

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

ROGÉRIO GESTA LEAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Novera Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-478-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: “Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importancia de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresentação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentação do artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sobre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um código, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma análise crítico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciário em material penal. Dando prosseguimento ao artigo a ser publicado *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinárias. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controversa a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (*Wilful blindness*) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou *erga omnes*. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho)

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**VALORAÇÃO DA AÇÃO INTERSUBJETIVAMENTE SIGNIFICATIVA NA
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

**APPRECIATION OF THE INTERSUBJECTIVELY MEANINGFUL ACTION IN
CRIMINAL LAW DOGMATICS**

Lucas Gabriel Santos Costa ¹
Alexandre Sergio da Rocha ²

Resumo

O Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Palavras-chave: Ação humana, Teoria do delito, Fato punível

Abstract/Resumen/Résumé

Criminal law's main function is the formal social control through the determination of a core behavior to be forbidden. Accordingly, this paper deals with valuation of the human conduct in crime theory. Its aim is to analyse the concept of action to expose its aptitude to grant unity to the foundations of all the expressions referring to punishable facts through rational criticism of action to ground dogmatic constructs. So, the dogmatic constructs of crime theory are presented in face of action theory as exposed in philosophy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human action, Crime theory, Punishable facts

¹ Doutorando em Direito Público.

² Doutor em Filosofia.

1 INTRODUÇÃO

A ação humana é condição indispensável à existência da proibição penal, um elemento comum a qualquer crime. As normas penais proibitivas resultam de uma valoração jurídica que recai sobre a manifestação de um comportamento pessoal. O crime se manifesta com a adjetivação normativa sobre uma espécie de comportamento, aqueles não queridos dentre os diversos modos de viver.

Os modos de viver são apoiados na força constitutiva da ideologia que sustenta valores culturais e geram convenções comportamentais que formam, historicamente, as referências ao comportamento adequado ao desenvolvimento ou manutenção do sistema social. O Direito Penal serve a esse sistema como um mecanismo, um instrumento de controle, pois ele distingue, nos fatos sociais, as condutas que agravam o modo de vida assumido por tais convenções, formando, assim, um núcleo normativo de proibição que se vincula ao indivíduo através do processo de comunicação. O signo atribuído ao comportamento humano, identificando-o como ação jurídico-penalmente relevante, resulta desse processo.

A importância da ação ou da conduta (denominação também utilizada na teoria geral do crime) resulta da função que ela possui na dogmática do delito: sustentar a operação interna das construções para determinação do crime, excluindo do âmbito de proibição os comportamentos que não irritam o sistema, bem como servir de base, ponto inicial, e objeto de valoração das categorias que integram o delito.

Buscando o cumprimento dessa função, a teoria do delito se apoia em construções dogmáticas. Elas partem da compreensão ontológico-dedutiva ou físico-psíquica da ação, causalista e finalista, buscando na natureza um significado pré-jurídico da conduta humana, e também se expressam em construções que buscam o conceito de ação não antes, mas dentro da sociedade, como as axiológico-valorativas, normativas. Esse processo de valoração é realizado por meio de procedimentos propostos por construções dogmáticas que dispõem sobre regras gerais que informam a constituição analítica do crime.

O que é comum em todas as construções é a busca de um conceito de ação capaz orientar o *start* do processo de valoração do Direito Penal, que recai sobre um fato para sistematizar o procedimento de predicação de uma conduta pessoal, querida e evitável, como um crime. No

entanto, o que diverge entre essas construções é a compreensão do conceito de ação, capaz de equilibrar segurança e racionalidade, atribuindo unidade às formas de manifestação do fato punível.

Através do diálogo entre o comum e o divergente, dedutivamente, o artigo se perfaz com a análise das propostas sobre o conceito de ação apresentados pelas construções dogmáticas da teoria do delito, do causal-naturalismo até as proposições funcionalistas. Abordar o conceito de ação através das construções dogmáticas é a forma de ressaltar que elas são importantes ao desenvolvimento de um esquema, analítico e procedimental, voltado a justificar a punição de um comportamento humano.

A punição cumpre uma função social. Sendo assim, deve ser racional e dialogar com as estruturas da sociedade que a orienta. As construções se manifestam em pleno desenvolvimento na compreensão da punição e, conseqüentemente, requerem um fundamento que vincule à ação ao potencial de responder sobre a existência do fato punível, considerando as possibilidades de sua expressão em um sistema social complexo e diversificado – o fundamento, no contexto de um Direito Penal Liberal e Democrático, que compreenda e limite a intervenção punitiva à missão do sistema penal assumido pela proposta político-criminal inerente ao sistema social: A ação é o elemento capaz de ensejar a responsabilidade pessoal, desagravando a liberdade individual quando o comportamento não for capaz de intervir no curso do fato social.

A referência que indica os caminhos para construção da abordagem é a crítica sobre a capacidade de rendimento das construções dogmáticas para dispor de um conceito jurídico-penal de ação que seja não apenas seguro, mas funcional, lógico e racional. Seja racional, por se aproximar de uma unidade conceitual geral e comum a todos os modos de manifestação do fato punível; lógico, por servir de apoio à valoração dos elementos que compõem analiticamente o crime (considerável como tipicidade, ilicitude e culpabilidade); funcional, por acoplar e estabelecer a comunicação entre o sistema penal, a dogmática penal e proposta político-criminal do sistema social, estabelecendo a prevalência do valor humano na relação entre o ser humano, a sociedade e Direito Penal.

2 AÇÃO HUMANA

A linguagem natural -- a que os falantes de um idioma utilizam corriqueiramente -- é ambígua. Não apenas há várias palavras para descreverem a mesma situação, mas, também, essas palavras podem, em certos casos, referirem-se a situações diversas. Se a isso forem adicionados os usos da linguagem nos diferentes atos de fala e as figuras literárias, como ironia ou conotação, percebe-se que a riqueza expressiva que o falante termina por dominar incorpora essa ambiguidade e serve-se dela para colorir as mensagens que produza.

