolosamente de ajudar a vítima em uma lesão causada culposamente por ele) *etc.* Assim, o primeiro critério, de relação de imputação, culmina na elaboração do conceito (seu verso) de *interrupção da relação de imputação*⁴³⁶.

Não existe, entretanto, um dever de evitar todos os resultados possíveis a um sujeito. Por isso, além da supramencionada dirigibilidade, apresenta-se como fundamento da imputação o *dever de evitar os resultados*. Assim, não basta que seja possível evitá-lo, mas que haja essa obrigação. Surge, então, a necessidade de se elencar os casos que fundamentam a criação de um dever de evitar, quais sejam: (a) pela criação ou pelo aumento do perigo para

⁴³³ Ideia a qual ele atribui a Dieter Kion (*Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten*, 1967) e K. Hertel (Comentários ao BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 51, 1966).

⁴³⁴ “(...) el BGH há castigado por homicídio consumado al autor que hirió mortalmente a lavíctima, aunque un tercero le había dado el ‘tiro de gracia’ que lo llevó a la muerte. (...) En estos casos la desviación del curso causal puede parecer inessential, cuando se argumenta solamente a partir del resultado, pues el autor también había anhelado el resultado producido. Sin embargo, esto es erróneo. No es el hecho de que el resultado se há producido lo que puede ser decisivo, sino solamente la manera y medida de la conducibilidad del curso causal puesto en marcha por el autor. Pero éstas encuentran su limite en la intervención dirigida a un fin, por parte de terceros que conducen el acontecer sobre la base de una decisión voluntária propia, libre en el sentido jurídico, por más que el resultado perseguido sea el mismo”. OTTO, Harro. Op. Cit. p.79.

⁴³⁵ Idem, p.79-80.

⁴³⁶ Idem, p.80-3.

o bem jurídico (princípio do incremento do risco⁴³⁷), por meio da qual se desenvolve de forma autônoma o perigo criado, de modo que a lesão ao bem jurídico seja uma concretização deste perigo; (b) pelos deveres especiais de garantidor (os quais implicam no domínio de uma fonte de perigo); (c) pela assunção de determinados perigos ou pela vinculação desses perigos ao desempenho de determinados papéis sociais⁴³⁸.

O próprio conceito de perigo, todavia, já adiantaria de certa forma algum conteúdo valorativo. Sobre isso, aduz Otto:

A este respecto, hay que prestar atención a que, al elegir el concepto ‘peligro’, ya se realiza una valoración previa, restringiendo el ámbito de las posibles situaciones a partir de las cuales se pueden derivar lesiones al bien jurídico. La comprobación de que está creado un peligro para el bien jurídico ya contiene una expresión sobre la posibilidad y probabilidad de lesiones al bien jurídico, aun cuando las particularidades del concepto de peligro son todavía ampliamente oscuras, a pesar de la significación central de este concepto para la estructura del delito.⁴³⁹

Destacam-se como problemáticas, como aponta o próprio autor, não só a delimitação concreta de uma situação de perigo (em razão, inclusive, do caráter equivoco do conceito), mas também a exigência, quando nos deparamos com os casos nos quais se aplica o *princípio do incremento do risco*, de que se desenvolva de forma autônoma o perigo ao bem jurídico. Isso porque o fundamento da responsabilidade nos crimes comissivos difere substancialmente dos crimes omissivos⁴⁴⁰.

Ao levar-se às últimas consequências o princípio do incremento do risco, contudo, é possível realizar-se um giro na abordagem dos crimes comissivos de resultado, e a fundamentação de sua responsabilidade deixa de ser a deflagração de um curso causal perigoso (criação consciente do fundamento da responsabilidade). A faceta cognitiva nesses delitos não mais precisa, então, alcançar essa criação de responsabilidade (a qual pode ser, assim, uma criação inconsciente). Seria suficiente o conhecimento do fundamento da

⁴³⁷ Embora um termo preferível à risco seja perigo.

⁴³⁸ OTTO, Harro. Op. Cit. p.84-5. Essas distinções retornarão quando abordarmos a teoria de Jakobs.

⁴³⁹ OTTO, Harro. Op. Cit. p.85.

⁴⁴⁰ “Al analizarse aquí, como consecuencia del cambio de presupuestos subjetivos, el fundamento de la responsabilidad y el presupuesto de la responsabilidad de modo sucesivo, deviene clara la dependencia funcional entre ‘principio de incremento del riesgo’ y ‘principio de conducibilidad’. Pero la problemática respecto de toda realización delictiva por un hacer positivo es la misma. Sólo la sobreacentuación inapropiada de la causalidad como elemento del tipo en el intento de explicar el delito con métodos de las ciencias naturales pudo conducir al criterio, en gran parte todavía hoy indiscutido, de que la realización dolosa del delito por medio de un hacer positivo presupone la creación consciente del fundamento de la responsabilidad (desencadenar un curso causal peligroso), mientras que en los delitos de omisión dolosos la responsabilidad la fundamenta el conocimiento de la situación que fundamenta el deber y la posibilidad de evitar el resultado”. Idem, p.86.

imputação e do teor evitável do resultado. Aqui, aparece mais uma vez o fenômeno linguístico como um arrimo adicional, permitindo essa liberalidade na compreensão dos delitos⁴⁴¹.

Imediatamente essa perspectiva cria a necessidade de se dar conta daqueles crimes comissivos de resultado que se manifestam por um evento externo unitário – pense-se em alguém executado por um tiro na cabeça à queima roupa, morrendo de imediato –, para os quais a explicação é altamente insuficiente⁴⁴². E é justificável, portanto, alguma estranheza, pois os crimes comissivos não detêm uma posição menor na teoria do delito e na política criminal. É especialmente difícil acomodar essa teoria quando o lapso temporal (a partir da criação do fundamento da responsabilidade) para o dever de impedir o resultado é quase imperceptível, inexistindo qualquer hiato hábil para que se possa tomar conhecimento e, assim, decidir-se agir em consonância com ele (lembre-se, novamente, do exemplo do disparo de arma de fogo). A teoria de Otto, aliás, parece entrar em colapso quando confrontada com os delitos de ímpeto. O que se pode buscar fazer é artificialmente antecipar o dever de impedir o resultado para momentos anteriores, a fim de dilatar o prazo para o seu conhecimento, preenchendo uma lacuna da teoria – no disparo de arma de fogo, esse dever se estenderia talvez até o momento no qual se iniciou a manipulação do instrumento.

Menos problemática parece a aplicação do princípio do incremento do risco para os delitos culposos, nos quais essa aplicação surge como um caminho alternativo à utilização do princípio da não punição de deveres inúteis. Desta forma, é possível uma solução racional nos notórios casos nos quais a adoção dos cuidados devidos não resultaria em um resultado menos lesivo ao bem jurídico do que a conduta concretamente empregada⁴⁴³.

Pode finalmente dizer-se que as teorias negativas em geral propõem uma inversão de perspectiva. Se historicamente a abordagem da dogmática para estruturar a teoria do delito foi a partir dos crimes comissivos como modelo, nesta etapa os delitos omissivos são elevados ao patamar de modelo. Como destaca Cirino dos Santos, isso implica também uma inversão metodológica, pois transfere a discussão que, antes, dava-se em uma esfera pré-jurídica (ou pré-típica) para a esfera jurídica (ou normativa)⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Idem, p.86-7.

⁴⁴² Acrescenta Otto: “Ciertamente, con frecuencia coinciden el desencadenamiento del fundamento de la responsabilidad y el ejercicio del dominio sobre el acontecer, restringido a un breve lapso (A mata de un tiro a B). Esto, sin embargo, no debería llamar a engaño y hacer pasar por alto que el acontecer externamente unitário se base en la relación funcional de elementos diversos. Por lo demás, podría ser perfectamente adecuado al uso linguístico acusar de haber matado a otro aquel que há puesto a éste en peligro para su vida y, a pesar de tener a su disposición la posibilidad de evitar el resultado, no impede la realización del peligro em la muerte de la víctima”. Idem, p.87.

⁴⁴³ OTTO, Harro. Op. Cit. p.88-9.

⁴⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.93.

Consequentemente, diante de um esforço em tentar racionalizar o amplo campo da não-avoidance, essas teorias acabam por generalizar a posição de garantidor (estendendo-a aos delitos comissivos). Nos delitos comissivos, a assunção da posição de garantidor seria uma decorrência da conduta anterior, por meio da qual o indivíduo atualiza sua ofensa ao bem jurídico. Não obstante, apesar dessa tentativa omnicompreensiva, uma teoria desta natureza não consegue abranger os delitos decorrentes de tipos penais que não exigem do sujeito ativo a posição de garantidor, como é o caso dos crimes omissivos próprios (como também é problemática sua relação com os delitos de mera atividade)⁴⁴⁵.

Além de tudo, transparece como crítica simples e contundente a observação de que há ação independentemente da existência do tipo penal, e o enclausuramento dos conceitos da psicanálise aos limites da teoria da conduta significa condená-la à simplificação (ou melhor, ao simplismo) e por vezes ao equívoco⁴⁴⁶. Importa também a ponderação do professor Cirino dos Santos, para quem o critério da evitabilidade (o principal fundamento da teoria negativa) “integra todas as categorias do conceito de crime, constituindo, portanto, um princípio geral de atribuição que não pode ser apresentado como característica específica do conceito de ação”⁴⁴⁷.

Em um nível mais fundamental, a concepção negativa de conduta falha também por sua incapacidade de cumprir sua proposta, realizar de forma definitiva a redução de ação e omissão a um conceito comum. Foi malsucedida porque se para os delitos comissivos o critério da avoidance é equiparado à não-produção do resultado, então a não-avoidance seria a não-não-produção do resultado. Ora, uma dupla negativa implica em uma afirmação (então, a não-avoidance seria a produção). Já nos delitos omissivos a avoidance é equiparada à não-produção do resultado, e a não-avoidance à sua produção. Como se pode ver, nada mudou: a ação é a produção de um resultado e a omissão a sua não-produção. Os sinais foram apenas invertidos⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.95.

⁴⁴⁶SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.94.

⁴⁴⁷SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.94.

⁴⁴⁸ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol. II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.95; Crítica também apresentada por Roxin (1997).

7 O MODELO DE JAKOBS

Esclarece Jakobs que, ao se discutir sobre o conceito de ação, discute-se na verdade o conceito de injusto. Diversas foram as discussões empreendidas nas quais se enfrenta a questão da ação, desde o causalismo até a imputação objetiva – e no caso desta, isso se dá porque a normatização empreendida pela imputação objetiva tem por objeto também a ação⁴⁴⁹.

Diz Jakobs que não busca o conceito de ação em elementos anteriores à sociedade, mas na própria sociedade. O conceito de ação deve, então, (a) articular sociedade e direito penal; (b) possuir uma unidade conceitual, apontar uma relação de homogeneidade teórica entre seus elementos (e não um agrupado incongruente de elementos); (c) ter clara sua relação com a responsabilidade por culpabilidade⁴⁵⁰.

Na apresentação da concepção de Günther Jakobs sobre ação no direito penal, procurará reconstruir-se, aqui, a forma de apresentação do tema realizada pelo autor, por meio de abordagens graduais que lançam as bases para uma crescente particularização e detalhamento. Isso significa partir de uma concepção da ação como (1) responsabilidade pelo resultado, transitando para sua conceituação como (2) causação individualmente evitável de um resultado, como (3) tornar-se individualmente evitável razão determinante de um resultado, até (4) violação da vigência da norma como uma máxima de comportamento por um movimento físico (ação) ou não (omissão).

A resolução pela incorporação do conceito de ação, e mais especificamente de ação humana, implica a opção (1) por uma responsabilidade por organização (por ação realizada ou realizável em oposição à responsabilidade por mera existência) e (2) por uma responsabilidade individual (em oposição a uma responsabilidade tribal ou coletiva).

(1) Jakobs recorre ao senso comum estabelecido para sustentar sua afirmação de que a responsabilidade nem sempre pressupõe algo a que possamos chamar coerentemente de ação. É nesse sentido que ele apresenta o exemplo da pessoa que cai, por *vis absoluta* (rajada de vento, p.ex.) ou por um desmaio, derruba outra pessoa consigo e se *desculpa* ao levantar. Segundo ele, em um exemplo tão direto torna-se especialmente claro como a ideia vigente de

⁴⁴⁹ JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*. In: Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p.101-2.

⁴⁵⁰ JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.102.

culpabilidade – como culpabilidade pelo exercício da vontade – possui uma penetração muito limitada e condicionada pelo desenvolvimento histórico⁴⁵¹.

Analogamente, seria possível dizer-se que a responsabilidade poderia advir também da maneira como uma pessoa existe no mundo, e isso também se poderia deduzir do senso comum. Uma tal forma de responsabilidade possui um claro parentesco com a responsabilidade pelo resultado. A pena atribuída a uma constituição desventurada da existência não pode ser compatibilizada com as finalidades modernamente atribuídas à pena – com qualquer função preventiva, de manutenção do status quo ou de limitar deteriorações ulteriores da vigência da norma –, mas apenas pela ideia de defraudação de expectativas. Não obstante, tanto a finalidade de restituição da vigência da norma (a qual, segundo Jakobs, subjaz ao sistema de justiça) quanto a estrita retribuição não dão conta da ideia de responsabilidade pelo resultado⁴⁵².

Há, portanto, um hiato de finalidade da pena que explique de forma suficiente determinadas atribuições de responsabilidade. Essa insuficiência se expressa particularmente quando se tenta fundamentar funções simbólicas da pena, ou, nas palavras de Jakobs, quando não se busca restabelecer algo (vigência da norma, *status quoetc.*), mas de demonstrar algo – como diante da condenação de indivíduos de regimes anteriores ultrapassados. O único fundamento comum possível, portanto, seria a ideia de defraudação de expectativas e, portanto, a exigência ou não de uma ação é um condicionamento meramente histórico, e não natural ou ontológico⁴⁵³.

Por conseguinte, este objetivo de restablecimiento no necesariamente forma parte ni del conceto de responsabilidad ni del pena, de manera que la única diferencia que queda entre la responsabilidad por el destino y la retribución de un crimen es el carácter de la defraudación que se articula – en un caso la defraudación por la desgracia de la existencia y en el otro por una voluntad defectuosa –. El que en una sociedad impere uno o otro de estos modelos, es decir, que se requiera o no la concurrencia de una acción para poder someter a alguien a una pena, depende del estádio del desarrollo de esa sociedade, y no de una pretendida configuración inmutable de la naturaliza o del ser humano.⁴⁵⁴

(2) Argumento análogo poderia ser levantado a partir da responsabilidade por pertencimento a determinado grupo tribal, quando a constatação de uma ação pode ser decisiva, mas não o é no sentido que entendemos atualmente. Na verdade, a ação não seria considerada como um ato individual, mas como um feito realizado por todo o grupo (contra

⁴⁵¹ JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.103.

⁴⁵² Idem, p.104.

⁴⁵³ Idem, p.104.

⁴⁵⁴ Idem, p.104.

outro grupo). Assim, a ação que fundamenta a responsabilidade não precisa ser necessariamente individual⁴⁵⁵.

É em função dessas considerações que Jakobs propugna a delimitação de um grau mínimo de ação, para fundamentar a imputação de um delito pelo comportamento e não pela simples existência. E essa delimitação se dá inicialmente a partir do sistema penal erigido sobre a responsabilidade pelo resultado⁴⁵⁶. Nesse sentido, nem toda responsabilidade baseada em tal concepção será necessariamente penal, especialmente se se limita a concepção de pena à vontade defeituosa do agente ou ao restabelecimento da vigência da norma, por exemplo. Ainda assim, o recurso a uma responsabilidade pelo produto permite o resgate da concepção de defraudação de expectativas precipitada pela conduta do agente⁴⁵⁷.

Chega Jakobs à conclusão de que as categorias (e leis) pelas quais se constrói o mundo institucional (social) são qualitativamente diferentes das que regem o mundo natural. Portanto, afirma explicitamente, que atuar significa – em sua concepção de responsabilidade pelo resultado – estar vinculado a um fato pelo destino. Em outras palavras, a constatação ou não da ação se dá por um processo de imputação. Com isso, determinados elementos da conduta (como voluntariedade ou finalidade) passam a ser considerados elementos de indicação de uma vinculação do resultado (como “obra do destino”)⁴⁵⁸.

Paralelamente, enquanto na responsabilidade pelo resultado, a vinculação representa o “destino”, para os delitos imprudentes a vinculação do resultado passa pela noção de *deficiência do sujeito*. Para Jakobs, uma consequência poderia ser evitada se o agente estivesse *motivado* para tanto, assim, nos crimes culposos, o indivíduo se comporta de forma indiferente em relação às consequências, sem se preocupar se irão ou não se realizar. Não levar em consideração determinados elementos é uma tomada de postura que significaria a depreciação daquilo que não se leva em consideração⁴⁵⁹.

Se, em princípio, poderia parecer mais complicado assumir a mesma postura para os casos nos quais a pessoa, na conduta imprudente, não leva em consideração as possíveis

⁴⁵⁵ Idem, p.104-5.

⁴⁵⁶ “Utilizaré aqui un concepto estricto de responsabilidad por el resultado, esto es, no el de responsabilidad por las consecuencias de un actuar peligroso o de un comportamiento problememente culpable, sino por la mera producción de un resultado”. JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.105.

⁴⁵⁷ É nesse sentido que Jakobs resgata a história de Alboíno e Rosamunda. Cf. JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.105-6.

⁴⁵⁸ “El que el autor llevase a cabo algún acto voluntario, que desarrollase determinada organización final, no interesa por el contenido de su voluntad, sino sólo es el principio de su posterior vinculacion, por obra del destino, com la desgracia”. Idem, p.106.

⁴⁵⁹ Como “quien conduciendo un automóvil no se da cuenta de que está superando la velocidad máxima permitida, porque no le interesa si la está respetando o no, declara a través de su comportamiento que la regulación relativa a la velocidad carece de importancia”. Idem, p.110-1.

consequências, Jakobs afirma aí também uma tomada de postura que envolve motivação errônea do sujeito⁴⁶⁰. Destarte, em uma segunda etapa, propõe uma aproximação do conceito de ação, na qual ela é expressão de sentido, mas uma expressão de sentido que se traduz na *causação individualmente evitável*. Ação seria, em outras palavras, (a) a *causação* (dolosa ou imprudente) de determinadas consequências, a qual é (b) *evitável* porque não ocorreria diante da correta motivação do agente (direcionada à não produção das consequências em questão)⁴⁶¹.

Não obstante, esse conceito de ação por si mesmo não seria, atualmente, totalmente satisfatório porque: (a) diz respeito a uma concepção individual de ação, negligenciando sua inserção social; e (b) não daria conta das tentativas (ações sem resultado) e dos delitos omissivos (ações sem nexo de causalidade). A partir dessas considerações pode-se vislumbrar já em Jakobs certa inclinação a uma concepção comunicativa de conduta⁴⁶². A ideia de subsunção das manifestações individuais a uma configuração social mais ampla, da tomada de posição individual (ou de expressão de sentido) ao processo comunicativo, dá alguma dimensão da relativização do papel do sujeito na configuração da realidade que adquirira traços mais definidos e melhor fundamentados nas teorias significativas.

El concepto de causación individualmente evitable de un resultado abarca algunas determinantes individuales de la configuración humana del mundo – a diferencia del mecanicismo del concepto causal de acción –. Pero una ‘toma de postura’ o ‘expresión de un sentido’ sólo puede comprenderse como proceso comunicativo, en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor, y éste no dispone del esquema de interpretación del sujeto que se expresa o, si el receptor lo conoce, en todo caso ese esquema no tiene por qué ser determinante por el mero hecho de ser el esquema individual.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Como “(...) un conductor, distraído por un cartel fascinante, no se fija en un paso de peatones y lesiona por ello a un peatón. (...) Pero en un primer momento, esa parecía ser su toma de postura: aunque le era posible configurar la realidad *incluyendo* la atención a los peatones escogió una configuración sin tal atención. El sujeto estaba erróneamente motivado al admitir la distracción; bien es cierto que no há convertido el perjuicio del peatón em contenido ‘expreso’ de su comportamiento, pero sí la distracción, y ésta era cognitivamente incompatible con la protección del peatón”. Idem, p.111.

⁴⁶¹ JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.111.

⁴⁶² “Pero una ‘toma de postura’ o ‘expresión de un sentido’ sólo puede comprenderse como proceso comunicativo, en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor, y éste no dispone del esquema de interpretación del sujeto que se expresa o, si el receptor lo conoce, en todo caso ese esquema no tiene por qué ser determinante por el mero hecho de ser el esquema individual”. Idem, p.112; Ou “Sólo si la acción se entiende no como elemento natural en el ámbito de la imputación, sino como concepto que, a su vez, se halla determinado por la imputación, la acción se convertirá en lo que debe ser: una tomada de postura en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante”. Idem, p.113-4

⁴⁶³ Idem, p.112. Ainda: “Con otras palabras: la representación subjetiva del resultado sólo es relevante en el plano de la comunicación si está basada en un esquema de interpretación comunicativamente relevante. Por ello, los esquemas interpretativos de construcción infantil, los que tienen en consideración fuerzas sobrenaturales y otros similares, no caben en el contexto de las acciones socialmente relevantes”. Ibidem.

O esquema de interpretação ao qual essa teoria da conduta de Jakobs faz referência não é composto pela relação causal ou final, pois não seria possível atribuir ao indivíduo como sua tomada de postura, nessa concepção, todos os nexos causais derivados da sua conduta (sejam eles finais ou apenas previsíveis). Assim, só seria possível a atribuição de determinada consequência se a conduta do indivíduo é entendida como condição determinante e não apenas fortuita.

Assim como nas teorias sociais da ação, torna-se necessário selecionar, do emaranhado de requisitos e condições para um fato delituoso, aquilo que se apresenta como *determinante*. O que resta é, logicamente, considerado irrelevante para a produção do resultado independentemente de qualquer vínculo subjetivo – ou, em outras palavras, não transpõe a esfera do risco permitido (ou, ainda, não gera um risco desaprovado). É assim no caso dos fabricantes que respeitam as regras de segurança para a produção de objetos utilizados para causar lesões (desde facas até carros), ainda que eles, no mais íntimo de seu ser, desejem o mal que se abate sobre as pessoas. Com isso, Jakobs sublinha a aparente impossibilidade de o caráter determinante da conduta se conter na finalidade⁴⁶⁴.

Afirma Jakobs:

Al contrario de lo que sugere el finalismo, a la hora de combinar ser humano y curso causal a través de la imputación para obtener la acción humana, ello no puede hacerse utilizando exclusivamente la anticipación psicológica individual de cursos causales, ni tampoco por el mero hecho de que se conozca generalmente la existencia de tales sucesos psicológicos individuales se produce tal combinación: esta vinculación sólo se obtiene aplicando un esquema de interpretación, y la configuración determinante de este esquema deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual. Esta misma constatación se conoce en la dogmática jurídico-penal reciente bajo la denominación poco expresiva de ‘imputación objetiva’, y el creador de la teoría final de la acción, Welzel, realizo los trabajos preparatorios en esta materia con su teoría de la adecuación social. Sin embargo, y al contrario de lo que generalmente se supone, la imputación objetiva o inadecuación social no se suma al concepto de acción como fundamento complementario de la responsabilidad, sino que, precisamente, ‘acción’ sólo es la causación *imputable*; sin ese factor normativo, considerando sólo el proceso bio-psicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaliza, y ésta como tal carece de relevancia jurídica.⁴⁶⁵

A teoria da ação em Jakobs, ao mesmo tempo em que é uma teoria normativista, também é uma teoria de cunho comunicativo. A ação é, então, composta tanto de causação individual (e evitável) e por um esquema social (comunicativo) de interpretação dessa ação mesmo, que pode qualificá-la ou não como determinante. A ação é, portanto, um processo de imputação, e é sob a ideia de imputação que Jakobs dá conta também da omissão.

⁴⁶⁴ JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.113.

⁴⁶⁵ Idem, p.113.

Especialmente quando se tem em mente que quem omite uma salvação só é responsável se a omissão foi determinante⁴⁶⁶.

Se o direito penal não se apoia (e não pode se apoiar) mais na estrita responsabilidade pelo resultado ou pela simples existência, Jakobs propõe explicitamente uma dupla fundamentação: responsabilidade por uma *esfera de organização* (ver item 7.1, *infra*) e pela interpretação de determinados *papeis*, cuja renúncia produz uma defraudação de expectativas.

Mesmo diante dessas considerações, a concepção de ação como um converter-se, de maneira individualmente evitável, na razão determinante de um resultado traz soluções e problemas. Os problemas derivam-se principalmente da exigência do resultado, o qual implicaria na exclusão das ações tentadas. Para contornar esse problema, Jakobs afirma que o sentido da ação não é dado por seu resultado, pela modificação da realidade por meio da ação, mas pela ruptura da ordem vigente, pela postura assumida pelo indivíduo diante da vigência da norma⁴⁶⁷.

Esta concepción, sin embargo, no significa que sólo tenga importancia el desvalor de acción. Al contrario, como ya he dicho, lo decisivo es que no se reconozca la vigencia de la norma, y este no-reconocimiento, al ser un proceso comunicativo, *siempre* precisa de una *objetivación* del hecho de que el autor subjetivamente no haya tenido en cuenta la norma como máxima de comportamiento. También el movimiento corporal sin resultado delictivo externo es una objetivación; de no ser así, carecería de interés jurídico-penal. Desde esta perspectiva, el resultado externo del delito es una *ulterior* objetivación que incrementa cuantitativamente el movimiento corporal.⁴⁶⁸

Ação é, portanto, a objetivação de um não-reconhecimento da vigência da norma e, diante de tal conceito, ofusca-se a fronteira entre conduta e resultado. É necessária alguma forma de objetivação para que se configure uma ação e isso implica a possibilidade de se incorporar cada vez mais o resultado à conduta, na estrita medida em que indique a rejeição da norma como um imperativo de conduta⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶Os limites e critérios para se estabelecer quando a omissão é determinante se vê com um pouco mais de detalhes nos próximos tópicos.

⁴⁶⁷“Cuando sin razón alguna para hacerlo un autor destruye una cosa ajena, el sentido que expresa no es solamente ‘prefiero destruir la cosa a dejarla incólume’ (lo que prefiera el autor, en sí mismo, carece de interés jurídico-penal), sino también: ‘no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción’, y ésta sí que es una proposición que pertenece al contexto jurídico-penal. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable (...)”. JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.116.

⁴⁶⁸ Idem, p.117.

⁴⁶⁹“Entonces, ¿hay un resultado que es parte de la acción? Siempre lo es la objetivación del no reconocimiento de la norma. Y, más allá, ¿también pertenece a la acción un resultado externo? Algún tipo de objetivación necesariamente forma parte de la acción. El hecho de levantar bruscamente un arma por sí mismo ya es la causación de un resultado. ¿Y los demás resultados que derivan de manera evitable del movimiento corporal? Incrementan cuantitativamente la objetivación”. Idem, p.118.

Jakobs, em sua trajetória de construção de um conceito de ação, aos poucos se livra dos elementos que se apresentam como problemáticos para uma formulação genérica. Ele se despe donexo de causalidade para poder abarcar as condutas omissivas, do resultado para poder abarcar a tentativa, da finalidade para poder abarcar os delitos imprudentes, sobrando, no final, um pouco mais do que um conceito puramente normativista⁴⁷⁰. O conceito de ostentação de um papel, aliás, envolve a noção de expectativas sociais, cujo conteúdo é de que a norma se constitua como motivação dominante, porque a finalidade da pena é a manutenção da fidelidade ao ordenamento⁴⁷¹.

Por isso, assim como nas teorias significativas, apenas um “defeito no autor” (equivalente a uma ausência de capacidade de culpabilidade que, nos termos desta teoria, seria representada por uma deficiência de capacidade de motivação conforme a norma) excluiria a responsabilidade penal, e não a um processamento defeituoso dessa motivação (ou simplesmente, uma motivação dissonante).

Particularmente, o dolo e a imprudência são explicados como um déficit de motivação para o cumprimento da norma; por isso, a evitabilidade não é mais estimada como um critério subjetivo, mas como um critério objetivo. Dolo e imprudência são, assim, um indício do déficit de motivação de cumprimento da norma⁴⁷². Tanto os elementos subjetivos quanto a ação como um todo apresentam, então, analogamente às teorias significativas, caráter indiciário em relação ao injusto⁴⁷³.

Se fosse formulada em termos da norma que há de ser violada pelo autor, a concepção de Jakobs prescreveria algo como: não realiza algo que na moldura das interpretações válidas possa significar lesionar. No entanto, seria possível levantar a questão se um sujeito que não é

⁴⁷⁰ “Formulo una conclusión provisional: acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de que la norma en cuestión no es la máxima rectora. Expresión de sentido es un comportamiento que conduce o puede conducir a un resultado delictivo externo y evitable, si este comportamiento, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante, es o podría ser determinante del delito externo. En la secuencia inversa: se crea de manera evitable una condición del resultado (ésta es la acción del finalismo, ampliada a la imprudencia, aunque en realidad sólo es ‘acción’ porque tácitamente se incluye algún esquema de interpretación de sentido); esta condición es la razón determinante del resultado, o podría llegar a serlo, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante (así es como hay que precisar el concepto de acción después de su desarrollo por la teoría de la imputación objetiva)”. Idem, p.118.

⁴⁷¹ “(...) quien no puede saber que las viandas que sirve están envenenadas, no comete injusto alguno, pero quien sabe que, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante, podrían estar envenenadas, comete una tentativa, aun cuando en realidad no lo estén”. JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.120.

⁴⁷² “Lo subjetivo-individual, esto es, el dolo como hecho psíquico, por tanto no *fundamenta* el injusto, sino que sólo es un *indicio* de la existencia de una falta (determinada objetivamente) de motivación para cumplir la norma”. Idem, p.121.

⁴⁷³ “Toda la dirección de la acción únicamente tiene un significado indiciario; indica que falta lo único que se garantiza por medio del Derecho penal: disposición para cumplir la norma. Por consiguiente, no es cierto que la dirección del comportamiento no tenga función alguna en el ámbito de lo injusto: se la aprehende por medio de indicios”. Idem, p.121.

culpável poderia realizar uma manifestação que significasse uma lesão. Questão a qual Jakobs, prontamente, responde que não⁴⁷⁴.

Alguns preceitos da esfera da culpabilidade, afirma o professor de Bonn, não podem ser trasladados para a norma, em especial porque configuram um âmbito de meta-regras⁴⁷⁵. Separa-se, assim, o injusto como vulneração da vigência da norma e seu caráter culpável. E neste ponto, novamente de forma próxima às teorias significativas, recorre-se à noção de meta-regras, a qual é problemática no ramo da filosofia da linguagem. Feita a honrosa ressalva de que a meta-regra apresentada por Jakobs parece permitir um trato e uma instrumentalização muito mais simples se comparados às atuais teorias significativas⁴⁷⁶.

Por fim, como o injusto não esgota a responsabilidade, a ideia de ação de Jakobs – o qual ele propõe que dialogue com todo o seu sistema teórico – é reformulada para que possa expressar o comportamento que exija a imposição de uma penal. Portanto, a ação é reavaliada como um converter-se, a si mesmo, em culpável, ou ainda, como uma *assunção culpável da competência por uma vulneração da vigência da norma*. Porém, como o próprio Jakobs chama atenção, um conceito tão amplo pode ser requisitado para a utilização desde um direito penal da culpabilidade, passando por um direito penal do resultado, até um direito penal da simples existência⁴⁷⁷.

Ação e atribuição de responsabilidade tornam-se a mesma coisa, e o conceito de ação passa a ser extraído do próprio processo de imputação. Especialmente porque é por meio desse processo de imputação (do quadro social e dogmático de interpretação) de onde se deduz o que vem a ser uma conduta relevante (que é o equivalente a uma conduta no binômio clássico conduta-ausência de conduta)⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ “(...) por consiguiente, sea cual se ala razón de que en una concepción moderna la pena presupone culpabilidad, en todo caso puede decirse que en marco de tal concepción no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad, esto es, que la finalidad de la pena no cristaliza en la vulneración de la norma – que puede producirse sin culpabilidad – como injusto, sino en la culpabilidad”. Idem, p.123.

⁴⁷⁵ “Al menos algunos preceptos pertenecientes al ámbito de la culpabilidad, concretamente los que se refieren al injusto, no pueden incluirse en la norma, sino que constituyen un ámbito de metareglas”. Idem, p.123; Ou “Desde esta perspectiva, formulándolo como norma, detrás de la norma de comportamiento hay otra norma (ésta, sin embargo, no tiene que ser cognoscible) con el siguiente tenor: ¡no seas culpable!”. Ibidem.

⁴⁷⁶ JAKOBS, Günther. *El concepto...* p.123.

⁴⁷⁷ Idem, p.124.

⁴⁷⁸ “(...) el hecho de que se pueda ejecutar en la propia vivienda la acción jurídico-penal de un homicidio, pero no la acción jurídico-penal de cantar canciones populares, deriva de la configuración de la sociedad que desarrolla para lo uno reglas jurídico-penales de imputación, mientras que si se establecen para lo otro reglas de imputación, desde luego no son jurídico-penales. A diferencia de lo que ocurría con el concepto de acción de *Welzel*, que por ser ajeno a la sociedad (...) también abarcaba cualesquiera actos finales, en el marco del concepto de acción que aquí se defiende, únicamente son relevantes actos que responden a unas determinadas características. Desde el punto de vista del Derecho penal, la acción siempre y em todo caso sólo es algo socialmente inadecuado”. Idem, p.124.

Têm razão Batista e Zaffaroni ao afirmarem que, enquanto a clássica concepção negativa de ação se debruçava sobre a omissão como um modelo para se compreender todas as condutas, em Jakobs o modelo se torna a *imprudência*. Por isso elege a *evitabilidade* como categoria central para se pensar sua teoria do delito (que comparece em todas as formulações de seu conceito de ação). Assim, é pertinente extrapolar as críticas direcionadas às teorias negativas para a concepção de Jakobs: não é possível equivaler a causação não-evitável individualmente de um resultado (ou da vulneração da vigência da norma) à ação atípica, quando em grande parte dos casos sequer nos depararíamos com uma ação⁴⁷⁹.

7.1 Algumas repercussões dogmáticas

A configuração da sociedade, para Jakobs, se dá por meio de contextos normativos consolidados, aos quais ele chama de instituições, como os contextos jurídicos e, mais especificamente, o contexto jurídico-penal. Nesse sentido, ele vislumbra relações muito particulares. Em especial a relação de dois contextos: um que diz respeito ao direito de liberdade de organização – organização, aqui, entendida como configuração da conduta, por procedimentos e valores internos a ela, de forma a explicitar (em um fazer ou não fazer) determinada orientação⁴⁸⁰ – à qual corresponde a um dever de não lesionar a outros (dever negativo); e outro que diz respeito a um *status* especial ao qual correspondem deveres (e direitos) especiais, deveres positivos (de solidariedade)⁴⁸¹.

A ordem social, assim, estaria de tal forma configurada que não se exauriria nas relações negativas de não causar lesão a outrem – embora esse seja o patamar mínimo de socialização –, mas incorporaria também relações positivas, as quais implicam deveres de assistência e solidariedade. O exemplo suscitado por Jakobs é o da paternidade, a qual implica não só um dever de se abster de lesionar os filhos, mas também um dever de tutelá-los positivamente, de fomento de seu desenvolvimento. Esclarece Jakobs que essa diferença entre dever positivo e negativo é frequentemente ofuscada porque frequentemente elege-se o direito

⁴⁷⁹ “Procura [Jakobs] assim entroncar-se em Hegel, embora evite as consequências sistemáticas ao custo de assumir que, para o direito penal, as ações não delituosas não são ações. A ação como evitabilidade permite que ele separe a antijuridicidade (imputação objetiva) da culpabilidade (imputação subjetiva): com a primeira afere-se a evitabilidade pelo parâmetro das expectativas conforme a papeis sociais; com a segunda, como evitabilidade individual. *Isto sugere uma cisão do dolo em componentes cognoscitivos, que pertencem ao injusto, e volitivos, que passam à culpabilidade*”. ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*, vol.II, 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.97. Grifo nosso.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão no Direito Penal*. São Paulo: Manole, 2003. p.05. Nota 4.

⁴⁸¹ JAKOBS, Günther. *Actuar y omitir*. In: Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Lima: Ara, 2005. p.159.

e sua violação (e não os deveres) como ponto de partida das análises jurídicas. Tanto uma violação de dever positivo quanto negativo pode gerar, portanto, violações mais ou menos indistintas de direitos⁴⁸².

O ponto de vista dos deveres, no entanto, ofereceria interpretações mais nuançadas. Seria possível, por exemplo, distinguir questões de fundamentação dos deveres negativos e positivos. Enquanto os deveres negativos apontam para circunstâncias nas quais o autor provoca um agravamento da situação (como uma lesão causada diretamente pelo autor), os deveres positivos apontam para circunstâncias nas quais o autor deve se contrapor a uma situação já agravada, ou seja, favorável para o surgimento de uma lesão independentemente de sua conduta (a ausência do sujeito não se manifesta, como na situação anterior, na concomitante ausência de lesão)⁴⁸³.

A configuração do mundo não se dá, nesta concepção, por um atuar positivo irrestrito e incessante, mas por uma organização ordenada. E uma organização ordenada se compõe invariavelmente de ação e omissão. Bem como se sabe, os mandatos se violam pela omissão e as proibições pela ação. Ação e omissão, afirma Jakobs, são também intercambiáveis e isso indicaria uma equivalência entre ambas as formas de conduta⁴⁸⁴.

Essa equiparação fica mais clara nos exemplos suscitados pelo autor, em especial o caso do motorista que deixa de frear o carro em velocidade alta para atropelar alguém e o motorista que acelera o carro em velocidade baixa para atropelar alguém. Situações equivalentes, nas quais em uma há ação e na outra omissão. As diferenças entre ação e omissão se dissolvem aos olhos de Jakobs, e ambas são percebidas como formas de *organização do autor*⁴⁸⁵. Resta excluído também, dessa maneira, o expediente teórico empregado por alguns autores de se estipular a comissão como a forma fundamental de responsabilidade penal para, então, tentar se deduzir daí a responsabilidade por omissão⁴⁸⁶.

Pois:

⁴⁸² JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.02-3.

⁴⁸³ Idem, p.03-4.

⁴⁸⁴ “(...) cuando, circulando el vehículo a alta velocidad, aparece repentinamente un obstáculo, la norma le *manda* frenar o esquivar el obstáculo, e incluso en caso de estar despejada la vía, le *prohíbe* acelerar el automóvil por encima de la velocidad máxima permitida. En este contexto, en el caso concreto, a su vez puede depender del equipamiento técnico que se trate de un *mandato* o de una *prohibición*; así, por ejemplo, si una señal de tráfico ordena una reducción a la velocidad, le está *prohibido* al conductor acelerar su vehículo; si, sin embargo, éste cuenta con un mecanismo automático de mantenimiento de una determinada velocidad, existirá el *mandato* de reducir el valor alto indicado previamente al mecanismo de control de la velocidad”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.161.

⁴⁸⁵ “Más importante que esta distinción entre actuar y omitir es lo que ambas modalidades de conducta tienen en común: ambas son una organización del autor”. Idem, p.161.

⁴⁸⁶ Idem, p.160-1.

Ciertamente, en un sentido externo, prácticamente cualquier empresa há de comenzar con un actuar; primero hay que adquirir y domar a los animales, las máquinas primero han de ser construídas y puestas en marcha, las instalaciones industriales han de establecerse y activarse antes de que esas cosas e instalaciones puedan trabajar para uno, pudiendo omitir actos propios. Pero desde el punto de vista jurídico, no es decisivo qué es lo que fácticamente suele estar al comienzo de una actividad, sino aquello que mantenga una relación de equivalencia funcional, y lo cierto es que depende del estado de la organización de una persona – de un estado que es casual – que ésta deba intervenir actuando o que sólo deba esperar para configurar una organización que persigue un determinado objetivo.⁴⁸⁷

O movimento teórico empreendido por Jakobs é em sentido oposto ao caminho classicamente trilhado. Ao invés de partir da ação para construir a estrutura normativa da imputação, Jakobs parte das situações nas quais é possível imputar ao sujeito modificações no mundo, realizadas ou toleradas, para se pensar a ação e a omissão. O professor de Bonn esclarece que é por meio da noção de titularidade de direitos e deveres que se deve conceber a pessoa e, assim, os limites de sua organização juridicamente possível.

O alcance dos direitos de determinada pessoa estabelece, portanto, sua esfera juridicamente garantida de organização. E essa esfera de organização não se esgota no simples movimento corporal, mas na ampla disposição das coisas sob sua propriedade⁴⁸⁸. Assim os conflitos começariam quando alguém extrapola seu âmbito de organização e invade o âmbito de organização alheio.

7.1.1 Deveres negativos e positivos

Os deveres negativos são frutos da articulação entre *liberdade de organização (ou de comportamento)* e *responsabilidade pelas consequências*. Como é o sujeito o responsável pela disposição dos seus direitos (com a exclusão dos demais), ou seja, sua autoadministração, é ele também o responsável por qualquer ação ou omissão referente a deveres negativos⁴⁸⁹.

Nessa concepção teórica, isso significa que o sujeito se torna *garantidor* mesmo nos delitos comissivos. Nos delitos comissivos, torna-se garantidor de que sua livre organização não se manifeste em desferir tiros contra terceiros, atropelar alguém, envenenar outra pessoa *etc.* A responsabilidade pela comissão se daria, em outros termos, porque seria uma

⁴⁸⁷ Idem, p.161-2.

⁴⁸⁸ “(..) por lo tanto, este ambito es mucho más que el mero alcance de la actividad corporal, sino que, por el contrario, se extiende a todo aquel campo en el que la persona puede lícitamente excluir a otras personas, es decir, que abarca también el conjunto de la propiedad sobre muebles e inmuebles, y ello incluso aunque no exista un uso actual”. Idem, p.162. Apesar de Jakobs usar o termo propriedade, imagina-se aqui que a melhor interpretação de tal teoria implica em relações mais abrangentes fundada no direito civil, como propriedade, posse e detenção.

⁴⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.08-9; JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.163-4.

responsabilidade pela violação do *dever de asseguração*, ou dever geral de asseguração de trânsito (da pessoa em relação aos seus próprios movimentos corporais). Dever de asseguração o qual se manifesta não só na proibição de execução de condutas lesivas, mas também no dever de interrupção de uma conduta que, inicialmente inócua, torna-se posteriormente lesiva⁴⁹⁰.

O mesmo raciocínio se aplica para os delitos omissivos, especialmente porque a esfera de organização não se compõe apenas da pessoa, mas das coisas de que ela dispõe, como carros, animais, apartamentos *etc.* Deve-se evitar, portanto, que essas esferas de organização produzam algo lesivo, como, no caso dos animais, o dono ordenar a seu cachorro que cesse o ataque, caso invista sobre alguém⁴⁹¹. Não obstante, nem toda lesão que possa ser traçada até a esfera de organização de um indivíduo implica necessariamente sua responsabilidade, até porque, no caso dos crimes comissivos, por exemplo, não há uma completa identificação entre nexo de causalidade e imputação (“nem toda relação causal é causalidade imputável”⁴⁹²). Pense-se nos riscos permitidos e na auto-colocação em perigo⁴⁹³.

O dever de asseguração não se manifesta sempre nos estritos limites da titularidade da esfera de organização do sujeito, mas pode ser precipitado de outras maneiras – chamadas de *comportamento de organização* –, nas quais o sujeito atrai para si esse dever. Isso se dá quando o indivíduo contribui para a diminuição da proteção existente na esfera de organização de outrem, criando-se um dever de assunção (*Übernahme*), de compensar a proteção diminuída. Esse dever de assunção, por sua vez, seria gênero das espécies *assunção voluntária* e *ingerência*. No caso da assunção voluntária se trata de uma diminuição compactuada de proteção e no caso da ingerência se trata de uma diminuição imposta⁴⁹⁴.

Não interessa, deve-se destacar, a origem da proteção diminuída, se advinha de um garantidor, de um não-garantidor ou de uma situação da natureza. Também é menor a relevância da formalidade da assunção, ou seja, a imposição de um instrumento contratual civilmente reconhecido. Essa assunção pode ser realizada informalmente, como pela oferta de ajuda a um cego para atravessar a rua, a qual implica no dever de não largá-lo no meio de uma

⁴⁹⁰ JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.08-9; JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.163-4.

⁴⁹¹ “(...) aquel que no fija de modo adecuado las tejas de su casa, de modo que los peatones que pasan al lado de ésta pueden sufrir un daño al caer las tejas, pasando por la responsabilidad del propietario de animales peligrosos que no los encierra, y llegando hasta la responsabilidad del empresario que no impide la distribución de productos lesivos”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.164-5; JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.10.

⁴⁹² JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.165.

⁴⁹³ Idem, p.164-5.

⁴⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.09-11; JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.164-5.

via movimentada; assim como esse dever pode ser assumido por alguém que ainda não tenha adquirido a maioria civil e está via de regra impedido de celebrar contratos⁴⁹⁵.

Na verdade, o único elemento com algum peso, para Jakobs, é o da efetividade da proteção originária. Consequentemente, é preciso que a conduta de compensação deva ser realizada até que se tenha restaurado efetivamente o equilíbrio. Não bastaria, por assim dizer, uma conduta como petição de boas intenções. Olhando por outro prisma, o abandono da esfera originária de proteção pela vítima pode ser atribuído à própria vítima ou a outrem, dependendo dos critérios evocados, e é de acordo com esses critérios que se poderá responsabilizar um terceiro.⁴⁹⁶

Como Jakobs propõe o total paralelismo entre ação e omissão, ele também vislumbra a possibilidade de violação do dever de assunção por uma comissão, ou seja, quando o vedado não é a omissão de uma conduta e, sim, a realização dela. Isso se dá nas situações as quais o sujeito modifica sua esfera de organização por meio de uma promessa, momento o qual estabelece o marco de proibição de realização da conduta para que a esfera de organização alheia continue ileso. Esse seria o caso do indivíduo que convida amigos para a sua casa e tranca a porta impedindo que saiam⁴⁹⁷.

Não muito distante do que já se discutiu até agora está o instituto da ingerência. Quem diminui ou elimina uma proteção da esfera de organização de outra pessoa, deve compensar essa diminuição em um nível equivalente. O que se abre para discussão são os limites e os critérios de imputabilidade de uma depreciação da proteção. Um critério bastante difundido é, para a questão da ingerência, que a antijuridicidade do comportamento anterior cria um dever⁴⁹⁸.

Em função do notório caso *Lederspray*⁴⁹⁹, o critério da *assunção de um risco especial* é alçado a uma posição central. Portanto, paralelamente à responsabilidade por conduta anterior antijurídica, assume grande importância a responsabilidade por comportamentos lícitos que implicam um posterior aumento de perigo (ou lesão) não previsível. Em outras palavras, nos casos de um aumento do perigo “normal” (ou aceito) de qualquer conduta humana, o agente incorpora o *dever de minimizar as consequências lesivas de seu comportamento* porque cada ação humana possui em tese um risco especial. Introduz-se,

⁴⁹⁵ JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.165-6.

⁴⁹⁶ Idem, p.166-7.

⁴⁹⁷ Idem, p.167.

⁴⁹⁸ JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.170-1; JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.13-4.

⁴⁹⁹ O Caso *Lederspray* (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*: BGHSt, 35, 106) foi quando o Supremo Tribunal Federal alemão decidiu sobre a responsabilidade de dirigentes de uma empresa que, após tomarem conhecimento que um de seus produtos poderiam causar danos à saúde, optaram por não retirar esses produtos de circulação.

assim, uma espécie de responsabilidade objetiva, na qual mesmo quando o comportamento do agente não era a princípio antijurídico – não haveria como o agente saber do perigo oferecido pela sua conduta –, ele assume a posição de garantidor porque sua conduta mostrou posteriormente ser perigosa ou lesiva⁵⁰⁰.

Risco especial seria aquele que ameaça extrapolar o limite do socialmente aceito de cada conduta humana lícita, e poderia se manifestar a qualquer momento. O agente assume, com isso, o dever de impedir o resultado mesmo que não fosse inicialmente possível saber do caráter perigoso da conduta. Como os perigos derivados da condução cotidiana de automóveis, por mais imprevisíveis que sejam. Com a ressalva de que o risco especial pode ser suplantado por um comportamento no qual a vítima se contraponha a determinadas obrigações, como o bêbado que cai na frente do carro⁵⁰¹.

De ello cabe deducir que el ordenamento jurídico trata (aún) el uso de un vehículo de motor como riesgo especial. En correspondencia con ello, el Tribunal Supremo Federal argumentó que quien conduce de modo correcto su vehículo en todo caso no adquiere obligaciones derivadas de injerencia frente a quien causó el accidente negligentemente. La negligencia pesa más que el riesgo derivado del vehículo, pero cuando sea este riesgo la única causa del accidente, probablemente la conducción correcta no excluya la existencia de un deber en virtud de injerencia. Por consiguiente, em el caso de la rueda que explota, el conductor deberá auxiliar al peatón bajo amenaza de la pena correspondiente a la comisión (...).⁵⁰²

A peleja de Jakobs é contra a ideia de que a responsabilidade se fundamenta exclusivamente num comportamento anterior antijurídico, e contra isso ele suscita o exemplo do estado de necessidade justificante⁵⁰³. Ele, assim, chega à conclusão de que não é só a relação entre conduta e a esfera abstrata de licitude que pode determinar o espaço de imputação de um delito, mas também a configuração concreta das sociedades⁵⁰⁴. Assim, ele

⁵⁰⁰ “Sin embargo, partiendo de esta fundamentación, prácticamente cualquier comportamiento con efectos causales (y los demás carecen desde un principio de interés) podría desencadenar un deber en virtud de injerencia. En consecuencia, la única cuestión decisiva es si la conducta debe ser enjuiciada como antijurídica en el momento en el que es realizada en virtud de la peligrosidad que muestre ya en ese momento. (...) y por ello tiene el deber – a pesar de actuar de modo lícito – de minimizar las consecuencias lesivas de su comportamiento. ‘Arrogación de un riesgo especial’ es el concepto decisivo; la antijuridicidad de la conducta sólo es un subpunto – aunque sea significativo”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.170; JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.13-4.

⁵⁰¹ JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.170-1.

⁵⁰² JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.171; “Para efeitos de esclarecimento, deve-se indicar de todas as formas que um risco especial pode, por sua vez, – *sit venia verbo* – ser ‘sobrepulado’ pela vítima mediante um comportamento contrário a suas obrigações”. JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.14.

⁵⁰³ “Se há um incêndio em minha casa, posso entrar rapidamente no jardim do vizinho para extrair água do hidrante nele situado (...). Obviamente devo fechar o hidrante quando estiver extinto o incêndio; seria certamente um resultado singular que, mediante a remissão à conformidade ao direito do fato de utilizar da água da fonte, eu me eximisse de fechar o hidrante depois da extinção da situação de perigo”. JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.15.

⁵⁰⁴ “A modo de ejemplo cabe mencionar el problema de la culpabilidad por omisión en un falso testimonio, una cuestión específica de los procesos de divorcio de acuerdo con la anterior legislación (...): una parte procesal niega, faltando a la verdad, que haya cometido adulterio con un tercero, y no impide – una vez citado ese

estrutura sua análise a partir dos delitos omissivos e entende revelar a equivalência entre delitos comissivos e omissivos.

Seria possível uma sociedade na qual se estabelecesse apenas o cumprimento de deveres negativos, os quais implicam a abstenção de lesão a outrem. No entanto, Jakobs entende que nas sociedades reais isso não é suficiente e os deveres negativos são apenas a base das sociedades desenvolvidas; base sobre a qual se desenvolvem os deveres positivos, os quais se nutrem de forma muito mais direta dos elementos culturais postos⁵⁰⁵.

Nos casos dos deveres positivos, assim, o diferencial não é tanto a esfera de organização de um sujeito ou qualquer espécie de assunção autônoma, mas a configuração das instituições às quais se vinculam as organizações individuais – a expectativa social se dirigiria à polícia, o sistema de justiça, o sistema de saúde *etc.*, e apenas em um segundo momento, e por consequência, ao policial, ao juiz, ao médico *etc.*⁵⁰⁶

Apesar de reconhecer certa flexibilidade cultural na história dos sistemas jurídicos, Jakobs ressalta a necessidade de marcos comuns (um *mundo comum*) de referência nos Estados modernos – os quais, por sua importância, precisam estar apoiados no binômio liberdade de ação–responsabilidade pelas consequências (mas não se limitam totalmente a ele) –, quais sejam: a paternidade; algumas relações Estado-cidadão que se apresentem como tarefas fundamentais do governo; e demais hipóteses de *especial confiança* em quem detém um determinado papel social, de que, em função do papel desempenhado, esse sujeito não frustrará sua expectativa⁵⁰⁷. São inúmeros os possíveis exemplos⁵⁰⁸.

(...) com efeito, não só se exige de uma pessoa isolada que se sacrifique por outra ou acaso por uma coletividade, mas se trata de evitar que se abandone a destempo aquela configuração mediante a qual a sociedade se apresenta sempre a si mesma, de igual modo que tampouco pode ser alterado a destempo o equilíbrio da relação – também institucional – entre liberdade de comportamento e responsabilidade pelas consequências.⁵⁰⁹

terceiro a declarar como testigo – que éste cometa falso testimonio en su deposición. (...)De este modo, la injerencia revela ser (...) un sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad, sean reales o imaginarias”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.172; JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.15.

⁵⁰⁵ “En todos estos casos – y ello resulta decisivo –, las prestaciones deben ejecutarse con independencia de cuál sea el ámbito de organización del que provenga el curso peligroso, o que éste sea de origen natural. Y es que se trata de deberes positivos; la norma no (sólo) disse ‘controla tu organización’, sino (tambien) ‘sé solidário’. (...) ¿De qué deberes se trata? Como se há dicho, la respuesta depende en gran medida de la cultura en cuestión (...)”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.174.

⁵⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.19-20.

⁵⁰⁷ Jakobs usa a expressão “confianza especial hacia el titular de un determinado rol”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.174 e ss; JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.17 e ss.

⁵⁰⁸ “Portanto, os funcionários públicos do Estado que têm de levar a cabo suas obrigações têm também, evidentemente, de ser garantidores (1) da subsistência mínima, (2) da segurança interior e exterior e (3) dos princípios fundamentais do Estado de Direito”. JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.22.

⁵⁰⁹ JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.20.

Consequentemente, se da não-prestação de um serviço público tido como essencial se produz um dano, então, os representantes públicos seriam puníveis por um crime omissivo impróprio⁵¹⁰. Isso se torna mais claro quando se estabelece uma referência às atividades públicas que possuem intrinsecamente posições de garantia, como policiais, bombeiros, médicos públicos *etc.*, e que não podem ficar impassíveis diante de uma lesão ou de um perigo para o bem jurídico. Mas também servidores da justiça possuiriam um vínculo com esse dever positivo, como os promotores de justiça (os quais possuiriam um dever de persecução criminal)⁵¹¹.

A relação de paternidade possui uma clara base social, que possui reflexos normativos, e os deveres em questão estruturam seus limites no mundo comum compartilhado entre pai e filho. Ou seja, há um dever de cuidado físico, mental, financeiro, educacional *etc.*⁵¹², o qual vai se reduzindo em sintonia com a maturidade do filho, até desaparecer quando ele atinge a maioridade⁵¹³.

As relações conjugais em geral (e não mais apenas o matrimônio *stricto sensu*) geram uma *relação especial de confiança* a partir do momento em que os sujeitos aceitam interpretar esses papéis sociais, e com isso também geram um mútuo dever positivo de cuidados. A interpretação de dado papel social depende menos de sua verbalização ou notificação do que de seu concreto exercício, e, em tese, o sujeito não poderia recusá-lo em “momento inadequado”⁵¹⁴. Ademais, enquanto as relações de assunção nos deveres negativos se baseiam

⁵¹⁰ “Tal concepción se basa en una traducción (al menos también) de Estado social, y por ello no puede ser trasladada sin más a todos los Estados del mundo”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.175.

⁵¹¹ JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.17 e ss; “Um policial está positivamente obrigado, o que quer dizer, à guisa de exemplo, que ele é o autor (delito de infração de dever) de um delito de lesões quando não impede que várias pessoas agridam outra, vítima delas, quando poderia fazê-lo e não tivesse de cumprir outros deveres prioritários”. Idem, p.22.

⁵¹² “Dicho con un ejemplo: si los padres invierten el patrimonio de su hijo de modo especulativo en vez de en valores seguros y se produce un daño, responden por el delito de administración desleal”. JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.176.

⁵¹³ “Também os delitos comuns podem ser cometidos por pessoas que se encontram obrigadas positivamente no sentido descrito, e então, o delito comum converte-se em delito de infração de dever. Assim, por exemplo, os pais se encontram positivamente obrigados com relação aos filhos. Se não tentam impedir que um assassino mate seu filho, ou mesmo lhe prestam auxílio, ou se o pai não impede que a mãe mate o filho, não se trata somente, por exemplo, de participação – por omissão ou por ação – nos atos de organização do homicídio, mas além de uma lesão independente do dever, isto se configura autoria”. JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.18; JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.176.

⁵¹⁴ “Quem se uniu, pois, a outro numa comunidade de risco (...) ou aquele que *antes da necessidade* aceitou proteger a outra pessoa para o caso de necessidade, pode ser obrigado pelo direito a permanecer nessa função *na situação de necessidade*”. JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.24; “(...) la especial confianza que aparece cuando una persona acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad: si bien puede renunciar lícitamente a esse rol, no puede hacerlo en un momento inadecuado. La doctrina dominante argumentaría que el deber positivo en el matrimonio o en el vínculo no matrimonial surge de la estrecha comunidad de vida, pero esta ubicación tiene su base en una confusión entre intimidad y juridicidad. Lo único decisivo es si hay personas que de modo imputable (representable) se han introducido en un rol de cuidar de

no agravamento da situação de outrem, as relações de especial confiança dispensam esse agravamento para se ver estabelecida⁵¹⁵.

Esclarece Jakobs:

Las relaciones de auxilio constitutivas de la confianza especial no necesariamente son sinalagmáticas a corto plazo. Todo el campo de los deberes positivos podría denominarse ámbito de confianza especial; entonces, em los deberes ya tratados del Estado y em los de la paternidad aparecen relaciones unilaterales, al menos mientras no se levante la vista más allá de una perspectiva corta de tempo (porque a largo plazo, se rechazará aquello que no aporte ventajas para todos). Lo único relevante es el carácter generalmente irrenunciable de la institución, este ésta orientada a um auxilio unilateral o recíproco. (...) *La autorrepresentación de las personas fue socialmente aceptada, luego vincula.*⁵¹⁶

A teoria jakobsiana não fundamenta a responsabilidade penal sobre ação e omissão, libertando-se, assim, da necessidade de maiores diferenciações entre as duas. Em última análise, portanto, não se baseia em uma lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, mas sobre a ideia de criação e manutenção de instituições com vigência funcional.⁵¹⁷

otro; en cambio, es indiferente que la comunidad sea estrecha o no. Basta con que (...) no sólo anuncien sus respectivos roles, sino que los ejerzan realmente, sin que tal empresa tenga por qué conducir a una comunidad de vida de certa intensidad". JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.177.

⁵¹⁵ JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.178; JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.24 e ss.

⁵¹⁶ JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.178.

⁵¹⁷ “Espero ter mostrado que o Direito Penal moderno não toma como ponto de referência movimentos corporais de indivíduos ou a ausência deles, mas o significado do comportamento das pessoas (...). A configuração da sociedade, para cuja manutenção deve contribuir o Direito Penal, não se cristaliza em naturalismos como a diferenciação entre comissão e ação, mas em instituições (...)”. JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão...* p.131-2; JAKOBS, Günther. *Actuar...* p.179-80.

8 A TEORIA PESSOAL DA AÇÃO

Claus Roxin relaciona a importância da ação à complementar importância de um sistema de direito penal teleologicamente orientado. Assim, as categorias fundamentais dos tradicionais modelos de delito devem ser pensadas como instrumentos para a coerente realização de um sistema teleologicamente orientado. Essas categorias são, então, instrumentos de valoração político-criminal⁵¹⁸.

Nesse sentido, a afirmação da existência de uma conduta se deve a uma valoração constituída pelo juízo de imputação de um feito (ação ou omissão) a alguém, como conduta sua. Tampouco a unidade dos conceitos de ação é, para ele, algo pré-jurídico, mas sim valorativo – apesar de ainda não se tratar de uma valoração negativa. Não obstante infirmar qualquer pretensão pré-jurídica, Roxin afirma não só a função de unificação, mas também a função de delimitação⁵¹⁹.

Claus Roxin define a ação como *manifestação da personalidade*. Ação é, nesse conceito, (a) aquilo que se pode atribuir ao sujeito como centro anímico-espiritual da conduta e (b) uma manifestação. Conforme essa definição, diz ele, a maioria dos casos clássicos de ausência de ação (*vis absoluta*, ato reflexo *etc.*) restariam, então, excluídos do conceito de conduta, pois não estariam submetidos ao controle do *Ego*, ou seja, não seriam dominados ou domináveis pela articulação consciência-vontade. E, portanto, não poderiam ser considerados manifestações da personalidade. Por outro lado, os casos restantes de ausência de conduta, como os meros pensamento e impulsos derivados da vontade, também não poderiam ser considerados ações porque estão nos estritos limites da esfera interna do sujeito e, como não podem ser vinculados a feitos externos, não podem ser considerados manifestações⁵²⁰.

Entender la acción como ‘manifestación de la personalidad’ no es algo nuevo en la medida que supone una caracterización con contenido positivo de aquello que resulta como característica cuando se ha excluido todo lo que, según consenso general, **no** aparece como acción. Pero, sin embargo, ese fenómeno tan claro de la ‘manifestación de la personalidad’ es deformado en la mayoría de las teorías de la acción reduciéndolo a detalles naturalísticos (como ‘voluntariedad’ o ‘corporalidad’)

⁵¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p.217-8

⁵¹⁹ “Por tanto, la unidad de la acción no es definida por un algo empíricamente preexistente (ya se ala causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad) y que estaria por igual en la base de todas las manifestaciones de conducta punible, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo: Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un ‘hacer’ o ‘dejar de hacer’ y con ello de una ‘manifestación de la personalidad’”.

ROXIN, Claus. Op. Cit.p.218.

⁵²⁰Idem,p.252.

y a formas de aparición especialmente marcadas ('finalidad'), o sobrecargándolo con valoraciones anticipadas (como 'social' o 'no evitación evitable').⁵²¹

Nessa feita, Roxin esclarece que, em sua opinião, Arthur Kaufmann, Hans-Joachim Rudolphi, Ernst Amadeus Wolff, Enrique Gimbernat Ordeig, Joachim Hruschka, Urs Kindhäuser *etc.* aproximar-se-iam de um conceito pessoal de ação⁵²².

Arthur Kaufmann⁵²³ porque define ação como a conformação responsável e significativa da realidade, com resultados (*lato sensu*) domináveis pela vontade. A definição de Kaufmann vincula o conceito de ação à responsabilidade (excluindo os doentes mentais como possíveis fontes de ação), à liberdade e às consequências causais, motivo pelo qual Roxin suscita discordâncias. H.J. Rudolphi⁵²⁴ se refere à condução consciente da ação, ou de sua dominabilidade. Ernst Wolff⁵²⁵ caracteriza a ação como a realização de uma possibilidade posta ao indivíduo, de forma livre e dotada de sentido, pois as condutas seriam decisões.

G. Ordeig⁵²⁶ caracteriza a ação como a forma como o sujeito se relaciona com o mundo exterior, a qual implicaria a necessidade de consciência e a possibilidade física de agir

⁵²¹Idem,p.253.

⁵²² De forma mais pormenorizada sobre as concepções que reputa parecidas, ver: ROXIN, Claus. Op. Cit.p.253-5. Aquelas não citadas aqui (Schmidhäuser, Alwart e Kargl): idem, p.254-5; Jescheck também reputa como semelhantes Roxin, Rudolphi e Arthur Kaufmann, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p.238.

⁵²³ “A previsão legal descreve de forma tipificada uma situação da vida. A ela estão subjacentes factos jurídicos (por exemplo, a compra duma coisa, o assassinio duma pessoa), isto é, aqueles acontecimentos reais e acções humanas, que têm significado dum ponto de vista jurídico (não portanto puros factos empíricos). Os factos jurídicos são a matéria do direito, as realidades do legislador. O seu número é ilimitado. O facto jurídico mais importante é a acção em sentido jurídico. Podemos defini-la como ‘responsável e significativa conformação da realidade com resultados (no sentido mais amplo) domináveis pela vontade (e por isso imputáveis ao agente)’”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. pp.151-2.

⁵²⁴ “La pena, como medio preventivo general y preventivo-especial, sólo es apropiada para evitar o propiciar aquellas acciones corporales que le son posibles al autor individual, sobre la base de su capacidad de conducir su comportamiento externo. Por tanto, desde el principio sólo pueden ser objeto de las normas penales de conducta aquellos procesos humanos de reacción que resultan accesibles a una conducción consciente”. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal*. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 91-2; “[a imputação pessoal] requiere que el autor, sobre la base de sus capacidades individuales, corporales e intelectuales, tuviera la posibilidad de conducir – esto es, evitar o producir – conscientemente aquellas acciones corporales que, respectivamente, han provocadola puesta en peligro del bien jurídico protegido, o habrían generado una posibilidad de salvación”. Idem, p.92-3.

⁵²⁵ WOLFF, Ernst Amadeus. *Die Lehre von der Handlung*. AcP 170 (1970). pp.181-229. Especificamente: “Merkmale des Begriffs Handlung sind nach den bisherigen Ausführungen: eine körperliche oder geistige Tätigkeit eines Menschen, ein diese Tätigkeit bewirkendes Wollen und ein dieses Wollen bewirkender Entschluß. Merkmale des Begriffs Handlung sind also Tätigkeit, Wollen und Entschluß. Eine Handlung ist danach eine durch Wollen entsprechend einem Entschluß bewirkte Tätigkeit. Merkmale des Begriffs Handlung sind also Tätigkeit, Wollen und Entschluß. Eine Handlung ist danach eine durch Wollen entsprechend einem Entschluß bewirkte Tätigkeit”. Idem, p.214-5; Ou “Handlung und Unterlassung sind damit als Tätigkeiten eines Menschen bestimmt, die einen Entschluß zum Inhalt haben. (...) Entschlußhafte Tätigkeit ist der Gattungsbegriff zu den Begriffen Handlung und Unterlassung. Ein Mensch unterscheidet sich von anderen Lebewesen durch die Anlage zur Entschlußfähigkeit. Als Lebewesen mit der Anlage zur Entschlußfähigkeit ist er Person. Eine entschlußhafte Tätigkeit entspricht dieser Anlage, ist also eine personhafte Tätigkeit”. Idem, p.222.

⁵²⁶ “El hombre no es un mero ser inteligente que dispone de un aparato psíquico, esto es: no es un mero ser espiritual, sino uno que se relaciona con el mundo exterior mediante el comportamiento”. ORDEIG, Enrique

de outra forma. J. Hruschka⁵²⁷ relaciona a ação ao seguir regras e à liberdade em relação a impulsos, como combinação de aspectos negativo e positivo. Kindhäuser⁵²⁸ estabelece uma concepção intencional de ação, que diz respeito à ideia de decisão (sobre agir ou não) e remete ao binômio capacidade de ação–capacidade de motivação, bem como recebe aportes de filosofia da linguagem.

Se, de um lado, Roxin admite a proximidade de sua teoria a todas essas concepções, de outro, ele afirma que elas são excessivamente restritas:

Si un omitente no es consciente en absoluto de la llamada de la norma, su conducta frecuentemente no se podrá interpretar como ‘respuesta’, del mismo modo que por regla general falta la ‘libertad’ como mínimo en los hechos no culpables, que sin embargo también son acciones. En cambio, conforme a la opinión aquí mantenida no supone ninguna dificultad concebir p.ej. el olvido como manifestación de la personalidad y por tanto como acción.⁵²⁹

Se todas essas outras teorias que se aproximam da concepção pessoal de Roxin encontram fortes obstáculos, a concepção pessoal propriamente já se firmaria em uma análise pré-jurídica, quando se percebe possível atribuir um determinado evento a alguém, como obra sua. Se por doença mental há feitos que não se podem dizer livres e responsáveis, poder-se-ia dizer que são manifestações da personalidade.

8.1 A teoria pessoal e algumas nuances

Gimbernat. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 40, nº 3, 1987. p.583. Ainda: “Sin embargo, y naturalmente, para que exista una relación de la persona como ser espiritual frente al mundo exterior es preciso: en primer lugar, que esté consciente; y, en segundo lugar, que, además de estar consciente, sea físicamente posible una actitud (hacer o no hacer) distinta de la que en concreto se adopto”. Idem, p.584.

⁵²⁷“Ciertamente, si atendemos realmente a un proceso como acción—em el sentido actual de la palabra—, no es el aspecto final lo que más importa de la acción humana. Las acciones son consideradas tales, más que a través del nexus finalis, a través de la libertad del que actúa —como lo expresó igualmente Platner—. La libertad, según él, se halla en contraposición con la necesidad de la naturaleza. (...) libertad es la independencia de un proceso —de una acción— respecto de la suma de condiciones iniciales precedentes, esto es, la independencia del que actúa respecto de los impulsos que le determinan”. HRUSCHKA, Joachim. *Prohibición de Regreso y Concepto de Inducción: Consecuencias*. In: Revista de derecho penal y criminología. Nº 5, 2000. p.192; “Éste es el aspecto negativo de la libertad. El aspecto positivo —del que aquí no se tratará— consiste en que la conducta libre se aprecia a través del seguimiento de reglas por parte del que actúa”. Idem, p.192. Nota 8.

⁵²⁸“El elemento esencial que debe contener la descripción de una acción es la intencionalidad. Un movimiento “indeseado” no es una acción. La intencionalidad debe estar contenida de manera expresa o tácita en la descripción de la acción”. KINDHÄUSER, Urs. *Acerca del concepto jurídico penal de acción*. In: Cuadernos de Derecho Penal: Universidad Sergio Arboleda. Nº7, julho de 2012. p.15. “Pero incluso si no se tiene a la acción como el concepto base del hecho punible sino a la conducta, la que solo mediante la imputación de los elementos conceptuales del delito obtiene la cualidad de acción definida, aun así se presenta el problema adicional de si el resultado de dicha imputación puede verse siempre como acción. La respuesta resulta inequívocamente negativa (...)”. Idem, p.31; “En lo que al método concierne, la diferenciación en el modelo analítico de intenciones escalonadas entre capacidad de acción y capacidad de motivación ofrece, en este contexto, no solo una posibilidad razonable para el análisis estructural de la conducta conforme a la norma, sino que, más importante aún, también concede un marco semántico para la averiguación de las contravenciones culpables a la norma”. Idem, p.36.

⁵²⁹ROXIN, Claus. Op. Cit.p.253.

A teoria pessoal de ação se configura como uma concepção muito particular de Claus Roxin, segundo a qual mesmo os exemplo apontados pelo próprio autor possuem substanciais e profundas diferenças. É justamente em função dessas diferenças – por não ser um conceito tão restrito, nas palavras do próprio autor – que essa concepção consegue cumprir sem maiores problemas as funções comumente atribuídas à ação.

Serve, em primeiro lugar, de elemento-base. Consegue subsumir sem maiores percalços todas as formas de manifestações de conduta e dar conta do feito de forma total e não apenas parcial, podendo, assim, remeter seja a aspectos sociais ou jurídicos, ou quaisquer circunstâncias necessárias à configuração da ação, como causalidade, finalidade *etc.* Cumpre, em segundo lugar, a função de unificação, pois consegue abarcar mesmo diferentes formas de conceber a ação, desde as pré-jurídicas (que servem de substrato para ulteriores valorações jurídico-penais) até as valorativas. Em seu mérito, Roxin reconhece que, se são as expectativas que transformam a ausência de ação em omissão, essas expectativas são via de regra sociais e, portanto, podem ser separadas da esfera da valoração jurídica⁵³⁰. Cumpriria também, em terceiro lugar, a função de delimitação. Segundo Roxin, a ideia de manifestação da personalidade oferece o critério definitivo para a concreta delimitação entre ação e falta de ação⁵³¹.

Importa para a concepção de Roxin não só a ideia de personalidade. A concepção pessoal de ação não se degeneraria, em sua opinião, em um direito penal da vontade porque às atitudes internas faltaria o elemento de *manifestação* (da personalidade). O elemento manifestação, contudo, não implica em efeitos externos tangíveis, pois, do contrário, não seria possível dar conta da omissão. Assim, para se aferir se há ou não uma *manifestação* é suficiente que o evento desvalorado possa ser imputado à pessoa em questão⁵³².

Não se pode encontrar também uma manifestação da personalidade nos casos os quais o corpo se apresenta apenas como massa mecânica, sem qualquer vínculo com a consciência

⁵³⁰ “Por conseguinte, para el concepto de acción aquí defendido también resulta que en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción há de adentrarse en el tipo. Pero ello no priva de valor al criterio de la ‘manifestacion de la personalidad’ en su función de elemento de enlace, pues un concepto de acción materialmente adecuado no debe ocultar, sino poner de manifiesto los datos y circunstancias reales, y lo que se ajusta a la realidad de la existencia humana es que no son sólo elementos corporales y psíquicos, sino también múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, pero también jurídicas, quienes codeterminan en su sentido las manifestaciones de la personalidad y a veces las constituyen por vez primera”. ROXIN, Claus. Op. Cit.p.257.

⁵³¹ Idem, p.255-60.

⁵³² Afirma Roxin: “Para admitir que hay una ‘manifestación’ basta con que un suceso del mundo exterior – aunque solamente se ala defraudación de una expectativa de acción, como sucede en la tentativa de omisión – le pueda ser imputado a una determinada persona”. Idem, p.260.

ou a vontade. O mesmo se pode dizer de muitos dos casos clássicos de ausência de conduta, como sonambulismo, epilepsia, narcose *etc.* – excetuados, obviamente, os casos denominados pela doutrina de *actio libera in causa*. E em linhas gerais isso se aplica mesmo às condutas omissivas (mesmo não contendo nexos causais)⁵³³.

