

A teoria da ação finalista de Hans Welzel

Dra. IDUNA WEINERT ABREU
Assessora Judiciária
do Supremo Tribunal Federal

SUMARIO:

1. O conceito de ação
 - 1.1. Introdução
 - 1.2. A ação finalística
 - 1.2.1. A antijuridicidade
 - 1.2.2. A tipicidade
 - 1.2.3. A culpabilidade
 - 1.3. O tipo de injusto dos delitos culposos
 - 1.4. Conclusões
2. A posição de Hans Welzel no Direito Penal atual
 - 2.1. Antecedentes históricos
 - 2.2. A posição do autor
3. Bibliografia

1. O CONCEITO DE AÇÃO

1.1. Introdução

O ponto de partida obrigatório para qualquer estudo que se pretenda fazer sobre a estrutura do delito terá de ser, fatalmente, a análise do conceito de ação.

Esse é o entendimento dos penalistas, que são unânimes em reconhecer na ação o pressuposto essencial para a existência do delito, na medida em que consubstancia a sua própria materialização no mundo exterior.

“Crime”, “delito”, “ilícito” são alguns dos termos definidos, de maneira formal, como “a conduta humana que infringe a lei penal”, ao que os adeptos da concepção substancial acrescentam o fato de ser essa conduta lesiva a um determinado interesse juridicamente protegido e cuja lesão “possa comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”.

Quer à luz da visão formalista, quer analisado substancialmente, do delito emergirá sempre, como fator primordial, a ação humana, objetivada num só ato ou em um complexo deles.

Em sua obra, Welzel procura cotejar sua teoria com outras doutrinas, mais comumente adotadas, apontando-lhes as deficiências, que procura suprir. As críticas que faz são, porém, duramente devolvidas por seus opositores, especialmente os da corrente causal.

Magalhães Noronha, conceituado penalista nacional, por exemplo, chega a ser incisivo quando afirma:

“Não se nega seja a ação **finalista**; ela é a atividade dirigida a um fim. Entretanto, dita teoria desloca apenas o problema; considera o fim no estudo da ação, tirando-o da culpabilidade e tornando “vazio” o dolo.

Acreditamos não ser de seguir-se o ensinamento de Welzel: ele leva ao juízo valorativo da ação em momento não-oportuno; na análise do elemento subjetivo do delito é que é seu lugar adequado.” (“Direito Penal” — 11ª Edição — pág. 93.)

Outros aceitam a teoria finalista de Welzel com restrições, como é o caso, dentre os estrangeiros, do professor Giuseppe Bettiol, que, ao estabelecer o seu conceito de ação, declara:

“Neste mundo social, a ação já não é concebida como movimento muscular voluntário, equivalente à posição de causa, já não é reduzida ao esquema de uma causalidade mecânica, já não é seccionada em dois elementos, muitas vezes contrapostos entre si, sem qualquer possibilidade de harmonia, mas é um conceito que deve ser estudado com base em critérios de valor que não permitem que se prescindia de um elemento **finalístico**: só quem age com fins conscientes pratica uma ação no verdadeiro sentido da palavra.”

E mais adiante acrescenta:

“Este critério finalístico em união com os critérios de valor que nos fornece a fatispécie delituosa, dá-nos a possibilidade de construir, unitariamente, o conceito de ação. **A ação é, portanto, um conceito finalístico, teleológico, de valor.**” (“Direito Penal — Parte Geral” — Tomo II — 1970 — pág. 89.)

Logo após, entretanto, pondera o eminente mestre italiano:

“O conceito de ação não se identifica com o conceito de ação dolosa, nem se esgota nela. Se assim fosse, o Direito Penal ficaria privado de tudo o que diz respeito à culpa (negligência), precisamente num momento em que os delitos culposos (delitos provenientes da circulação automobilística) estão a assumir, objetiva e politicamente, uma importância primacial.” (Mesma obra, págs. 90 a 92.)