Se, entretanto, essa é uma qualidade expressiva da linguagem natural, quando se precisa utilizar uma linguagem em um saber sistematizado específico, a ambiguidade pode ser uma grande inconveniência, porque é necessário que os enunciados tenham uma precisão que a fluidez da linguagem natural não permite. Criam-se, nessas condições, os discursos especializados, com jargões técnicos que, em grande medida, se constituem em *linguagens definidas*, isto é, linguagens cujos termos -- ou pelo menos certos termos, ditos técnicos -- são usados de maneira convencionalmente não ambígua, obedecendo a uma definição rigorosa que todos os usuários desse jargão compreendem e se comprometem a usar do mesmo modo.

O Direito é um desses saberes sistematizados que precisa utilizar uma linguagem definida para construir suas teorias, necessidade tanto maior quanto mais se queira sofisticar essas teorias. Entretanto, se o Direito faz jus à possibilidade de criar seu próprio jargão especializado, a enorme abrangência dos fenômenos jurídicos, que se estendem por sobre praticamente todos os aspectos da vida humana, obriga a que ele se utilize de um sem-número de conceitos que são oriundos de outras áreas do saber ou que nessas outras áreas encontram o campo natural de definição originária.

Isso acontece com o conceito de ação. Obviamente, o conceito de ação como o substantivo descritor do agir humano não é originário do Direito, embora nele surja desde cedo o termo ação com o sentido que ainda hoje o direito processual lhe empresta. É Aristóteles quem inaugura a descrição do agir humano, associando uma circunstância interna, subjetiva a um resultado externo -- o desejo (em grego, *oréxis*) leva a uma escolha e essa determina o ato. Há, para Aristóteles, três tipos de desejo e apenas um, *boulesis*, corresponde ao conteúdo racional da vontade. Quando o ato é determinado pela vontade racional (e não pelos outros dois tipos

de desejo), esse ato é voluntário e, se a vontade que determina o ato é a do agente, esse é um homem livre (*eleutheros*).

As ações, no sentido aqui referido, estão associadas à capacidade humana de promover, prevenir e modificar a sucessão de estados de coisas que constitui um *curso natural de acontecimentos*. Estados de coisas são conceitos primários elaborados por Ludwig Wittgenstein, mas de curso geral a partir desse seu uso.¹ O primeiro estudioso sistemático da ação como mecanismo de alteração de estados de coisas foi Georg Henrik von Wright, discípulo de Wittgenstein. Ele esclarece que “um ato *não é* uma mudança no mundo”, ou seja, atos não são acontecimentos eles próprios nem tipos ou espécies de acontecimentos, mas são instrumentos para que mudanças se efetuem. “Agir, de certo modo, é interferir com o ‘curso da natureza’” (WRIGHT, 1953). A ação humana *não é*, portanto, o movimento que o ser humano decide fazer e faz. Isso é o movimento do agente, que não se confunde com a ação, mas que é parte integrante dela. A outra parte essencial da ação é o elemento subjetivo, psíquico, que se tem por origem causal² do automovimento do agente e se chama *vontade do sujeito*. É esse fenômeno dúplice, que se inicia na subjetividade, mas que só se revela na objetividade, que se constitui na ação humana.

A parte objetiva que revela a ação, mas não a constitui sozinha, é um automovimento que, considerado apenas em sua objetividade seria um acontecimento, isto é, uma sucessão de fatos, alterações de estados de coisas. A queda de um raio ou uma erupção vulcânica, também são acontecimentos e, embora os fatos que neles estejam contidos possam afetar substancialmente os interesses humanos, eles têm em comum não abrigarem, em sua origem causal, a vontade humana, elemento fundamental da ação. A ideia de ação, inalterada de Aristóteles até von Wright, é ter a vontade como causa do acontecimento objetivo que revela a ação.

¹ Nota explicativa: O mundo é tudo aquilo que é o caso. [...] 1.11 O mundo é determinado pelos fatos e por serem eles *todos* os fatos. [...] 2 O que é o caso -- o fato -- é a existência de estados de coisas. 2.01 Um estado de coisas (*state of affairs*) (*state of things*) é uma combinação de objetos (coisas). 2.011 É essencial para as coisas que elas sejam possíveis constituintes de estados de coisas (WITTGENSTEIN, 1961, p.7).

² Nota explicativa: Dizer-se que *p* é uma condição causalmente suficiente de *q*, não significa dizer *apenas* que, de fato, sempre que acontece *p* acontece *q* também. Está, também, sendo afirmado que, no passado, quando *p* não aconteceu, *q* *teria acontecido* se *p* tivesse acontecido naquela ocasião. Só se a proposição de que “*p* é uma condição suficiente de *q*” garante a verdade daquela proposição condicional contrafactual é que a condição de suficiência implica uma relação causal (WRIGHT, 1974, p. 8).

Isso esclarecido, é lícito aos saberes sistematizados da contemporaneidade escolherem e qualificarem os tipos de ações que lhes interessam e, até, incorporar sua nomenclatura a seus jargões técnicos específicos, com descrições precisas e regras de uso bem estabelecidas, sem, contudo, ignorarem ou perderem de vista o que seja originalmente, no caso, uma ação. Isso se aplica, em particular, ao Direito.

Nem toda ação humana interessa ao Direito e, entre as que interessam, nem todas interessam da mesma forma. Entretanto, o Direito se interessa por sujeitos como seres dotados de consciência, desejos e capacidade racional de deliberação e decisão, e esses são, justamente, os elementos constitutivos da vontade.

A questão que se coloca, então, é saber em que medida e de que maneira esses elementos subjetivos e sua conexão com os aspectos objetivos da ação podem ou devem interessar ao Direito que, para marcar esse interesse, poderá, no seu jargão técnico, qualificar a ação e seus componentes e definir o uso dos termos com que o faça. Escolas de pensamento jurídico diferentes, podem fazê-lo de maneira diferente, mas é preciso lembrar que o fenômeno da ação humana, em si, é o mesmo. O que muda é a linguagem com que é descrito para sublinhar o tipo de interesse que desperta no campo jurídico e, conseqüentemente, o tratamento que nele lhe será dado – como será referido e como se articulará com outros elementos do discurso jurídico, sejam eles também tomados de empréstimo a outros saberes, sejam eles e construção estritamente jurídica.