Desde a perspectiva de Roxin, seu conceito apresentaria uma zona limite, na qual alguns casos clássicos restantes precisariam ser problematizados, como os atos reflexos, os movimentos automatizados ou frutos de impulsos e a “embriaguez sem sentido”. Nos atos reflexos, por exemplo, só não há ação quando a manifestação física não se dá por qualquer influência psíquica (por mais subterrânea que seja), e sim quando há uma ligação direta (pelo centro sensorial) entre o estímulo recebido e o movimento corporal. Como nas descargas elétricas⁵³⁴.

Enquanto, para o finalismo, não haveria ação no exemplo do motorista que responde espontânea e instintivamente a uma mosca que voou contra seu olho enquanto dirigia e, por isso, perdeu o controle do veículo, causando um acidente. Para a concepção pessoal de ação seria possível apontar a existência de uma ação, de uma manifestação da personalidade (mesmo que não por uma reflexão completamente consciente) – muito embora seja possível a exclusão da culpabilidade ou da punibilidade em etapas posteriores⁵³⁵.

Também os casos de ações automatizadas, ou seja, ações transformadas em ações mecânicas (desprovidas de reflexão consciente) por meio da repetição, pode-se dizer serem manifestações da personalidade. Porque a configuração prévia da ação, as disposições para agir assimiladas, e, portanto, a deflagração da ação pertenceriam à estrutura da personalidade, independentemente se o resultado é ou não desvalorado. Os atos passionais – acarretados por impulsos emotivos – são resolvidos na esfera da culpabilidade. O mesmo pode-se dizer da embriaguez ordinária, há ação e as questões daí decorrentes seriam resolvidas na culpabilidade⁵³⁶. Distinta parece ser a questão da hipnose:

Sin embargo, es cierto que la causación psíquica por sí sola, como p.ej. los movimientos causados por sueños de alguien que duerme, aún no da lugar a una acción; (...) Por otra parte, en los estados hipnóticos o posthipnóticos, coincidiendo con la opinión actualmente dominante, habrá que afirmar la cualidad de acción en

⁵³³ ROXIN, Claus. Op. Cit.p.261.

⁵³⁴ Idem,p.262.

⁵³⁵ Idem,p.262.

⁵³⁶ “Como resumen, respecto de esos cuatro grupos de casos cabe decir que no se acomodan a ellos criterios como ‘voluntariedad’, ‘finalidad’, planificación o configuración, si se los vincula con elementos como libertad o consciencia clara. *Se trata más bien de la dirección final interna, o de la ‘finalidad inconsciente’*. (...) la personalidad no se deja reducir a la esfera de la consciencia clara como el día”. Idem,p.264. Grifo nosso.

los mismos, pues los hechos cometidos en esos estados son transmitidos psiquicamente y adaptados al mundo circundante.⁵³⁷

A partir de seu ponto de vista, Roxin propõe aliviar um pouco do peso sobre o conceito de ação, retirando dele as questões sobre casos de embriaguez, atos passionais, atos automatizados e atos espontâneos. Questões as quais seriam resolvidas na esfera da imputação, apesar de a distinção entre aquilo que deve ou não ser resolvido na esfera da ação não seja *prima facie* totalmente⁵³⁸.

Portanto, ao contrário do que se possa pensar, a distinção entre ação e não-ação não seria discernível a primeira vista. Não haveria uma fronteira estanque, especialmente porque o fruto da psique pode ser tão insignificante que sequer se poderia chama-lo de manifestação. De forma um tanto problemática, essas zonas limítrofes destacam a importância do recurso à valoração⁵³⁹. Destaque-se, contudo, que Roxin remete a questão da ação, em última análise, à critérios normativos, esclarecendo que a relevância do critério ôntico depende de sua instrumentalização normativa. Diz ele se tratar de um conceito normativo, mas não normativista⁵⁴⁰.

A afirmação de um supraconceito de ação – manifestação da personalidade –, por isso, é mais nominal do que substancial. Não indica qualquer caráter comum a todas as condutas delituosas que não a possibilidade de sua imputação subjetiva, como diz expressamente Roxin⁵⁴¹.

8.2 Considerações finais

A concepção de ação como manifestação da personalidade não se apresenta sem problemas. A personalidade não pode ser reduzida ao *Ego*, o qual é apenas uma das instâncias

⁵³⁷ Idem, p.264.

⁵³⁸ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* p.265.

⁵³⁹ “En la zona fronteriza la delimitación no se puede efectuar sin una decisión de valoración jurídica sobre si ‘el momento de la adaptación regulativa ya se destaca tan claramente que en la valoración jurídica penal ya no puede ser descuidado como totalmente irrelevante’”. Idem, p.264.

⁵⁴⁰ “Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que los terrenos fronterizos atende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica”. Idem, p.265.

⁵⁴¹ “Las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad”. Idem, p.265.

de sua composição. Mais preocupante, contudo, é a tendência de se considerar que todas as manifestações da personalidade estejam sob controle do *Ego*.

São especialmente pertinentes as considerações de Juarez Cirino dos Santos, pois permitem sublinhar como a qualidade difusa do conceito de personalidade impede que se caracterize os fenômenos dela derivados como sob controle (controlados ou controláveis) do *Ego*. Especialmente porque faz parte justamente do debate em psicanálise a possibilidade de que o *Id* possa investir contra o *Ego*, manifestando-se sob a forma de obsessões, fobias e atos falhos ou sintomáticos, de forma incontrolável ao *Ego*. De forma breve e contundente, portanto, resta conclusivamente refutada a teoria pessoal da ação, por Cirino dos Santos⁵⁴².

Torna-se ainda mais difícil ignorar o caráter profundamente problemático do conceito de personalidade quando se analisa sua manifestação na aplicação da pena, como se depreende da arguta análise dos profs. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Como destacam os dois autores, o conceito de personalidade é controverso, de difícil (quicá impossível) determinação, de verificabilidade duvidosa, polissêmico *etc.* Sequer há um consenso sobre o conteúdo desse conceito nas áreas de conhecimento especializadas (seja na psicologia, na psiquiatria ou na psicanálise). No campo do direito, esse conceito já equívoco adquire uma especial *anemia significativa* pela forma como é utilizado pelos juristas, sendo frequentemente reduzido a juízos moralistas sobre o reu e sua vida pregressa⁵⁴³.

⁵⁴²SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p.94-6.

⁵⁴³CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.53-61. Nesse sentido também: CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.184-191; VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, v. 14, 2008, p.305-323; Rodrigo Roig destaca que a compreensão da personalidade na esfera penal se submete ao positivismo etiológico, além de ser um “conceito fluídico” instrumentalizado por meio de expressões vagas (como “personalidade deturpada”), crivadas de juízos subjetivos, servindo para infirmar o contraditório e a ampla defesa. Cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena*. Limites, Princípios e Novos Parâmetros. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.162-171.

9 QUADRO TEÓRICO DOS MODELOS DE AÇÃO FUNDADOS NA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

9.1 Pressupostos para a compreensão de Habermas

Habermas ao tratar da antropologia filosófica, em *Kultur und Kritik*, ressalta o traço histórico da natureza humana, incorporando e criticando Arnold Gehlen (defensor de uma antropologia biológica), e da mesma forma, incorporando criticamente alguns elementos de Heidegger. Nessa crítica absorvedora já se pode entrever alguns pontos que compõem de forma mais aprofundada e consequente em Lukács, em especial porque, em Habermas – sob a influência de Heidegger –, a técnica assume a posição central devida ao trabalho⁵⁴⁴.

Ao contrário de Lukács, portanto, não é o trabalho o responsável pelo metabolismo homem-natureza, mas a técnica. E isso tem repercussões importantíssimas para o desenvolvimento e as conclusões dissonantes entre Habermas e Lukács⁵⁴⁵. Uma clara consequência dessa diferença pode ser vista, por exemplo, na afirmação de um crescente domínio da racionalidade técnica (sobre as demais racionalidades) – posteriormente reformulado como um crescimento de uma tecnocracia – e suas repercussões na esfera cultural. Para Habermas, assim, seria a técnica o fator explicativo central da alienação dos homens, e não as relações sócio-econômicas (à guisa de uma explicação marxista)⁵⁴⁶.

Em seus estudos sobre a esfera pública, Habermas observa uma preocupante sobreposição entre o público e o privado, segundo a qual o parlamento se transformaria

⁵⁴⁴Com Jean-François Lyotard aprendemos que a palavra trabalho (*Arbeit*) está ausente de “Ser e Tempo”. Cf. LYOTARD, Jean-François. *Heidegger e os Judeus*, trad. E.F. Alves, Petrópolis: Vozes, 1994. p. 83 – agradeço ao prof. Nilo Batista por trazer à minha atenção essa informação. Ainda: “Por outro lado, a tese de Gehlen, segundo a qual o ser humano seria ‘por natureza não especializado’, é importante para Habermas, já que isso significa que o homem constrói ele mesmo ‘seu mundo e seu ser-no-mundo’ – uma ideia que Habermas liga à analítica existencial de Heidegger. A humanidade, portanto, pode garantir sua sobrevivência ‘somente por meio da manipulação tecnicamente eficaz da natureza’”. PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009. p.39.

⁵⁴⁵Essas diferenças, em razão de uma apreensão equivocada da categoria *trabalho*, se perpetuam (com contornos distintos) até as obras posteriores de Habermas (pós-*virada linguística*): “Mais concretamente, o respectivo plano de acção tem por base uma interpretação da situação, na qual a finalidade da acção é determinada: (a) independentemente dos meios intervenientes; (b) como um estado a ser produzido de modo causal, e (c) no mundo objectivo”. HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida*. In: *Fundamentação Linguística da Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2010. p.173.

⁵⁴⁶Isso mais tarde seria reformulado de forma a encarar as esferas do poder e do dinheiro como formas autonomizadas de racionalidade orientada a fins, como meios de comunicação “desverbalizados”. cf. HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos sobre o conceito de acção comunicativa*. In: *Fundamentação Linguística da Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2010. p.167; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.36. Um pouco sobre a dicotomia racionalidade orientada a fins e ao entendimento encontra-se em: HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.178.

gradualmente no local de chancela das decisões (tomadas externamente) de grupos de interesse particulares. Isso seria visível na crescente autonomização dos partidos políticos (em relação ao parlamento), por exemplo. O parlamento se esvazia cada vez mais em seu papel de espaço qualificado da política.

Como o próprio Habermas observa, contudo, a esfera pública, desde as origens das democracias modernas, se vê marcada pelos interesses de grupos particulares, nomeadamente a burguesia. Entretanto, já se pode observar como mesmo em suas formulações iniciais, a ideia de esfera pública é deveras problemática⁵⁴⁷.

Apesar de observar um traço fortemente privado na gênese da esfera pública, Habermas confia na possibilidade de sua abertura plena (e anti-privatística) também pela natureza de sua gênese: (a) por supostamente ter se formado, em grande parte, em meio aos consumidores burgueses da literatura, pois nos inúmeros espaços de debate sobre a arte – como os cafés – os interlocutores veriam uns aos outros como indivíduos privados (*Privatleute*), destituídos de *status* social; e (b) porque as obras de arte seriam supostamente produzidas para um público mais amplo, quando comparadas com a arte predecessora pré-capitalista. Especialmente por adquirirem o *status* de mercadoria, a arte ter-se-ia tornado muito mais acessível⁵⁴⁸.

Não só os recentes acontecimentos sociais apontam para uma impropriedade de uma esfera pública tal como propõe Habermas. Especialmente quando se dá a devida atenção ao importante papel interpretado na crise de 2007 pelas regulamentações do mercado financeiro, favoráveis a grupos de interesses particulares, e suas conseqüentes repercussões de pauperização na Europa. Mesmo o continente que em tese mais se aproxima das experiências de esfera pública imaginada por Habermas, ou melhor, especialmente neste continente os interesses privados interpretaram um papel central.

Essa crítica, de que a proposição habermasiana seria uma petição de valores aparentemente sem um maior substrato real, pode ser ainda reforçada quando se recorre às formulações de Lukács sobre o drama moderno. Isso derrubaria mesmo a fundamentação da expansão da esfera pública sobre o caráter mais amplo da arte no Capitalismo. O próprio Marx já ressalta o caráter problemático de algumas atividades humanas nas sociedades modernas, em especial a arte⁵⁴⁹. Para Lukács, essa formulação marxiana sobre a arte em geral tem especial relevância para o drama. O drama moderno poderia ser compreendido, assim,

⁵⁴⁷PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.42-3; importantes considerações sobre o tema em: MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.55-72.

⁵⁴⁸ Idem, p.42-3.

⁵⁴⁹ MARX, Karl. *O caráter desigual do desenvolvimento histórico e os problemas da arte*. p.127-9.

por uma bifurcação que leva tendencialmente a um crescente elitismo (o expressionismo seria, possivelmente, um exemplo disso) ou uma crescentemente degradação (a ideia de indústria cultural interpreta aqui um importante papel)⁵⁵⁰.

Ao mesmo tempo em que reconhece uma contradição na esfera pública moderna em razão de sua restrição concreta aos estratos superiores, Habermas não abre mão de afirmar sua abertura em princípio:

Essa esfera pública literária oferece um modelo para a esfera política. O objeto do debate crítico não são, agora, obras de arte, mas a ação dos poderes públicos. A esfera pública burguesa pretende ser a única fonte legítima de leis gerais e abstratas que correspondem aos mandamentos universais da razão e servem ao bem geral. Habermas aponta para uma certa ambivalência inerente à esfera pública: No debate literário pessoas privadas se entendem ‘enquanto seres humanos sobre experiências de sua subjetividade’; mas no discurso político eles se entendem enquanto proprietários ‘sobre a regulamentação de sua esfera privada’.⁵⁵¹

Já durante as polêmicas com o estabelecimento das ciências naturais como o critério central para as ciências sociais, como proposto por Popper – também conhecida como a polêmica sobre o positivismo nas ciências sociais – pode-se destacar alguns pontos que mais tiveram destaque, como: (a) o questionamento da possibilidade da ciência de assumir uma postura de indiferença quanto aos objetos sociais; (b) a afirmação de outras possibilidades de aquisição de conhecimento, por meio de critérios distintos das ciências naturais, que contribuiriam na construção do conhecimento humano; (c) mesmo nas ciências naturais não predominaria somente uma racionalidade técnica, já que os critérios mesmos da pesquisa científica dar-se-iam em moldes de uma autojustificação reflexiva (uma racionalidade comunicativa) no cerne da comunidade científica; (d) a afirmação de um direcionamento por interesses também nas ciências exatas, mais especificamente pelo interesse cognitivo técnico que implica na possibilidade de dispor dos processos sociais como se naturais fossem, o que ignora que a sociedade é um todo e não um agrupado de partes estanques⁵⁵².

Para Habermas, as ciências exatas não são neutras perante os valores, e isso se dá porque seu patamar de fundamentação é pré-científico. Haveria, sim, interesses cognitivos que permeiam as ciências exatas – apesar dos autores mais afeitos ao positivismo negarem isso – e eles surgiriam em razão da ação instrumental, da necessidade de modificar a natureza com o trabalho, ou, em outras palavras, da técnica⁵⁵³.

⁵⁵⁰ LUKÁCS, George. *The Sociology of Modern Drama*. The Tulane Drama Review. Vol. 9, No. 4, 1965. p. 146-170.

⁵⁵¹ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.43.

⁵⁵² Idem, p.50-3.

⁵⁵³ Idem, p.53. A ideia de ação instrumental reaparece nas obras posteriores de Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Prelecções para uma fundamentação linguística da sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2010. p.113.

A ação técnica, todavia, não aparece sozinha, mas acompanhada da ação comunicativa. Enquanto a técnica diria respeito à reprodução material da vida, a comunicação diria respeito à manutenção da identidade dos sujeitos em sociedade. A técnica estaria na origem das ciências exatas, e a comunicação na origem das ciências interpretativas⁵⁵⁴.

Sua crítica sobre a estruturação das ciências sociais a partir de modelos positivistas foi influenciada pela oposição ciências naturais-ciências do espírito, como aparece em Dilthey, tendo em vista que as ciências sociais não teriam um papel estritamente descritivo, mas buscariam compreender os significados dos fenômenos sociais. Em função da ideia de uma busca pela compreensão dos sentidos, Habermas resgata algumas contribuições da fenomenologia de Husserl, da teoria linguística de Wittgenstein e da hermenêutica de Gadamer. Contudo, aquilo que mais ganha destaque nas análises de Habermas são os aportes linguísticos influenciados por Wittgenstein⁵⁵⁵.

Esse aporte linguístico destaca a ideia de que a compreensão do mundo social por parte do sujeito só é tornada possível por meio da linguagem, e isso implicaria, em tese, a renúncia a pretensões objetivistas, calcadas no positivismo e afirmadoras de uma perspectiva de observador externo imparcial⁵⁵⁶.

A hermenêutica, em terceiro lugar, surge como um contraponto, diante do diagnóstico de que as teorias fenomenológicas e linguísticas ainda assumem perspectivas objetivistas. Apenas com a hermenêutica estaria aberta, verdadeiramente, a possibilidade de abandono da ideia de um observador imparcial. A hermenêutica entra, portanto, para colmatar as lacunas da fenomenologia e da teoria linguística.

Habermas também retoma algumas proposições hegelianas. Ele recupera, a partir dos *Jenaer Systementwürfe*, uma dialética entre trabalho, linguagem e reconhecimento (amor e família) que estava presente em Hegel, mas teria se perdido no ulterior desenvolvimento de seu sistema⁵⁵⁷. Habermas, assim, recupera Hegel para esboçar uma crítica a Kant, segundo a qual a constituição do Eu não deriva de uma reflexão autônoma, mas por um processo de

⁵⁵⁴PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.53.

⁵⁵⁵Essa influência se mantém ao longo de sua evolução teórica: “Por outro lado, posso, ao menos, reportar-me à teoria do desempenho de papéis de Mead e à teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein; é que nelas já se encontra prefigurada aquela pragmática universal que considero um fundamento adequado da teoria social e cujos traços fundamentais quero desenvolver”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.46; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.55.

⁵⁵⁶HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.163; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.55.

⁵⁵⁷LIMA, Eric C. *O Fragmento 22 dos Jenaer Sytementwürfe (1803/1804): apresentação e tradução*. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos. Ano 5, nº8, Junho-2008. p.76; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.57.

comunicação. Não é uma auto-concepção espontânea, mas um devir fundado na intersubjetividade⁵⁵⁸.

A experiência da autoconsciência já não figura mais como originária. Para Hegel, resulta antes da experiência da interação, em que Eu aprendo a ver-me com os olhos do outro sujeito. A consciência de mim mesmo deriva de um entrelaçamento das perspectivas. Só com base no reconhecimento recíproco se forma a autoconsciência, que se deve fixar no reflexo de mim mesmo na consciência de outro sujeito.⁵⁵⁹

Também em função de suas considerações sobre a linguagem, torna-se possível delinear um pouco mais as importantes diferenças entre as concepções de Habermas e Lukács. Como é possível depreender das considerações em Técnica e Ciência como Ideologia, há uma inversão em relação à concepção lukacsiana.

Em Habermas é a *linguagem* (na concepção hegeliana), no sentido de nomeação das coisas, a responsável pela separação sujeito-objeto na consciência, e é essa linguagem que serve de modelo para analisar-se o trabalho (nele considerado em sua forma mais estreita: a técnica), quando este realiza analogamente a separação sujeito-objeto; pois, o papel originário interpretado pelos símbolos nessa separação, no trabalho seriam assumidos pelos instrumentos, que se interporiam entre sujeito e natureza para a satisfação das necessidades⁵⁶⁰.

As formulações habermasianas, em determinado momento, estruturam-se sobre o binômio agir comunicativo e agir instrumental. Ele destaca a importância do agir

⁵⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1997. p.23 e ss.; MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. São Paulo: Cortez, 2012. p.114; DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e Consenso: uma introdução ao pensamento de Habermas*. Pelotas: UFPEL, 1993. p.151; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.56-7.

⁵⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência...* p.15.

⁵⁶⁰ Idem, p.57. Diz Habermas: “Como tradição cultural, a linguagem entra na ação comunicativa: pois, só as significações intersubjetivamente válidas e constantes, que se obtém da tradição, facultam orientações com reciprocidade, isto é, expectativas complementares de comportamento. Assim, a interação depende das comunicações linguísticas que se tornam familiares. E também a ação instrumental, logo que como trabalho social aparece sob a categoria do espírito real, está inserida numa rede de interações e depende, portanto, por seu lado, das condições marginais comunicativas de toda a cooperação possível. Abstraindo do trabalho social, *já o acto solitário do uso de um instrumento está referido à utilização de símbolos, pois a imediatidade da satisfação animal dos impulsos não é interrompida sem um distanciamento da consciência que dá nomes, relativamente aos objectos identificáveis*. Por tudo isso, a ação instrumental é também sempre, enquanto solitária, uma ação monológica”. HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência...* p.30-1. Grifo nosso. Ou ainda: “O que vale para a consciência moral e técnica vale analogamente para a teórica. A dialéctica da representação mediante os símbolos linguísticos dirige-se contra o conceito kantiano das realizações sintéticas de uma consciência transcendental em geral, subtraída a todo o processo de formação. Com efeito, a crítica abstrata do conhecimento concebe a relação das categorias e das formas de intuição com o material da experiência, como mostram as expressões, segundo o modelo introduzido já por Aristóteles da atividade artesanal, em que o sujeito, ao trabalhar, dá forma a uma matéria. Porém, se a síntese do múltiplo não ocorre por meio da imposição de formas categoriais, mas já está primariamente vinculada à função representativa dos símbolos autogerados, então, a identidade do eu não pode já pressupor-se aos processos de conhecimento e também não aos processos de trabalho e da interação, dos quais provém a consciência astuta e reconhecida. A identidade da consciência cognoscente, como em igual medida a objectividade dos objetos conhecidos, só se constitui com a linguagem, na qual apenas é possível a síntese dos momentos separados do eu e da natureza como mundo do eu”. Idem, p.28.

instrumental, mas, exatamente por sua perspectiva enviesada do *trabalho*, não o percebe como forma fundante. Na verdade, já na década de sessenta ele aproxima-se mais de considerar o agir comunicativo como o modelo fundante de compreensão da sociedade, ao qual se submeteria, inclusive, o trabalho. Isso se reflete, novamente, em algumas de suas conclusões⁵⁶¹.

Já em Lukács, a relação se estabelece de forma oposta: não é a linguagem que serve de modelo fundante, mas o trabalho. É justamente em função dessa apropriação da herança hegeliana que Habermas erige o sustentáculo de sua crítica ao pensamento de Marx: a “desconsideração” da linguagem. Habermas acusa Marx de, recorrendo ao rótulo vago de práxis, reduzir a ação comunicativa à ação instrumental. Para ele, as categorias sociais se dissolveriam no automovimento da produção, quando, na verdade, o trabalho tem uma função fundante e não esgotadora. Entretanto, isso só fica inevitavelmente mais claro na ontologia de Lukács⁵⁶².

Habermas critica Marx por sua pretensa intenção de construir um saber de caráter positivista, pois, fundado sobre o modelo do trabalho, seria em última análise uma espécie de saber (técnico) a fim de dispor do objeto⁵⁶³. Essa crítica deixa transparecer o conhecimento comparativamente menos aprofundado da ideia de práxis por Habermas, em relação à Lukács. Com efeito, além das óbvias distinções do materialismo-dialético a qualquer pensamento positivista, a mera menção de que se trataria de um saber com fins a dispor dos objetos – além de equivocado por sua estreiteza – é, em si, insuficiente, porque mesmo o pensamento místico pode ter essa pretensão. E, como já se mencionou, a própria restrição do trabalho como concepção fundante a uma ideia de técnica também é equivocada.

Em sua adoção de algumas formulações do pragmatismo, em especial de Charles Sanders Peirce, Habermas reafirma uma concepção comunicativa da ciência, cujo processo de

⁵⁶¹ “Remetendo aos estudos antropológicos sobre a técnica de Gehlen, Habermas aponta para a impossibilidade de renunciar ‘à técnica, isto é, à nossa técnica, substituindo-a por uma qualitativamente distinta’. Ele vê a alternativa à técnica atual em uma estrutura de ação que não seja racional teleológica, mas consista em uma interação mediada simbolicamente. Dessa maneira é colocada a primeira pedra para uma teoria do agir comunicativo”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.59.

⁵⁶² HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência...* p.41-2; “Ao agir instrumental ele [Habermas] contrapõe o agir comunicativo, que entende como ‘uma interação simbolicamente mediada’ que se orienta segundo normas sociais ‘que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes’. O agir instrumental se baseia em regras e estratégias técnicas cuja validade ‘depende de enunciados empiricamente verdadeiros ou analiticamente corretos’; a validade de normas sociais, pelo contrário, ‘só se funda na intersubjetividade do acordo acerca das intenções e só é assegurada pelo reconhecimento geral das obrigações’. Se regras técnicas ou estratégias corretas são violadas, pode-se falar de um comportamento incompetente que ‘está condenado per se ao fracasso’ perante a realidade; quando são violadas normas vigentes, estamos perante um comportamento desviado que provoca sanções vinculadas às normas”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.58.

⁵⁶³PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.63.

pesquisa seria um empreendimento colaborativo e comunicacional a fim de resolver questões comuns. Conforme Pinzani, “a diferença entre ciências naturais e do espírito corresponde, então, à diferença entre agir instrumental e agir comunicativo”⁵⁶⁴. A pesquisa envolveria a estabilização de opiniões, a eliminação de incertezas e a obtenção de convicções não problemáticas⁵⁶⁵.

Habermas não deseja cair na esparrela positivista de partir de fatos presumidamente objetivos. Não obstante, se por um lado não se pode pensar em fatos não interpretados, por outro, para rejeitar a possibilidade de um idealismo, Habermas se apega à ideia de que os fatos interpretados não existem somente nas interpretações. A assunção do caráter necessariamente maculado pela interpretação na relação sujeito-objeto e sua articulação com o processo comunicativo de formação de consenso é a forma encontrada para se escapar ao “objetivismo” positivista, sem cair em um idealismo.

Isso não oferece maiores problemas para interpretações que podem possuir alguma repercussão técnica e, assim, serem confrontadas diretamente com a realidade⁵⁶⁶. Para diversas áreas e proposições das ciências sociais não trata-se de algo tão simples, pois sua confrontação com a realidade não pode dar-se de forma tão direta – quanto na técnica –, e por isso está muito mais aberta a desvios interpretativos e falsificações da realidade. A ideologia, que não comparece adequadamente nos estudos habermasianos, pode interpretar um papel importante nesse caso. Esses desvios interpretativos e falsificações da realidade podem manifestar-se por meio da identificação de fenômenos sociais inexistentes, os quais ao intérprete podem aparecer como fatos⁵⁶⁷.

A apropriação de Wilhelm Dilthey, por Habermas, se dá em uma proposta de complementaridade ao seu pragmatismo afeito à Peirce. Habermas recorre a Dilthey, mediado pela leitura de Gadamer, para estabelecer com mais clareza os caracteres distintivos das

⁵⁶⁴ Idem, p.65.

⁵⁶⁵ “Husserl leva-nos a considerar que Kant adopta uma abordagem ingénuo da área temática da física sem ver que teorias científicas desta índole são produzidos apenas numa comunidade de comunicação de investigadores (Peirce) que, afinal, têm de pressupor como evidente, por seu lado, a validade fáctica do seu mundo da vida quotidiano”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.52; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.64.

⁵⁶⁶PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.64. Ainda: “Na sua análise da posição de Dilthey, Habermas retoma considerações que ele tinha formulado no âmbito do debate sobre o positivismo: as ciências hermenêuticas e as ciências empírico-analíticas se deixam conduzir por interesses cognitivos; mas, enquanto estas últimas visam o domínio técnico de processos naturais, as primeiras ‘procuram assegurar a intersubjetividade da compreensão nas formas correntes da comunicação e garantir uma ação sob normas que sejam universais’. O interesse cognitivo prático das ciências do espírito consiste em garantir ‘a possibilidade de um acordo sem coação e de um reconhecimento mútuo sem violência’”. Idem, p.65.

⁵⁶⁷ A insuficiência de tratamento do tema não significa a inexistência. Habermas chega a tratar do tema da ideologia (que ele trata, p.ex., como pretensões – amplamente aceitas – cuja legitimidade nunca foi problematizada ou discursivamente fundamentada). Cf. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.64 e ss, 125.

ciências humanas⁵⁶⁸. Em outro aspecto, em meio a uma polêmica com Niklas Luhmann, a quem ele considerava em certa medida como herdeiro do positivismo, ele recorre ao conceito de *discurso*. Esse conceito apresenta-se como um momento de suspensão das instituições tecnocráticas e das coações relacionáveis aos imperativos funcionais (o que Luhmann representava teoricamente para Habermas). Seria um espaço de fuga da esfera do agir, no qual o foco se volta apenas aos sentidos das normas que regem as ações humanas, cuja resposta seria em termos de justificação (ou não) discursiva da pretensão de validade dessas normas⁵⁶⁹.

Caberia aqui uma crítica, extensível inclusive para Rawls⁵⁷⁰, de que dificilmente seria possível falar-se em ideologia se, por um mero expediente racional, fosse possível suspender o grosso das relações sociais de tal forma que suas coações e instituições parassem de exercer influência. Falta notar que a identificação do óbice ideológico tanto como óbice quanto como ideologia é parte necessária das consequências de sua superação, e colocá-la como pressuposto coletivamente alcançável pela simples “boa vontade” da razão é inverter a ordem das coisas. Essa crítica, todavia, pesa mais sobre Habermas porque, dos dois (Habermas e Rawls), é ele quem carrega consigo a maior bagagem crítica a qual deveria trazer à tona as implicações das discussões sobre ideologia.

Apesar de sua crítica à Luhmann, Habermas não deixa de aproveitar alguns pontos da teoria sistêmica, especialmente para propor uma releitura do conceito de formação social⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ “Desse ponto de vista, a dimensão linguística se torna central: ‘a linguagem é o fundamento da objetividade sobre o qual cada pessoa deve apoiar-se antes de poder objetivar-se em sua primeira manifestação vital – seja esta em palavras, em atitudes ou em ações’. E a hermenêutica como método se coloca em primeiro plano como apropriação dos ‘conteúdos semânticos legados por tradição’, dirigida a expressões verbais, a ações e a expressões vivenciais. Estas três classes de ‘manifestações vitais’ antecipam os três tipos de pretensões de validade que desempenharão um papel central na teoria discursiva de Habermas, a saber: pretensões de verdade de enunciados, pretensões de validade de normas e pretensões de verossimilhança de expressões dramáticas”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.65.

⁵⁶⁹ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.68. Ainda: “O discurso não serve para trocar informações, para fazer experiências ou para direcionar ou praticar ações, mas para procurar argumentos e oferecer justificações. Nesse sentido, ele representa uma saída momentânea da dimensão do agir. Os que participam dele se preocupam exclusivamente em esclarecer o sentido de expressões ou normas que deveriam determinar o seu agir. A busca de um sentido é contraposta aqui à busca de processos decisórios eficientes, funcionais e racionalizados”. Ibidem.

⁵⁷⁰ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1999. pp.03-46.

⁵⁷¹ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.69. Ainda: “Habermas retoma, então, a crítica a Marx avançada em *Ciência e técnica* como ‘ideologia’, mas introduz um conceito que perpassa como um fio condutor todos os ensaios de *Para a reconstrução do materialismo histórico*: o conceito de evolução. (...) Sistemas sociais podem, pois, ser compreendidos como um ‘tecido de ações comunicativas’, enquanto as estruturas da personalidade podem ser ‘consideradas sob o aspecto da capacidade de linguagem e de ação’. Instituições sociais e competências de ação individuais apresentam as mesmas estruturas de consciência. Isso se torna particularmente evidente, segundo Habermas, naquelas instituições que impedem que, em casos de conflito, a dimensão intersubjetiva seja ameaçada, a saber: a moral e o direito. Quando o consenso de fundo que rege a nossa vida cotidiana se perde, o seu lugar é tomado pela regulamentação consensual dos conflitos por meio das instituições do direito e da moral. Habermas pensa que a evolução social das concepções do direito e da moral acontece segundo os mesmos padrões. Esses são descritos no nível ontogenético, isto é, no nível da identidade do Eu, em geral pela psicologia

Posteriormente, recorrendo aos escritos de Lawrence Kohlberg (psicólogo, grandemente influenciado por Jean Piaget) sobre as etapas do desenvolvimento da consciência moral e da identidade do Eu, Habermas tenta aproximar-se de uma teoria da evolução social, de forma a explicitar a possibilidade de transição das sociedades convencionais (capitalistas e tardo-capitalistas) às pós-convencionais, a fim de apontar o potencial transformador das sociedades modernas⁵⁷². Em seus escritos posteriores ainda é possível achar traços dessa ideia, como na fundamentação de uma racionalidade universal⁵⁷³.

Aparentemente Habermas teria baseado-se em uma concepção marxista da história como evolução social⁵⁷⁴, entretanto essa não parece ser a melhor inteligência dos escritos marxianos, ou sequer aproxima-se das interpretações mais profícuas feitas nessa tradição (como em Benjamin, Bloch, Lukács *etc.*)⁵⁷⁵. A ideia de desenvolvimento desigual, que já comparece em Marx, parece inviabilizar de saída as interpretações etapistas. Bloch ressalta a história como ruptura e continuidade. Além disso, há de se concordar com Lukács, é um erro idealista querer estabelecer *a priori*, a partir da *lógica*, o desenvolvimento social concreto (real e de base ontológica), que só pode ser plenamente apreendido *post festum*. Uma ideia de consequências análogas comparece em Benjamin sob a rubrica de *Jetztzeit*.

Destaque-se a questão extremamente problemática que envolve a orientação de aplicação contemporânea, no âmbito do direito penal (inclusive), de uma proposta de sociedade que não pertence a este tempo (mas a uma sociedade mais aperfeiçoada). Diversos autores que se apropriam, no direito penal, das formulações habermasianas não pesam com maior cuidado as consequências de se reivindicar, para as instituições contemporâneas, horizontes normativos democrática e discursivamente construídos. Uma tal proposta pode ter

do desenvolvimento cognitivo de Piaget, que teoriza a existência de diferentes níveis de desenvolvimento da consciência.”. Idem, 72-3.

⁵⁷²PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.71-4.

⁵⁷³ “A posição universalista não precisa negar o pluralismo e incompatibilidade das marcas históricas da ‘condição cultural própria ao ser humano’, mas percebe que essa multiplicidade das formas de vida está restrita aos conteúdos culturais e afirma que toda cultura, se fosse o caso de alcançar um certo grau de ‘conscientização’ ou ‘sublimação’, teria de compartilhar certas qualidade formais da compreensão do mundo moderna”.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*, 1. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.326.

⁵⁷⁴ “Com base em tais considerações ligadas a uma teoria (sócio)evolutiva, a história pode ‘ser interpretada como evolução, isto é, como processo dotado de uma direção’. (...) Uma sociedade pode – exatamente como um indivíduo – passar por um processo de aprendizagem que leva a níveis sempre superiores de evolução. No fim desse processo, uma sociedade deveria alcançar um nível pós-convencional no qual: 1. o agir individual se orienta por uma moral discursiva; 2. os conflitos são regulamentados por meio do recurso a um direito formal gerado democraticamente; e 3. as instituições políticas são justificadas por pretensões de legitimidade fundamentadas discursivamente”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.76.

⁵⁷⁵ Nesse sentido: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994. pp.222-232; SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Por uma historiografia da reflexão*. pp.07-12; LUKÁCS, Gerog. *História e consciência de classe*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp.63-104.

o condão de dar aparência de frutos de uma democracia substancial àquilo que se pode definir apenas como os frutos de uma democracia formal. Em outras palavras, o consenso resultante de um viés ideológico punitivista coletivo – seja por um senso comum punitivo já tão familiar aos autores críticos ou, sua frequente face político-criminal, o populismo punitivo⁵⁷⁶ – é uma concreta possibilidade resultante do esforço de alguns autores em encaixar nesta sociedade aquilo que não pertence a ela – um anacronismo teórico habilitado pela teoria habermasiana – um consenso democrática e discursivamente construído despido de quaisquer relações ideológicas e de coação. Pois, como já se disse, *isso não é requisito para a mudança social, mas sua consequência mesma*.

Em Habermas há um empenho por uma retomada do projeto iluminista, ele constrói uma teoria de reabilitação da razão como instrumento de emancipação. As formulações de Adorno e Horkheimer – dos quais Habermas é herdeiro – sobre o papel da razão instrumental no capitalismo são ressignificadas na obra do autor de Düsseldorf, e a razão instrumental passa a ser compreendida como uma degeneração histórica da razão⁵⁷⁷.

Habermas acredita ser possível uma emancipação social fundada sobre as próprias instituições, e vê um indício do potencial emancipatório das instituições já na obra de Marx. É possível deduzir, sem dúvida, um potencial progressista das instituições burguesas, na obra de Marx. Especialmente porque Marx nota que é já no seio das antigas sociedades que surgem as contradições que dão origem ao novo. O que não é possível é afirmar que a emancipação social se dará por meio das instituições. Isso é uma extrapolação em profunda contradição com o pensamento marxiano.

Dizer-se que a emancipação social – ou, em termos marxistas, a revolução – envolverá, de alguma forma, aspectos institucionais – seja em sua gestação ou no seu desenvolvimento – definitivamente não é o mesmo que dizer que ela se dará por meio (e nas fronteiras) dessas instituições⁵⁷⁸. Esse raciocínio é um *non sequitur*, especialmente quando se tem em vista que o papel interpretado pelas instituições pode ser um de auto-negação e

⁵⁷⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.13 e ss.

⁵⁷⁷“Enquanto os dois antigos frankfurtianos [Adorno e Horkheimer] viram as instituições políticas e sociais, assim como a práxis cotidiana como sendo ‘completamente esvaziadas de qualquer vestígio da razão’, Habermas acredita poder mostrar, recorrendo ao conceito de razão comunicativa, como esta última ainda pode deixar ouvir sua voz naqueles componentes da sociedade (instituições, processos e práticas sociais) que, aparentemente, cederam sem esperança aos imperativos da razão instrumental. Isso se mostra claro justamente nas instituições políticas e no sistema jurídico burguês que Adorno e Horkheimer observavam com tanto ceticismo: eles incorporam, pois, princípios que contêm um potencial emancipatório que, contudo, não é realizado pelas próprias instituições – uma ideia que, segundo Habermas, se encontraria já em Marx”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.77-8.

⁵⁷⁸Há algumas importantes reflexões nesse sentido em: PACHUKANIS, E.B. *Teoria geral do direito e o marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. pp.15-28.

superação dialéticas. A democracia burguesa pode dar o espaço (institucional) necessário para a sua própria superação. Então, mesmo as ações em estritos limites institucionais adquirem uma característica bem específica, a de tática. E nesse sentido, aparentemente faltou em Habermas desenvolver uma teoria das instituições (no capitalismo) ligadas à ideia de tática-estratégia, como aparece em outros autores marxistas⁵⁷⁹.

A hermenêutica na obra habermasiana, de outra feita, diz respeito não só à interpretação de conteúdos, mas também a tomada de posição em relação ao conteúdo. Um dos motes críticos que permeiam a teoria do agir comunicativo diz respeito a um suposto potencial crítico em razão dessa tomada de posição. A compreensão significaria a tomada potencial de uma posição crítica, pois poderia abrir espaço para um questionamento das pretensões de validade da ação comunicativa em questão. Consequentemente, de forma positiva, para o triunfo dessas pretensões de validade da ação comunicativa seria necessário sua devida fundamentação⁵⁸⁰. Apesar de tudo, parece um tanto precipitado atribuir um potencial crítico a uma necessidade de posicionamento; ele existiria, em princípio, na mesma medida em que um potencial conservador.

Se, na filosofia da consciência, a verdade de um determinado juízo poderia ser vinculada à certeza do sujeito de uma relação de correspondência entre representação e objeto, em termos de teoria do agir comunicativo, essa verdade pode ser estabelecida sobre o comum reconhecimento comunicacional. É nesse sentido também que Habermas faz uma leitura crítica de Wilhelm von Humbolt, no qual aparece em germe a ideia de língua como um sistema de regras e de quem Habermas retira a ideia de um *fin* de mútua compreensão na esfera da comunicação linguística⁵⁸¹.

9.1.1 A virada linguística de Habermas

Apesar de ser necessária a crítica de algumas das proposições iniciais de Habermas porque elas repercutem nas concepções tardias e também na própria forma como Habermas é absorvido pela doutrina penal, não se pode deixar passar a oportunidade de esboçar breves considerações sobre alguns de seus argumentos posteriores mais popularmente utilizados.

⁵⁷⁹ LENIN, Vladimir Ilitch. *O Estado e a revolução: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução*. São Paulo: Expressão Popular, 2007. pp.104-109.

⁵⁸⁰ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.81.

⁵⁸¹ “O papel que no antigo paradigma era atribuído à consciência passa, no novo paradigma, a uma comunicação mediada por argumentos ‘entre aqueles que, para se entenderem conjuntamente sobre algo existente no mundo, exigem uns dos outros explicações. O lugar da subjetividade assume a práxis de um entendimento intersubjetivo’”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.82; DUTRA, Delamar José Volpato. Op. Cit. p.71-86.

Para essa finalidade, recorre-se às *Christian Gauss Lectures*, as quais marcam claramente a reorientação teórica de Habermas e seu afastamento do marxismo⁵⁸².

A partir das *Christian Gauss Lectures*, Habermas renuncia a sua anterior concepção de história, bem como procede a desenvolver com mais propriedade uma fundamentação linguística das relações sociais. O autor de Düsseldorf passa, então, a defender a teoria social como uma teoria interpretativa, ou seja, uma teoria centrada no sentido. Ao se debruçar sobre o agir humano (o qual é caracterizado como um comportamento norteado por regras) ele conclui pela insuficiência de uma ciência estritamente observacional; as ciências sociais deveriam, assim, preocupar-se em compreender o sentido dos atos⁵⁸³.

O sentido (*meaning*) estabelece-se como conceito fundante da teoria habermasiana. Isso afasta, por exemplo, a possibilidade de considerar-se a existência de intenções “puras” ou “prévias”, elas deveriam assumir sempre a forma simbólica. O sentido tem necessariamente uma expressão simbólica, a qual pode se dar por uma língua natural, derivada (linguagem de sinais) ou extra-verbal (ações ou expressões físicas). E o sentido é tido como sentido linguístico – de palavras e frases. A partir de Searle, Habermas supõe que “tudo o que se pode significar pode ser dito”⁵⁸⁴.

O *sentido* como concepção fundante para a ciência social tem implicações contundentes. Primeiramente, como uma compreensão específica da distinção entre ação (*action*) e comportamento (*behavior*), por meio da distinção entre comportamentos que podem ser interpretados como “intencionais” e aqueles que não. Intencionais seriam os comportamentos que se orientam por regras (HABERMAS, 2010). Sobressalta, aqui, a definição um tanto circular, segundo a qual são intencionais os comportamentos que se orientam por regras e as regras são aplicadas em razão do reconhecimento intersubjetivo de

⁵⁸² “As *Christian Gauss Lectures*, que proferi na universidade de Princeton em 1971, constituem um ponto de viragem no desenvolvimento das minhas reflexões filosóficas”. HABERMAS, Jürgen. *Fundamentação Linguística da Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2010. p.11; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.82.

⁵⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Ações, actos de fala...* p.201-10; “Segundo Habermas, é possível fundar uma teoria da sociedade sobre o conceito central de sentido, isto é, conceber tal teoria como ciência interpretativa. Como tal, ela tem como seu objeto não o mero comportamento, mas o agir. O agir é um comportamento intencional, isto é, ‘um comportamento dirigido por normas ou orientado por regras’. Normas e regras possuem um sentido que é preciso interpretar ou entender. A ciência em questão não pode, portanto, contentar-se com a mera observação de comportamentos, mas deve tentar compreender o sentido das ações e das normas e regras que as determinam. Isso tem importantes consequências metodológicas, já que as observações podem ser controladas por certos procedimentos reduzíveis a mensurações físicas, enquanto a interpretação do sentido de ações e normas depende de uma compreensão linguística pré-científica. O fato de tal interpretação ser adequada (ou não) pode ser verificado ‘somente fazer referência ao saber do sujeito’, já que se parte do pressuposto de que um sujeito capaz de falar e de agir possui um saber implícito acerca de regras, visto que domina as normas linguísticas e de ação. Esse saber implícito ‘oferece a base experimental sobre a qual devem fundar-se as teorias do agir, enquanto teorias estritamente científicas do comportamento podem referir-se exclusivamente a dados observáveis’”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.83.

⁵⁸⁴HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.30-1.

um significado. As regras devem ser compreendidas, reivindicam validade, e podem ser aceitas ou não.

Habermas distingue também entre *agir* (atividades simples, não linguísticas e orientadas a fins) e *falar* (atos de fala), ambos os quais se subsumem ao conceito de *ação*, mais amplo. Enquanto o agir estaria constantemente permeado pela necessidade de ulteriores esclarecimentos, os atos de fala seriam autorreferentes, conteriam em si sua própria inteligência – o componente ilocucionário é o que determina, p.ex., o sentido do enunciado⁵⁸⁵.

Destaque-se como, neste e em alguns outros momentos, Habermas admite uma forma originária das ações no agir teleológico, muito embora com o desenvolvimento da sua teoria, o agir orientado a fins adquira traços cada vez mais subordinados a ação direcionada ao entendimento e comunicativa – apesar de ele realizar periódicas afirmações em contrário⁵⁸⁶. Essa transição acontece a partir do momento no qual ele foca em elaborar uma teoria social – afastando-se da estrita perspectiva do indivíduo. Nas inter-relações sociais, como servem de modelo fundante para a interpretação dos fenômenos sociais em geral, o agir comunicativo e direcionado ao entendimento ganham proeminência. Por outro lado, é imediatamente problemático que Habermas deduza, da simples necessidade de execução de um plano que exija a coordenação com outra(s) pessoa(s), a superação da ação teleológica (como modelo) e a imperiosidade de se instituir como arquétipo fundante de uma nova teoria social o modelo de um agir mediado pela linguagem⁵⁸⁷.

Comparece em J. Habermas também a distinção entre observação e compreensão (de sentido), conforme a qual a primeira diz respeito aos comportamentos e o segundo às ações, posto que é o sentido que os distingue⁵⁸⁸. Afirma Habermas (2010), com alguma razão, que é

⁵⁸⁵ “Os actos de fala não só se distinguem das atividades não linguísticas simples pelo seu carácter reflexivo, em virtude do qual se interpretam a si mesmos, mas, além disso, pelo género de objetivos que podem ser almejados e pelo tipo de êxitos que podem ser alcançados pelo falar. É certo que, a um nível geral, *todas* as acções, sejam elas linguísticas ou não linguísticas, podem ser compreendidas como atividades orientadas para fins. Mas logo que queiramos diferenciar entre agir gerador de entendimento e atividade orientada para fins, em que actores perseguem fins, têm êxitos e produzem resultados com as suas acções, adquire outro sentido na teoria linguística que não tinha na teoria da acção – os mesmos conceitos fundamentais são interpretados de forma diferente”. HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.173.

⁵⁸⁶ “Sob esta premissa encaro a actividade orientada para fins e a acção de entendimento como tipos de acção elementares, nenhum dos quais pode ser reduzido ao outro”. HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.176.

⁵⁸⁷ “Utilizo o ‘agir social’ ou ‘interação’ como um conceito complexo que pode ser analisado com recurso aos conceitos elementares do agir e do falar. Nas interacções mediadas pela linguagem (às quais doravante nos dedicaremos em exclusivo), ambos os tipos de acção se encontram interligados. Apresentam-se, porém, em constelações diferentes, consoante as forças ilocutórias dos actos de fala assumam uma posição coordenadora da acção ou os actos de fala sejam, por seu lado, subordinados à dinâmica extra-linguística da influência de actores que agem uns sobre os outros na persecução dos seus fins, caso em que as energias vinculativas específicas da linguagem permanecem desaproveitadas”. HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.176.

⁵⁸⁸ “É que não posso observar acções exclusivamente como um comportamento porque tenho de referir características comportamentais às regras que lhes estão subjacentes e tenho de compreender o sentido dessas

preciso um conhecimento das regras para tornar-se possível o reconhecimento das características de uma ação. Além disso, o reconhecimento de coisas deve ser referido ao “modo da experiência” (que guardaria uma referência metodológica com a medição física), enquanto as ações não são redutíveis dessa maneira, justamente porque podem ser representadas linguisticamente⁵⁸⁹.

A teoria da ação, por apoiar-se sobre a base da experiência, distingue-se substancialmente das teorias científicas (que se debruçam sobre objetos e comportamentos). Isso porque a correta descrição de um fenômeno dotado de sentido só seria possível recorrendo-se ao saber que o produziu, as normas que balizaram a conduta⁵⁹⁰.

Habermas (2010) distingue a abordagem essencialista, das teorias sociais fundadas na linguagem, do método das ciências exatas. Este se direcionaria a enunciados nomológicos verificáveis, referentes a uma realidade objetiva e pautados por um saber contra-intuitivo; enquanto as teorias do sentido estariam direcionadas a uma realidade não-objetiva (porque dizem respeito às estruturas alocadas no saber implícito de cada indivíduo) e pautadas por um saber intuitivo e essencialista.

Não parece de todo correta essa formulação habermasiana quando se observa que as normas comuns de interação podem, sim, ser consideradas estruturas objetivas. São frutos de relações sociais que se reproduzem por meio das subjetividades, mas que, caso se confinassem ao estrito limite da subjetividade, não existiriam como manifestação no mundo. Não parece tratar-se de um fenômeno essencialmente subjetivo, mas de um fenômeno que se realiza por meio das subjetividades, como tantos outros em ciências sociais. Se esse fosse um critério suficiente para subsumir as relações sociais a perspectivas fundadas no sentido, as

regras se quiser descrever um determinado comportamento como ação”. HABERMAS, Jürgen.

*Preleções...*p.32.

⁵⁸⁹ “Até à data, a medição de sentido simbolizado tem de recorrer a processos *ad hoc* que, em última instância, permanecem dependentes de uma compreensão da linguagem pré-científica, quando muito disciplinada em termos hermenêuticos. Qualquer pessoa que domine uma língua natural pode, em virtude da competência comunicativa, em princípio compreender quaisquer expressões, desde que façam algum sentido, e torna-las compreensíveis a outros, isto é, interpretá-las”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.34.

⁵⁹⁰ “Ainda assim, qualquer locutor suficientemente socializado dispõe de um *know-how* suficiente para distinguir expressões fonéticas de meros ruídos e frases formadas de uma forma correcta em termos sintáticos e que fazem sentido em termos semânticos de frases truncadas, bem como para saber cataloga-las comparativamente de acordo com o grau do seu desvio. Este conhecimento das regras, disponível de forma intuitiva mas passível de ser precisado com os meios da maiêutica, dos sujeitos que falam e agem com competência constitui a base de experiência em que têm de se apoiar as teorias da ação, ao passo que as teorias científicas e rigorosas do comportamento contam unicamente com dados provenientes da observação”. HABERMAS, Jürgen.

*Preleções...*p.35. Ainda: “a formação de teorias visa a reconstrução dos sistemas de regras segundo os quais são produzidas as configurações estruturadas de uma forma dotada de sentido, frases e ações. Estas regras generativas não têm de decorrer de modo evidente das estruturas de superfície das expressões. (...) O objetivo é a reconstrução hipotética de sistemas de regras com que desvendamos a lógica interna da geração orientada por regras de estruturas de superfície compreensíveis”. Idem, p.35-6.

ciências sociais como um todo seriam vinculadas a esse critério. Como, de fato, parece acontecer com Habermas (e outros autores)⁵⁹¹.

O autor de Düsseldorf realiza, então, uma divisão entre abordagens subjetivistas (ou *teorias generativas da sociedade*), fundadas no sentido, e objetivistas, como aquelas fundadas no modelo explicativo nomológico. Assim, em uma tacada ele divide as ciências sociais entre correntes de explicação fundada no sentido e aquelas que, implícita ou explicitamente, corroborariam uma subsunção das ciências sociais às ciências exatas. Parece, todavia, um tanto leviano tamanha simplificação, especialmente quando há tantas teorias que buscam estabelecer a especificidade das relações sociais frente aos fenômenos naturais, sem necessariamente recorrer a teorias de sentido.

Sua opção teórica reflete-se especialmente em seu conceito de ação. Ao caracterizar a ação orientada para fins, Habermas aponta-a como uma ação instrumental ou estratégica. A ação instrumental destaca os meios apropriados para uma manipulação da realidade, a estratégica deduz dos valores as melhores alternativas de ação. Parece, portanto, tratar-se de uma combinação entre as concepções weberianas e heideggerianas, entre técnica e ação estratégica, que não leva em consideração todas as implicações da ação-final fundada na práxis.

Já a ação comunicativa, para Habermas, serve para caracterizar as inter-relações mediadas simbolicamente⁵⁹². Além de serem aceitas pelos sujeitos, as normas extraídas daí, por possuírem um caráter vinculante, criariam uma expectativa de comportamento⁵⁹³. Como já se disse, a concepção comunicativa é fundante e, conseqüentemente, mesmo a ação orientada a fins é pensada a partir dela – uma clara inversão da perspectiva marxista⁵⁹⁴.

Os tipos de interação distinguem-se, em primeiro lugar, em função do mecanismo de coordenação de ações e, em particular, consoante a linguagem natural seja utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informação ou, também, como

⁵⁹¹ “(...) encontro-me em condições de delimitar provisoriamente as abordagens objectivistas da formação de teorias das abordagens subjectivistas. Vou designar por subjectivista um programa teórico que concebe a sociedade como um contexto de vida estruturado de uma forma dotada de sentido; e, mais concretamente, como um contexto de expressões e estruturas simbólicas que está a ser produzido de forma contínua com base em regras abstractas e subjacentes àquele”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.37.

⁵⁹² “A teoria da comunicação da sociedade, cujo desenvolvimento advogo, encara o processo de vida da sociedade como um processo generativo mediado por atos de fala”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.116.

⁵⁹³ “Ao passo que a eficácia de regras técnicas e estratégicas depende da validade de frases empiricamente verdadeiras ou correctas no plano analítico, a validade de normas sociais é assegurada por um reconhecimento intersubjetivo assente num consenso de valores ou no entendimento mútuo”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.39.

⁵⁹⁴ “A acção estratégica pode ser encarada como caso-limite da acção comunicativa que se verifica quando entre os parceiros fracassa a comunicação em linguagem coloquial como meio de garantir consensos e cada um assume uma atitude objectivante relativamente ao outro. É que à acção estratégica subjazem regras de uma escolha de meios racionalmente orientada para fins que em princípio cada actor fará por si. As máximas de comportamento são determinadas por interesses no sentido de, no âmbito de uma competição, maximizar os ganhos ou minimizar perdas”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.40.

fonte de integração social. No primeiro caso, falo de acção estratégica, no segundo, de acção comunicativa. Se neste último a força estabelecadora de consenso do entendimento linguístico, isto é, as energias vinculativas da própria linguagem actuam em prol da coordenação das acções, no primeiro o efeito coordenador permanece dependente de uma influência, levada a cabo por intermédio de atividades não linguísticas, dos actores sobre a situação da acção ou sobre seus semelhantes.⁵⁹⁵

Ademais, Habermas também se depara metodologicamente com a necessidade de escolher entre uma abordagem *elementarista* ou *holística*. A primeira, apoiada sobre o individualismo metodológico, afirma o(s) indivíduo(s) como componente(s) último(s) do mundo social (ou seja, os fenômenos sociais podem ser decompostos à forma de enunciados sobre ações individuais), e que esses sujeitos são as forças por trás das tendências sociais. A segunda, representada pela teoria dos sistemas (Parsons, Luhmann *etc.*), afirma que o contexto das normas não se limita ao sentido atribuído pelos sujeitos e, assim, os sistemas possuem uma relativa autonomia dos indivíduos⁵⁹⁶.

São quatro os modelos possíveis de desenvolvimento e elucidação de uma teoria fundada sobre o sentido (ou teorias generativas da sociedade). O primeiro modelo recorre ao sujeito cognoscente (de Kant e Husserl, chegando a Alfred Schütz). São designados de *teorias da constituição* porque entendem o processo generativo da sociedade como a geração da imagem segundo a qual os sujeitos usam para se orientar no mundo. O segundo e o terceiro modelos (*teorias sistêmicas*) entendem esse processo generativo como sistemas de regras sem sujeito (desde à antropologia estruturalistas até a teoria dos sistemas). Essas duas conformam-se no feitio de fantasmagorias, nas quais as estruturas “subjacentes” à sociedade adquirem autonomia em relação ao sujeito. O quarto modelo (*teorias da comunicação*), mais afeito a Habermas (recorrendo a G.H. Mead e Wittgenstein), é o da comunicação em linguagem coloquial, o qual remete ao mútuo entendimento. Há uma tentativa por afastar-se da autonomizações dos sistemas em relação ao sujeito e, nesse quarto modelo, os sistemas precisam referir-se também à geração de contextos de sentido no plano intersubjetivo (que os modelos dois e três não explicavam) e aos atos de fala individualmente considerados. Ou seja, é uma tentativa de reconciliar as teorias sistêmicas com o sujeito⁵⁹⁷.

A posterior diferenciação entre ciências naturais e sociais, entre natureza e sociedade, é recuperada de Kant e Simmel, segundo os quais a unidade da natureza se daria por meio do sujeito cognoscente, enquanto a unidade da sociedade está posta de forma anterior, por ser composta de sujeitos nos processos constitutivos da própria sociedade. É nesse sentido, ampla

⁵⁹⁵HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.177.

⁵⁹⁶HABERMAS, Jürgen. *Prelecções...*p.42 e ss.

⁵⁹⁷ Idem, p.43 e ss.

e superficialmente explicitado, que se funda o dualismo metodológico entre ciências da natureza e da cultura – como se encontra em Kant, Dilthey, Rickert, Husserl, Wittgenstein *etc*⁵⁹⁸.

As ciências naturais encarregar-se-iam de transformar, em ciência, as informações coletadas de forma pré-científica na experiência, no mundo da vida. Já as ciências sociais se diferenciariam não apenas por sintetizar a pluralidade de sentidos dos sujeitos, mas também porque essas experiências se manifestam também em intervenções práticas, afetos e intenções. Em um primeiro plano, em Husserl, portanto, uma teoria do conhecimento da natureza vem após uma teoria da constituição do mundo da vida; mas sua teoria da constituição do mundo da vida também tem um acento marcadamente descritivo. Esse traço descritivo se dá porque ele não busca reconstruir a “objetivação” dos objetos para o sujeito (como em Kant), mas analisar como esses objetos se apresentam (em suas diversas formas)⁵⁹⁹.

Esclarece Habermas: “Husserl conta com uma pluralidade de Eus transcendentais que, independentemente da prioridade do conhecimento da subjectividade própria, só na sua relação mútua constituem o mundo da vida social”⁶⁰⁰. É nesse ponto que comparece o conceito de *intencionalidade* para as formulações fundadas em Husserl. As “vivências” intencionais são direcionadas (e por isso tem consciência) a algo, ou seja, seu traço distintivo é o sentido atribuído pelos atos de consciência aos objetos. Inúmeras intenções podem convergir sobre um objeto, com isso emerge das vivências um conteúdo real comum (mesmo com diferentes conteúdos intencionais)⁶⁰¹.

Complementarmente, a “doação” (ou autodoação) do objeto pode se dar de forma mediata ou não-intuitiva. A doação mediata caracteriza-se pela ausência (“presença virtual”)

⁵⁹⁸ Idem, p.47 e ss. Ainda: “Tal como Husserl, Kant analisou a constituição de um mundo de experiências possíveis, mas ao fazê-lo, contrariamente a Husserl, teve em atenção a objectividade, ou seja, as condições subjectivas necessárias do conhecimento possível da natureza. É que Kant era da opinião de que, com a validade dos enunciados legais mais significativos (isto é, dos teoremas da física sua contemporânea), podem ser ao mesmo tempo esclarecidos os fundamentos transcendentais da experiência no seu todo. Husserl põe esta evidência em causa no seu célebre tratado sobre ‘Crise das ciências europeias’. Não encara a área temática das ciências naturais como a infra-estrutura dos objectos de experiência possível no seu todo, mas como um artefacto derivado cuja génese apenas pode ser suficientemente clarificada se pusermos a descoberto o fundamento de sentido olvidado do mundo da vida quotidiano”. Idem, p.51.

⁵⁹⁹ “Quase que podemos ‘ver’ o sentido e o ser de qualquer objeto que, na transformação dos modos de consciência, registamos como idêntico a constituir-se no Como da sua doação por intermédio das nossas realizações sintéticas. Embora também Husserl suponha uma subjectividade universalmente realizadora, esta produz um horizonte *aberto* de objectos possíveis que admite uma pluralidade de vários tipos de objectualidade que apenas pode ser abarcada de forma descritiva”. HABERMAS, Jürgen. *Prelecções...*p.53; Essa ideia dialoga com a proposta de redução fenomenológica de Husserl. Há uma boa síntese e importantes pistas sobre o assunto em: CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *A história e história do direito penal: a fenomenologia como elemento crítico*. Revista Datavenia, v. 01, p. 02, 2009. Com especial atenção para a nota nº33.

⁶⁰⁰HABERMAS, Jürgen. *Prelecções...*p.54.

⁶⁰¹ Idem, p.55.

do objeto e do conseqüente preenchimento da “posição” desse objeto virtual, o preenchimento da intenção nesse objeto. Trata-se de um uso da linguagem de forma “independente”, ou seja, representa-se linguisticamente objetos ausentes. Com efeito, a doação, portanto, pode se dar de forma intuitiva (direta) ou não intuitiva, mas o preenchimento do objeto está adjudicado à pretensão de que ele concretamente se apresentaria dessa forma (pretensão de validade). E essa pretensão pode ser legítima ou não⁶⁰².

As posições ligam-se, em princípio, a atos “dóxicos” (ligados a fatos). Entretanto, os atos de vontade (ou ânimo) também implicam posições, mas posições potenciais (ou téticas) e fundadas (com referência a valores). Apresentam assim uma semelhança com as posições primeiras, mas possuem também um substrato próprio, constituem um novo sentido, caracterizado pelo valor dos objetos. Também nesse caso verificam-se pretensões de validade que podem cumprir-se ou não⁶⁰³. Diga-se de passagem, a ideia de uma situação ideal de fala parece ter sido bastante influenciada pela ideia husserliana de uma auto-responsabilidade absoluta⁶⁰⁴.

O conceito de ‘autodoação’ de um objeto apoia-se na suposição de que na experiência sensível temos um acesso intuitivo a um dado imediato e evidente. Essa tese (...) não é muito defensável. Em cada intuição, por muito originária que seja, influem determinações categoriais; cada percepção pré-predicativa comporta um excedente que não pode ser reintegrado pelo dado actual. A experiência paradigmática que Husserl poderá ter idealizado com o seu conceito da evidência da verdade dificilmente pode ser encontrada em vivências de evidências sensíveis mas, quando muito, em experiências de construção.⁶⁰⁵

Habermas pondera que a intuição imediatamente considerada possui, mesmo que não completamente, uma dependência categorial, ou, em outras palavras, condiciona-se a um viés interpretativo. E, diante da impossibilidade de recorrer à experiência como evidência, torna-se claro que não seria possível socorrer-se de uma validação intuitiva, pois tratar-se-ia da mesma

⁶⁰² “Antes [Husserl] interpreta a diferença entre a doação mediata e directa de possíveis objectos como diferença entre a doação não intuitiva e doação preenchida de forma intuitiva. O sentido de um objecto intencional exige, então, sempre a possibilidade de uma presença intuitivamente imediata do objecto. A plenitude intuitiva de um objecto que, por seu lado, está doado numa evidência pode, por isso, ser entendida como o preenchimento de uma intenção objectiva de igual sentido. Os graus de preenchimento remetem, em termos ideais, para um objectivo em que a intenção tenha chegado a ser, toda ela, preenchida. A presença intuitiva pela no objecto, por assim dizer, não deixa para trás nenhum resquício de intenção por preencher”. HABERMAS, Jürgen.

*Prelecções...*p.56.

⁶⁰³ Por isso, afirma Habermas: “A aplicação universal do conceito de intenção passível de ser preenchida de forma intuitiva assegura a *todas* as configurações estruturadas com sentido, quer tenham um sentido cognitivo ou um sentido primariamente emocional e volitivo, uma ‘capacidade de verdade’. Por isso, Husserl pode apropriar-se do uso da linguagem de Descartes: designa todos os objetos intencionais, independentemente de a eles se encontrarem associadas qualidade de posição dóxicas ou não dóxicas, por *cogitata*”. Idem, p.59-60.

⁶⁰⁴ Idem, p.60.

⁶⁰⁵ Idem, p.62.

validação, realizada em um segundo registro. O único recurso restante, identificado por Habermas, é a validação discursiva⁶⁰⁶.

Para Habermas (2010), as teorias da comunicação seriam superiores porque partiriam da concepção de relações intersubjetivas, enquanto as teorias constitutivas procurariam deduzir tais relações da consciência individual (herança da filosofia tradicional). É a partir dessas considerações que Habermas desenvolve uma teoria comunicativa da sociedade. Para a construção de uma tal teoria, ele recorre a Wittgenstein (e marginalmente a Wilfrid Sellars), e esse aporte da teoria da linguagem transforma a questão fenomenológica (como é possível o auto-oferecimento do objeto em vivências intencionais) em uma questão linguística (como um significado pode ser simbolicamente expresso por um signo linguístico)⁶⁰⁷.

Segundo a concepção de Wittgenstein, não é possível uma identidade de significados fundamentada no domínio (monológico) dos critérios de auto-avaliação do comportamento linguístico, como as regras de avaliação em Sellars. Em Wittgenstein as regras só podem ser pensadas quando associadas à possibilidade de desvios e erros e de suas críticas por outrem. Por isso não podem ser pensadas privadamente⁶⁰⁸.

Conforme apreende-se de Wittgenstein, na linguagem, intenção e cumprimento se tocam, pois fazem parte da gramática da frase. Se, por um lado, as representações linguísticas indicam expectativas, a significação das palavras indica a satisfação dessas expectativas. Os sentidos das intenções implicam, assim, uma perscrutação necessária do sentido das frases, as quais, por sua vez, só existem em uma linguagem. Em outros termos, compreender uma intenção implica em compreender o papel de uma frase dentro do sistema linguístico. E o conceito wittgensteiniano de sistema linguístico é o da linguagem como jogo⁶⁰⁹.

A crítica de Habermas a Wittgenstein estrutura-se no sentido de explicitar que, embora fecundo, seu modelo interpretativo diz respeito às relações mediadas pela linguagem, não levando em consideração a constituição linguística das regras mesmas – aquilo que permite a comunicação dos sujeitos. Ele ressalta como são duas coisas distintas, a gramática de um jogo de linguagem e da própria linguagem. É essa “gramática” da linguagem, não elaborada por Wittgenstein, que Habermas complementa recorrendo a uma pragmática universal⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Idem, p.64.

⁶⁰⁷ Idem, p.74 e ss.

⁶⁰⁸ Idem, p.80. Ainda: “Um uso monológico da linguagem pode ser pensado, como já o indica a palavra monológico, unicamente como caso-limite do uso comunicativo da linguagem, mas não como seu possível fundamento”. Idem, p.82.

⁶⁰⁹ Idem, p.82 e ss.

⁶¹⁰ “(...) ele [Wittgenstein] nunca encarou a análise gramatical de jogos de linguagem como um empreendimento teórico, mas sempre como um mero processo *ad hoc* que se serve de comunicações indiretas (...). A gramática de

“(…) As formas de acção que os homens têm em comum são o sistema de referência por meio do qual interpretamos uma língua como nossa”. Como parte integrante da acção comunicativa, também as expressões linguísticas têm carácter de acções. Ao realizar actos de fala como ordens, perguntas, descrições ou avisos não me refiro apenas a modos de agir complementares, mas participo numa ‘forma de acção que os homens têm em comum’.⁶¹¹

Em Wittgenstein também comparecem as ideias de competência (o domínio da regra enquanto domínio de uma técnica), de aplicação da regra como momento criativo (em razão das “infinitas” possibilidades de exemplificação a partir da regra) e de consenso entre os sujeitos (jogadores) em relação às regras. As regras gramaticais são explicitadas como constitutivas, e isso se dá em razão da constatação de que o fim de um jogo pode ser apenas ele mesmo – o jogo de linguagem, portanto, não precisaria ter por fim o entendimento, por exemplo. Um bom exemplo é o da distinção entre as regras da culinária e do xadrez: se eu fujo das regras da culinária, cozinho mal (porque trata-se de uma atividade orientada ao fim de cozinhar), enquanto, se fujo das regras do xadrez, jogo um jogo diferente⁶¹².

Habermas (2010) ressalta, entretanto, alguns aspectos nos quais não é possível realizar-se uma equivalência completa entre a ideia de jogo e linguagem. De início, os jogos estratégicos permanecem exteriores aos jogadores, enquanto a linguagem penetraria na própria personalidade dos sujeitos. As regras (convencionadas) de um jogo não poderiam ser modificadas enquanto ele é jogado e seus jogadores seriam os mesmos. As personalidades dos indivíduos, apesar de um elemento importante no jogo, não são alteradas como consequência necessária dele⁶¹³. Depois, os jogos e a linguagem possuem restrições externas qualitativamente diferentes e as regras da linguagem não podem ser invalidadas por frases empíricas.

O autor alemão argumenta também que a gramática da linguagem não depende das leis naturais, mas também antecede a experiência. Essa anterioridade à experiência, contudo,

um jogo de linguagem (...) – esta gramática *mostra-se*, não pode ser *exposta pormenorizadamente* no sentido de uma apresentação teórica”. Idem, p.83.

⁶¹¹ Idem, p.85-6.

⁶¹² “As regras gramaticais são constitutivas, tal como as regras de um jogo, porque não se aplicam em maior ou menor grau à regulação de um comportamento que já existia independentemente delas, mas, antes de mais, geram uma nova categoria de comportamentos. Assim, não podemos conceber a linguagem como uma instituição que sirva um fim determinado, por exemplo o entendimento; é que no conceito de entendimento já se encontra o conceito da linguagem”. Idem, p.87.

⁶¹³ “A gramática dos jogos de linguagem altera-se no decurso da transmissão cultural, os locutores formam-se no decurso da sua socialização, em ambos estes processos desenrolam-se no *medium* da própria linguagem. Como as regras gramaticais não assentam em convenções como as regras estratégicas, podem continuamente vir a ser objecto de um entendimento metacomunicativo. (...) O modelo do jogo facilmente ilude a circunstâncias de que da estrutura da comunicação linguística não pode ser dissociada a personalidade dos falantes, profundamente estruturada de forma simbólica”. Idem, p.88.

não se dá da mesma forma como ocorre com os jogos. Nestes, a ação só adquire significado dentro do jogo, enquanto a linguagem possui uma referência oníextensiva, refere-se ao mundo. Os jogos não podem representar coisas, como as frases. Em conta dessa diferença, a caracterização da linguagem como constitutiva assume um significado diferente. É constitutiva porque instituem a possibilidade da experiência⁶¹⁴.

É pelas limitações da análise por um modelo fundado na ideia de jogo que Habermas propõe ir além de Wittgenstein ao destacar: a relação intersubjetiva entre indivíduos e a referência do discurso a algo no mundo. Wittgenstein fundamentou o significado no reconhecimento intersubjetivo de regras, mas não analisou (afirma Habermas) o fundamento daquilo que permitira esse entendimento mútuo original (de onde surgem as regras). Para Habermas, a intersubjetividade da validade das regras se apoia sobre uma “mútua credibilidade”, a qual pressupõe a *expectativa* de comportamento – e não, necessariamente, a reciprocidade concreta de comportamento. São essas expectativas que ele chama de *intenções*. Acrescente-se que essas expectativas nunca podem existir unilateralmente, mas são sempre expectativas reciprocamente reflexivas⁶¹⁵.

Há na relação linguística uma articulação entre identidade e não-identidade. As supramencionadas expectativas reflexivas, por seu turno, exigiriam um reconhecimento recíproco dos sujeitos. Em função disso os sujeitos teriam de se perceber como idênticos, pois todos assumiriam a posição de interlocutores. Concomitantemente, o reconhecimento recíproco pressupõe também a não-identidade, pois a total identidade significaria a indistinção e a dissolução da subjetividade. Essa relação inter-subjetiva se manifestaria (gramaticalmente) já na unidade elementar do discurso: o ato de fala⁶¹⁶.

Pelos vistos, a paradoxal relação da intersubjetividade é exercida linguisticamente com o sistema dos pronomes pessoais, para o que Humboldt, em especial, chamou a atenção. A reflexividade recíproca da expectativa com que se constroem significados idênticos exige, como também viu Husserl, que ambos os sujeitos possam identificar e esperar uma expectativa simultaneamente a partir da sua própria posição e da do outro.⁶¹⁷

O discurso como uma forma de referência a algo no mundo, por seu lado, sofreu alterações substanciais com o avanço das considerações de Wittgenstein. Em um primeiro momento, ele centra sua análise na linguagem que retrata fatos, mas, após deparar-se com o aspecto pragmático dos atos de fala, empreende uma reformulação da função de constatação,

⁶¹⁴ “Este problema apenas se coloca com regras que não constituem, tal como as regras do jogo, um mero contexto de sentido que se basta a si próprio, mas o sentido os objetos da experiência possível”. Idem, p.89.

⁶¹⁵ Idem, p.90.

⁶¹⁶ Formulações semelhantes encontram-se na obra “Técnica e ciência como ideologia”. Lisboa: edições 70, 1997.

⁶¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Prelecções...*p.91.

equiparando-a às outras funções do discurso. A função cognitiva da linguagem perde, assim, sua posição de destaque⁶¹⁸.

As formulações tardias de Wittgenstein negligenciariam a devida importância ao duplo aspecto da linguagem, sua intersubjetividade reflexiva e sua referência no mundo. Um ato de fala não se compõe apenas por seu conteúdo proposicional (sua referência ao conteúdo comunicado), mas também por seu conteúdo ilocutório, o qual também estabelece o parâmetro de validade da expressão. Em seu conteúdo proposicional, a pretensão de validade adquire o caráter de verdade (em um vínculo referencial, o sentido é que o objeto seja de uma tal maneira). Os demais conteúdos dos atos de fala (além de fazer referência a um objeto) implicam em uma pretensão de validade. Segundo Habermas, os fundamentos das relações sociais (a facticidade dos fatos sociais) são justamente essas pretensões de validade contidas nos atos de fala⁶¹⁹.