O que se pode observar, desde logo, é a errônea colocação feita pelo professor Bettiol da teoria de Welzel, que abrange, ao contrário, e com a mesma intensidade dos delitos dolosos, os culposos, provocados por negligência, imperícia ou imprudência. No mesmo equívoco laboram conceituados autores brasileiros, como Nelson Hungria, Aníbal Bruno e outros.

São inúmeras as críticas levantadas ao nosso autor, algumas procedentes, outras não. Inegável, porém, é a revolução que suas idéias provocaram nas estruturas tradicionais do Direito Penal, dando início a apaixonada polêmica que há mais de 20 anos vem mobilizando os cultores da ciência penalística, com inegáveis reflexos no direito positivo de muitos Estados modernos.

1.2. A ação finalística

“A ação humana é o exercício da atividade finalística.”

De extrema concisão e objetividade é o conceito proposto por Welzel, constituindo-se em cerne de toda a sua formulação doutrinária.

O homem, em todos os atos de sua vida, age sempre voltado para determinados objetivos que busca alcançar, desde os mais simples e corriqueiros propósitos até aquelas decisões fundamentais, promotoras de efeitos danosos a sua existência.

Essa é a atividade finalista, que tem por alicerce o conhecimento causal, a previsão das conseqüências dos atos humanos dirigidos à consecução de objetivos preestabelecidos.

Tendo por base a capacidade de previsão de que é dotado o homem, procura Welzel distingui-la do puro acontecer causal, da causalidade em si mesma, qualificando a primeira de “vidente” e a segunda de “cega”.

O exemplo clássico de causalidade, lembrado pelo autor, é o do raio que, desprendendo-se de uma nuvem, vem cair sobre um homem, ma-

tando-o, em oposição à ação humana, livre e consciente do cidadão X, decidido a matar Y, que passa a orientar o acontecimento causal no sentido da obtenção do fim desejado.

Para Welzel, essa vontade consciente, que dirige o acontecimento causal, representa a "espinha dorsal" da ação finalista, estendendo-se esta noção a todas as conseqüências que o autor deve realizar para a obtenção do resultado, ou seja:

- “1 — ao objetivo que se propõe alcançar;
- 2 — aos meios que emprega para isso; e
- 3 — às conseqüências secundárias que estão necessariamente vinculadas com o emprego dos meios.”

A conclusão imediata que decorre é a de que a ação finalista apenas se relaciona àquelas conseqüências diretamente vinculadas à concreção do objetivo, estabelecendo-se, em relação a outros resultados não buscados pela vontade, mera relação causal.

Nenhuma ação é finalista "em si", observa Welzel; estará ela, sempre, dirigida a fins específicos, desejados pela vontade de que está imbuído o autor.

Acrescenta, ainda, que a atividade finalista envolve, também, todos os atos de execução exterior, podendo esgotar-se em um apenas, ou em um complexo deles.

Exemplificando, lembra o insigne penalista que uma ação finalista pode ter vários sentidos em razão dos diferentes objetivos visados pela vontade do autor. Assim, se um sobrinho mata o tio para receber-lhe a herança, o homicídio estará igualmente compreendido na ação finalista, como conseqüência necessária ao fim colimado, que é o recebimento da herança.

A seguir, o autor empreende a colocação da ação finalista dentro dos tipos do Direito Penal, e o faz destacando, inicialmente, o problema do valor, que surge no momento do confronto da atividade finalista com o consenso social.

Hans Welzel, efetivamente, procura dar ênfase especial à adequação social da conduta geradora de resultados negativamente valorados; é mesmo evidente sua preocupação em situar a teoria finalista e os elementos que a compõem no contexto vigente, de onde decorreriam, conseqüentemente, os conceitos de antijuricidade, tipicidade e culpabilidade, este último essencialmente.

A visão tripartida do delito, segundo a abordagem feita pela doutrina tradicional (toda ação delituosa deve ser típica, antijurídica e culpável), ganha em Welzel um sentido englobante, de total interação entre os elementos objetivos e subjetivos que compõem a ação finalista.