3 A COMPREENSÃO ONTOLÓGICO-DEDUTIVA DA AÇÃO

No espaço em que se constrói o sentido jurídico e, especificamente, o jurídico-penal, a apreensão da ação, ou conduta humana, dá-se no contexto da existência de normas prescritivas que operam como molduras ou gabaritos que determinam as expectativas do comportamento juridicamente adequado.

A ação humana, ou conduta, que em um sentido amplo compreende tanto a ação em sentido estrito quanto a omissão, é a coluna vertebral, a base que sustenta toda teoria do delito: não há crime sem ação. A ação, no sistema jurídico-penal, especialmente na teoria do crime, desempenha a função de elemento central sobre o qual se desenvolvem os elementos da teoria do crime (BRUNO, 1959, p. 281). É nesse sentido, que a ação é apreendida pelo Direito Penal

como um supraconceito, comum a toda espécie de crime, um elemento básico que une todas as categorias da percepção analítica do delito, sendo capaz de excluir o acontecimento, fortuito, irrelevante, que não importa ao Direito Penal (ROXIN, 1997).

Apreensão e valoração jurídico-penal da ação se desenvolvem por meio de construções que dogmaticamente sustentam procedimentos capazes de decompor o fato social, buscando a compreensão do delito. O desenvolvimento dessas construções, historicamente, tem como indicador inicial a teoria causal-naturalista, ou clássica, do delito.

A partir do ideal proposto pelo Estado de Direito, sustentado, especialmente, pela legalidade, e a emergência das ciências exatas, no final do Século XIX, que influíram no modo de interação entre o sistema social e o sistema jurídico-penal, a construção causal-naturalista propôs um sistema fechado que garantisse segurança, certeza e universalidade no procedimento de definição do crime.

Coube ao procedimento da construção causal-naturalista do delito o desenvolvimento dos institutos que atualmente formam a moderna teoria do delito (BELING, 2002), com a ordenação dos elementos que compõem o crime sob um olhar analítico (HUNGRIA, 1978, p. 09). A construção proposta por Franz von Liszt e Ernest von Beling, buscando ser universal, observava a conduta como um movimento corpóreo, causado por um impulso voluntário, que gera uma modificação no mundo exterior, apoiada na causalidade física (LISZT, 1899, p. 193) (BELING, 2002, p.42). Esse é, aliás, o conceito tradicional de ação que se formula independentemente de qualquer interesse jurídico que possa ele despertar. Franz von Liszt e Ernest von Beling referiam-se, portanto, a um conceito de conduta despido de valor jurídico específico, como fenômeno essencialmente natural, pré-jurídico, sendo aferido por regras lógicas semelhantes às ciências exatas (BRUNO, 1959, p. 282)³.

Em tal construção, o tipo e a antijuridicidade cumpriam a função de avaliar o aspecto objetivo do comportamento, sendo o primeiro meramente descritivo e a antijuridicidade, a contrariedade objetiva da conduta típica com o ordenamento jurídico. O viés subjetivo era representado pela culpabilidade, de cunho psicológico, que determinava a ligação subjetiva da

³ Nota explicativa: Aníbal Bruno (1959, p. 282) sustenta um conceito de ação como a “pura realização da vontade no mundo exterior, não importando, neste primeiro momento do conceito de crime, se esta realização constitui violação de uma norma de Direito, se esta violação concretiza uma figura típica ou se os elementos subjetivos do agente têm a categoria necessária para fundamentar a sua responsabilidade penal”.

ação com o autor imputável (FRAGOSO, 1961. p.10).⁴ O fato punível⁵, então, surgia de uma ação que se expressava através de um movimento corpóreo, ação voluntária do agente, ou omissão, abstenção voluntária de um movimento corpóreo, que não impede ou produz um resultado, uma alteração no mundo físico (HUNGRIA, 1978, p. 10-11).

A partir dessa compreensão da ação, o sistema passa a analisar a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade, indício da antijuridicidade, realiza a subsunção formal do comportamento ao tipo penal, conectando a conduta a um resultado formalmente típico, por meio de um nexos de causalidade físico, sob a perspectiva da teoria da equivalência dos antecedentes. A antijuridicidade, descritiva, serve à verificação da inadequação do fato ao direito (MIR PUIG, p. 154). Após, realiza-se o processo de imputação subjetiva, ligação do fato à pessoa, em que a imputabilidade, capacidade de ser culpável, é o pressuposto às formas de culpabilidade, expostas por meio do dolo e da culpa: a concepção psicológica da culpabilidade (BELING, p. 62-72).

O sistema causal-naturalista não valora juridicamente o conteúdo da vontade humana dirigida ao resultado penalmente típico: “o conteúdo da vontade permanece estranho ao conceito de ação. Basta apenas a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que quis” (FRAGOSO, 1961, p. 09).⁶ Propõe, sim, uma perspectiva de ação que forma um axioma inicial que estrutura um sistema cognitivamente fechado para determinação do fato punível (MIR PUIG, 2007, p 155).⁷

No Direito Penal, especialmente nas construções dogmáticas da teoria do delito, a vontade e a consciência (que dela faz parte) são tomadas como conteúdo do dolo. No sistema clássico de Liszt e Beling, tal dolo se apresentava com uma espécie de culpabilidade, o *dolus malus*, que

⁴ Nota explicativa: A análise pessoal da responsabilidade jurídico-penal se realizava em outras categorias do sistema, como a antijuridicidade e a culpabilidade, já que o tipo era meramente descritivo.

⁵ Nota explicativa: Em uma perspectiva lógico-formal, o fato punível é aquele que a Lei proíbe com a ameaça de pena. Em um sentido material, é o que resulta da ação humana e que, objetivamente, viola o interesse protegido pela norma penal.

⁶ Na verdade, o conteúdo da vontade é intrínseco à ação. Entretanto, o que se afirma aqui é que a valoração jurídica dos efeitos da ação associa-se apenas ao querer agir e não a querer alcançar-se esta ou aquela finalidade específica.