A significação de um acto de fala compõe-se do seu conteúdo proposicional ‘p’ (expresso na frase dependente da forma-padrão) e do sentido do modo ‘M’ do entendimento almejado (expresso na frase performativa da forma-padrão). Este elemento ilocutório do significado também estabelece o sentido da validade que reivindicamos para uma expressão. O padrão destas pretensões de validade implícitas no sentido do uso em que são aplicadas é a realidade da verdade (ou aquilo que Husserl chamou de posição dóxica). O sentido de uma afirmação é que o estado de coisas afirmado é realmente o caso. Para além desta, existem outras classes de pretensões de validade (ou posições não dóxicas). Assim, o sentido de uma promessa enquanto promessa é que o locutor queira cumprir um compromisso assumido.⁶²⁰

Habermas diferencia, então, entre quatro tipos de pretensões de validade: compreensibilidade; verdade; sinceridade; e correção⁶²¹. A compreensibilidade diz respeito à pretensão do entendimento da expressão simbólica usada. A pretensão de verdade (ou uso cognitivo da linguagem) surge da finalidade se comunicar algo sobre um objeto, como nas constatações e afirmações. A pretensão de sinceridade diz respeito às manifestações expressivas, de desejos, sentimentos etc. Por fim, a pretensão de correção concerne a expressões normativas, como promessas e ordens⁶²². A teoria consensual da verdade diz

⁶¹⁸ “Esta dupla estrutura do acto de fala reflete a estrutura do discurso em termos gerais; um entendimento não é conseguido se ambos os parceiros não actuarem em simultâneo em ambos os planos – (a) o plano da intersubjetividade em que os locutores/ouvintes falam *uns com os outros* e (b) o plano dos objectos ou estados de coisas *sobre* os quais se põem de acordo. Em cada acto de fala, os falantes põem-se de acordo sobre objectos no mundo, sobre coisas e acontecimentos, sobre pessoas e as suas expressões, etc.”. Idem, p.93.

⁶¹⁹ Idem, p.94.

⁶²⁰ Idem, p.94.

⁶²¹ “As quatro pretensões de validade referidas são fundamentais no sentido em que não podem ser reconduzidas a algo que lhes seja comum. O sentido da compreensibilidade, da correcção e da sinceridade não pode ser reconduzido ao sentido da verdade”. Idem, p.122.

⁶²² Acrescente-se: “(...) a correção coincide com a verdade em que ambas estas pretensões apenas podem ser revalidadas pela via da argumentação e da consecução de um consenso razoável. No entanto, um consenso possivelmente conseguido não significa o mesmo em ambos estes casos. A verdade de enunciados afere-se pela

respeito às pretensões de verdade e correção, enquanto as pretensões de sinceridade precisam ser revalidadas por ações e as de compreensibilidade, quando não são aceitas, desfazem-se⁶²³.

Atente-se:

Um jogo de linguagem funcional, em que ocorre a coordenação e permuta de actos de fala, é acompanhado por um ‘consenso de fundo’. Este consenso baseia-se no reconhecimento recíproco de pelo menos quatro pretensões de validade que locutores competentes têm de fazer valer mutuamente com cada um dos seus actos de fala. Reivindica-se a compreensibilidade da locução, a verdade da sua parte proposicional, a correção da sua parte performativa e a sinceridade da intenção expressa pelo locutor.⁶²⁴

Além disso, quando discute sua pragmática universal fundada em Chomsky, também procura distinguir-se dele. Afirma, o autor de Düsseldorf, que o objeto da teoria gramatical é a linguagem e não os processos de fala. Nele, a fala é pensada em função da linguagem (sistema de regras)⁶²⁵. Aquilo que se quer fazer é pensado em função de como se deve fazê-lo.

É compreensível que isso aconteça, especialmente em razão do caráter constitutivo das regras de linguagem, pois produziriam (em parte) a própria situação que regem. Em outros termos, elas regem algo que, em princípio, sequer existiria sem elas. Entretanto, aquilo que você quer fazer determina também, e profundamente, o como você precisa fazê-lo – isso aparece claramente na análise sobre a ação humana em Lukács. E como, claramente em sua gênese (a qual serve de modelo para uma análise holística) e ainda amplamente hoje, não se pode pensar as funções da linguagem sem uma referência à realidade, ela dificilmente adquire a função quase-demiúrgica (fundante da própria realidade) que tantos atribuem a ela⁶²⁶.

Aliás, é diante de uma possível objeção à ideia de uma linguagem inata, por meio da evocação de variações potenciais na competência linguística, que Habermas (2010) realiza a distinção entre competência pragmática e competência gramatical (ou linguística). A competência gramatical pode sofrer interferências externas limitadoras e gerar, com isso, um

possibilidade de uma *aprovação* universal de uma concepção, ao passo que a correção de uma recomendação e/ou de um aviso é medida pela possibilidade da *concordância* universal em uma concepção”. Idem, p.124.

⁶²³ “Todas as expressões de orientação normativa implicam uma pretensão de correção. Esta não tem razão de existir, se as normas válidas que subjazem às expressões não puderem ser justificadas. A este uso da linguagem chamo comunicativo. No seu âmbito mencionamos algo num mundo para estabelecermos determinadas relações interpessoais. O uso comunicativo da linguagem pressupõe de igual forma o uso cognitivo da linguagem, através do qual dispomos de conteúdos proposicionais (...)”. Idem, p.95 e 121 e ss.

⁶²⁴ Idem, p.121.

⁶²⁵ Idem, p.96 e ss.

⁶²⁶ Há momentos, diga-se, que Habermas de fato se realiza aproximações mais realistas. “Ora, eu afirmo que as relações pragmáticas entre os enunciados e a realidade estabelecidas no uso cognitivo da linguagem dependem de uma constituição prévia dos objectos de uma experiência possível. Na pragmática do uso cognitivo da linguagem pode demonstrar-se que a respectiva área temática é estruturada por uma determinada correlação entre a linguagem, a cognição e a acção”. Idem, p.109-10.

domínio deficitário da linguagem. Ele deduz, assim, a existência de uma linguagem natural da própria inexistência de um dos seus pressupostos no mundo concreto.

É em um encadeamento lógico semelhante que ele também propõe a abstração sociolinguística e pragmático-universal como duas de três etapas (que ainda incluem a abstração linguística) para subtrair-se as particularidades linguísticas e conseguir elaborar um conceito de competência comunicativa sem maiores problemas⁶²⁷.

As clássicas questões da filosofia, como as relações entre essência-aparência e ser-dever, passam a ser resolvidas pelas teorias da linguagem. As repostas oferecidas, todavia, são insuficientes⁶²⁸.

Para Habermas o consenso razoável é alcançado por discursos, e discursos, para ele, são procedimentos com a finalidade de fundamentar expressões cognitivas⁶²⁹. Contra as críticas que podem ser erigidas contra as formulações habermasianas, não parece ser suficiente o esforço do autor em distinguir entre um consenso formado de maneira razoável e um consenso apenas contingente. Habermas cria uma estrutura de confirmação de criação de um consenso razoável que remete inúmeras vezes para validações em níveis distintos, o que, eventualmente, torna desnecessário que seus conceitos centrais se sustentem por si próprios, porque dividem o peso da justificação da própria formulação teórica do autor.

Há uma situação ideal de fala, a qual precisa levar a um consenso razoável, o qual é alcançado por discursos⁶³⁰ e por sua consideração por um avaliador competente. Em princípio, o consenso deveria passar por um crivo de compreensibilidade, verdade, sinceridade e correção; e os avaliadores competentes deveriam ser capazes de realizar uma “verificação adequada”. A expressão “verificação adequada” designa que os avaliadores

⁶²⁷ Idem, p.104-5.

⁶²⁸ “O emprego dos actos de fala constativos permite distinguir um mundo público de concepções reconhecidas no plano intersubjectivo de um mundo privativo de meras opiniões (ser e parecer). O emprego dos actos de fala representativos permite distinguir entre o ser individuado cujo reconhecimento os sujeitos dotados de capacidade de fala e de acção reivindicam mutuamente e as enunciações, expressões e acções linguísticas em que o sujeito se manifesta (essência e aparência). O emprego dos actos de fala regulativos permite distinguir entre as regularidades empíricas que podem ser observadas e as regras em vigor que podem ser cumpridas ou infringidas (ser e dever). *Estas três distinções juntas, por fim, permitem a distinção central entre um consenso ‘verdadeiro’ (real) e um consenso ‘falso’ (enganoso)*”. Idem, p.115. Grifo nosso.

⁶²⁹ “Elementos cognitivos como interpretações, afirmações, explicações e justificações são componentes normais da prática da vida quotidiana. Eles preenchem lacunas de informação. (...) As interpretações, afirmações, explicações e justificações, de início ingenuamente aceites na sua pretensão e em seguida problematizadas, são transformadas por fundamentações conseguidas de forma discursiva: interpretações casuísticas são inseridas em contextos interpretativos, afirmações singulares são articuladas com frases teóricas, explicações são fundamentadas com referência a leis naturais ou normas, justificações singulares de acções são deduzidas de justificações gerais das normas que subjazem às acções”. Idem, p.125.

⁶³⁰ Os discursos dividem-se em três: hermenêuticos (ocorre quando há interpretações controversas), teórico-empíricos (quando se quer verificar a validade de afirmações com conteúdo empírico e explicativo) e práticos (quando se quer verificar a validade de recomendações sobre padrões). Cf. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.126.

deveriam ser conhecedores do assunto, mas, por fim, a verificação considerada adequada e os avaliadores considerados competentes são assim caracterizadas por meio de discursos. Formase, então, uma construção deveras circular⁶³¹. Afirma Habermas:

Em caso de dúvida, a distinção entre o verdadeiro e o falso consenso tem de ser decidida pelo discurso. Mas o desfecho do discurso é, por seu lado, dependente da consecução de um consenso sólido. A teoria consensual da verdade torna-nos cientes de que a verdade de enunciados não se pode decidir sem referência à competência de possíveis avaliadores, e sobre a competência destes não se pode decidir sem avaliar a sinceridade das suas locuções e a correção das suas acções. A ideia do verdadeiro consenso exige dos participantes de um discurso a capacidade de distinguir de uma forma fiável entre ser e parecer, essência e aparência, e ser e dever a fim de poderem avaliar de forma competente a verdade dos enunciados, a sinceridade de expressões e a correção de acções. No entanto, em nenhuma destas três dimensões conseguimos referir um critério que permita uma avaliação independente da competência de possíveis avaliadores ou peritos. Antes, a avaliação da competência de avaliação teria de se legitimar por seu lado com base num consenso do mesmo tipo, para cuja avaliação se tratava justamente de encontrar critérios.⁶³²

Também quando fala da relação entre os atos de fala ilocucionários e perlocucionários, Habermas destaca uma hierarquização inclinada em detrimento do agir teleológico⁶³³. Além da subordinação da ação teleológica à ação comunicativa e orientada para o entendimento, Habermas parece conceber o estofa comum de uma sociedade apenas recorrendo a ideia de formação de consenso por meio da linguagem⁶³⁴. Tal posição, se entendida corretamente,

⁶³¹ Idem, p.126-7. Ainda: “Afinal não basta que uma pessoa faça de conta que efectua uma observação ou que procede a uma inquirição. Esperamos que, digamos, domine os seus sentidos e que tenha discernimento. Tem de vive no mundo público de uma comunidade linguística e não pode ser ‘idiota’, ou seja, incapaz de distinguir entre ser e parecer. No entanto, apenas nos apercebemos do estado de razoabilidade de alguém se pudermos falar com ele e contar com ele em contextos de acções”. Ibidem.

⁶³² Idem, p.128.

⁶³³ “Ora, é evidente que nem toda a interação mediada pela linguagem comporta um exemplo de uma acção orientada para o entendimento. O acto de fala elementar só pode servir de modelo a uma formação de consenso que, por seu lado, não pode ser atribuída a uma acção orientada para o êxito [ação teleológica] se o uso da fala dirigido para o entendimento puder ser caracterizado como o modo original do uso da linguagem em sentido lato, em relação ao qual o uso da linguagem que se orienta pelas consequências e a comunicação indireta (o dar-a-entender) se comportam de um modo parasitário. (...) Se o ouvinte não compreendesse o que o locutor diz, mesmo um locutor agindo teleologicamente não poderia levar o ouvinte por intermédio de actos comunicativos a comportar-se da forma desejada. Nessa medida, o uso da linguagem que se orienta pelas consequências não é um uso da linguagem originário, mas sim a subsunção de actos de fala ao serviço de fins ilocutórios, nas condições de uma acção orientada para o êxito”. HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.160. Nesse sentido também: HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 1. São Paulo: Martins Fontes, 2012. pp.473-581.

⁶³⁴ “Na acção comunicativa, os participantes de uma interacção executam os seus planos de acção sob a condição de um acordo alcançado de modo comunicativo, ao passo que os próprios actos coordenados mantêm o carácter de actividades orientadas para fins. A actividade orientada para fins constitui um componente tanto da acção orientada para o entendimento como da acção orientada para o êxito; em ambos os casos, os actos implicam intervenções no mundo objectivo. Consoante o fim da acção, podem incluir mesmo actos instrumentais, isto é, alterações manipulativas de objectos físicos. Acções instrumentais podem, assim, surgir como componentes em acções sociais de ambos os tipos. Na reprodução material do mundo da vida que se processa através do meio da actividade orientada para fins estão implicadas tanto acções estratégicas como acções comunicativas. A reprodução simbólica do mundo da vida, pelo contrário, depende unicamente da acção orientada para o entendimento. Evidentemente, a preservação do substrato material constitui uma condição necessária à preservação das estruturas simbólicas de um mundo da vida. Mas a apropriação de tradições, a renovação de solidariedades, a socialização de indivíduos necessitam da hermenêutica natural da comunicação quotidiana e,

implica na obnubilação da história por trás da formação das univocidades culturais, dos processos de conquista, colonização e submissão que muito pouco tem de consenso direcionado ao entendimento.

Afirma Habermas, que

(...) a apropriação de tradições, a renovação de solidariedades, a socialização de indivíduos necessitam da hermenêutica natural da comunicação quotidiana e, assim sendo, do meio da formação de consensos com recurso à linguagem. Uma interacção, em que alguém trata outrem como objecto de influência, passa ao lado desta dimensão de intersubjectividade construída com recurso à linguagem; no âmbito da influência mútua, os conteúdos culturais não podem ser transmitidos, os grupos sociais não podem ser integrados, os adolescentes não podem ser socializados.⁶³⁵

Isso contradiz frontalmente as análises históricas sobre as relações familiares e a noção de *pater familias*, a qual contribui para a melhor compreensão das sociedades atuais – inclusive com repercussões institucionais⁶³⁶. Lembre-se, por exemplo, que Jean Bodin fundamenta a ideia de soberania do Estado, da qual ele é pioneiro, sobre uma extrapolação da relação de poder do pai sobre o círculo familiar. Pois bem, mesmo as teorias psicanalíticas teriam muito a dizer em desfavor de uma fundamentação da ideia de que a socialização só pode ocorrer em âmbitos horizontalizados⁶³⁷. Nesse sentido, é profundamente problemática a eleição do conceito de entendimento como pedra angular para a reprodução simbólica do mundo da vida⁶³⁸.

9.1.2 Repercussões possíveis no direito penal

Os atos linguísticos, para Habermas, seriam enunciados performativos e proposicionais. Ele, contudo, não se limita à incorporação das teorias linguísticas como formuladas por Austin e depois aprofundadas por Searle, na divisão dos atos de fala em locucionários, ilocucionários e perlocucionários, mas recorre a ideia de uma gramática universal em Chomsky para ir além da linguística tradicional e propor uma pragmática

assim sendo, do meio da formação de consensos com recurso à linguagem”. HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.166.

⁶³⁵HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.166.

⁶³⁶BATISTA, Nilo. *A lei como pai*. In: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 2 no.3, janeiro 2010, p. 20-38.

⁶³⁷BIRMAN, Joel. *Genealogia do feminino e da paternidade em psicanálise*. Nat. hum. 2006, vol.8, n.1, pp. 163-180.

⁶³⁸ “Enquanto para a reprodução material do mundo da vida é importante o aspecto da atividade orientada para fins da acção social, o aspecto do entendimento é importante para a reprodução simbólica do mundo da vida. Daí decorre a associação proposta entre tipos de reprodução e tipos de acção. Uma associação inequívoca e reversível existe unicamente entre o mundo da vida simbolicamente reproduzido e a acção comunicativa”. HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.166.

universal (universal porque fundada na ideia de uma linguagem natural)⁶³⁹. Chama-se *competência comunicativa*, diga-se de passagem, justamente o domínio do sistema de regras de comunicação o qual essa pragmática tenta reconstruir⁶⁴⁰.

Essas proposições não parecem acolher sem maiores problemas as condutas ilícitas. A partir da teoria da linguagem, poder-se-ia analisar uma conduta ilícita sob três pontos de vista: (a) a partir da relação locutor-ouvinte (quem comete o delito sendo o locutor de um enunciado com pretensão de validade extra-consensual); (b) a partir das relações que se estabelecem no processo penal (no qual a busca pelo convencimento do juiz seria uma forma específica de manifestação jurisdicional da ideia de consenso); (c) a partir da relação sujeito-norma (na qual a violação de uma norma consensualmente estabelecida habilitaria a punição do indivíduo); ou (d) como manifestação de uma convicção monológica (ou modelo de influência unilateral).

A conduta de desferir um tiro e matar alguém não traz consigo necessariamente uma pretensão de reconhecimento de ordem de verdade, justiça, veracidade ou compreensibilidade. Não é de todo inviável argumentar-se que, em um nível macro-social, seria possível atribuir, externamente, uma pretensão de validade de justiça ou de compreensibilidade ao ato ilícito de um indivíduo qualquer. Mas isso só é possível se se abstrai o papel do sujeito que cria o próprio “enunciado”, ou seja, se essa validade é analisada por outras pessoas. Pois o sujeito-agente, propriamente dito, pode não ter qualquer pretensão de validade, mas sim de realização material (dar fim à vida de alguém) independente de uma validade comunicativa propriamente dita. Em outras palavras: o tiro foi desferido causando uma morte, e isso de forma independente de uma validade positiva ou negativa em âmbito comunicativo. Ou seja, o que é um agir comunicativo não é a conduta delituosa, mas o procedimento (processo penal) de etiquetagem dessa conduta como delituosa.

Não seria de todo absurdo argumentar-se também, em contestação, que, em tais casos, apresenta-se sempre uma validade comunicacional positiva pela “força” da enunciação. Esse é, todavia, um argumento *ad hoc*, porque não é possível falar em proposições com pretensões de validade se: (1) há toda uma classe de proposições que não possuem *pretensão* de validade,

⁶³⁹HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.96 e ss. Ainda: “A criança não precisa de construir a gramática da sua língua materna apenas pela aprendizagem com base no material linguístico posto à sua disposição, antes pode, guiada pelo saber apriorístico inato da construção abstracta de linguagens naturais em geral, por assim dizer depreende-la do material linguístico rudimentar que encontra no seu meio envolvente pela via da verificação do programa de hipóteses incorporado”. Idem, p.100.

⁶⁴⁰ Não se deve confundir, contudo, competência comunicativa e competência gramatical. Para uma distinção mais pormenorizada: HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.104-5. Ainda: “O que uma regra tem de específico expressa-se, mais do que numa descrição, na competência daquele que as domina. Compreendermos um jogo significa entendermo-nos com algo, ‘sabermos fazer’ algo. Compreender significa dominar uma técnica”. Idem, p.84; Ver tb: DUTRA, Delamar José Volpato. Op. Cit. p.105-30; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.84-5.

mas uma validade forçosa; (2) nessas classes de proposição (fundadas também na ideia de comunicação), sua validade depende apenas do sujeito que a “enuncia”.

A exclamação ‘mãos ao ar!’ do assaltante de banco que, de pistola em riste, exige do caixa a entrega do dinheiro, demonstra de forma drástica que, nesta situação, as condições de validade normativa foram substituídas por condições sancionatórias. Às condições de aceitabilidade de um imperativo destituído de qualquer cobertura normativa têm de ser acrescentadas condições sancionatórias de semelhante índole.⁶⁴¹

Peculiarmente, em diversas manifestações mais problemáticas – como no caso do cometimento de delitos – nas quais estariam suspensas as condições de um entendimento, Habermas entende não ser possível identificar uma ação comunicativa, mas sim uma ação estratégica (a qual possui uma proximidade maior com a ação orientada a fins). Essa é uma conclusão recorrente quando, frequentemente, ele se depara com as condutas que não cumprem em abstrato os requisitos para o entendimento⁶⁴².

Também é discutível a proposta de recorrer à relação sujeito-norma (consensual e democraticamente estabelecida). Como o destaque, aqui, é para a norma como um enunciado que pode causar determinados efeitos sobre os indivíduos, essa orientação parece abrir as portas para todas as teorias preventivistas já amplamente (e justificadamente) desacreditadas pelas correntes críticas no direito penal.

Em quarto lugar, mostra-se a possibilidade de considerar a conduta delituosa uma manifestação do modelo de influência unilateral – o oposto da ideia de acordo mútuo que envolve o conceito de discurso. Trata-se da interferência (provocação causal) bem sucedida sobre os demais, fora da esfera da qualidade do argumento (recorrendo-se a dinheiro, violência *etc.*). O problema dessa concepção é que ela assume um lugar marginal na teoria da sociedade de Habermas. Este constrói sua teoria a partir das ideias de discurso e comunicação e a unilateralidade das ações só comparece para exemplificar aquilo que existe fora de sua proposição e deveria ser expurgado de uma sociedade idealmente construída. As ações unilaterais (e de caráter conflituoso), todavia, precisam necessariamente ser o ponto de partida (e o eixo central) das formulações teóricas sobre o delito⁶⁴³.

A teoria habermasiana enfrenta sérios problemas quando se depara com as questões do direito penal, nas quais é preciso pensar o conflito (e não o consenso) a partir de uma ação individual (e não coletiva). É claro que, em tese, a teoria talvez pudesse ser emendada para

⁶⁴¹HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.181.

⁶⁴² Idem, p.181.

⁶⁴³HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.140.

lidar com essas questões de maneira mais satisfatória, mas seriam ainda assim proposições *ad hoc*.

Diz Habermas:

A realidade social daí resultante assenta na facticidade das pretensões de validade implícitas em configurações simbólicas como frases, acções, gestos, tradições, instituições, imagens do mundo, etc. A violência, em última análise física, de influência estratégica e a violência material de constrangimentos funcionais, que tanto se oculta por detrás da facticidade ágil do sentido que reivindica validade como também se articula nela, apenas pode ser perpetuada no meio das interpretações reconhecidas.⁶⁴⁴

Aquilo que, antes, aparecia em forma de germe, a partir da virada linguística assume contornos cada vez mais sólidos: o agir comunicativo apresenta-se, nas formulações habermasianas da década de 1970 em diante, como o modelo fundante das demais formas de agir social⁶⁴⁵.

A pragmática universal de Habermas, sob influência de Karl-Otto Apel, indica alguns elementos de uma base universal de validade do discurso: a compreensibilidade da expressão; a intenção de comunicar algo verdadeiro; a enunciação da intenção de veracidade; a opção pelo correto enunciado de acordo com as normas vigentes. Esses requisitos dizem respeito a pretensões de, respectivamente, compreensibilidade, verdade, veracidade e justeza. As pretensões de validade, que pressupõem essa base, deixam de ser apenas pretensões quando o sujeito fundamenta de forma suficiente o enunciado e, complementarmente, seu enunciado é aceito pelos demais⁶⁴⁶.

Seu envolvimento com a linguística se dá de tal forma que reflete em suas concepções epistemológicas, quando desenvolve uma teoria discursiva da verdade⁶⁴⁷. Há, em grande medida, uma desconstrução das teorias ontológicas da verdade (verdade como correspondência), desde Aristóteles até hoje, e da teoria da evidência da verdade (Husserl), para afirmar-se uma teoria consensual da verdade⁶⁴⁸. Isso reaparece em suas obras posteriores,

⁶⁴⁴HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.116.

⁶⁴⁵PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.85.

⁶⁴⁶Idem, p.86-7. Ainda: “O que importa não é a aceitação factual (em caso contrário, Habermas não se distinguiria daqueles que admitem ou até defendem um uso manipulador ou retórico da linguagem), mas o fato de as pretensões de validade serem dignas de reconhecimento. Elas são consideradas justificadas quando for possível mencionar razões para tal reconhecimento – e essas razões são racionais”. Idem, 87-8.

⁶⁴⁷“(…) a verdade que reivindicamos para enunciados ao afirmá-los depende de duas condições: Tem de (a) estar fundamentada na experiência, isto é, o enunciado não deve esbarrar com experiências dissonantes, e tem de (b) ser passível de revalidação discursiva, isto é, o enunciado tem de resistir a eventuais argumentos em contrário e ser capaz de contar com a aprovação de todos os potenciais participantes de um discurso”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.120; DUTRA, Delamar José Volpato. Op. Cit. p.71-86.

⁶⁴⁸“As teorias ontológicas da verdade tentam em vão sair da área lógico-linguística que é a única em que a pretensão de validade de actos de fala pode ser clarificada. De facto, o sentido da verdade não reside no método de a encontrarmos; no entanto, o sentido de uma pretensão de validade também não pode ser determinado sem recurso à *possibilidade* de a revalidarmos”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.118-9.

na afirmação de que as sociedades interpretadas a partir da ideia de mundo da vida possuem uma relação imanente com a verdade, ou seja, a realidade de suas estruturas de sentido se apoia sobre pretensões de validade (as quais, nem por isso, estão livres de problematização)⁶⁴⁹.

Também é pertinente a diferenciação, feita pelo pensador alemão, entre discursos e ações, bem como entre fatos e objetos. Se os discursos caracterizam-se pela argumentação e pela discussão sobre a legitimidade de pretensões tornadas problemáticas, as ações são o “âmbito comunicativo” no qual se movimentam as pretensões de validade, para a troca de informações. O primeiro diz respeito à troca de argumentos e o segundo à troca de informações. E, sem dúvida, os discursos pressupõem a suspensão das motivações e obrigações, bem como a ampla abertura em se considerar a existência e legitimidade de fatos e normas. Os fatos, por sua vez, são aquilo que as proposições representam, e os objetos são aquilo sobre o que fazemos afirmações e construímos experiência. Dessa maneira, Habermas ressalta ser possível afirmar fatos e não objetos⁶⁵⁰.

A terceira questão preliminar concerne à diferença entre fatos e acontecimentos e diz respeito a um pressuposto de fundo da teoria da verdade como correspondência. ‘Um fato que o que torna verdadeira uma proposição; por isso, dizemos que as proposições refletem, descrevem, expressam, etc. fatos. Coisas e acontecimentos, pessoas e manifestações de pessoas, isto é, objetos da experiência são, pelo contrário, aquilo sobre o qual fazemos afirmações e do qual declaramos algo: o que afirmamos de objetos é, se a afirmação for legítima, um fato. [...] Dos objetos eu tenho experiência, os fatos, afirmo-os; não posso experimentar fatos e não posso afirmar objetos (ou experiência com objetos)’, ainda que, ao afirmar fatos, possa referir-me a objetos. Ora, a teoria da verdade como correspondência afirma que às proposições verdadeiras devem corresponder fatos no sentido de que ‘o correlato das proposições represente algo de real do tipo dos objetos da nossa experiência’. Porém, os fatos não possuem, justamente, o *status* de tais objetos. Apesar disso, a teoria da correspondência se apoia em uma observação correta: Se as proposições devem reproduzir e não meramente simular fatos, então estes últimos devem dar-se em um certo sentido, exatamente como se dão os objetos da experiência.⁶⁵¹

Nesse sentido, uma conduta (delituosa) não poderia ser considerada um fato, mas um objeto. Talvez isso salve a aplicabilidade da teoria habermasiana ao direito penal. Mas mesmo essa ponderação torna difícil a compatibilização necessária porque os objetos só nos seriam

⁶⁴⁹ “De acordo com esta concepção [consensual da verdade], é-me lícito atribuir um predicado a um objecto única e exclusivamente se também qualquer outra pessoa que pudesse entrar numa argumentação comigo atribuisse ao mesmo objecto o mesmo predicado. Para distinguir enunciados verdadeiros de falsos refiro-me à avaliação de outros – nomeadamente à de todos os outros com que alguma vez pudesse entrar numa argumentação (sendo que, de modo contrafactual, incluo todos os parceiros de diálogo que poderia encontrar se a minha história de vida fosse coextensiva com a história do mundo humano). A condição da verdade de enunciados é a aprovação potencial de todos os outros”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*, p.120-1. “De ‘verdade’ podemos aqui falar decerto somente num sentido muito lato, precisamente no sentido de legitimidade de uma pretensão que pode ser cumprida ou frustrada”. Idem, p.54 e ss; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.89.

⁶⁵⁰PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.90.

⁶⁵¹Idem, p.90.

acessíveis por meio da linguagem, portanto não existe um objeto estritamente considerado, mas algo como a apreensão (linguisticamente mediada) que fazemos desse objeto⁶⁵². Entretanto, considerando o acontecimento sobre o qual paira o juízo criminal um *objeto*, seria possível defender-se a ideia do sistema penal como um sistema habilitador de discursos, dentro do qual, respeitadas determinadas regras (possivelmente, a articulação entre a legislação pátria e a teoria do delito), poder-se-ia chegar a um consenso sobre a pretensão de veracidade dos fatos apoiados sobre o objeto em questão. Em outras palavras, a verificação da pretensão de validade sobre a adjetivação “delituoso” sobre um determinado acontecimento analisado (um objeto tornado fato quando da sua análise).

Talvez o maior problema ligado a essa perspectiva seja o de que ela possui referenciais essencialmente normativos e pode, em princípio, ser amplamente flexibilizada e instrumentalizada. Além disso, uma proposição nesses modelos diz respeito não à conduta supostamente ilícita (que, ao ser tratada como objeto, pode refugir à sua delimitação como uma ação comunicativa ou discursiva em si), mas aos critérios de asserção de sua ilicitude; e por isso não tem implicações diretas sobre o objeto mesmo – e conseqüentemente sobre qualquer caractere ontológico dele – mas, apenas, o que se afirma dele. Isso, contudo, culmina em um impasse porque, muito embora um caractere qualquer do objeto independa de sua afirmação e conseqüente reconhecimento, esse caractere só pode interpretar um papel no sistema penal por meio do reconhecimento de sua validade mediante sua enunciação como fato⁶⁵³.

Ademais, parece uma dedução sem maiores lastros a comparação do processo penal a um processo discursivo democrático almejando o livre convencimento recíproco. Na verdade, o processo penal aproxima-se mais de uma disputa entre duas partes específicas, na qual qualquer pretensão de “verdade real” dos fatos (referentes ao objeto analisado) tem uma repercussão deletéria ao modelo processual acusatório, e busca-se o convencimento (unilateral, pois se dá apenas do sentido parte–juiz) de uma das partes e não o mútuo

⁶⁵²HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.163.

⁶⁵³ “De acordo com essa concepção, posso atribuir um predicado a um objeto (p.ex., dizer: ‘Este lápis é vermelho’), ‘se qualquer outra pessoa que pudesse iniciar um diálogo comigo atribuisse o mesmo predicado ao mesmo objeto’. A condição de verdade de proposições é, portanto, o consenso potencial de todos os possíveis participantes de um diálogo. Ao afirmar algo, estou avançando uma pretensão de verdade e, com isso, a pretensão de poder convencer todos os outros da verdade da minha afirmação. Pretendo que todos concordem comigo. Portanto, Habermas pode equiparar a verdade de uma pretensão com a promessa ‘de alcançar um consenso racional sobre o que foi dito’”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.91. “O sentido dos fatos só pode ser esclarecido recorrendo-se a discursos. Isso significa que uma pretensão de verdade pode ser fundamentada somente por meio de argumentos, não se apelando para a experiência: ‘a questão se certos fatos se dão ou não se dão efetivamente é resolvida não pela evidência das experiências, mas pela cadeia de argumentações’. Portanto, a verdade é uma propriedade de proposições: ‘Chamamos de verdadeiras as proposições que conseguimos fundamentar’”. Idem, p.90-1.

convencimento. As regras que envolvem esse sistema dizem respeito a validade de uma enunciação – ou seja, se ela pode ser aceita ou não no processo, por exemplo – mas nada dizem sobre a aceitação de sua pretensão de veracidade, o que passa a ser amplamente influenciada pelos preconceitos e subjetivismo de um (ou uns) julgador(es), frequentemente com reduzido peso dado ao argumento propriamente dito.

9.1.3 A situação ideal de fala e outras elaborações problemáticas

Ao estabelecer que a justificação de pretensões de verdade ou de legitimidade deva realizar-se por “boas razões”, Habermas fica preso entre um relativismo cultural e uma razão universal (da tradicional filosofia da consciência). Nesse sentido, é muito percuciente a crítica de Alessandro Pinzani (2009). Para simplesmente poder determinar o que seria uma “boa razão”, ele precisa recorrer ao conceito de *racionalidade* e, assim, à determinação do que seriam boas razões impõe-se uma definição de segunda ordem: boas razões seriam motivos ou razões racionais (*vernünftige Gründe*).

Consequentemente, cai-se em uma esparrela: ou são racionais as razões (*Gründe*) consensualmente defendidas, assumindo-se uma posição de relativismo cultural – pois um motivo racional de uma comunidade pode ser inaceitável para outra; ou essas razões racionais são unívocas a todos os homens. Habermas chega a afirmar, em resposta a Richard Rorty, que a verdade independeria de contexto. É por esse motivo que ele recorre a uma pragmática universal, o elemento universal é apontado na estrutura pragmática da língua. Apesar de engenhosa, essa formulação tem por consequência escamotear para um segundo nível categorial a ideia de uma racionalidade universal presente na filosofia da consciência. Pois, em última análise, o que define se uma razão deve ser reconhecida é sua racionalidade e não o simples consenso⁶⁵⁴.

Complementarmente à ideia de discurso, aparece a ideia de ação comunicativa. A ação comunicativa envolve as três espécies de locução – ações, frases e expressões – e se dá em jogos de linguagem estipulados e validados na esfera normativa, ou seja, essas locuções se

⁶⁵⁴ “A razão [Vernunft], por conseguinte, parece ser não somente uma instância intersubjetiva, mas também uma instância impessoal e supersubjetiva, que, afinal de contas, depende das particularidades dos idiomas particulares (e das sociedades particulares): o consenso fundamentado do qual fala Habermas é aquele que pode ser alcançado sempre e em todo lugar, quando entramos em um discurso. A diferença em relação ao paradigma da tradicional filosofia da consciência consiste somente no fato de que o sujeito particular não possui acesso direto à razão, mas pode assegurar-se de que suas razões são, de fato, racionais somente em um processo de entendimento intersubjetivo. É verdade que essa é uma diferença importante, mas não é decisiva em relação à ‘essência’ da razão, que – como já foi dito – continua sendo uma instância universal no sentido de Kant.”. Idem, p.92-3.

formam de acordo com as regras normativamente estipuladas. E essa mesma ação comunicativa envolve uma pressuposição de competência, chamada pelo autor de imputabilidade⁶⁵⁵.

A ação comunicativa envolve também a pressuposição ingênua da validade das expressões para a troca de informações – o discurso implica na superação da situação criada pelas pretensões de validade assumidas na ação comunicativa. Essa ação comunicativa envolve uma *antecipação*, que supõe uma expectativa de intencionalidade (espera-se que os sujeitos sigam intencionalmente as normas e supõe-se que as expressões extraverbais poderiam ser transfiguradas em verbais) e uma expectativa de legitimidade (espera-se que os sujeitos sigam somente as normas que pareçam justificadas). Essas expectativas remetem ao entendimento que se pode alcançar no discurso prático e à afirmação dos agentes como sujeitos “imputáveis”⁶⁵⁶.

Em determinado momento, a teoria de Habermas se acorre à *situação ideal de fala*, composta por um requisito de simetria geral: a igualdade nas oportunidades de praticar os atos de fala e de apresentar seus pontos de vista (e pretensões de validade), bem como pela limitação de admissão aos sujeitos com iguais chances de enunciar atos de fala constatativos e regulativos. Essa situação ideal afastaria as distorções da comunicação⁶⁵⁷. Garante Habermas que:

Essa simetria entre legitimidades e compromissos [entre os sujeitos] pode ser garantida por um emprego dos actos de fala regulativos que se pautem pela igualdade de oportunidades, isto é, pela distribuição equitativa das oportunidades de dar ordens e de se opor, de permitir e de proibir, de fazer promessas e de as aceitar, de dar e de pedir contas, etc. Juntamente com a utilização em condições de igualdade de oportunidades dos actos de fala comunicativos, tal assegura simultaneamente a

⁶⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.132 e ss. Ainda: “Se quisermos de todo assumir uma atitude que o trate como um sujeito, nós temos de partir do princípio de que o nosso parceiro *poderia* dizer-nos por que razão numa dada situação se comporta deste modo e não de outro qualquer. Procedemos, portanto, a uma idealização que também nos atinge a nós, uma vez que vemos o outro sujeito com os mesmos olhos com que nos contemplamos a nós próprios; supomos que o outro, se lhe perguntarmos, poderá referir motivos da sua acção, da mesma forma como estamos convencidos de sermos capazes de prestarmos contas a nós mesmos sobre a nossa acção, se outro sujeito nos perguntasse”. Idem, p.133.

⁶⁵⁶ “As duas expectativas contractuais referidas, que estão contidas na idealização, inevitável para os agentes, da imputabilidade mutuamente imputada, remetem para um entendimento que em princípio pode ser alcançado em discursos práticos. O sentido da pretensão de validade de normas de acção também consiste na perspectiva de que o comportamento orientado por normas facticamente convencionado possa ser encarado como a acção responsável de sujeitos imputáveis”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.134.

⁶⁵⁷ “Por ideal designamos, no que diz respeito à distinção do consenso verdadeiro do falso consenso, uma situação de fala em que a comunicação não só não é obstruída por intervenções externas contingentes, mas igualmente não o é por constrangimentos decorrentes da própria estrutura da comunicação. A situação de fala ideal exclui uma distorção sistemática da comunicação. Apenas então vigora em exclusivo o constrangimento peculiarmente isento de coacção do melhor argumento que, com conhecimento de causa, permite que a verificação metódica de afirmações cumpra o seu papel, e que pode motivar racionalmente as decisões sobre questões práticas”. HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.130 e ss; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.94 e ss.

possibilidade de em qualquer altura sair de contextos de interacção e entrar em discursos que tematizem pretensões de validade.⁶⁵⁸

Aqui, além da óbvia crítica de que o estabelecimento de tais condições vai muito além do reconhecimento de sua necessidade, caberia lembrar como tal situação parece ser mais consequência de um processo de real democratização do que seu requisito, como se disse antes. Para tentar sanar esse problema, Habermas propõe uma *antecipação* da situação ideal de fala para que, nas sociedades atuais, vigore o melhor argumento⁶⁵⁹. Isso, contudo, não parece suficiente. Ou se dá uma situação ideal de fala na qual vigora o melhor argumento, ou, como nas sociedades concretas de hoje, as decisões estão abertas para diversos fluxos de forças, além da do argumento.

Habermas flexibiliza um pouco suas proposições, em especial a aplicabilidade da ideia de uma situação ideal de fala. Ele mantém o vínculo entre verdade e justificação, mas torna-o mais dúctil, pois afasta-se de uma absolutização da racionalidade dos argumentos quando não foi alcançada em uma situação ideal de fala⁶⁶⁰. Habermas enuncia sua tese:

As condições da argumentação que ocorrem na realidade visivelmente não são idênticas às da situação de fala ideal, em todo caso não o são frequentemente ou na maior parte dos casos. Ainda assim é próprio da estrutura da fala possível que, na execução dos atos de fala (e das acções), façamos de conta, de forma contrafactual, que a situação de fala ideal (ou o modelo da acção comunicativa pura) não é apenas fictícia mas sim real – é precisamente a isso que chamamos uma suposição.⁶⁶¹

Em seu *opus magnum* (Teoria do Agir Comunicativo), Habermas procede ao desenvolvimento de uma teoria da sociedade com base em uma racionalidade comunicativa. Essa racionalidade comunicativa desvelaria os níveis nos quais os processos comunicativos podem acontecer, quais sejam: na relação sujeito cognoscente-mundo; na relação de um sujeito prático com outros sujeitos; na relação sujeito-subjetividade. Esses níveis comunicativos indicam um “mundo da vida” por trás dos processos de comunicação, e esse mundo da vida é o que representa o contexto real em que se encontram os sujeitos⁶⁶².

⁶⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.131.

⁶⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.132 e ss. Ainda: “Sabemos que em regra as acções institucionalizadas não correspondem a este *modelo da acção comunicativa pura*, embora não possamos evitar fazer de conta, contrafactualmente e uma e outra vez, que este modelo se encontra realizado. Nesta ficção inevitável assenta a humanidade do trata entre seres humanos que ainda o são, ou seja, que nas suas auto-objectivações ainda não se alienaram completamente de si enquanto sujeitos”. Idem, p.135.

⁶⁶⁰ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.95-6.

⁶⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Preleções...*p.135. Ainda: “[importante] A situação de fala ideal define-se pelo facto de qualquer consenso que possa ser alcançado nas suas condições pode ser considerado um consenso razoável. A minha tese é a seguinte: *apenas a antecipação de uma situação de fala ideal* dá a garantia de podermos ligar a um consenso facticamente alcançado a pretensão de um consenso razoável; ao mesmo tempo, esta antecipação é um critério crítico com recurso ao qual qualquer consenso facticamente alcançado também pode ser posto em causa e examinado quanto a ser ou não um indicador suficiente de um entendimento verdadeiro.”. Idem, p.129.

⁶⁶²HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.153 e ss; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.98-9.

A ideia de mundo da vida tem explicitado seu caráter transcendental pelo próprio autor. Ela é composta pelos valores dentro dos quais se movimenta cada sujeito e suas ações. É no mundo da vida que os sujeitos apresentam suas pretensões de compatibilidade entre expressões linguísticas e mundo, e também é em função dessa formulação onicompreensiva que fica interdita ao sujeito a possibilidade de agir de forma “extramundana” ou “extralinguística” (em processos de entendimento)⁶⁶³.

Habermas assenta as formulações dessa obra sobre a questão da *racionalidade*, em nível metateórico, metodológico e empírico. Ele realiza a distinção entre racionalidade comunicativa e instrumental, às quais correspondem o agir comunicativo e instrumental. O agir comunicativo é aquele que se caracteriza por visar o entendimento e o uso da linguagem como meio para esse entendimento. Nesse ponto, Habermas apresenta a racionalidade como uma disposição de sujeitos que se manifesta em comportamentos, os quais podem ser avaliados em sua pretensão de validade⁶⁶⁴.

Recuperando formulações de Karl Popper, Habermas empreende uma diferenciação entre quatro tipos de ação, de acordo com as justificações de pretensões de validade (verdade, correção e sinceridade): a ação teleológica; o agir normativo; e o agir dramaturgico⁶⁶⁵. No mundo objetivo destaca-se o agir teleológico e a respectiva decisão entre alternativas. No mundo das relações sociais regidas por normas, fala-se em justificação de pretensões de legitimidade por meio de discursos práticos; destaca-se, então, o agir orientado por normas compartilhadas. Na constituição de uma *autoencenação* – uma interação na qual os sujeitos formam o público uns para os outros – há a possibilidade de justificar-se objetivamente as pretensões de veracidade do agir dramaturgico, daquilo que o sujeito expressa como sendo sua vivência⁶⁶⁶.

Com vistas à proposta kantiana – de três atividades da razão e sua unidade – Habermas acrescenta um quarto modelo de ação, a fim de que possa se realizar uma unidade da razão. O agir comunicativo, o quarto modelo, diz respeito a inter-relação de sujeitos que buscam um entendimento mútuo com o intuito de coordenar conjuntamente suas ações. Em princípio Habermas não abre mão dos outros tipos de ação (inclusive a ação teleológica), mas acaba por submeter, em última análise, as demais ações ao agir comunicativo – chegando a cancelar a

⁶⁶³ “Ele [o mundo da vida] é um lugar transcendental na medida em que há uma relação interna entre estruturas do mundo da vida e estruturas da cosmovisão linguística de um grupo social; seus elementos constitutivos são a linguagem e a cultura, que não são simples ‘objetos’ no mundo, mas possuem ‘um papel de certo modo transcendental’, já que permitem os processos comunicativos em geral”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.109; HABERMAS, Jürgen. *Ações, actos de fala...*p.175; DUTRA, Delamar José Volpato. Op. Cit. p.158.

⁶⁶⁴ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.100-1.

⁶⁶⁵ Mais sobre isso em: HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...* pp.137-169.

⁶⁶⁶HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...* p.150 e ss; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.101-2.

efetividade das demais em determinadas situações⁶⁶⁷. A ação teleológica comparece de forma um pouco mais relevante quando trata-se da reprodução material do mundo da vida⁶⁶⁸.

Resgatando Durkheim, Habermas ressalta como a autoridade místico-religiosa, com o passar do tempo e a dinâmica social, transforma-se nas formas modernas de autoridade, as quais teriam um cunho de fundamentação comunicativa⁶⁶⁹. Ele parece preterir, com isso, explicações mais consequentes, que destacam o papel da tradição ou de relações de força que, nessas metamorfoses sociais, estabelecem, posteriormente, uma auto-justificação. É possível encontrar isso em análises metodologicamente dialéticas, mas não só – pense-se em Weber. Sua noção de um consenso constituinte parece rejeitar a ideia de um consenso construído-constituído (sob as mais diversas relações de poder).

Ao optar por uma fundamentação em Parsons e outros cientistas sociais análogos, aliando-os a uma linguística, Habermas tenta oferecer uma abordagem completa das relações sociais, sociedade e indivíduo-falante. A ideia de mundo da vida, por exemplo, é composta pela cultura, pela sociedade e pela pessoa⁶⁷⁰. O que ele consegue, contudo, é articular duas correntes insuficientes em si e que não suprem suas insuficiências reciprocamente. A articulação de duas perspectivas – indivíduo e sociedade – por si mesma não garante o objetivo de uma aproximação da totalidade. É necessário, sim, recorrer-se a uma formulação teórica que articule ambos de forma fundante, coerente e reciprocamente explicativa. E isso se vê justamente na ideia, apresentada por Lukács (e retirada de Hegel), de determinações de reflexão.

Sob a insígnia do agir comunicativo, corre-se o risco de retroceder-se consideravelmente no pensamento crítico acerca do fenômeno do delito. Isso porque, ao elencar a integração social como um dos elementos do mundo da vida, abre-se a possibilidade de interrogar as consequências de sua perturbação. E essas, para Habermas, seriam a

⁶⁶⁷ “Mas o *medium* da linguagem só pode cumprir a sua função de interligação se *interromper* os planos de acção controlados pelo respectivo êxito próprio e se alterar temporariamente o modo de acção”. HABERMAS, Jürgen. *Acções, actos de fala...*p.180; HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.151 e ss; PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.103.

⁶⁶⁸HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.159.

⁶⁶⁹ “Mead se interessa pelo padrão comum dessas tendências e pela dominância gradual de estruturas do agir comunicativo, ou melhor – como afirmamos ao falar de Durkheim –, ele se interessa pela ‘linguistificação’ do sagrado. E com isso entendo a transposição da reprodução cultural, da integração social e da socialização, as quais passam das bases do sagrado para a comunicação linguística e para o agir orientado pelo entendimento”. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*, 2. São Paulo: Martins Fontes, 20121. p.196.

⁶⁷⁰ “Chamo *cultura* ao repositório de conhecimento de onde se abastecem de interpretações os participantes de uma comunicação, na medida em que se põem de acordo sobre algo num mundo. Por *sociedade* designo as ordens legítimas através das quais os participantes da comunicação regulam a sua pertença a grupos sociais e assim asseguram solidariedade. Por *personalidade* [*Persönlichkeit*] entendo as competências que dotam um sujeito de capacidade de fala e de acção, ou seja, capacitam-no para participar em processos de entendimento e ao mesmo tempo afirmar a sua própria identidade”. HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.159.

anomalia⁶⁷¹, ou seja, um retorno às concepções normalizadoras (social-ortopédicas) na análise das condutas delituosas. As proposições habermasianas cristalizam, assim, uma teoria do consenso, da estabilização e da integração social.

Há uma modificação também, deve-se sublinhar, em sua concepção de evolução social, referindo-se a uma disjunção entre sistema e mundo da vida. As sociedades menos distantes no tempo não se diferenciam apenas por sua maior complexidade, mas também por complexos de instituições que ligam eventuais novos mecanismos de diferenciação dentro de um sistema ao mundo da vida. Habermas encara o papel deletério que a economia capitalista e a burocracia interpretam nas sociedades modernas como uma degeneração, um desvio de uma estrutura social outrora democrática. O mundo da vida se degradaria em mais um, entre muitos, subsistemas, e os mecanismos sistêmicos se descolariam dos processos sociais de integração, passando a imperar o agir teleológico (típico da economia e da burocracia)⁶⁷².

9.1.4 Considerações finais

Não se pode deixar de concordar com Meszaros (2005) quando afirma que, num extremo, a proposta de uma situação ideal de fala é, na melhor das hipóteses, ingênua, e, noutro extremo, apresenta-se como uma formulação apologética, composta por um super-ecletismo, o qual consegue acomodar desde o estrutural-funcionalismo, passando pela teoria dos sistemas, pela filosofia da linguagem, até uma antropologia de cariz apriorístico. Mesmo a influência que Lukács teria exercido foi diluída na medida que diluída também foi a substância de suas categorias, como a ideia de ideologia, a qual passa a dizer respeito à falsa interpretação das necessidades dos membros da sociedade.

⁶⁷¹ PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.109.

⁶⁷² “Evidentemente existe uma classe de mecanismos sistêmicos que não são compatíveis do mesmo modo com ambos os tipos de acção: meios de regulação como o dinheiro e o poder. Estes meios de comunicação desverbalizados regulam um relacionamento social em grande medida desligado da formação de consensos com recurso à linguagem em sentido lato – sobretudo nesses subsistemas da acção económica e administrativa movidos por uma racionalidade orientada para fins que se autonomizaram relativamente a contextos do mundo da vida”. HABERMAS, Jürgen. *Esclarecimentos...*p.167; HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 2. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.301 e ss.; “Um papel central nesse último aspecto é desempenhado pela moral e pelo direito, que são especializados ‘em conter os conflitos abertos de maneira que o fundamento do agir orientado pelo entendimento e, com ele, a integração social do mundo da vida não desmoronem’. Eles garantem um consenso ao qual ‘se pode recorrer quando os mecanismos de entendimento no contexto da comunicação cotidiana regrada por normas fracassam [...] e se torna atual a alternativa de uma confrontação violenta’. Aqui, Habermas retoma a teoria kohlbergiana da passagem da moral convencional à pós-convencional, para mostrar que a diferenciação sistêmica coincide com a racionalização do mundo da vida. A renúncia à orientação por valores tradicionais pode ser vista como um processo de racionalização por meio do qual o agir comunicativo se distancia de padrões de comportamento transmitidos, fazendo com que a integração social aconteça já não por meio de um consenso com base religiosa, mas por intermédio de processos linguísticos de formação de consenso.”. PINZANI, Alessandro. Op. Cit. p.110-1.

Since no specific social determinations were indicated by Habermas, and since the obvious ones – namely the existing class-determinations – were spirited away without trace, it remained a dense mystery, what on earth could and would turn those ‘members of a social system’ into a coherent ‘collective’ force, capable of ‘bindingly interpreting their needs’, unless it was their ‘adequate knowledge’ – i.e. their blind acceptance – of the ‘limiting conditions and functional imperatives’ of their society. And, of course, the limiting conditions and functional imperatives of society apply, by definition, to *all* members of society.⁶⁷³

Nesse sentido, Habermas, por um expediente de suposições circulares, conclui que as condições limitadoras das relações sociais (e seus imperativos funcionais) são premissas necessárias das interpretações das necessidades dos indivíduos. Se em Lukács, as condições objetivas (p.ex., as diferenças de classe) apresentam-se também como elementos potenciais para sua superação, em Habermas apresentam-se como equivalentes às condições restritivas e imperativos funcionais; interditando, portanto, a possibilidade de desafiar tais condições e imperativos⁶⁷⁴.

Having severed in this way all links with a historically identifiable social agency of emancipation, all that remained to Habermas were the arbitrary assumptions of a transcendental pseudo-anthropology, from a fictitious ‘primordial urge to self-reflection’ to explaining social development as such in terms of ‘an automatic inability not to learn’. To this, he added a circular and convoluted deduction about ‘agreement’ and ‘consensus’ (even ‘contra-factual consensus’,) guaranteed by ‘communicative competency’, concluding his discourse on the significance of the ‘ideal speaking situation’ in the ‘ideal communication community’ with the axiomatically self-reassuring but singularly unilluminating assertion that: ‘Always, when we begin a discourse and carry it on long enough, a *consensus* would have to result which would be *per se a true consensus*’.⁶⁷⁵

Não obstante as críticas já levantadas, deve-se chamar atenção também ao germe de uma concepção profundamente elitista de sociedade nos momentos em que Habermas recorre à noção de especialistas para socorrer sua proposição de uma situação ideal de fala. Muito embora, para Meszaros, esse caráter elitista apresenta-se já desenvolvido e não apenas em germe. Deve chamar-se atenção também ao fato de que o campo social no qual a concepção de uma comunicação ideal poderia funcionar implica em uma ausência de conflito que, por isso, tornaria redundante o papel dos locutores ideais⁶⁷⁶. Consequentemente, Meszaros não consegue encontrar outra explicação para a teoria habermasiana se não em razão de um

⁶⁷³ MÉSZÁROS, István. *The power of ideology*. Londres: ZED Books, 2005. p.130.

⁶⁷⁴ Idem, p.130.

⁶⁷⁵ Idem, p.130.

⁶⁷⁶ MÉSZÁROS, István. Op. Cit. p.130-1. Ainda: “For if the social antagonisms themselves persisted in the real world, beyond the artificial walls of the ‘ideal communications community’, in that case no matter how long our competent communicators went on arguing among themselves, they were not likely to achieve anything whatsoever, other than graphically display their own *impotence*. On the other hand, of the objective contradictions of society no longer existed, the role of those (redundant) ideal interlocutors had to be confined to rejoicing over the already instituted fundamental consensus, advertising – in the spirit of ‘communication’ treated as a public relations exercise – its virtues and ideal potentialities”. Idem, p.131.

caráter apologético, mascarando a persistência dos antagonismos no capitalismo e preenchendo as conclamadas distorções comunicacionais por expedientes de comunicação ideal auto-antecipatórios e auto-suficientes (MESZAROS, 2005).

Indeed, Habermas's main theoretical concern was to show that 'modern societies' – the societies of 'organized, advanced capitalism' – have successfully resolved their structural problems through a 'growing interdependence of research and technology, which has turned the sciences into the *leading productive force*... thereby eliminating the conditions relevant for the application of political economy in the version correctly formulated by Marx for *liberal capitalism*. Having thus paid to Marx a left-handed compliment, giving him a pat on the back that simultaneously relegated him to the irretrievably bygone age of 'liberal capitalism', Habermas proceeded to jettison *all* of Marx's fundamental tenets in the name of bringing Marxism 'up to date'.⁶⁷⁷

Habermas se livra assim de qualquer resquício, que não meramente nominal, das contribuições marxianas, livrando-se da teoria do valor-trabalho por elaborações teóricas que beiram a incompreensão da economia política marxiana⁶⁷⁸, e passando em revista de forma totalmente acrítica o complexo industrial-militar. Talvez essa malversação possa ser traçada, em sua origem, à incompreensão da categoria do trabalho em suas dimensões mais importantes. De qualquer forma, mais do que de qualquer outro ponto referencial das formulações marxianas, o afastamento habermasiano da crítica da economia política tem graves repercussões sobre sua teoria:

More recent socialist theories [like Habermas's] are no longer formulated in terms of the social praxis of the labour movement (and hence, they are no longer really revisionist). They present themselves primarily as socio-political theories relegating the analysis of the 'economy' to economic theories. From the latter, they lift out those statements fit with their conception. Habermas thus relies on Joan Robinson for the 'refutation' of Marx's theory of value, (...) and all of them on the Keynesian variety of bourgeois economics. They no longer understand that to postulate as absolute the particular segments of the totality of the capitalist mode of production is already implicit in the particular sciences and in their division of labour with respect to theory construction. Gluing together statements in the various segments cannot result in a conception of the whole. Since Bernstein, however, all revisionists share the position that the production process – even where it is explicitly discussed – cannot be seen as the contradictory unity of labour and capital realization. Rather, it appears as a mere labour process which is still identifiable as capitalist only because of its specific legal and organizational forms. Luxemburg already criticized Bernstein because 'by "capitalist" [he] does not mean a category of production but of property rights; not an economic unit but a fiscal unit. . . . By transferring the concept of 'capitalist' from the real of production to property relations. . . he moves the question of socialism from the realm of production into the realm of relations of fortune [or, in more recent terms, the "well off" and the "underprivileged"] – from the relation between capital and labour to the relation between rich and poor'.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Idem, p.131.

⁶⁷⁸ "Thus technology and science become a leading productive force, rendering inoperative the conditions for Marx's labour theory of value". HABERMAS, Jürgen. *Technology and Science and 'Ideology'*, 1988, p.190 *apud* MÉSZÁROS, István. Op. Cit. p.132.

⁶⁷⁹ MULLER, Wolfgang; NEUSÜSS, Christel. *The illusion of state socialism and the contradiction between wage labor and capital*. Telos, 25. pp.3-4. *apud* MÉSZÁROS, István. Op. Cit. p.132.

Compete razão a Mészáros (2005) quando diz que a afirmação habermasiana, na qual apoia-se seu adeus à teoria do valor-trabalho, sobre como a força produtiva motriz do capitalismo seria, agora, uma articulação entre ciência e tecnologia, não só é incorreta (e incorreta, conseqüentemente, é sua avaliação de Marx) como mistificadora. Trata-se de uma mistificação no mínimo porque Habermas aceita sem qualquer esforço de problematização o que, na verdade, é uma tendência contraditória do Capital de crescimento de sua composição orgânica, ou, nas palavras de Marx, uma tautologia – da qual, novamente, Habermas apropria-se de forma acrítica – na análise da esfera da produção, segundo a qual o desenvolvimento das forças produtivas implicaria (tendencialmente) no incremento relativo do trabalho objetificado em relação ao trabalho vivo⁶⁸⁰. Acrescente-se:

This is where we can clearly see why Habermas must jettison the Marxian categories of ‘force and relations of production’ and replace them by what he calls the more abstract (i.e. practically meaningless, Parsonian-type) pair of ‘work and interaction’. For the plausibility of his consensus-oriented approach depends on the elimination of not only ‘nineteenth-century contradictions’ (like ‘old-fashioned class struggles’) from the picture, but also from the likelihood of new ones arising out of the clash between the *necessarily constraining* requirements of self-expanding exchange value and the inner dynamics of productive development. Hence the latter must be – imaginarily – extricated from its capitalistic integument by denying the existence of the relationship itself (...).⁶⁸¹

Descolando a ciência e a tecnologia das relações de produção, afasta-se delas as contradições estruturais que permeiam essas relações. Com efeito, afasta-se não só as contradições estruturais (da ciência), como essas contradições como um todo são esbatidas, ao ponto de Habermas negar algumas das principais categorias marxistas como ideologia, luta de classes, exploração *etc*⁶⁸². E mais incrivelmente, Habermas insinua a aplicabilidade de uma tal teoria crítica, propositalmente despojada de categorias como exploração e opressão, à realidade do “terceiro mundo”⁶⁸³.

⁶⁸⁰ MÉSZÁROS, István. Op. Cit. p.133.

⁶⁸¹ Idem, p.135.

⁶⁸² “Needless to say, proofs were never offered, only dogmatic assertions and circular deductions. We were simply told that ‘state regulated capitalism, which emerged from reaction against the dangers to the system produced by open class antagonism, *suspends class conflict*’ and that ‘in advanced capitalist society deprived and privileged groups no longer confront each other as socioeconomic classes. Habermas should have tried sometime to convince of his ‘advanced capitalist wisdom’ the British miners who endured the extreme hardship of a *one-year-long strike*, in direct confrontation with the capitalist state, and stubbornly continued to conceptualize their predicament in antiquated ‘liberal capitalist’ class terms”. Idem, p.136-7.

⁶⁸³ “In Habermas’s ‘up-to-date’ categorical framework the ‘Third World’, too, could only make the briefest possible appearance, in appendage to the perspective expressed in the last two quotes above. Accordingly, we were assured that ‘this model seems applicable even to the relations between the industrially advanced nations and the formerly colonial areas of the ‘Third World’. Here, too, growing disparities lead to *a form of underprivilege* that in the future *surely will be less comprehensible through categories of exploitation*”. Idem, p.137.

Diga-se de passagem, a equivocada concepção habermasiana sobre tecnologia também deve muito à vinculação que ele estabelece entre tecnologia e ação instrumental. O desenvolvimento tecnológico, então, liga-se à lógica da própria ação racional e, conseqüentemente, à própria natureza humana. Assim, a realização da tecnologia – e, portanto, de um modelo de sociedade – como está posta não deixa de ser a realização da natureza humana⁶⁸⁴.

Por fim, com o clássico revisionismo reducionista, as questões e contradições estruturais de exploração e opressão foram reelaboradas para apresentarem-se como uma questão de (mecanismos de) distribuição de renda, ou seja, retirando essas questões centrais da esfera da produção e inserindo-as na esfera da política estatal (incluída a distribuição de participação política formal) – talvez aqui seja um bom momento para trazer à lembrança os protestos que cortaram toda a Europa depois da crise. Analogamente, com as atuais auto-reivindicadas ‘renovações teóricas’, à guisa do que ocorria com o revisionismo clássico, parece que as questões centrais foram deslocadas para um problema de distribuição de palavra, de oportunidades comunicacionais.

9.2 Introdução e considerações gerais sobre Wittgenstein

A análise de Wittgenstein aqui realizada é, pela proposta geral do trabalho, muito limitada e necessariamente breve. Será possível apenas destacar alguns pontos relevantes do *Tractatus* e das *Investigações Filosóficas* – e essas são as únicas duas obras para as quais se direcionam os comentários, em toda a sua brevidade, porque além de serem reputadas as mais importantes, são as frequentemente as únicas que recebem alguma atenção pelos autores de direito penal.

Em suas questões iniciais (CHILD, 2013), as proposições de Wittgenstein possuem uma relação com o diálogo estabelecido com Bertrand Russel. É notável o esforço do filósofo em aproximar-se de um entendimento das condições de compreensão das proposições e, a contrário senso, quando se pode dizer que uma proposição não faz sentido e, por isso, não se pode estabelecer uma relação de verdade a partir dela. Essa questão acaba por subdividir-se em outras indagações sobre linguagem e sentido.

As formulações de Wittgenstein são uma resposta às ideias de Russel sobre a relação entre proposições e as situações que elas comunicam, as quais ele considerava insatisfatórias.

⁶⁸⁴ Idem, p.138-9.

O autor austríaco defendia uma teoria pictórica (ou figurativa) da linguagem, cujas proposições principais (no *Tractatus*) são apresentadas em tópicos (nos quais a própria obra é dividida), quais sejam: o mundo é tudo que é o caso; o que é o caso (o fato) é o existir do estado de coisas; a imagem (figuração) lógica de fatos é um pensamento; o pensamento é uma proposição com sentido; a proposição é uma função de verdade das proposições elementares (e a proposição elementar é uma função de verdade de si mesma); a forma geral de uma função de verdade é: $[p, \xi, N(\xi)]$, essa é a forma geral de proposições; e sobre aquilo que não se pode falar, deve-se silenciar.

O *Tractatus* parece estabelecer uma teoria da representação, na qual a linguagem, assim como o pensamento, apresenta determinado estado de coisas. Portanto, ao se compreender o sentido de uma proposição determinada é possível se estipular que, se essa proposição for verdadeira, sabe-se que essa situação existe no mundo. Resta estabelecida, então, uma ligação entre o sentido das proposições e a possibilidade de suas condições de verdade. É só ao ser inteligível o sentido de uma proposição que se torna possível cotejá-la com a realidade para determinar se há uma correspondência de verdade.

Sentido e relação de verdade são, assim, coisas distintas. É por isso que há proposições que, apesar de falsas, fazem sentido. Caso contrário, tudo que faz sentido seria, necessariamente, verdade. Mas isso não é tudo, as figurações apresentam uma estrutura própria, nomes (e a nomeação) não têm uma relação de equivalência com as proposições. A função de comunicação das proposições seria relacionada à combinação dos elementos que compõe essa proposição, e não ao fato de ela “estar por objetos” (*stand for objects*, como os nomes).

A imagem é um modelo da realidade. Aos correspondem na imagem os elementos da imagem. Os elementos da imagem são mandatários dos objectos na imagem. O que constitui uma imagem, é os seus elementos relacionarem-se entre si de modo e maneira precisos.⁶⁸⁵

Dessa forma, uma figuração é a apresentação de ligações entre seus elementos (enquanto representação dos objetos e da ligação entre os objetos) de tal forma que possa vir a se verificar na realidade. Essa relação de denotação com os objetos da realidade é designada como *afguradora* (MARQUES, 2005). Em outros termos, as possibilidades de relações entre os objetos deve se refletir nas possibilidades de relações entre os elementos da figuração. É por se tratar de uma coerência representativa formal e não material que se torna possível

⁶⁸⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p.35 (§2.12-2.14).

aestipulação de relações de afiguração cuja verificação na realidade venha a ser infirmada. Portanto, o fator determinante é a *forma de afiguração*.

Está implícito nessas considerações que as partes diferem do todo, apesar de não ser de todo mal sua explicitação: a figuração realizada pelos elementos individualmente considerados difere qualitativamente da figuração realizada pelo conjunto dele (e a relação interna que se estabelece aí). Wittgenstein defende ser possível, na verdade necessário, que as proposições complexas possam ser decompostas em proposições elementares (as quais, por definição, não contêm outras proposições), e estas decompostas em signos simples (ou nomes). Cria-se, então, uma necessária distinção: os objetos são nomeados e não descritos, enquanto as situações são descritas por proposições (CHILD, 2013; MARQUES, 2005).

A representação de dada situação pela relação de elementos em uma figuração é possível porque o mundo, que contém os objetos a que se faz referência, não é composto por objetos isolados, mas por objetos em relação uns com os outros: os fatos. Seriam esses fatos o ponto de partida para a construção do mundo (e não os objetos). As possibilidades de ligação são o caractere distintivo do próprio objeto, são internas a esse objeto; e, analogamente, o mesmo pode se dizer das ligações entre signos simples, pois é dentro das possibilidades de ligações – que se realizam a partir de seu uso em proposições – que se determina um signo simples. Portanto, assim como não são os objetos que determinam o mundo (mas a relação entre objetos), não são os nomes que determinam as proposições (mas o contrário). Para Wittgenstein, então, conhecer um objeto é conhecer todas as suas possibilidades lógicas de ligação, e analogamente as regras de emprego dos signos simples delimitam o campo de elaboração de proposições com significado (CHILD, 2013; MARQUES, 2005).

Por outro lado, o *Tractatus* não prescinde da ideia de que para haver representações é preciso um sujeito, e um sujeito com acento metafísico (que se aproxima de um sujeito transcendental kantiano). Isso se explica porque o sujeito é o limite do mundo, pois é por meio dele que o mundo se revela. Esse sujeito não seria apenas um sujeito cognitivo, mas também um sujeito volitivo (MARQUES, 2005). Assim, Wittgenstein constrói um sujeito que não apenas é capaz de representar e reconhecer as questões éticas, mas se determinar de acordo com elas.

O caráter contingencial das ligações entre os objetos (e, portanto, das proposições) interdita a formulação de proposições éticas, as quais em tese precisam ter uma transcendência às questões contingenciais. Os valores, então, não poderiam ser ditos por meio da linguagem, bem como não poderiam pertencer ao mundo (como todas as outras coisas contingentes e passíveis de serem representadas linguisticamente). Para Wittgenstein, diante

do caráter contingencial e casual da realidade, destaque-se, somente as relações lógicas são uma necessidade – o nexos causal seria uma ilusão – o que inviabiliza qualquer vínculo entre a vontade e o desdobramento de quaisquer eventos no mundo (CHILD, 2013; MARQUES, 2005).

De maneira nenhuma se pode inferir da existência de uma situação qualquer a existência de uma outra situação, totalmente diferente da primeira. Não existe um nexos causal que justifique tal inferência. Não *podemos* inferir os acontecimentos futuros dos acontecimentos presentes. A crença no nexos causal é a superstição.⁶⁸⁶

Não se pode deixar de notar como, no *Tractatus*, encontram-se ideias que, se apropriadas pelo direito penal, têm o potencial de se aproximar muito de um direito penal da vontade, como o foco central do elemento volitivo e conseqüente ofuscação das modificações concretas perpetradas pelo sujeito na realidade. Há, aparentemente, um potencial perigoso no chamado “primeiro Wittgenstein” para a doutrina penal.

Wittgenstein, contudo, realiza profundas transformações em suas concepções posteriores. Ele notou, por exemplo, que uma teoria figurativa se relacionava com proposições verdadeiras ou falsas, quando a linguagem tem um campo de uso maior do que esse, como ele veio a concluir depois. Notou também não ser possível sustentar que as proposições elementares seriam logicamente independentes entre si. Como forma de apontar os traços centrais da linguagem: afastou-se de um foco sobre as proposições elementares (abandonando a perspectiva essencialista) para a questão das proposições ordinárias em uso; distanciou-se de uma concepção referencialista; e encampou a proposta de comparar diferentes formas de representação (aqui entra a ideia de jogos-de-linguagem⁶⁸⁷) (CHILD, 2012; WITTGENSTEIN, 2011a)⁶⁸⁸.

Se para Wittgenstein os problemas filosóficos se dissolveriam em grande parte pelo entendimento reflexivo da linguagem, nas formulações posteriores ele sugere o recurso ao uso real da linguagem e das palavras como forma de enfrentar os problemas nascidos de uma indistinção entre a gramática de superfície (*Oberflächengrammatik*) e a gramática profunda (*Tiefengrammatik*). Em sua faina de esclarecimento sobre as questões centrais da linguagem,

⁶⁸⁶WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p.85. Ainda: “Se apenas os vínculos lógicos são necessários, então as conseqüências de uma ação não devem ter nenhuma importância para a determinação do valor ético dessa ação, pois é meramente casual que elas se sigam dela. A única coisa que conta é a vontade associada a essa ação, pois até mesmo a realização da ação envolve fatores que transcendem a possibilidade de controle do sujeito”. MARQUES, Edgar. *Wittgenstein & o Tractatus*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. p.48.

⁶⁸⁷ “A expressão *jogo* de linguagem deve aqui realçar o facto de que falar um língua é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011a.p.189.

⁶⁸⁸ Não se deve perder de vista que, apesar de significativas e profundas mudanças, há alguns fios condutores que mantêm pontos de continuidades nessa transição a um Wittgenstein tardio.

destaca-se o ilustrativo recurso a ideia de jogo e, contiguamente, a ideia de semelhanças de família. Nas *Investigações Filosóficas*, então, ele estabelece um claro vínculo entre significado e uso (CHILD, 2013; WITTGENSTEIN, 2011a).

No *Tractatus* já aparece a questão do uso das proposições, mas de forma acessória à perspectiva verocondicional do significado, própria da obra. Depois de passar por um breve período verificacionista quanto ao significado, Wittgenstein já chega no período das *Investigações* com um acento pragmático. Não obstante o seu abandono de uma perspectiva verificacionista, ele não relega completamente de sua teoria a ideia de haver um vínculo entre o significado e as formas de sua verificação. A ideia de verificação passa a responder por um traço do significado da proposição, e não por seu determinante único (CHILD, 2013).

Nas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein se afasta da perspectiva verocondicional e da distinção dicotômica entre aspectos semânticos e pragmáticos das proposições. Se, por um lado, ele esbate essa diferença, por outro, ele também não opta por uma completa adesão à perspectiva pragmática, no sentido de que ela possa dar uma resposta unívoca e sistemática à questão do sentido das proposições. Na verdade, a ideia de uso relaciona-se com o papel que determinada proposição exerce na prática inteira da linguagem, e por isso inviabiliza sua formulação em termos reducionistas, essencialistas e sistematizantes (CHILD, 2013; WITTGENSTEIN, 2011a).

Qual é a diferença entre o relato ou a asserção ‘cinco lajes’ e a ordem ‘cinco lajes!’?
– Bem, é o papel desempenhado pelo acto de pronunciar estas palavras no jogo de linguagem. Mas também será o tom em que estas palavras são pronunciadas que será diferente, e a expressão facial e muitas outras coisas.⁶⁸⁹

Quando se volta para a questão da “intencionalidade” e da *rule-following*, Wittgenstein assume posições bem peculiares. Quanto à intencionalidade, rejeita ideias *imagistas* e *causais*. A primeira porque a referência a uma imagem mental para o estabelecimento do significado implica em uma relação prévia de entendimento ou aplicação (da imagem de referência). A segunda porque estabelece uma indevida relação entre o significado e os efeitos das palavras e imagens, porque a relação entre efeito e significado não é uma relação necessária, bem como diz respeito a juízos hipotéticos que não se verificariam em relações cotidianas (CHILD, 2013).

As refutações de Wittgenstein à época, contudo, não podem ser estendidas às teorias contemporâneas, como algumas teorias causais, e optar pelas ideias wittgensteinianas é optar

⁶⁸⁹WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011a.p.186-7.

por trazer para o direito penal um campo de estudos ainda bastante disputado e ainda contemporaneamente reformulado em pontos essenciais.

Wittgenstein rejeita as teorias mencionadas porque é da opinião que o significado é algo que emerge do “caminho” da proposição – o qual envolve circunstâncias pretéritas, futuras ou presentes, uma contextualização física, institucional ou convencional *etc.* Novamente, a proposição de Wittgenstein não assume contornos reducionistas, em especial porque sua referência a determinadas circunstâncias não implica em uma decomposição em elementos mais simples e, sim, uma remissão a outros pontos permeados também de intencionalidade. Não adquire também contornos generalistas, porque as circunstâncias às quais ele remete a compreensão da proposição são particulares aos casos em questão, e não se poderia determinar de antemão (CHILD, 2013).