O ponto vital de diferenciação da teoria Welzeliana está no deslocamento de momento de análise do elemento subjetivo da ação, que passa a ser prévio, no julgamento da juridicidade, embora esteja ele sempre presente nas demais dimensões do delito, apenas que de forma circunstancial.

Antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade constituem extensos capítulos na obra de Welzel, merecendo, cada um desses aspectos, profundas e demoradas meditações.

Para a melhor compreensão do conceito Welzeliano de ação, impõe-se breve referência a eles, por representarem, realmente, um todo indissociável.

1.2.1. A antijuridicidade

Entende o nosso autor que todas as ações humanas são constantemente submetidas a confronto com o Direito, tomado aqui em sua noção mais ampla, e não apenas como direito positivo, escrito.

Desse cotejo decorre um juízo de valor, objetivo, que qualifica as ações em jurídicas ou antijurídicas, conforme estejam ou não em acordo com aqueles procedimentos positivamente considerados pelo ordenamento jurídico.

A ação, objetivamente valorada, ou seja, como objeto de análise, constitui-se numa unidade integrada por elementos objetivos (do mundo exterior) e subjetivos (psíquicos).

A antijuridicidade refere-se, pois, à qualificação negativa de uma ação em desacordo com a ordem jurídica, ação essa, vista na totalidade de seus elementos objetivos e subjetivos, que compõem, para Welzel, os tipos objetivo e subjetivo.

Disso tudo, conclui Welzel ser a noção de antijuridicidade uma só, em todo o mundo jurídico, resultante do confronto de uma ação (objeto) e o direito, não cabendo, pois, o entedimento errôneo de que antijuridicidade e injusto são a mesma coisa. Este é múltiplo e representativo de todas as ações submetidas a uma valoração negativa.

Welzel é conclusivo ao salientar a generalidade do conceito de antijuridicidade, bem como a particularidade da idéia de injusto, resultando daí a possibilidade de falar-se em injusto penal (ou civil, administrativo, comercial etc.) e a não existência de uma antijuridicidade penal (ou civil, administrativa, comercial etc.)

A cogitação da juridicidade ou antijuridicidade da ação representa, por conseguinte, um momento inicial, de ordem genérica e que dividiria as ações, em princípio, em dois grandes grupos. Da análise dos elementos objetivos (perceptíveis no mundo exterior) e subjetivos (dolo ou culpa) da

ação, decorre uma qualificação impessoal que a deslocará para um ou dois universos resultantes: o das ações jurídicas ou injurídicas, ou, ainda, para as esferas da juridicidade ou da antijuridicidade.

Vale assinalar, aqui, que o conceito de antijuridicidade proposto por Welzel em nada difere, essencialmente, do pensamento de outros conceituados penalistas.

Assim, Magalhães Noronha, já citado, entre os nossos, define de forma conclusiva:

“A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito. A antijuridicidade exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito. Ela se reduz a um juízo, a uma estimativa do comportamento humano, pois o Direito Penal outra coisa não é que um complexo de normas que tutelam e protegem as exigências ético-sociais. O delicto é, pois, a violação de uma dessas normas.” (“Direito Penal” — 1º Volume — 11ª edição — pág. 95.)

Alertando contra os perigos de uma atitude mecanicista que reduz o problema da antijuridicidade ao choque entre a ação humana e o direito, falando-se mesmo em “ações e reações”, Giuseppe Bettiol mantém-se fiel ao seu entendimento teleológico da ação, de que decorre a conclusão:

“A antijuridicidade consiste, precisamente, numa valoração a que procede o juiz, a respeito do caráter lesivo de um comportamento humano. Trata-se, na verdade, de pôr em relação, entre si, o fato e o valor como objeto de tutela. Fora da consideração dos valores, o Direito Penal perde a sua razão de ser e transforma-se, fatalmente, num instrumento de terror ou num meio técnico de profilaxia social: em qualquer caso, acaba por se afastar daquelas exigências éticas que constituem a espinha dorsal da vida em sociedade.” (“Direito Penal” — Parte Geral — Tomo II — 1970 — pág. 155.)