⁷ Nota explicativa: Para Santiago Mir Puig, no sistema causal-naturalista “[o] ‘impulso voluntário’ só importava como causa de da conduta externa, sendo indiferente o conteúdo da vontade e se o mesmo se dirigia ou não a realizar o fato produzido, contanto que houvesse causado o movimento corporal externo. A direção final da vontade não importava ao conceito causal de ação. Exemplo: O motorista que atropela um pedestre causa um resultado (atropelamento) mediante um movimento corporal (dirigir) que pode ser considerado causado por um impulso voluntário (que determina a dirigir) *ainda que esta vontade não alcance o resultado* (o atropelamento)” (MIR PUIG, p.155).

representa o conhecimento do ilícito. O sistema considerava que a vontade e a consciência não eram necessárias para que se valorizassem juridicamente os efeitos da ação; seriam elementos considerados no juízo de reprovação social ao autor que voluntariamente, ainda que sem a antecipação do futuro e orientação da consecução deste por sua vontade, realizasse o injusto penal.

Ao se apoiar em uma ação natural, destituída de valoração jurídica, “valorando o ilícito como simples relação causal” (FRAGOSO, 1961, p. 09) para além de inadequada ao expandir injustificadamente o espaço de proibição (STRATENWERTH, 1999, p.52), reduzindo o juízo de tipicidade a uma operação lógico-formal (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 193)⁸, a construção causal-naturalista não superou os obstáculos para propor um fundamento adequado à proibição da conduta nos casos de tentativa, dos crimes omissivos (TAVARES, 2012, p.82-88) (JESCHECK, 1993, p. 182), dos crimes formais e de mera conduta (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 193)⁹ nos crimes culposos (TAVARES, p. 35-39); não avalia o elemento subjetivo nas ações passíveis de justificação (JESCHECK, 1993, p. 182) e na culpabilidade, não afere a potencial consciência da ilicitude como juízo de reprovação pessoal. O conceito não cumpre a função racional, uma vez que se estende a todos os estados corporais e não cumpre a função de eliminar os movimentos não queridos em face à realização do tipo.

O Direito Penal, dialogando com a superação do método positivista pela filosofia dos valores, impulsionou o surgimento do pensamento neoclássico do delito. A nova proposta de construção adotou o método axiológico, valorativo, inerente às ciências sociais, superando os dados da natureza, inerentes ao mundo do ser (SCHUNEMANN, 1991, p. 50).

A ação no sentido relevante para o Direito Penal deixou de ser o processo causal de modificação da natureza para ser uma conduta valorada normativamente, ou seja, compreendida e interpretada conforme o sistema jurídico-penal. A proposta neoclássica antecipa para o âmbito do tipo penal a análise da antijuridicidade, isso através dos elementos negativos do tipo (TAVARES, 2002, p. 136): o tipo é a *ratio essendi* da ilicitude,

⁸ “[...] esquecendo as unidades de sentido social que vivem nos tipos, levaria a igualar o ato do cirurgião que salva a vida do paciente com o do faquista que, em *vendetta*, eventra a sua vítima.”(FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 193)

⁹ Nota explicativa: “[A] ação, no crime de injúria, consistia consistiria na emissão de ondas sonoras dirigidas ao aparelho auditivo do receptor”(FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 193).

antijuridicidade tipificada, e o crime a ser considerado como o injusto culpável (GRECO, 2002, p. 13-14).

A ação relevante para o Direito Penal passa a ter caráter valorativo, A antijuridicidade deixa de ser formal, enquanto contradição da norma jurídica, e passa a ser material, representando lesão social, surgindo a possibilidade do reconhecimento de causas supralegais de justificação (JESCHECK, 2002, p. 215-221). No entanto, a proposta neoclássica peca pela ausência de uma base reitora para valoração dos elementos do sistema, separando o lógico do ontológico sem a determinação de uma base, bem como um fundamento para operação interna do sistema. A proposta segue a estrutura dogmática causal-naturalista e, apesar de ampliar o espaço de valoração objetiva da ação, esgota seu rendimento para ser elemento de ligação e união do sistema ao compreender a ação como elemento despido de valorações sobre a direção pessoal do comportamento.

4 COMPREENSÃO AXIOMÁTICA-FINALISTA DA AÇÃO

Aproximando o Direito Penal da realidade ontológica, a construção finalista, proposta desenvolvida por Hans Welzel, compreendia que a ação humana é qualificada pela finalidade (WELZEL, 1951, p. 19). A apreensão da pura causalidade não apresenta um signo capaz de determinar a dirigibilidade do comportamento. É por isso que, se o Direito Penal deve preocupar-se com condutas humanas, passa ser juridicamente relevante que o conteúdo da vontade integre o conceito de ação, pois “não há querer humano sem finalidade” (FRAGOSO, 1961, p. 501).

Considerando que não cabe ao direito determinar normativamente a existência da vontade, mas valorar o sentido de tal vontade, que antecede ao juízo jurídico, o procedimento inscrito na construção finalista parte do axioma da ação final, ontológica e pré-jurídica como base à valoração dos elementos analíticos do delito.

Em tal construção, o tipo penal cumpre a função de descrever legalmente a conduta proibida, que serve de indício ao caráter antijurídico da ação motivada por uma finalidade. As omissões não existem no plano ontológico, são concebidas normativamente, observadas através da norma que imponha a ação que foi omitida.

O tipo penal representa a matéria da proibição, modelo da conduta proibida, agora com uma conotação pessoal: a finalidade humana. Apresenta, assim, um viés objetivo, composto pela conduta humana, que possui um nexo de causalidade no sentido da teoria dos antecedentes causais¹⁰ como critério de imputação, com um resultado penalmente proibido, ou seja, constitui a análise objetiva da conduta e do fato social que configuram o fato punível, sendo que nos crimes formais ou de mera conduta, não há resultado.

O outro viés, o subjetivo, tem como conteúdo a finalidade, que é representada pelo dolo, elemento volitivo que passa a integrar o tipo penal, bem como pelos elementos subjetivos do tipo. Dolo, no finalismo, expressa o sentido natural, sociológico da manifestação vontade, pois não possui valoração jurídica: “a possibilidade de querer não depende da imputabilidade”. (FRAGOSO, 1961, 502)¹¹.

Trata-se do sistema em que se vinculam ação e finalidade: consciência e vontade são reconhecidas como partes da ação¹². O Direito Penal, assim, deve-se orientar pela proibição de ações tendo presente sua vocação finalista, pois essa vocação é uma realidade organizada que determina o sentido do fato, que antecede o juízo de valoração jurídica (LUISE, 1987, p. 37). Ao sistema do direito, então, cabe apenas selecionar os comportamentos que formarão o conteúdo das proibições (MUÑOZ CONDE, 1999, p. 11).