Quanto ao *rule-following*, encontram-se implícitas questões sobre a constituição de regras e sobre a apreensão das regras pelo sujeito. A primeira envolve, para Wittgenstein, a rejeição de uma posição platonista sobre as regras, mas isso não acarreta na assunção imediata de um construtivismo, há divergências. William Child (2013) ressalta como, na tradição de estudos sobre Wittgenstein, há quem defenda tanto a existência de uma posição construtivista quanto uma posição deflacionista.

Para Wittgenstein, há muitas formas de se usar a palavra descritiva, não existiria uma maneira correta ou natural de utilizá-la. Com isso, torna-se inviável justificar uma maneira específica de se usar a palavra em detrimento de outras. Não obstante, ainda há na filosofia contemporânea pensadores que conhecem os argumentos “anti-platonistas” de Wittgenstein e, mesmo assim, problematizam sua correção e constroem suas teorias em franca oposição a ele⁶⁹⁰.

A interpretação construtivista de Wittgenstein, por seu turno, traz uma série de problemas ao direito penal. Nela, a interpretação correta de uma regra emerge do juízo normalmente realizado. Isso coloca alguns óbices importantes para o direito, o mais óbvio dentre eles é a consideração de que, por definição, o direito em geral é a aplicação de regras já conhecidas a casos novos, e não a chancela de regras já aplicadas pela força do próprio uso (como sugere essa perspectiva).

Se o padrão para a asserção daquilo que se pode determinar como a correta aplicação de regras não pode ir além da capacidade humana de aplicar tal regra – estabelecendo-se que essa avaliação sobre a capacidade humana se dá a partir do momento da avaliação, pois é algo

⁶⁹⁰ LEWIS, David. *Papers in metaphysics and epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp.08-56; CHILD, William. *Wittgenstein*. Porto Alegre: Penso, 2013. p.138.

mutável –, então, sua extensão para o direito resta profundamente afetada, considerando que se trata de um campo no qual as regras são elaboradas para incidir mesmo sobre os casos presentemente imprevistos ou imprevisíveis. Até mesmo as relações de verdade-falsidade são afetadas e não mais associadas ao confronto das sentenças com o mundo objetivo, mas com os julgamentos realizados sobre o objeto em questão. Radicalmente, é real aquilo sobre o qual se constrói concordância (CHILD, 2013).

Enquanto o construtivismo tenta erigir fatos normativos a partir de fatos não normativos, a posição deflacionista restringe-se mais em afirmar uma leitura negativa, anti-platonista, de Wittgenstein. As perspectivas platonistas e construtivistas recorrem a um ponto de referência externo para delimitar a aplicação correta das regras – se há uma aplicação natural ou convencional –, enquanto as deflacionistas não tentam reduzir a aplicação das regras a qualquer outra coisa, mas tentam encontrar a correta aplicação dentro da própria regra. Para a posição deflacionista, então, seguir regras seria um traço básico das práticas, do jogo-de-linguagem⁶⁹¹.

O pensamento de Wittgenstein é um pensamento, em si, multifacetado, no qual pode se encontrar o aporte de diferentes correntes teóricas, às vezes conflitantes entre si. Apesar disso, pode-se afirmar com alguma segurança que, para ele, não existe algo como interpretações que determinam por si mesmas seus próprios significados, esvaziando qualquer possibilidade de considerações distintas: “(...) cada interpretação está, juntamente com o que é interpretado, suspensa no ar e não pode servir-lhe de apoio. As interpretações por si não determinam o sentido” (WITTGENSTEIN, 2011a, p.319).

No bojo de sua discussão sobre seguir regras (*rule-following*), Wittgenstein recorre a um anti-intelectualismo e afirma que seguir uma regra não se dá por uma compreensão mais correta, mas pela prática, composta pelo uso da regra, bem como pela regularidade e repetição⁶⁹². Seguir uma regra e agir de forma regular não são, mencione-se, a mesma coisa, embora este seja elemento daquele. Alguém pode agir regularmente em conformidade incidental com algo com o qual ele nunca tomou conhecimento, algo qualitativamente distinto de se seguir uma regra. Uma regra só é uma regra quando as pessoas incorporam-na em sua

⁶⁹¹ “Contudo, não é claro que tudo que Wittgenstein diz sobre regras é consistente com a visão deflacionista. Em particular, alguns dos seus pronunciamentos sobre verdade matemática são decididamente construtivistas em espírito. Considere, por exemplo, o que ele diz sobre a conjectura de Goldbach: a proposição de que todo número par é a soma de dois números primos. (...) Se ela é verdadeira ou falsa, ele sugere, é uma questão da nossa ‘construção do caminho’ de uma maneira ou de outra; do nosso produzir alguma coisa que as pessoas aceitam como uma prova da sua verdade ou falsidade. E que envolve uma visão fortemente construtivista de regras matemáticas”. CHILD, William. *Wittgenstein*. Porto Alegre: Penso, 2013. p.145.

⁶⁹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011a.p.319 e ss; CHILD, William. *Wittgenstein*. Porto Alegre: Penso, 2013. p.149.

prática. Mais uma vez, a proposta wittgensteiniana não é reducionista, generalista (CHILD, 2013; WITTGENSTEIN, 2011a).

Também sobre o conteúdo da determinação do *rule-following* como uma prática é algo disputado entre os intérpretes de Wittgenstein, debate-se sobre se seria preciso que toda uma comunidade incorporasse as regras à sua prática ou apenas um indivíduo. Num caso, a ideia de o padrão de aplicação de uma regra ser comunitariamente fundado sofre de uma forte inclinação construtivista; noutro, aproxima-se da hipostasia da possibilidade de um sujeito seguir regras linguísticas estritamente pessoais. Por fim, deve-se atentar ao fato de que, quando se trata da ideia de formulação de uma linguagem da sensação privada, as ideias de Wittgenstein desenvolvem-se em traços distintos.

William Child (2013) destaca como, após algumas formulações intermediárias, Wittgenstein teoriza a ideia de uma linguagem das sensações privadas contrapondo-a a uma perspectiva cartesiana e à ideia de uma linguagem das sensações estritamente privada⁶⁹³. O autor austríaco constrói sua concepção de linguagem sobre a noção fundante de um comportamento natural (expressões naturais ou pré-linguísticas), e com isso consegue compor uma concepção de significado que articula a perspectiva de primeira pessoa com a de terceira pessoa – e são esses os princípios que ele aplica ao conceito de “intenção”, por exemplo⁶⁹⁴.

9.2.1 Considerações finais (pertinentes ao direito penal)

Aos autores de direito penal que optam por uma fundamentação em Wittgenstein está colocado o desafio de fundamentarem suas teorias de forma muito mais pormenorizada. Dificilmente se poderia dizer que está bem tratada a necessidade de se fundamentar os aspectos subjetivos da conduta – e sua compatibilização com a teoria do crime – diante da incompletude e das disputas de interpretações sobre o espólio Wittgenstein.

No limite, um acento neopositivista de Wittgenstein que culminaria em um irracionalismo (como acusa Lukács), pode também ser apontado, em suas ideias tardias, em razão de desconsiderar qualquer função dissimulatória da linguagem. Além disso, aquilo que, em sua opinião, fugia às outras correntes filosóficas, abre-se francamente a ele em razão da

⁶⁹³Para o autor austríaco, não seria possível: (a) atribuir significado a proposições sobre sensações privadas caso elas se apoiassem apenas em introspecções e não em algum tipo de circunstâncias externas (como o comportamento de outros); (b) afirmar que a atribuição de sensações privadas a outros seria uma extrapolação da experiência particular dessas sensações; e (c) afirmar-se a impossibilidade de saber se a sensação privada de outro é o mesmo tipo de estado que o meu.

⁶⁹⁴Wittgenstein (2011a) teoriza o fundamento natural da intenção em uma analogia com o olhar do gato sobre sua presa.

análise da linguagem; aquilo que a linguagem ofusca aos outros ramos da filosofia, ela esclarece quando se restringe a se debruçar sobre ela.

Wittgenstein parece, por vezes, tratar de forma indistinta a busca por um núcleo essencial da linguagem com a busca por um núcleo comum para (toda) a aplicação das palavras⁶⁹⁵. A impossibilidade desta é, inclusive, umas das razões que aparentemente levam-no a negar aquela. Quando ele tenta apontar os elementos componentes da linguagem, apresenta uma mescla de ideias – cuja costura principal é, frequentemente, a crítica a outras teorias (como contra a teoria de introspecção) – que tentam suprir, em termos gerais, uma a deficiência da outra, mas que por fim recorrem à noção de comportamento natural e pré-linguístico.

Para o direito penal, a concepção geral de comentadores de que as Investigações têm um caráter eminentemente negativo (com a ausência de proposição de uma teoria) é extremamente problemática porque inviabiliza qualquer autocrítica. Não há traços mais fortes sobre os quais se possa apoiar para questionar e problematizar as aplicações concretas das percepções wittgensteinianas, dentro do direito penal, quando se trata das (críticas de) significações atribuídas a condutas concretas em relação com o sistema de justiça.

As regras do jogo de linguagem delimitam o 'campo' no qual serão criadas enunciações. As enunciações que respeitem as regras têm sentido – quer sejam verdadeiras ou falsas. As que não respeitam estão fora do mundo (se essas regras específicas dizem respeito ao direito penal, p.ex., elas estão fora do “mundo do direito penal” e, por isso, são um *nonsense* para esse mundo). Nesse sentido, a constatação de que o direito penal é um jogo-de-linguagem não serve, por si mesma, como instrumento para se estabelecer quando uma enunciação está certa ou errada, porque apenas delimita as “regras do jogo”. Caberia aqui, inclusive, a lembrança de que, para Wittgenstein (2011a), sobre a correta aplicação de uma regra não é possível se determinar uma supra-regra, que aponte a correção interpretativa. Pois, assim como as regras de um jogo, sempre haverá lacunas e ausências que deverão ser preenchidas na prática.

Há quem defenda, portanto, que por meio da ideia de jogos-de-linguagem se pode criar instrumentos para decidir a correta aplicação das regras (*id est*, saber se determinado fenômeno é ou não uma conduta ou mesmo se é ou não um delito). Mas isso não é possível porque a própria aplicação correta da regra implica a possibilidade de se constatar que algo é ou não uma conduta (ou um delito) – a correção não implica em apenas uma resposta. As

⁶⁹⁵ É em função disso que parece surgir a ideia de semelhança de família.

regras delimitariam apenas o campo no qual as afirmações, no direito penal, fariam 'sentido' (estariam no mundo do direito penal, afinal).

9.2.2 Considerações finais (pertinentes a uma crítica ontológica)

Wittgenstein, e em sentido análogo outros filósofos da linguagem, tratam o fenômeno da linguagem de forma bastante abrangente. A forma como a linguagem é tratada torna difícil inclusive se pensar qualquer questão filosófica – por menor ou maior que seja – fora desse escopo. Tudo passa a ser linguagem porque é ela o meio de manifestação do sujeito e de sua compreensão do mundo. Na verdade, parece ter se dado uma transformação das delimitações entre os campos da filosofia, e aquilo que frequentemente era designado (e analisado) como mente e pensamento passa a ser designado (ou subsumido) por linguagem. É por isso que se torna difícil compreender qualquer manifestação do sujeito e entender sua compreensão do mundo sem ela.

Talvez alguns dos problemas que surjam da filosofia da linguagem sejam justamente em função dessa superposição terminológico-conceitual⁶⁹⁶, a qual passou a apresentar os problemas como essencialmente linguísticos: assim a extensão do mapeamento, da compreensão, do aprofundamento e da resolução das questões sociais se daria nos estritos limites da linguagem (com as consequências mais diversas)⁶⁹⁷.

Em um nível mais fundamental, entretanto, uma perspectiva crítica da sociedade não vai de encontro a essas filosofias da linguagem em muitos de seus pontos mais importantes. Não é tão estranha, às formulações marxistas por exemplo, a ideia desenvolvida em Wittgenstein, por meio de seus conceitos próprios, de que a linguagem é um fenômeno público, culminando em sua famosa afirmação sobre a impossibilidade de uma linguagem privada. Colocado em outros termos, poder-se-ia afirmar analogamente que a consciência

⁶⁹⁶A bem da verdade, não se trata simplesmente de uma substituição terminológica quando novas questões surgiram e antigos problemas foram resolvidos a partir dessa “virada linguística”. Mas empregamos aqui a expressão “substituição terminológica” porque há uma parcial sobreposição entre alguns temas tratados antes e depois (dessa virada linguística), a qual parece apontar a supramencionada interpenetração entre linguagem e consciência enquanto conceitos.

⁶⁹⁷“When the illusions had melted away, which was largely due to Wittgenstein’s profound and severe criticism, more realistic conceptions emerged. The analytical philosophers following Wittgenstein accepted and examined language in its real nature, in its normal and ordinary use. Even if they abandoned reforming language, this lofty dream of a logically transparent and crystal-clear ideal language, they did not cease to regard philosophy as therapeutic: the analysis of words was to become the only method of discussing the traditional problems of philosophy and their only form of solution was sought in reducing those problems to rules of the use of words”. KELEMEN, János. *Lukác’s Ideas on Language*. In: KIEFER, Ferenc (ed.). *Hungarian General Linguistics*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 1982. p.245.

individual não se forma como algo apartado da realidade e da sociedade, mas antes como algo determinado⁶⁹⁸ por elas.

(...) a linguagem é a consciência real, prática, que existe também para os outros homens, que existe, portanto, também primeiro para mim mesmo e, exatamente como consciência, a linguagem só aparece com a carência, com a necessidade dos intercâmbios com os outros homens. Onde existe uma relação, ela existe para mim.⁶⁹⁹

Assim, a defesa de uma perspectiva crítica e de uma crítica à ideologia deve trazer consigo a desmistificação da linguagem fundada sobre o desvelamento dos vínculos entre linguagem e ideologia. Em Lukács, por exemplo, há uma clara concepção de linguagem de marcado acento sócio-histórico, especialmente quando trata da estética. Lukács ressalta particularmente a inter-relação entre linguagem e trabalho no desenvolvimento histórico do homem⁷⁰⁰.

É justamente no destaque da importância de uma análise “genética” da linguagem que Lukács aponta como uma de suas características centrais a possibilidade de superação da imediaticidade por meio da generalização (em uma clara relação com a práxis). Ressalta Kelemen: “In this respect language is not only a system of signs, an external mediator of internal psychic contents but is the category of practice in a definite sense”⁷⁰¹.

Apesar de conter problemas próprios – como a ideia de um pensamento primitivo mais figurativo que se transformaria em mais abstrato nas sociedades não-primitivas⁷⁰² –, a contribuição proposta pela chave de leitura lukacsiana de Marx parece oferecer importantes subsídios para um esforço de superação das aporias teóricas – a partir de uma perspectiva mais historicizante – contidas em Wittgenstein e filosofias da linguagem semelhantes⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Determinação aqui tem uma concepção bem específica, como empregada por Lukács (2013), e não tem relação com a ideia de determinismo.

⁶⁹⁹ MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.24-5. No original: “(...) die Sprache ist das praktische, auch für andere Menschen existierende, also auch für mich selbst erst existierende wirkliche Bewußtsein, und die Sprache entsteht, wie das Bewußtsein, erst aus dem Bedürfnis, der Notdurft des Verkehrs mit andern Menschen. Wo ein Verhältnis existiert, da existiert es für mich (...)”. Ver também: KELEMEN, János. *Lukács's Ideas on Language*. In: KIEFER, Ferenc (ed.). *Hungarian General Linguistics*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 1982. p.248.

⁷⁰⁰ “However, when explaining the nature of these phenomena it must be taken into account that they are the interiorizations of the specific human activity that constitutes their basis both in a historic-genetic and in a structural sense”. KELEMEN, János. *Lukács's Ideas on Language*. In: KIEFER, Ferenc (ed.). *Hungarian General Linguistics*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 1982. p.253.

⁷⁰¹ Idem, p.263.

⁷⁰² Apesar de algumas de suas considerações mais problemáticas sobre a linguagem serem mitigadas quando ele passa da análise estética para a elaboração de sua grande ontologia: “Thus not even Lukács claims that this concept [of primary signal system] describes some kind of psychic reality, rather he holds it to be the name of a problem, a metaphorical circumlocution of a set of phenomena”. Cf. KELEMEN, János. *Lukács's Ideas on Language*. In: KIEFER, Ferenc (ed.). *Hungarian General Linguistics*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 1982. p.261.

⁷⁰³ Idem, p.258-9.

Quando Lukács trata da estética, pode se ver surgir algumas considerações pertinentes e importantes, em especial as que se desdobram de ponderações sobre o pensamento ordinário, as quais apontam a contradição entre linguagem como propriedade substancial da mente e o desenvolvimento inconsciente de suas estruturas. Assim, a complexificação da sociedade seria acompanhada por sua simplificação traduzida na conduta e linguagens humanas⁷⁰⁴ (mesmo levando-se em consideração que a linguagem é algo crescentemente complexo). Relacionado a isso, destacar-se-ia os seguintes desdobramentos: (a) as estruturas da linguagem determinariam a própria cognição; (b) a contraposição entre (as tendências de) rigidez e plasticidade. É justamente a compreensão dessas tendências que se pode dar conta tanto da linguagem ordinária quanto dos sistemas de objetivações mais elevadas (como a arte)⁷⁰⁵.

Como se pode perceber, então, o ponto central de distinção de análises marxistas sobre a linguagem das demais teorias da linguagem está no papel atribuído à práxis. Essa tradição vai além da definição clássica de linguagem como instrumento do pensamento e da comunicação, destacando seu caráter de órgão e *medium* do ser social em sua existência perpetuamente realizada. Ou seja, destaca-se também seu aspecto de relação com as necessidades sociais historicamente surgidas. Colocado ainda em outros termos, a estrutura da linguagem (e seu vínculo com as relações sociais) está engastada na estrutura do trabalho (como modelo da práxis)⁷⁰⁶.

Note in this connection Lukács' remark that the tendency towards 'species being' ('Gattungswesen'), which objectively emerges from the structure of labour, 'develops further' in language. That is, since 'the most ordinary words express the generality of the object, the genus or the species, and not the individual instance, [...] the objective intention of language is directed *ab ovo* to the regularity of the subject, to the objectivity of the object designated by it'. Incidentally, it is worth noticing that contrary to some of his earlier remarks Lukács regards the striving for generality and the objectivity of the object as an *ab ovo* tendency of language. That 'it is linguistically impossible to find a word that defines unambiguously the individuality of some object' is tantamount to saying that it is a logical property of language independent of factual and historical circumstances.⁷⁰⁷

Essa relação trabalho-linguagem não significa, como adverte Kelemen, um isomorfismo entre trabalho e linguagem, uma redução da linguagem ao trabalho. Na verdade, ela deve ser pensada, inclusive, como precipitando a autonomia da linguagem, a qual possui

⁷⁰⁴ "It is here that the source of the further aspects of the dialectical contradiction stressed by Lukács lies: it is the spontaneous 'naturalness' of language that makes available all that is not immediately given to us, and the very same spontaneous availability hampers the 'unbiased take-in' of the world". Idem, p.260.

⁷⁰⁵ Idem, p.260.

⁷⁰⁶ Idem, p.265.

⁷⁰⁷ Idem, p.265.

claras diferenças do trabalho individualmente considerado. Enquanto o trabalho possui uma tendência ao ser genérico (*Gattungswesen*), a linguagem possui tanto uma tendência à individualização quanto à generalização. Por outro lado, a generalidade da linguagem tem por base o trabalho como um processo objetivo de generalização em si mesmo. Como tantas outras questões, essa relação de vínculo e autonomia entre trabalho e linguagem pode ser melhor compreendida com referência à teleologia do trabalho⁷⁰⁸.

A contribuição central da perspectiva crítica evocada por Lukács (na esteira de Marx), portanto, é a compreensão da linguagem como uma categoria da existência antes de uma categoria da consciência individual ou social. É essa perspectiva que deve se manter, mesmo que algumas das conclusões tiradas dela por Marx e Lukács mostrem-se datadas em desenvolvimentos posteriores dos estudos sobre a linguagem⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ KELEMEN, János. *Lukács's Ideas on Language*. In: KIEFER, Ferenc (ed.). *Hungarian General Linguistics*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 1982. p.266. Ainda: "All that is at stake here is merely that objective teleological structure inherent in labour, which is also the basis of all subjective teleology, creates the 'communicative content' for man. Just as labour and the division of labour are a priori simultaneous (...), so are the creation of all real teleological relations and the articulation of the global objective of the total activity simultaneous [*viz.* language]. (...) The articulation of the objectives entails the attainability of the ultimate and global objective of collective interaction of people. That is what the following definition means: 'Originally language is a means to effect certain teleological suppositions ('teleologische Setzungen') whose aim is to induce other people to make certain teleological suppositions'. Recall that it does not follow from Lukács' thesis that teleology becomes absolute, or its significance exaggerated in an idealist manner". Idem, p.268.

⁷⁰⁹ Idem, p.268.

10 O MODELO ORIENTADO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

10.1 O conceito dogmático de ação

Em suas formulações sobre conduta, Juarez Tavares propõe uma nova relação entre ação e tipicidade, na qual ambas estariam subordinadas a uma determinada perspectiva (limitadora) da norma incriminadora. A sua perspectiva ele chama de *conceito dogmático de ação*. Ele propõe um modelo de conduta ajustável a uma função delimitadora da norma penal e que, por isso, seja capaz de funcionar como elemento negativo de verificação de lesão do bem jurídico, bem como de estimação de sua intensidade. Assim, em princípio, estaria estancado o perigo de uma concepção normativista de conduta⁷¹⁰.

J. Tavares busca, assim, uma concepção de conduta que não seja nem extrapenal nem normativista, mas algo como um meio-termo. Ao mesmo tempo em que não se reivindica extrapenal, tampouco quer se desvincular do estabelecimento de componentes empíricos, porque são eles que possibilitariam o questionamento da legitimidade das normas. Seu conceito de ação, então, deve cumprir tanto a função de possibilitar a avaliação negativa da legitimidade das normas quanto possuir um vínculo com um sistema normativo de garantias⁷¹¹. Ele deve ser um misto de traços empíricos e normativos. Afirma Tavares:

Nessa relação dialética entre conduta e natureza da norma não se pode deixar de atentar para o fato de que, aqui, não se está tratando de uma conduta em geral, mas de um comportamento penalmente relevante. Neste diapasão, se afiguram como corretas as propostas funcionais de vincular toda análise desses delitos às características do sistema no qual eles se desenvolvem, tomando-se em consideração que a conduta não pode ser vista como expressão isolada de um indivíduo abstrato, mas dentro de uma pessoa concretizável em um processo de comunicação normativa.⁷¹²

Não parece ser possível uma vinculação não-hierarquizante entre os traços empíricos e normativos e, por isso, um eventualmente submete o outro. Pelos traços gerais esboçados da

⁷¹⁰TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.198 e ss; TAVARES, Juarez. *Apontamentos sobre o conceito de ação*. São Paulo: RT, 2007. p.139 e ss.

⁷¹¹“(…) principalmente quando o conceito de ação se veja situado como instrumento idôneo a possibilitar uma necessária avaliação reflexiva da norma no sentido de verificar, negativamente, se o seu processo de construção traça com nitidez as zonas do lícito e do ilícito e é capaz de por à prova a regularidade do processo de imputação da conduta ao seu autor”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.139; TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.198 e ss.

⁷¹²TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.199; TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.51-2. Ainda: “O entrelaçamento dos aspectos normativos com os dados relativos à sua natureza e às razões de sua criminalização conduz a elevar a discussão sobre a estrutura da omissão em três planos: a) da edificação dos pressupostos de seus elementos; b) da limitação desses elementos pelos pressupostos constitucionais; c) da inserção dos pressupostos de garantia. Estes parecem constituir os aspectos essenciais a serem tratados pela dogmática dos delitos omissivos e devem informar todas as elaborações doutrinárias que pretendam trabalhar sobre as condições de sua validade e legitimidade”. Idem, p.72.

concepção de Tavares, fica claro que, por se tratar de um conceito de *comportamento penalmente relevante*, em última análise, o traço normativo se sobressai para submeter o resto. Num louvável esforço em reunir o que há de melhor nas teorias postas até o momento, a proposta de Tavares acaba por mascarar seu caráter normativo último⁷¹³.

Aparentemente, parte da questão é que o traço normativista da teoria não é problematizado em razão de sua suposta vinculação a uma perspectiva crítica⁷¹⁴. Essa vinculação, todavia, está apoiada na ideia de se tratar – o sistema jurídico – de um processo de comunicação normativa⁷¹⁵. Consequentemente, toda a teoria está posta sobre bases pouco sólidas e, no mínimo, idealistas – conforme se mostrou oportunamente nas considerações sobre Habermas. Não parece haver outra alternativa se não encarar a reivindicada perspectiva crítica norteadora das normas incriminadoras como uma petição de princípio que dificilmente irá se sustentar diante dos ventos punitivos contemporâneos.

Embora a concepção de TAVARES (2009) afiance a importância de um componente empírico, ele afirma que o comportamento humano prescinde de qualquer formulação ontológica. Em sua obra sobre crimes culposos, Tavares confirma a fecunda capacidade crítica de opções “empíricas” da conduta, para, então, dispensá-las sob o argumento de que tal concepção traz consigo estímulos a uma perpétua concorrência e renovação de teorias, as quais deveriam servir de fundamentação à norma. Ora, não há porque isso ser encarado necessariamente como uma deficiência; a própria teoria do delito é algo que está constantemente se renovando. Não há maiores problemas se esta constante renovação estiver nos limites de um direito penal de garantias e pautado por um princípio de liberdade. Em sentido análogo:

Se ao jurista o que realmente importa é fundar um estado de garantia da pessoa humana, que não pode ser transformado simplesmente em elemento da natureza, ou

⁷¹³ “Ademais, essa matéria fática está condicionada às delimitações que a própria norma traça, mediante um procedimento crítico em face dos preceitos de garantia, os quais possibilitam, por sua vez, que do confronto entre a norma e os elementos empíricos comunicativos se processa a uma revisão da norma, como instrumento de defesa da pessoa humana e de sua liberdade”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.51; “A elaboração de tal modelo de ação, na doutrina de Juarez Tavares, tem caráter normativo (...). Todavia, embora normativo, a proposição desse sistema não é normativista (...)”. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria da ação na doutrina de Juarez Tavares: a construção de um direito penal de garantia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.295.

⁷¹⁴ “À vista disso, são acolhidos também os incentivos de uma teoria crítica, que forneça ao normativo os elementos de sua própria contestação”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.51; “Uma vez que o conceito de conduta decorre das próprias perspectivas da dogmática penal, que estão subordinadas ao objetivo comum de impedir que o legislador possa caracterizar como delituosa qualquer conduta, a teoria da ação não pode estar desvinculada dos próprios pressupostos de legitimidade da incriminação”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.139.

⁷¹⁵ “Como estamos tratando de um processo de comunicação normativa, o conceito de conduta não pode ser extraído, sem mais, de uma elaboração abstrata singular e descomprometida, mas sim como um produto de reflexões sistemáticas, a partir da crítica à proibição ou determinação”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.199.

em objeto de uma construção social, ou ainda em condição neutra de uma instituição, o conceito de conduta deve estar subordinado a duas séries de perspectivas: a) uma perspectiva garantista, *com base normativa e comunicativa*; b) uma perspectiva dogmática, como sua realização concreta nos respectivos tipos de delito. A conjugação de ambas as perspectivas conduz a eliminar-se uma subordinação do direito a um determinado enfoque naturalista, ontológico ou sociológico, como condição necessária e imprescindível à sua construção.⁷¹⁶

Acontece que uma concepção finalista não transforma a necessária perspectiva de garantia em elemento da natureza, mas, na verdade, infere do reconhecimento da existência de elementos ontológicos alguns marcos, os quais, por se coadunarem com a perspectiva de garantias, têm seu caráter de garantia reconhecido em si mesmos. O esclarecimento dessa inversão traz à tona, inclusive, mais um traço problemático da concepção normativo-comunicativa, porque ela parece se puxar pelos próprios cabelos, ou seja, sustenta-se apenas em suas intenções de garantia (e não em algo concreto).

Diz Tavares que a teoria da ação deve estar ligada, então, aos pressupostos de legitimação das incriminações, o que a impeliria a ser formulada como um elemento capaz de exercer uma função de verificação crítica da proibição. Chega-se, assim, a uma elaboração um tanto circular, segundo a qual uma teoria da ação exerceria um papel crítico quando fundada na afirmação de princípios críticos⁷¹⁷. Isso não invalida, *ab initio*, tais ponderações, apenas reforça seus traços idealistas.

Ora, se a concepção de conduta é uma manifestação de um sistema normativo crítico, caberia ao próprio sistema (teórico) o papel de auto-colocação em cheque (dentro de seus limites), ou auto-problematização – caso contrário, seria dispensável em toda uma teoria crítica. Isso se manifesta ou como uma impossibilidade (aliada ao reconhecimento de que boa parte dos sistemas precisa de aportes externos para sua crítica) ou como uma perene reformulação (o que se aproximaria exatamente daquilo que Juarez Tavares diz querer evitar no finalismo)⁷¹⁸.

Apesar de todas as críticas opostas à ideia de um conceito geral de ação, presente atualmente e em sua maioria em autores finalistas, aquilo que há de mais avançado na dogmática contemporânea – como as formulações de J. Tavares – frequentemente incorpora essa noção, não obstante as pontuais ressalvas⁷¹⁹.

⁷¹⁶TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.201.

⁷¹⁷ Idem, p.202.

⁷¹⁸ “Desse modo, o método se complementa de duas formas: de um momento de introjeção dos elementos configurados no mundo vital e comunicativo à concepção teórica formulada, e de um momento de avaliação crítica daqueles elementos, vindo, novamente, a recair essa avaliação crítica sobre si mesma e, consequentemente, proporcionando uma constante revisão da concepção teórica”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.51.

⁷¹⁹TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.202.

Uma das ideias por trás de suas elaborações é de que o direito deve supostamente seguir uma tendência da ciência moderna de crescente desprendimento, em suas formulações, de termos aléticos. Isso parece ser um esforço de trazer algumas conclusões mais recentes das ciências exatas, em especial a física, para o direito – esse esforço também aparece em outros autores quando muitos deles tentam repercutir as conclusões da física quântica para o direito penal⁷²⁰. Essas transposições não são, frequentemente, de todo corretas, e a apropriação adequada das teorias evocadas depende de um domínio da matéria que a maior parte dos autores de direito não tem.

Entretanto, a desvinculação aos termos aléticos se dá para, subsequentemente, resgatar o conceito de ação, agora reinserido no sistema estritamente em razão de sua funcionalidade teórica a ele⁷²¹. De substantivo a ação transforma-se em predicado, como as demais categorias da teoria do delito.

Tavares apresenta, assim, alguns pressupostos para o seu conceito de ação, quais sejam: o conceito de ação deve estar inserido em um sistema jurídico garantista e vinculado ao conceito de pessoa⁷²². O primeiro pressuposto, por emanar das relações sociais, deveria compor-se de elementos que possam ser objetivamente demonstrados ou refutados, aproximando-se (mesmo que não intencionalmente⁷²³) das formulações popperianas⁷²⁴.

De antemão, também caberia inquirir a teoria em questão se o sistema garantista como pressuposto seria o de um garantismo formal ou material. Essa indagação importa, pois, como nos mostra Zaffaroni⁷²⁵, dentro de todo sistema punitivo moderno real existem frequentemente duas tendências em disputa, uma autoritária e uma democrática. Nesse sentido, se o pressuposto é meramente formal, então, sua imposição perde substancialmente sua força; e se o pressuposto é material, então, a aplicação do conceito dogmático de ação resta prorrogada indefinidamente, até que se possa dizer ter atingido verdadeiramente tal sistema de garantias – o que claramente não se realizou ainda no Brasil (bem como na maioria dos países com sistemas de operativos semelhantes ao nosso, nem parece que irá se realizar em um futuro próximo, aqui pelo menos).

⁷²⁰ Por exemplo: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: RT, 2010.

⁷²¹ “Assim, apesar de se descartar um conceito pré-jurídico de ação, que devesse subordinar ao seu enunciado toda a produção normativa, é possível, para viabilizar o enquadramento dogmático dos respectivos tipos de delito, partir-se de alguns pressupostos que, embora não sejam propriamente jurídicos, estão vinculados intrinsecamente à elaboração normativa”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.203.

⁷²² TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.203 e ss; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.140.

⁷²³ Não ficam completamente claros no texto todos os aportes que compõem essa concepção.

⁷²⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria...* p.295; POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2008. p.88 e ss.

⁷²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.09-27.

J. Tavares também sugere que o ponto de partida para as condições de validade para o conceito de ação seja análogo ao proposto por Jürgen Habermas. Seriam essas condições: a subordinação a um mundo objetivo, a racionalidade à qual o sujeito se submete e a pretensão de validade incondicional dos atos em relação aos interlocutores⁷²⁶. Acontece que a construção conceitual de Habermas é de tal forma problemática que repercute no próprio conceito de ação, como se buscou apontar *supra* (item 9). Enquanto um conceito de tal forma fundado precisa buscar, por expedientes de validação, sua vinculação com o mundo objetivo; na perspectiva ontológica esta vinculação já está dada geneticamente⁷²⁷.

A conduta estar subordinada à realidade objetiva significa que necessariamente deve incorporar os elementos que dizem respeito aos caracteres distintivos da pessoa no mundo objetivo, ou seja, levar em consideração sua sociabilidade marcada pela inflexão do agir comunicativo⁷²⁸. Assim, supostamente se afastaria da ideia de conduta como algo originariamente espiritual e, portanto, passível de refutação. Especialmente quando se leva em conta que esse elemento se estabelece como condição de validade.

A ideia de refutabilidade avançada por ele parece muito próxima da de falseabilidade. Deve-se atentar ao fato de que a ideia de falseabilidade (e em certa medida, mesmo que haja algumas diferenças pontuais, aparentemente também a de refutabilidade) diz respeito a teorias que pretendem dizer algo sobre a realidade. Portanto, nem tudo da esfera normativa deve passar por esse crivo, em especial alguns exemplos de proposições performativas. Tavares, mesmo ao erigir um conceito de ação normativo em sua essência, deseja atribuir a ele a predicação de científico – e, também por isso, precisa vinculá-lo de alguma forma à realidade.

Esclarece J. Tavares:

Toda metodologia centrada nas ciências naturais ou em função de um projeto ontológico, como fundamento da elaboração da atividade humana, fracassa porque desconsidera que esta não se reduz, respectivamente, nem à causalidade física, nem aos instintos e impulsos da atividade animal, nem a uma finalidade meramente abstrata, fixada à conduta como seu substrato ôntico. Caso se estabeleça, por exemplo, que a investigação deve conter um mínimo de objetividade, isto significa

⁷²⁶TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.141; TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.205 e ss.

⁷²⁷ “Se o conceito de conduta está subordinado a uma realidade objetiva, isto significa que sua construção deve levar em conta os elementos que lhe servem de substrato, ou seja, as características da pessoa humana dentro de um mundo objetivo. Como o mundo objetivo da pessoa humana é aquele no qual ela mesma se afirma como pessoa em função de outrem e não em função de objetos, toda conduta está subordinada a uma característica de sociabilidade. Esta característica da sociabilidade constitui o primeiro pressuposto daquilo que Habermas propõe como ‘mundo objetivo’. Isto quer dizer que a ação não pode ser tomada, em sua origem, exclusivamente, como elaboração espiritual ou subjetiva, mas uma construção apta a submeter-se a um processo objetivo de refutação. Com isso, descarta-se na sua conceituação, a assertiva hegeliana, que a subordina, em primeiro plano, ao mundo das ideias”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.205-6.

⁷²⁸ “Se o ser humano, que é o sujeito da ordem jurídica, está comprometido com sua própria característica de *ser social e comunicativo*, o direito, como forma de realização da estrutura estatal, organizada para servi-lo, não poderá desvincular-se da realidade humana e das condições assentes nessa estrutura para a elaboração de suas normas e adoção de seus conceitos básicos e genéricos”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.142.

que ela deve estar apta a sofrer refutações a partir das relações entre o conceito proposto e a realidade humana, tomada a partir da realidade social.⁷²⁹

Aquilo que escapa à percepção de J. Tavares (e outros autores com posições semelhantes) é como mera transposição – sem maiores mediações – dos pressupostos de uma teoria científica, criada nos moldes das ciências exatas, para as ciências sociais dissolve a singularidade das ciências sociais. Não cabem aqui maiores digressões sobre como teorias como a de Popper precisam ser melhor adaptadas para as ciências sociais, porque isso implicaria em uma obra à parte sobre filosofia e epistemologia. Mas é pertinente a lembrança de como a questão da experimentação, tão importante nas ciências exatas, é algo que dificilmente comparece nas ciências sociais (sendo, frequentemente, substituída pelas problemáticas propostas de experimentos imaginários⁷³⁰).

Talvez por isso Tavares apresse-se em relativizar qualquer aporte hegeliano à sua teoria⁷³¹, porque tornaria mais clara a dificuldade de extensão das ciências exatas (cujo foco nas transposições às teorias sociais é a física) às ciências sociais o esclarecimento do todo (como propõem tantas teorias em ciências sociais) pela análise fragmentária de seus elementos componentes. Em outras palavras, se frequente e fecundamente as teorias nas ciências duras conseguem explicar satisfatoriamente um sistema pela análise fragmentária de alguns de seus componentes, para depois reconstruí-lo como um sistema então compreendido, isso se torna muito mais difícil para as ciências sociais. Em especial porque a afirmação de que das macro-relações não surge algo qualitativamente novo em relação à compilação das micro-relações é algo difícil de sustentar.

Deve-se atentar, igualmente, que a reclamação por objetividade não equivale a uma reclamação por tangibilidade sensível. As relações sociais são vínculos intangíveis e isso não as torna menos objetivas. O mesmo poderia argumentar-se em favor da consciência. Por isso, dizer que as formulações ontológicas não possuem traços de objetividade, relegando-as a lugares subjetivistas ou idealistas, é uma grande subestimação dessa teoria – como se tentou mostrar no tópico sobre a fundamentação filosófica do finalismo.

Apesar dessas considerações, uma fundamentação ontológica ainda parece ser a melhor vinculação entre indivíduo e mundo, sujeito e sociedade. Particularmente quando se

⁷²⁹TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.204. Também: “Compreender-se a omissão como categoria do *ser* implica falsear uma das proposições fundamentais da ciência da modernidade, que é a de possibilitar que essa concepção seja submetida à prova de sua veracidade”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.60.

⁷³⁰ Experimentos imaginários também são usados nas ciências exatas, mas de forma menos arbitrária. POPPER, Karl R.A *lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2008. p.504 e ss.

⁷³¹TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.202.

tem em mente os momentos nos quais J. Tavares parece se distanciar de uma justa avaliação crítica da matriz teórica finalista. Ele vê, por exemplo, uma ligação entre Welzel e Heidegger⁷³² a qual, aprofundando-se a análise sobre os fundamentos teóricos do finalismo, torna-se irrelevante para a teoria finalista mesma. Se a afirmação fosse, por outro lado, de uma irrevogável ligação entre Heidegger e a matriz teórica finalista (para além de Welzel), então, poder-se-ia dizer equivocada⁷³³.

Não obstante, é na constatação dessa afinidade Welzel-Heidegger (e suas supostas consequências dogmáticas) que se fundamenta a crítica de uma subjetivação da conduta no finalismo⁷³⁴. Parte da crítica justifica-se porque destaca a impropriedade do conceito de “finalidade potencial”⁷³⁵ (para os crimes culposos), contudo essa proposição foi posteriormente abandonada e criticada pelo próprio Welzel, destacando-se sua desnecessidade para a construção de uma teoria do delito coerente. Há uma clara incompreensão dos completos pressupostos teóricos do finalismo⁷³⁶, talvez porque mesmo em Welzel não se possa ver uma conformação acabada da teoria com vistas à dogmática.

A racionalidade como condição de validade, por sua vez, diz respeito a três dimensões (as quais ele retira de Newton da Costa, afastando-se um pouco de Habermas, para tentar afastar-se especificamente de sua matriz kantiana): da logicidade dedutiva básica; do recurso a procedimentos indutivos de verificação; da permanente e radical crítica⁷³⁷. É em função dessa condição de validade que Tavares descarta o conceito finalista de ação valendo-se de

⁷³² “A postura de Welzel, como se poderá ver, se aproxima bastante daquela articulada por Heidegger. Com efeito, ao tratar dos elementos da conduta, Heidegger dá a entender que se o *ser* é um *ser* no mundo e se o espaço é a distância das coisas entre si e para mim, toda ação deve ser compreendida no seu sentido subjetivo, como uma projeção de meu próprio desejo”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.59.

⁷³³ Sobre a incompatibilidade entre Heidegger e a matriz teórica do finalismo ver a nota de rodapé nº 544.

⁷³⁴ “Para Welzel, enquanto a ação se orienta, materialmente, no sentido do alcance do fim, a omissão se reduz ao domínio potencial dessa finalidade. Esse raciocínio, como não poderia deixar de acontecer, conduz a uma subjetivação da conduta, tal como ocorria com Heidegger, a ponto de perder os respectivos parâmetros objetivos do dolo, o qual se resume na consciência e não da vontade do ato”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.59-60.

⁷³⁵ Na verdade, dos argumentos levantados para uma recusa ao finalismo, a impropriedade da “finalidade potencial” é o mais forte e, por isso, um dos mais frequentemente suscitados. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.55, 60, 82, 84, 85 *etc.* Por todos: “No plano ontológico, ou a finalidade constitui um elemento do mundo do ser e, assim, condição essencial de sua apreensão – como tal, deve ser real, pois, caso contrário, não seria essencial – ou se subtrai ao mundo do ser e, então, não é essencial. No plano ontológico, em que o relevante não é a relação de possibilidade ou impossibilidade, mas o que é essencial ou não essencial, a finalidade não pode ser potencial, não pode ser tomada como simples expectativa”. *Idem*, p.84.

⁷³⁶ “Como as características ontológicas derivam do puro processo de cognição subjetiva, o sistema permite que qualquer conduta possa comportar uma modalidade omissiva, bastando que se invertam as bases de sua conceituação, ao assinalar-lhe uma finalidade potencial em lugar de uma finalidade real”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.60.

⁷³⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.206; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.141.

um argumento já clássico: a finalidade seria empiricamente indemonstrável e, portanto, insubmissível a um procedimento de refutação⁷³⁸.

Se, de fato, não se trata aqui de uma confusão entre existência real e tangibilidade sensível, a questão parece perder relevância. Ora, se as consequências de nossas ações não são recebidas por nós sempre e a todo momento com uma atitude subjetiva de surpresa e assombro, como pode dizer-se que a finalidade é indemonstrável? Pelo contrário, o nosso movimento no dia-a-dia se dá por um sem número de condutas para as quais os resultados se dão no enquadramento do esperado, e só realizamos essas ações justamente porque a sua imensa maioria se dá nos limites do que é esperado. E se assim não fosse, a vida cotidiana tornar-se-ia insustentável.

A não ser que se anule por completo as implicações do nexo de causalidade para o mundo, a finalidade como um vínculo entre consequência e decisão parece sustentar-se no geral. Justamente por isso, tanto autores tentam recorrer a ideias de física quântica, como forma de dissolver o nexo de causalidade e, conseqüentemente, invalidar uma concepção finalística de ação⁷³⁹. Deve-se ressaltar, contudo, que a transportação de ideias da física quântica para o direito, nesse sentido, é geralmente equivocada. O próprio Karl Popper já chamou atenção (recorrendo ao experimento de Einstein, Podolski e Rosen para criticar a concepção de Bohr), por exemplo, ao fato de que a ideia de indeterminação, que nas ciências sociais é abusada, não tem uma característica tão expansiva quanto poder-se-ia acreditar⁷⁴⁰.

Complementarmente, Juarez Tavares oferece uma substancial síntese que informa sua teoria:

Normalmente, entende-se a realidade empírica como um dado objetivo, apreensível pelos sentidos e independente do observador. Ocorre, porém, que essa realidade, na medida em que é apreensível sensorialmente, não poderá deixar de sujeitar-se aos próprios condicionamentos do observador, ou seja, na medida em que a expressão da realidade se faça por meio da linguagem, subsiste sempre um estado de tensão entre o que se percebe como objetivo e o que se representa linguisticamente como tal. Daí dizer Dallmeyer que o problema está em harmonizar a descrição do mundo, que existe independentemente dessa descrição e é idêntico para todos os observadores, com a compreensão linguística, de modo a se obter um acesso direto à realidade por meio da linguagem.⁷⁴¹

⁷³⁸TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.206; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.141; TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.85.

⁷³⁹ “A racionalidade implica a conclusão de que as próprias leis da causalidade, ainda que subsistam autonomamente e sejam extraídas da experiência, se edificam segundo critérios lógicos que, uma vez comprovados, se estendem a todas as suas formas e só valem na medida que levem em consideração as características de suas partes integrantes e possam submeter-se a um procedimento dedutivo, ou seja, a causalidade só vale quando subordinada a uma teoria que a possa explicar”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.206.

⁷⁴⁰ POPPER, Karl R.A *lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2008. p.504 e ss.

⁷⁴¹TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.207.

No mesmo sentido, J. Tavares reforça que sua concepção depende, então, do desenvolvimento do conceito de pessoa como algo fundamentado sobre seu caráter eminentemente social⁷⁴². Tudo isso, todavia, leva-o a afirmar que a capacidade da pessoa em propor a si mesma objetivos eleva-a acima das outras entidades do mundo natural, e os limites desses objetivos situar-se-iam nas “regras” que indicam seu contorno⁷⁴³. Um conceito de ação fundado não em uma perspectiva ontológica (conforme estaria geneticamente vinculado à realidade), mas em critérios de validade (de proposições), isso significa uma inversão, a norma pode determinar os limites da realidade e não o contrário⁷⁴⁴.

O conceito de pessoa e os elementos indicadores do comportamento humano são extraídos de sua inserção em um mundo objetivo e social, conforme o qual o homem insere-se como entidade singularmente comunicativa. Isso estende-se ao conceito de ação, o qual possui, assim, uma dialética bem peculiar: a norma limita o conceito de conduta (de acordo com uma sistemática garantista) e a conduta, informada adicionalmente pela concepção de sociabilidade e comunicação, limita a norma⁷⁴⁵. Cria-se, então, critérios normativos de justificação e autolimitação que, em última análise, estão respaldados na ideia de agir comunicativo (tal qual presente em Habermas).

Paralelamente, a caracterização de sociedade que Tavares faz comparecer para integrar sua teoria parece um tanto insuficiente. Seria a partir da relação indivíduo-meio que surgiria a conduta, como atividade organizada que liga ambos (indivíduo e meio) em unidade. O elemento organizativo como caractere distintivo da conduta humana permite que se estabeleça, nesta teoria, uma vinculação entre norma e realidade (que não se esgotaria nas

⁷⁴² “O conceito de conduta, portanto, deve tomar o indivíduo dentro do contexto e não como pessoa abstrata ou isolada do mundo”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.51.

⁷⁴³ “Em face desse pressuposto, pode-se partir de que a pessoa é dotada de condições de propor a si mesma determinados objetivos, o que a situa por cima de todas as demais entidades do mundo natural. Apesar disso, porém, e independentemente do conceito de uma finalidade que seria inerente à qualquer de suas atividades, a limitação desses objetivos deve ser fixada em regras que, nitidamente, indiquem seus contornos e sua extensão”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.207.

⁷⁴⁴ “Assim, se, em certa medida, se poderá dizer que os delitos culposos, especificamente, ‘constituem uma espécie da categoria de comportamento desviante, que, por sua vez, integra a categorial geral do comportamento social do homem’, se deverá agregar que essa assertiva só tem validade se vista dentro de um sistema de regras pelas quais se definam, previamente, as características do comportamento desviante e os elementos categoriais do comportamento social do homem”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.207; “O conceito de conduta, portanto, deve tomar o indivíduo dentro do contexto e não como pessoa abstrata ou isolada de seu mundo. Igualmente, o mundo contextual só pode ser aquele em que o indivíduo atua como entidade produtiva e reprodutiva, o qual lhe assinala os objetos de orientação empírica e o sentido normativo que lhe corresponde. Esse sentido normativo confere, por seu turno, às proposições jurídicas os limites de sua extensão”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.51.

⁷⁴⁵ “Nesse sentido, o conceito de conduta preenche ainda outra finalidade: a de condicionar dialeticamente a norma, ou seja, a norma assinala os limites que devem ser impostos a um conceito de conduta para que sirva a um propósito garantista e, ao mesmo tempo, não pode se desvincular de que esse conceito de conduta deva ser visto em função da pessoa humana em sua sociabilidade”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.142; TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.208; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria...* p.296.

“normas naturais” como a causalidade). Fica claro como a atividade organizada⁷⁴⁶ é o modelo fundante dessa teoria⁷⁴⁷.

Para além disso, delinea-se uma conceituação de atividade humana como articulação entre prática social pré-consciente e atividade consciente do indivíduo (que engloba sua relação com o meio), as quais não possuiriam qualquer sequência cronológica entre si (as duas teriam nascido simultaneamente)⁷⁴⁸.

Parte da insuficiência dessa concepção de sociedade deve-se aparentemente a uma incompreensão da dimensão do papel interpretado pelo conceito de práxis para dimensionar-se apropriadamente as atividades humanas (provocada por uma mescla das concepções de Sergey L. Rubinstein e Adolfo Sánchez Vásquez⁷⁴⁹) – quando parece muito mais fecunda e correta a relação sociedade-indivíduo tal qual apresentada pela apropriação lukacsiana das categorias hegelianas (em especial a ideia de relações de determinação). Por consequência, a atividade consciente é também concebida em sua relação com o meio (e seus traços contingentes) e em sua orientação dentro da prática social⁷⁵⁰.

Com efeito, a teoria proposta por Tavares apresenta uma compreensão mais refinada e qualitativamente superior da relação indivíduo-sociedade quando comparada com a maioria dos outros doutrinadores, inclusive aqueles que optam por uma posição finalista. Disso não se conclui, entretanto, a completa correção de sua abordagem. Um exemplo da limitação dessa concepção mostra-se no seguinte trecho, pois decerto a relação sujeito-objeto pensada de forma tão unilateral não encerra a riqueza da ação humana:

Uma vez que se reconheça a influência do sujeito sobre o objeto, pode-se assumi-lo como pessoa humana, a partir de sua atividade *como prática social* e extrair sua relevância do poder de que dispõe para atuar diretamente sobre os objetos que cria e persegue, bem como influir sobre os demais homens e com eles relacionar-se.⁷⁵¹

Possui uma função central na concepção dogmática de conduta a ideia de a atividade se configurar também como um processo de comunicação. A caracterização da *dirigibilidade na prática social comunicativa* da conduta como seu elemento preponderante resolveria, na

⁷⁴⁶ A ideia de organização, como já se mostrou, não transmitiria apenas a sociabilidade, mas sofre um forte aporte habermasiano.

⁷⁴⁷ “Ademais, se considerarmos que a atividade organizada é a primeira e mais primitiva forma de conduta, ela mesma não esgota todas as características de uma conduta capaz de servir de objeto de investigação dogmática”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.142; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria...* p.295.

⁷⁴⁸ “Como a própria atividade cognoscitiva do homem surge e se estratifica como fator e aspecto de sua atividade prática, antes de ser tratada como atividade consciente, o conceito de conduta humana deve ser estruturado sob a característica de constituir atividade social e não, exclusiva e tão-somente, uma conduta individual”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.208; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.142-3.

⁷⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.141-2; TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.209.

⁷⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.210.

⁷⁵¹ Idem, p.210.

opinião do autor, as questões aparentemente insolúveis referentes a determinação da relevância social da conduta⁷⁵².

A relação entre ação e realização de uma finalidade é subsumida, então, a uma função de orientação, conforme a qual a produção de um resultado aparece como um elemento do contexto da prática social, e não mais supostamente apenas como exaurimento do fim proposto⁷⁵³. Uma função de orientação pautada na prática social, no agir comunicativo manifestado nas atividades organizadas. Nesse sentido, a ação individual aparece como ação performativa, pois, mesmo se não visa um resultado imediato, incorpora-o sob a forma de contexto no qual a ação se desenvolve.

Contudo, se não há um abandono por completo do elemento resultado em face da concepção comunicativa da ação, não parece precipitado asseverar-se que há a submissão do binômio finalidade-resultado à ideia reitora de ação comunicativa (de conduta como uma enunciação)⁷⁵⁴. As consequências da conduta passam a ser pensadas em referência à performatividade da ação, a partir da consideração da ação como um ato perlocucionário⁷⁵⁵.

Vê-se que toda ação, ao desenrolar-se em um processo de comunicação, tem como seus elementos essenciais uma manifestação exterior e objetos de referência pelos quais se orienta, agregando a isso a delimitação que a presença do outro impõe à sua atuação. Sem esses dados essenciais, não há ação.⁷⁵⁶

Contudo, ao contrário do que poderia parecer na análise de J. Tavares, a ideia de ato perlocucionário não traz consigo, em sua essência, a necessária aplicação mais crítica da dogmática. O perfazimento do caráter perlocucionário de um ato não está dado na natureza, mas pode ser humanamente estabelecido, e, por isso, ressignificado para melhor ou pior. Em

⁷⁵² “Tendo em vista que o sentido da atividade é assinalado em face do poder de relação do sujeito, a prática social implica que toda ação se insira em um processo de comunicação, pelo qual uma pessoa transmite informações a outra pessoa, de modo que constituam elementos relevantes para o seu agir. A ação individual, portanto, não se desvincula das perspectivas de ação de outrem. Por seu turno, se não visa a um determinado resultado imediato, toma-o em consideração no ato de reconhecimento de fazer valer as informações fornecidas e orientá-las”. Idem, p.211; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.144.

⁷⁵³ “Se a ação cumpre, em um primeiro momento, uma função de orientação, isto significa que a produção de um resultado não lhe é incorporada, diretamente, como o exaurimento de um fim previamente proposto, mas como elemento de um contexto de prática social, no qual ela se desenvolve e que tem como protagonistas, também, todos os outros sujeitos”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.212; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.144.

⁷⁵⁴ “Se a ação se expressa como uma forma de comunicação, na qual se sedimentam elementos capazes de dar à norma penal as condições para que ela mesma possa ser avaliada criticamente na regulação dessa atividade, os atos interlocutórios devem ser vistos sempre como atos performativos, ou seja, atos que se desenvolvem no sentido de obter de outrem determinado comportamento. *Se o resultado, assim, não integra diretamente a ação, está ele dentro do contexto no qual se desenvolve o ato performativo.* Desta forma, o conceito de ação que tenha por base elementos comunicativos e não apenas causais deve ser sempre tomado em consideração com vistas à sua regulação (...)”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.212. Grifo nosso; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.144; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria...* p.296.

⁷⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.212; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.144.

⁷⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.144-5.

momento posterior, pode ser que a interpretação corrente venha a estabelecer, por exemplo, a lesão ao bem jurídico imediatamente após a subtração⁷⁵⁷ – limitando consideravelmente seu potencial crítico. É por isso que há uma insistência em vincular o conceito de conduta a uma sistemática garantista.

À medida que se afasta do finalismo, Tavares afasta-se gradualmente também dos marcos concretos de determinação da ação, substituindo-os por critérios normativistas. A ideia de caracterizar-se a ação por sua orientação para a produção do resultado é normatizada e a ação passa a ser caracterizada cada vez mais de acordo com o bem jurídico, e não em seus contornos reais:

Dialecticamente, torna-se impossível conceber uma atuação volitiva sem uma regra que lhe corresponda, porque, na prática social, os comportamentos não se orientam segundo a produção de um resultado, mas segundo sua avaliação normativa, ou seja, no direito penal, segundo a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos.⁷⁵⁸

Diante do afã de inserir as originais e recentes ideias da filosofia da linguagem, vê-se a cristalização de uma posição tendendo ao idealismo. Em sua maioria, as condutas associadas a delitos são profundamente unilaterais. Trazer uma teoria da comunicação para pensar o delito, assim, é trazer uma teoria cujo esforço central é pensar formas consensuais e superiormente democráticas de comunicação, e que apenas marginalmente preocupa-se com esses atos unilaterais *sui generis*. Por consequência, uma tal teoria é obrigada a ver por trás de cada um desses atos unilaterais uma tentativa de comunicação abortada, uma semente de compreensão bilateral (ou multilateral)⁷⁵⁹.

10.1.1 A vontade e sua relação com a conduta

Ocorre que, por um lado, J. Tavares nega qualquer possibilidade de uma concepção não normativa de conduta, cujas consequências implicam, dentre outras coisas, na rejeição de

⁷⁵⁷ “Em termos práticos, em face das consequências de um conceito de ação fundado na performatividade do ato de comunicação, e não na causalidade, importa, para afirmar a qualidade da ação de subtrair no furto, a demonstração de que o agente tenha alcançado a posse da coisa. A posse da coisa, que constitui o desenlace final de sua ação, é relevante para caracterizar sua tipicidade, ou seja, para indicar que se tratou da prática de atividade lesiva ao bem jurídico, o que delimita sua substância. Para se dizer que a ação de subtrair atende aos elementos da realidade, como prática social, não é suficiente que o ladrão tenha realizado a subtração, orientando sua atividade em face daquilo que quer subtrair (coisas alheias) ou de seus titulares, mas que incorpore, nesse plano, a lesão ao bem jurídico, porque só com isso é que se aperfeiçoa o ato perlocucionário”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.212-3.

⁷⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.215.

⁷⁵⁹ “Está claro que a ação de subtração só se efetiva porque o processo de comunicação desencadeado entre o ladrão e sua vítima não é suficientemente persuasivo em termos de discurso. Caso fosse possível ao ladrão obter a coisa apenas na conversa, sua ação poderia se resumir num discurso persuasivo, que satisfaria por inteiro sua objetividade. Caso contrário, o ladrão poderá agir diretamente, *como de fato ocorre*, para fazer valer sua pretensão inicial”. Idem, p.213. Grifo nosso.

uma função de unificação. Essa rejeição, contudo, perde bastante substância quando, afastando as formulações de Alberto Dall’Ora e Leopold Zimmerl, afirma que uma concepção de conduta como manifestação de vontade é equivocada porque, ainda assim, ação e omissão possuiriam *objetos de referência* diferentes⁷⁶⁰.

Superada a estranheza de se desqualificar uma teoria recorrendo a formulações conceituais consideravelmente particulares (autoreferenciadas) e longe de serem amplamente aceitas (como o conceito de objetos de referência e agir comunicativo), dificilmente poder-se-ia aceitar essa refutação como plenamente sustentável. Primeiramente, porque a vontade só reflexivamente direciona-se à causalidade, e na medida em que a finalidade impõe. Dizer que a vontade se direciona à causalidade provoca um grande esvaziamento teórico – imagine-se alguém afirmando que produzir uma faca é o mesmo que produzir modificações em metal dispensando-se a finalidade; ora, bastaria o desferimento indistinto de golpes contra o metal, sem maiores preocupações quanto à forma necessária ao seu uso.

Em segundo lugar, Lukács já demonstrou suficientemente como a matriz dos valores possui um vínculo originário com a matriz teleológica da conduta humana, e nesse desdobrar social dos valores pode se incluir os deveres (e conseqüentemente, suas violações).

Em terceiro lugar, dificilmente pode-se argumentar que a relação de referência qualitativamente diferente que se estabelece com a vontade é suficiente para invalidar teorias apoiadas (mesmo que não unicamente, como se propõe aqui) sobre a vontade. Caso contrário, pareceria totalmente absurda a proposição de uma teoria unitária, assentada sobre a vontade, para a relação do sujeito com objetos tanto materiais quanto imateriais, ou então para a relação com objetos naturais e com outras pessoas (as quais Lukács mostra também como estabelecem vínculos qualitativamente diferentes). Mesmo que seja o caso de se dispensar uma teoria referenciada na vontade, a diferença quanto a objetos de referência não parece ser o argumento definitivo de refutação para tanto.

Como, eliminando uma concepção ontológica, é o normativismo que resta como teoria que responde com maior facilidade à necessidade de se articular coerentemente ação e omissão, Tavares se vê obrigado a afirmar a necessidade de uma unidade teórica entre ação e omissão, a qual ele propõe que se deduza de um sistema garantista de direito penal. Essa

⁷⁶⁰ “Tanto em um, tanto em outro caso, não há possibilidade de se reconhecer unidade da omissão à ação, como já demonstrado quando da análise da categoria empírica e dos argumentos racionais. A vontade na ação não pode ser a mesma para a omissão, porque seus objetos de referência são diversos. Na ação, a vontade tem como fundamento o domínio sobre a causalidade; na omissão, o ponto de referência é o descumprimento de um dever de agir. Só isso já bastaria para desprestigiá-la como elemento unificador”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.87.

necessidade se impõe porque, afirmada a exigência dogmática de unidade⁷⁶¹, também o normativismo (na perspectiva de Tavares) enfrentaria problemas porque possuiria, de início, o vício de fundar ambos os tipos de conduta (ação e omissão) sobre deveres, quando claramente a ação se fundamenta sobre proibições⁷⁶².

Apesar de apresentar a conduta como atividade dirigida à comunicação, Tavares não abre mão totalmente de algumas implicações do finalismo. Como já se viu, ele não só não abre mão de um conceito geral de conduta, como também afirma-a como uma atividade implicitamente volitiva. Com isso, o autor constrói um conceito de conduta que insere por via oblíqua algumas implicações da concepção finalista, mas sem precisar prestar contas da totalidade dessa concepção. Como resultado, encontra-se uma conduta, cujo pilar é o processo de comunicação, mas que para melhor servir à dogmática tem inserida em si o elemento da vontade, a qual se estabelece como uma vontade sem finalidade⁷⁶³.

Com a elaboração de uma vontade sem finalidade, Tavares consegue evitar as polêmicas envolvidas em alguns crimes omissivos culposos (nos quais o agente não prevê o resultado) e nos atos automatizados⁷⁶⁴. Ele abre mão do finalismo, mas não abre mão de usar

⁷⁶¹ A qual em Tavares se apresenta como articulação entre unidade, equiparação e correspondência, de forma a estabelecer relações de similitude e equivalência (orgânica ou artificialmente criada). Nesse sentido: “O caminho agora proposto será, então, o de preparar as bases para esses pressupostos delimitativos, examinando a forma de tratamento da omissão, conforme sua evolução doutrinária: como *ação* ou como entidade *equiparada* ou *correspondente* à ação. Ainda que, analiticamente, se possam diferenciar essas três formas de tratamento da omissão, no fundo todas elas se equivalem se contrastadas com os respectivos modelos de imputação. Tomar-se a omissão como forma equiparada de ação implica trata-la como se constituísse uma ação; do mesmo modo, ao buscar-se uma correspondência da omissão à ação se estará sedimentando sua equiparação. A diferença entre essas categorias é muito sutil. Pode-se admitir que a omissão será tratada em unidade com a ação, quando ambas não apresentem divergências; possuam, portanto, um ponto de apoio comum que as caracterize de modo uniforme. A omissão será equiparada à ação, quando dela se diferencie, mas essa diferença possa ser contornada por outros elementos comuns que justifiquem sua unidade. Por fim, conforme os critérios adotados na equiparação, chega-se à fórmula simbólica de correspondência. Isso ocorre quando a fórmula de equiparação prescindir da análise de elementos comuns e resulte de outros elementos que lhe sejam agregados”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.77-8.

⁷⁶² Vale a pena ressaltar que, nos crimes omissivos, estão proibidas todas as condutas distintas daquela requisitada pela situação típica. “O problema da unidade também não será resolvido adequadamente com as propostas de se fazer tanto da omissão quanto da ação um objeto subordinado a deveres. Se, por um lado, se pode superar, dogmática e normativamente, a questão dos critérios da identificação entre ação e omissão, por outro lado, implica uma inversão nas pautas de política criminal, que se comporão, daí para frente, de questões relativas a normas mandamentais e não mais a normas de proibição”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.88.

⁷⁶³ “Dizer, pois, que a ação se materializa como expressão da prática humano-social significa ainda que a vontade só se torna objetivável e, portanto, empiricamente apreensível a partir do momento em que se estabelece como relação entre o motivo do agir e o objeto do agir, especificamente, como fator determinante e condicionante da escolha, emprego e manipulação dos meios causais disponíveis à integração dessa ação à atividade global do sujeito”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.154.

⁷⁶⁴ “A característica de ser a conduta humana atividade volitiva tem assento, inclusive, na própria natureza social dessa atividade, em oposição aos atos instintivos e impulsivos. Igualmente, se a conduta humana é essencialmente conduta volitiva, afiguram-se absolutamente irrelevantes as pretensões empíricas de salientar a existência de determinados fatos sem finalidade, como, por exemplo, certos crimes omissivos culposos, em que o agente nem havia pensado na realização de algum resultado, ou nos chamados atos automatizados, que tanta

a articulação consciência-vontade como elemento delimitador da existência da conduta (eliminando assim os exemplos mais clássicos de ausência de ação apresentados pela doutrina)⁷⁶⁵.

Além de parecer uma inserção um tanto artificial (a colocação da vontade na conduta por conveniência dogmática), ao negar-se uma concepção finalista, a contradição de uma formulação que aceita a vontade e nega a finalidade aclara-se na estranha aproximação da antiga dogmática causalista que decorre daí – quando a ideia de uma vontade sem finalidade expressava-se em exemplos como a vontade de apertar o gatilho (e não de matar), para ser possível relegar o dolo à culpabilidade.

Obviamente, não se trata do mesmo caso⁷⁶⁶, mas as consequências para o conceito de ação são notáveis. O que acontecerá se, como é comum para tantas teorias novas em suas épocas, outros autores decidirem por acolher o conceito de conduta, mas rejeitar o sistema? É possível que de todas as formulações, abandone-se as conclusões críticas e cristalize-se as premissas inovadoras (porém dúcteis). Não é suficiente, para evitar sua instrumentalização para a expansão de poder punitivo, o aviso de que os dois (conceito e sistema) devem andar juntos.

Após livrar-se da finalidade – aquilo cuja determinação aponta o substrato empírico da ação – e em uma tentativa de driblar as contradições decorrentes, Tavares procura vincular a vontade também a critérios mais normativos⁷⁶⁷. Assim, seria possível evitar a associação desse conceito às problemáticas causalistas. No entanto, sua dialética indivíduo-sociedade dá um peso maior à universalidade, quando o *todo* deveria ser dialeticamente construído pela relação entre as categorias universalidade, singularidade e particularidade.

Novamente, assegura Tavares:

(...) para a caracterização da conduta, não é relevante a descoberta da finalidade, como pretendiam os partidários do finalismo. Relevante é que a ação só pode ser

preocupação trouxeram a Jakobs e a partir dos quais passou a construir seu sistema sob o critério normativo da evitabilidade”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.214; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.145.

⁷⁶⁵TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.216.

⁷⁶⁶ Tavares deixa claro que entende sua concepção como totalmente diferente da causalista: “Evidentemente, na determinação da conduta como ação, importante é apenas salientar que aqui não se trata de mera voluntariedade, termo por demais ambíguo e incerto, mas de vontade, derivada como elemento da relação da execução causal dos propósitos do agente, dirigida à consecução material de seus objetivos e orientada conforme os parâmetros de referência em um processo de comunicação”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.225. No entanto, a não ser que se entenda os objetivos da ação como a própria comunicação – entendimento que levaria, de qualquer forma, a uma definição vazia de conduta como um processo de comunicação cujo objetivo é a comunicação – torna-se difícil vislumbrar um conceito de ação, em sua relação com a vontade, que possa ser preenchido em sua substância sem recorrer à ideia de finalidade.

⁷⁶⁷ “Uma vontade sem fundamento empírico constitui absurdo lógico. Mas, o significado da vontade não decorre tão-só desse fundamento empírico. Também lhe está agregada a regra que determina sua manifestação no mundo exterior, como forma de comunicação”. Idem, p.215.

caracterizada como conduta humana quando se insira conscientemente em uma prática social, quer dizer, quando se vincule conscientemente a um objeto de referência dentro de um processo de comunicação, ou seja, que se subordine a determinadas regras.⁷⁶⁸

As nuances de suas ideias têm consequências consideráveis. Mesmo diante das críticas levantadas, apresenta-se como uma teoria muito bem formulada (talvez a mais brilhante de sua época). Não obstante, é de se destacar que sua funcionalidade é especialmente construída para as condutas regidas cotidianamente por normas de direito. No entanto, ou a norma possui um papel ativo na determinação do que é ou não conduta⁷⁶⁹ – hipótese na qual parece clara a possibilidade de uma inclinação normativista – e/ou ela é levada em consideração como objeto de referência de manifestação da própria conduta.

No primeiro e no segundo casos, uma porta de entrada em potencial para o normativismo é a necessidade de que a atividade esteja vinculada a uma pretensão de validade (por parte dos interlocutores)⁷⁷⁰. Além disso, dificilmente seria possível dizer que há total coerência em uma teoria da comunicação direcionada a manifestações sociais unilaterais, como já se mencionou. No segundo caso, torna-se um tanto mais difícil a utilização dessa teoria quando o sujeito não tem consciência da norma penal, mas da norma social. Trata-se de uma distinção pouco controversa (pense-se no conceito de valoração paralela na esfera do profano), que ao trazer-se para esta teoria da comunicação enevoa suas considerações principais. O relacionamento dos indivíduos frequentemente não é com normas, mas com valores (que as representam).

Lembre-se que, como J. Tavares recusa sua teoria como pré-jurídica, então suas limitações são jurídicas, mesmo quando normativamente fazem referência a elementos extra-normativos. Portanto, seus vínculos normativos sempre correm o risco de se sobrepor, porque o próprio elemento alicerçador da perspectiva crítica é normativamente delimitado.

É recorrente o exemplo do motorista que dirige em lugar ermo⁷⁷¹, o qual esclarece que se não se estabelece uma relação entre o motorista e um objeto de comunicação, não se estabelece também um processo de comunicação e, assim, não há conduta humana. Acabam se confundindo irrelevância da conduta para a norma e ausência de conduta. Aqui, torna-se ainda mais claro o acento normativo da teoria. Nela, o social só apresentar-se-ia mediante processos de comunicação, como se fosse possível apartar o indivíduo da sociedade. É claro

⁷⁶⁸ Idem, p.214.

⁷⁶⁹ Mesmo que se busque critérios de limitação que, em última análise, são normativos.

⁷⁷⁰ “Mesmo na realização de uma conduta contrária às expectativas do interlocutor, a pretensão do agente é de que esse interlocutor aceite, de qualquer modo, sua conduta como válida, por persuasão ou outro meio, inclusive pela força, como normalmente ocorre nas atividades proibidas”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.147.

⁷⁷¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.216; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.146.

que só é possível pensar um a partir do outro, e os exemplos em contrário vão ao encontro daquilo que Marx chamava de ‘robinsonadas’⁷⁷². Salienta-se, assim, a impropriedade de tais exemplos, chamando atenção ao fato de que, mesmo dirigindo em lugar ermo (fora de grupos sociais), o indivíduo leva consigo todo o seu processo de socialização.

A pretensão de delimitação por isolamento social só se cumpre se é abstraída essa questão fundamental. E sua utilidade torna-se bastante questionável ao lembrar-se de como, no mundo globalizado e altamente regulado que vivemos hoje, são praticamente inexistentes os espaços nos quais há possibilidades de manifestações que não relacionem-se com outras pessoas ou normas (ou seja, sem qualquer objeto de comunicação). Aliás, o único argumento que a teoria parece fazer, nesse ponto, é o de que onde não haja regras ou pessoas, tudo pode ser feito (porque não haveria ação no que concerne o direito penal). No entanto, a utilidade restritiva disso é bastante duvidosa.

As inúmeras questões que se apresentam diante de uma vontade sem finalidade levam-no a, quando relaciona conduta e vontade, reconstruir os contornos concretos de forma quase a reconduzir eufemisticamente ao conceito finalista:

Dizer-se, pois, que a ação se materializa como expressão da prática humano-social significa ainda que a vontade só se torna objetivável e, portanto, empiricamente apreensível, a partir do momento em que se estabelece como relação entre o motivo do agir e o objeto do agir, especificamente, como fato determinante e condicionante da escolha, emprego e manipulação dos meios causais disponíveis à integração dessa ação à atividade global do sujeito.⁷⁷³

Da mesma forma que o finalismo, trata a conduta como uma objetivação que envolve a finalidade (apresentada em Tavares pela relação motivo-objeto do agir), a qual condiciona o modo como ela será atingida (escolhas e manipulação dos meios causais). Ficam destacados em sua importância, assim como na concepção ontológica, a finalidade e o meio empregado para a plena compreensão da conduta.

10.1.2 Parâmetros demarcadores da ação comunicativa

Para melhor resolver os problemas exurgidos do conceito de ação, Tavares propõe que esse conceito seja delimitado por critérios normativos e empíricos. Esses critérios ambivalentes, Tavares chama de *objetos de referência* (ou parâmetros de referência)⁷⁷⁴. Como

⁷⁷² DUAYER, Mário. *Marx, verdade e discurso*. p.02.

⁷⁷³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.232.

⁷⁷⁴ “Neles se incorporam fatores empíricos e normativos, como os objetivos perseguidos pelo agente (A quer matar B), a não realização de certos atos (A deixa de saudar B), o descumprimento de determinados valores (A deixa de socorrer B), ou a aceitação ou não de ordens, mandamentos ou normas (A realiza uma conduta

toda ação está vinculada a normas, isso significa dizer que uma atividade só se consubstancia como conduta humana se puder exercer influência sobre outrem. Assim, é conduta quando a atividade impõe-se com *pretensão de validade*.

O conceito de pretensão de validade de Tavares difere do de Habermas, como o próprio autor sublinha. Se em Habermas a ideia de pretensão de validade relaciona-se com a possibilidade de criar-se um consenso sobre determinado argumento, em Tavares a ideia relaciona-se à atribuição de sentido às ações de acordo com a sintonia que ela apresenta com o sistema normativo ao qual estão vinculadas. Portanto, não seria possível uma ação sem que ela fosse assim reconhecida, porque quer seja para acatar ou para violar a norma, estabelece-se necessariamente uma relação⁷⁷⁵.

Entretanto, há aqui um risco de uma configuração lacunar da ação, posto que conduta humana é, nessa teoria, aquilo que acata ou viola a norma, em outras palavras tudo é potencialmente uma ação humana. Qualquer fenômeno, por mais inexpressivo que seja, pode ser considerado uma conduta humana porque não violou norma alguma. Em um primeiro momento, toda inação torna-se uma ação em potencial, especialmente quando se dispensa a finalidade. Uma abordagem onicompreensiva como essa, consegue abarcar sem maiores problemas as diversas formas de conduta, mas abarca também todo o resto da vida humana indistintamente.