Em verdade, o ponto crucial da distinção introduzida por Welzel está no momento de consideração da questão da antijuridicidade, para ele prévio, e que deu origem a acirradas críticas, melhor abordadas quando do estudo da tipicidade, feito a seguir. É justamente nessa verificação primeira que o juiz cogita, ainda de forma impessoal, se a ação foi cometida com dolo ou culpa, elementos subjetivos que, aliados aos objetivos, integram o proceder finalista.

1.2.2. A tipicidade

A adequação típica do injusto Welzeliano consubstancia a segunda fase da apreciação da ação finalista.

O passo inicial, como vimos, já foi dado quando da consideração do desvalor social da ação antijurídica, tomada esta no complexo de seus elementos externos e interiores, ou seja, objetivos e subjetivos.

Qualificada de antijurídica, emerge, então, a necessidade de verificar-se se a ação finalista desenvolvida corresponde a um determinado tipo, descrito pela lei penal.

O tipo de injusto, segundo Welzel, compreende não apenas os injustos penais, como os de natureza civil, trabalhista, administrativa etc.; é, portanto, uma noção múltipla.

Dessa forma, o tipo penal identifica-se exatamente àquelas condutas penalmente relevantes, por estarem à margem dos princípios éticos-sociais vigentes, ou seja, por serem socialmente inadequadas.

“Tipo” — diz Welzel — “é o injusto penal descrito de acordo com características típicas”. Essas estariam representadas pelas ações reprovadas pela comunidade, eis que lesivas aos valores positivamente considerados.

Confirma-se, como se vê, a preocupação constante de nosso autor, na consideração do delito em face do contexto social e não apenas como atuação humana mecanicamente oposta ao texto legal.

Ponto crítico da teoria finalista da ação evidencia-se no instante em que Welzel afirma dogmaticamente, na análise do problema da “adequação típica” como “indício da antijuridicidade”, que:

“Quem atua de maneira adequada ao tipo atua, em princípio, antijuridicamente.”

É evidente a antinomia entre esse conceito e o princípio anteriormente firmado pelo autor, de que a indagação da antijuridicidade constitui momento primeiro no estudo integrado da ação delituosa.

De duas, uma:

- Ou a ação típica é sempre antijurídica, por ser a antijuridicidade pressuposto essencial dela, excluindo-se, conseqüentemente, a hipótese de existência de ações típicas jurídicas;
- ou a ação é típica e isso constitui apenas um indício de antijuridicidade, elemento que só então, numa segunda etapa, será perquirido.

A saída encontrada por Welzel para o impasse não é satisfatória: a exclusão da antijuridicidade em algumas ações típicas se daria **por exceção**; em tais situações de exceção, afirma, um atuar adequado ao tipo é também conforme ao direito.

A questão é objetivamente tratada pelo insigne mestre italiano Giuseppe Bettiol, na obra retro-referida:

“Na verdade, se pela razão de ter sido realizado um fato típico, nós devêssemos, necessariamente, considerá-lo em contraste com

o direito, regressaríamos a uma posição formalística, de que necessitamos afastar-nos. Não é aqui a altura de repetir tudo quanto já dissemos, acerca das relações entre o fato e a anti-juridicidade, isto é, acerca do caráter prevalentemente naturalístico da tipicidade, a qual, normalmente, representa uma **ratio cognoscendi** da antijuridicidade, isto é, um indício do qual também se deve partir para proceder ao exame do caráter lesivo de fato." (Mesma obra, Tomo II, pág. 154.)

Welzel exemplifica, lembrando os casos de legítima defesa, auto-ajuda e consentimento como ações típicas e jurídicas, por exceção. A verdade, porém, é que o problema exposto representa visível "furo" na estrutura da ação finalista elaborada pelo emérito penalista.

Ao contrário do que propõem as doutrinas penais clássicas, Welzel retira da culpabilidade a indagação sobre o elemento subjetivo da ação voltada para fins determinados. Fala-se, mesmo, num "esvaziamento" desse conceito, o que não é exato, como veremos a seguir.