No sistema finalista, o dolo passou a ser natural: o conteúdo psicológico da conduta, representando o tipo subjetivo e demonstrando a finalidade inerente à ação humana. A doutrina tradicional o caracterizou como “conhecer e querer a realização do fato típico. A questão é: por que o dolo se define dessa maneira e não de outra.” (STRATENWERTH, 1992).

¹⁰ Nota explicativa: a soma de todas as condições consideradas em conjunto, todos os fatores que contribuem para materialização de um resultado será considerado causa do mesmo. (BITENCOURT, 1997, P. 68). Condição é causa sempre que não se possa suprimi-la mentalmente sem que o evento venha a ser eliminado (*conditio sine qua non* existirá efeito). Logo, todas as condições (antecedentes necessários, não suficientes) se equivalem (teoria da equivalência). (COSTA JÚNIOR, 1996, p. 79).

¹¹ Nota explicativa: “A palavra dolo já envolve a ideia de valoração jurídica da vontade e é inadequada no caso, sendo empregada à falta de outra.” (FRAGOSO, 1961, p. 502).

¹² Nota explicativa: A vontade pressupõe consciência; sem consciência, não há vontade. Mas a vontade sozinha não é ação. Se não houver efeitos imediatos da vontade no mundo objetivo não há ação. Então, consciência e vontade são partes importantes da ação, mas não a totalidade de seu conteúdo. Entretanto, o que se refere aqui é a relevância jurídica dos elementos da ação, que é diversa nas diferentes perspectivas das diversas escolas.

Na construção, a antijuridicidade cumpre a função de analisar a conformidade da conduta em relação ao direito, a contrariedade entre o fato e a norma (WELZEL, 1951, p. 30). É importante ressaltar que, para além da finalidade da ação, o finalismo passa a considerar a necessidade da aferição do elemento subjetivo nas causas de justificação: o injusto penal passa a ser pessoal, uma “concepção pessoal-final do ilícito” (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.199).

A culpabilidade é composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de comportamento conforme ao direito. O dolo, atual consciência da ilicitude, não integra a culpabilidade. Esta é o juízo de reprovação que se apoia na concepção de livre-arbítrio do ser humano que, por sua ação final, possui, frente à proibição, o poder de agir de outro modo.

As construções dogmáticas não são imutáveis e acabadas; elas relevam o desenvolvimento da construção precedente, uma evolução na compreensão do método lógico à aferição do fato punível (JESCHECK, 2002, p. 232). A construção finalista avança ao atribuir o caráter pessoal ao injusto penal, que passa a ser injusto pessoal, mas encontra dificuldades para fundamentar a proibição penal em virtude do programa político-criminal que sustenta o sistema social atual.

Tais dificuldades decorrem da limitação do sistema dogmático em face da compreensão de que o significado de uma ação seria obtido fora de um sistema social de significação, formando axiomas que desprezam a importância da valoração normativa sobre a ação (SILVA-SANCHEZ, 1992, p.60). A construção não evolui no âmbito do tipo objetivo, utilizando um nexo de imputação que se apoia na causalidade natural para determinar um conteúdo ao sistema jurídico (SCHUNEMANN, 1991, p.48). As dificuldades se ampliam na tentativa de fundamentar os crimes culposos, pois aqui a conduta não é dirigida a um fim antijurídico (FRAGOSO, 1961, p. 154); existe a reprovação dos meios que foram utilizados pelo agente para alcançar um objetivo lícito (BRANDÃO, 2003, p. 29).

Propondo superar o esgotamento da ação sob a perspectiva finalista, a teoria social da ação entende que o conceito que atribua unidade de fundamento ao fato punível não pode apoiar-se em uma análise isolada e subjetiva que recaia sobre o aspecto psíquico. O conceito de ação deve se apoiar no mundo do dever ser, na expectativa social, sendo que a ação relevante ao

Direito Penal será “todo comportamento humano socialmente relevante” (MIR PUIG, 2007, p. 159). A teoria social da ação, necessita de um ponto de vista superior, de natureza valorativa, alcançável por meio da relação do indivíduo com a sociedade, sendo “toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida ou, ao menos, reconhecível, mediante a possibilidade de reação de que dispõe graças a sua liberdade.” (JESCHEK, p. 1993, 201).

O conceito, sustentado a partir de uma compreensão pré-jurídica do fenômeno, reúne a finalidade nos fatos dolosos e a possibilidade de finalidade para fundamentar a ação culposa e a omissiva. A teoria social não contempla elementos jurídicos normativos como indicadores da ação, sendo que perde o seu rendimento por não ser capaz de cumprir a função delimitadora: determinar um conceito de ação que não agrave o comportamento humano irrelevante ao Direito Penal.

Tentando superar o esgotamento da ação final, surgem propostas como o conceito negativo de ação, que defende que ação é o não evitar evitável de um resultado, ou seja, “não evitação do evitável” (MIR PUIG, 2007, 159). O conceito parte de um viés obrigacional e de garantia do agente em evitar a lesão e fundamenta os crimes de resultado, mas não cumpre satisfatoriamente a função de classificação, pois não alcança os formais ou de mera conduta.

Apesar dos limites da construção, a teoria finalista avança ao demonstrar que a conduta que orienta o sistema deve ser pessoal, mas a teoria estrutura juridicamente os componentes da ação de modo que, na teoria do delito, reduz a capacidade de rendimento do sistema dogmático. A construção finalista não resolve problemas normativos, pois a compreensão individual sobre o fato não se sobrepõe a um esquema normativo de interpretação e produção de sentido que, através do sistema penal, processa comunicação que atribui sentido ao fato punível. O causalismo e o finalismo seguem concepções lógicas pré-determinadas como a causalidade física e a ação natural, o que não impede, mas dificulta, a valoração do sistema para garantia de uma justa aplicação do Direito Penal (SILVA SANCHES, 1992, p. 367).

5 A COMPREENSÃO TELEOLÓGICA-FUNCIONAL DA AÇÃO

O conceito de ação relevante para o Direito Penal elaborado pelas construções causal-naturalista e finalista evidenciam, em suas propostas, o processo comunicativo da sociedade

em que se orientavam. Os valores que sustentavam as construções eram de estabilidade e segurança, espelho do ideal de Estado de Direito, que moldava o plano normativo e científico no século XIX.