Não há uma completa identidade com a tese normativista, de que a conduta relevante é apenas aquela expressada na norma (no tipo penal), porque nesse caso tornar-se-ia impossível sua análise crítica. A posição normativista é apenas parcialmente correta para Tavares, porque além da expressão da conduta na norma, deve haver elementos comuns nas ações típicas que apontam os pressupostos para que algo seja considerado uma conduta. Esses elementos comuns, analisados em sua faceta de práxis social, indicariam as particularidades da conduta humana.

Tavares se vale inclusive da proposição sistemático-heurística de Habermas, dividindo os modelos de ação em: ação instrumental, estratégica, subordinada a regras e comunicativa; dentre as quais, assim como Habermas, trata as concepções teleológicas da ação

cuidadosa, ou dirige em excesso de velocidade)”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.216; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.146.

⁷⁷⁵ “A pretensão de validade significa, assim, orientar a atividade de tal forma que incorpore, em seu sentido, todas as normas que a regulamentem, quer para acatá-las, quer para infringi-las e ainda obter a concordância dos interlocutores ou vencer-lhes a resistência. Isto se torna mais claro, ao ver-se que a conduta do homem, como atividade inserida na prática social, ou, dito de outro modo, no processo social de produção e comunicação, não pode desvincular-se da consideração das normas de convivência, ainda que seja para não as observar”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.217.

indistintamente como ações instrumentais⁷⁷⁶. Funda sua concepção sobre a já mencionada ideia de agir comunicativo, a qual fornece para ele, por exemplo, os subsídios necessários não só para os elementos de equiparação, mas para uma distinção entre delitos comissivos e omissivos, recorrendo-se à contextualização fático-normativa da conduta, por meio dos conceitos de *relações vitais, situação, tematização e contexto*⁷⁷⁷.

A influência de Habermas e da filosofia da linguagem fica patente quando, dentre outras coisas, classifica a conduta omissiva como um ato perlocucionário (ou, recorrendo a nomenclatura distinta, como ato performático), a norma mandamental como um ato de fala de emissor anônimo e, de forma mais abrangente, as normas incriminadoras como atos ilocucionários. A utilidade da atribuição de um caráter ilocucionário à norma, destaque-se, se dá porque torna possível que se explique a dependência da configuração da conduta omissiva para com a norma: a norma penal coloca-se diante de seus destinatários como um objeto de referência⁷⁷⁸. Já o caráter perlocucionário da conduta omissiva se dá porque se orientaria para a lesão ou periclitación do bem jurídico⁷⁷⁹.

Merecem destaque, contudo, os pontos nos quais Tavares critica e busca ir além das ideias habermasianas:

Mesmo na realização de uma conduta contrária às expectativas do interlocutor, a pretensão do agente é de que esse interlocutor aceite, de qualquer modo, sua conduta como válida, ou através de persuasão ou por outro meio, inclusive pela força, como normalmente ocorre nas atividades proibidas. Nesse particular, parece equivocada a pretensão da teoria do agir comunicativo, principalmente aquela proposta por Habermas, de sedimentar o conceito de ação exclusivamente no discurso, com vistas a um processo, sem levar em conta que o processo de comunicação não se resume a esse discurso e deve pressupor, inclusive, o próprio dissenso. *A comunicação envolve não apenas um ato de persuasão, mas qualquer forma de manifestação da vontade.* O ponto nodal do processo de comunicação reside na orientação do agente em função de parâmetros (objetos) de referência, de modo a fazer com que sua pretensão venha a ser tomada como válida, ou pelo consenso, *ou como expressão do dissenso.*⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ O equívoco dessa posição buscou-se apontar no tópico sobre Habermas, quando se mencionou da influência exercida por Heidegger. Sobre a incorporação das classificações habermasianas, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.181 e ss.

⁷⁷⁷ Idem, p.196 e ss.

⁷⁷⁸ Idem, p.264 e ss; “A norma mandamental, que sustenta tanto os crimes omissivos próprios quanto os crimes omissivos impróprios, é, primordialmente, um ato de fala com emissor anônimo. Uma vez que a norma mandamental é um ato de fala, será possível compor-se o conceito de omissão como conduta perlocucionária, segundo a qual o omitente toma da norma os elementos de comunicação nela contidos e os insere no contexto de sua conduta como objetos de sua orientação. Ainda que na omissão não exista uma manifestação exterior da vontade, pois a inatividade nada indica, senão a própria omissão, sua característica depende do ato de fala expresso na norma. A norma penal incriminadora, por seu turno, constitui um ato ilocucionário, pois não se limita a descrever um fenômeno, mas a compor uma proibição ou um comando e a exigir de seus destinatários uma conduta que lhe seja adequada”. Idem, p.266.

⁷⁷⁹ Idem, p.269.

⁷⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.218. Grifo nosso.

Como já se mencionou, surgem diversos problemas da tentativa de se construir uma teoria que pensa o dissenso a partir de formulações estruturadas sobre a ideia de consenso (como é o caso de Habermas). Em primeiro lugar, isso leva a se reconhecer como processos de comunicação mesmo os processos unilaterais (de violência) – porque teriam uma relação com os objetos de referência. Parece promover uma desnaturação da concepção de uma teoria da comunicação a proposição de uma flexibilização tal do conceito de comunicação que mesmo o seu exato oposto possa ser considerado como comunicação; pois a ação comunicativa seria aquilo que possui uma pretensão de validade e, portanto, deve trazer consigo a possibilidade de ser aceita ou refutada por outrem – razão pela qual parece impossível incluir na definição atos de violência.

Trata-se de extrapolação um tanto imprópria – fruto de se tentar encaixar uma teoria onde ela não cabe – considerar-se que uma ação violenta e unilateral tem uma “pretensão de validade” no mesmo sentido que outros atos de comunicação, pois só é possível classifica-los (disputas argumentativas na esfera pública e atos de violência unilateral) sobre essa mesma rubrica se o conteúdo semântico da expressão “pretensão de validade” fosse de tal forma relativizado que significasse coisas substancialmente distintas para cada um. E é isso que parece acontecer no conceito em questão, e é por isso que Habermas não os encaixa sob a mesma categoria. Como Habermas quer elaborar uma teoria republicana capaz de pensar as propostas da modernidade nos marcos das democracias existentes, ele opta adequadamente (para as suas propostas) por uma concepção definida de ação comunicativa – a qual, ao contrário de Tavares, claramente não inclui o que ele chama de ação instrumental.

Em segundo lugar, repita-se que dificilmente se trata de uma definição restritiva já que toda existência humana está continuamente estabelecendo relações (de acordo com o critério de Tavares) com esses objetos de referência (sejam pessoas ou normas⁷⁸¹), o que implica a necessidade do recurso à vontade como elemento delimitador.

Essa concepção por demais abrangente de ação comunicativa (e “pretensão de validade”) só se torna menos problemática quando se recorre aos elementos delimitadores da conduta (instrumentalizados nos casos de ausência de ação). Se uma concepção mais restrita de ação comunicativa (que não incluísse o binômio consciência-vontade) excluiria a ausência de ação porque não são atos ato que possuem a pretensão de serem aceitos ou rejeitados por outrem, ela enfrentaria alguma dificuldade em distinguir a ausência de ação de outros atos não

⁷⁸¹ “(...) a edificação da vontade sobre a base concreta da execução de uma tarefa permite a construção do conceito do próprio sujeito, como sujeito atuante, no sentido de fixar, no processo de comunicação, como objetos de referência, os demais indivíduos e com eles interagirem de conformidade com as normas sociais de convivência”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.223-4.

comunicativos. Na análise abrangente de Tavares, a questão é resolvida pela ausência de consciência ou vontade, que seriam os elementos indicadores de ausência do processo de comunicação⁷⁸².

Notável como, mesmo nas questões mais básicas, como a ausência de ação, essa teoria fundada na ideia de comunicação não recorre à concepção de comunicação propriamente dita, mas à ideia de vontade (a qual ele usa para delimitar a esfera comunicativa e fundar apenas nominalmente a conduta sobre a comunicação)⁷⁸³. A ausência de ação não é em última análise determinada pelo fato de comunicar algo ou não, de possuir ou não a pretensão ou possibilidade de aceitação ou, quiçá, pela inexistência da possibilidade de um consenso potencial, mas (em sua centralidade) pela articulação consciência-vontade. A pretensão de validade é, em última análise, descaracterizada pela ausência de consciência ou vontade.

Apesar de todas as críticas ao finalismo, Juarez Tavares, um dos mais argutos autores de direito penal da contemporaneidade, também chega a conclusão que as condutas culposas (sejam conscientes ou inconscientes) e omissivas são igualmente condutas volitivas⁷⁸⁴. Nada menos do que uma consequente incorporação da doutrina finalista deveria afirmar.

10.1.3 Enquadramento final

A concepção apresentada por Juarez Tavares quanto ao conceito de ação difere substancialmente da maioria das teorias surgidas até agora, sejam finalistas, sociais, funcionalistas *etc.* Entretanto, seu inegável traço normativista fica claro não só por sua veemente negação de um conceito pre-jurídico de ação, mas também porque a própria delimitação do que se pode atribuir ao sujeito é feita normativamente a partir de discussões

⁷⁸² “Nesse sentido, poder-se-á dizer que o que está em jogo nas hipóteses de ausência de ação é um pressuposto de análise da própria conduta típica, em função dos parâmetros de referência por ela admitidos. Assim, a exclusão da ação, nesses casos, não constitui a conclusão amparada sobre um dado puramente naturalístico, como se costuma dizer, mas uma conclusão decorrente da impossibilidade de se estabelecer um processo de comunicação. Haverá ausência de ação toda vez que o agente não puder complementar seu processo de comunicação, *seja porque não atua consciente ou volitivamente*, seja porque sua submissão a uma coação externa descaracteriza sua pretensão de validade”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.226. Grifo nosso; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.147.

⁷⁸³ Novamente: “Ao omitir-se de uma atividade devida, o sujeito orienta sua inatividade em sentido inverso aos objetos de referência estabelecidos pela norma, quer realizando conduta diversa, quer nada fazendo. Isso, porém, não basta para assinalar à omissão a qualidade de ato perlocucionário. É preciso, além disso, que o sujeito, ao omitir-se, tenha consciência e vontade de descumprir o dever nos exatos limites da referência normativa”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.268.

⁷⁸⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.219 e ss; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.147; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A teoria...* p.297.

(com um enfoque comunicativo) sobre o que se pode considerar como “elementos materiais” da ação⁷⁸⁵.

Esclarece Tavares:

Por outro lado, esses elementos [comunicativos], ainda que sejam apreciados sob o enfoque de uma prática social, portanto, como expressão do sujeito em uma comunidade comunicativa, só valem na medida em que possam servir, normativamente, como fatores limitativos da incriminação. Isto significa que todos os elementos comunicativos, que caracterizam a ação como prática social e, portanto, a vinculam a um sujeito, não têm, por si mesmos, o menor significado como redutores da incriminação, quer dizer, como objetos aptos a fundamentarem uma dogmática crítica do delito.⁷⁸⁶

No entanto, definir já é limitar. O próprio fato de se definir alguma coisa já implica em si mesmo a exclusão de outras. Portanto, só pelo fato de não abarcar toda a realidade, qualquer concepção desses elementos materiais da conduta é apta a participar dessa teoria. Mas isso nada diz sobre o poder maior ou menor dessa teoria de reduzir poder punitivo. Considerando-se, todavia, sua maleabilidade, não seria absurdo dizer que ela possui um poder menor de contenção de poder punitivo que a teoria finalista.

Por fim, cabe afirmar que se o grande passo adiante da concepção dogmática de ação é (1) a incorporação de objetos de referência como expediente para que, na consideração da conduta humana, se possam incluir referências sociais (como regras de trânsito) e não meramente referências concretas (como atirar em alguém), como uma interpretação superficial do finalismo poderia sugerir; (2) a sugestão de uma dogmática crítica. Então ela é em princípio redundante, pois não apresenta nada que o finalismo articulado com a já clássica proposta de uma dogmática funcional teleológica redutora também não apresente. Com exceção de alguns novos problemas de fundamentação. Se não for essa a inovação do conceito dogmático de ação, então, resta como opção mais racional, uma maior abertura para normatização.

Torna-se, inclusive, difícil pensar em uma conduta que se dirige levando em consideração objetos de referência, ao se prescindir da noção de teleologia e suas consequências, ou seja, se o indivíduo não estabelece sua finalidade ou considera e conforma os meios – considerando também, portanto, os chamados objetos de referência aos quais deve adequar sua conduta – para atingi-la. Na verdade, a ideia de objetos de referência parece em

⁷⁸⁵ “A discussão em torno dos elementos materiais da ação, a partir de um enfoque comunicativo, é relevante como recurso metodológico para proporcionar uma delimitação normativa daquilo que se poderia atribuir ao sujeito, de modo a fazer com que sua descrição como ação típica deva ser submetida, constantemente, a um procedimento de prova de sua legitimidade.” TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.231; TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.154.

⁷⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo...* p.231.

muitos momentos coincidir com um conceito teleológico de conduta, como elemento conformador da conduta⁷⁸⁷.

Por mais que o autor se esforce em ressaltar que não se trata de um conceito puramente normativo de ação⁷⁸⁸, é forçosa a conclusão, em nosso ponto de vista, que essa teoria se apoia em última análise sobre uma base normativa. Não é possível elaborar um conceito relacional de ação, como quer Tavares, sem se hierarquizar a relação entre aspectos materiais e normativos. Esse é o fardo não só das teorias da ação, mas da maioria das teorias sociais em geral; o que não é uma surpresa, pois a teoria da ação é uma das ligações possíveis entre as concepções de sociedade e as teorias do delito.

Se é difícil imaginar-se uma ação designada por delituosa como uma forma de comunicação, é também consideravelmente difícil, por outro lado, imaginar-se as normas (em geral, mas em especial também as normas penais) como um recorte (normativo) de um momento de comunicação. Seja porque a ideia de comunicação, mesmo a partir de uma fonte escrita, envolve uma relação qualitativamente diferente com seu destinatário (mais dinâmica), na qual ele possui um papel muito menos passivo. Imagine-se que a norma penal, em tese, possui uma força de auto-imposição que a maioria dos teóricos deduz ou das funções preventivistas ou, uma vez violada, da força do próprio Estado.

E não se pode dizer que há uma relação remotamente análoga na tradicional dinâmica entre mensagem e intérprete, quando este, em última análise, possui considerável liberdade interpretativa e pode, até mesmo, chegar a uma incorreta interpretação da mensagem originalmente intentada, sem maiores problemas. Pelo contrário, há inúmeros autores que celebram a reinterpretação e a atribuição de significados não originalmente incutidos no texto como um dos sustentáculos da riqueza da arte, por exemplo.

Seria possível dar outro aspecto à apresentação da relação norma-cidadão, caso se tratasse de uma relação mais bilateral. Mas este sequer é o caso. Não só no Brasil, como na maioria dos países, dificilmente se pode dizer que as normas são frutos de uma situação ideal de fala ou qualquer coisa parecida. As tentativas de fundar um caráter comunicativo numa suposta relação bilateral entre normas e cidadãos leva apenas à aparente construção de um alicerçamento democrático, que, inexistente, em última análise, reivindica-se apenas para justificar as normas.

⁷⁸⁷ “Vontade sem objeto de referência constitui absurdo lógico. Se, na prática, é observado um comportamento singular, em que não se possa esclarecer acerca da existência real desse objeto (ou *objetivo*) ou de qualquer objeto (ou *objetivo*) que esteja vinculado à conduta, se desnatura a conduta humana volitiva como tal, vindo a tratar-se de conduta meramente impulsiva (...)”. TAVARES, Juarez. *Apontamentos...* p.145. Grifo nosso.

⁷⁸⁸ “A ligação entre a conduta e as normas de convivência não induz à conclusão de que se trate de um conceito puramente normativo de ação (...)”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.232.

10.2 A concepção significativa de Vives Antón⁷⁸⁹

A concepção significativa da ação de Tomás S. Vives Antón é explicitamente influenciada por Wittgenstein e por Habermas⁷⁹⁰, e por isso algumas das críticas realizadas anteriormente a esses autores aplicam-se aqui. Não obstante, a análise dessa teoria se impõe pela importância que adquiriu com os anos e porque possui características e nuances próprias, as quais não podem ser totalmente subsumidos a uma análise genérica de seus fundamentos filosóficos.

Nos escritos de Vives Antón se percebe a tendência por configuração social do sentido da conduta, assim finalidade subjetiva ou o sentido que subjetivamente se atribui a algo perderiam seu papel determinante. Assim, seria imperativo livrarmo-nos das concepções substanciais da mente (fundadas no dualismo mente-corpo e na filosofia cartesiana), da compreensão da ação pelo recurso a crenças e desejos e do binômio meio-fim⁷⁹¹. Uma clássica crítica ao finalismo é repetida nessa obra espanhola, a de que a teoria finalista só explicaria as ações finais, mas não conseguiria explicar as ações nas quais a finalidade é irrelevante⁷⁹².

Após abandonar as perspectivas clássicas, Vives Antón oferece sua concepção de ação não como um substrato suscetível de se atribuir um sentido, mas como sentido que se pode conferir a alguns comportamentos humanos, de acordo com um sistema específico de normas. Em outras palavras, fatos acontecem e ações significam (têm sentido), fatos são descritos e ações entendidas, fatos se explicam por leis naturais e ações por regras gramaticais⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Não foi possível suprimir os termos “intenção” e “intencionalidade”, mesmo sabendo que para boa parte da doutrina a *intenção* sinaliza um elemento subjetivo especial (SOUZA e JAPIASSÚ, 2012). Isso porque, nestas teorias, eles possuem já uma forte carga teórica (em grande parte em função da herança da filosofia da linguagem) e alterá-los seria, possivelmente, alterar também seus conteúdos. Resta, então, deixar este aviso.

⁷⁹⁰ ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: tirant lo blanch, 1996. p.143 e ss; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *A concepção significativa da ação de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.10.

⁷⁹¹ ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.203-205.

⁷⁹² Idem, p.215. Cabe ressaltar que essa é uma crítica falha, pois a irrelevância jurídica da finalidade não pode (nem deve) ser equalizada a ausência de finalidade.

⁷⁹³ “Se opera, así, un giro copernicano en la teoría de la acción: ya no es el *substrato de un sentido*; sino, a la inversa, el *sentido de un sustrato*. (...) los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es, significan); los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc.; las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.205; “Pero ni las figuras de delito son entidades objetivas, ni las acciones se definen por sustratos ónticos que transmitan el sentido. Hemos visto que las acciones consisten en esos sentidos – irreductiblemente diversos – que atribuímos a la conducta y que, justamente por eso, las distinguimos de los simples hechos, que son (...) objetivos. Desde esa perspectiva, la supuesta verdad analítica se derrumba: el tipo de acción no se halla precedido de la acción todavía-no-típica, sino que es el *dato primário*, pues no hay nada parecido a una *acción en general* sino que, a la luz de diversas reglas sociales de interpretación

Mas, para o direito penal, isso não coloca o problema em um segundo nível? Se é um sentido que se pode atribuir a algumas condutas, como se determinar quais condutas são passíveis de se atribuir esse sentido? A concepção wittgensteiniana determina as regras de atribuição de sentido, não uma regra da correta atribuição de sentido ou da correta aferição de sentido. As regras de sentido, em Wittgenstein, precisam ser determinadas na prática o que torna impossível uma meta-regra (uma norma determinando a correta aplicação de outra norma).

Essa é uma indagação especialmente relevante para o direito penal porque a regra gramatical possui um íntimo vínculo com a linguagem em uso, na concepção wittgensteiniana. Contudo, sabe-se que, na história do poder punitivo, foi uma prática instituída o uso expansivo (por critérios atuais) da atribuição de significado de ação humana para aquilo que, depois, seria considerado um simples fato. Se é ação aquilo que o uso chancela como tal, então, perde-se muito (senão todo) marco para uma crítica interna, ou seja, para uma crítica daquilo que se conforma ao uso chancelado – pois só uma distinção entre conceito e uso torna possível a crítica deste.

Vives Antón ressalta como, em sua perspectiva, a busca por um ente real para se relacionar a um substrato de sentido é equivocada porque leva a uma confusão entre a capacidade de ação e a ação em si. A capacidade de ação é identificável já na esfera biológica (que seria justamente aquilo que diferencia o homem dos outros animais), mas também caracterizada por sua articulação com elementos sociais como a linguagem. Assim, se a inquirição da capacidade de ação pode se apoiar sobre um substrato (biológico e social), o mesmo não se pode dizer da ação em si mesma⁷⁹⁴.

Em um primeiro momento, Vives Antón apresenta uma recusa de concepções de semântica intencional (nas quais o significado se vincula à pretensão do enunciador). Ele compartilha a concepção de um segundo Wittgenstein, no qual critica a concepção pictórica do *Tractatus* (implicando também a recusa da semântica formal), recorrendo à ideia de linguagem como uso⁷⁹⁵. No entanto, o autor espanhol articula explicitamente, para

(jurídico-penales o de cualquier otra índole) surgen diversos tipos de acciones”. Idem, p.260; Ver também: PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. pp.09-13.

⁷⁹⁴ “Más bien parece que esa capacidad – que requiere ciertos caracteres innatos (la mano y el cerebro) – se adquiere, con el lenguaje, en el curso de la vida social. Al hallarse coordinada e interpretada por medio del lenguaje, la acción humana cobra una dimensión significativa de la que carecen las conductas animales que, por eso, no son *acciones* em el sentido jurídico-penal ni en el uso común del término”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.207; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.12.

⁷⁹⁵ “Sin tener en cuenta las actitudes intencionales de los hablantes, expresadas en el contexto de acción de que se trate, no se puede entender lo que dicen: la ‘pintura’ que evocan sus palabras es insuficiente para captar el significado”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.210.

caracterizar sua concepção de linguagem em uso, as atitudes intencionais do enunciador com o contexto nas quais elas se realizam⁷⁹⁶.

Nega-se, então, a possibilidade de um supraconceito de ação, recorrendo-se à ideia de *semelhança de família* como instrumento explicativo para a atribuição da qualidade “ação” a coisas tão distintas entre si. A razão de ser dessa semelhança de família seria, por sua vez, porque se vincula a expressões de forma de vida humana, nas quais os homens se inserem e que fornecem o instrumental necessário para manifestarem suas ações:

Y ese parentesco trae su causa de que en todas ellas se expresa – de modos muy diferentes una forma de vida – *la forma de vida humana* en la que los hombres se hallan, *naturalmente*, instalados y que les confiere, asimismo, una capacidad natural para formular y captar códigos prelingüísticos, mediante los cuales expresan y atribuyen las actitudes intencionales de las que depende el significado.⁷⁹⁷

Portanto, a ideia de ação não indica um gênero ao qual pertencem as espécies de ação, mas a fronteira onde começa a vida humana e termina a natureza. Como há uma forma de vida compartilhada torna-se possível reconhecer o que é ação, por sua aparência de ação, mesmo que isso não exclua, nesta teoria, uma necessidade posterior de interpretação. Para Vives Antón, apenas em um primeiro momento é necessário se apegar à *aparência de ação*, pois, em seguida, deve-se excluir os casos nos quais não há uma *observância autêntica das regras*⁷⁹⁸.

Entretanto, como se afirmar se algo seguiu as regras de forma autêntica se esse “algo” não existe, mas é apenas um sentido. Subsequentemente, as regras às quais Vives Antón está se referindo não deveriam dizer respeito a um parâmetro de avaliação da correta interpretação do fenômeno, mas a um parâmetro de compreensão dos sentidos possíveis do fenômeno. A própria distinção entre aparência de conduta e conduta em-si é algo herdado das concepções metafísicas dos fenômenos, conforme as quais é plenamente coerente se formular uma distinção entre aparência e essência. Torna-se inviável, pela concepção significativa da ação, distinguir entre aparência de conduta e a conduta em si. A aparência de conduta é a conduta⁷⁹⁹, porque a aparência é dada pela força de semelhança ao uso. Lembre-se que o

⁷⁹⁶ “Para colmar esa insuficiencia de la semántica formal, en la teoría del *significado como uso* acción y lenguaje se funden en la idea de ‘juego de lenguaje’: en ella, el énfasis recae ‘tanto o más sobre las acciones en cuyo entramado ocurre el uso de las palabras que sobre las acciones que se pueden realizar al usar ciertas palabras’. De modo que lenguaje y acción se hallan ‘entretejidos’, forman un conjunto gobernado por reglas – un ‘juego’ – del que el significado dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de esse ‘juego’”. Idem,p.210-1.

⁷⁹⁷ Idem,p.212.

⁷⁹⁸ Idem,p.212-3.

⁷⁹⁹ “La pertinencia a un tipo de acción determina la apariencia de acción que es, según hemos visto el punto de partida para determinar, en la mayoría de los casos, si, en efecto, estamos o no ante una acción de la clase de

próprio Wittgenstein afastou a possibilidade de uma meta-regra que diga respeito a correta aplicação das regras.

As regras estabelecem a moldura geral dos jogos de linguagem conforme se manifestam as formas de vida. Servem não só para informar a ação, mas também para tornar possível sua interpretação⁸⁰⁰. São regras estabelecidas pelo uso e, por isso, afirma esta teoria, pouco importa a regra que o sujeito tentava infringir, mas sim as regras socialmente relevantes para se determinar o tipo de ação realizada. Com isso, percebe-se como, em determinados momentos de sua obra, de forma mais coerente com a fundamentação filosófica pela qual optou, o aspecto subjetivo da conduta perde sua relevância.

O aspecto subjetivo só comparece com alguma importância na “capacidade de ação”, mas para a configuração da ação propriamente dita importa pouco o aspecto subjetivo, e sim o significado social atribuído ao feito⁸⁰¹. Assim, a própria finalidade não possuiria a relevância na constituição do significado atribuída por Welzel. Vives Antón esclarece que a “atribuição de uma intenção” se dá de acordo com as regras e é constitutiva do significado, podendo se dar, inclusive, em franca oposição ao próprio propósito perseguido pelo sujeito.

Ele dá o exemplo de um jogo de futebol que, ao contrário do que queria, ao tentar defender e retirar a bola da área acaba marcando um gol contra. Diz-se que ele marcou um gol contra e não que ele defendeu a bola porque, em tese, compreendendo-se as regras do jogo, este é o caso (assim como seriam tantos outros) de se atribuir um sentido a uma ação mesmo que ele se oponha a “intenção” do agente⁸⁰². Mas e se o zagueiro estivesse “comprado” quando fez o gol contra, seria a mesma solução?

que se trate o, incluso, si podemos o no hablar de acción – cualquiera que sea la clase de acción en que pensemos –”. Idem,p.260.

⁸⁰⁰ “La relación entre *una regla* determinada y *un acto* que está de acuerdo con ella es *interna* o gramatical’, y lo mismo cabe afirmar cuando el acto no se ajusta a una regla determinada: decimos que el acto es el que es porque lo entendemos conforme a la regla en cuestión, ora sea conforme o disconforme con ella”. Idem,p.213.

⁸⁰¹ “Digámoslo de otro modo: para que pueda hablarse de acción es preciso que los sujetos tengan la capacidad de formar y expresar intenciones; pero, las acciones que realizan no dependen de las intenciones que pretenden expresar, sino del significado que socialmente se atribuya a lo que hagan”. Idem,p.214.

⁸⁰² Ele, inclusive, cita Hanna Fenichel: “El asunto depende en buena medida de la clase de acción que tomemos como ejemplo; algunas (de las que ordinariamente denominamos) acciones dependen mucho más de las intenciones y conceptos del autor que otras. Así, podríamos estar de acuerdo en que uno no puede prometer si no tiene la intención de prometer (aunque podríamos argumentar también sobre este punto). Pero ¿quién querría mantener que uno no puede ofender sin proponerse ofender?. ¿Que uno no puede decepcionar sin tener la intención de decepcionar?. Se puede tener la intenci[on de mentir con el fin de mentir, pero no se necesita proponerse enganar para enganar. Con las acciones ocurre como con los crímenes en nuestro sistema legal: algunas son contingentes respecto a la intenci[on relevante, mientras que otras dependen de las consecuencias objetivas”. Idem,p.215. No entanto, talvez ajude lembrar do importante papel interpretado pelos delitos de injúria na reformulação da teoria do delito. De fato, é possível atribuir à palavra uma função exclamativa (pense-se num jogo de basquete acalorado por exemplo), bem como é possível atribuir uma função ofensiva. O ponto crucial de distinção é a finalidade do sujeito, especialmente se o contexto nos dois casos hipotéticos é diferente (e não se pode servir deles, como parece ser a resposta dessa teoria significativa). No mais, a confusão entre ação

10.2.1 Intenção, intencionalidade e dolo

É pertinente se ressaltar, dentre os argumentos iniciais apresentados pelo autor, que sua concepção se afasta da concepção tradicional segundo a qual as atitudes intencionais são como processos que transmitem sentido aos movimentos corporais. De modo que as atitudes intencionais não são objetos no mundo e, por isso, não se relacionam com seus objetos da mesma maneira como objetos se relacionam uns com os outros⁸⁰³.

Não parece completamente equivocada a consideração de que a “intenção” possui vínculos com as instituições humanas, bem como refira-se a regras, técnicas e práticas⁸⁰⁴. Uma concepção teleológica da ação parece também poder dar conta de uma conduta que se relacione orientada por valores, assim como a teoria significativa em seu ponto mais proveitoso.

Em suas considerações, a pouca importância da finalidade do sujeito transparece novamente em outro exemplo, quando surge como totalmente coerente traduzir como um jogo de xadrez a situação na qual duas pessoas, que nunca antes tiveram qualquer contato ou informação sobre o jogo, esbarram com um tabuleiro e interagem com ele de tal modo que seus movimentos se encaixam nas regras, apesar de a finalidade de ambos não ser a de jogar. Nesse caso, a interpretação apropriada seria dizer que ambos jogam xadrez⁸⁰⁵.

Nesse exemplo, como em tantos outros, salta aos olhos a facilidade com a qual sujeitos conseguem se amoldar a complexas regras – no caso do xadrez, regras de um jogo, mas o mesmo poderia ser dito sobre enunciar algo: é possível emitir um som sem que sua finalidade seja comunicar, e essa emissão (nessa concepção) seria compreendida como uma comunicação de qualquer forma – por pura casualidade. Chama atenção o fato de como o indivíduo, nestas situações hipotéticas, consegue se amoldar a complexas regras sociais sem direcionar finalisticamente sua conduta para isso. E essa dissonância entre amoldamento a regras complexas e conduta aleatória gera, justamente isso, exemplos esdrúxulos com puro

que teoricamente dependeriam mais ou menos da finalidade do sujeito parece se dar muito em função da textura aberta da linguagem, que faz com que se trate de maneira análoga (porque são termos abrangentes e abarcam realidades qualitativamente distintas) fatos direcionáveis ou não pelo indivíduo (fatos e feitos).

⁸⁰³ “La conexión entre una *actitud intencional* cualquiera, el *objeto* de dicha actitud y la *tendencia* a satisfacerla es *interna* o *gramatical*, de modo que no puede describirse como una relación externa entre elementos o estados de cosas independientes”. Idem, p.16.

⁸⁰⁴ “Al hallarse vinculada a la acción, la intención está ‘encajada en la situaci[on], las costumbres e instituciones humanas. Si no existiera la técnica del juego del ajedrez yo no podría tener la intención de jugar una partida de ajedrez. En la medida en que de antemano tengo la intención de la forma de la oración, esto está posibilitado por el hecho de que puedo hablar (el idioma de que se trate)”. Idem, p.218.

⁸⁰⁵ Idem, p.218-9.

valor hipotético. Afinal de contas, por mais que se possa argumentar, dificilmente se poderia dizer que um jogo de xadrez é algo que duas pessoas podem participar sem o seu conhecimento ou contra a sua vontade (como parece sugerir o exemplo).

Afirma Vives Antón:

Si ello es así, la acción intencional no puede caracterizar-se, al modo en que há venido haciéndose tradicionalmente, como un movimiento corporal al que precede un determinado contenido psicológico pues, ni los movimientos corporales son, por sí mismos, acciones, con independencia de las reglas que los interpretan como tales, ni cabe hablar de la intención antes de que esa interpretación tenga lugar: la intención, cuando se da, se halla inscrita en la acción (en la conducta interpretada) y *no tiene la virtualidad de determinar el sentido de acción de un comportamiento.*⁸⁰⁶

Está correto o ator quando diz que a “intenção” está inscrita na própria conduta. Isso porque quando os valores e regras servem de objetos de referência para a conduta, a manifestação humana se expressa já carregada de “intenção”. Assim, é correto que, realizada a conduta, ela não é algo a que o sujeito possa se referir e, mediante sua exclusiva atribuição de sentido, afirmar o que ela significa. O que não implica que o aspecto subjetivo do agente seja tão insignificante quanto se faz parecer nessa teoria significativa, já que ele importa exatamente na própria manifestação significativa. O cuidado que se deve ter é para diferenciar como os sentidos da conduta se relacionam com as regras, se “antes” ou “depois” de manifestação da ação.

Por antes da manifestação se quer dizer que o ser humano leva em consideração os usos (regras, valores etc.) para o balizamento de suas condutas e, por isso, elas necessariamente estão crivadas de valor. Por depois da manifestação se quer dizer que os sentidos possíveis de serem atribuídos a partir das regras são verificáveis por um terceiro avaliador imaginário (hipotético), que não o sujeito, caracterizado pelo domínio das regras em seu uso corrente. A primeira hipótese é totalmente compatível com o finalismo, como já se buscou demonstrar, enquanto a segunda hipótese (mais próxima daquilo que parece oferecer esta teoria significativa da ação) oferece uma teoria com tendências demiúrgicas e contra-factuais (não obstante essa segunda opção tenha uma afinidade potencial maior com o processo penal)⁸⁰⁷.

Outro importante exemplo trazido pelo autor é o de um alpinista ligado a outro⁸⁰⁸. Neste caso, dois alpinistas sobem uma montanha e um deles, pensando em cortar a corda e

⁸⁰⁶Idem,p.219. Grifo nosso.

⁸⁰⁷ “En otras palabras: los movimientos corporales no se transforman en acciones que podamos identificar como tales por el hecho de que sean ‘causados’ por la intención o conforme la intención”. Idem,p.219.

⁸⁰⁸Idem,p.220.

matar o colega, vibra de emoção com a ideia, momento no qual, em razão disso, a corda se solta e o colega morre. O exemplo em questão seria uma prova de que mesmo havendo “intenção” não se pode dizer que há ação, pelo contrário, só se pode inquirir por “intenção” porque se pode falar que há ação. Novamente, outro exemplo problemático porque o aspecto subjetivo tem uma ligação meramente tangencial com o resultado.

A relação seria a mesma se, vibrando ao saber que ganhou na loteria, a corda se soltasse matando o outro alpinista, ou diante de qualquer outra impositação peculiar, mas só tangencialmente (em seu aspecto subjetivo) ligada ao resultado. O exemplo trazido pelo autor não demonstra a dispensabilidade do aspecto subjetivo quando não se leva em consideração as regras, mas apenas a necessidade (nesses casos) de que a manifestação objetiva seja um reflexo direto do aspecto subjetivo (e não um mero reflexo fortuito), para que se possa considerar a possibilidade de responsabilização.

Vives Antón critica, por exemplo, as ideias de Urs Kindhäuser, que estipulam os conceitos de vontade e causalidade como definidores da conduta. Sequer a exigência de Kindhäuser de que a conduta se revista de “intencionalidade” mitigaria as deficiências dessa concepção, porque, segundo o autor espanhol, só depois que é compreendido como conduta, um movimento corporal pode assumir o invólucro da “intencionalidade”⁸⁰⁹. Com isso, pode-se perceber de forma mais nítida como os elementos concretos da conduta todos se subordinam ao significado⁸¹⁰.

Parte do problema para Vives Antón é que se entenda a ação como uma manifestação da vontade. Diz ele que não são elementos da ação, mas formas de entender a conduta como ação.

Seria possível, em sentido oposto, afirmar-se que para ser preciso uma conduta a qual se atribua determinado sentido, para que se perceba uma ação, não se realizou uma real cisão da necessidade de um substrato, ela foi apenas mascarada. Ademais, Vives Antón parece inferir algumas conclusões das contribuições filosóficas de Wittgenstein que não se impõem como as conclusões necessárias das considerações do autor. Afirma Vives Antón que a “intencionalidade” das ações é social e histórica, no sentido de que depende da atribuição de “intenções” ao sujeito e não de sua proposição de intenções. Acontece que parece ser uma interpretação plenamente compatível com as proposições de Wittgenstein que a ação seja em

⁸⁰⁹Idem,p.221.

⁸¹⁰“El papel básico que juegan, tanto la idea de voluntariedad, como las atribuciones de intención que dependen de ella, es conjurar una imagen, por ejemplo, la de que nuestros movimientos coinciden con nuestros deseos de forma contingente y milagrosa. La voluntariedad – y las atribuciones de intención – resultan de un contexto y dependen de la relación de la conducta con las pautas que gobiernan nuestras vidas: *no son elementos de la acción, sino formas o modos de entender la conducta como acción*”. Idem,p.221. Grifo nosso.

grande parte determinada pelo sujeito, mas que a intenção que parte do indivíduo seja social e historicamente condicionada. No sentido de as condições históricas e sociais se refletem na própria forma como o indivíduo se manifesta e não que essas condições sejam uma força absoluta de modelamento dos eventos *ex post facto*, anulando completamente o papel do indivíduo (pois não faria diferença o que ele faz, mas a significação usual do que ele faz, posteriormente a tê-lo feito).

Por outro lado, parte do problema da completa subscrição a uma tal concepção filosófica é crer que se mover em um mundo mediado por significados equivale a se mover em um mundo no qual esses significados mediadores de nossas relações (como quer que eles se estruturam, quer se subscreve a uma semântica intencional, formal *etc.*) não possuem qualquer relação com a realidade objetiva, ou que esses significados sejam a totalidade da própria realidade objetiva. Isso significa que, mesmo afastando as conclusões centrais do *Tractatus*, de que *os nomes estão por alguma coisa*, isso não implica necessariamente na conclusão oposta – à qual muitos chegam por eliminação – de que os nomes não estão por coisa alguma.

Talvez a linguagem faça parte de nossa relação com o mundo sem que ela precise circunscrever todo o mundo (isso talvez ajude a compreender a ideia de “indizível”). Assim, pode-se compreender uma mudança na linguagem não apenas como uma mudança no uso – a qual é uma boa explicação, mas que não dá conta das mudanças no uso que se dão frequentemente de forma contra-intuitiva (como nas ciências duras), *relativamente* independente de ideologias e como decorrência de exercícios de refutabilidade. A própria ideia de refutabilidade só pode se sustentar se for possível dissociar-se *sentido* de *realidade*, pois se a realidade fosse idêntica ao sentido, o exercício de refutabilidade seria um eterno exercício retórico, sem qualquer vínculo necessário com a realidade. Pois a ideia de mudança apenas como mudança no uso implica sua consideração como algo contingente, quando, na verdade, parece ser frequentemente fruto de um confronto com a realidade.

Sobre a relação entre sentido e “intenção”, afirma o autor:

La gramática de ‘intención’ aboca a una aparente paradoja, según se desprende de lo dicho hasta ahora: las reglas, que determinan el significado y, por ende, la acción, comportan la atribución de intenciones y, sin embargo, no cuentan (...) entre los presupuestos de su aplicación, con la intención correspondiente. Es posible, v.g., crer que se sigue una regla y, sin embargo, infringirla. En tales casos, la determinación del sentido – esto es, de la acción que se realiza – no depende de la intención que pudiera atribuirse al sujeto, pues el ‘ser-sobre-objetos’ de su acción – su *intencionalidad* – constituye subjetivamente, sino de modo *objetivo*, en virtud de las convenciones – costumbres, hábitos o normas – al igual que la de las palabras – es contextual, social e histórica: presupone la intención subjetiva o, quizás sería

mejor decir, la posibilidad de atribución de intenciones al sujeto; pero no se atiende a sus contenidos.⁸¹¹

Como se pode observar, Vives Antón deduz a ofuscação do sujeito da dissociação que pode existir entre seguir uma regra subjetivamente e objetivamente. Ou seja, pode-se acreditar intimamente que se segue uma regra, sem de fato fazê-lo. Da forma como expõe sua concepção, Vives Antón dá a entender que existe uma “intencionalidade” subjetiva, mas que ela não repercute objetivamente; ou melhor, só repercute objetivamente quando há regras que objetivamente convocam-na para tanto⁸¹².

Vives Antón diferencia, então, entre uma “intencionalidade” objetiva e uma “intenção” subjetiva⁸¹³. Em uma detalhada digressão sobre as nuances subjetivas dos homens, ele passa a distinguir entre (a) “propósito”, “intenção” e “desejo”, e (b) “voluntariedade” e “intenção”. Primeiramente, a fim de afirmar que as preferências subjetivas do indivíduo (desejos) não têm (ou não deveriam ter) qualquer repercussão significativa sobre a responsabilidade. Utiliza-se dessa “constatação” inclusive para mitigar a importância entre o dolo direto de primeiro grau e o de segundo grau, diferença esta que supostamente repousaria sobre essa impositação subjetiva do agente⁸¹⁴.

Por “propósito”, Vives Antón entende a finalidade subjetiva que tem o *potencial* de se cristalizar como “intenção”, ou seja, que pode repercutir ou não na direção da ação⁸¹⁵. Ele cria, como se pode notar, distinções e formulações muito peculiares e próprias. Como a distinção entre “intenção” subjetiva (um “propósito” concretamente incorporado na ação) e “intencionalidade” objetiva (o significado atribuído em razão das regras), a qual, em si, recorre à distinção entre “intenção”, “desejo” e “propósito”.

Con ello queda delimitado el papel de la *intención subjetiva* que tanto se asemeja al propósito: pues, aunque no todo propósito se transforma, sin más, en intención, cuando alguien inicia un curso de acción, tiene, subjetivamente, – al menos por regla general – la intención de hacer lo que se há propuesto. A menudo hablamos de si

⁸¹¹ Idem, p.223.

⁸¹² “Sin embargo, hay ocasiones en que las propias reglas comportan referencias a la actitud que quepa atribuir al sujeto: son los ‘derechos de la intención’ que encuentran, en el seno del sistema penal un amplio reconocimiento”. Idem, p.223.

⁸¹³ Idem, p.224.

⁸¹⁴ “En Derecho Penal, la existencia o inexistencia de deseo fundamentaría una diferencia – que, por cierto, no es generalmente admitida – entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado; pero, aún si se admite, esa es una diferencia *conceptual* que, en Derecho penal continental, carece de cualquier repercusión sustantiva sobre la responsabilidad. Es, pues, la intención – no el deseo – lo que determina la atribución de responsabilidad ‘prima facie’”. Idem, p.228.

⁸¹⁵ “Esa finalidad puede no plasmarse en la intención esto es, no dar lugar a ningún curso de acción dirigido al resultado (recuérdese que la finalidad, según Habermas, no era relevante en el plano definitorio, pero sí en el causal, pese a lo que muchos propósitos se pierden en el vacío) o situarse más allá de la intención – cuando v.g. se roba para hacer obras de caridad –; pero, también puede confundirse con ella en los casos en que el ‘seguir la regla’ que constituye la acción de que se trate implica el propósito de seguirla – como v.g., generalmente, en el prometer o en el mentir –”. Idem, p.228.

hay o no intención para deslindar el problema *sustantivo* de la atribución de responsabilidad y, cuando lo hacemos, el problema *conceptual* (el de determinar si estamos ante una acción y, en su caso, ante qué acción estamos) há sido ya resuelto en el plano del significado (*intencionalidade objetiva*) en virtud de la aplicación de las pertinentes reglas sociales.⁸¹⁶

Em segundo lugar, trata de estabelecer a diferença entre “voluntariedade” e “intenção”. Estabelece suas discordâncias de Gilbert Ryle, que formula sua concepção baseado grandemente no uso comum do termo “voluntário”, e de John Austin, que tenta ir além do uso comum do termo. Ele afirma uma concepção própria, a qual trata a voluntariedade como um pressuposto geral das ações e da responsabilização. A “voluntariedade” seria o caractere diferenciador entre ações e simples eventos, podendo também ser caracterizada como “atribuibilidade subjetiva”⁸¹⁷.

Enquanto, de um lado, a “voluntariedade” se baseia nos movimentos corporais, se apoia no movimento como algo externo a si, a “intenção” diz respeito ao sentido da ação, estabelecendo uma relação interna com a ação, que se expressa na forma de um “compromisso” de realizar a ação (sem o qual não se poderia atribuir “intenção” ao sujeito)⁸¹⁸.

Diz Vives Antón que o critério do “compromisso” serve para a substituição dos “inverificáveis processos mentais”. Como se o esforço por estabelecer um vínculo lógico (fundado em um dever-ser) entre “intenção” e ação (o denominado compromisso) fosse algo mais inspecionável, especialmente quando se tem em mente que a outra face dessa “intenção” verificável é a voluntariedade da ação, a qual, por mais que se deseje flexibilizar, não pode deixar de ser um processo mental. Um compromisso fundado sobre as (não explícitas e frequentemente não explicitáveis) regras que regem a atribuição de significado a uma ação e as relações entre o autor e seu ato deveria, então, possuir uma explícita verificabilidade, a qual não se revela de forma clara mesmo com uma análise mais pormenorizada⁸¹⁹.

⁸¹⁶Idem,p.229.

⁸¹⁷ “Nuestra convicción de que hay movimientos voluntarios y otros que no lo son nos caracteriza – a nosotros mismos y a los demás – como seres que actúan, que realizan acciones humanas. Al fin y al cabo, los movimientos corporales – respecto de los que se predica la voluntariedad – son lo único que hacemos (y esto significa: no que constituyan nuestras acciones, ni que sean nuestras ‘acciones básicas’; sino que representan todo aquello de lo que podemos valernos para actuar). De modo que, al calificar algunos de ellos como voluntarios, estamos abriendo la posibilidad de enjuiciar como acción el comportamiento resultante, mientras que al hablar de otros como involuntarios cerramos, simplemente, esa posibilidad.” Idem,p.231.

⁸¹⁸Idem,p.232.

⁸¹⁹ “Ese compromiso no es sino el trasunto de la relación que une la intención a su objeto (la acción) con ‘la dureza del deber ser lógico’. De este modo, la intención, inasequible como proceso psicológico, se muestra en una doble dimensión normativa. En primer término, en las reglas que la identifican y la hacen posible y cognoscible; y, en segundo lugar, en la relación entre el autor y la acción: a través del significado de sus actos, de las competencias que cabe atribuirle y del entramado de los estados intencionales que se plasman en su vida, imputamos – o no – una determinada intención al autor”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.233; “E neste

É da concepção de que não se pode tratar a “intenção” como categoria descritiva de processos psicológicos que Vives Antón retira sua conclusão de que o *dolo* deve ser tratado de forma diferente no direito penal⁸²⁰. Ele questiona tanto as teorias unitárias (como as que relacionam o elemento volitivo a uma decisão contrária ao bem jurídico) quanto as pluralistas (as quais reconhecem diversos tipos de dolo) porque não seria possível achar uma base comum entre os elementos volitivos das diversas formas de dolo. Recorrer-se ao elemento intelectual como critério distintivo do dolo, como segunda opção, também lhe parece insuficiente na medida em que esse termo possui uma ampla gama de sentidos; e sua formulação (como articulação dos elementos representação, previsão e cálculo) tampouco lhe parece satisfatória para dar conta de alguns casos limites⁸²¹.

Restaria apenas a opção de se recorrer ao critério do *compromisso*, caracterizada da seguinte forma:

Para determinar si ha habido un compromiso (una intención) concreta, v.g., el de matar a outro, habemos de examinar las *reglas* de toda índole (sociales e jurídicas) que definen su acción como una acción de matar y ponerlas en relación con las competencias del autor – con las técnicas que domina –. De este modo, y no a través de la indagación de inasequibles y poco significativos procesos mentales, podremos determinar lo que el autor *sabía*. Pues ‘la gramática de la palabra *saber* está evidentemente emparentada de cerca con la gramática de las palabras *poder*, *ser*

sentido, para determinar se existiu esse compromisso de executar uma determinada figura delitiva terá que examinar antes de tudo as regras (sociais e jurídicas) que definem a ação como uma ação típica e relacioná-las com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (ou seja, as técnicas que este dominava), de tal modo que seja possível afirmar que o autor sabia que estava levando a cabo a decisão contrária ao bem jurídico”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.50-1 e 60-1.

⁸²⁰ “Por no haberlo entendido así, la doctrina penal se ha movido, al tratar de la intención (del dolo), entre lo que pudiéramos denominar *errores categoriales*: el más reciente, al que ya se ha aludido en reiteradas ocasiones, es el que consiste en atribuir a la intención subjetiva un papel *conceptual*, definitorio de la acción – sin reparar en que la determinación de la intención entra a menudo en juego *después* de que la acción se halle definida y sirve al interés substantivo de enjuiciarla –; el más antiguo, que se perpetúa de sistema en sistema, consiste en considerar al dolo como un *proceso psicológico*, como *conocimiento y/o voluntad*”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.233.

⁸²¹ “No sé como podríamos saber si en el ánimo del autor han ocurrido todas esas cosas. Puede que él lo diga y decidamos creerle (y, aun en ese caso, subsiste la diferencia entre creer y saber); pero, puede (y es más probable) que lo niegue; que diga, por ejemplo: no me lo representé ni por un momento, no calcule, no lo esperaba de ningún modo, tenía la seguridad de que no ocurriría. Pensemos en el que juega a la ruleta rusa: tal vez, emocionado por el juego y seguro de su suerte, ni pensó en la posibilidad de que el resultado se produjera; pero ¿negaríamos, por ello, su responsabilidad?”. Idem, p.236. Apesar de parte de sua crítica ser pertinente, parece que Vives Antón se apoia sobre a indeterminação semântica de algumas palavras para realizar uma refutação teórica, o que, para aquilo que ele se propõe, não é todo correto. Dificilmente se poderia dizer, por exemplo, que um sujeito que pratique roleta russa não representou a possibilidade do resultado em razão da emoção que o próprio jogo causou, se a emoção do jogo de roleta russa se apoia justamente na possibilidade de um resultado nefasto. É uma incongruência lógica que só serve para desautorizar a concepção corrente que se tem do dolo quando se força os sentidos cotidianos dos termos colhidos para explicar as relações mentais (como pensar, saber, querer, representar, prever *etc.*) até o limite, para que eles digam o que se deseja que eles digam. O que é sempre possível já que, além de aplicações “científicas”, eles também possuem enorme aplicação cotidiana (de senso-comum), e as duas frequentemente se entrecruzam.

capaz. Pero también está estrechamente emparentada con la de la palabra *entender* ('dominar' una técnica)⁸²².

Completa-se assim a total circularidade do pensamento de Vives Antón: a “intenção” não é um elemento subjetivo que se possa inspecionar no sujeito, mas na ação. Por isso, não é uma substância, mas um sentido (que se percebe na ação); porque, ao contrário do indivíduo (sobre quem se poderia alegar haver uma faceta subjetiva analisável), o fenômeno da ação (ou da omissão), como objeto de análise, não possui uma faceta subjetiva própria, mas é no máximo a manifestação mesma de uma subjetividade. Por isso a necessidade de se abandonar a ideia de substância e substituí-la pela de sentido. Essa mudança teórica implica no abandono da “intenção” como elemento subjetivo e sua substituição por critérios normativos, expressos na ideia de compromisso. Em outras palavras, a ação é um sentido que se atribui, o qual se apoia em um *compromisso*, que, por sua vez, se expressa por meio da própria ação – constata-se porque há ação. Trata-se de uma formulação teórica tautológica expressa por circunlóquios. A ação (e seus “elementos”) se fundamenta na constatação da própria ação, ou melhor, na percepção de que há ação.

Livrando-se da ideia de *representação* como um dos critérios distintivos do dolo, Vives Antón se poia em elementos que apontem o grau de contradição entre a ação e a determinação contida na norma para poder determinar o dolo. Apesar disso, para a correta apreensão do dolo eventual, por exemplo, ele propõe a incorporação das antigas fórmulas de Reinhard Frank, nada de novo (e que outras teorias também não tenham incorporado) – talvez a única diferença seja sua expressa exigência de que seja deduzida da simples ação e não da análise do indivíduo a constatação de que haveria uma decisão de agir mesmo diante da produção do resultado⁸²³.

Não obstante, com o intuito de delimitar ainda mais as fórmulas de Frank, Vives Antón propõe também que, para se ter mais clareza sobre a decisão hipotética que teria sido

⁸²²Idem, p.237. Ou ainda: “Lo que el autor *sabe* no es, pues, lo que se há representado, lo que há calculado, lo que há previsto: para conocer si esos procesos han ocurrido en su mente habríamos de tener un acceso a ella del que no disponemos. Sólo podemos analizar manifestaciones externas; pero, a través de esas manifestaciones externas podemos averiguar el bagaje de conocimientos del autor (las técnicas que dominaba, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción. Parcialmente, pues, lo que el autor *sabe*, así determinado, se une al *querer* que también se expresa em la acción. (...) Entonces ‘el querer, *si no es una especie del desear*, debe ser *el actuar mismo*’. El querer reside en la acción. En ella se expresa un *compromiso* de actuar – una intención –”. Idem, p.237.

⁸²³ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.239. Embora tal análise seja aparentemente mais afeita a um direito penal do fato (e não do autor) e, por isso, deva ser louvada, dificilmente se pode imaginar como seria possível recortar um momento específico no qual se subtraia a análise sobre o que o agente pensa – sobrando pouco mais que seus movimentos físicos –, e concluir daí a afirmação que a conduta teria sido idêntica ou diferente em situações hipotéticas. Especialmente porque, quando se diz que a conduta teria sido idêntica ou não, na verdade se diz que a decisão (do sujeito) teria sido idêntica ou não.

tomada, recorra-se ainda à ideia de *competência* (como domínio de uma técnica). Assim, o sujeito que conhece as regras que regem aquilo que se propôs fazer (seja jogar um jogo de azar, dirigir *etc.*) possui um comprometimento com as regras em questão e, portanto, as possibilidades daí decorrentes fariam parte de sua “intenção” (como a possibilidade de perder, de atropelar alguém *etc.*)⁸²⁴. No entanto, não nos parece ser outra a conclusão do autor se não a de que, constatada determinada ação (regida por regras sociais ou jurídicas), por ela ser regida por regras, incorpora-se *a priori* (pelo critério de comprometimento com as regras) o dolo. Algo como uma presunção relativa do dolo. Isso parece indicar, inclusive, uma tendência de super-condução ao dolo eventual⁸²⁵.

Surpreendentemente, diante da constatação de que o critério da *competência* (domínio de uma técnica) não é suficiente para dar contornos de completude a sua teoria, Vives Antón remete a um vago *critério normativo* a fim de colmatar eventuais problemas. Portanto, a distinção entre dolo e culpa (mais especificamente dolo eventual e culpa consciente) resolve-se em última análise por uma (arbitrária) *avaliação*, fundada no lado público da conduta⁸²⁶.

As formulações apresentadas pelo professor da universidade de Valencia levam, como ele mesmo expõe, a uma profunda normatização da conduta⁸²⁷, sejam comissivas, omissivas, dolosas ou culposas. A omissão depende da perspectiva normativa adotada, e a normatização do dolo (cuja referência é a, previamente estabelecida, normatização da culpa tendo por referência a culpa inconsciente) restabelece a simetria conceitual entre dolo e culpa⁸²⁸.

O dolo passa a ser entendido como compromisso com a ação antinormativa, e a culpa passa a ser entendida como uma *ausência* dupla de compromisso – compromisso com o resultado típico e compromisso (exigido normativamente) com a evitação da lesão⁸²⁹. As

⁸²⁴Idem,p.240.

⁸²⁵ “Todo dolo – y toda culpa – pasan, en cierto modo, a situarse ‘*in re ipsa*’”. Idem,p.247.

⁸²⁶ “Pues el compromiso, en que la intención consiste, comporta un componente *normativo*, que en el caso del médico [que dirige rápido para atender um paciente em estado grave e acaba causando um acidente], desde luego, *no* concurre. Por consiguiente, la distinción entre dolo eventual y culpa, reside, en última instancia, em una *valoración*, que sitúa los casos difíciles en una u otra categoría, conforme a una práctica que ha de atender a sus características públicas”. Idem,p.241. Ou: “Acabamos de ver como la figura del proceso interno há sembrado la confusión conceptual sobre el dolo y como, desvanecido ese fantasma, situados ante las competencias del autor y las características públicas de su acción – no frente a representaciones, creencias o voliciones acaecidas en algún opaco lugar de su mente – comenzaban a desaparecer las brumas”. Idem, p.252-3.

⁸²⁷ “A dogmática não é, pois, uma ciência, mas somente uma forma de argumentar em torno de alguns tópicos (um conjunto ordenado de tópicos), que em nosso caso vêm representados por uma ação e por uma norma jurídica e pelo processo em virtude do qual podemos julgar aquele desde esta e desde os valores que norma jurídica transmite”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.15.

⁸²⁸ ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.244; “Observe-se, pois, que no que se refere ao debatido problema da constatação dos elementos subjetivos do delito, VIVES adota uma decidida postura a favor da ‘normativização’, sobre a base de uma reorientação do subjetivo ancorada nas premissas de sua concepção da ação (...)”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.37-8.

⁸²⁹ “El tema de la imprudencia no es – no puede ser, como no puede ser el del dolo – el de si hubo o no representación (...); sino, más bien, el de determinar la gravedad de la infracción del deber de cuidado cometida

ações se objetivariam como as palavras, as quais possuem um significado objetivo que independe da “intenção” do agente⁸³⁰. As palavras são um bom exemplo porque permitem uma interpretação contrária, pois se seu significado já está posto objetivamente, o homem colhe esse significado como referência quando reproduz essas palavras para que possa alcançar a comunicação que deseja (o fim almejado), limitando, assim, as possíveis atribuições de significado atribuíveis sobre o que ele enunciou de acordo com os significados que já tinham sido atribuídos.

10.2.2 Considerações finais

É acertada a ideia professada por Vives Antón de que o mero recurso ao processo mental é, em si, insuficiente. No entanto, ele acaba por não repelir completamente os processos mentais – apesar de suas amplas e significativas ressalvas filosóficas –, os quais apenas possuem uma necessária referência em critérios “externos”⁸³¹. Mas dificilmente seria possível se deparar com uma teoria republicana que propugnasse qualquer coisa muito diferente disso, já que vige um direito penal do fato e, por isso, é a conduta que deve servir de porta de acesso ao aspecto subjetivo do delito. Caso contrário, restaria apenas a defesa de uma análise da psique do indivíduo aos moldes de um injustificável positivismo criminológico.

De acordo com a concepção exposta, os chamados elementos subjetivos deveriam ser entendidos como componentes do sentido que se atribui e, só por isso, componentes da ação⁸³². Vives Antón constrói, então, toda a sua teoria do delito sobre sua concepção de tipo de ação – a qual se opõe às ideias de *Leitbild*, *Tatbestand* e tipo de ação correntes.

Neste ponto, as considerações sobre a ação recebem a necessária complementação. O tipo de ação oferece a base para se construir a teoria do delito, mas incorpora somente os elementos mínimos necessários e, por isso, não inclui necessariamente os elementos subjetivos. Assim, fica mais fácil contornar os problemas causados pelos delitos culposos.

por el autor, para lo que resultará decisivo determinar sus competencias teóricas y prácticas y sus capacidades de autorirección y autocontrol”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.244. Como se determinar sua capacidade de autodireção com o intuito de evitar um resultado não desejado sem se apelar para a ideia de uma conduta dirigida conforme uma finalidade é ainda um enigma, ou uma forma de se obscurecer um problema teórico. Torna-se um pouco preocupante também que a culpa seja definida pela gravidade de violação de um dever de cuidado. “Por conseguinte (...), do que antecede não se depreende que a identificação da imprudência não pode reconduzir-se (...) à ideia de se houve ou não uma representação na mente do autor (...), *mas ao dado da gravidade da infração do dever de cuidado cometida pelo autor (...)*”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.52. Grifo nosso.

⁸³⁰ ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.245.

⁸³¹ Idem, p.252.

⁸³² Idem, p.261 e ss.

Contudo, como se poderia prever, tensionada ao limite, a teoria de Vives Antón manifesta aporias aparentemente insolúveis quando se depara com a questão do erro no direito penal. E a forma como ele encontra para lidar com isso é um retorno sub-reptício à ideia expressamente refutada dos elementos subjetivos como processos mentais. O elemento subjetivo não é fruto de uma faceta subjetiva da ação, mas da atribuição de uma “intenção” a ação, por sua determinação pelo tipo. Ora, o que é isso se não uma solução de compromisso? Não há qualquer razão para se atribuir alguma coisa a algo se esta coisa não pertence a ele. A “resposta significativa” a essa indagação é que assim se faz por respeito às “regras”, mas com isso se pode justificar a atribuição de qualquer coisa.

Cabría, no obstante, objetar que, sin el recurso al estado mental, no podríamos distinguir la mentira (en la cual el sujeto conoce la concención habitual, pero usa otra) del error, la ignorancia o la confusión (en los que el sujeto quiere usar la convención habitual, pero no acierta a hacerlo). Sin embargo, lo cierto es que el recurso a un estado mental que es, de suyo, inaccesible, no puede ayudarnos en absoluto a llevar a cabo esa distinción. De modo que, para efectuarla, habremos de acudir a los ‘criterios externos’ mediante los que usualmente determinamos si se conoce el sentido de las palabras, esto es, al uso y a la conducta.⁸³³

Assim, não é que não se recorre a processos mentais, mas que eles não estão mais no sujeito a partir do momento em que a ação é realizada e só caberia analisá-los em sua manifestação exterior⁸³⁴. Complementarmente, por fundarmo-nos em um direito penal do fato, não caberia perquirir o sujeito (*ex post facto*) pelo elemento subjetivo, mas a ação mesma (o que para muitos autores implica, coerentemente, indagar – hipoteticamente – o sujeito no momento de realização da ação, quando indivíduo e ação são um só⁸³⁵). Ora, como já se indicou anteriormente, tais conclusões não são (e não precisam ser) exclusividades de uma teoria significativa da ação.

Essa normatização da ação aponta para uma diluição do papel do indivíduo. Pois, o que é a conduta para o direito penal se não uma manifestação do indivíduo? Se ela não puder ser assim considerada – o que implica que ele tenha algum controle prévio sobre as suas possíveis consequências (dentre elas os possíveis significados atribuídos) – deixa de ser ação e passa a ser um evento. Se o sujeito não pode ter controle prévio (o que implica uma representação subjetiva) das possíveis consequências de sua conduta, mas apenas está

⁸³³ Idem, p.275.

⁸³⁴ “(...) os aludidos elementos subjetivos da ação (*que são estados e processos mentais*) não podem ser equiparados aos estados e processos físicos, dado que, ao tratar-se de estados e processos que se acham situados na mente de outra pessoa, unicamente se poderão verificar por observação suas manifestações externas. Daí que tais elementos subjetivos devam ser configurados e entendidos não como processos internos semelhantes aos físicos, mas como momentos da ação, ou seja, como componentes de um sentido exteriorizado”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.37.

⁸³⁵ Mas a ação estabelece os limites claros sobre o que se pode deduzir do indivíduo por aspecto subjetivo.

vulnerável a uma irrestrita atribuição de significado, como justificar uma responsabilização?⁸³⁶ Em outras palavras, correr-se-ia o risco de que o legislador tenha irrestrita liberdade de esboçar tipos⁸³⁷, os quais criam (irrestritamente) as próprias condutas que buscam “valorar” (valoração que, para o autor, vai desde atribuir “intenções” até uma concepção de ação penalmente relevante)⁸³⁸.

Com esse risco lançando uma sombra sobre sua teoria, Vives Antón procura dissipar preocupações afirmando laconicamente que existem costumes e usos estáveis que tornam rígidos os sentidos das regras – e, conseqüentemente, das ações –, os quais não só não estão abertos a interpretação, como servem de referência para as interpretações (as quais, do contrário, segundo o próprio autor, ficariam em suspensão)⁸³⁹. Assim, a segurança de todo seu sistema depende dessas regras sociais fixas que servem de ponto de apoio para as atribuições de significado, as quais, de outra forma, poderiam ser exercidas irrestritamente.

Espera-se apenas que tais regras sejam claras e possuam um tal poder de convencimento que possam agregar todos os julgadores e legisladores ao seu redor, pois, conforme se percebe do próprio Wittgenstein, não há regra sobre a qual se pode determinar uma meta-regra que diga respeito à correta aplicação daquela – o que aparentemente Vives Antón tenta realizar sob outra nomenclatura (outro “nomen juris”): ao invés de meta-regras (ou regra da regra), uma regra-base (que estabelece os critérios para a correta atribuição de sentido).

⁸³⁶ Vives Antón tangencia essa consideração: “Frente a este último ponto de vista, VIVES parte da premissa de que a liberdade não é fundamento da culpabilidade, mas pressuposto da ação mesma, ou seja, da imagem do mundo desde a perspectiva da ação. (...) Assim, convém ressaltar que, segundo este enfoque, a alternativa parece clara: ou se concebe o mundo desde a liberdade (entendida desde a ação, como capacidade de autodeterminar-se por razões) ou não se pode conceber em absoluto”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.24.

⁸³⁷ “A respeito disso, convém reiterar que uma vez que se descartou a ideia de situar a ação na base do sistema, o dado primário aparece representado por pertencer a um tipo de ação, que determina a sua vez a ‘aparência de ação’, no sentido de que representa o ponto de partida para fixar a maioria dos casos se efetivamente estamos ou não ante uma ação da classe de que se trate ou ainda se podemos ou não falar de uma ação. É a primeira categoria básica do sistema, que está chamada a cumprir o papel conceitual (metodológico) de delimitar o objeto ao qual hão de referir-se as valorações substantivas que toda norma penal pressupõe”. Idem, p.31-2.

⁸³⁸ “Procede recordar que se há rechazado totalmente el esquema de Beling: el tipo de acción no es una figura sobre el que se proyecten la ejecución y el querer, sino un modelo de la acción misma, que contiene sus rasgos esenciales. Y no hay ninguna clase de extravío en que los rasgos esenciales de la acción (los que determinan que sea, precisamente, esa acción y no otra) puedan ser utilizados primero para definirla y después para valorarla”. ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.275-6; “Sin embargo, de una parte los tipos de acción se incorporan a la ley penal precisamente en base a esa lesividade y, de otra, el potencial lesivo de los actos realizados juega un papel *definitorio*, esto es, determina se cabe entender los actos realizados como acciones penalmente relevantes: así, v.g., *el peligro inscrito en el comportamiento al que sigue un resultado de muerte determinará (...) si podemos decir que há habido una acción de matar*”. Idem, p.279. Grifo nosso; “Em segundo lugar, a antes citada pretensão de relevância [do tipo de ação] deve ser concebida como uma pretensão de ofensividade, que comporta acreditar que a ação do sujeito reveste o caráter perigoso ou danoso que induziu o legislador a sancioná-lo com penas criminais”. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.34 e ss.

⁸³⁹ ANTÓN, Tomás S. Vives. Op. Cit. p.278.

Os problemas que se buscou explicitar aqui adquirem dimensões preocupantes quando recorda-se que sob os componentes de uma teoria do delito jaz a articulação entre o princípio norteador (para todo o sistema) da *justiça* (a qual contém os princípios de utilidade e eficácia⁸⁴⁰) e a atribuição de uma *função motivadora* à pena (que nada mais é do que uma variação da função de prevenção geral negativa)⁸⁴¹. A combinação entre a ideia abstrata de justiça com uma função motivadora da pena pode ter consequências nefastas sobre a teoria do delito. Em decorrência disso, um outro problema de coerência interna em Vives Antón, diga-se de passagem, é a dificuldade em se imaginar como a ameaça de sanção penal pode ter um caráter dissuasório (ou “motivador”) se não há um processo mental interno⁸⁴² ao sujeito sobre o qual influir.

Por fim, ou as regras servem de objetos de referência para uma autodeterminação da conduta – aos moldes de um refinamento do finalismo que dê lugar à acomodação das justas contribuições da filosofia da linguagem – ou as condutas são plenamente determinadas por uma interpretação de acordo com essas regras – situação na qual restam esvaziados maiores fundamentos para a responsabilização penal.

10.3 A teoria intersocial de George Fletcher

George Fletcher também faz a opção por uma concepção comunicativa de ação. As considerações sobre a ação humana são derivadas já de suas concepções sobre a pena e seus fundamentos, os quais implicam uma determinada relação sujeito-objeto. Muitas das concepções clássicas de sujeito partem, em sua definição, da distinção sujeito-objeto: o sujeito é quem atua, o objeto é sobre o que se atua (FLETCHER, 1997, 2008). Isso pode, em tese, ser visto tanto nas ideias kantianas (o ser humano como um fim em si mesmo e não como meio, ou seja, como sujeito e não objeto) como nas limitações de alguns sistemas penais à criminalização de ações, a qual implicaria no reconhecimento da condição de sujeito ao ser humano.

Fletcher (2008) realiza, todavia, uma crítica dessa concepção da relação sujeito-objeto porque se fundamentaria, em última análise, nas relações de direito civil (entre pessoa e coisa). Acaba não concordando com a cisão do mundo entre pessoas e coisas. Os animais, por

⁸⁴⁰PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. Cit. p.74.

⁸⁴¹ Idem, p.15-6, 25-6. Um pouco do potencial deletério é arrefecido por ele trazer à pauta considerações de justiça distributiva, sob a nomenclatura de princípios garantistas.

⁸⁴² “(...) denunciando os ‘erros categoriais’ em que, a seu juízo, veio incorrendo a doutrina majoritária. Desses erros corresponde analisar agora o referente à configuração do dolo como um processo psicológico”. Idem, p.49-50.

exemplo, não são simples autômatos. É em meio a esse esforço de se traçar os caracteres distintivos do ser humano que muitos assinalam a importância da ação, com destacada centralidade para a vontade.

Consequentemente, poder-se-ia flertar com a ideia (1) de que a ação é composta também por movimento corporal, mas também essa ideia se dissipa quando vem à tona as discussões sobre a omissão; ou (2) de que a ação é composta pelo binômio movimento-vontade, o qual também é rapidamente dispensado por ele em razão de sua suposta indemonstrabilidade (a vontade não se “vê”, mas apenas se extrai da ação já realizada, ao nos debruçarmos sobre ela com o intuito de explica-la), bem como pela dificuldade para tratar também dos crimes omissivos⁸⁴³.

Há quem recorra à ideia de liberdade como caractere identificador do ser humano. Aquilo que o distinguiria de um autômato. Do conflito entre teorias indeterministas e deterministas, surge, na obra de Fletcher, uma clara inclinação pela recusa do determinismo; especialmente porque ele demonstra uma clara afeição pela tese de Chomsky (e suas consequências) do potencial infinito da linguagem, derivado não apenas das inferências sintáticas, mas semânticas e de vocabulário⁸⁴⁴. Não é, então, a noção de vontade que dá a devida dimensão da ação humana em toda a sua riqueza – dando conta da questão da liberdade, da criatividade e de seus aspectos normativos – mas a noção de linguagem⁸⁴⁵.

Partindo da premissa de que a linguagem é o elemento distintivo da pessoa, para Fletcher as “profundas” raízes da liberdade na fala reforçam sua contundência como elemento para se compreender a responsabilidade. Ele lembra da gênese bíblica e a relação de nomeação de Adão com as demais criaturas, e o mesmo se poderia dizer do incidente do pecado original, bem como do incidente envolvendo Caim e Abel⁸⁴⁶. Nesse sentido

⁸⁴³ FLETCHER, George P. *Conceptos basicos de derecho penal*. Valencia: tirant lo blanch, 1997. p.78-9.

⁸⁴⁴ “Incluso aunque el uso del lenguaje fuera determinado por algoritmos en el cerebro, y cada vez que escucháramos un conjunto de palabras o recibiéramos ciertos estímulos, respondiéramos con ciertas palabras, no es claro que entendiéramos lo que estuviéramos diciendo. El famoso ‘ejemplo de la habitación china’ de JOHN SEARLE puede ilustrar lo que se acaba de decir”. FLETCHER, George P. *Gramática del derecho penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p.370.

⁸⁴⁵ “La noción de habla y de significado comunicativo del habla nos ofrece, pues, una toma adecuada de la teoría de la acción. Aunque estamos inclinados a tomar en serio la posibilidad de que un robot pueda comportarse como un ser humano moviendo su cuerpo, y, portanto, podemos imaginar que estamos también programados para actuar en la forma en que lo hacemos, es más difícil imaginar un computador que escriba adecuadamente poesía, cuente chistes, invente nuevas palabras y comprenda nuevas formas de comunicación. Si combinamos, pues, el habla con otras formas de acción, podemos estar seguros de que estamos en el ámbito de una variación infinita y de respuestas no programadas”. FLETCHER, George P. *Gramática...* p.371.

⁸⁴⁶ “Después de que Adán y Eva hubieran comido la fruta prohibida, Dios les pidió que dieran cuenta. Quería una explicación y una respuesta (...). Independientemente de que tuvieran o no mejores argumentos a su disposición, el punto decisivo es que el primer acto de desobediencia en el mito de la cultura de Occidente desencadena una conversación. (...) La misma interacción se repite de forma ilustrativa después de que Caim matara Abel”. Idem, p.372.

configuram-se ideias que conformam a responsabilidade (e seus elementos) como um ato de resposta ao delito.

A ideia de comunicação apresentada pela linguagem apresentaria a possibilidade de uma abordagem humanista do conceito de ação. Isso se manifestaria, por exemplo, na expectativa ao redor de quem cometeu o delito de que ele possa *explicar* por que o fez, e que ele supostamente possa *compreender* a punição não apenas como uma indesejável infligência de dor, mas como um “ato de justiça”⁸⁴⁷. Não se trata, deve-se ressaltar, de qualquer forma de comunicação:

Pero para excluir medios más primitivos de comunicación, como por ejemplo los chillidos e de las ballenas, tenemos que matizar esta tesis y añadir que se trata de un lenguaje con sintaxis complicada y marcado por las convenciones de culturas particulares. Estos son los caracteres del lenguaje humano (no del animal). Independientemente de las diferencias gramaticales o de si existe o no una gramática universal, el lenguaje humano es enseñado y aprendido en comunidades autosuficientes⁸⁴⁸

A apropriação da filosofia da linguagem realizada por Fletcher remete a William Dilthey e à distinção realizada por ele entre compreensão e explicação. Consequentemente, como afirma o próprio autor, o ponto de partida precisa ser necessariamente a maneira como os observadores compreendem o movimento ou a inércia, se como ação ou não – afastando-se da referência à “intenção”⁸⁴⁹. Diz o autor que as ações, assim como as palavras, não têm um significado abstratamente considerado, mas apenas dentro do contexto da interação humana⁸⁵⁰.