1.2.3. A culpabilidade

De fato, o que ocorre, segundo Welzel, é que ao definir se uma ação finalista é antijurídica ou não, o juiz terá, forçosamente, que se deter na consideração do elemento subjetivo que norteou essa ação, ou seja, se ela foi praticada com dolo ou com culpa, em vista do fim buscado.

Cumprir fazer ligeira observação no sentido de que o dolo referido por Welzel, a esse ponto, não é o **dolus malus** ou **animus delinquendi** da doutrina penal clássica, mas corresponde ao **dolus naturalis**, que significa a pura direção finalística da vontade, podendo compreender tanto o dolo tradicional como a culpa, **stricto sensu**.

Qualificar uma ação finalista de antijurídica importa obrigatoriamente na determinação de seu elemento subjetivo, diz Welzel.

Assim, toda ação conduzida pela decisão de agir, ou seja, pela consciência do que se quer (elemento intelectual), e pela decisão de querer realizá-lo (elemento volitivo), será uma ação finalista dolosa, movida pelo elemento subjetivo **dolo**; por outro lado, se a ação antijurídica resulta de efeitos concomitantes de um agir voltado para fins lícitos, teremos um delito culposo, no entender de Welzel.

Feita essa primeira distinção, quando da indagação da antijuridicidade, o que restaria a ser estudado, na análise da culpabilidade?

A resposta de nosso autor é no sentido de que, já determinado o elemento subjetivo (tipo subjetivo) da ação finalista, realiza-se, na culpabilidade, a apreciação da reprovabilidade social do ato, pela verificação de que o agente podia ou devia ter agido de forma diferente.

A questão, agora, concentra-se na pessoa do agente, personaliza-se, colocando X ou Y, que agiram antijurídica e tipicamente, em face da comunidade, para o seu pronunciamento de reprovabilidade ou não.

Vencidas as etapas de constatação de antijuridicidade e tipicidade, entende agora, o juiz, a tarefa de determinar se o autor é culpável, com o deslocamento do objeto de análise, da ação, vista como um todo, para a pessoa do agente.

Importa, então, verificar-se se a vontade que norteou os atos praticados representa algo de reprovável, um desvalor social, na medida em que revela a possibilidade de poder o agente ter observado as exigências do direito.

Nota-se que a abordagem se torna pessoal, na consideração de que o agente não atuou corretamente, quando podia e devia ter dirigido seu comportamento segundo as normas vigentes. Por isso, diz Welzel que não apenas a vontade do autor é “culpável”, como também a ação finalista, tomada como um todo indissolúvel.

O agente, por não se haver conduzido consoante as normas de conduta impostas pela sociedade, é por ela reprovado, sob a orientação de que a culpabilidade que lhe é atribuída reside exatamente na reprovabilidade de sua ação.

Não há que confundir, pois, culpabilidade com **dolo** ou **culpa (stricto sensu)**, adverte Welzel; ao proceder ao exame desse aspecto, não fica o juiz restrito à consideração do elemento subjetivo, já anteriormente perscrutado na qualificação da ação como antijurídica.

Para efeito de verificação de culpabilidade, deve o juiz tomar a ação como um todo, no sentido de que toda a atuação finalista antijurídica é “culpável”.

“O elemento constitutivo da culpabilidade, que converte uma ação e uma vontade de ação em culpável, é somente a reprovabilidade.”
(Welzel, obra citada, pág. 150.)

Como vemos, já existe, aqui, uma nítida diferenciação entre a valoração (reprovabilidade) e o objeto dessa valoração (elemento subjetivo).

Nesse processo de definição de culpabilidade, abstrai-se o juiz dos caracteres subjetivos-psíquicos da ação para deter-se unicamente no elemento normativo da reprovabilidade, em face daqueles.