Tais valores foram gradativamente tensionados por construções dogmáticas ecléticas, que buscam superar a lógica formal de segmentação da estrutura do delito para compreensão funcional dos seus institutos. A funcionalidade do sistema penal, com o ideal de Estado Democrático de Direito material, passou a demandar a necessidade de coerência lógica e aproximação da dogmática penal com os valores postos por programas de política criminal propostos nas Constituições Democráticas que operam como programa central do sistema social.

A aproximação da dogmática jurídico-penal com a política-criminal¹³ possibilita uma reorientação e novo modo de olhar sobre os elementos que compõem analiticamente o delito. A dogmática funcionalista não descarta, mas apresenta uma proposta de desenvolvimento dos procedimentos dogmáticos antecedentes (MIR PUIG, 2003, p. 256), uma nova proposta que passa a evidenciar novas dimensões para compreensão da ação e, conseqüentemente, do próprio fato punível (SCHUNEMANN, 1991, p. 64) (ROXIN, 2000, p. 82-88).

As construções funcionalistas que recaem sobre a teoria do delito abrem um espaço para a recombinação do procedimento dogmático, isso através de uma valoração normativa dos elementos que tradicionalmente compõem o conceito analítico de delito¹⁴, superando o esgotamento dos sistemas axiomático-dedutivos¹⁵ e apresentando caminhos para um conceito de ação que possua maior rendimento no âmbito penal.

¹³ Nota explicativa: No funcionalismo penal, especialmente, a função que a pena assume no sistema penal é parâmetro para o desenvolvimento dos elementos dogmáticos, pois o crime é constituído como um conjunto de pressupostos deve ter seus elementos normatizados com vistas à punição.

¹⁴ Nota explicativa: Gunther Jakobs refuta a concepção pré-jurídica, ontológica, típica dos sistemas causal naturalista e finalista da ação. Existe uma virada metodológica na análise do tipo penal, o sistema finalista da ação tem no tipo subjetivo o instrumento fundamental para determinação do âmbito de responsabilidade inerente a uma ação. Jakobs propõe a normatização dos elementos do tipo objetivo, especialmente a ação, que já seria adjetivada por valorações que limitam o âmbito da conduta penalmente relevante. (2012. p. 53-70)

¹⁵ Nota explicativa: Silva Sanchez observa que são sistemas construídos com a base inicial no fenômeno pré-jurídico, ontológico, que possuem uma percepção sólida, permanente sobre a realidade. (SILVA SANCHEZ, 1992, p. 367)

A dogmática funcionalista do delito, método axiológico¹⁶, em um espaço orientado pela proposta teleológica-funcional, propicia a abertura cognitiva do sistema jurídico-penal para valoração normativa da ação, pois as categorias do delito devem se funcionalizar e desempenhar um papel harmônico com a missão do Direito Penal dentro do sistema constitucional e social. Roxin estrutura um método voltado à funcionalização do sistema do delito para atender à missão constitucional do Direito Penal: a proteção subsidiária do bem jurídico.

O tipo penal valora normativamente a ação¹⁷, utilizando a teoria da imputação objetiva, através de níveis de imputação que partem do princípio do risco, dando ênfase ao desvalor das consequências decorrentes do resultado. Assim, para além do nexo de causalidade, o funcionalismo penal insere, no âmbito do tipo, o nexo normativo de imputação como condição à ligação entre ação e resultado e, conseqüentemente, à existência do fato punível. Trata-se da Teoria da Imputação Objetiva, que condiciona o juízo de imputação objetiva do resultado à conduta do agente na criação de um risco não permitido (desvalor da ação) e da realização do risco não permitido no resultado (desvalor do resultado), bem como que o resultado esteja contido no alcance do tipo penal (GRECO, 2013, p. 19-28).

A partir da normatização do tipo objetivo, a teoria passa a cumprir a função de limitação do agir, pois realização de um resultado qualquer, por si só, avoca à causa a condição de ação penalmente relevante. Por isso, o princípio do risco que é conteúdo do nexo de imputação, no funcionalismo teleológico, cria um filtro normativo que limita a imputação objetiva, que é demonstrada pela causalidade natural entre comportamento e resultado.

A partir de Kaufmann, com apoio no viés funcional-teleológico do Direito Penal, Roxin propõe que a ação jurídico-penal deva ser compreendida como uma expressão da

¹⁶ Nota explicativa: Schünemann, apesar das correntes, Neokantismo e Funcionalismo, deduzirem os elementos analíticos do delito de valores e fins que desempenham um papel reitor, no Funcionalismo há uma superação do relativismo axiológico do Neokantismo, pois orienta a uma valoração que tem como o papel reitor o fim de prevenção. (1991. p. 67)

¹⁷ Nota explicativa: Ao refutar os dados ontológicos e propor uma normativização dos elementos do delito, o método funcionalista se aproxima da concepção apresentada pela corrente Neokantiana. O Neokantismo, como já estudado, propunha, especialmente, uma valoração dos elementos contidos no tipo penal, que se dava com a normatização do conteúdo do tipo, resultando na antecipação da antijuridicidade e no tipo de injusto total, com um tipo penal que se expunha como a essência da antijuridicidade. (TAVARES, 2002, p. 134-146)

personalidade, sendo “tudo que pode ser imputado a um homem como centro anímico-espiritual” (ROXIN, 1997).¹⁸

A pretensão é de um conceito capaz de alcançar a totalidade das funções que se esperam da ação, sendo um supra conceito para todas as manifestações de fato punível, conectando todas as prescrições e elementos que constituem o crime (ROXIN, 1997). A ação seria a o elemento base do Direito Penal e a coluna vertebral do sistema, capaz de cumprir com a função de classificação, de ligação e de delimitação do agir.

É através desse conceito de ação que se demonstra a funcionalização dos institutos dogmáticos da teoria do delito para alcançar os fins de política-criminal contidos na ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito: a proteção subsidiária de bens jurídicos (ROXIN, 2000).