Não obstante, o juízo que se faz mediante essa mirada superficial pode ser revisado quando as pessoas são confrontadas por novas informações. Há quem, por outro lado, rechace tal modelo *compreensivo*, optando por uma perspectiva *explicativa*, o que significa em última análise o desvelamento de um liame causal⁸⁵¹. No entanto, Fletcher (2008) deixa clara sua

⁸⁴⁷ Idem, p.373.

⁸⁴⁸ Idem, p.373.

⁸⁴⁹ Não foi possível suprimir os termos “intenção” e “intencionalidade”, mesmo sabendo que para boa parte da doutrina a *intenção* sinaliza um elemento subjetivo especial (SOUZA e JAPIASSÚ, 2012). Sobre isso, ver nota nde rodapé nº 789.

⁸⁵⁰ “La clave para una aproximación humanista no es la *explicación* de la acción como producto de las fuerzas causales, sino la *comprensión* de cómo los seres humanos actúan cuando efectivamente lo hacen. Esta diferenciación procede de la Filosofía alemana de principios del siglo XX y concretamente del filósofo alemán Dilthey que distinguió entre *verstehen* (comprender) y *erklären* (explicar). La idea es que la conducta humana – como algo opuesto a los fenómenos naturales – sólo puede ser comprendida y no explicada en términos científicos”. FLETCHER, George P. *Conceptos...* p.90-1; FLETCHER, George P. *Gramática...* p.373 e ss.

⁸⁵¹ “Para él [Michael Moore], la única explicación es si la acción es una clase de fenómeno que tiende en sí mismo a una explicación causal. El esfuerzo por imponer una explicación donde no es pertinente puede generar grandes distorsiones. No entendemos un lenguaje constatando como las vocales producen un sonido o como la

posição, quando afirma que frequentemente sequer se precisa interpelar o propósito ou o significado do ato, mas apenas o contexto mesmo:

Cada vez que cruzamos la calle juzgamos implícitamente que los conductores pararán para dejarnos pasar. Si uno de ellos sigue su marcha o no frena, sentimos el peligro inmediatamente. Lo mismo podemos decir cuando tenemos un contacto corporal con alguien. Podemos intuir si ese contacto físico con una persona es un saludo amistoso, un acto sexual o un ataque.⁸⁵²

Não se pode deixar passar sem maiores comentários que, o fato de um carro não parar para nos deixar passar, tem implicações concretas e não apenas “comunicativas”. O acesso ao mundo se dá em grande parte (ou, diriam alguns filósofos, em sua totalidade) pela linguagem, mas mesmo que se quisesse, nesse caso (como um exemplo limite), atribuir um significado distinto daquele do de uma colisão automóvel-pedestre, a realidade mesmo assim se imporia. É claro que, em muitos dos exemplos trazidos à baila, o cerne da própria conduta é produzir um significado – como no caso da injúria –, e quanto a isso não se discute a importância do aporte de uma filosofia da linguagem. No entanto, sempre haverá, por mais residual que seja, a necessidade de se respeitar os limites da realidade – mesmo nos casos de injúria é preciso que haja uma manifestação externa verbal, escrita etc. (caso contrário a ofensa permanece apenas na esfera interna).

Além disso, cabe lembrar que a análise do contexto ou mesmo da ação pode dar ensejo a conclusões comunicativamente ambíguas⁸⁵³ – nesse caso, uma das soluções possíveis seria interrogar o aspecto subjetivo da ação (a qual, reconhecida a difícil verificabilidade, poderia ser constatada por uma confissão, por exemplo⁸⁵⁴). Afirma Fletcher (2008) que as aparências às vezes enganam e podem nos levar a erro: uma conduta que parecia delituosa pode não ser, e uma conduta que em um primeiro momento não era delituosa pode se apresentar como sendo. Por isso é preciso, segundo ele, buscar a melhor forma de circunscrever as possibilidades de definição da esfera do ilícito⁸⁵⁵.

voluntad de decir algo nos permite decirlo. Este modelo explicativo ignora lo principal o termina siendo tautológico”. FLETCHER, George P. *Gramática...* p.375.

⁸⁵² Idem, p.375-6.

⁸⁵³ Como reconhece o próprio autor: “Sin embargo, existen límites en los que la simple observación no nos disse lo que necesitamos saber. (...) Esta situación es una de esas en las que el aspecto comunicativo de las palabras como de la conducta permanece ambiguo”. FLETCHER, George P. *Gramática...* p.376; “En estos casos alternativos, la apariencia de la acción es deceptoria. El ‘movimiento corporal’ es más parecido a un fenómeno natural que a una verdadera acción humana”. FLETCHER, George P. *Conceptos...* p.87.

⁸⁵⁴ Não se defende aqui a ideia, já ultrapassada, de confissão como rainha das provas. Propõe-se apenas que ela possa ser um bom indício daquilo que se passava na mente do sujeito no momento do ato – muito embora mesmo isso possa ser relativizado, caso se parta do princípio que o sujeito estava mentindo, por quaisquer razões.

⁸⁵⁵ FLETCHER, George P. *Gramática...* p.377.

Em meio ao esforço de se delinear os elementos centrais para a responsabilidade penal, há quem aponte a voluntariedade da ação. Isso, todavia, suscita toda uma discussão sobre a perspectiva hegeliana da ação, para a qual somente os imputáveis realizariam ações. Voluntariedade e culpabilidade tendem, sob esse ponto de vista, a confundirem-se. Apesar de se poder traçar essa imbricação até datas remotas – como a distinção aristotélica entre *hekousios* e *akousios*, a qual dizia respeito à distinção entre ações voluntárias e involuntárias, mas com conteúdos distintos dos atuais – ou mesmo a datas próximas – como o fato de alguns ordenamentos jurídicos qualificarem o homicídio culposo como homicídio involuntário –, Fletcher não despega da ideia de que a ação não precisa ser voluntária para existir⁸⁵⁶.

A ideia de ação voluntária, então, é trasladada para o conceito de *mens rea* da *common law*, o qual conta com o seu devido complemento no conceito de *actus reus*. A apresentação desses dois conceitos não deve ofuscar a equivocidade de ambos⁸⁵⁷. Quando se apresenta as diversas possibilidades de análise do par conceitual *actus reus* e *mens rea* surge a necessidade de refletir se, com eles, impõe-se a necessidade de perquirir sobre o estado mental do sujeito e até que ponto. Nesse ponto, a adesão teórica de Fletcher – de forma análoga a Vives Antón – a uma teoria comunicativa da ação se dá também por uma rejeição da tradição cartesiana do dualismo filosófico, da cisão entre mente e corpo⁸⁵⁸.

Para Fletcher, há um constante flerte das teorias da ação com a culpabilidade, o que apontaria para uma tendência de antecipar elementos da culpabilidade na teoria da ação. O erro de Welzel e seus seguidores teria sido, por exemplo, confundir a “intenção” ínsita à ação com a “intenção” ínsita ao delito, em outras palavras, atirar voluntariamente e acertar alguém não é o mesmo que atirar para acertar alguém. O finalismo, argumenta Fletcher, promove necessariamente um giro subjetivista no direito penal⁸⁵⁹.

Parece haver, por trás das formulações de Fletcher, a nobre intenção de propugnar por um afastamento de correntes subjetivistas no direito penal. Esse esforço louvável, todavia, parece confundir perspectivas subjetivistas sobre a responsabilidade penal com o

⁸⁵⁶ Idem, p.380-1.

⁸⁵⁷ “El par de conceptos *actus reus* y *mens rea* puede referirse a cualquiera de las siguientes combinaciones: 1. Acción en general más el requerido estado mental (descriptivo); 2. Acción en general más el juicio de culpabilidad (normativo); 3. Acto específico requerido para el delito más estado mental (descriptivo); 4. Acto específico requerido para el delito más juicio de culpabilidad (normativo)”. Idem, p.382.

⁸⁵⁸ Idem, p.382-3.

⁸⁵⁹ Assim, os elementos subjetivos confundem-se crescentemente com a fundamentação da responsabilidade penal, propiciando uma expansão subjetivista: “Hay otro problema en la ‘teoría final’ de la acción que no podemos ignorar. Uno de los errores más seductores que se cometen em todo el Derecho penal es identificar demasiado fácilmente los estados mentales subjetivos, particularmente la intención, con el aspecto moral de la responsabilidad penal”. Idem, p.384.

reconhecimento de aspectos subjetivos na conduta⁸⁶⁰. No primeiro caso, a impositão subjetiva é o paradigma por meio do qual se interpreta a conduta delituosa, ou seja, trata-se do delito de tal forma que o aspecto objetivo acaba se modelando de acordo com o aspecto subjetivo. A exemplificação desse caso são as teorias cuja referência central jaz no modelo da tentativa (conforme o qual há quem defenda a punição da tentativa inidônea)⁸⁶¹.

No segundo caso, há também claras referências a limites objetivos, mas eles não se apresentam sozinhos (objetivo e subjetivo juntos) ou, apresentando o argumento de forma mais sofisticada, poder-se-ia dizer que é possível reconhecer a ação como uma manifestação objetiva permeada por um aspecto subjetivo, mas que as possibilidades de manifestação desse aspecto subjetivo são delimitadas pela própria objetividade.

Não obstante, trata-se de uma justa preocupação porque (1) a subjetivação do direito penal (e conseqüente expansão do poder punitivo) no países de Common Law se deu aparentemente a partir do crescente foco no aspecto subjetivo do crime em detrimento dos elementos objetivos⁸⁶²; e (2) particularmente, a extrapolação feita para o finalismo também é justa, em princípio, porque o próprio Welzel moldou sua teoria de tal forma que ela orbitava ao redor do desvalor da conduta, justificando inclusive a punição da tentativa inidônea. O problema dessa extrapolação é que a formulação de Welzel particular a este tópico não pode ser estendida a todos os teóricos adeptos do finalismo, em outras palavras, não tem um vínculo de necessidade com o núcleo duro do finalismo (com o qual teria uma força inelutável de aderência à própria teoria, como se deu a entender). Mais recentemente, deve-se sublinhar, tornou-se um tanto mais claro que a postura finalista não implica necessariamente a adoção do modelo welzeliano do desvalor da ação como pedra angular da valoração da conduta; quando, pelo contrário, acatando-se o aporte mais recente que se pôde trazer ao finalismo deve

⁸⁶⁰“The critical question that unites them [the two doctrines of attempt] is the elementary issue whether the act of attempting is a distinct and discernible element of the crime of attempting. To say that the act is a distinct element is to require that the act conform to objective criteria defined in advance. The act must evidence attributes subject to determination independently of the actor's intent. (...) Though the term "objective" may have a different connotation in some contexts, we shall use the term to mean a legal standard for assessing conduct that does not presuppose a prior determination of the actor's intent”. FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000. p.138.

⁸⁶¹“This means that objectivists tend to draw the line of liability as close as possible to consummation of the offense and tend, further, to be sympathetic to claims of impossibility as a bar to liability (...). Subjectivists, in contrast, tend to push back the threshold of attempting and reject the relevance of impossibility – a stance that yields a maximalist net of liability”. *Idem*, p.139.

⁸⁶²“From the outset there was a strong inclination to think of attempts by analogy to the emerging theory of subjective criminality in larceny. The intent to commit the offense-in-chief would be the core of the offense, and the function of the act of partial execution would be to demonstrate the firmness of the actor's resolve and perhaps to provide evidence of his intent. Even the opinion in *Scofield* contains the comment: ‘The *intent* may make an act, innocent in itself, criminal...’ (...). The emphasis on the actor's intent as the core of the offense stands in conflict with the emphasis on objective criteria as a condition for liability. These tensions have been played out, as we shall see, in two interrelated doctrinal disputes”. *Idem*, p.135.

implicar em um profundo compromisso (materialista) com a realidade – que, em termos hegelianos, poderia ser expresso como *reconciliação com a realidade*.

Por tudo isso, Fletcher busca se afastar daquilo que entende serem pontos de vista subjetivistas, o que o leva a tentar identificar os caracteres diferenciadores da ação que possam dispensar a análise de qualquer aspecto subjetivo: “To say that the act is a distinct element is to require that the act conform to objective criteria defined in advance. The act must evidence attributes subject to determination independently of the actor’s intent”. É por essa razão que tanto Fletcher como Vives Antón comungam de um critério comum para traçar o âmbito das condutas de forma independente da esfera subjetiva: a ideia de *compromisso* por trás da realização da conduta⁸⁶³.

A crítica a uma concepção mais objetivista da conduta (que na doutrina continental seria representada pela teoria causalista da ação) ajuda a esclarecer melhor a chamada teoria comunicativa. Já se mencionou brevemente que Fletcher identifica as teorias objetivistas como posturas minimalistas e as subjetivistas como posturas maximalistas, em especial quando se analisa o instituto da tentativa, pelo potencial expansivo de poder punitivo que cada uma teria. Uma análise minimalista implicaria, de forma problemática, analisar-se apenas as manifestações físicas da ação (apertar o gatilho, tensionar os músculos *etc*). Enquanto a teoria comunicativa levaria em conta inúmeros elementos relevantes, os quais minimalistamente seriam deixados de lado:

Pero una teoría de la acción contextualizada oscurece los límites entre conducta, resultado y circunstancias. La presencia de la víctima, el que se dispare a la víctima, las expectativas de que la bala alcance a la víctima, o el que ésta no lleve un chaleco antibalas, son factores que forman parte de la conducta que nos permite ver el hecho de disparar como una acción y un evento potencialmente delictivo. Una teoría contextualizada, comunicativa, de la acción plantea, pues, un verdadero reto al criterio de que tenemos que delimitar la conducta del resultado y de sus circunstancias.⁸⁶⁴

Uma das consequências da adoção de tal postura comunicativa é que resolveria um grande dilema de Fletcher (2000; 2008): o de ter de se fundamentar teoricamente o desvalor do resultado e fugir dos problemas da teoria causal, mas sem recair em um subjetivismo. A resposta dele, como se vê, é tentar ofuscar as fronteiras entre conduta e resultado. Ele incorpora ao próprio conceito de ação não só os elementos contextuais, mas também algumas

⁸⁶³“The opposing school is appropriately called ‘subjectivist,’ for it dispenses with the objective criteria of *attempting*. The act of execution is important so far as it verifies the firmness of the intent. No act of specific contours is necessary to constitute the attempt, for any act will suffice to demonstrate the actor’s *commitment* to carry out his criminal plan”. Idem, p.138. Grifo nosso.

⁸⁶⁴ FLETCHER, George P. *Gramática...* p.386.

consequências⁸⁶⁵. Ressuscita uma discussão há muito tida como superada para o direito penal continental – o pertencimento do resultado ao conceito de ação ou não.

Com a adoção dessa teoria comunicativa, resolver-se-iam as aporias aparentes quando se trata dos crimes omissivos⁸⁶⁶. Adicionalmente, para afastar qualquer problema de fundamentação dos crimes omissivos ou culposos, nega-se a necessidade, nesse quadro teórico, de se resolver o velho dilema radbruchiano (unificação entre A e não-A), minimizando-se a importância de uma definição de ação e apontando que ação e omissão sequer estão conectadas entre si⁸⁶⁷. Fletcher consegue, portanto, erigir uma teoria na qual ele consegue recortar de acordo com seu interesse as partes mais relevantes de diversas teorias do delito – muitas incompatíveis entre si – para encaixá-las em seções diversas do sistema de justiça.

10.4 A concepção significativa de Paulo César Busato

Paulo César Busato fundamenta sua opção por uma concepção significativa do delito em vários pontos, alguns dos quais se buscará explicitar aqui. Em primeiro lugar, representa a opção de uma renovação da base teórico-filosófica da ação no direito penal, que se apoia, então, sobre a interpretação (e não mais a manifestação física, a finalidade ou qualquer outra coisa)⁸⁶⁸.

Ele ressalta também a necessidade de se atualizar a própria concepção de sociedade que informa o sistema de justiça e a teoria do delito, pois já se teria passado de uma sociedade fundada em lutas de classes para uma sociedade fundada no *consumo* e na *comunicação*⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ “Si nuestra comprensión de la acción se contextualiza adecuadamente, tenemos que empezar a pensar en las consecuencias y en las circunstancias como parte de la acción. Ello puede que no sea correcto en relación con las consecuencias remotas y con todas las circunstancias circundantes, pero puede serlo en relación con los elementos circundantes que nos permiten percibir que la acción está ocurriendo”. Idem, p.387.

⁸⁶⁶ “Lo que sea omitir prestar ayuda depende, por tantom de factores contextuales que convierten la prestación de ayuda en algo esperado y normal”. FLETCHER, George P. *Conceptos...* p.80-1.

⁸⁶⁷ “Además, si entendemos la omisión como un problema de acción ‘negativa’ o como lo contrario a la acción, damos demasiada impotancia a la definición de acción. El error consiste en asumir que ambas están conceptualmente conectadas”. Idem, p.81; “There is no reason to accept the premise that only one theory of wrongdoing accounts for the entire criminal law. The personal theory may be the only acceptable explanation of wrongdoing in cases of impossible attempts, but it does not follow that the same theory carries over to the analysis of homicide. The objective theory is plausible in homicide, but it obviously cannot account for crimes in the pattern of subjective criminality”. FLETCHER, George P. *Rethinking...* p.481.

⁸⁶⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.143-8.

⁸⁶⁹ “Desse modo, o papel de crítica à violência do controle social da violência segue pertencendo à Criminologia, mas ela deve dar-se conta de que o mundo já ultrapassou a etapa marxista da divisão entre capital e trabalho e das classes divididas entre industriais e trabalhadores, passando para o mundo da excedência, que divide as pessoas basicamente entre os que consomem e os que não consomem. *A dinâmica do consumo é a dinâmica do símbolo, da representação, da velocidade e fluidez das relações, que pouco ou nada tem a ver com a relação estável e exploratória do trabalho*. A exploração se dá por outro marco, o marco da inclusão/exclusão pelo

Essa “nova” concepção de sociedade é fundamentada tanto pela leitura de Zygmunt Bauman quanto de Habermas, mas não só⁸⁷⁰. Como os demais autores dessa nova leva de teorias fundamentadas em filosofia da linguagem, sua concepção filosófica geral, outrossim, recorre a Wittgenstein – em especial no “segundo” Wittgenstein⁸⁷¹. A ideia de jogos de linguagem, a título de exemplo, remeteria à necessidade de se recorrer ao contexto (ou circunstâncias do caso) para se compreender o discurso jurídico (assim como qualquer outro), e para se identificar a ação⁸⁷².

É a partir dessa moldura teórica que Busato incorpora a necessidade de as normas serem legítimas, ou seja, que passem por um processo de problematização e justificação. As normas são assim entendidas como expressão de comunicação direcionada a determinado grupo. Isso se reflete na teoria do delito em um afastamento de concepções ontológicas, com a consequente aproximação das concepções normativas – muito embora, deve-se dizer, ele desaprove explicitamente exageros normativistas como o de Jakobs⁸⁷³.

Paulo César Busato pretende estabelecer teoricamente uma relação totalmente horizontalizada entre as pulsões ônticas e normativas do sistema de responsabilidade penal⁸⁷⁴. Nesse ponto, lembra consideravelmente a proposta de J. Tavares. Ele crê, assim, que consegue construir uma verdadeira solução de compromisso. Especialmente porque vê uma longa linhagem do direito com acento linguístico desde a Antiguidade. Socorre-se de Frijtof Haft para afirmar que, desde a época clássica, o jurista é o homem que traz ordem ao mundo por meios linguísticos⁸⁷⁵.

consumo”. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p.249. Grifo nosso; “Uma vez reconhecida a influência político-criminal na dogmática, resta a busca de um modelo que corresponda à estrutura política de um Estado social e democrático de Direito, e as soluções de corte marxista e inclusive, em algumas construções abolicionistas, parecem não gozar de um suporte consequente e nem mesmo ajustado à realidade social presente”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.161-2.

⁸⁷⁰BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.143 e ss, 166 e ss. Em especial: “[Habermas] reconhece que através do movimento corporal o agente muda algo no mundo, mas entende possível ‘distinguir os movimentos com que um sujeito intervém no mundo (atua instrumentalmente) dos movimentos com que um sujeito encarna um significado (se expressa comunicativamente)”. Idem, p.153. Pode-se ver que a concepção significativa da ação incorpora o equívoco habermasiano de equivaler a concepção teleológica da ação a uma concepção instrumental.

⁸⁷¹BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.249-52.

⁸⁷² Idem, p.188-9.

⁸⁷³BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.249-50.

⁸⁷⁴ “É óbvio que não é possível desprezar o componente ontológico completamente, porque este interfere de modo necessário no próprio sentido de aplicabilidade da norma, bem assim, é igualmente óbvio que esse condicionamento é também bilateral, posto que a norma interfere no sentido da realidade. Não há, em verdade, uma subordinação, que os dois pontos de vistas pretenderam, do ontológico ao axiológico ou vice-versa”.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.250; BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.151 e ss.

⁸⁷⁵BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.251.

A existência do direito, então, depende do processo argumentativo de validação envolto na sua própria aplicação. Não existiria, segundo ele, uma correção *a priori* do direito, mas apenas quando confrontado com o caso concreto. Somente o consenso em relação a dimensão de sentido da norma resulta em sua validação (*a posteriori*). Esse seria o caso do art.49 da Lei 9605/98, que não encontrou acolhida prática no sistema de justiça.

Essas considerações naturalmente levantam preocupações sobre a esvaziada possibilidade de crítica normativa que permite⁸⁷⁶. A validação normativa se dá a partir do consenso construído ao redor da norma: se ela foi acolhida, bom, se não, segue-se adiante. Isso abre a possibilidade de que diversas normas permaneçam oferecendo um perigo latente ao sistema jurídico, esperando apenas a hora de serem revalidadas. E, considerando a natureza volúvel dos desenvolvimentos conjunturais envolvendo questões de política criminal, trata-se de um perigo que paira constantemente sobre as resistências democráticas ao sistema penal.

Paulo César Busato comunga da opinião de que a ação estaria passando por um processo de desgaste ou esgotamento por sua proximidade da perspectiva ontológica, razão pela qual propõe sua mitigação normativa. Mais do que isso, a crise do direito penal seria na verdade uma crise do direito penal de modelo ilustrado o qual seria um reflexo da crise do modelo liberal de Estado capitalista. Assim, a teoria significativa seria a resposta necessária à crise na dogmática da mesma forma como, em sentido mais amplo, o Estado capitalista de corte social seria a resposta para a crise do modelo liberal⁸⁷⁷. Ele, então, manifesta uma ampla adesão às formulações de Vives Antón, corroborando da construção de um sistema penal pensado a partir da ação como jogos de linguagem e das normas como um processo de discurso pragmático da linguagem, consensualmente orientado⁸⁷⁸.

Chega, inclusive, a repetir a mesma fórmula do doutrinador espanhol sobre a ação não ser o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato, sem, assim como o doutrinador espanhol, problematizar de forma mais detida como é possível delimitar a atribuição desse

⁸⁷⁶ “A razão [do não acolhimento do art.49] é elementar. *Não há nenhuma possibilidade de consenso punitivo-persecutório* em face da conduta representada pela norma em questão, derivando daí a completa ausência de dimensão de sentido da figura de um crime. Ou seja, não é que o fato descrito pelo tipo não ocorra, é que simplesmente não tem sentido de relevância social”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.251-2. Grifo nosso. Parece ingênua, contudo, a posição adotada por Busato. Se a história mostra algo, é que o exercício de poder punitivo conta com uma indeterminada capacidade de arregimentar apoio, especialmente quando é instrumentalizado para controle da população ou articulado (como vem acontecendo ao longo do séc.XX e XXI) com os grandes meios de comunicação. São recorrentes, apenas a título de exemplo, as narrativas de criminalização de furto famélico, não reconhecimento do princípio da bagatela, dentre outras tantas práticas. O sistema jurídico não representa consenso, mas contradição.

⁸⁷⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.163 e ss. “Não se trata de tentar inserir um novo modelo de Estado, mas de revisar as propostas do próprio modelo iluminista”. *Idem*, p.166. Aqui se vê uma clara influência de Habermas.

⁸⁷⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.252-3; BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.145 e ss.

sentido sem cair na completa discricionariedade, na eleição de critérios regida ao sabor da política-criminal da vez. A ação parece se dissolver aos poucos em critérios normativos de imputação⁸⁷⁹. Não obstante, essa recuperação conceitual das proposições de Vives Antón que mais se impregnaram sobre as atuais concepções doutrinárias tem a função didática de lembrar suas raízes neokantianas, na filosofia dos valores.

Afirma Busato:

Isto é, um conceito de ação baseado no significado não se estrutura a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo, do objeto observado, mas *mantém como substrato a comunicação que provém da relação sujeito-objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio.*⁸⁸⁰

Muito embora essa não seja a única concepção possível de comunicação a partir das condutas dos sujeitos, em princípio permanecem válidas, aqui, as críticas gerais realizadas no tópico sobre Habermas e Wittgenstein. Ainda assim, cabe lembrar que a “mensagem” que comunica a atuação do sujeito e sua relação com o meio (caracterizada também como relação sujeito-objeto) pode sofrer profundas distorções a partir das relações estabelecidas com outros sujeitos e instituições (imediatas ou mediatas). Mesmo que as apropriações de dogmática penal esforcem-se para transmitir uma aparência de ampla assepsia e neutralidade (refletida no conceito amplo e manipulável de “justiça”⁸⁸¹). Esse é um passivo que as teorias comunicativas dificilmente conseguem quitar, pois, como se pretendeu mostrar, está engastado no âmago da teoria.

Antes de se passar ao próximo tópico, cabe destaca certa confusão realizada por Busato. Ele confunde naturalização do delito (ou o que se poderia chamar em sentido lato de concepção ontológica do fenômeno do delito e do “criminoso”) com a concepção teleológica da conduta. Esta diz respeito à ação que pode ou não ser considerada delituosa, e se isso vai acontecer depende da política criminal e dos esforços legiferantes. Já uma concepção

⁸⁷⁹ “Por outro lado, o sentido de tais ações é ditado por regras que as regem. Tais regras, porém, são reconhecidas como tais na medida em que tenham seu uso estabelecido, pois só assim podem determinar o sentido de uma conduta. Ou seja, o reconhecimento da ação deriva da expressão de sentido que uma ação possui. A expressão de sentido, contudo, não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendam expressar, mas do ‘significado que socialmente se atribua ao que fazem’. Assim, não é o *fin* mas o significado que determina a classe das ações, logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.253-4. Ver tb: BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.148 e ss.

⁸⁸⁰BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.276. Grifo nosso; “A comunicação é o resultado da inter-relação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretizado em algo que ‘é’, nem tampouco se traduz meramente uma valoração. A percepção é tão-somente um sentido”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.148.

⁸⁸¹ Afinal, quem em sã consciência fundamentaria qualquer sistema jurídico sobre a “injustiça”? Isso se reflete na função de proteção de bens jurídicos do direito penal como fundamento da intervenção estatal. É essa relação entre justiça e proteção de bens jurídicos que, segundo Busato, torna seu sistema mais seguro e vinculado a garantias que os demais. Sobre a relação entre justiça e proteção de bens jurídicos, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.174.

biologizante do binômio crime-criminoso remete ao que há de pior no pensamento criminológico (em especial Lombroso, Garofalo e Ferri)⁸⁸². Portanto, reconhecer que uma conduta humana é uma realidade no mundo não é o mesmo que reconhecer que o crime é uma realidade objetiva no mundo.

10.4.1 Ação, intenção e significado⁸⁸³

Outra crítica esboçada ao finalismo diz respeito à impossibilidade de dar conta de uma conceituação da conduta porque nem todas seriam “intencionais”⁸⁸⁴. A “intenção”, assim, parece ficar relegada à mera validação das regras sociais que atribuem o significado à ação, pois a “intenção” só comparece diante da necessidade de se afirmar que o seguimento de regras é “intencional”. Lembra, de certa maneira, o expediente lógico usado pelo causalismo para justificar sua teoria: o que antes era um movimento corporal permeado por uma vontade sem finalidade (uma vontade vazia de conteúdo, como muitos criticaram), agora é um significado informado por uma intenção que se limita à anuição das regras, sem a possibilidade de fazer com que o sujeito possa dispor de si mesmo para modelar a consequência que deseja – caso contrário, teria de se reconhecer um papel central à finalidade e limitar-se-ia muito a capacidade de significação⁸⁸⁵.

A “intenção”, em vista disso, passa a ser considerada como uma expressão de sentido normativamente determinada, qualificada nos delitos dolosos como um *compromisso* com a produção do resultado típico, assim como em Vives Antón (1996) e em Fletcher (2000).

Deve-se salientar como em ocasiões, tratando, por exemplo, da ausência de ação por hipótese de inconsciência, há recaídas não-significativas. Como o recurso ao termo “nível de

⁸⁸² “Nesse sentido, a referência de Vives Antón de que ‘o delito não é um objeto real, e, por conseguinte, à estrutura do sistema não corresponde nenhuma estrutura objetiva. E a dogmática não é nenhuma classe de Ciência, mas somente um modo de argumentar’. É importante perceber que este reconhecimento – de que não há nenhuma *realidade* no delito – é exatamente o que restou afirmado pelos estudos de criminologia crítica ou radical. Ou seja, o fenômeno crime não é um dado ontológico, mas sim uma valoração social. Como tal não corresponde a estrutura objetiva alguma. Certamente o conhecimento dos processos de criminalização obriga ao distanciamento dos condicionantes ontológicos que aspirava Welzel”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.174.

⁸⁸³ Não foi possível suprimir os termos “intenção” e “intencionalidade”. Sobre isso ver nota nº 789.

⁸⁸⁴ Em seu extenso livro sobre a parte geral do direito penal, esse é um dos argumentos que se apresenta como aparentemente o mais forte. Diz ele, por exemplo, que nem todos que falam uma ofensa têm a “intenção” de ofender (BUSATO, 2013, p.255). Entretanto, tal afirmação parece ignorar que a pessoa que fala algo possui algum grau de concepção prévia sobre aquilo que desejava falar – o qual pode não ter saído da forma ‘eloquente’ como desejava (a forma desajeitada de sua expressão pode ser em parte responsável pela forma como o sujeito foi compreendido) – e não se trata de sons aleatórios e imprevisíveis que irrompem de sua boca de tempos em tempos, de forma imprevisível e incontrolável.

⁸⁸⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.254-5.

controle sobre a expressão de sentido⁸⁸⁶, o qual parece indicar justamente o contrário do que tanto Busato quanto Vives Antón se esforçam por defender, ou seja, que o sujeito pode controlar sua ação e, por meio dela, controlar em determinados limites a impressão que ela faz no mundo objetivo e o significado daí decorrente.

Ademais, a opção pela aproximação de uma concepção normativa do dolo mostra precisamente o quão próxima a concepção significativa está da neokantista⁸⁸⁷. Ambas se fundam, de forma mais ou menos abrangente, sobre a distinção entre explicação e compreensão⁸⁸⁸, refletindo na aproximação das propostas centrais da filosofia dos valores, com uma conseqüente normatização das principais categorias dogmáticas. Em George Fletcher (1997), um dos grandes defensores do giro linguístico do direito penal, por exemplo, encontra-se a explícita defesa da ideia de dolo normativo (a qual ele trata sob a nomenclatura de teoria moral da responsabilidade penal) e não apenas uma “aproximação”⁸⁸⁹.

A aproximação de um viés normativista se dá, em sentido explícito, por uma incorporação de algumas das formulações de Hassemer, nomeadamente sua proposta de uma abordagem deontológica (ao invés de ontológica) do dolo pela estipulação de critérios normativos para a atribuição de responsabilidade dolosa e sugestão de uma abordagem valorativa dos elementos objetivos do injusto. É na teoria dos indicadores externos dos elementos subjetivos, de Hassemer, que Busato já vê uma ligação com a ideia de transmissão de significado⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ Idem, p.288.

⁸⁸⁷ Afirma Busato sobre o dolo normativo: “Ou seja, o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal. (...) Ou seja, se não é possível afirmar mais que a possibilidade de existência real do dolo, o dolo será sempre, ao menos em parte, produto de uma valoração. Obviamente, esta perspectiva encontra receptividade nas propostas teóricas que defendem a separação entre as ciências naturais e as ciências sociais. Na perspectiva *kelseniana* de uma ciência referida a valores, fica sem sentido tentar buscar nas ciências naturais conceitos jurídicos. Por isso, sustentou Kelsen que *categorias como a vontade ou intenção, por pertencerem ao tipo de injusto não podem ser tomadas como realidades a serem demonstradas, mas simplesmente como fatores que incumbem ao juiz reconhecer com o objetivo de estabelecer as responsabilidades penais correspondentes*”. BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In: *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.105. Grifo nosso.

⁸⁸⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.170.

⁸⁸⁹ Apesar de Busato se desvincular formalmente da concepção de dolo normativo. Cf. BUSATO, Paulo César. *Dolo...* p.107 e ss.

⁸⁹⁰ “Em resumo, Hassemer entende que o dolo é uma ‘decisão a favor do injusto’, mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que, sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. (...) Hassemer atribui, ao combinar os indicadores externos e os critérios (valorativos) de delimitação do dolo, a identificação deste à possibilidade de sua atribuição (...)”. BUSATO, Paulo César. *Dolo...* p.108-112. Ou ainda: “Não resta, pois, nenhuma dúvida de que a identificação do dolo não pode vir da descrição de um processo psicológico, mas somente da identificação do que Hassemer qualifica de ‘indicadores externos’. O dolo, definitivamente não ‘é’ um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade.”. Idem, p.112-3.

Não parece inteiramente correta, todavia, a conclusão de Hassemer (incorporada por Busato) de que uma estipulação normativa (diga-se, dogmática, jurisprudencial ou legal) dos limites da categoria seja o equivalente à normatização da categoria – essa estipulação normativa poder-se-ia chamar de reconhecimento ou deferência normativa aos limites da realidade, por exemplo. Isso porque faz todo sentido que, sendo o dolo um “processo interno”, só seriam coerentes as responsabilizações penais na medida em que se pudesse aferir suas manifestações externas – excluindo-se normativamente, por exemplo, os esforços por uma investigação da subjetividade incompatível com o Estado democrático de direito.

O dolo, portanto, pode ser conclusivamente conceituado como uma atribuição para a teoria significativa da conduta⁸⁹¹. Ele passa a ser tido como “intenção” de realização do fato antijurídico, bem como passa a ser alocado na pretensão de ilicitude – sobre a qual se falará melhor (*infra*, item 10.4.3.2), mas, antecipando a discussão, equivaleria a uma antijuridicidade formal⁸⁹².

Entre as distintas formas possíveis de configuração do dolo, Busato (seguindo Vives Antón) afirma que o ponto comum entre elas é a decisão contra o bem jurídico, a qual se manifesta no compromisso de lesionar ou periclitar esse bem. A validade dessa ideia de compromisso depende, por outro lado, da relação entre as regras sociais que definem a ação como pertinente ao direito penal e as competências do autor. A isso, o autor paranaense chama de um procedimento *puramente axiológico*⁸⁹³. Isso não implica, lembre-se, na exclusão total da consciência e da vontade⁸⁹⁴.

Por fim, a própria ideia de sentido utilizada por Busato e por Vives Antón tem profunda ancoragem nas formulações de Habermas, e com isso traz consigo todos os problemas típicos dessa posição:

Mas, o sentido de qualquer mensagem dependerá sempre da presença da identificação da tripla dimensão referida por Habermas, ou seja, a referência ao

⁸⁹¹ Em síntese: “(...) a ‘intenção subjetiva’ corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição”. Idem, p.117-8.

⁸⁹² “Quando se separa, de um lado, o dolo e a imprudência na pretensão de ilicitude, e de outro, os elementos do tipo e a própria ação na pretensão de relevância, fica clara a mescla que as concepções finalistas fizeram entre os planos conceitual e substantivo de análise. (...) A ação – seja comissão ou omissão – tem seu aspecto conceitual ou de definição analisado no tipo de ação que é onde se lhe identificam critérios de sentido. O dolo e a imprudência, por outro lado, são instâncias de imputação da normatividade, vinculadas ao plano substantivo e não conceitual da atribuição da conduta ao sujeito”. Idem, p.117.

⁸⁹³ “Afinal, abandona-se completamente a ideia, errônea, de pretender **descrever quando há dolo** e se substitui pelo intento de **compreensão sobre o nível de gravidade** refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo”. BUSATO, Paulo César. *Dolo...* p.120.

⁸⁹⁴ “Para ele [Vives Antón] o ‘dolo como compromisso supõe a necessidade de conhecimento, de *saber*, mas também um grau de vontade: a intenção que podem entender-se como um *querer*, não naturalístico, mas normativo”. Idem, p.120.

mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social, ou seja, ao mundo de inter-relação, de regras compartilhadas. Isso fica demonstrado claramente quando Vives expõe a proposta de Habermas, referente à ação comunicativa de um sentido, dizendo que ela ‘se constitui, não só em virtude de *planos* de ação mais complexos que (o agente) tenha efetivamente tido, mas *também* em virtude de *interpretações* que um terceiro faz e *sob as quais (o agente) poderia ter realizado sua ação*’. Essas interpretações são obviamente os elementos que se tem em conta para a atribuição do qualificativo ‘doloso’ a uma determinada conduta.⁸⁹⁵

Além de resgatados, com essa proposta, todos os problemas idealistas que acompanham a teoria habermasiana, fica claro também, em nível dogmático, que se trata de um proposta de “imputação objetiva”, pois o sistema em questão se propõe a aferir se uma conduta é atribuível ao indivíduo a partir de critérios normativos⁸⁹⁶.

10.4.2 Ação, liberdade e significado

Na proposta significativa, o conceito de liberdade representa a superfície de contato entre teoria da ação e teoria da norma. Reconhecer a existência de regras, bem como seguir regras, pressuporia uma esfera de liberdade. Paulo César Busato reconhece (como Vives Antón) que a atribuição de sentido (ação) pressupõe uma esfera de liberdade. Mas não qualquer liberdade e, sim, uma liberdade tida como a ferramenta conceitual a habilitar que se identifique uma ação como obra de uma pessoa e não do acaso. Em outras palavras, o reconhecimento da liberdade se torna apenas o mecanismo necessário para se habilitar a imputação de um delito ao sujeito, pois, acredita Busato (e também Vives Antón), isso não seria possível a partir de uma postura determinista⁸⁹⁷.

Como Busato parte do princípio de que a liberdade de ação não pode ser comprovada e sabe que precisa afirmá-la para tornar possível uma atribuição pessoal de responsabilidade

⁸⁹⁵ Idem, p.124-5; Nesse sentido também: BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.148 e ss; Ainda: “Assim é com a intencionalidade, que não se constitui subjetivamente, mas através de convenções, assim como as palavras, ou seja, a intencionalidade é resultado de um processo de atribuição que corresponde à mensagem que a ação do sujeito produz”. Idem, p.125.

⁸⁹⁶ Idem, p.173.

⁸⁹⁷ De fato, Busato chega a dizer que o reconhecimento da liberdade inviabiliza a assunção da perspectiva da criminologia crítica se ela reconhece a ação como determinada. Segundo ele, o afastamento da concepção de liberdade (de Vives Antón) implicaria no reconhecimento de um determinismo absoluto sobre as ações humanas e, conseqüentemente, na inviabilização de um sistema de imputação pessoal de responsabilidade penal. O determinismo absoluto, para Busato, implicaria na necessidade de uma perspectiva anarquista e não só abolicionista. Aqui parece se manifestar os limites de uma concepção que carece de algumas das categorias centrais fornecidas por uma leitura de Hegel (relativas a relação indivíduo-sociedade), assim como em Vives Antón. Por outro lado, essa é uma forma equivocada de se ver a relação determinação-indeterminação porque sequer dá conta da concepção de uma das teorias mais recorrentes da dogmática, o finalismo, com uma proposta que afirma um determinismo, mas defende a liberdade de ação. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.256.

penal⁸⁹⁸, a liberdade se torna um *a priori* necessário da ação⁸⁹⁹. Assim, de forma um tanto tautológica, se há a ação, há liberdade. Com isso, é possível entender melhor porque sua concepção de liberdade está estritamente vinculada ao âmbito de validade das regras referentes à atribuição de sentido de ação⁹⁰⁰. No entanto, a depender da forma como isso se reflita na apropriação doutrinária, seria possível dizer-se que não sobra muito espaço para uma liberdade concreta, mas apenas nominal.

Busato, acrescenta-se, contrapõe necessidade e liberdade – como mais um desdobramento da distinção entre ciências exatas e humanas, e entre explicação e compreensão – como forma de compreensão da especificidade dos fenômenos sociais⁹⁰¹. Cria-se, assim, uma dívida considerável com a correta concepção de que necessidade e liberdade não são ideias excludentes, pelo contrário. Nesse sentido, apesar dos problemas das formulações de Welzel, ele se aproxima comparativamente mais de uma relação simbiótica entre necessidade e liberdade. O reconhecimento dessa não exclusão (encontrado em Lukács) é imperativo porque o mundo social, apesar de diferenciado do mundo natural, pertence (juntamente com o mundo natural) a uma esfera mais abrangente de totalidade (mundo objetivo, enquanto articulação do social, objetivo-natural e subjetivo).

Essa combinação entre filosofia da linguagem, filosofia dos valores e dogmática penal acaba por produzir categorias que entram em contradição entre si ou apontam para uma

⁸⁹⁸ “Ao contrário, ao reconhecer a ausência de tal liberdade, exaure-se o próprio sentido de ação e não é possível pretender a aplicação de nenhuma classe de regulamentação jurídica”. Idem, p.256-7.

⁸⁹⁹ Desta forma, a concepção de liberdade que informa as teorias de Busato e Vives Antón servem apenas como pressuposto dessas teorias, e não adquire um estatuto teórico próprio. Talvez por isso tanto um quanto o outro enfrentem de forma tão breve o tema. “Resulta que para Vives, a ideia de liberdade de ação que, situada na culpabilidade, provocou um intenso e aporético debate entre o determinismo e o livre-arbítrio, a nada conduz. Assim, propõe algo completamente distinto: que a liberdade de ação não fundamenta a culpabilidade, mas a ação. A liberdade de ação há de ser o pressuposto da imagem de mundo que dá sentido à própria ação”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.256; BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.199; ou “Certamente, pode produzir rechazo a ideia de que se castiga sobre a base de uma indemonstrável pressuposição de liberdade de vontade. Mas, castigar não é uma opção teórica, mas uma opção prática. *Ou se pressupõe que o homem é livre, e se lhe castiga pelas infrações das normas que livremente comete, ou se pressupõe que não o é, e então é necessário recorrer a esquemas causais (não normativos) para dirigir sua conduta.* Por insatisfatório que pareça castigar sobre a base de uma pressuposição, mais insatisfatório resultaria governar a sociedade humana como se se tratasse de um mecanismo. O homem poderia então ser tratado como um puro fenômeno natural. Os poderes do Estado sobre o indivíduo não tropeçariam com o limite representado pela dignidade humana (...)”. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal: parte general*. 5ª ed. Valencia: tirant lo blanch, 1999. p.542-3 *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.257. Nota 169.

⁹⁰⁰ “A ideia de liberdade de ação aqui proposta [nele e em Vives Antón] se refere à ação enquanto expressão de um sentido comunicativo, ou seja, enquanto forma de linguagem, enquanto forma de transmissão de um significado, onde a própria validade das regras utilizadas em sua interpretação determina o contexto de liberdade”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.256. Nota 167.

⁹⁰¹ “É justamente esta diferença entre o que é uma ação e as coisas que simplesmente *acontecem* que fazem a diferença entre quem é agente – que age, portanto – e do que é paciente, objeto, que sofre a ação. Nas palavras de Carbonell Mateu, ‘os fenômenos físicos obedecem regras de *necessidade* e as ações, regras de *liberdade*’”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.200.

contradição irresolúvel entre as categorias mesmas e a realidade. De forma coerente com as formulações precursoras – como em Vives Antón e Fletcher –, Busato, por exemplo, caracteriza a liberdade de ação como um atuar incondicionado pelo meio:

(...) se reprova juridicamente ao autor a realização de um ato ilícito, em situação em que lhe era exigível que se comportasse de acordo com o direito, porém, não aqui no sentido do livre-arbítrio, senão no sentido de que *a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar incondicionado pelo meio*, pois do contrário não transmite esse sentido, senão o mero sentido de um acontecimento.⁹⁰²

Uma tal concepção de liberdade de ação é coerente com suas fundamentações teóricas e mostra especial coerência com algumas interpretações da filosofia dos valores, e justamente por isso teria muito a ganhar em recepcionar a ideia hegeliana de reconciliação com a realidade⁹⁰³.

10.4.3 Reflexos dogmáticos (as pretensões de relevância, ilicitude e reprovação)

Com se pode notar dos apontamentos feitos até agora, a teoria significativa da ação é uma forma (não a única) de se apreender a ação a partir do contexto ou das circunstâncias nas quais ela se dá. Algo semelhante se dá com a ideia de Tavares de *objetos de referência*. Não se pode deixar de sublinhar como, ao contrário do que afirmam os autores adeptos dessa teoria, o finalismo possui um vínculo os valores postos no mundo. Dentro de um marco finalista, por exemplo, não se poderia pensar em uma injúria se o autor não dispusesse dos códigos sociais e linguísticos de forma a orientar sua conduta a conseguir ofender alguém. A relação entre ontologia e deontologia é intrínseca à própria concepção teleológica de conduta, algo que a maioria dos doutrinadores falhou em perceber.

Também por essa incorreta avaliação dos fundamentos do finalismo, ainda hoje se busca uma concepção teórica que dê conta da relação sujeito e meio (ou sujeito-objeto) – novamente, aqui, a concepção significativa⁹⁰⁴ –, quando essa proposta está na própria origem do finalismo.

⁹⁰²BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.260-1.

⁹⁰³O amplo espaço para a flexibilização de conceitos a partir da negação da realidade se pode notar em alguns trechos no quais exerce com intensidade sua verve relativista: “A comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da interrelação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. *A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretado em algo que ‘é’, nem tampouco se traduz meramente em uma valoração. A percepção é tão somente um sentido*”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.273. Grifo nosso. Agora, como o sujeito consegue se movimentar com sucesso no mundo a partir de percepções sem maiores vínculos com a realidade permanece um mistério.

⁹⁰⁴BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação*... p.189.

Dito isso, as novas proposições teóricas da teoria significativa se manifestam dogmaticamente a partir da reorganização de alguns institutos, como a tipicidade (objetiva e subjetiva), a antijuridicidade e a culpabilidade.

10.4.3.1 Pretensão de relevância

A pretensão de validade que compõe a norma decanta-se em diferentes graus para, em Busato e Vives Antón, estruturar-se como categoria do delito. Em primeiro lugar isso significa livrar-se da ação como filtro inicial anterior à sistema tradicional de do delito. Em lugar da ação, usa-se o tipo de ação como um primeiro grau de atribuição de responsabilidade, como forma de se identificar se aquilo que se analisa deve ser considerado ou não como relevante ao direito penal: denominado *pretensão de relevância* (VIVES ANTÓN, 1996; BUSATO, 2010, 2013; PÉREZ, 2007)⁹⁰⁵.

Com o crescimento de popularidade das teorias normativas do delito, cresceram também as opções por modelos de delito não mais ancorados na ação, mas no tipo. A concepção significativa é em certo grau herdeira disso, e propõe uma inter-relação entre ação e tipo que, em princípio, recusa ambas como base teórica, elegendo o *tipo de ação*. Esse tipo de ação representa precisamente a pretensão de relevância⁹⁰⁶.

Essa pretensão de relevância é composta de uma compreensão adequada do tipo (um juízo sobre a tipicidade formal) e uma pretensão de ofensividade (a qual corresponderia à tipicidade ou à antijuridicidade material, dependendo do modelo teórico adotado). Como é o tipo que, agora, se estrutura como um dos elementos centrais da teoria do delito, abre-se caminho para uma ampla normatização do sistema: como a ação em geral, o nexo de causalidade, relação ação-omissão *etc.*⁹⁰⁷:

Dentro da ideia de tipo de ação, evidentemente, restam compreendidos elementos do tipo configurados normativamente e não ontologicamente. É que se o tipo de ação é o reconhecimento de um significado, *é certo que sua configuração somente pode ser normativa*. Porém, a aferição dos elementos subjetivos do tipo de ação não responde ao questionamento a respeito de processos psicológicos por que passa o agente, mas sim à observação de suas manifestações externas, que não compõe o tipo desde um ponto de vista conceitual, mas sim substantivo. O problema da ação ou omissão torna-se então meramente aparente, na medida em que se trata de *identificar, circunstancialmente, a existência de ação ou omissão tipicamente relevante*. Assim

⁹⁰⁵ Também Fletcher (1997, p.205 e ss) propõe um tipo de ação com algumas nuances próprias.

⁹⁰⁶ “(...) tipo de ação, que representa uma pretensão de relevância, ou seja, que pretende a identificação da situação concreta relevante para o direito penal, ou seja, de que a ação ou omissão realizada seja uma daquelas que pertencem ao âmbito de interesse do Direito Penal”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.268.

⁹⁰⁷ Idem, p.258-9.

também a relação de causalidade, pois a identificação do sentido de causa só é possível a partir de ‘práticas, interpretações e novas práticas’.⁹⁰⁸

Tanto Busato quanto Antón não reconhecem em suas concepções maiores riscos dos tipos penais extrapolarem a esfera limitadora da conduta porque haveria um compromisso principiológico do sistema de justiça com a ideia de um direito penal do fato (afastando em tese a possibilidade de criação normativa a partir de concepções de um direito penal do autor)⁹⁰⁹. Assim, a pretensão de relevância diria respeito a um esforço de justaposição entre norma e conduta (o qual deve dar conta da função de limitação) aliado a uma pretensão de ofensividade.

No entanto, é um pouco nebuloso como se poderá comparar algo que não possui substância. É algo problemática uma formulação dogmática que pretende a comparação entre conduta e norma, quando a primeira é apenas um significado. Em abstrato, qualquer significação pode ser acomodada a uma norma, especialmente uma cuja referência não esteja na realidade mas no uso. Isso, no entanto, invalida a própria função negativa a que ele se propõe. Especialmente porque o sentido de ação é constituído por meio das acepções usuais, as quais, então, informam o próprio conteúdo do tipo⁹¹⁰.

É essa relação entre sentido usual geral e sentido do tipo que deve cristalizar-se como inteligível ou não, e como delimitador e coerente, ou não. Consequência das dificuldades forenses de se apurar os elementos subjetivos do injusto (como apontam as contestações de Busato e Vives Antón), a concepção significativa parece celebrar a elevação do senso comum ao posto de categoria teórica (conquanto refinada e intrincada)⁹¹¹. Por isso, acaba construindo

⁹⁰⁸BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.259. Grifo nosso.

⁹⁰⁹ “Pode-se dizer, assim, que para a configuração do primeiro item da teoria do delito, qual seja, do tipo de ação, é necessário, em primeiro lugar, que o tipo em questão corresponda a uma ação ou omissão, *porquanto aí está representada a garantia de um Direito penal do fato e não do autor*”. Idem, p.271. Grifo nosso; BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação*... p.160 e ss.

⁹¹⁰ “A ação relevante desde um ponto de vista jurídico-penal resulta inteligível em função do reconhecimento de práticas sociais que se expressam nos tipos. Essa razão conduz a escolher o ‘tipo de ação’ em substituição à ‘ação típica’ como expressão inicial da teoria do delito. Nesse sentido é o comentário de Vives Antón quando refere: ‘As ações não resultam, pois, ininteligíveis, por referência a estruturas objetivas (físicas ou lógicas) situadas fora delas, mas sobre a base de que se entrelaçam em práticas, em plexos regulares de interação que determinam o sentido. Com base no papel que jogam esses plexos, podemos falar de diferentes *tipos de ação*, e tais *tipos de ação* – que não são senão expressão de diferentes funções sociais – constituem o *dado primário* de nosso conhecimento da ação’”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.270.

⁹¹¹ Em alguns casos trata-se da consolidação do senso comum forense. O fato de algo ser praticado não é argumento suficiente para continuar praticando, como dão a entender Vives Antón e Busato. A chancela do sistema judicial tal como ele é praticado está longe de ser um argumento robusto: “Segundo Vives Antón, a prática forense costuma fazer a distinção do caso concreto justamente a partir da identificação do tipo de ação e não da existência ou não de uma ação, ou seja, ao buscarmos em um processo ou um inquérito policial a identificação de um crime, não partimos da análise de se houve ou não ação ou omissão, mas sim de um tipo penal, ao qual deve corresponder, como expressão de sentido, a ação ou omissão eventualmente presente no feito”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.276.

uma dogmática a partir da funcionalização forense, um utilitarismo construído a partir das consequências judiciais. Em outras palavras, facilita-se a fundamentação dogmática da decisão judicial que mais se adapta ao senso de justiça do julgador⁹¹².

Não se deve ignorar, todavia, que a ideia de se cotejar significado e norma parece um tanto excêntrica, pois para isso teria de se comparar a correta interpretação sobre o que é ou não conduta (caso contrário, aceitar-se-ia *prima facie* qualquer interpretação) e a correta interpretação do que deveria se entender como a conduta (proibida ou determinada) pela norma. Ora, além de uma latente contradição sobre a questão da meta-regra (como já se mencionou *supra*, item 9.2), seria preciso estabelecer critérios hermenêuticos claros sobre os quais se deve erigir essa comparação, pois quanto mais abertos os critérios maior o espaço para a discricionariedade do julgador.

Consequentemente, parece se abrir um espaço para a flexibilização do conceito de ação – assim como o nexo de causalidade é atualmente flexibilizado até o absurdo, para incorporar a criminalização de alguns crimes de perigo abstrato, o que de outra forma seria inviável – em bases interpretativas que, fossem estritamente vinculadas à norma, poderiam ser excomungadas como analogia em *malam partem* (mas isso não acontece porque se vincula à ação). Tornam-se especialmente explícitas, assim, as contradições derivadas do ‘significado pelo uso’. Os significados possuem uma tendência inesgotável de transformação, e isso só seria satisfatoriamente inserido no direito penal se houvesse uma tendência imanente de sempre conjugar os dois (interpretação da conduta e interpretação da norma) da forma mais restritiva possível, e não parece ser esse o caso. Essa perene abertura para a ressignificação afirma um contínuo potencial violador do princípio da máxima taxatividade.

O conteúdo da pretensão *geral* de relevância ou *tipo de ação* é formado por duas subpretensões, quais sejam, uma pretensão *conceitual* de relevância e uma pretensão de ofensividade. A pretensão *conceitual de relevância* refere-se à comprovação de que uma determinada conduta corresponde a um tipo, ou seja, é relevante para o Direito penal. Isso acontece quando se identifica na conduta um sentido correspondente àquele que é descrito por uma norma incriminadora, como o roubo, o furto, o homicídio *etc.* Assim, o que se estuda aqui é a conjugação da previsão legal (tipicidade formal) e as modalidades de conduta (ação e omissão), além da

⁹¹² “Ora, Luzón percebe a justiça da decisão, mas entende que ela está mal fundamentada. É que o global da ação realizada pelo sujeito, o apanhar de um selo enquanto conduz o carro, reflete uma conduta cujo incremento do risco da condução se traduz em perigo ao bem jurídico a ponto de gerar um interesse jurídico em seu controle social por parte do estado, justificando a presença da responsabilidade penal, mesmo que de modo leve. De outro lado, se é que, como Luzón, se parte de um conceito meramente ontológico de ação, os atos reflexos em nenhum caso podem ser gerados de responsabilidade penal, posto que excluem *sempre* a ação”. *Idem*, p.285. Como se pode perceber, a justificativa central para a afirmação da existência de ação não se dá pela teoria da ação propriamente dita, mas por uma consideração sobre o perigo ao bem jurídico. Além de fundamentar indiretamente a responsabilização penal de atos reflexos, Busato direciona sua teoria de forma a legitimar a decisão que melhor se encaixa ao senso de justiça de quem analisa.

relação da ação com o resultado e os elementos de união entre um e outro, sejam ontológicos (nexo causal) ou axiológicos (critérios de imputação objetiva).⁹¹³

É nesse sentido que troca-se o marco da explicação pela compreensão da ação, não se abordando mais o que busca quem age, mas a ideia que o significado (conduta) transmite⁹¹⁴. Substitui-se a definição pela interpretação. Apesar disso, Busato sustenta que, na concepção significativa, a ação ainda exerce uma função negativa⁹¹⁵, particularmente porque quando não há conduta, não haveria transmissão de sentido (de um ato dirigido pela vontade)⁹¹⁶.

Essa parece ser uma presunção que permeia em geral as concepções significativas, mas que se mostra também muito problemática em razão da própria história do poder punitivo. A história do exercício de poder punitivo mostra que o exercício interpretativo e linguístico – cujos processos de significação se afastavam da ciências e se aproximavam da superstição – têm um amplo potencial criador: pense-se nas atribuições subjetivas de responsabilidade por eventos naturais em diversos períodos históricos pre-modernos (desde pragas de colheitas até desastres naturais)⁹¹⁷. Portanto, dizer que situações nas quais não há conduta não produzem um significado de ato dirigido pela vontade nos parece claramente um equívoco.

A teoria significativa da ação parece modelada para uma maior ductibilidade forense e também por isso destaca uma suposta insustentabilidade das categorias referidas a uma concepção ontológica. A teoria significativa recusa os aportes ontológicos com uma mão para, então, recuperá-los com a outra. Percebe-se como, em última análise, ocorre um re-inserção disfarçada dos aportes que ela pretende recusar. Assim, ação, elementos subjetivos, dirigibilidade da conduta, nexo causal *etc.* são excomungados para, então, serem recuperados a título de aparência de ação, aparência de vontade *etc.* Que grande giro copernicano é esse que propõe coisas tão semelhantes, mas desprovidas de claros limites e apoiadas em uma base tendendo ao idealismo e ao relativismo?

Para além disso, os posicionamentos dogmáticos referentes às causas de ausência de ação são sempre os mesmos das correntes doutrinárias majoritárias, nomeadamente: coação física irresistível, atos reflexos e hipóteses de inconsciência. É curioso notar também que,

⁹¹³BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.270. Ainda: “Evidentemente, trata-se de uma correspondência, ou seja, de que a situação concretamente analisada seja uma ação ou omissão que transmite o sentido correspondente à descrição de um tipo”. *Idem*, p.270.

⁹¹⁴ “Mais que ‘definir o que seja a ação no campo do direito penal, deve-se ‘interpretar’ seu significado”. *Idem*, p.274.

⁹¹⁵ *Idem*, p.269.

⁹¹⁶ *Idem*, p.278.

⁹¹⁷ Importantes pistas sobre o assunto e uma rica bibliografia podem ser encontradas em: BATISTA, Nilo. *Práticas penais no direito indígena*. In: *Revista de Direito Penal*. nº 31, jan.-jun., 1981. Rio de Janeiro: Forense. p.75-86.

mesmo afirmando a impossibilidade de se tratar a vontade como um processo psicológico interno, Busato recorre a uma concepção parecida para tratar da coação física irresistível. Pois, tal coação deve ter origem externa e não interna (ao contrário dos “impulsos irresistíveis de caráter interno”)⁹¹⁸.

Os atos reflexos não tornariam possível a identificação ou interpretação que leve ao reconhecimento de um “ato intencional” (concepção contra a qual levantou-se aqui o processo histórico do poder punitivo anterior à modernidade). Aqui também comparece, contraditoriamente, a ideia de dirigibilidade da conduta. É pertinente pensar-se nos casos de reações fisiológicas, quando essas teorias negam a existência de ação, mas não se percebem de como elas mesmas abrem a possibilidade de resultados opostos. No caso de um riso deflagrado por uma situação de profundo estresse ou de descontrole, em geral, sobre o corpo (tremedeira, tensão generalizada, incontinência *etc.*) poderia se vislumbrar uma tipificação por desacato, para a qual a teoria significativa não ofereceria maiores resistências, caso houvesse aparência de ação⁹¹⁹.

A ideia de uma ação significativa exige verificar tão somente o plano da comunicação, ou seja, que significado tem a atitude do sujeito em termos da expressão externa, sem qualquer tipo de cogitação a respeito do que o autor sabe ou representou ou calculou, pois estes são processos internos não alcançáveis.⁹²⁰

Sem romper com a doutrina majoritária, Busato não inova senão na fundamentação filosófica da ausência de ação nos casos de inconsciência, como hipnose, narcose, sonambulismo *etc.*

10.4.3.2 Outros patamares de pretensão

Além da pretensão de relevância, estipula-se, como segunda etapa rumo à pretensão geral da norma, a *pretensão de ilicitude*. Essa pretensão de ilicitude comporta (1) a antijuridicidade formal, composta por causas de justificação (chamadas de permissões fortes)

⁹¹⁸ “(...) os impulsos irresistíveis de caráter interno, como o arrebatamento ou qualquer outra manifestação intensa passional, não são caracterizadores da coação irresistível”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.281.

⁹¹⁹ É o que se deduz, por exemplo, do seguinte trecho: “Ora, Luzón percebe a justiça da decisão, mas entende que ela está mal fundamentada. (...) De outro lado, se é que, como Luzón, se parte de um conceito meramente ontológico de ação, os atos reflexos em nenhum caso podem ser geradores de responsabilidade penal, posto que excluem *sempre* a ação”. Idem, p.285; “Os jornais noticiavam que, durante uma audiência judicial, no interior de São Paulo, ao lhe serem indeferidas perguntas pelo juiz, o advogado sorriu. E por causa deste riso, foi ele preso em flagrante pela prática do crime de desacato” e “O riso espontaneamente produzido, como resposta incoercível a determinados estímulos sócio-culturais, não pode de forma alguma ser típico com respeito a qualquer delito, porque não constitui ação”. JURISPRUDÊNCIA. Revista de Direito Penal. nº 19/20, jul.-dez., 1975. Rio de Janeiro: ICP. p.111 e 112.

⁹²⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral...* p.286. Ainda: “Mas tampouco parece admissível que a vontade consciente apontada pelo finalismo seja o fator diferenciador entre a ausência e a presença de ação nas hipóteses de reações automatizadas”. Ibidem.

e causas de exclusão da responsabilidade (chamadas de permissões fracas); (2) a “intenção subjetiva” (equivalente aos elementos subjetivos do tipo), a qual revelaria o compromisso de violação do bem jurídico, a qual não mais remete à ação e, sim, à possibilidade de imputação do delito. Essa “intenção subjetiva” se manifesta como dolo ou culpa, no dolo como compromisso de atuar e na culpa como (dupla) ausência de compromisso (em relação ao resultado e ao dever de cuidado). Assim, além de normatizar os elementos subjetivos do tipo, dá-se um matiz estranhamente subjetivo à culpa (por trata-la como “intenção subjetiva”)⁹²¹.

Em um terceiro nível, observa-se a *pretensão de reprovação* (equivalente a um juízo de culpabilidade), quando, se era exigível uma conduta conforme o direito, torna-se possível um juízo de reprovação diante da realização de um ilícito. A pretensão de reprovação divide-se em (1) imputabilidade ou capacidade de ser objeto reprovação e (2) consciência da ilicitude, a qual serve para dar conta dos casos de erro de proibição⁹²².

É adotada também, enfim, uma pretensão de necessidade de pena como um requisito adicional do delito. Isso suscita igualmente um certo retorno às antigas discussões sobre se os requisitos de punibilidade do delito deveriam constar como componentes na teoria do delito, ao lado da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade⁹²³.

10.4.4 Considerações finais

O componente valorativo da ação pode ser determinado de forma prévia aos critérios normativos propriamente ditos⁹²⁴. Em princípio, apenas a concepção funcionalista parte imediatamente do tipo como elemento base. Como se viu, no entanto, essa distinção é um tanto nebulosa quando se perde critérios objetivos de delimitação da ação (trabalhando-se com critérios de aparência) e o tipo de ação passa a ser um elemento teórico central. Em especial quando se nota que, como é o contexto social que informa a significação normativa, o

⁹²¹ “O que se verifica aqui é a intenção a que alude o sentido da ação, é dizer, se a ação realizada manifesta o compromisso de atuar por parte do autor, caso em que haverá dolo, ou se há uma dupla ausência de compromisso: com o resultado típico e com a possibilidade de evita-lo, caso em que está presente a falta de dever de cuidado que caracteriza a imprudência, isso sim, analisada aqui desde um ponto de vista eminentemente subjetivo, já que a análise de violação do dever objetivo já figura na pretensão de relevância”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral... p.260.

⁹²² Idem, p.260-1.

⁹²³ Apesar dessa última pretensão se diferenciar um pouco da punibilidade: “Aqui já não se trata tão só da análise de condições objetivas de punibilidade ou de causas pessoais de exclusão da pena, senão que se inserem também as causas pessoais de anulação ou suspensão da pena, graça, anistia e todos os demais institutos que afastam a possibilidade de aplicação da pena no caso concreto, quer derivadas ou não da lei”. Idem, p.261.

⁹²⁴ “Assim, a ação não é o sentido de um substrato típico, mas o sentido de um substratosocial”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação*... p.193.

significado social de conduta coincidirá com o significado dogmático⁹²⁵ – pelo que se aludiu a um “senso comum” e a uma facilitação da flexibilização do conceito.

Não é o tipo que condiciona a ação nem vice-versa. É o interesse social na tipificação de uma determinada conduta (ação ou omissão) expresso na recepção comunicativa da norma, que identifica e determina seu significado ou sentido. (...) Assim, a verificação de se existe ou não ‘ação relevante para o Direito penal deve começar pela verificação de se tal ação pertence a algum dos tipos de ação definidos na lei penal’.⁹²⁶

Também se faz sentir a herança habermasiana, quando se trata da teoria da norma. Isso acontece porque Busato segue Vives Antón em fundamentar a norma não sobre a antiga discussão valoração-determinação, mas sobre as pretensões que as normas perseguem. E a pretensão principal deve ser a de justiça. E, assim, recupera-se a ideia de um abandono de pretensões de verdade (que caracterizariam as antigas ciências sociais e os antigos modelos de delito) para se optar por pretensões de validade e legitimidade (dos modelos compreensivos de ciências sociais e de dogmática penal)⁹²⁷. Com isso, recupera-se a questão da justificação procedimental das normas e transparece mais um traço da inclinação idealista da herança habermasiana⁹²⁸.

É confirmada a ideia (de Habermas) de ser, a norma, um instrumento de comunicação entre sociedade e indivíduo, fundado sobre valores comuns e exigências recíprocas⁹²⁹. No entanto, essa concepção incorpora também o olhar idealista de Habermas sobre a sociedade e o Estado, segundo o qual os valores não se contrapõem e os postulados de uma democracia procedimental são respeitados, tornando possível caracterizar-se uma relação de reciprocidade entre Estado e cidadão.

⁹²⁵ “A mesma ‘configuração social’ que estabelece o ‘sentido da ação’ determina também a escolha normativa dos tipos de ilícito. Logo, é forçoso admitir que o significado da ação relevante para o direito penal deve ser coincidente com o significado do estabelecimento dos tipos penais”. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação...* p.192.

⁹²⁶ Idem, p.193-4.

⁹²⁷ Idem, p.194-6.

⁹²⁸ “A pretensão de legitimidade da norma se expressa através de um fundamento racional, traduzido na obediência aos direitos e garantias fundamentais das pessoas enquanto tais. (...) Por outro lado, a pretensão de validade, deve ser resolvida mediante a elaboração dogmática, ou seja, a norma será válida quando obedecer a uma série de afirmações parciais desta em face da ação apreciada, compondo perguntas, a respeito da relevância, da ilicitude, da reprovabilidade e da necessidade de pena”. Idem, p.197.

⁹²⁹ Idem, p.197.

11 UM NOVO HORIZONTE TEÓRICO PARA O FINALISMO

Lukács atribui um papel de destaque ao trabalho na gênese do ser social porque as outras categorias já teriam, para ele, um caráter puramente social. Suas manifestações pressupõem que o salto de ser orgânico para ser social já ocorreu; e, assim, suas propriedades e seu modo de operar só se manifestam quando o ser social já se constituiu. Apenas o trabalho, enquanto inter-relação entre sociedade e natureza (orgânica e inorgânica), possui essencialmente o caráter transicional entre ser biológico e ser social⁹³⁰.

No entanto, é preciso ter claro que com essa consideração isolada do trabalho aqui presumido se está efetuando uma abstração; é claro que a socialidade, a primeira divisão do trabalho, a linguagem *etc.* surgem do trabalho, mas não num sucessão temporal claramente identificável, e sim, quanto à sua essência, simultaneamente.⁹³¹

Sob um prisma específico, a linguagem é uma ferramenta indispensável – e pressuposto – para o processo de trabalho de incontáveis atividades. Mas não se pode dizer isso sob uma perspectiva ontológica, quando o trabalho assume a posição de pressuposto. É em seu metabolismo com a natureza por meio do trabalho que, através da proposição de finalidades, o ser humano consegue desenvolver o pensamento abstrato necessário para desenvolver a fala⁹³².

O problema não é tanto o reconhecimento do caráter ontológico do trabalho, porque diversos pensadores com profundos vínculos com a existência social, como Aristóteles e Hegel, perceberam-no. O problema na verdade é que muitos deles estenderam a categoria da teleologia para além do trabalho ou da práxis humana, utilizando-a para compreender o mundo orgânico, a história *etc.* A teleologia foi, assim, alçada por muitos ao patamar de categoria cosmológica compreensiva⁹³³.

⁹³⁰ LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do Ser Social II*. São Paulo: Boitempo, 2013. p.44.

⁹³¹ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.44. Ainda: “É claro que jamais se deve esquecer que qualquer estágio do ser, no seu conjunto e nos seus detalhes, tem caráter de complexo, isto é, que as suas categorias, até mesmo as mais centrais e determinantes, só podem ser compreendidas adequadamente no interior e a partir da constituição global do nível de ser de que se trata. E mesmo um olhar muito superficial ao ser social mostra a inextricável imbricação em que se encontram suas categorias decisivas, como o trabalho, a linguagem, a cooperação e a divisão do trabalho, e mostra que aí surgem novas regulações da consciência com a realidade e, por isso, consigo mesma *etc.*”. Idem, p.41.

⁹³² “Desse modo é enunciada a categoria ontológica central do trabalho: através dele realiza-se, no âmbito do ser material, um pôr teleológico enquanto surgimento de uma nova objetividade. Assim, o trabalho se torna o modelo de toda práxis social, na qual, com efeito – mesmo que através de mediações às vezes muito complexas –, sempre se realizam pores teleológicos, em última análise, de ordem material.”. LUKÁCS, György. Op. Cit. p.47.

⁹³³ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.48. Ainda: “A referência que fazemos às religiões está fundada na constituição da teleologia enquanto categoria ontológica objetiva. Vale dizer que, enquanto a causalidade é um princípio de

Uma compreensão teleológica da história e da natureza tem um duplo significado insustentável: primeiro que ambas devem possuir uma finalidade e, segundo, que seu desenvolvimento, no todo como nas nuances, foi produzido por um autor consciente. As formulações de fundo religioso (as quais prosperaram de forma mais extensa até os séculos XVIII e XIX) explicam-se pela necessidade humana primordial de que a existência tenha um sentido; também os resquícios dessas doutrinas, cujos princípios foram desconstruídos pela ciência, nos dias atuais explicam-se por esse motivo⁹³⁴.

Esse é um dilema que se evidencia fortemente em Kant. Ele caracteriza genialmente a essência ontológica da esfera orgânica do ser definindo a vida como uma ‘finalidade sem escopo’. Demole, com sua crítica correta, a teleologia superficial das teodiceias dos seus predecessores, para os quais bastava que uma coisa beneficiasse a outra para ter como realizada uma teleologia transcendente. Desse modo, ele abre o caminho para o conhecimento correto dessa esfera do ser, uma vez que se admite que conexões necessárias apenas em termos causais (e, portanto, ao mesmo tempo acidentais) originem estruturas do ser em cujo movimento interno (adaptação, reprodução do indivíduo e do gênero) operem legalidades que, com razão, podem ser chamadas de objetivamente finalísticas com respeito aos complexos em questão.⁹³⁵

Kant, contudo, não consegue levar às últimas consequências sua conclusão de uma ‘finalidade sem escopo’ porque tenta esclarecer questões ontológicas a partir da teoria do conhecimento. Ademais, sua teoria do conhecimento objetivo tinha por horizonte a matemática e a física, levando-o a concluir pela inaplicabilidade de suas formulações na esfera da biologia. Irresolvido o problema ontológico, emergem as especulações transcendentais como meio de solução para as questões postas, abrindo-se a possibilidade de soluções teleológicas⁹³⁶.

Pensamos especialmente na concepção – depois de importância decisiva para Schelling – do *intellectus archetypus* intuitivo, cuja existência, segundo Kant, ‘não contém contradição alguma’, e que poderia resolver tais questões, embora nós homens não o possuamos. Dessa forma, o problema da causalidade e da teleologia

automovimento que repousa sobre si próprio e mantém esse caráter mesmo quando uma cadeia causal tenha o seu ponto de partida num ato de consciência, a teleologia, em sua essência, é uma categoria posta: todo processo teleológico implica o pôr de um fim e, portanto, numa consciência que põe fins. Pôr, nesse contexto, não significa, portanto, um mero elevar-à-consciência, como acontece com outras categorias e especialmente com a causalidade; ao contrário, aqui, com o ato de pôr, a consciência dá início a um processo real, exatamente ao processo teleológico”. Idem, p.48.

⁹³⁴ Idem, p.48.

⁹³⁵ Idem, p.49.