Por isso dizer-se, salienta Welzel, que ocorre um “esvaziamento” do conceito de culpabilidade, afirmativa errônea ante a constatação de que nenhum dos aspectos antes cogitados se perde, mas apenas passam a ocupar um lugar mais adequado, “sobre a base da compreensão da estrutura finalista da ação”.

Com o deslocamento do momento de indagação do elemento subjetivo não se subtrai do tipo de injusto nenhuma de suas características objetivas; procura-se apenas, esclarece nosso autor, destacar mais claramente o conteúdo completo da ação típica, bem como o verdadeiro caráter da culpabilidade, consubstanciado, sob essa nova visão, no conceito objetivo de reprovabilidade social.

Em face de tais considerações, quais seriam, efetivamente, os pressupostos existenciais da culpabilidade?

Primeiramente, responde Welzel, a liberdade da vontade do agente. Somente aquilo que o homem faz com vontade pode-lhe ser atribuído como culpável; apenas o que fez, em comparação ao que poderia ou deveria fazer, deve ser objeto de exame, para fixação da reprovabilidade social.

A questão que se coloca, neste ponto, é a de saber se, teoricamente, é imaginável a possibilidade de uma correta formação de vontade, em lugar da equivocada.

Respondida afirmativamente essa proposição, indaga-se, já agora, se o agente era concretamente imputável, ou seja, capaz de tal opção.

A liberdade da vontade do agente e sua capacidade de imputação constituem-se, portanto, nos elementos essenciais à existência de culpabilidade.

1.3. O tipo de injusto dos delitos culposos

Temos aqui mais um dos aspectos altamente controvertidos da teoria da ação finalista de Welzel.

Efetivamente, muitos e eméritos têm sido os penalistas que, talvez por uma compreensão incompleta ou errônea da matéria, têm enfatizado a incompatibilidade da doutrina Welzeliana com a existência dos delitos culposos, cujo número vem aumentando sensivelmente, sem dúvida.

A primeira vista parece impossível, mesmo, conciliar a teoria da ação humana voltada sempre para fins preestabelecidos com delitos caracterizados, exatamente, pela inexistência de uma vontade dirigida à concreção do resultado negativamente valorado.

A questão, aparentemente insolúvel, Welzel a resolve de forma até simplista, conduzindo o raciocínio no sentido de que, também nos delitos culposos, o ser humano age na direção de objetivos finalisticamente determinados, apenas que estes são lícitos, ou seja, não se contrapõem às normas de conduta social.

O ponto de apoio utilizado por Welzel para adequar a sua teoria à problemática dos delitos culposos está em que, como vimos anteriormente, o sentido da ação finalista desdobra-se a todas as conseqüências julgadas necessárias pelo autor à concreção do resultado, estabelecendo-se em relação a outros eventos, não previstos, mero vínculo causal.

O homem pode agir voltado para a obtenção de fins lícitos e pelo emprego indevido dos meios a isso necessários, produzir efeitos concomitantes, penalmente relevantes por serem lesivos a valores socialmente considerados.

Assim, se o cidadão X dirige-se ao aeroporto em seu automóvel, mas o faz a uma velocidade excessiva, e vem a atropelar e matar alguém, o fim que sua atividade buscava era absolutamente lícito; na utilização dos meios agiu, entretanto, com negligência, imperícia ou imprudência, provocando um efeito concomitante gerador de danos a um bem juridicamente protegido, qual seja a vida humana.

Interessante observação é colocada por Welzel, relativamente aos delitos culposos, valendo, no caso, a transcrição das próprias palavras do autor:

“A diferencia de los delitos dolosos, los culposos son solo castigados si la punibilidad de la comisión culposa está establecida expresamente en la ley penal, o se deduce claramente de la índole del delito de que se trate.” (“El Nuevo Sistema del Derecho Penal” — Ediciones Ariel — Barcelona — 1964 — pág. 70.)

Como vemos, aborda o nosso autor aspecto ligado à necessidade de que a descrição legal do tipo faça referência expressa ao elemento subjetivo **culpa** (*stricto sensu*), para que se possa falar em delito culposo.