6 A COMPREENSÃO RACIONAL FUNCIONAL-SISTÊMICA DA AÇÃO

O sistema jurídico-penal se diferencia, mas não se afasta da relação entre o ser humano e o sistema social. A finalidade última do Direito Penal é a garantia das condições necessárias ao desenvolvimento do ser humano em sociedade. Nesse aspecto, o funcionalismo penal, apoiado em uma dimensão sistêmica, possibilita a potencialização da teoria do delito para que o espaço de liberdade do sistema seja preservado como garantia da dignidade humana, que forma o conteúdo das expectativas normativas em um Estado Democrático de Direito.

Tal proposta indica um método axiológico para o Direito Penal que se estruture sobre uma base normativa-sistêmica (JAKOBS, 2012). O sistema jurídico-penal, assim, passa a ser compreendido como instrumento de controle social que cria um núcleo de proibições e assume o compromisso de evitação e contramotivação dos fatos que configuram violação das normas que carregam as expectativas de uma sociedade. A referência em sua funcionalização como instrumento de garantia da vigência da norma caminha com o desenvolvimento da

¹⁸ Nota explicativa: De certo modo isso é uma volta a Aristóteles e à ética grega, que é uma aretologia. O que se quer saber prioritariamente é se um homem é virtuoso, de preferência a examinar-se se suas ações, individualmente, o são.

sociedade em prol da proteção das convenções que ideologicamente formam o sistema social (JAKOBS, 2003, p. 10-13)¹⁹.

A abertura cognitiva do sistema é o elemento necessário para manutenção da racionalidade. O acoplamento estrutural entre o sistema penal e os outros sistemas que compõem seu meio, que operam a partir de um programa constitucional, possibilita ao sistema penal a formação de um sistema próprio, mediante a variação, seleção e estabilização de suas estruturas, acompanhando a dinâmica proposta por um perfil identitário inscrito na Constituição, que programa o subsistema jurídico de um sistema social (MIR PUIG, 2007, p. 114).²⁰

É nesse sentido que o método sistêmico conecta o sistema social ao sistema jurídico-penal de tal modo que a comunicação entre ambos passa a existir e se direcionar conforme o conteúdo normativo atribuído pelo sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 31). Assim, a referência para valoração dos institutos dogmáticos, bem como o próprio conceito jurídico-penal de ação, não se limitam ao método das ciências naturais e passam a atender à função que o Direito Penal desempenha no meio do sistema social.²¹

A compreensão da ação pelo funcionalismo sistêmico, assim, parte da análise de uma sociedade que se constitui por um sistema de significação em que a comunicação seja capaz de interligar os indivíduos à identidade cultural assimilada no sistema social (JAKOBS, 2012, p.93). O Direito assimila a identidade cultural e as reafirma através das normas²², que contém parâmetros que informam os papéis e expectativas comportamentais voltados aos cidadãos (RAMOS, GONZALES, MELIÁ, 2003, p.18).

¹⁹ Nessa perspectiva, a manutenção das estruturas do sistema social se realiza através do controle operado com o sistema normativo, que incorpora e solidifica a identidade da comunidade. É a vigência dessa norma que deve ser garantida através da sanção.

²⁰ Santiago Mir Puig analisa que “Estado, Direito penal, pena e delito encontram-se em uma relação de estreita dependência [...] a teoria do delito determina as fronteiras mínimas do que pode ser proibido e punido no Direito Penal, respondendo à pergunta de que os elementos devem estar presentes, minimamente e com caráter geral, para que algo seja jurídico-penalmente proibível e punível. A resposta a essa pergunta dependerá, portanto, da função que se atribua ao Direito penal e dos limites impostos de modo geral ao seu exercício.” (2007, p. 114).

²¹ Nota explicativa: O funcionalismo sistêmico parte do fundamento da ideia de sistema social que se orienta através da reafirmação da identidade cultural que é fonte para construção do sistema jurídico. Nessa perspectiva, para preservação e restauração da identidade social violada, todo o sistema passa a ser funcionalizado e fundamentado no fim de prevenção geral positiva da pena, que passa a ser um elemento de estabilização da ordem normativa, que supostamente reforçaria a historicidade da comunidade.

²² Nota explicativa: O sistema se funcionaliza para garantir a manutenção das expectativas sociais constantes na norma. Apesar de a norma ter uma vigência contrafática (o fato criminoso não derroga a norma), a pena deve se inserir como um instrumento de reestabelecimento da expectativa frustrada pela conduta criminosa, sendo aplicada visando à prevenção geral positiva (GRECO, 2000, p. 07-09)

O sistema social, assim, funciona como uma fonte, uma nascente que fornece o conteúdo das expectativas de comportamento que informam, através da linguagem, aos sistemas psíquicos. É o próprio sistema penal que delimita o significado do conceito de ação relevante para o Direito Penal, estabelecendo o seu âmbito de competência e as expectativas objetivas que resultam de sua competência e organização. Assim, para além da interpretação dos aspectos inerentes ao sistema psíquico, a construção funcionalista sistêmica observa a autonomia, a liberdade, a consciência e a vontade das pessoas envolvidas em um curso causal lesivo para definir a ação a partir de uma significação dada pelo próprio sistema²³.

A ação humana no sistema penal se vincula ao conceito de papel social, que segue um gabarito voltado à orientação comportamental (JAKOBS, 2012, p. 70). Assim, o sistema deve se orientar nas interações simbólicas que determinam o comportamento admissível frente ao sistema social.²⁴ O significado jurídico-penal da ação passa a ser a “objetivação da falta de reconhecimento da norma, isto é, a expressão no sentido de que a norma em questão não é a máxima reitora” (JAKOBS, 2000, p.77).

Essa orientação se vincula à existência de âmbitos de competência que atribuem a responsabilidade por expectativas normativas à pessoa. É assim que a confiança no comportamento objetivo que se comunica no sistema forma um âmbito de competência no qual a pessoa é garantidora das expectativas atribuídas pela norma ao seu papel. A ação passa a ser vista, nessa perspectiva como a “conversão, de maneira individualmente evitável, na razão determinante de um resultado, regendo-se a qualificação de ‘determinante’ por um esquema social de interpretação” (JAKOBS, 2012, p. 71).