⁹³⁶“Com efeito, numa passagem que ficou célebre, ele diz: ‘É humanamente absurdo até o simples conceber de tal empreendimento, ou esperar que um dia surja um Newton, eu torno compreensível nem que seja a produção de um colmo de capim por meio de leis naturais não dirigidas por alguma finalidade [...]’. A índole problemática dessa declaração não decorre apenas do fato de que, menos de um século depois, ela foi refutada pela teoria da evolução, ainda na primeira formulação darwiniana. Engels, depois de ler Darwin, escreve a Marx: ‘Sob certo aspecto, a teleologia não tinha sido derrotada até o momento, mas agora foi’. E Marx, embora fazendo objeções ao método de Darwin, observa que o livro dele ‘contém os fundamentos histórico-naturais do nosso modo de ver as coisas’”. Idem, p.50.

se apresenta, do mesmo modo, na forma de uma – para nós – incognoscível coisa em si.⁹³⁷

Marx não reconhece qualquer teleologia fora do trabalho, da práxis humana. A perscrutação de uma teleologia no trabalho, em Marx, distingue-se substancialmente da de seus antecessores (como Aristóteles e Hegel) porque ele não a afirma como uma entre diversas teleologias em inúmeras formas fenomênicas, mas como a única teleologia em exercício na realidade e ontologicamente demonstrável. Desse ponto de partida, nota-se que a teleologia só se torna parte da realidade enquanto pôr e sua fundamentação (no trabalho) explica-se pela impossibilidade do processo de trabalho se não pressupusesse esse pôr teleológico⁹³⁸.

A delimitação da teleologia ao trabalho (entendido como modelo da práxis) e sua ausência em outros modos do ser não implica em uma limitação do seu significado. Há, sim, a correta percepção dos significados, pois, como o ser social se fundamenta sobre a vida orgânica, só pode constituir-se como modo específico do ser porque há um pôr teleológico real em sua base⁹³⁹.

A construção de um sistema composto tanto pela causalidade quanto pela teleologia tem consequências realmente inovadoras. A tradição filosófica geral é um grande exemplo das disputas teóricas travadas entre concepções fundadas na causalidade ou na teleologia. Mesmo Kant é um exemplo do cunho aparentemente incompatível entre essas duas perspectivas⁹⁴⁰.

As concepções de cunho teleológico precisavam reconhecer uma hierarquia na qual a teleologia situava-se hierarquicamente acima da causalidade, mesmo quando simplesmente reconhecia a Deus o papel de força original de um processo que segue por conta própria e de forma causal, para poder criar um sistema minimamente harmônico. O materialismo pré-marxista, por sua vez, em um esforço por desconstruir e se contrapor às concepções transcendentais de mundo, acabava por esvaziar qualquer possibilidade de teleologia. Somente em Marx pode se vislumbrar de forma inovadora uma tentativa de articular causalidade e teleologia⁹⁴¹.

⁹³⁷ Idem, p.50-1.

⁹³⁸ Idem, p.51.

⁹³⁹ “Essa maneira de ser do trabalho sem dúvida também foi claramente compreendida por Aristóteles e Hegel; mas, na medida em que tentaram interpretar de maneira igualmente teleológica o mundo orgânico e o curso da história, viram-se obrigados a presença, neles, de um sujeito responsável por esse pôr necessário (em Hegel, o espírito universal), resultando disso que a realidade acabava por transformar-se inevitavelmente num mito”. Idem, p.51-2.

⁹⁴⁰ Idem, p.52.

⁹⁴¹ “Para compreender com clareza como isso acontece podem também utilizar as análises do trabalho de Aristóteles e de Hegel. Aristóteles distingue, no trabalho, dois componentes: o pensar (nóesis) e o produzir (póiesis). Através do primeiro é posto o fim e se buscam os meios para sua realização; através do segundo o fim

A investigação dos meios para se atingir determinados fins traz consigo a necessidade do conhecimento causal-objetivo dos processos que podem levar a essa finalidade previamente colocada. Por isso a decantação em duas etapas independentes do *nóesis* aristotélico por Hartmann – pôr de fins e a investigação de meios – foi tão importante, pois só assim revelou-se a interligação entre causalidade e teleologia⁹⁴².

A relação fim-meio, em si, não produz nada novo se a realidade (em primeira análise natural, mas em nível aprofundado também a social) permanece inalterada, se as legalidades dos complexos que compõem a realidade operam de forma a ignorar as ideias dos sujeitos. A investigação, portanto, tem um duplo papel: desvelar as conexões que regem os objetos analisados e revelar novas conexões, com novas possibilidades de realização do fim proposto⁹⁴³.

O processo de trabalho e o papel da finalidade parecem ter sido profundamente compreendidos por Hegel, ele compreende que algo de novo surge da manipulação das forças da natureza sem que haja uma mudança interna. Em outras palavras, o ser humano pode, a partir do trabalho, extrair consequências e usos inteiramente novos da natureza, a partir de articulações inéditas entre as propriedades da natureza e suas leis gerais, imprimindo funções e instrumentalidades também inéditas⁹⁴⁴.

Considerando, porém, que isso só pode acontecer no interior do caráter ontológico insuprimível das leis da natureza, a única mudança das categorias naturais só pode consistir no fato de que estas – em sentido ontológico – tornam-se postas; esse seu caráter de terem sido postas é a mediação da sua subordinação ao pôr teleológico determinante, mediante o qual, ao mesmo tempo que se realiza um entrelaçamento

posto chega à sua realização. N. Hartmann, por seu turno, divide analiticamente o primeiro componente em dois atos, o pôr do fim e a investigação dos meios, e assim torna mais concreta, de modo correto e instrutivo, a reflexão pioneira de Aristóteles, sem lhe alterar imediatamente a essência ontológica quanto aos aspectos decisivos. Com efeito, tal essência consiste nisto: um projeto ideal alcança a realização material, o pôr pensado de um fim transforma a realidade material, insere na realidade algo de material que, no confronto com a natureza, representa algo de qualitativamente e radicalmente novo. (...) Neste sentido, podemos dizer que Aristóteles foi o primeiro a reconhecer, do ponto de vista ontológico, o caráter dessa objetividade, inconcebível partindo da ‘lógica’ da natureza”. Idem, p.53.

⁹⁴² Idem, p.53-4.

⁹⁴³ “Embora tendo provocado muita confusão com a ampliação do conceito de teleologia, Hegel, apesar disso, compreendeu corretamente, muito cedo, esse caráter do trabalho. Nas suas aulas de Iena de 1805 diz ele: ‘A atividade própria da natureza – elasticidade da mola de um relógio, água, vento – é empregada para realizar, na sua existência sensível, algo inteiramente diverso daquilo que ela quereria fazer; a sua ação cega é transformada numa ação conforme a um fim, no contrário de si mesma’, enquanto o homem ‘deixa que a natureza se desgaste, fica olhando tranquilamente, governando apenas, com pouco esforço, o conjunto’. Vale a pena notar que o conceito de astúcia da razão, tão importante na filosofia da história de Hegel, aparece aqui, na análise do trabalho, talvez pela primeira vez. Ele vê com precisão os dois lados desse processo: por um lado, o pôr teleológico ‘simplesmente’ faz uso da atividade que é própria da natureza; por outro, a transformação dessa atividade torna-o o contrário de si mesmo. Isso significa que essa atividade natural se transforma numa atividade posta, sem que mudem, em termos ontológico-naturais, os seus fundamentos”. Idem, p.54-5.

⁹⁴⁴ Idem, p.54-5.

posto de causalidade e teleologia, tem-se um objeto, um processo etc. unitariamente homogêneo.⁹⁴⁵

O confronto entre natureza e trabalho heterogêneos, assim como entre meios e fins heterogêneos, produz um pôr (teleológico) algo unitário e homogêneo. Mas essa homogeneização enfrenta alguns limites, como (a) a correta compreensão dos nexos causais, que pode transformar um potencial pôr teleológico em mera aspiração natimorta; e (b) sua capacidade de mascarar a importância da investigação dos meios para o sucesso do pôr, que pode ser ofuscada pela subordinação dos meios aos fins. O pôr teleológico nasce de uma necessidade social, mas só se torna verdadeiramente o pôr de um fim quando a investigação dos meios – ou seja, o conhecimento da natureza – atinge um nível adequado. Caso contrário é apenas uma pretensão sem qualquer efeito sobre a realidade⁹⁴⁶.

Os processos e os objetos naturais possuem inúmeras propriedades e inter-relações com o mundo, mas apenas um número restrito deles é funcionalizado no sentido do pôr teleológico; e, ao serem pensados em razão de uma importância positiva ou negativa, são homogeneizados. Isso implica na desnecessidade de uma reprodução cognitiva das infinitas propriedades dos processos e objetos naturais sobre os quais se debruça o trabalho, nem sequer de forma aproximativa. Caso contrário, o trabalho teria sido concretamente inviabilizado em seus momentos mais primitivos, o que não foi o caso⁹⁴⁷.

É possível reconhecer-se uma dialética entre a correção estrita na esfera do pôr teleológico e a correção quanto ao ser em-si da natureza como um todo, porque o primeiro é relativamente independente do segundo. Em outros termos, a correta apreensão das conexões causais necessárias para a finalidade proposta por um pôr específico pode ocorrer mesmo quando ele – ainda que bem sucedido – seja permeado por incongruentes representações gerais dos processos e dos objetos naturais no que diz respeito ao conhecimento da natureza em sua totalidade⁹⁴⁸.

⁹⁴⁵ Idem, p.55.

⁹⁴⁶ Idem, p.55-6. Como a tentativa supersticiosa para o direito penal.

⁹⁴⁷ Idem, p.56.

⁹⁴⁸ “Contudo, a homogeneização entre fim e meio, da qual falamos acima, deve ser delimitada dialeticamente e assim tornada mais concreta também de outro ponto de vista. Desde já, a dupla socialização do pôr do fim – que, de um lado, nasce da necessidade social e, de outro, precisa satisfazer tal necessidade, enquanto o caráter natural dos substratos dos meios que a realizam impele a práxis, nesse momento, para dentro de um ambiente e uma atividade constituídos de outra maneira – cria uma heterogeneidade de princípio entre fim e meio. Sua superação, mediante a homogeneização do pôr esconde, em si, como acabamos de ver, uma problemática importante, o que significa que a simples subordinação dos meios ao fim não é tão simples como parece à primeira vista. Nunca se deve perder de vista o fato simples de que a possibilidade de realização ou fracasso do pôr do fim depende absolutamente de até qual ponto se tenha, na investigação dos meios, conseguido transformar a causalidade natural em uma causalidade – falando em termos ontológicos – posta”. Idem, p.56.

Hegel também, em sua ciência da lógica, acentua a importância dos meios em relação aos fins, pois, para ele, assim como é o termo médio do silogismo que permite a realização da conclusão final, os meios de realização das necessidades seriam superiores aos fins almejados, os quais seriam sempre efêmeros. Ele ressalta também o papel dos meios no domínio sobre a natureza exterior, contrapondo (em um esforço dialético) que pelo fim o homem se sujeita à natureza. Por tais conclusões, Hegel se aproxima muito de uma correta percepção acerca das relações entre meio e fim⁹⁴⁹.

Individualmente considerado, o meio frequentemente tem uma longevidade maior que as necessidades a serem satisfeitas, mas esse contraste perde brilho quando se leva em consideração o conjunto das necessidades em um quadro social amplo. Apesar da satisfação das necessidades imediatas individuais serem superadas ou esquecidas, a satisfação das necessidades em nível social persiste por muito mais tempo⁹⁵⁰.

Se é verdade, como se alega aqui, em acordo com as afirmações de Marx, que a humanidade só se propõe questões que pode responder, ou seja, que suas finalidades postas são socialmente limitadas, então, tampouco é inteiramente correta a constatação hegeliana de uma submissão, pelos fins, do homem à natureza externa. A grande limitação às finalidades apoia-se principalmente sobre o desenvolvimento social⁹⁵¹.

O desvelamento de determinadas conexões causais nesse sentido, sua aplicação e a experiência que se forma disso representa, no trabalho, o meio para um fim específico e único. Isso, contudo, possui a importante propriedade de ser objetivamente aplicável a outras finalidades, ainda que sejam bastante destoantes entre si. Se por um longo decurso temporal houve apenas uma consciência prática das coisas – das finalidades e das realizações dessas finalidades –, basta que tenha havido apenas uma utilização bem sucedida em uma esfera heterogênea da originalmente intentada para que se possa constatar a inauguração de uma abstração. Trata-se de um correto pensar abstrato que possui já na sua estrutura elementos centrais do pensamento científico⁹⁵².

⁹⁴⁹ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.57-8.

⁹⁵⁰ “Se recordarmos a inter-relação entre produção e consumo delineada no capítulo sobre Marx, podemos ver como o consumo não apenas mantém e reproduz a produção, mas também exerce, por sua vez, certo influxo sobre a produção. Naturalmente, como vimos naquele capítulo, a produção é o momento predominante naquela relação (aqui: os meios no pôr teleológico), enquanto a contraposição hegeliana, em consequência de suas demasiado bruscas confrontações, deixa de lado seu significado social real”. LUKÁCS, György. Op. Cit. p.58.

⁹⁵¹ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.58. Ainda: “Em quarto lugar, é preciso ainda sublinhar que a investigação dos objetos e processos na natureza que precede o pôr da causalidade na criação dos meios é constituída essencialmente por atos cognitivos reais, ainda que durante muito tempo não tenha sido reconhecida conscientemente, e desse modo contém o início, a gênese da ciência”. Idem, p.59-60.

⁹⁵² “(...) a história mostra exemplos nos quais as aquisições do trabalho, elevadas a um nível maior de abstração (...), podem se converter em fundamento de uma consideração puramente científica da natureza. Uma tal gênese

Se, como fazem as doutrinas idealistas, a teleologia típica do trabalho humano é estendida para todo o mundo, nos moldes de uma concepção mística da realidade, a distinção entre sociedade e natureza perde todo o seu substrato. Quando, então, as correntes idealistas tentam recuperar uma distinção entre homem e natureza, fazem-no recorrendo a uma contraposição entre espírito (frequentemente representado pela consciência humana) e matéria. Consequentemente, o metabolismo homem-natureza, de onde surge seu traço distintivo, é crescentemente apagado nessas concepções idealistas⁹⁵³.

Com a emersão do trabalho, enquanto realização do pôr de um resultado ideado e adequado e enquanto realização contínua do novo (habilitado e habilitando o pensamento abstrato), a consciência humana, segundo Lukács, deixa de ser um mero epifenômeno, deixa de ser estritamente subordinada à existência biológica⁹⁵⁴.

A manifestação da consciência compõe-se, como já foi indicado, de dois momentos: do mais aproximado espelhamento possível da realidade circundante; e (seu desdobramento) o pôr das conexões causais necessárias à finalidade. São esses dois atos heterogêneos, indispensavelmente complementares na composição do complexo do trabalho, que formam a base da especificidade ontológica do ser social. A separação entre sujeito e objeto é uma consequência do processo de trabalho. No espelhamento da realidade como requisito para a realização do trabalho, como premissa para o fim e os meios do trabalho, o sujeito termina por se distanciar do objeto que ele quer modificar. Sujeito e ambiente, então, diferenciam-se⁹⁵⁵.

Também é no espelhamento da realidade que se pode perceber a ideação da realidade destacando-se da própria realidade. Essa ideação cristaliza-se formando uma “realidade” *sui generis*, que se diferencia da realidade propriamente dita, uma proto-realidade se preferir, pertencente à consciência. Justamente por ser uma reprodução da realidade, essa realidade-ideada diferencia-se da realidade mesma, uma não é a outra. Por ser algo qualitativamente

da geometria é, por exemplo, universalmente conhecida. (...) É, portanto, a partir da tendência intrínseca de autonomização da investigação dos meios, durante a preparação e execução do processo de trabalho, que se desenvolve o pensamento cientificamente orientado e que mais tarde se originam as diferentes ciências naturais”. Idem, p.60.

⁹⁵³ “Não surpreende, então, que o terreno da atividade propriamente dita do homem, ou seja, o seu metabolismo com a natureza, do qual ele provém, mas que domina cada vez mais mediante a sua práxis e, em particular, mediante o seu trabalho, perca sempre mais valor e que a única atividade considerada autenticamente humana caia ontologicamente do céu pronta e acabada, sendo representada como ‘supratemporal’, ‘atemporal’, como mundo do dever-ser contraposto ao ser. (...) As contradições entre essa concepção e os resultados ontológicos da ciência da modernidade são tão evidentes que não merecem um exame mais detalhado. Tente-se, por exemplo, pôr ontologicamente de acordo a ‘derrelição’ da qual fala o existencialismo com a imagem proposta pela ciência a respeito da origem do homem. Pelo contrário, a realização põe tanto a vinculação genética quanto a diferença e a oposição ontologicamente essenciais: a atividade do ente natural homem sobre a base do ser inorgânico e o orgânico dele originado faz surgir um estágio específico do ser, mais complicado e mais complexo, precisamente o ser social”. Idem, p.61-2.

⁹⁵⁴ Idem, p.62.

⁹⁵⁵ Idem, p.64-6.

distinto, sua reprodução não pode ser de mesmo tipo ou natureza daquilo que reproduz. Tampouco pode reproduzir, conseqüentemente, a realidade de forma idêntica. O ser social pode, assim, ser ontologicamente decomposto em dois momentos heterogêneos, o ser e seu espelhamento na consciência⁹⁵⁶.

Esse distanciamento entre ser e espelhamento não se dissipa com o refinamento do conhecimento e com construções auxiliares, como a matemática. Sempre há a possibilidade de algum desvio, algum defeito nesse espelhamento do ser, mesmo que algumas possibilidades simples ou primitivas de erro estejam excluídas, outras mais complexas surgem no lugar. Se, de um lado, os processos de objetivação e distanciamento resultam na impossibilidade de reproduções idênticas da realidade, de outro, essas reproduções são sempre determinadas pelo pôr de finalidades. O espelhamento é, em outras palavras, determinado pela reprodução social da vida⁹⁵⁷.

É justamente essa determinação do espelhamento pelo pôr de finalidades o responsável, nos dizeres de Lukács, pela tendência sempre renovada de descoberta do novo. O espelhamento da realidade tem uma natureza necessariamente contraditória, pois, ao mesmo tempo em que é o oposto de qualquer ser reproduzido (por ser espelhamento não é ser), é o veículo para novas objetividades, as quais, por sua vez, podem reproduzir o ser social nos mesmos moldes ou não. A tendência do pôr teleológico pelo novo, todavia, é corrigida pela própria objetivação⁹⁵⁸.

A consciência, portanto, ao espelhar a realidade, adquire também o caráter de possibilidade ou *dýnamis* (δύναμις). Não se deve confundir – como faz Hartmann ao tratar da evolução de seres orgânicos – possibilidade e propriedade. A possibilidade pode ser expressa em termos de propriedade, de organismos se adaptarem a ambientes modificados, por exemplo. Uma coisa não se encerra necessariamente na outra, dado que o termo propriedade é usado predominantemente para designar um caractere já manifesto. Nem tudo que não se manifesta, aliás, é uma impossibilidade, mas por não se manifestar é frequentemente incognoscível. No entanto, a existência por vezes independe de sua cognoscibilidade⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ “Essa dualidade é um fato fundamental no ser social. Em comparação, os graus de ser precedentes são rigidamente unitários. A remissão ininterrupta e inevitável do espelhamento do ser, a sua influência sobre ele já no trabalho, e ainda mais marcantemente em mediações mais amplas (...), a determinação que o objeto exerce sobre seu espelhamento etc., tudo isso jamais elimina aquela dualidade de fundo. É por meio dessa dualidade que o homem sai do mundo animal”. Idem, p.66.

⁹⁵⁷ Idem, p.67.

⁹⁵⁸ Idem, p.67.

⁹⁵⁹ “Aristóteles reconhece corretamente a constituição ontológica do pôr teleológico quando estabelece um vínculo indissolúvel da essência desta e a concepção de *dýnamis*; (...) Aristóteles vê com clareza todos os paradoxos ontológicos dessa situação; ele afirma que ‘a realização segundo a essência é anterior à potência’ e indica resolutamente o problema modal aí contido: ‘Toda potência é, ao mesmo tempo, potência de duas coisas

As relações entre potência e essência não podem ser esclarecidas recorrendo-se estritamente a artifícios lógicos, como faz Aristóteles, pois não se trata de uma questão lógica, mas ontológica. O correto enquadramento dessa relação implica no correto enquadramento do trabalho enquanto complexo, de maneira a formular o mais corretamente possível as abstrações categoriais necessárias a sua melhor compreensão. A própria ideia de labilidade, usada por Hartmann, dá conta de uma faceta, mais geral e biológica, da possibilidade contida no ser social. Não se pode dar conta das formas mais desenvolvidas de possibilidades do ser social, todavia, recorrendo-se apenas à base da labilidade orgânica. É preciso reconhecer um hiato, que somente é preenchido pelo pôr teleológico típico da atividade humana.

A transição desde o espelhamento, como forma particular do não-ser, até o ser ativo e produtivo, do pôr nexos causais, constitui uma forma desenvolvida da *dýnamis* aristotélica, que pode ser considerada como caráter alternativo de qualquer pôr no processo de trabalho. Esse caráter aparece, em primeiro lugar, no pôr do fim do trabalho.⁹⁶⁰

As conexões causais naturais se desenrolam por si mesmas, bastando a verificação de suas condições. Já no trabalho, finalidade e causalidade são postas teleologicamente⁹⁶¹. Ao considerar-se, por exemplo, os meios de trabalho e o objeto do trabalho, eles são em si coisas naturais sujeitas em princípio a causalidades naturais. É a práxis que atribui a eles um pôr social. Ademais, é preciso que ao longo de todo o processo do trabalho haja uma constante reafirmação do caráter alternativo do pôr diante de cada processo de elaboração dos instrumentos porque a melhor elaboração depende do correto espelhamento da realidade. O processo de elaboração deve também ser corretamente orientado pela finalidade já proposta e o meio de trabalho depende igualmente da correta manipulação pelo sujeito. A constituição ontológica do processo de trabalho como modelo, e do pôr teleológico como um todo, faz dele um encadeamento de alternativas⁹⁶².

Ao mesmo tempo em que é um ato de consciência, a alternativa é também a categoria mediadora que torna possível ao espelhamento tornar-se o veículo do pôr de ente. O ente posto, lembre-se, nunca pode inteiramente prescindir de um fundamento natural (mesmo com

contrárias, uma vez que, se de um lado aquilo que não tem potência de existir não pode ser propriedade de coisa alguma, de outro lado tudo aquilo que tem a potência de existir também pode não transformar-se em ato. Consequentemente, aquilo que tem a potência de ser pode ser e também não ser; daí que seja a mesma coisa a potência de ser e de não ser”’. Idem, p.69.

⁹⁶⁰ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.70.

⁹⁶¹ “Não se pode deixar de perceber, quando se reflete, ainda que rapidamente, sobre qualquer processo de trabalho – mesmo o mais primitivo – que nunca se trata simplesmente da execução mecânica de um fim posto. A cadeia causal na natureza se desenrola ‘por si’, de acordo com a sua própria necessidade natural interna do ‘se... então’. No trabalho, ao contrário, como já vimos, não só o fim é teleologicamente posto, mas também a cadeia causal que o realiza deve transformar-se em uma causalidade posta”’. Idem, p.72.

⁹⁶² Idem, p.72.

o recuo da barreira natural). Isso se torna claro quando a propriedade do objeto se contrapõe ao pôr, como na deterioração daquilo que foi construído. Em razão disso, o caráter alternativo do trabalho (da práxis) continua a se manifestar em seu desenvolvimento – como reparo, supervisão *etc.* – de forma constantemente nova⁹⁶³.

As determinações do ser advêm, então, das determinações universais em concreto exercício na própria esfera do ser. Lukács vê no trabalho o elemento central que possibilitou a superação da esfera animal e da condição, da consciência, de epifenômeno. Há uma superação para o ser social na qual as outras formas de ser não foram suprimidas, e constituem, inclusive, a base material do ser social⁹⁶⁴.

O desenvolvimento mesmo da técnica nas sociedades aponta para projetos (ou modelos concebidos) resultantes de diversas alternativas inter-relacionadas (como na implantação de uma fábrica). A técnica em si, contudo, jamais será o fundamento único dessa decisão. O desenvolvimento técnico se combina e se relaciona com o desenvolvimento de outras esferas do ser social, como a economia⁹⁶⁵.

Se técnica e economia, por exemplo, têm uma necessária inter-relação, ela não se dá de forma homogênea. Em termos mais gerais, as etapas intelectuais do processo de trabalho são importantes, mas elas também sofrem uma determinação da necessidade que sua realização (ou produto) pretende satisfazer. O momento da decisão sobre alternativas não se dá, como querem alguns, nos contornos de uma liberdade abstrata não maculada por qualquer elemento externo⁹⁶⁶.

Além do mais, a ideia de um projeto não realizado dá a justa dimensão da ideia de potência em Aristóteles, pois um projeto ignorado – ainda que ele seja rico, bem estruturado e fundado em um espelhamento correto da realidade – permanece um não ente. E está em sincronia a afirmação marxiana de que o instrumento de trabalho (por mais simples que seja), no trabalho, de possibilidade se transforma em realidade. É necessário, então, que a alternativa seja realizada por meio do processo de trabalho para a potência transformar-se em ente⁹⁶⁷.

⁹⁶³ Idem, p.73.

⁹⁶⁴ “Somente olhando para trás a partir desse ponto é que podemos valorizar em toda sua extensão a *dynamis* descoberta por Aristóteles enquanto nova forma de possibilidade. Com efeito, o pôr fundamental tanto do fim quanto dos meios para torna-la realidade fixa-se, no curso do desenvolvimento, de modo cada vez mais acentuado, numa figura específica, e esta poderia fazer surgir a ilusão de que já seria em si algo socialmente existente. (...) Certamente, o caráter de alternativa da decisão de realizar o pôr teleológico torna-se ainda mais complexo, mas isso apenas aumenta a sua importância enquanto salto da possibilidade à realidade”. Idem, p.74.

⁹⁶⁵ Idem, p.74.

⁹⁶⁶ Idem, p.74-6.

⁹⁶⁷ Idem, p.75.

Não há, como aparece em tantos autores, um antagonismo absoluto entre alternativa e predeterminação, mesmo que se reconheça que a primeira se baseia na liberdade de decisão. A alternativa é uma alternativa concreta, para se realizar uma finalidade concreta, e estas foram produzidas pelo ser social (dentro do qual o sujeito que tomará a decisão vive). Tanto possibilidades de objetos (de finalidade) como as decisões que se tomam sobre as possibilidades sofrem determinações da esfera mais ampla do ser social⁹⁶⁸.

As condições estabelecidas nas quais estão imersas as ações humanas concretas nunca podem dar conta completamente dessas ações, ou seja, não se pode deduzir anteriormente em termos de necessidade os atos humanos das condições sociais nas quais ele se encontra. Contudo, analisados em conjunto esses atos formam tendências, padrões, tipos etc., que matizam sua própria singularidade. As proporções de atos divergentes e convergentes, esboçando tendências e padrões, ajudam a delinear melhor essa realidade contraditória⁹⁶⁹.

Superada a breve digressão sobre a relação entre possibilidade, liberdade e realidade, torna-se necessário focar de forma mais estrita no trabalho para explicitar o porquê ele serve como modelo de toda práxis. Lukács lembra, com razão, que no formato originário do trabalho, a “intencionalidade” deste estava orientada aos objetos naturais, apesar de despertada por necessidades sociais⁹⁷⁰.

Não é difícil considerar-se que o pôr teleológico é determinado socialmente, mas a questão não se encerra aí. As tendências precisam realizar-se por meio dos atos individuais, por isso, não é possível prescindir do momento da alternativa. É nesse sentido que, para uma melhor compreensão da categoria do trabalho, Lukács concebe a explicitação do papel da liberdade no pôr teleológico por sua vinculação à discussão sobre a alternativa⁹⁷¹.

Analisando em seu formato originário é possível entrever os elementos essenciais da práxis, os quais, hoje, em função do desenvolvimento e da complexidade das instituições, nem sempre são tão visíveis. O trabalho, assim, pode ser subdividido em duas partes: o pôr teleológico do sujeito como pressuposto para qualquer práxis; e a inter-relação homem-natureza como momento preponderante.

Desenvolveu-se também uma linha argumentativa conforme a qual a alternativa seria uma categoria que habilitaria a passagem da possibilidade para a realidade. Apesar de, como foi dito, a alternativa ser desencadeada por necessidades sociais, a satisfação de necessidade é um traço comum de diversas formas animais. Uma maior distinção do ser humano para outras

⁹⁶⁸ Idem, p.76.

⁹⁶⁹ Idem, p.76-7.

⁹⁷⁰ Idem, p.77.

⁹⁷¹ Idem, p.77.

formas de vida orgânica advém quando, entre o binômio necessidade-satisfação, se insere o trabalho como uma mediação. A interposição do trabalho entre necessidade e satisfação marca, concomitantemente ao primeiro impulso para o trabalho, sua constituição essencialmente cognitiva, uma vez que assinala a superação consciente da estrita espontaneidade biológica⁹⁷².

Apenas um correto espelhamento da realidade pode transformar a causalidade natural e indiferente à consciência, submetendo-a enquanto causalidade posta. Nesse processo surgem alternativas concretas que determinam tanto a finalidade como o meio pelo qual ela será perseguida. É dessa maneira que a potência é transformada em realidade. A outra face desse processo é a transformação do sujeito, ou como o sujeito, ao transformar o mundo, acaba por transformar também a si mesmo⁹⁷³.

A necessidade de subjugar a causalidade natural (com o correto espelhamento da realidade) indica a conquista do instinto pela consciência, a qual é reiterada a cada nova alternativa frente a cada novo problema no processo de trabalho – quando a consciência novamente se sobrepõe ao instinto⁹⁷⁴.

Pensando-se a partir do sujeito, como o pôr teleológico pressupõe um distanciamento, aquilo que poderia ser satisfeito imediatamente pelo instinto passa a ser satisfeito de forma mediada pela consciência. Se na maior parte dos trabalhos realizados a maioria dos atos parece possuir uma essência não consciente (ou instintiva), não se deve deixar enganar pela aparência, porque isso se deu em função de um condicionamento prévio consciente desses atos tornados reflexos. Por isso, mesmo tais reflexos condicionados pela experiência são passíveis de serem cancelados também por outras experiências, porque se originam desse pôr que, ao criar uma distância, estabelece fins e meios, bem como supervisiona e corrige a execução dos fins postos⁹⁷⁵.

⁹⁷² Idem, p.78.

⁹⁷³ Idem, p.79.

⁹⁷⁴ Idem, p.80.

⁹⁷⁵ “Não devemos nos confundir pela aparência de que em cada trabalho executado a maior parte dos atos singulares não mais possui um caráter diretamente consciente. O elemento ‘instintivo’, ‘não consciente’, baseia-se aqui na transformação de movimentos surgidos conscientemente em reflexos condicionados fixos. No entanto, não é isso que os distingue, em primeiro lugar, das expressões instintivas dos animais superiores, mas, ao contrário, o fato de que esse caráter não mais consciente é continuamente revogável, sempre pode acabar. Foram fixados por experiências acumuladas no trabalho, mas outras experiências podem, a cada momento, substituí-los por outros movimentos também fixos e revogáveis. A acumulação das experiências do trabalho segue, portanto, um duplo caminho, eliminando e conservando os movimentos usuais, os quais, porém, mesmo depois de fixados como reflexos condicionados, sempre guardam em si a origem de um pôr que cria uma distância, determina os fins e os meios, controla e corrige a execução”. Idem, p.81.

E com a autocriação do homem pelo homem, porque foge a sua mera existência biológica (resultante do desenvolvimento natural), surge um ser qualitativamente novo, o ser social⁹⁷⁶.

11.1 O trabalho é o modelo da práxis

Até agora buscou-se evidenciar como no trabalho já se pode vislumbrar, em traços gerais, diversas questões que ressurgem repetidamente de formas mais refinadas. Originariamente o trabalho diz respeito ao metabolismo homem-natureza e os atos individuais orientam-se no sentido da transformação de objetos naturais. A práxis social em suas formas mais desenvolvidas e complexas coloca em primeiro plano a ação sobre outros seres humanos, a qual apenas em última análise pode ser relacionada com a produção de valores de uso. Esse estágio ulterior de desenvolvimento também é constituído pelo pôr teleológico de causalidades, mas a essência desse pôr se constitui pela tentativa de arregimentar outrem a realizar por si mesmo o pôr teleológico em questão⁹⁷⁷.

Como foi exposto, o pôr teleológico provoca um distanciamento em função do espelhamento, um distanciamento entre ser e espelhamento. É em razão desse espelhamento que emerge, já tão estudada em filosofia, a relação sujeito-objeto. A articulação do pôr teleológico e do distanciamento, enquanto relação sujeito-objeto, provoca complementarmente o surgimento tanto da apreensão conceitual da realidade quanto sua manifestação pela linguagem⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Idem, p.82.

⁹⁷⁷ “Mais importante, porém, é deixar claro o que distingue o trabalho nesse sentido [originário] das formas mais desenvolvidas da práxis social. Nesse sentido originário e mais restrito, o trabalho é um processo entre atividade humana e natureza: seus atos estão orientados para a transformação de objetos naturais em valores de uso. Nas formas ulteriores e mais desenvolvidas da práxis social, destaca-se em primeiro plano a ação sobre outros homens, cujo objetivo é, em última instância – mas somente em última instância –, uma mediação para a produção de valores de uso. No entanto, o conteúdo essencial do pôr teleológico nesse momento – falando em termos inteiramente gerais e abstratos – é a tentativa de induzir outra pessoa (ou grupo de pessoas) a realizar, por sua parte, pores teleológicos concretos. Esse problema aparece logo que o trabalho se torna social, no sentido de que depende da cooperação de mais pessoas, independente do fato de que já esteja presente o problema do valor de troca, ou que a cooperação tenha apenas como objetivo os valores de uso. Por isso, esta segunda forma de pôr teleológico, no qual o fim posto é imediatamente um pôr do fim por outros homens, já pode existir em estágios muito iniciais”. Idem, p.83.

⁹⁷⁸ “Com efeito, palavra e conceito, linguagem e pensamento conceitual são elementos vinculados do complexo chamado ser social, o que significa que só podem ser compreendidos na sua verdadeira essência relacionados com a análise ontológica dele por meio do conhecimento das funções reais que eles exercem dentro desse complexo. É claro que em cada sistema de inter-relações dentro de um complexo de ser, como também em cada interação, há um momento predominante. Esse caráter surge em uma relação puramente ontológica, independente de qualquer hierarquia de valor. Em tais inte-relações os momentos singulares podem condicionar-se mutuamente, como no caso citado da palavra e do conceito, em que nenhum dos dois pode estar presente sem o outro ou então se pode ter um condicionamento no qual um momento é o pressuposto para a existência do

O estudo do trabalho como matriz ontológica do ser social colabora também no esclarecimento da relação entre linguagem e pensamento conceitual, uma antiga questão em filosofia. De acordo com o raciocínio estabelecido até agora, como o trabalho apresenta exigências para a sua execução que implicam na conversão das habilidades e possibilidades psicofísicas em termos de linguagem e pensamento conceitual, torna-se possível derivar a linguagem e o pensamento conceitual do trabalho. Passa, assim, a ser uma tarefa extremamente difícil compreender linguagem e pensamento conceitual prescindindo de elementos surgidos a partir do trabalho e, conseqüentemente, como condições pressupostas para o surgimento do trabalho⁹⁷⁹.

O processo de trabalho também tem outra clara implicação sobre o pensamento conceitual. Levando-se em conta a necessidade de um espelhamento objetivo da realidade para que se possa realizar as transformações queridas, esse indispensável espelhamento serve não somente ao controle e reparo da execução e, conseqüentemente, controle e reparo do próprio espelhamento. O espelhamento serve também para a sua própria generalização. Conforme as experiências adquiridas especificamente em um trabalho são usadas em outros, com a extensão de determinadas observações, antes particulares, essas adquirem gradualmente uma autonomia relativa, desvencilham-se pouco a pouco de seu motivo inicial⁹⁸⁰.

A independência relativa do espelhamento na consciência humana é pressuposto para desenvolvimentos ulteriores do trabalho, sua expansão e complexificação, assim como é o germe das ciências. A independência do espelhamento é o pressuposto da independência da teoria, do crescente desenvolvimento do trabalho. A consciência surge, assim, da reprodução humana, mas, mesmo chegando a altos graus de desenvolvimento e complexificação, nunca se desliga inteiramente de sua origem. Também por surgir do trabalho e para o trabalho, a consciência intervém contínua e reflexivamente no processo de auto-reprodução do homem⁹⁸¹.

Essa discussão reflete diretamente nas proposições filosóficas a partir do momento em que a teleologia típica do trabalho é extrapolada para a natureza e para a história. Em

outro, sem que a relação possa ser invertida. Essa última é a relação que existe entre o trabalho e os outros momentos do complexo constituído pelo ser social". Idem, p.85.

⁹⁷⁹ "É obviamente indiscutível que, tendo a linguagem e o pensamento conceitual surgido para as necessidades do trabalho, seu desenvolvimento se apresenta como uma ininterrupta e ineliminável ação recíproca, e o fato de que o trabalho continue a ser o momento predominante não só não suprime a permanência dessas interações, mas, ao contrário, as reforça e intensifica. Disso se segue necessariamente que no interior desse complexo o trabalho influi continuamente sobre a linguagem e o pensamento conceitual e vice-versa". Idem, p.85.

⁹⁸⁰ Idem, p.86.

⁹⁸¹ Idem, p.87.

perspectivas idealistas, quando a natureza e história possuíam finalidades pré-estabelecidas, cabia a causalidade o papel de instrumento executor dessa finalidade, assim como o papel de destaque reservado ao homem era estritamente contemplativo⁹⁸².

Não há outra forma de aproximar-se da correta compreensão da relação entre teoria e práxis, evocada pela independência do espelhamento, que não envolva um retorno à práxis como epicentro das determinações ontológicas do ser social. A lente mais importante, para essa correta apreciação, diz respeito à relação entre causalidade e teleologia, atribuindo-se, dentre as inúmeras concepções filosóficas que se posicionam diante dessa problemática, um papel central ao trabalho⁹⁸³.

A simples causalidade pode ser posta ou não, enquanto a teleologia só funciona enquanto teleologia posta. Por isso, para caracterizar corretamente um processo teleológico é preciso também uma correta avaliação – ontologicamente fundamentada – do sujeito que põe o processo. Algumas escolas filosóficas perdem isso de vista quando abrumam as distinções entre os pores causais apenas cognitivos e os reais, como acontece no hegelianismo. Não se trata de minimizar a relevância do pôr estritamente cognitivo – pressuposto para o pôr real –, mas de esclarecer que, enquanto permanece apenas no campo cognitivo, ele é apenas uma possibilidade (*dýnamis*)⁹⁸⁴.

Embora o pôr teleológico real pressuponha o pôr cognitivo, a transformação daquilo que é potencial (*dýnamis*) em real implica a necessidade de um ato, o qual se dá sob a insígnia de uma decisão sobre alternativas. A partir dessa relação de pressuposição, pode-se dizer que há entre os dois – pôr cognitivo e pôr real – uma relação de alteridade heterogênea⁹⁸⁵.

A devida relação entre teoria e práxis pode ser melhor entendida recorrendo-se também ao modelo do trabalho, em especial porque a relação entre os dois possui uma natureza eminentemente social, como se procurou mostrar até agora. Pode parecer paradoxal o recurso ao trabalho neste ponto porque se trata de um modelo caracterizado pelo interesse na realização de uma finalidade. No resgate a um modelo originário, como se tem feito aqui, todavia, o trabalho remete à inter-relação homem-natureza – e não, ainda, homem-homem e homem-sociedade – na qual o estrito caráter cognitivo dos atos estaria conservado da forma menos maculada possível, especialmente em comparação com as outras esferas de relação,

⁹⁸² Idem, p.88.

⁹⁸³ “Já nos referimos ao essencial dessa relação quando analisamos a estrutura dinâmica do trabalho: teleologia e causalidade não são, como até agora aparecia nas análises gnosiológicas ou lógicas, princípios mutuamente excludentes no desdobramento do processo, do ser-af e do ser-assim das coisas (...)”. Idem, p.89.

⁹⁸⁴ Idem, p.90.

⁹⁸⁵ Idem, p.90.

como a homem-sociedade, nas quais os interesses sociais passam a interferir crescentemente no espelhamento da realidade⁹⁸⁶.

O espelhamento voltado para generalizações apresenta importantes questões de fundo. A ciência, por exemplo, interpreta um papel de generalização de conexões muito específico, envolvendo um espelhamento desantropomorfizador da realidade. No entanto, quanto mais imediatos são os nexos representados, mais precisos devem ser os espelhamentos, sob o risco do insucesso da atividade⁹⁸⁷.

O espelhamento não é um elemento envolvido na gênese do trabalho, mas fruto dela. O esforço de generalizações de tipo científico envolve problemas que possuem implicações também sobre uma ontologia geral. É certo que o em-si da natureza é neutro em relação à sociedade, mas a apropriação pela consciência da ontologia (mesmo uma ontologia geral) não consegue ser neutra diante da práxis. As formas concretas da práxis sofrem, em razão dessa ligação entre teoria e práxis, amplas interferências das representações ontológicas da natureza⁹⁸⁸.

Analisadas as novas categorias e os novos complexos que elas compõem, quando do surgimento do ser social, é instigante pensar sobre quais mudanças precipitariam a transição de um ser biológico para um ser social. Após o devido destaque dado à teleologia e à causalidade posta, torna-se mais claro que a decisão – por seu caráter alternativo – é o pôr teleológico e sua realização. Uma melhor compreensão desses atos (teleológicos), então, passa pelo delineamento categorial da práxis caracterizada pelo dever-ser⁹⁸⁹.

Há, assim, uma inversão básica entre o ser biológico e o ser social: o primeiro sofre determinações do passado (no presente) em razão de uma determinada herança genética, combinada, talvez, com uma mudança no ambiente; no segundo, a conduta é direcionada pelo futuro (a finalidade proposta), determinando o desdobramento do presente. Frequentemente, mesmo quando se está diante de um mero processo causal-natural, não se trata de algo espontâneo, mas teleologicamente direcionado, distinguindo-os essencialmente de simples fatos da natureza. Isso ocorre com o emprego de forças naturais ou no tempo de espera da fermentação que dá no vinho⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ Idem, p.90.

⁹⁸⁷ Idem, p.92.

⁹⁸⁸ Idem, p.92.

⁹⁸⁹ Idem, p.98.

⁹⁹⁰ “Quando, então, observamos que o ato decisivo do sujeito é seu pôr teleológico e a realização deste, fica imediatamente evidente que o momento categorial determinante desses atos implica o surgimento de uma práxis caracterizada pelo dever-ser”. Idem, p.98.

O desenvolvimento do ser social enquanto uma nova forma de ser envolve não apenas grandes lapsos cronológicos, mas também um desenvolvimento gradual em direção ao predomínio das categorias específicas do novo ser. No caso do ser social, isso se caracteriza por uma crescente sobreposição do social sobre o natural (com a já mencionada ressalva da impossibilidade de sua completa supressão)⁹⁹¹.

Trata-se de um processo de especificação, envolvendo esse novo ser, que o idealismo se apresentou como incapaz de captar. O idealismo se limita a análises lógico-gnosiológicas das categorias já bem desenvolvidas e, por isso, ignora as questões que remetem a uma gênese explicável apenas ontologicamente. Consequentemente, a práxis é analisada estritamente em suas manifestações mais distantes de sua originária relação de metabolismo homem-natureza. O idealismo, assim, apaga frequentemente a especificidade do ser social⁹⁹².

O idealismo busca, então, dar conta da especificidade do ser social forjando uma esfera do dever-ser sem raízes, artificial, que passa a ser confrontada com o ser do homem em sua faceta estritamente natural. Em outras palavras, há uma fetichização da questão. Em Kant, por exemplo, há aquilo que Lukács chama de uma fetichização hipostasiante da razão, porque as alternativas apresentam-se como manifestações (mais ou menos adequadas) de preceitos absolutos; e não, como deveria ser, enquanto alternativas concretas⁹⁹³.

No pensamento idealista, em especial no pensamento kantiano, os imperativos morais, os quais dizem respeito ao dever-ser nas relações humanas, são transcendentalizados. Seu estofado é composto tanto por uma regra com força objetiva em relação a ação, quanto pelo ser, cuja vontade não se fundamenta exclusivamente na razão. Por isso, quando as considerações ontológicas são convidadas à discussão, isso é feito apenas para representar uma manifestação particular brotada da regra universalmente válida⁹⁹⁴.

A objetividade, para Kant, está na validade universal das regras e nada tem a ver com a esfera da práxis. Apesar disso, Kant nega o caráter de lei às máximas extraídas de sua metafísica dos costumes – seriam, sim, preceitos práticos – porque não podem prescindir das manifestações individuais de ação vinculadas à vontade, as quais ele (para dar conta de forma coerente em seu sistema) apresenta como patológicas⁹⁹⁵.

Em seu esforço de superar a concepção kantiana equivocada de dever-ser transcendente, Hegel trata o dever-ser como um modo fenomênico da moralidade, que só

⁹⁹¹ Idem, p.100.

⁹⁹² Idem, p.100.

⁹⁹³ Idem, p.101.

⁹⁹⁴ Idem, p.101.

⁹⁹⁵ Idem, p.101-2.

pode chegar a ser moralidade completa quando está em completo acordo com a comunidade. Em outros termos, o dever-ser é uma manifestação de algo que só se poderia alcançar plenamente no campo da eticidade, com a superação do próprio dever-ser (da moralidade) pela eticidade⁹⁹⁶.

Considerando-se o trabalho em sua forma originária como modelo da práxis, o dever-ser no trabalho determina não apenas a conduta do sujeito em relação ao processo de trabalho, mas conduta enquanto sujeito do processo de trabalho. Em sua forma originária (de metabolismo homem-natureza), a composição dos fins, meios, objetos etc. determina concomitantemente a própria essência do comportamento subjetivo⁹⁹⁷.

Acontece que o dever-ser do trabalho pode interpelar a subjetividade, recorrendo a alguns traços internos particulares, e isso se dá de tal forma que mudanças no interior do sujeito possibilitam um metabolismo homem-natureza mais apurado. O grande exemplo disso é o autodomínio do homem, ou o crescente controle sobre os impulsos e instintos biológicos. Quando se trata, porém, de influir sobre a atividade de outrem, a subjetividade de quem realiza a atividade (o pôr teleológico) assume um papel qualitativamente diferente quando comparada com um simples objeto natural; conseqüentemente, a própria autotransformação do sujeito vira objeto de pores teleológicos⁹⁹⁸.

Não obstante as pesadas diferenças que separam um pôr teleológico sobre um objeto natural e outro sobre sujeitos – os quais também produzem pores teleológicos –, ambos têm um significativo ponto comum: são relações estabelecidas a partir do dever-ser e, assim, as condutas do presente são regidas não pelo passado, pois o princípio determinante dessas ações é o pôr teleológico, com seu olhar voltado para o futuro. Isso explicita os problemas do materialismo vulgar em seu esforço por deduzir os fenômenos mais complexos diretamente dos mais simples⁹⁹⁹.

A questão do dever-ser traz consigo, também, indagações sobre a categoria do *valor*. E a relação que se estabelece entre ambos é de interdependência: tanto o dever-ser depende do valor (porque só consegue cumprir sua função de determinar a práxis subjetiva se aquilo que objetiva é valioso para os homens), quanto o valor depende do dever-ser, porque ele não

⁹⁹⁶ HEGEL, G.W.F. *Phenomenology of spirit*. Oxford: Oxford University Press, 1977. pp.263-294; LUKÁCS, György. Op. Cit. p.102-3.

⁹⁹⁷ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.104.

⁹⁹⁸ Idem, p.104-5.

⁹⁹⁹ Idem, p.105.

existiria na realidade se não pudesse colocar o dever-ser de sua realização como princípio norteador da práxis¹⁰⁰⁰.

A interdependência entre dever-ser e valor é frequentemente confundida com identidade. Para não se cometer esse erro aqui também, vale a pena salientar suas diferenças. Contudo, deve-se destacar que, apontadas as diferenças, não se suprime sua interdependência, ela apenas fica mais concreta. A título de especificação, portanto, o valor é o princípio de julgamento daquilo que foi realizado (do produto do trabalho) e, assim, influencia o próprio pôr da finalidade; já o dever-ser funciona mais como um regulador do processo em si¹⁰⁰¹.

Faz parte do valor a caracterização do produto de um processo de trabalho como valioso ou não. Mas esse valor atribuído seria uma qualidade objetiva de alguma coisa (que apenas se vê reconhecida por um ato valorativo do sujeito) ou fruto dos próprios atos de valoração? Essa caracterização, assim, pode ser abordada como objetiva ou subjetiva, dependendo da inclinação filosófica:

Se partirmos do fato de que o valor caracteriza o produto final de certo trabalho como provido ou desprovido de valor, devemos imediatamente perguntar: essa caracterização é objetiva ou subjetiva? O valor é uma propriedade objetiva de algo que, no ato valorativo do sujeito, é simplesmente reconhecido – de maneira certa ou errada – ou ele surge como resultado de tais atos valorativos?¹⁰⁰²

A resposta a esse questionamento envolve o reconhecimento de que o valor não pode ser extraído das propriedades naturais do objeto – tanto nas formas mais alterosas e espiritualizadas de valor (como os valores estéticos), quanto nas mais triviais (como é o caso do valor de uso na economia política de Marx). Os valores de uso são, em Marx, produtos do trabalho, frutos da transformação de objetos naturais¹⁰⁰³.

Os valores de uso são objetividades. São formas (objetivas) de objetividades sociais, traduzem objetivamente o metabolismo homem-natureza e, por isso, não estão sujeitos, em sua universalidade, a mudanças históricas – apesar de sofrerem transformações em suas formas fenomênicas. Deve-se notar que a utilidade só existe enquanto utilidade para um fim específico. Já no período inicial do trabalho se pode assinalar a utilidade particular que torna um objeto qualquer em um valor de uso para o ser humano¹⁰⁰⁴.

O caso de possuir a utilidade um claro cunho teleológico não implica, porém, na admissão de uma natureza subjetivista. Dito de outra forma, não se pode dizer que o valor de uso meramente surge como um fruto de atos subjetivos de avaliação ou valoração. Na

¹⁰⁰⁰ Idem, p.106.

¹⁰⁰¹ Idem, p.106.

¹⁰⁰² Idem, p.106.

¹⁰⁰³ Idem, p.107.

¹⁰⁰⁴ Idem, p.108.

verdade, esses atos avaliativos/valorativos subjetivos desvelam – trazem à consciência – uma utilidade objetiva do valor de uso, que é comprovada ou não pela composição objetiva do próprio valor de uso. Conforme Lukács, “é a constituição objetiva do valor de uso que demonstra a correção ou incorreção deles [os atos valorativos] e não o inverso”¹⁰⁰⁵.

Como é paradoxal, em um primeiro momento, considerar-se a utilidade como uma propriedade das coisas, porque sua utilidade não é uma concepção que brota da natureza como as árvores, as perspectivas filosóficas que se aproximaram da correta avaliação dessa categoria foram justamente as que possuíam algum cunho teológico. Seria preciso o recurso a essas perspectivas para se pensar que a utilidade de um animal estaria em servir de alimento ao homem – pense-se, por exemplo, na narrativa cristã da criação do homem. É porque as doutrinas teológico-filosóficas pensam o mundo a partir de um pôr teleológico que se torna possível pensar a utilidade como algo pertencente à propriedade de um objeto. Em razão disso, são algumas perspectivas teológicas que surpreendentemente oferecem as primeiras aproximações objetivistas para a compreensão da categoria da utilidade, muito embora suas respostas padecessem de um viés transcendente¹⁰⁰⁶.

Tudo isso, por conseguinte, ajuda a explicar porque o pensamento filosófico renascentista, quando busca se contrapor às concepções religiosas e explicar a origem do valor, coloca uma ênfase tão grande nos atos subjetivos. Essa discussão reverbera no Iluminismo, quando, por sua vez, os pensadores esforçavam-se por deduzir, sem qualquer mediação, os valores mais elevados da pura utilidade. Hegel, em contrapartida, tenta compor de forma lógica as contradições de se considerar a utilidade um valor fundante (como no Iluminismo) – a partir de uma teoria da contradição –, a fim de negar a recusa idealista da utilidade. Hegel pensa os valores superiores não a partir de uma recusa da utilidade (como no idealismo), mas a partir de sua superação (*Aufhebung*)¹⁰⁰⁷.

Diante de todo o exposto até agora, pode-se vincular a gênese do valor, em termos ontológicos, à questão da utilidade, porque, na produção de valores de uso, a satisfação das necessidades se dá por meio de alternativas entre o que é útil ou não. Ajuda a uma melhor compreensão, no contexto das discussões sobre a objetividade dos valores, lembrar que o pôr teleológico representa a concreta realização o valor, quando perseguido de forma correta¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵ Idem, p.108.

¹⁰⁰⁶ Idem, p.108-9.

¹⁰⁰⁷ Idem, p.109-11.

¹⁰⁰⁸ Idem, p.111.

A correta dimensão da concretude do valor importa, aliás, por conta de sua supervalorização abstrata pelo idealismo, por meio de uma sobrecarga da *ratio*¹⁰⁰⁹. Quando se analisa o valor também se deve destacar seu caráter não de racionalidade absoluta, mas de nexos concreto (se... então). Determinados instrumentos têm valor quando cumpridos alguns requisitos, e não de forma abstrata e indistinta. E a generalização dos pressupostos para esse nexos concreto não levam a uma esfera abstrata e absoluta, mas a uma abstração dirigida para a legalidade¹⁰¹⁰.

Quando se analisa a partir do metabolismo originário homem-natureza, o panorama geral sobre o dever-ser é mais claro e simples do que com a futura complexificação social, quando extrapola essa estrita inter-relação homem-natureza. É apenas com o posterior desenvolvimento da sociedade que surgem mediações e realizações, as quais pressupõem esse fundamento originário¹⁰¹¹.

A circulação de mercadorias, por exemplo, pressupõe o valor de troca e a divisão social do trabalho. E essa circulação de mercadorias, por outro lado, é o primeiro passo para a possibilidade de crises futuras. Vê-se, portanto, que a dinâmica econômica concreta é muito mais complexa do que o simples pôr teleológico do trabalho, mas isso não exclui sua relevância como modelo originário. Com a crescente complexificação das relações sociais não se torna mais possível ao homem dirigir com a certeza de antes – do trabalho simples – suas decisões. Mas o valor, que deveria ser constituído pelo pôr teleológico singular, já existe objetivamente nesses casos, e é assim que o indivíduo consegue direcionar seu pôr no sentido de um valor, mesmo que sem a certeza e a consciência apropriadas¹⁰¹².

Para se avaliar de forma correta a relação entre valor econômico e os demais valores da práxis é preciso não se deixar levar por algumas posições recorrentemente equivocadas, como os logicismos e o materialismo ontológico vulgar. O materialismo vulgar concebe as categorias mais complexas como resultados mecânicos das mais fundamentais, dissolvendo, conseqüentemente, a peculiaridade das categorias fundantes e criando uma falsa hierarquia entre umas e outras¹⁰¹³.

Já os logicismos entendem ser possível realizar deduções (de forma lógico-ontológica) a partir do conceito geral abstraído da estrutura e disposição das categorias. Com isso, cria-se (a) uma equivocada hierarquia lógico-sistemática entre conceitos – dentro de determinadas

¹⁰⁰⁹ Idem, p.111.

¹⁰¹⁰ Idem, p.111.

¹⁰¹¹ Idem, p.112.

¹⁰¹² Idem, p.113.

¹⁰¹³ Idem, p.117.

formações e vínculos, cuja peculiaridade se deve, na verdade, a seu engendramento histórico e a seu posterior desenvolvimento; (b) uma dissonância entre o conceito logicamente determinante e o ser original, levando a uma equivocada fixação da essência e das relações das categorias¹⁰¹⁴.

Já foi indicado aqui que a diferença central entre os pores teleológicos originários e aqueles em níveis mais altos está no fato de o primeiro almeja transformar a natureza e o segundo influir sobre a consciência de outrem. Quando se deixa essa etapa originária, no campo da economia desdobrada socialmente, os pores de valor de uso e os de valores mais elevados se interconectam, assim como os valores de uso sofrem transformações. Não é possível que, por exemplo, os pores estritamente econômicos se realizem concretamente sem provocar e desenvolver habilidades – mesmo que em nível de potencialidade, *dýnamis*. As consequências dessas faculdades precipitadas extrapolam, contudo, a esfera econômica¹⁰¹⁵.

A supramencionada interdependência entre as categorias *dever-ser* e *valor* possui um importante momento de contraditoriedade, tal como em tantos momentos do desenvolvimento humano os quais possuem, em germe, formas antitéticas que se convertem, posteriormente, em oposição de valores. Pense-se, para tanto, na discussão empreendida por Marx sob a rubrica de desenvolvimento desigual. O antagonismo entre a essência do processo econômico e suas manifestações fenomênicas, ressalte-se, serve de base para o próprio desenvolvimento¹⁰¹⁶.

Em um primeiro momento, o homem parece se deparar com alternativas referentes a escolhas entre valores que seriam opostos entre si e que se apresentariam frequentemente por meio de conflitos irreconciliáveis entre deveres. Essa situação parece delinear um pluralismo de valores fundamental na sociabilidade, afeito a algumas formulações weberianas¹⁰¹⁷.

Trata-se, a bem da verdade, de uma aparência composta ou pela persistência da imediatividade através da qual se apresentam os fenômenos, ou por um sistema de valores saturado de hierarquização, racionalização e logicismos. Esses sistemas de valores marcados por um pluralismo antitético manifestam-se por meio de duas grandes concepções: por um empirismo relativista ou por um racionalismo inadequável à realidade¹⁰¹⁸.

Não se comunga aqui, como já ficou claro, de uma perspectiva estática de substância. Trata-se de algo essencialmente dinâmico, ou seja, algo que, no bojo do perpétuo processo de

¹⁰¹⁴ Idem, p.117.

¹⁰¹⁵ Idem, p.118-9.

¹⁰¹⁶ Idem, p.119.

¹⁰¹⁷ Idem, p.121.

¹⁰¹⁸ Idem, p.121.

transformação das coisas, mantém sua continuidade por meio da transformação. Com o ser social não é diferente. Seu ser se conserva no processo de reprodução, o qual é, por sua vez, uma síntese de pores teleológicos¹⁰¹⁹.

O complexo do processo de reprodução é inseparável da aceitação ou rejeição de um valor, uma vez que é composto de pores teleológicos. Percebe-se, assim, como os genuínos valores são momentos importantes na práxis. Em cada pôr concreto um valor é intencionalmente colocado e, por isso, poder-se-ia concluir erroneamente, a partir disso, que os valores são única e somente as sínteses desses pores. Entretanto, a gênese dos valores não se deve aos pores propriamente ditos, os quais funcionam como um pré-requisito para a realização dos valores, mas, sim, à contínua transformação estrutural do ser social, ao seu contínuo desenvolvimento que apresenta concretamente as alternativas. O valor se encontra nessas alternativas, mesmo quando elas não se manifestam de forma totalmente consciente¹⁰²⁰.

11.2 A relação sujeito-objeto e a questão da liberdade do indivíduo

Um importante fenômeno relacionado intimamente com o trabalho é o da relação sujeito-objeto. Conforme as concepções apresentadas até aqui, é em função do trabalho que surge o distanciamento entre sujeito e objeto, e este, conseqüentemente, criaria, para Lukács, a linguagem. A distância entre sujeito-objeto no trabalho e na linguagem faz parte de um contínuo processo de diferenciação.¹⁰²¹

Não se pode esquecer que as satisfações de necessidades realizadas por meio do trabalho são necessariamente mediadas, pense-se na relação meio-fim que se estabelece. Complementarmente, os produtos do trabalho adquirem uma nova imediaticidade (*Unmittelbarkeit*), de cunho social. O desenvolvimento do trabalho é marcado pela produção de mediações entre os homens e as finalidades perseguidas, e é então que surge a distinção entre finalidades imediatas e mediatas. A constatação de uma práxis como verdadeiramente

¹⁰¹⁹ Idem, p.122.

¹⁰²⁰ A ideia de que as alternativas são apresentadas pelo desenvolvimento da sociedade, mas são respondidas pelo homem, tem uma formulação coerente em linhas marxianas quando é dito que o homem faz a sua história, mas não nas circunstâncias em que escolheu. Cf. MARX, Karl. *O Dezoito Brumário de Luiz Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011. p.25. “A objetividade dos valores se funda, pois, no fato de que todos esses são componentes moventes e movidos do conjunto do desenvolvimento social. Sua contraditoriedade, o fato incontestável de que, muitas vezes, eles se encontram em oposição aberta com a própria base econômica e até entre si, não leva por isso a uma concepção relativista dos valores, como pensa Max Weber, e muito menos leva nessa direção o fato de ser impossível ordená-los em um sistema hierárquico, em uma tabela”. LUKÁCS, György. Op. Cit. p.124.

¹⁰²¹ Idem, p.126-7.

social depende da relação dessa conduta com a realidade tornar-se generalizada socialmente¹⁰²².

A partir da relação sujeito-objeto distanciada, a linguagem surge como meio possível para representar intelectualmente aquilo que se oferece como um distanciamento real. Em outros termos, o distanciamento criado pela linguagem torna possível a comunicação de um distanciamento realmente existente, surgido a partir do trabalho:

Assim, só o distanciamento intelectual dos objetos por meio da linguagem é capaz de fazer com que o distanciamento real que surgiu no trabalho seja comunicável e fixado como patrimônio comum de uma sociedade.¹⁰²³

O trabalho não modifica apenas a realidade externa, mas transforma significativamente o próprio homem. A partir da necessidade do indivíduo de controlar a si mesmo para realizar as finalidades estabelecidas em determinado processo de trabalho, a consciência humana adquire controle sobre os elementos que a tornavam um epifenômeno, como instintos, hábitos, impulsos *etc.* Essa nova constituição da consciência se dá em termos ontológicos, mas a consciência em si – assim como o ser humano – permanece assentada sobre uma base natural; o afastamento da barreira natural não implica a sua supressão¹⁰²⁴.

O desdobramento da consciência abre a possibilidade de, por meio dos pores, delinearem-se alternativas equivocadas, apesar de esses falseamentos parecerem frequentemente fatos solidamente estabelecidos na consciência. A correta forma de se lidar com isso é lembrar que a aparência é uma forma fenomênica de determinados entes, a qual precisa ser cotejada com o complexo concreto. O controle do corpo pela consciência impeliu diversas formulações as quais, para justificar essa relação, destacavam uma existência independente da consciência. Mesmo que se considere qualquer ente como (relativamente) independente, a consciência possui, na verdade, uma autonomia de função. A existência (relativamente) autônoma só existe, assim, na esfera do indivíduo – a unidade ontológica objetiva – pois a consciência não pode sobreviver sem o corpo¹⁰²⁵.

É a percepção de uma autonomia da consciência, possibilitada pelo processo de trabalho, por conseguinte, que permite que essa autonomia (relativa do ponto de vista ontológico, mas objetivamente funcional) se torne um ponto de referência da concepção de homem. E essa imagem do homem é o requisito para um posterior desenvolvimento espiritual

¹⁰²² Idem, p.127-8.

¹⁰²³ Idem, p.128.

¹⁰²⁴ Idem, p.129-30.

¹⁰²⁵ Idem, p.130-1.

– cujo pivô inicial seria, para algumas teorias, o sonho – que viria a formular a transcendência do ser, como na magia e nas religiões¹⁰²⁶.

Apesar de a percepção de uma autonomia da “alma” se estabelecer como requisito para as posteriores interpretações, não se pode deduzir dela, de forma direta, se e qual elaboração transcendente ou mundana se desenvolverá. Na verdade, frequentemente o pensamento mundano suplanta as interpretações transcendentais, quando se trata de nortear as condutas cotidianas dos indivíduos¹⁰²⁷.

É também do caráter fundante do trabalho que Lukács deriva uma solução possível para a questão da *liberdade*. A dificuldade de se discutir o tema da liberdade, conservada de certa forma até hoje, está diretamente ligada com seu caráter multifacetado. Há liberdade no sentido jurídico, ético, político, religioso, dentre outros. Muitas esferas do ser social, ao desenvolverem legalidades próprias, criaram também uma concepção própria de liberdade. Isso tornou extremamente difícil uma formulação unitária e sistemática da liberdade pelas doutrinas idealistas¹⁰²⁸.

Ao contrário do que algumas correntes filosóficas poderiam dar a entender, especialmente em função de inspirações teológicas, a liberdade é um fenômeno em princípio estranho à natureza. De fato, a origem ontológica da liberdade pode ser traçada até o caráter alternativo da práxis, e esta, enquanto pôr teleológico de uma causalidade, não existe na simples natureza¹⁰²⁹.

Como Lukács considera que a liberdade é o exercício concreto de uma decisão diante de possibilidades concretas – e não uma simples especulação abstrata –, uma vontade direcionada à transformação da realidade. Nesse sentido se consegue justificar, teórico-filosoficamente, uma restrição do conceito de liberdade excludente das reflexões, paixões, afinidades, projetos *etc*¹⁰³⁰.

A discussão sobre a liberdade se torna um tanto mais problemática quando se traz para o debate questionamentos sobre em que proporção uma inflexão de determinação (interna ou

¹⁰²⁶ Idem, p.134.

¹⁰²⁷ Idem, p.136.

¹⁰²⁸ Idem, p.137.

¹⁰²⁹ “Numa primeira aproximação, a liberdade é aquele ato de consciência que dá origem a um novo ser posto por ele. Isso já distancia a nossa concepção ontológico-genética da concepção idealista. Pois, em primeiro lugar, o fundamento da liberdade consiste, se pretendemos falar racionalmente dela como um momento da realidade, em uma decisão concreta entre diversas possibilidades concretas; se a questão da escolha é posta num nível mais alto de abstração que a separa inteiramente do concreto, ela perde toda sua relação com a realidade e se torna uma especulação vazia. Em segundo lugar, a liberdade é – em última instância – um querer transformar a realidade (o que, em determinadas circunstâncias, inclui a conservação das coisas como estão), o que significa que a realidade, enquanto finalidade da transformação, não pode deixar de estar presente mesmo na abstração mais ampla”. Idem, p.138.

¹⁰³⁰ Idem, p.138.

externa) – a “determinidade” (*Determiniertheit*) – sobre a decisão do homem pode ser apropriada como parâmetro da liberdade. A maioria das filosofias estabelece uma relação excludente, de oposição, entre determinidade e liberdade, justamente o que traz o caráter problemático para a discussão¹⁰³¹.

O dilema só é resolvido quando se percebe que não pode jamais se tratar de uma relação de exclusão, pois o homem que vive em sociedade não pode em momento algum se encontrar sem qualquer determinação. A ideia de um sujeito sem qualquer determinidade interna ou externa só pode se realizar em uma figura divina, razão pela qual esse critério é comumente propugnado por filosofias de marcante acento teológico – pense-se na ideia de *imago dei*¹⁰³².

É importante, além disso, realizar duas ponderações. Primeiro, as decisões frequentemente se acham sobre encruzilhadas, nas quais as escolhas ficam bastante interdidas, quando não impossibilitadas. Frequentemente, para se atingir o fim desejado, não há mais do que uma possibilidade de ação. Segundo, não é acessível ao homem a totalidade das consequências de suas ações, ou mesmo grande parte delas. É característico da vida que decisões sejam tomadas sem se tomar conhecimento das consequências, elementos, contexto, em sua maior parte. Especialmente em seu aspecto mais corriqueiro, quando as decisões devem ser tomadas com mais rapidez¹⁰³³.

Ainda diante disso, não se pode dizer que está suprimida a liberdade, pois, também quando o número de opções é reduzido e o conhecimento sobre elas é reduzido, não se trata de um fenômeno natural – cujo limite é a mera causalidade natural – mas sim de uma alternativa (e uma decisão). Uma importante diferença qualitativa. Quando reduzida à sua estrutura essencial – a partir do modelo originário de trabalho –, pode-se perceber que a liberdade é determinada não só pelas necessidades humanas, como também pelo conhecimento objetivo das determinações da matéria, dos processos e eventos. As duas, determinação e liberdade são, assim, os componentes do complexo social, cuja pedra angular é a decisão em seu caráter alternativo¹⁰³⁴.

Mesmo diante do distanciamento do trabalho (como ocorreu de fato) do seu modelo originário, esse roteiro fenomênico da liberdade se mantém. Com o tempo e a complexificação social, o liame direto entre as generalizações das experiências de trabalho com um pôr concreto mingam, especialmente em função da ampliação do papel da ciência.

¹⁰³¹ Idem, p.138.

¹⁰³² Idem, p.138.

¹⁰³³ Idem, p.139.

¹⁰³⁴ Idem, p.140.

Deve-se atentar, todavia, ao fato de que, persistindo a possibilidade do uso dessas generalizações no trabalho como verificação derradeira, reafirma-se, em última análise, a dinâmica originária do trabalho. Seja porque aponta a intenção enraizada de transformar nexos constatados em pores teleológicos, seja porque aponta a reafirmação da forma fenomênica da liberdade típica do trabalho¹⁰³⁵.

Se a liberdade pode ser abordada como o livre movimento na matéria, conforme o trabalho se afasta de seu modelo originário, o objeto sobre o qual o trabalho se debruça, e se movimenta com liberdade, deixa de ser apenas a natureza e passa a incorporar também a inter-relação sociedade-natureza e o processo do ser social. Uma outra consequência perceptível desse distanciamento é que mesmo o trabalho direto ocorre por inúmeras mediações¹⁰³⁶.

De fato, ao tentar traçar formulações sobre os caracteres distintivos do homem, as filosofias idealistas atribuem aquilo que há de qualitativamente novo no homem à liberdade, contrapondo-a à necessidade. Essa relação antitética que as filosofias idealistas atribuem à relação entre liberdade e determinação se deve, em parte, à equalização entre determinação e necessidade, a qual ignora o caráter de *implicação* que a necessidade possui em parâmetros ontológicos. A correta apreensão da liberdade, enquanto decisão fundada em um caráter alternativo e teleológico, se dilui ainda mais quando alia-se a essa concepção de generalização racionalista da ideia de determinação o projeto idealista de extrapolação da teleologia para a história ou para a natureza¹⁰³⁷.

Para Hegel, por exemplo, liberdade e necessidade se aproximam de tal forma que diluem suas identidades em uma só. A necessidade seria externa e interna e a necessidade interna seria justamente a liberdade. A liberdade, por outro lado, seria determinada de forma eterna e, assim, também poderia ser compreendida em termos de necessidade¹⁰³⁸.

A dicotomia liberdade-necessidade, mesmo quando confrontada por um esforço de superação, cai em uma generalização racional, como na obra hegeliana, na qual em função da fórmula necessidade cega-vidente, a necessidade passa a ser a bitola da realidade. A necessidade, assim como outras categorias modais, é um componente do complexo da realidade, mas não é o único. Em contrapartida, a realidade não é apenas mais um componente modal, mas a sua totalidade real em epítome. Assim, pelo escrutínio da realidade,

¹⁰³⁵ Idem, p.141.

¹⁰³⁶ Idem, p.142.

¹⁰³⁷ Idem, p.142.

¹⁰³⁸ HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das ciências filosóficas em epítome*. Lisboa: Edições 70, 1988. p.173.

pode-se notar que ela não esgota apenas na necessidade, pois interpretam papéis relevantes também as categorias da *possibilidade* e do *acaso*, por exemplo¹⁰³⁹.

O homem, ao se debruçar sobre o objeto de trabalho, precisa saber que algumas de suas qualidades são apropriadas à sua finalidade. Essas propriedades do objeto são ao mesmo tempo objetivas e latentes porque têm um fundamento natural, mas sem o homem jamais viriam à tona. São, portanto, meras *possibilidades*. A própria transformação subjetiva (o despertar de habilidades) do sujeito que realiza o trabalho permanece em latência, como possibilidade, até que ele o realize¹⁰⁴⁰.

Ao contrário do que poderia dar a entender, por exemplo, uma estrita interpretação das formulações de Engels¹⁰⁴¹, a liberdade não pode ser delineada apenas e estritamente como necessidade conhecida. Uma aproximação mais escorreita da conceituação de liberdade, por fim, diz respeito ao “movimento livre na matéria”, conforme propõe Lukács. E esse movimento livre só é tornado possível mediante o conhecimento adequado da realidade por meio de suas categorias modais, e sua subsequente transposição bem-sucedida em práxis¹⁰⁴².

Lukács, comentando a concepção de liberdade de Engels, procura dar-lhe maior polimento. Ele afirma que enquanto o desenvolvimento do trabalho deu origem às generalizações científicas, houve um momento em que as generalizações tiveram de se submeter às representações ontológicas mágicas. Superadas as ressalvas metodológicas, ele, então, acrescenta que faltou a Engels – dentre outras coisas porque não era algo claro em seu tempo – perceber a possível divisão no desenvolvimento superior da compreensão entre: a racionalidade restrita no trabalho e os conhecimentos para a compreensão do mundo; uma pura manipulação tecnológica e uma ciência omnicomprensiva¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ LUKÁCS, György. Op. Cit. p.145-6.

¹⁰⁴⁰ “Por último, não é negligenciado o papel do acaso, tanto no sentido positivo como no negativo. A heterogeneidade ontologicamente condicionada do ser natural implica que toda atividade se entrecruze continuamente com contingências. Para que o pôr teleológico se realize de fato, é preciso que o trabalhador preste continuamente atenção a elas. Isso pode acontecer num sentido negativo, quando sua atenção é orientada a eliminar, compensar, tornar inócuas eventuais consequências de contingências desfavoráveis. Mas pode também acontecer em sentido positivo, quando constelações contingentes estão em condições de aumentar a produtividade do trabalho. Até mesmo no estágio mais elevado do domínio científico sobre a realidade são conhecidos casos de acontecimentos contingentes que resultaram em descobertas importantes. Pode até ocorrer que situações – contingentemente – desfavoráveis se tornem ponto de partida de obras grandiosas”. Idem, p.146-7.

¹⁰⁴¹ “A liberdade não reside, pois, numa sonhada independência em relação às leis naturais, mas na consciência dessas leis e na correspondente possibilidade de projetá-las racionalmente para determinados fins. Isto é verdade não somente para as leis da natureza exterior, mas também para as leis que presidem a existência corporal e espiritual do homem: duas espécies de leis que podemos distinguir, quando muito, em nosso pensamento, mas que, na realidade, são absolutamente inseparáveis. O livre-arbítrio não é, portanto, de acordo com o que acabamos de dizer, senão a capacidade de decisão com conhecimento de causa”. ENGELS, Friedrich. *Anti-Dühring*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. 95-6. Citado também em Lukács (2013).