Lembra ainda Welzel que, para qualificação do injusto dos delitos culposos, impõe-se ao juiz a tarefa de apreciar a forma pela qual o agente atuou, ou seja, se o fez com inobservância das regras de prudência, perícia, ou atenção, e isso ocorre em razão de serem esses delitos do tipo “aberto”, cuja complementação compete ao julgador.

Fazendo extensa análise das condutas que representam inobservância do cuidado necessário no tráfego, Welzel conclui por afirmar que a ação culposa típica tem que haver dado lugar a uma lesão ou perigo (não doloso), concernentes a um bem jurídico, com flagrante predominância para os casos de lesão, embora as leis mais modernas venham aceitando, crescentemente, as hipóteses de perigo como resultado dos tipos culposos.

Dissecada, como foi, a questão relativa à adequação dos delitos culposos à teoria da ação finalística de Welzel, vê-se que nenhuma razão assiste aos eminentes penalistas que, tanto na doutrina estrangeira como na brasileira, a opuseram como óbice intransponível.

Nesse sentido, o nosso mestre Nelson Hungria é categórico:

“Como não poderia deixar de ocorrer, objetou-se para logo aos finalistas que só os crimes intencionais ou com dolo direto seriam ajustáveis a sua teoria, pois nos crimes com dolo eventual e nos crimes culposos ou preterintencionais, o fim do agente não é o do evento ocorrido, desde que a este não era dirigida a ação, de

modo que neles a finalidade não contribui para realizar o evento resultante da ação. Assim, haveria que separar a estrutura jurídica dos crimes intencionais das dos outros, com chocante quebra da unidade sistemática. Notadamente os crimes culposos são irreduzíveis à teoria finalística. Onde, no crime culposos, a finalidade juridicamente relevante?" ("Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" — Nº 16, Jan./Mar./67 — pág. 09.)

A resposta à indagação nos será dada por Reinhart Maurach, que, embora com reservas à teoria extremada, confessa-se adepto do conceito Welzeliano de ação:

"... as divergências entre ambas as teorias da ação começam com o delito **culposos**: aqui também, o autor quer um resultado determinado, aqui também — em virtude do cálculo causal, interpõe seus meios: porém, devido ao seu conhecimento insuficiente das leis causais, o autor consegue, e isso sem a sua vontade, um resultado típico antijurídico." ("Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" — Nº 14 — Jul./Set./66 — pág. 27.)

Analisando o exemplo do soldado que, ao limpar o fuzil dispara-o e mata um companheiro, aduz Maurach:

"Os delitos culposos carecem pois do paralelo entre finalidade e causalidade. O delito culposos é um "descuido" devido à interposição de meios falsos." (*Idem.*)

Parece, pois, insubsistente a arguição levantada, de incompatibilidade entre o conceito de delito culposos e a teoria finalista de Welzel.

1.4. Conclusões

Inquestionável é já, a essa altura, a extraordinária relevância da doutrina penal proposta por Welzel, para o desenvolvimento da ciência jurídica, sendo, por outro lado, improcedentes as alegações de que se notam os sinais de sua decadência.

Há determinados progressos, obtidos pelo homem através de sua razão, que constituem conquistas irreversíveis e inalienáveis, imunes, portanto, à transitoriedade das idéias superficiais e vazias.

Este parece ser, exatamente, o que se verifica com a construção finalística da ação, proposta por Hans Welzel.

O entendimento de que a direção finalística representa parte indissolúvel da ação, bem como a consideração do problema da culpabilidade, sob o ângulo específico e personalizado da reprovabilidade social da conduta lesiva a um bem jurídico, promoveram verdadeira reviravolta na estrutura do delito, emprestando à tarefa do juiz mais uma e ponderável faceta, reveladora da exata medida da reação social ao fato penalmente relevante.

Efetivamente, ao avaliar a reprovabilidade do ato, na análise da culpabilidade, dá o julgador ao seu trabalho uma nova dimensão, muito mais humana e justa, da lesão provocada e da punição que ao autor deve ser imposta, dentro do contexto social vigente.