A proibição penal, materialmente, compreende a não realização da ação conforme se esperava do autor, uma vez que ele é garante das expectativas constantes no rol de competências atrelado à sua função. O crime, assim, é a violação da expectativa inerente à função contida em uma norma penal proibitiva. Ou seja, é a violação da norma penal por uma ação que o agente tinha competência e o poder de evitar. Expressa, desse modo, a não motivação do

²³ Nota explicativa: para Jakobs a “ação somente é a causa imputável; sem esse fator normativo, considerando somente o processo biopsicológico, o que acontece pertence exclusivamente ao âmbito da natureza, e esta como tal necessita de relevância jurídica.” (JAKOBS, 2012, p. 71).

²⁴ Nota explicativa: O pedestre espera que o condutor respeite a sinalização do semáforo e o limite de velocidade e o condutor espera que o pedestre atravesse à via utilizando a faixa de pedestres. Ambos se comunicam e estabelecem seus comportamentos conforme as expectativas derivadas dos sistemas de comunicação resultantes da sociedade.

agente em agir conforme uma norma que deveria, com o seu comportamento, reafirmar através de sua organização (JAKOBS, 2003, p. 36-37).

A omissão penalmente relevante, por sua vez, se perfaz pela atribuição de um resultado a um ser humano que possui a competência de evitar o resultado, sendo tanto a ação quanto a omissão o não reconhecimento da vigência da norma²⁵. A ação e a omissão se equiparam, pois o que interessa é a vinculação do ser humano a um curso causal que leva ao resultado. No crime de comportamento ativo não falta a condição de garante, pois o autor tem o dever de evitar o curso do resultado. Nesse sentido, a ação é a conversão do agente de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado.

A expressão de sentido jurídico-penalmente relevante de uma ação injusta não está na manifestação do autor acerca de como imagina individualmente a realidade, mas representa, de outro modo, uma tomada de postura em face da norma. Ao comprometimento com os fatos substitui-se, por assim dizer, o comprometimento com as normas, e a ação é tudo que se poderia entender objetivamente como produção de sentido. É importante destacar que o entendimento da ação deve se vincular ao desvalor de um comportamento em face da lesão que causou a um valor intersubjetivamente significativo como essencial ao ser humano em sociedade, não, apenas, como lesão abstrata de uma norma. O dolo e a culpa, representando o a determinação psíquica individual, não são os fundamentos do injusto pessoal. O dolo e a culpa são manifestações que, valoradas sistematicamente, representam um defeito de motivação do agente que não cumpre a norma (JAKOBS, 2000, p. 80-81).

A construção propunha a separação entre a compreensão natural e a normativa, limitando a relação entre ambos, distanciando o sistema de compreensão da própria realidade e da necessidade político-criminal. É prudente observar que o sistema jurídico-penal, enquanto um sistema aberto, deve ter como base o sistema social e busca sua legitimidade e compreensão na realidade na qual se insere (GRECO, 2000, p. 04). Essa normatização não deve, portanto, reduzir garantias que são ínsitas a uma construção formalizada do conflito, como, por exemplo, a segurança que é perceptível ao se adotar um procedimento dogmático que se

²⁵ Nota explicativa: “quem expressa que a norma no momento atual não constitui uma máxima de comportamento atua, se o expressa mediante o movimento corporal; e omite, se é a omissão determinada atividade a que suporta a expressão.” (JAKOBS, 2012, p. 75).

fundamente em um axioma como meio de entrada e valoração das categorias no sistema (HASSEMER, MUÑOZ CONDE, 1989, p. 74).

7 CONCLUSÃO

A ação, como pressuposto ao fato punível, orienta o Direito Penal ao viés ideológico assumido por um sistema jurídico no sistema social. O Direito Penal, no âmbito da determinação da proibição, só se deve ocupar com a conduta humana que se manifesta enquanto fato socialmente significativo.

O sistema causal foi essencial para uma inicial sistematização das categorias do delito, propiciando seu desenvolvimento didático e preciso. Entretanto, a insuficiência do sistema frente a problemas sociais remetidos ao Direito revelou a impossibilidade de seguir-se um critério que acaba por considerar o processo de subsunção automática do fato e a causalidade naturalística como suficiente para determinar a imputação. O Direito Penal não pode se reverter em um corpo imóvel e incapaz de dialogar com novas formas de viver que demandam novos modos de pensar, fundamento do controle penal em face do conflito social.

Na visão sistêmica, a produção do significado em um sistema não tem por objetivo central o outro, ser legível ao ambiente, mas deve importar, preliminarmente, a si, especificidade que não despreza a existência do sistema social, a interação das organizações e das funções que propiciam o intercâmbio de informações entre os sistemas. Em uma perspectiva sistêmica, o Direito Penal é autorreferente: autônomo e fechado operativamente. Isso não quer dizer que ele se isole hermeticamente da relação com a sociedade, com a política, com a economia, com outros subsistemas sociais. Isso significa que o Direito Penal possui a capacidade de valorar a ação a partir das estruturas internas do sistema dogmático.

Nessa perspectiva, a dogmática jurídico-penal funcional propõe a superação da percepção causal e ontológica por um sistema de comunicação e produção de sentido voltado ao direito. O fato punível não se caracteriza pela causalidade ou pela finalidade, mas pela análise do papel que reflete os valores e expectativas de comportamento que a sociedade procura observar nas relações comunitárias. Cabe, assim, estabelecer normativamente critérios de valoração sobre a ação humana que propiciem a racionalidade, lógica e funcionalidade na inserção da ação como conceito base que sustenta toda teoria do delito.

REFERÊNCIAS

BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo, Malheiros, 1996.

FIGEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 199

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal”. p. 04.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 1ª Parte. Rio de Janeiro, Forense: 1978.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal*. Fundamentos e Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 114

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Col. Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Ação e Omissão no Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. Gunther. *Danosidade Social?* Anotações sobre um problema teórico fundamental do Direito Penal. IN: Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012. P. 93.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal Alemão*. Tradução: Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. - Editores, 1899.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUISE, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997. ROXIN, 2000.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal. Parte General, I, El Hecho Punible*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) Gladys Romero. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 1999:

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WELZEL, Hans. *Teoria de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. London: Routledge and Kegan Paul, 1961.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Causality and Determinism*. New York: Columbia University Press, 1974.