¹⁰⁴² LUKÁCS, György. Op. Cit. p.147.

¹⁰⁴³ Idem, p.148.

Como é indicado na própria obra de Lukács essa divisão pode ser reconhecida desde os momentos originários do trabalho, quando por meio dele se obtinha o conhecimento sobre a natureza. Também não são recentes as propostas, que hoje culminam no neopositivismo, de contenção da ciência a partir de uma restrição principiológica a sua instrumentalização, à manipulação de fatos e leis, remontando à Idade Média em suas formulações mais acabadas¹⁰⁴⁴.

O desenvolvimento social produz um afastamento da estrutura original do trabalho, e o pôr teleológico, que contava apenas com a natureza como objeto, passa a contar com outros homens. As formas gerais e a essência, assim como o modo fenomênico, produziram-se historicamente. Essa complexificação dos pores se deu em razão do desenvolvimento social e, portanto, não pode ser simplesmente inferida logicamente de sua matriz originária¹⁰⁴⁵.

Pode-se afirmar, sim, sem maiores problemas, que algumas das determinações decisivas dos pores teleológicos surgem já em sua estrutura originária. As diferenças entre uns e outros, entre o pôr teleológico em suas manifestações mais complexificadas e sua estrutura originária, emergem em razão do tornar-se cada vez mais social dos objetos e meios do pôr¹⁰⁴⁶.

Os processos sociais, agora, não mais referentes apenas pelo metabolismo homem-natureza, precisam colocar em movimento uma cadeia causal relativamente independente da vontade por trás do pôr de seu ser. Uma independência relativa porque conforme a sua própria legalidade. É em função desse cenário a afirmação lukacsiana de que a sociedade se torna uma espécie de segunda natureza, pois o homem deve agir, quando estiver diante dela, guardadas as devidas proporções, como se estivesse diante da natureza propriamente dita. Colocando de outra forma, para transformar esse novo objeto de acordo com sua vontade, o homem deve conhecer adequadamente sua essência para, então, transformar o devir do objeto em algo posto por ele¹⁰⁴⁷.

Há, deve-se chamar a atenção, uma diferença substancial entre uma alternativa cujo conteúdo pode ser pensado em termos de maior ou menor correção cognitiva e aquelas alternativas cuja finalidade é, em si, resultante de alternativas sociais pretéritas. Com a complexificação social sequer se pode dizer que há soluções unívocas para as questões, variando a resposta correta de acordo com a posição de quem interpela a realidade¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ Idem, p.148-9.

¹⁰⁴⁵ Idem, p.150.

¹⁰⁴⁶ Idem, p.150.

¹⁰⁴⁷ Idem, p.151.

¹⁰⁴⁸ Idem, p.152.

Quando o homem, aliás, toma parte no processo social, ele conseqüentemente também tira conclusões (favoráveis ou não), adota uma visão. Se, antes, as atitudes internas não importavam, agora, ganham crescente relevância também porque passam a serem objetos de pores teleológicos. Diante disso, tampouco pode-se dizer que a liberdade desse segundo momento – de inflexão socializadora – é da mesma espécie que daquele primeiro momento, de inter-relação com a natureza e na impassibilidade desta em relação às nossas atitudes internas. Apesar de tudo, se mantêm algumas determinações genéticas, como o pôr teleológico, as alternativas e a relação liberdade-determinidade¹⁰⁴⁹.

As diferenças entre o trabalho simples e suas derivações mais complexas emergem, em parte, motivados pelo tornar-se cada vez mais social dos objetos e dos meios. A contradição entre meios e objetos, a qual, antes, existia enquanto potência, pelo seu aprofundamento, sofre uma mudança qualitativa. A partir do momento em que as subjetividades passam a ser objeto de pores teleológicos, o material perde muito de sua constância e homogeneidade que existia nos objetos naturais. Lukács emprega o termo “insegurança” para qualificar esses pores causais¹⁰⁵⁰.

A vetustez da contradição entre meios e fins, tratada amplamente pela filosofia, desde matrizes utilitaristas até as transcendentais, e a insuficiência das respostas dadas – seja pela obsolescência daqueles meios cujas teorias traçavam como racionalmente apropriados ou pela constante e renovada surpresa em se redescobrir a impossibilidade de um rol apriorístico de meios adequados – reafirma a necessidade de uma abordagem ontológica. Pois só assim o caráter de momento do ser social (das convicções morais) consegue se sobressair¹⁰⁵¹.

Deve-se mencionar também, em razão de sua importância, como, mesmo com o distanciamento da estrutura originária do trabalho, permanecem como uma constante a consequência que o trabalho têm sobre o agente, qual seja, o domínio do homem sobre si mesmo. Ou seja, o domínio sobre si mesmo é uma condição para qualquer pôr teleológico¹⁰⁵².

As consequências da práxis, contudo, são bem mais graves, pois, em meio a tudo isso, o homem produz a si mesmo como membro do gênero humano e, conseqüentemente, o gênero humano mesmo. O momento de superação da esfera estritamente orgânica – daquilo que Lukács chama de “a mudez orgânica do gênero” –, o abandono do gênero estritamente

¹⁰⁴⁹ Idem, p.151.

¹⁰⁵⁰ Idem, p.152-3.

¹⁰⁵¹ Idem, p.153.

¹⁰⁵² Idem, p.155.

natural para um gênero social, produzido pela atividade do próprio homem, é, assim, o mesmo momento da emergência da liberdade¹⁰⁵³.

¹⁰⁵³ Idem, p.155-6.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A fim de dar ares de remate – muito embora o tema não permita isso em absoluto – pretende-se nestas considerações finais retornar, ainda que brevemente, a alguns pontos considerados fulcrais para a ideia condutora do nosso texto. Nesse sentido, parece pertinente levantar algumas suspeitas de afinidade entre categorias extrínsecas ao direito e categorias dogmáticas, por exemplo. Assim será o esforço em apontar pistas para a reflexão (por um ângulo diferente) acerca das *offendicula*, os crimes omissivos (com breves indicações sobre os delitos culposos) e questões da antijuridicidade.

Pelo tema se interconectar com tantas questões e categorias da teoria do delito, nos vimos obrigados a realizar uma análise demasiadamente simples. Sob o risco, do contrário, de estendê-la indevidamente (sem o necessário tempo de maturação das ideias) e querer vaticinar onde inúmeras monografias e tratados já se debruçaram, com mais tempo e mais qualidade.

2. A capacidade das dimensões do valor de se transformarem, incrementarem e conservarem por meio do trabalho – a herança hegeliana, aqui, é clara – é o caminho que permite apropriarmos-nos da crítica da economia política a fim de instrumentalizá-la em uma analogia entre a ideia de *trabalho morto* e alguns institutos do direito penal (como as *offendicula*). A ideia de trabalho morto, aliás, remete às diferentes funções dos meios de produção e da força de trabalho no processo produtivo, quando entendido sob uma luz específica. Essa ideia de trabalho morto apresentada aqui – essa luz que lançamos sobre o processo produtivo – é, assim, autorizada não só pela obra do próprio Marx (2006), mas também por alguns de seus intérpretes mais qualificados (ROSDOLSKY, 2001).

É sabida a possibilidade a predisposição mecânica de ofensas, condicionada à ação de um agressor (*offendicula*); desde cacos de vidro e cercas elétricas nos muros até a preparação de mecanismos mais complexos (de armas de fogo a bombas)¹⁰⁵⁴. Analogamente, nos delitos informáticos, são muitos os casos nos quais a ofensa realizada jaz dormente à espera de uma interação por parte do sujeito passivo do delito para ser ativada – geralmente inexistindo qualquer pré-condicionamento a alguma agressão prévia nesses casos –, como se dá nos casos de e-mails com vírus *etc.* É nesses casos que se busca alguma convergência.

A permissão do paralelo entre *offendicula* e crimes informáticos é dada pelo caráter mediado destes. De fato, a informática não é uma finalidade em si mesma, mas uma

¹⁰⁵⁴ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, volume II, 2. Rio de Janeiro: Revan. No prelo.

novíssima ferramenta com a qual as pessoas podem contar para realizar suas finalidades. Percebe-se, assim, como nos delitos informáticos é frequentemente o caso de tratar-se de antigos delitos – a coleta não-autorizada de informações como em uma violação de correspondência (cujo paralelo óbvio seria o art.154-A do CP¹⁰⁵⁵), o estelionato *etc.* – realizados de novas formas, apesar de sua aparência de originalidade e urgência – como se pôde depreender da rapidez na tramitação da lei global 12.737/12.

Merece destaque, apesar de breve, uma especial diferença entre as *offendicula* e os delitos informáticos: estes (por definição) são uma ofensa antijurídica e aquelas, em princípio, não o são (a não ser em casos particulares, como na desproporcionalidade em relação à agressão futura). Com isso, no caso das *offendicula*, quando se faz saber do perigo e se toma os devidos cuidados para que esse mecanismo de defesa não atinja um não-agressor (como o uso de avisos), e também quando há proporcionalidade do meio defensivo, a questão pode se resolver pela tipicidade sistemática (auto-lesão atípica) ou pela tipicidade conglobante (consentimento informado aliado à auto-exposição a perigo)¹⁰⁵⁶.

Não iremos, no entanto, discorrer aqui sobre as *offendicula* e suas possibilidades de extrapolção (seja pela falta de advertência, prudência contra outrem ou proporcionalidade), as quais levam a considerações sobre a antijuridicidade (como na possível constatação da legítima-defesa) e a culpabilidade (nos casos de excesso escusável). Esse não é o objetivo do texto. Apenas vale a pena mencionar, todavia, como a própria predisposição de obstáculos para turbação de posse (como fechaduras e alarmes) possui um grau de parentesco com o *offendiculum*¹⁰⁵⁷.

Encerra-se, então, o paralelo traçado aqui com o destaque para o potencial frutífero em se relacionar determinadas manifestações de conduta como trabalho morto. Como se viu, nesses casos, a ação é empregada de forma a que seu potencial ofensivo paire (em tese) indefinidamente, esperando ser acionado; ao contrário, as ações comuns são geralmente atuais, e precisam deflagrar desde logo sua ofensa ou perigo (pois, sem ofensividade ou perigo, não há delito). Essa espécie de conduta se caracteriza, então, pela cristalização (objetivação) da ação, a qual implica em sua autonomização do sujeito ativo, bem como no

¹⁰⁵⁵ Destaque-se que há quem chame o delito do art.154-A do CP de um *delito de informática puro*(Cf. GRECO, Rogério. *Comentário sobre os crimes de invasão de dispositivo informático*). “Invasão de dispositivo informático – Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

¹⁰⁵⁶ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, volume II, 2. Rio de Janeiro: Revan.

No prelo.

¹⁰⁵⁷ Idem.

condicionamento de seu desdobramento potencial (ofensividade) a evento futuro (a interação de outrem), podendo gerar consequências muito díspares entre si. Nesse sentido, o conceito de trabalho morto parece ajudar a esclarecer o caráter geral dessas e de outras condutas semelhantes, com especial relevância para o direito penal.

3. Quanto à omissão, uma das perguntas fundamentais é se existe ou não fora da legislação. Em outras palavras, se se trata ou não de um fenômeno estritamente jurídico. Essa questão é respondida de diversas formas, mas as tentativas de resposta também envolvem algum grau de confusão. São, em tese, possíveis três explicações: omissão como um fenômeno próprio do *Ser*; como fruto da relação indivíduo-sociedade; ou como estrito fenômeno normativo¹⁰⁵⁸. Se ela só existir enquanto fenômeno jurídico, então seria plenamente possível caracterizá-la como totalmente normativa. Caso contrário, não.

O cuidado que se deve ter é o de discriminar o ontológico do não-ontológico. Uma postura finalista delimita a matriz ontológica da conduta humana e isso significa que se pode traçar as condutas até modelos fundantes originários, e *não* que toda manifestação fenomênica de conduta humana (com todas as suas nuances e todos os elementos agregados) possui ou comunga necessariamente de uma “plenitude ôntica”.

Portanto, perguntar se a omissão é algo próprio do *ser* é em si uma pergunta viciada porque possui incutida nela mesma um viés que induz a interpretações equivocadas. Como se pôde deduzir das ideias de Lukács, a matriz ontológica é uma matriz social. É um equívoco, então, contrapor como dicotômicas as explicações ontológicas e sociais da omissão.

Talvez parte do problema seja a incompreensão de que tanto a ação quanto a omissão são manifestações concretas de um modelo de conduta ontologicamente fundado – o qual aqui se chama de *conduta* para evitar-se confusão. São manifestações concretas de algo que existe por meio delas, e é no confronto dinâmico de ambas que se pode em determinados momentos vislumbrar sua essência. Assim, não se trata também de se reduzir a omissão à ação (ou considera-la uma espécie da ação), mas de tornar clara a matriz comum de ambas.

É por isso também que a questão do desvelamento dessa matriz comum coloca em xeque a ideia corrente que se tem de uma função de unificação da ação. Porque se a formulação exposta aqui for correta, a apresentação de uma matriz comum não configura (e nem precisa) uma delimitação rica o suficiente para abarcar ação e omissão em todas as suas manifestações mais peculiares e idiossincráticas. Portanto, essa unificação seria feita não pela

¹⁰⁵⁸ “Uma vez que se diga que a omissão tem existência fora do direito, então se deve esclarecer se ela é própria do *ser*, de elementos gerais que caracterizam tudo o que existe, independentemente das respectivas entidades, ou se ela decorre da inserção do homem no mundo social e organizado”. TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos...* p.49.

exposição da matriz teleológica, mas sim *nominalmente*, pelo recurso a uma terminologia convencional que cumprisse de forma suficiente o papel classificatório. Por isso a teoria finalista *parecia* enfrentar problemas quando se deparava com a necessidade de resolver a questão da função de unificação.

A distinção entre o denominador comum (ou substrato mínimo) e a completa representação do conjunto de fenômenos analisáveis se dá pela diferenciação entre a matriz teleológica e a total compreensão de suas manifestações. São interdependentes, porém distintas. A terminologia em questão pode ser *conduta* (para que se possa diferenciá-lo, como já é feito por alguns autores, da ação em sentido estrito), tanto como qualquer outra.

4. É amplamente difundido – de forma a se poder afirmar tratar-se de uma das poucas unanimidades no direito penal – que o fundamento da omissão não é simples não fazer, mas o não fazer algo, ou seja, a abstenção de uma ação esperada. E é esse caráter dos crimes omissivos o principal ponto de apoio para todos aqueles que os apontam como condutas totalmente normativas.

Não se pode negar a importância central que a ação esperada tem na configuração dos delitos omissivos. Entretanto, essa expectativa de ação não é, com o perdão da vagueza do termo, apenas externa, mas também possui um importante caráter interno. Em outros termos, não se pode dizer configurada uma conduta omissiva quando há apenas uma expectativa social externa sem qualquer reflexo subjetivo no agente (se isso for possível em casos que não meramente hipotéticos). Se o agente não tem conhecimento de que é esperado dele determinado comportamento, não se pode dizer que sua inércia é uma conduta, por exemplo.

É nesse sentido que (1) mesmo a omissão possui um inalienável vínculo com a matriz teleológica da conduta, pois também ela impõe como necessários os marcos ontológicos que tornam essa frustração de uma ação esperada uma manifestação de uma decisão do indivíduo (na qual se pode observar consciência e vontade direcionadas determinada finalidade); e (2) desfruta de alguma razão o argumento exposto por M. E. Mayer, de que inatividade e omissão se distinguem especialmente (mas não somente) em razão da faceta subjetiva da omissão: quando havia uma razão para fazer algo e essa razão era não apenas socialmente estabelecida, mas representada pelo indivíduo, pois somente assim ela pode ser ou não querida¹⁰⁵⁹ – apesar

¹⁰⁵⁹ Apesar de claramente não se concordar, aqui, com todos os aspectos, vale a transcrição: “Inactividad y omisión no son conceptos idénticos; el no hacer puede, en efecto, ser referido a una resolución motivada o a algo no querido; sólo la primera clase de inactividad es una omisión. Ella tiene lugar unicamente cuando había una razón para hacer alguna cosa; y no es de manera alguna suficiente que *los demás* conozcan esa razón, antes que nada ha de ser *el mismo inactivo* el que se haya representado la actividad; pues unicamente bajo ese supuesto puede el no hacer haberse querido. Por ello, la esencia de la omisión consiste en que alguien a la representación de una actuación le niega la fuerza motivadora”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.137.

de muitos definirem a omissão a partir do juízo de dissonância entre a conduta esperada e a conduta realizada, isso substitui (como ponto central da omissão) o omitente pelo julgador e indica que toda expectativa frustrada é uma omissão (quando se não envolve qualquer processo cognitivo, é uma mera inatividade)¹⁰⁶⁰. A referência a Mayer, aqui, é especialmente pertinente para mostrar que não se trata de negar o aspecto valorativo da omissão.

A expectativa de ação seria internalizada sob a forma de um valor, o qual serviria de referência para a manifestação da conduta. É nesse sentido que se pode entender como há omissões atípicas (fundadas apenas na moral social) e como podem ocorrer erros de proibição, quando o valor internalizado é qualitativamente diferente da expectativa social cristalizada na norma penal. Torna-se muito mais difícil se pensar nos casos de erro em geral e especificamente nos erros de proibição quando se considera a conduta uma pura atribuição de valor ou de significado desde o exterior.

A matriz teleológica da conduta não nega à conduta humana relações com os valores, como poderia parecer numa leitura superficial. Desde seu início, inclusive, há um reconhecimento tácito ou expresso da relação ação-valor. Quando alguns autores se debruçavam sobre os crimes contra a honra para destacar a necessidade da finalidade da conduta como elemento central para se determinar de que tipo de conduta se trata, por exemplo, em uma leitura arguta se pode constatar, já aqui, um reconhecimento das relações conduta-valor. Ora, não seria possível a alguém atacar a honra de outrem se ele não dominasse (mesmo que da maneira mais básica possível) os códigos sociais e linguísticos necessários para proferir as palavras compatíveis (específicas a cada sociedade particular) com sua finalidade de ofensa. Pode-se afirmar com algum conforto, diante disso, que há um reconhecimento implícito da importância dos elementos valorativos para a conduta; mas isso comparece, na concepção teleológica da conduta, por meio da necessária subordinação dos elementos valorativos aos elementos ônticos quando necessário – ou seja, pelo reconhecimento de um *princípio da realidade*.

Aqui também é esclarecedor o paralelo com a noção de *trabalho*. É ilustrativo o exemplo do processo de fermentação do vinho, quando ele fica apenas “descansando” em toneis. Mesmo não passando, nesse momento específico, por nenhum processo ativo de

¹⁰⁶⁰ Novamente, mesmo sem se precisar concordar em todos os aspectos: “Resueltamente en contra Kollmann, Z, 29, p.385: ‘El omitir es el juicio de discrepancia entre la conducta real y la conducta relativamente posible de un portador de voluntad’. La definición es rebuscada, aparece claro que, de acuerdo con ella, lo que aparece no es el que omite, sino el que juzga la omisión (p.390/91), además es ella completamente falsa, en primer lugar, porque según ella a cada expectativa frustrada corresponde una omisión, en segundo lugar porque, de acuerdo con ella, muchas actividades son omisiones; p.ej., un delincuente ha calculado que no sería descubierto, pero lo es; con arreglo a Kollmann, resulta el hecho de descubrirlo una omisión de la policía”. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...* p.137, Nota 51.

trabalho, esse simples *estar* do objeto se vincula a um processo de trabalho e, mais especificamente, a uma decisão sobre um determinado curso causal. Não se trata, parece óbvio, de um curso causal natural que acidentalmente levou àquilo. Por outro lado, as frutas que caem e fermentam sobre o chão (pense-se na Marula, que possui um rápido processo de fermentação), fora da esfera de alcance e controle do homem, não possuem qualquer caráter de manifestação da conduta humana (que pode lhes atribuir um particular vínculo social); são simples processos naturais. Afinal, o que nos permite (mesmo que parcialmente) caracterizar um como manifestação humana e o outro não, se são ambos aparentemente processos naturais (de fermentação)?

Algo análogo se pode afirmar sobre a omissão em matéria penal. Ela deve ser de tal forma que, mesmo que não possa ser ligada a um curso causal anteriormente criado pelo agente, a conduta omissiva expresse uma decisão por parte do indivíduo. Ao se reconhecer isso, abre-se a porta para se reconhecer também os marcos ontológicos mesmo para os delitos omissivos. Assim como no exemplo da fermentação, os delitos omissivos só adquirem uma plena significação social (como parte de uma conduta humana) quando há uma subordinação à finalidade. Ou ainda, a constatação de uma omissão não é uma atribuição de valor sobre o nada como se poderia depreender de algumas concepções valorativas da conduta. É, sim, a disposição do mundo de acordo com a finalidade do sujeito, cujo meio adequado é a não realização de uma conduta esperada, ou ainda, a movimentação do sujeito, no mundo, de acordo com balizas valorativas, de forma mais ou menos conveniente para atingir sua meta.

Por tudo isso, os exemplos mais comumente empregados para retratar ausência de conduta nos casos dos crimes omissivos dizem respeito não a critérios valorativos, mas a pressupostos fisiológicos da articulação consciência-vontade. Casos como o de privação de sentidos, inconsciência *etc.* Mesmo diante de todo o refinamento e rebuscamento das teorias comunicativas, se veem mantidos os clássicos casos de ausência de conduta, todos fundamentados quando não sobre esferas fisiológicas, sobre esferas objetivas, que habilitam considerações ontológicas (um evento médico que causa a ausência de consciência e por isso o sujeito não pode se manifestar; o indivíduo está amarrado e não pode se manifestar *etc.*).

É pela confusão entre elementos ônticos e normativos que as concepções valorativas e neo-valorativas frequentemente confundem também conduta e antijuridicidade¹⁰⁶¹. Se a omissão é criada pela atribuição de um valor – habilitada pela norma que cria uma expectativa de ação –, como se distinguir entre omissão e antijuridicidade? Ou se a omissão surge

¹⁰⁶¹ Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.274.

estritamente da norma, como distinguir entre omissão e tipo? A resposta dada atualmente é a desintegração da conduta como objeto. Algumas posições clássicas mais antigas (como a de Mezger) não chegam a tanto, e passam por grandes dificuldades para explicar a ideia de *frustração da ação esperada* (omissão) se essa frustração não é antijurídica (omissão diante de uma causa de exclusão da ilicitude)¹⁰⁶².

Se nas concepções de inclinação normativista é difícil se falar em dever de agir sem se antecipar a antijuridicidade, em concepções ontológicas isso se torna possível ao se tratar do marco valorativo que permite a configuração da omissão não pela norma, mas pelo valor social (que serve de balizamento para a conduta), que a reflete. Ajuda-nos a pensar essa relação entre valor-norma a ideia, incorporada ao direito penal pelo prof. Nilo Batista, de circularidade cultural. O ponto de referência da conduta não é a norma, mas o valor que a representa (de forma mais ou menos difundida) nas relações sociais.

Outro grande obstáculo para se reconhecer a afinidade dos delitos omissivos à concepção finalista tem sido a polêmica em relação à causalidade. Como no modelo para se pensar os restantes dos delitos (os crimes comissivos dolosos) o nexos causal é importantíssimo e serve de vínculo entre o sujeito e o resultado, necessário à responsabilização penal, buscou-se por muito tempo apontar o equivalente simétrico nos delitos omissivos impróprios.

Surgiram aí as mais diversas teorias e fundamentações, desde aquelas que vinculavam a omissão a uma ação ativa contemporânea (Heinrich Luden), a uma ação ativa anterior (Adolf Merkel), até as teorias da interferência (Ernst Landsberg, Maximilian von Buri, Karl Binding *etc.*), com alguma diversidade entre si, geralmente entendem que por uma ação prévia o sujeito assumiu para si uma posição de garantia, ou em linhas mais abstratas, o sujeito se contrapõe àquilo que o impele a agir. Todas tentando dar ares mais ativos à omissão, em especial à omissão imprópria¹⁰⁶³.

¹⁰⁶² Mezger, por exemplo, diz que há ações que são *esperadas*, mas não *exigidas*. Ora, mas que direito tem a legislação criminal de esperar algo que não pode exigir? Isso parece se aproximar mais de considerações morais do que de direito penal. Ainda: “Ambas las cosas [expectativa e exigência] pueden separarse conceptualmente, aunque desde el punto de vista *práctico* el Derecho penal no tiene interés alguno respecto a acciones esperadas, pero no exigidas, ni en sus correspondientes omisiones. Si, por ejemplo, una vez comprobada la existencia de las características típicas de §139 concuerria en favor del omitente una causa de exclusión del injusto (...), verbigracia, un derecho profesional (secreto de confesión o algo análogo), resultaría que la denuncia del crimen sería, en verdad, ‘esperada’, pero no ‘exigida’; existiría, por tanto, una omisión, pero no sería antijurídica”. MEZGER, Edmund. *Tratado...* p.274; Ainda: “(...) pero sabemos que *prácticamente* toda acción ‘exigida’ también es ‘esperada’, y que una acción ‘esperada’, pero no ‘exigida’, no posee ulterior interés para el Derecho penal. Por ello, y en virtud de *consideraciones finalistas conscientes*, estudiamos ya aquí un fragmento de la teoría de la antijuridicidad”. *Idem*, p.279.

¹⁰⁶³ *Idem*, p.276-8.

Uma das ideias que conseguiu lançar suas bases com mais sucesso foi de que nos delitos omissivos impróprios há uma causalidade jurídica (Robert von Hippel, Ernst von Beling etc.), o que, *stricto sensu*, não é causalidade. Assim como há quem negue uma causalidade natural, afirmando-a como conexão lógico-gnosiológica para mais facilmente estendê-la aos delitos omissivos impróprios (Franz von Liszt, Max Ernst Mayer, Wilhelm Sauer etc.), há quem assuma posições mais abertamente normativas (Horst Kollmann)¹⁰⁶⁴.

Parte da advogada semelhança entre delitos comissivos e omissivos impróprios se deve ao expediente da supressão mental. Tanto em um quanto em outro, essa é uma ferramenta intelectual utilizada para estabelecer um vínculo entre conduta e resultado, analogamente em ambos os casos. Na conduta comissiva para se afirmar o nexos causal (que não existe se, suprimida a conduta, o resultado se mantém) e na omissão imprópria para se afirmar uma causalidade jurídica (se a ação tivesse sido realizada o resultado desvalorado não teria ocorrido). Mas, além da semelhança, existem também profundas diferenças.

Na verdade, não se pode dizer que há uma causalidade jurídica – pois seria verdadeira não-causalidade. O que há é um expediente lógico-racional para se verificar a relevância de uma reprovação penal. A busca por simetria (entre delitos comissivos e omissivos) ofuscou que esse vínculo (chamado de causalidade jurídica) parece ser deduzido da impropriedade de se punir deveres inúteis. A não criminalização de deveres inúteis (*ultra posse nemo obligatur*), portanto, é requisito e não consequência no nexos de responsabilidade dos delitos omissivos impróprios. Trata-se, na verdade, de um requisito de imputação de responsabilidade dedutível do próprio sistema penal fundado em princípios democráticos. Não obstante, a conduta omissiva mantém-se vinculada a uma matriz teleológica, porque ela computa os valores sociais os quais precisa levar em consideração para se movimentar no mundo, realizar uma decisão.

Por fim, é pertinente à questão dos delitos omissivos a série de questionamentos que surgem de maneira mais explícita, aqui, quando se tratou das teorias neokantianas da conduta, e mais especificamente das contribuições dadas por Gustav Radbruch. Em especial porque possui algum grau de importância para se negar ou afirmar o modelo finalista de conduta. Lembremos: Radbruch defende a *inexistência de um vínculo causal entre vontade e feito nos delitos omissivos*, porque se nada pode resultar do nada, o *nada* deve necessariamente se resolver no *nada*. Afirmar-se isso pode ser um tanto problemático. Especialmente porque se

¹⁰⁶⁴ Ibidem.

pode deduzir disso a inexistência de “nexo causal” entre a *vontade* de omitir (o movimento exigido) e a *não-execução* do movimento em questão.

A ausência de “nexo causal” pode se referir à relação vontade-resultado (da omissão) ou vontade-omissão (abstenção de ação). Como se pode notar das considerações introdutórias, grande parte da trajetória dogmática sobre a ação se deu ao redor do empreendimento de imputar um resultado a uma vontade. O juízo que se deve fazer sobre a negação de um vínculo causal na omissão depende, portanto, do próprio entendimento sobre o que se pune nos delitos omissivos: se a omissão em-si ou a “causação” do resultado pela omissão. Parte da resposta já se oferece pela simples proposição clara da questão. Se fosse possível se afirmar um vínculo causal entre omissão e resultado, não se recorreria à ideia de causalidade jurídica, a qual coincide apenas nominalmente com a causalidade física, como se sabe.

Assim, as formulações de Radbruch direcionam-se à negação do nexo causal vontade-resultado (da omissão)¹⁰⁶⁵, mas transbordam em parte para o nexo vontade-conduta omissiva. Ele nega que a omissão seja causada pela vontade, apesar da omissão poder ser querida¹⁰⁶⁶. Sem embargo, mesmo que se optasse por uma interpretação generosa de Radbruch, relativizando suas ponderações sobre o nexo vontade-conduta – apontando-os, possivelmente, como contraposições de forma, mas não de conteúdo, ou seja, defendendo que ele não negue um vínculo de pressuposição e de determinação entre vontade e conduta omissiva, mas apenas que esse vínculo não se assemelharia em qualidade àqueles encontrados na natureza, ao qual se chama de causalidade –; mesmo assim, algumas ponderações sobre o nexo vontade-omissão são importantes, se não por Radbruch, por outros autores que podem derivar conclusões espúrias de suas observações¹⁰⁶⁷.

Essa questão, como já se mencionou, depende do próprio entendimento do autor sobre o que se pune nos delitos omissivos, se a omissão em-si ou a “causação” (jurídica) do resultado pela omissão. Como o nosso direito penal é um direito penal do fato – ou, seria melhor dizer, um direito penal do feito – parece ser o melhor entendimento que a punição seja direcionada à omissão e não o resultado. E, nesse sentido, haveria, sim, ao contrário do que (aparentemente) afirma Radbruch, um claro vínculo entre vontade e feito (a omissão de uma conduta deve ser conhecida e querida, mesmo quando seus resultados não o sejam). São sem fim os exemplos possíveis de não realização de algo fruto de uma vontade: desde uma pessoa

¹⁰⁶⁵ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...* p.162.

¹⁰⁶⁶ “Por conseqüente, si bien una omisión (aunque no sea causada por la voluntad) *puede* ser querida, por outra parte, empero, no precisa serlo como necesidad conceptual”. Ibidem.

¹⁰⁶⁷ Muito embora, ele diga explicitamente que “tampoco se requiere en general que exista la voluntad de omitir un movimiento corporal”. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción...*p.161.

teimosa, que não realiza algo para não “dar o braço a torcer”; passando pela criança manhosa que não quer comer verduras por pirraça ou para chamar atenção; pela greve de paralisação; pelo contendedor que deixa de realizar algo (para mostrar que era ou não causa eficiente para o resultado) e provar que estava certo *etc.*

Mais difícil é, no entanto, responder qual o papel do resultado na teoria dos delitos omissivos. Seria ele apenas um elemento do tipo (com função de sinalizar objetivamente quando a conduta atingiu a esfera da responsabilidade¹⁰⁶⁸)? Ou seria ele apenas um elemento objetivo do tipo que permanece ainda quando da passagem de delito comissivo para omissivo a fim de fazer a ponte entre manifestação concreta do delito e tipicidade material (o resultado seria o elemento objetivo que permite aferir a maior ou menor violação do bem jurídico, de especial importância quando a conduta não possui manifestações objetivas no mundo)? Seria ele um elemento necessário ao tipo omissivo (impróprio) decorrente do supramencionado princípio fundante da não punição de deveres inúteis? *etc.* Estamos, aqui, inclinados por um misto entre a primeira e a terceira opções. Mas não parece que o reconhecimento da existência desse vínculo vontade-feito mude (e possa ser negado) de acordo com as respostas dadas a essas indagações.

Em síntese: De resto, como *omitir* é um verbo transitivo, segundo a antiga fórmula de von Liszt, há necessariamente uma remissão ao complemento. Ou seja, quem omite, omite algo e esse algo, no direito penal, encontrar-se-ia no tipo. No entanto, argumenta-se aqui que, na verdade, esse complemento quando da realização da conduta é o reflexo em nível de senso-comum que se tem da norma penal (e não a norma penal propriamente dita). E, por isso, a omissão não seria totalmente normativa, abrindo-se um espaço para considerações ontológicas. Caso contrário, a dirigibilidade da conduta seria um critério totalmente normativo (e não faria sentido que dependesse da *capacidade* do sujeito de dirigir sua conduta, dado que ela não tem nada de normativa, e sim concreta). A possibilidade de se dirigir a conduta como critério típico (ou de imputação) está intimamente vinculada a considerações ônticas – por isso Jescheck (2002) a deduz da finalidade (flertando com uma finalidade potencial) – e ela frequentemente se disfarça como um critério lógico-objetivo nas teorias da imputação objetiva. No entanto, parece claro que as limitações lógico-objetivas do indivíduo em dirigir

¹⁰⁶⁸ “Existem, porém, nas leis penais, momentos objetivos, totalmente estranhos ao delito (*dem Delikt ganz fremden*), que constituem pressupostos da punibilidade, como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta”. FRAGOSO, Heleno. *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*. In: Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1962, p. 163.

sua conduta desta ou daquela forma se vinculam substancialmente às finalidades que ele se põe e como propõe alcança-las.

Daí também deriva a possibilidade de se configurar omissões mesmo diante de deveres normativos estabelecidos de forma pouco detalhada (ou seja, amplos), muito embora isso deva ser limitado ao máximo. Esse parece ser o caso na referência de Eberhard Schmidt á desintegração da Alemanha e à pulverização da legislação penal no pós-guerra, quando seria possível recorrer ao conceito de *ética profissional* (desenvolvido desde Hipócrates) para se delimitar com mais cuidado os deveres da relação médico-paciente – acrescentaríamos que isso só seria aceitável com fins de delimitação da intervenção punitiva, a fim de se garantir que não se puna meras condutas imorais¹⁰⁶⁹. A própria situação de perigo, como pressuposto da omissão de socorro (art.135 CP), carrega consigo algum grau de vagueza.

5. A ação continua sendo uma ação voluntária direcionada a um fim, mesmo na conduta culposa. Pois, a relação de culpa implica apenas a ausência da vontade direcionada ao resultado que se quer atribuir ao sujeito. A conduta não pode, nem deve, ser reputada como inconsciente ou sem vontade em termos gerais. Ao contrário, as condutas culposas são frequentemente conscientes, por exemplo, dos riscos em abstrato que a envolvem determinada atividade (apesar de ser possível acreditar profundamente na não ocorrência do resultado): alguém que dirija tem consciência que o tráfego urbano envolve os mais diversos riscos e não se pode dizer que ele não direcionava sua vontade a atividade de dirigir.

Quem dirige acima do limite de velocidade, em outro exemplo, sabe que viola uma norma de trânsito. Pode-se discutir se ele prevê os riscos específicos que sua conduta implica e se ele chega a prever o como possível qualquer resultado que sobrevenha. Ao decidir por chegar rápido em algum lugar, o modo como o agente procura realizar sua finalidade (lícita nesse caso) viola normas de trânsito. Ele sabe também que está violando o cuidado devido na direção (estabelecido conforme as normas de trânsito), mesmo que não tenha perfeitamente delineado em sua mente o enunciado normativo em seus mínimos detalhes. Nesse sentido, há uma ação, com consciência, vontade e finalidade.

Ademais, a representação de senso comum (ou circularidade cultural das proibições) não se identifica totalmente com as normas penais, pois, caso contrário, não seria possível o erro de proibição. Assim, os marcos de referência com os quais o sujeito deve estabelecer uma vinculação para pautar sua conduta – os quais servem, melhor do que a norma, para se determinar se há ou não conduta humana, especialmente nos casos de omissão. Isso a

¹⁰⁶⁹ SCHMIDT, Eberhard. *El medico...*p.01.

concepção dogmática de ação não leva em consideração quando quer conceituar os “objetos de referência”¹⁰⁷⁰.

Já com relação à teoria das normas, cada espécie de delito apresenta sua nuance. Nos crimes omissivos, a realização de atividade distinta da comandada é proibida, portanto, aparentemente subsistem proibição e determinação em um mesmo contexto. Já nos delitos comissivos, é possível vislumbrar-se a plena realização de uma proibição sem se recorrer para comandos (determinações), porque a conduta proibida pode se realizar de inúmeras formas. Nos crimes dolosos é possível a imediata identificação da proibição *ou* do comando, porque há uma identidade entre proibição *ou* comando e realização *ou* não-realização. Finalmente, nos crimes culposos, proibição e comando não são expressos na definição da conduta incriminada porque são muitas as possibilidades de combinações entre as duas¹⁰⁷¹.

Portanto, a principal questão acerca dos delitos imprudentes está relacionada à *forma* como a conduta é realizada¹⁰⁷², e a forma como a conduta deve ser realizada não se pode pensar sem a finalidade da conduta, tanto abstrata quanto concretamente. O sujeito só pode pensar na forma como ele deve realizar algo quando ele se propõe realiza-lo (quando se coloca essa finalidade).

Cabe ressaltar que uma proposta finalista não propugna por um cuidado ôntico¹⁰⁷³, porque ôntica é a estrutura da conduta. E é justamente essa estrutura que permite pensar a relação do indivíduo, quando molda a maneira de realizar sua conduta, com quaisquer elementos (sejam valores, normas *etc.*). É por isso que se consegue pensar, por exemplo, em uma omissão ou uma falta e cuidado para os quais a referência seja um valor social, e que não existam enquanto imposição normativa – pois nem todo valor social se cristaliza em norma jurídica. Nesse sentido, pode se pensar em determinações estipuladas por convenções sociais, tradições *etc.*, e modos de se agir de forma cuidadosa da mesma maneira. Se alguém é mais

¹⁰⁷⁰ “Gilbert Ryle já demonstrou que não há uma vontade estranha à ação, na forma de um impulso espiritual. Aplicável essa assertiva ao direito, pode-se dizer que a vontade só pode ser caracterizada, no sentido de um fato delituoso, se for tomada como uma ação direcionada em função de um objeto de referência, ou seja, em função da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.223.

¹⁰⁷¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...* p.243; WELZEL, Hans. *Culpa e delitos de circulação: sôbre a dogmática dos crimes culposos*. In: Revista de Direito Penal. Nº3, jul.-set./1971. Rio de Janeiro: Borsoi. p.23. Ainda: “Isto deriva do fato de que, aqui, o agente tanto pode ter tido atividade não-proibida e com isso haver acarretado uma consequência proibida, quanto também pode haver realizado atividade proibida e com isso produzido um resultado proibido, ou ainda não realizado uma atividade mandada e com isso produzido um resultado proibido, ou, em casos raro, só encontráveis na legislação especial, haver infringido uma determinação normativa, independentemente do resultado. Pode também haver realizado uma atividade proibida e não haver causado resultado proibido”. TAVARES, Juarez. *Ibidem*.

¹⁰⁷² Mesmo entre os não finalistas isso é algo amplamente aceito. Por todos: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos...*p.248.

¹⁰⁷³ “Na medida em que se vincula a formação do delito culposos a uma determinação normativa, se desnatura também a concepção que quer retratar o cuidado em sentido ôntico. Não existe um cuidado em si mesmo, senão associado a uma conduta normativamente determinada”. *Idem*, p.248.

ou menos cuidadoso quando manipula um objeto seu dentro de sua própria casa (ou omite os cuidados devidos na manutenção desse objeto), só excepcionalmente isso terá relevância para o direito penal¹⁰⁷⁴.

Na verdade só se pode falar em omissão de ação devida ou em uma ação descuidada porque é possível falar nisso para além do direito penal. A normal penal não criou algo substancialmente novo, mas determinou os limites de uma forma específica de responsabilização para fenômenos os quais, antes, eram bastante heterogêneos. Quando os autores dizem que ausente a norma não se pode caracterizar uma omissão de conduta ou uma conduta descuidada, às vezes cria-se uma confusão. O fato de não haver uma norma jurídica responsabilizando garçons por não limparem as mesas do seu setor ou por derrubarem copos descuidadamente, não significa que, fora da esfera penal, há o vazio. Existiu, assim, uma conduta descuidada ou uma omissão de conduta esperada.

É claro que suspensa a norma penal, nem sempre restará uma expectativa de conduta socialmente existente. Isso porque tanto os valores sociais (materializados em normas) quanto as normas materializadas em valores sociais podem servir de elementos para o indivíduo incorporar em sua conduta. Assim, em algumas situações, revogadas determinadas normas penais, extingue-se também o valor social objetivamente existente. Se, por exemplo, existe um dever de manutenção (em função da profissão) não cumprido para uma máquina que pode gerar perigo para outras pessoas, mas essa máquina é substituída por um modelo mais novo que dispensa essa manutenção específica, a representação individual do dever de manutenção se extingue junto com a norma. Portanto, existem representações valorativas que estão vinculadas de forma muito próxima às normas jurídicas.

Em síntese, o que se quer dizer com isso é que a relação cognitiva que o sujeito estabelece com o resultado é de natureza qualitativamente distinta da que ele estabelece com as normas de cuidado objetivo (com as quais ele possui uma relação apoiada da noção de circularidade cultural, como já se mencionou). Por isso, é possível ao agente realizar com consciência e vontade uma conduta sem, contudo, dirigir a mesma consciência e vontade ao resultado.

Dá ser compreensível algumas teorias – fundadas na filosofia dos valores – as quais afirmam que sem esse valores de referência, nada existiria. No entanto, como se pôde observar da apresentação dos fundamentos do pôr teleológico, mesmo os valores podem ser

¹⁰⁷⁴ “Com isso, o que se afirma é que a culpa, tomada no sentido de negligência, não possui uma existência natural, assim como ocorre, por exemplo, com a vontade que vem a fundamentar o dolo”. Idem, p.251. Esse problema desvanece em grande parte quando se percebe que uma correta acepção do finalismo não implica em se transformar a culpa em um elemento natural.

traçados em sua origem até a práxis. Reafirma-se, assim, a inafastabilidade do quadro teórico do pôr teleológico. O recorrente retorno a critérios finalistas se impõe mesmo para aqueles que negam tal teoria da conduta.¹⁰⁷⁵

De tal forma, para diversos contendores do finalismo, a conduta culposa, por exemplo, se configura como uma atividade consciente, voluntária e que leva em consideração os meios empregados para a sua execução¹⁰⁷⁶. Todo o contorno da explicação finalista da conduta culposa, mas fugindo da problemática da nomenclatura. Não é surpreende muito, então, quando os não-finalistas usam assumidamente o modelo finalista para pensar os delitos dolosos¹⁰⁷⁷. Em diversos autores, essa recusa do finalismo é arrefecida pelo recurso à ideia de dirigibilidade, a qual faz entrar pela porta dos fundos as formulações teóricas típicas da concepção teleológica da conduta.

Diante de tudo isso, percebe-se que o finalismo está apto a tratar de maneira adequada também os delitos culposos e omissivos. É verdade que isso não era totalmente claro em um primeiro momento – afinal trata-se de uma teoria em evolução –, especialmente pela tendência (historicamente justificada) de se pensar a os delitos culposos e omissivos a partir do modelo dos crimes comissivos dolosos (em função de sua maior importância político-criminal até meados do séc.XX, até por simples questões quantitativas). Isso se refletia da seguinte forma: o resultado era o elemento central para se pensar os delitos culposos, de forma a limitar a responsabilidade penal; e o esforço por determinar alguma forma de causalidade era central para os delitos omissivos impróprios. No caso dos delitos culposos, isso levou Welzel a formular a malfadada ideia de *finalidade potencial* – a qual foi talvez o principal pivô de críticas ao finalismo¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ Por exemplo, diz Tavares sobre os crimes culposos: “Trata-se de delito de conteúdo omissivo, porque a norma proibitiva que assinala seu injusto só adquire relevância quando associada a uma norma mandamental que lhe serve de base para regular a execução concreta da conduta, conforme os limites do risco autorizado, *traçados pela forma como devam ser empregados os meios para a execução dessa ação*. A norma proibitiva é, assim, configurada sob a não-realização de uma conduta cuidadosa, a partir da realização de uma atividade que, concretamente, se ponha em relação direta para com a lesão do bem jurídico”. Idem, p.250-1. Grifo nosso.

¹⁰⁷⁶ “Ao invés, a diferença assinala que a dirigibilidade consciente e voluntária dos meios causais pode, às vezes, não seguir o curso desejado pelo agente, mas essa defasagem entre o objetivo proposto e o que efetivamente acontece se inclui no conceito de conduta consciente e voluntária”. Idem, p.253.

¹⁰⁷⁷ “Na realidade, a conduta dolosa importa também uma repartição da relação volitiva do agente com seu objeto de referência. Adotando-se, analogicamente, o esquema metodológico da teoria finalista, que é adequado à determinação do dolo, podemos admitir três espécies dessa relação: a) o objeto de referência é tomado como objetivo final; b) o objeto de referência se constitui como objetivo típico, vinculado a outro objetivo final, típico ou extratípico; c) o objeto de referência está vinculado às consequências concomitantes ou paralelas da conduta, resultantes do emprego dos meios ou da própria atividade perigosa. Nessa sequência, tanto se pode verificar o dolo direto quanto o dolo eventual, dependendo da qualidade da vinculação volitiva com a direção objetiva dos fatores causais. Esta vinculação volitiva se estrutura, aqui, atendendo, portanto, a certa gradação na dirigibilidade da conduta, ou seja, à forma e ao modo de sua execução”. Idem, p.255.

¹⁰⁷⁸ “A dogmática penal tradicional se orientava, quase exclusivamente, sobre o modelo das infrações intencionais. A partir delas se desenvolveu a teoria do tipo e da antijuridicidade. A negligência não intervinha,

Superada essa equivocada apreciação inicial, Welzel se aproxima da correta compreensão dos delitos culposos ao aventar a tardia proposição de *conceito biocibernético de ação*. Conceito o qual apresenta alterações estéticas ao finalismo, ou melhor, representa uma mudança de foco nos crimes culposos, buscando apenas ressaltar a importância dos meios empregados e sua relação com a finalidade (relacionando-se a imprudência à forma de execução da conduta)¹⁰⁷⁹. Apesar de não estar totalmente isento de ajustes adicionais, pois, embora correto o foco nos crimes culposos na forma de execução da conduta (deduzido da relação meio-fim da concepção ontológica de conduta), não necessariamente isso se alia – como parece sugerir Welzel – à irrelevância jurídica da finalidade (pense-se nos crimes preterdolosos).

6. Como se pôde perceber até aqui, as obras habermasianas tiveram um profundo efeito sobre a dogmática penal. Habermas não alterou apenas as teorias de fundo usadas como plataforma para se desenvolver a dogmática, porque, como é muito comum, essas alterações basilares repercutem grandemente sobre a sistematização. Nesse caso, a própria teoria do delito se viu profundamente alterada em sua estrutura.

Nas teorias comunicativas foi possível notar a ampla recepção de uma nova perspectiva sobre as normas, segundo a qual elas se afastam do antigo binômio interpretativo valorização-determinação para se apoiarem sobre o horizonte das *pretensões*. Isso porque as formulações habermasianas apontam para uma transição das concepções que caracterizam os antigos modelos de ciências sociais (pretensões de verdade) para “novos” modelos compreensivos (pretensões de validade e legitimidade). No caso da teoria do delito, a principal pretensão a ser perseguida é a de justiça, a qual irá se desdobrar e fundamentar as demais pretensões (criando um modelo um tanto hierarquizado).

É por esse caminho que penetra, na teoria do delito, a noção de justificação procedimental das normas (presente em Habermas) e se absorve a ideia da norma como elemento de comunicação sociedade-indivíduo (apoiada sobre valores comuns e exigências

neste sistema, a não ser como ‘forma de culpa’, e só era tratada na intervenção da ‘culpa’. A ideia que serve de premissa a essa maneira de ver é a de que, desde que um ato voluntário tenha provocado lesão a um bem juridicamente protegido, esse ato é constitutivo da conduta punível, deduzindo-se ‘por indício’ sua antijuridicidade”. WELZEL, Hans. *Culpa...* p.15.

¹⁰⁷⁹ “A direção para o objetivo refere-se ao caso mais importante de uma ação, mas não é o único: o objetivo pode ser totalmente irrelevante (no aspecto jurídico), enquanto o que é juridicamente relevante é a própria direção e encaminhamento, se se realiza de modo improcedente e não cuidadoso: na ação culposa. Assim, haveria sido melhor – talvez – que eu tivesse falado não de ação ‘finalista’, mas ‘cibernética’, ou seja, da ação como acontecimento dirigido e orientado pela vontade. (...) Não obstante, sinto-me inibido para adotar uma expressão idiomática já estabelecida (...) e quero me conformar com a antiga designação ‘Finalität’”. WELZEL, Hans. *A dogmática no direito penal*. In: Revista de Direito Penal. Nº13/14, jan.-jun./1974. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. p.12.

recíprocas). Repita-se que, dessa forma, é adotada uma perspectiva idealista sobre a relação sociedade-Estado-indivíduo na qual seria possível caracterizar-se uma relação de reciprocidade, porque os valores não se contrapõem entre si e são plenamente respeitados os postulados da democracia procedimental.

Essa reconfiguração da teoria do delito a partir da ideia de pretensões de validade e legitimidade, implica na reestruturação da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Em primeiro lugar aparece a *pretensão de relevância*, a qual significa substituir a ação pelo *tipo de ação* como filtro inicial, como instrumento para se identificar o que pode ou não ser percebido como relevante para o direito penal. O tipo de ação é uma articulação entre tipicidade formal (pretensão conceitual de relevância) e (pretensão de) ofensividade.

Não obstante, as teorias significativas da conduta recusam a perspectiva ontológica para resgatar furtivamente esse aporte rejeitado, só que, então, mais flexibilizado. É o que parece acontecer com ação, elementos subjetivos, dirigibilidade da conduta, nexos causal *etc.*, os quais saem por uma portar para entrar por outra sob a forma de aparência de ação, aparência de vontade *etc.* Pois que giro copernicano é esse que propõe coisas tão semelhantes, mas desprovidas de limites claros e tendentes ao relativismo e ao idealismo?

Justamente por isso, diante de toda essa complexa fundamentação normativa, as causas de ausência de ação se mantêm sempre as mesmas! Não parece causar estranheza aos autores da corrente significativa elaborar um conceito eminentemente valorativo de ação, mas precisar recorrer a hipóteses de negação da ação essencialmente “naturais”. Assim, mesmo afirmando a impossibilidade de se conceituar a vontade como um processo psicológico interno, é preciso recorrer a essa concepção quando se pretende distinguir entre a existência ou não de conduta nos momentos nos quais sua aparência é a mesma (como pode acontecer). É por isso os casos de coação física irresistível, atos reflexos e hipóteses de inconsciência se mantêm com uma fundamentação clássica “psicológica”, apesar de todo o esforço em contrário.

Já em segundo lugar aparece a *pretensão de ilicitude*, a qual engloba (1) a antijuridicidade formal (composta por *permissões fortes*: as causas de justificação, e *permissões fracas*: as escusas ou causas de exclusão da responsabilidade) e (2) a “intenção subjetiva” (elementos subjetivos do tipo), que revelaria um compromisso de violação do bem jurídico e se manifesta como dolo ou culpa.

Em terceiro lugar aparece a *pretensão de reprovação*, o qual é semelhante a um juízo de culpabilidade porque diz repito a quando seria possível se dizer exigível uma conduta conforme o direito. Essa pretensão é composta por (1) imputabilidade ou capacidade de

reprovação e (2) consciência da ilicitude (na qual se resolvem os casos de erro de proibição). Diga-se de passagem, Busato e Antón adotam também uma pretensão de necessidade da pena.

Causa alguma estranheza reformulação da teoria do delito em camadas de pretensões. Especialmente quando ela é confrontada com a teoria da norma. Indica, a teoria significativa (Antón, Busato e em certa medida Fletcher), que compõem a antijuridicidade as *permissões fortes e fracas*. Ora, das leis se pode deduzir normas *proibitivas, prescritivas* ou *permissivas*, todas as quais precisam ser harmonizadas entre si. Quando se analisa mais detidamente os preceitos permissivos, não se pode resistir em admitir a esterilização da velha proposição de que tudo o que está permitido, não está proibido¹⁰⁸⁰.

Afirmam Zaffaroni e Batista:

Os preceitos permissivos são frutos do reconhecimento inevitável de que seria irracional exercer poder punitivo sobre um agente que realizou a ação antinormativa juridicamente autorizado, ou seja, no *gozo de sua liberdade*. A abstração esquemática do tipo legal enseja que o pragma (tipo fático) possa assumir todas as formas imagináveis cujas particularidades não interessam à matéria proibida; entretanto, quando tais particularidades sinalizarem que a ação típica configura para o sujeito uma faculdade de agir, estaremos perante um preceito permissivo.¹⁰⁸¹

Parece-nos, por isso, um equívoco encaixar as hipóteses de exclusão da responsabilidade na antijuridicidade. E essa problemática apropriação da antijuridicidade é claramente demonstrada pela própria categorização empregada: *permissões fracas*; quando claramente não se trata nem de uma questão para um juízo de antijuridicidade, nem de algo que possa se atribuir à ideia de normas permissivas, porque o componente da exclusão da responsabilidade é por excelência a inexigibilidade de conduta conforme o direito. Assim, não há nesse caso, por uma impossibilidade lógica e conceitual, um exercício autorizado de uma faculdade de agir.

Além disso, a concepção apresentada pelas teorias comunicativas mencionadas aqui parecem ancorar sua reformulação (da teoria do delito em pretensões) na ideia de que a relação tipo-antijuridicidade é de natureza regra-exceção. Outro equívoco, mas muitos autores não percebem a dívida da concepção regra-exceção para com a teoria normativa e política imperativista e, assim, para com a própria deterioração do pensamento político liberal. O preceito permissivo, ao garantir um espaço geral de liberdade, na verdade confirma uma

¹⁰⁸⁰ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, volume II, 2. Rio de Janeiro: Revan. No prelo. §40, p.05-07.

¹⁰⁸¹ Idem, p.06. Grifo nosso.

regra, e isso se exprime perfeitamente na ideia de dialética tipo-antijuridicidade. Tampouco, mencione-se, trata-se de uma relação universal-particular¹⁰⁸².

A confusão teórica de fundo parece semelhante àquela envolvendo as teorias do tipo de injusto e dos elementos negativos do tipo. Não percebem esses autores que a ordem lógica das valorações que envolvem os componentes do injusto diz respeito a uma questão metodológica, pois a ação em si não se considera proibida até a conclusão do juízo de antijuridicidade. Não se trata, portanto, da realização de um recorte sobre a proibição ou mesmo de derroga-la pontualmente¹⁰⁸³.

Isso se reflete também, noutro aspecto, sobre a concepção de injusto. Se a antijuridicidade é um predicado que resulta de um juízo de valor negativo sobre a conduta, o injusto é a conduta desvalorada, a ação proibida pela lei penal e que nenhuma outra lei reconhece como exercício de direito. Mas, ao se abrir mão do conceito de ação e da relação substantivo-predicado, determinados autores não possuem uma maior dificuldade em perceber quando antecipam categorias, gerando contradições.

A antijuridicidade, por exemplo, passa a ser um juízo de valor exercido sobre um juízo de atribuição de significado (a ação): a expressão “conduta antijurídica” passa a indicar um máximo de abstração porque se refere, assim, a um significado de um significado. Ademais, sequer se poderia dizer tratar-se de um juízo de antijuridicidade porque essa inserção de um elemento estende para além da conduta um juízo que, em princípio, deveria se ater a ela. Como a análise da exigibilidade de conduta conforme o direito exige uma extrapolação da mera adstrição à conduta – e requer às vezes análises sobre circunstâncias externas e sobre o próprio agente –, sua inserção na antijuridicidade faz com que ela traga consigo toda essa bagagem. Consequentemente, o juízo de antijuridicidade deixa de ser um juízo somente sobre a conduta e passa a incorporar um juízo sobre o agente (mesmo que de forma dissimulada). Torna-se possível, assim, declarar uma pessoa como antijurídica!

Tudo isso, talvez, sequer venha a ser contemplado como um problema para as teorias comunicativas porque faz parte de sua plataforma principal a proposição de que a conduta deixe de ser um substantivo – e, imagina-se, que não se vá abrir mão da teoria por sua previsível consequência sobre o injusto (o qual também perde seu caráter de substantivo). Sem embargo, aceitando-se a proposta da dissolução da ação como objeto de valoração,

¹⁰⁸² “Isto não significa que a norma coloca uma proibição que o preceito permissivo destrói, mas sim que a antijuridicidade da ação típica é a síntese da presença da norma e da ausência do preceito permissivo, enquanto a justificação da ação típica é a síntese da norma e da presença do preceito permissivo”. Idem, p.08.

¹⁰⁸³ “Não se trata aqui de uma análise na qual se ponha e se tire, ou na qual se ateste e se recorte, e sim de uma dialética onde se afirma, se nega e se sintetiza”. Idem, p.09.

perde-se, por imposição lógica, um dos maiores ganhos do direito penal moderno, a fiança de um direito penal do fato (ou, seria melhor dizer-se, do feito¹⁰⁸⁴). Não será possível falar-se em um direito penal do feito (ou do fato) se este não existe, mas, quando muito, é uma abstração mais ou menos convencionada socialmente. Todas as garantias que se derivam daí ou aí se sustentam (parcial ou completamente) restam desabrigadas e vulneráveis às concepções de direito penal da estação – sejam as novas, que desejam dar conta dos perigos criados por formas societárias (perigos industriais, ambientais, nucleares, médico-farmacêuticos etc.) criminalizando “riscos” individuais, ou as antigas, que desejam dar conta dos conflitos sociais neutralizando quem consideram perigosos.

Acrescente-se, ainda, que a inclusão das “intenções subjetivas” sob a rubrica de *pretensão de ilicitude*, sugere um adicional equívoco porque remete aos debates sobre antijuridicidade objetiva e suas implicações (bipartidação da teoria do delito em polos objetivo e subjetivo, como antes de se “descobrir” elementos subjetivos no tipo); e aponta uma concepção pronta para acolher a ideia da necessidade de *elementos subjetivos para a justificação*¹⁰⁸⁵.

Lembre-se, todavia, que a anuência a um conceito complexo de injusto não implica a aceitação de elementos subjetivos da justificação. Principalmente, depois que se esclarece a estrutura eminentemente objetiva da antijuridicidade. Novamente, essa concepção subjetivista é, em parte, fruto do esforço por se deduzir as permissões das proibições (aporte imperativista); ou, quiçá, de um maior ou menor amalgamento entre tipo e antijuridicidade (resquício dos modelos bipartidos)¹⁰⁸⁶.

Como é sabido, esse debate sobre justificação traz consigo a separação entre elementos objetivos e subjetivos. Quando, malgrado a existência de elementos objetivos para a justificação, afirma-se a exigência de elementos subjetivos concomitantes, afirma-se também (e em razão disso) a necessidade de o Estado interceder sobre atividades subjetivas indignas (à mingua da própria concepção liberal de direito penal). Para não se mencionar os demais problemas que o reconhecimento de elementos subjetivos para a justificação causam para as questões de acessoriedade da participação e para os delitos imprudentes. Por isso, tal concepção subjetivista só se justifica diante de um direito penal da desobediência¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ Aqui acatamos a sugestão do prof. Nilo Batista. Cf. BATISTA, Nilo. *Imputação para principiantes (brasileiros)*. In: Revista Justiça e Sistema Criminal. v.2, n. 1, jan./jun.2010. Curitiba: FAE. p.91.

¹⁰⁸⁵ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, volume II, 2. Rio de Janeiro: Revan. No prelo. §40, p.26 e ss.

¹⁰⁸⁶ Idem, p.26 e ss.

¹⁰⁸⁷ Idem, p.26 e ss.

Cabe, finalmente, um breve comentário. Significados são frequentemente atribuídos a algo (e não deixados pairando no ar). Isso é especialmente relevante se, mesmo reconhecendo-se que as categorias que usamos determinam nosso conhecimento dos objetos, for possível reconhecer também que (mesmo minimamente) os objetos também determinam reflexivamente a forma como se pode conhecê-los. Paralelamente, não fica totalmente claro os critérios que precisam preencher esse algo (para que se possa aventar uma análise de merecimento do significado de conduta). Provavelmente porque o desenvolvimento de tal ideia implicaria no retorno a ideia de substrato que se buscou negar de início. Trata-se, todavia, de uma parcial reedição de antigas questões epistemológicas, nas quais se quer saber o quanto o objeto determina seu próprio conhecimento. E se ele não modela em nada seu conhecimento (e estamos total e absolutamente vulneráveis a quaisquer jogos linguísticos de atribuição de significado), reconheça-se a correção das teorias comunicativas (com todos os problemas de se propor criminalizações de condutas as quais não se pode ter uma contemplação limitadora *ex ante*); mas se mesmo que um reduzido traço de determinação pelo objeto, então se abrem as portas para o cotejamento (entre significado e substância) e, assim, para a necessidade de algum substrato.

Essa alquimia na qual o material se transforma em significado é justamente a porta de entrada do normativismo. Se a conduta perde sua ancoragem material torna-se inviável falar em antijuridicidade objetiva, por exemplo. Especialmente porque ela se apoia em um juízo fático e não valorativo – o juízo valorativo seria realizado pela lei e o juízo objetivo (composto primordialmente por considerações factuais) seria realizado pelo julgador. Tudo passa a se tornar juízo valorativo¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁸ Idem, p.27-8.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Código Penal*. Saarbrücken: juris GmbH, 2013. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>>. Acesso em: 29 jun. 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal**: em Busca da Segurança Jurídica Prometida. 1994. 501 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.
- ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 1997.
- BATISTA, Nilo. A lei como pai. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 2, n.3, p. 20-38, jan.2010.
- BATISTA, Nilo. Imputação para principiantes (brasileiros). **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.2, n. 1, p.85-102, jan./jun. 2010.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- BATISTA, Nilo. Práticas penais no direito indígena. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p.75-86, jan./jun. 1981.
- BATISTA, Vera Malaguti. **A Adesão Subjetiva à Barbárie**. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <<http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BEHRENDT, H.J. *Juristische Grenzen der Psychotherapie*. In: STRAUß, Bernhard; GEYER, Michael (orgs.). **Grenzen psychotherapeutischen Handelns**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2006. p. 201-221.
- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1994. p.222-232.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. **Concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIRMAN, Joel. Genealogia do feminino e da paternidade em psicanálise. **Nat. Hum.**, v.8, n.1, p. 163-180, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 13.ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2008. V.1.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral. Minas Gerais: Del Rey, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, ano 37, n. 148 out./dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 03 set. 2013.

BRASIL. *Código Penal*. Brasília: Senado, 1940.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César et al. **Modernas tendências sobre o dolo em direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.93-127.

CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Técnica, direito e crise de legitimidade. **Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 41-64, 2008.

CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. A história e história do direito penal: a fenomenologia como elemento crítico. **Revista Datavenia**, v. 01, p. 2-20, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a Saúde Pública. **Série E. Legislação de Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde**. Brasília, DF, v.1, p. 113-124, 2003.

CEREZO MIR, José. O finalismo, hoje. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 12, p.39–49, out./dez. 1995.

CHILD, William. **Wittgenstein**. Porto Alegre: Penso, 2013.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Teoria da ação: as grandes objeções ao conceito final de ação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.2, n.5, p.196-206, 1999.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fábio Roberto. O conceito de ação em direito penal: linhas críticas sobre a adequação e utilidade da ação na construção teórica do crime. In: FAYET JUNIOR, Ney (org.). **Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 279-304.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1958.

DUAYER, Mário. Marx, Verdade e Discurso. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 15-39, 2001.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso: uma introdução ao pensamento de Habermas**. Pelotas: UFPEL, 1993. p.149-167.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

ENGISCH, Karl. **La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2006.

FIGUEIREDO, Luciana Bioiteux de [et. al.] (coord.) Tráfico de drogas e constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, DF: SAL (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça), 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={75731C36-32DC-419F-A9B6-5170610F9A7B}&ServiceInstUID={0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1}>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

FLETCHER, George P. **Conceptos basicos de derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

FLETCHER, George P. **Gramática del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

FLETCHER, George P. **Rethinking Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2000.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta Punível**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961.

FRAGOSO, Rodrigo. **Gestão Temerária de Instituição Financeira**. [S.l: s.n.], 2002. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo71.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2013.

FREUD, Sigmund. O Eu e o Id. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.14-74. v.16.

GALVÃO, Fernando. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GLOCK, Hans-Johann. *Necessity and Normativity*. In: SLUGA, Hans; STERN, David (eds.). **The Cambridge Companion to Wittgenstein**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1996. p.198-225.

GÖSSEL, Karl Heinz. *Acerca del Normativismo y del Naturalismo en la Teoría de la Acción*. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, n.1, p. 33–49, 2007.

GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In: GRECO, Luís; LOBATO, DANILO (Orgs.). **Temas de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.147-169.

GRECO, Rogerio. **Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático, art.154-A do Código Penal**. [S.l.: s.n., 201?]: Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2183>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Acções, actos de fala, interacções mediadas pela linguagem e mundo da vida. In: HABERMAS, Jürgen. **Fundamentação Linguística da Sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2010. p.171-210.

HABERMAS, Jürgen. Esclarecimentos sobre o conceito de acção comunicativa. In: HABERMAS, Jürgen. **Fundamentação Linguística da Sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2010. p.137-169.

HABERMAS, Jürgen. Introdução. In: HABERMAS, Jürgen. **Fundamentação Linguística da Sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2010. p.11-27.

HABERMAS, Jürgen. Prelecções para uma fundamentação linguística da sociologia. In: HABERMAS, Jürgen. **Fundamentação Linguística da Sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2010. p.29-136.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HACKER, Peter M. S. *A Normative Conception of Necessity: Wittgenstein on Necessary Truths of Logic, Mathematics and Metaphysics*. In: V. Munz, K. Puhl, J. Wang (Eds.). **Language and World.Part One. Essays on the Philosophy of Wittgenstein**. Heusenstamm: ontos verlag.Publications of the Austrian Ludwig Wittgenstein Society – New Series,Vol. 14, 2010.

HEGEL, G.W.F. **Enciclopédia das ciências filosóficas em epítome**. Lisboa: Edições 70, 1988.

HEGEL, G.W.F. *Phenomenology of spirit*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito 'pretípica'*. In: _____. *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGraw-Hill, 1999. p. 21-39.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Granada, n. 10, 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

HIRSCH, Hans Joachim. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinal-Culzoni, 1999. p.13-36. V.1.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. Porto Alegre: Artmed, 2008.

HRUSCHKA, Joachim. *Prohibición de Regreso y Concepto de Inducción: Consecuencias*. *Revista de derecho penal y criminología*, [s.l.], n. 5, p. 189-220, 2000.

INFRANCA, Antonino; VEDDA, Miguel. *Introducción*. In: LUKÁCS, György. *Ontología del ser social: el trabajo*. Buenos Aires: Herramienta, 2004.

INFRANCA, Antonino. *Fenomenología y Ontología en el Marxismo de Lukács: de la Ontología del ser social a Historia y conciencia de clase*. In: György Lukács. *Ética, Estética y Ontología*. p. 153-165.

JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão no Direito Penal*. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003. p.01-32. V.2.

JAKOBS, Günther. *Actuar y omitir*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (org.). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*. Lima: Ara, 2005. p.159-181.

JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p.101-125.

JAKOBS, Günther. *O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma?* In: GRECO, Luis; TORTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O papel do direito penal no século XXI*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.345-358.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5.ed. Granada: Comares, 2002.

JURISPRUDÊNCIA. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ICP, n. 19/20, p.111-113, jul./dez. 1975.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

- KAUFMANN, Armin. *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, ano 4, n°5-8, p.159-181, 1975.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.151-152.
- KELEMEN, János. *Lukác's Ideas on Language*. In: KIEFER, Ferenc (ed.). **Hungarian General Linguistics**. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 1982. p.245-268.
- KINDHÄUSER, Urs. *Acerca del concepto jurídico penal de acción. Cuadernos de Derecho Penal*, Universidad Sergio Arboleda, n° 7, p.11-41, jul. 2012.
- KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, fev. 2009.
- KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.128-135.
- LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p.101-120.
- LEWIS, David. *Papers in metaphysics and epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 8-56.
- LIMA, Eric C. O Fragmento 22 dos *Jenaer Sytementwürfe* (1803/1804): apresentação e tradução. **Revista Eletrônica Estudos Hegelianos**, ano 5, n°8, p.75-98, jun. 2008.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. V.1.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**, n. 11, set./dez. 2012.
- LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- LUKÁCS, Georg. O que é marxismo ortodoxo? In: LUKÁCS, Georg. **História e Consciência de Classe: estudos sobre a dialética marxista**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.63-104.
- LUKÁCS, György. **Para uma ontologia do ser social I**. São Paulo: Boitempo, 2012.
- LUKÁCS, György. **Para uma ontologia do ser social II**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- LUKÁCS, George. *The Sociology of Modern Drama. The Tulane Drama Review*. vol. 9, n. 4, p.146-170, 1965.
- MADEIRA, Ronaldo Tanus. Fenomenologia e Teoria Final da Ação. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.55-67, abr./set. 2008.

MAIHOFER, Werner. *El derecho natural como derecho existencial. Anuario de Filosofía del Derecho IX*, p.09-34, 1962.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2012. p.109-134.

MARQUES, Edgar. **Wittgenstein & o Tractatus**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

MARTINS, Maurício Vieira. Ontologia social e emergência na obra do último Lukács. *Scientiæ zudia*, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 671-6, 2013.

MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARX, Karl. O caráter desigual do desenvolvimento histórico e os problemas da arte. In: MARX, Karl. **Cultura, arte e literatura: textos escolhidos**. São Paulo: Expressão Popular, 2012. p.127-129.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MARX, Karl. **O Dezoito Brumário de Luiz Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MAURACH, Reinhart. O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, ano IV, nº 14, p.21-34, jul./set., 1966.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: BdeF, 2007.

MÉSZÁROS, István. *The power of ideology*. Londres: ZED Books, 2005. p.129-139.

MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal 1*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

NETTO, José Paulo. Gyorgy Lukacs, um exílio na pós-modernidade. In: NETTO, José Paulo. **Marxismo impenitente**. Rio de Janeiro: Cortez, 2004.

NIESE, Werner. *La teoria finalista de la acción em el derecho penal alemán. Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 41-42, p.275-299, jan./jun. 1961.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº 3, p.579-608, 1987. t. 40

OTTO, Harro. *Diagnosis causal e imputacion del resultado en derecho penal*. In: NAUCKE, Wolfgang (org.). **La prohibición de regreso en derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.65-92.

PACHUKANIS, E.B. **Teoria geral do direito e o marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PASCHOAL, Janaína da Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PASSETTI, Edson. A Atualidade do Abolicionismo Penal. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.13-33.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: elementos para uma reflexão crítica**. *Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI*. p.5486-5503. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2014.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **A concepção significativa da ação de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema de derecho penal**. Montevideo: BdeF, 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 1999.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena**. Limites, Princípios e Novos Parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSDOLSKY, Roman. **Gênese e estrutura de O capital de Karl Marx**. Rio de Janeiro: Eduerj-Contraponto, 2001.

ROUANET, Sérgio Paulo. Ética Iluminista e Ética Discursiva. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, ed. Tempo Brasileiro, n. 98, jul./set.1989.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, parte general**. Madrid: Civitas, 1997. V.1.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Buenos Aires: BdeF, 2012. p.79-98.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – parte geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2010.

SARTRE, Jean-Paul. **Critique of dialectical Reason**. Theory of Practical Ensembles. Londres: Verso, 2004. v.1.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal** (parte general). Barcelona: Bosch, 1956.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Sobre la Sistemática de la Teoría del Delito. Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, ed. Depalma, ano 4, n.5 a 8, 1975.

SCHMIDT, Eberhard. *El medico en el derecho penal*. Madri: ECM, 1955.

SCHMIDT, Eberhard. **Teoria da ação social**. Lisboa: AAFD, 1983.

SCHUNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p.203-208.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Por uma historiografia da reflexão. In: BLOCH, Marc. **Apologia da história**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p.07-12.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio: Elsevier, 2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A teoria da ação na doutrina de Juarez Tavares: a construção de um direito penal de garantia. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.281-300.

STROUD, Barry. *Mind, meaning, and practice*. In: SLUGA, Hans; STERN, David (eds.). *The Cambridge Companion to Wittgenstein*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1996. p.296-319.

TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010.

TAVARES, Juarez. Apontamentos sobre o conceito de ação. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.138-154.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: RT, 1980.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, v. 14, p. 305-323, 2008.

WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del derecho penal alemán*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans. A dogmática no direito penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, n.13/14,p.07-12, jan./jun.1974.

WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, Borsoi, n.3,p.13-43, jul./set.1971.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 12. ed. (3. ed. castellana). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977.

WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)**, tomo 21, fasc. II, p. 221-230, maio/ago. 1968.

WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: R. Depalma Editor, 1951

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis Prado. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011.

WELZEL, Hans. *Positivismo y Neokantismo*. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, nº 2, fascículo 2. p.193-202, 1962.

WELZEL, Hans. *Reflexiones sobre el “libre albedrío”*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)**, tomo 26, fasc/mes 2,p.221–230, 1973.

WELZEL, Hans. **Verdad y Límites del Derecho Natural**. *Dianoia*, v. 10, n.10, p.228–240, 1964.

WESSELS, Johannes. **Direito penal** (aspectos fundamentais). trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011a.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011b.

WOLFF, Ernst Amadeus. **Die Lehre von der Handlung**. *AcP* 170, p.181-229, 1970.

WOOD, Allen W. **Kant**. trad. Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008.

WRIGLEY, Michael. Continuidade e descontinuidade na filosofia de Wittgenstein. **Revista Cult**, n. 60, mar. 2010. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/filosofia-de-wittgenstein>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A Palavra dos Mortos**: conferências de criminologia cautelar. Coleção Saberes Críticos. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, E.R. [et al.]. **Direito penal brasileiro**, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, E.R. [et al.]. **Direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan. v. 2. No prelo.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.