Liberta-se ele, por este caminho, da letra fria da lei, mergulhando de forma decisiva no processo de utilização das normas penais como instrumento sociológico de restabelecimento do equilíbrio rompido.

A objeção de ordem prática logo se revela, no sentido de que se torna impossível ao aplicador do direito, em face da multiplicidade e variedade dos casos, deter-se minuciosamente na ponderação de todas as circunstâncias que compõem o *ego* do agente, no melhor pensamento de Ortega Y Gasset.

Entretanto, as dificuldades não conseguem desanimar os juristas bem formados, que se mostraram sempre, em todas as épocas, incansáveis na busca de seu ideal de justiça.

Essa é a razão por que se torna fácil prever um gradual avanço da teoria finalista da ação, exatamente naqueles pontos em que consubstancia a possibilidade de uma aplicação mais justa e equânime das normas penais.

2. A POSIÇÃO DE HANS WELZEL NO DIREITO PENAL ATUAL

2.1. Antecedentes históricos

A multiplicidade de características com que se apresentam as modernas teorias penalistas torna bastante complexa a tarefa de filiar determinado autor a esta ou àquela escola.

Trata-se, no caso, de situar Hans Welzel e sua teoria finalista da ação no contexto atual do Direito Penal, tendo como elementos aferidores suas próprias idéias, expostas em obras, quer específicas desse ramo do direito, quer filosóficas, ou mesmo monografias.

O primeiro dado que ressalta é o de ser Welzel, assim como os demais penalistas, seus contemporâneos, fruto não apenas do meio social em que desenvolveram seu trabalho, mas do amadurecimento das teorias elaboradas pelas escolas que os antecederam.

Assim é que, para uma melhor análise de suas palavras, impõe-se breve retrospectiva histórica do Direito Penal, destacando, exatamente, aqueles traços que vieram a ser acolhidos pelo nosso autor.

A Revolução Francesa teve como uma de suas molas propulsoras a necessidade de emprestar maiores garantias aos direitos individuais, até então praticamente ignorados pelo absolutismo reinante.

O liberalismo intelectual veio a expandir-se por todos os ramos das ciências humanas, inclusive no Direito Penal, onde Beccaria se bateu inflamadamente pela preservação da liberdade e pela humanização no tratamento do delinqüente em sua obra "Dos Delitos e das Penas". Era o auge do chamado "período humanitário".

A ordenação do Direito Penal só foi iniciada, posteriormente, por Carmignani e completada por Carrara, o "Mestre da Escola Clássica", como veio a denominar-se esse movimento. Francisco Carrara, em extenso trabalho de nove volumes, o "Programa de Direito Penal", sistematizou toda a matéria penal até então conhecida, ingressando, inclusive, em questões processuais.

De Carrara é a definição tradicional de crime, que contém todas as características da Escola Clássica e que, por isso mesmo, merece ser analisada:

"Crime é a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso."

Por etapas, teremos:

"... é a infração da lei do Estado..." — a afirmação refere-se ao fato de que não se trata de qualquer lei, moral ou religiosa, mas da lei emanada do Estado, e consubstancia o princípio da reserva legal, no sentido de que para a caracterização do delito é preciso que o direito positivo desvalorize tal conduta como contrária ao direito;

"promulgada" — significa que esta lei foi levada ao conhecimento de todos os cidadãos, para que não possam invocar sua ignorância; "para proteger a segurança dos cidadãos" — este é o objetivo da lei, que se destina a garantir a segurança pública e privada de toda a coletividade e não apenas de alguns indivíduos ou grupos; relaciona-se à generalidade da lei;

"resultante de um ato externo do homem" — a expressão diz respeito à exigência que se faz, para caracterização do delito, de que a conduta se projete no mundo exterior através de atos materialmente observáveis, de onde decorre que a simples cogitação do crime não interessa ao Direito Penal;

"positivo ou negativo" — entenda-se, neste caso, ação ou omissão, ou seja, ato comissivo ou omissivo;

"moralmente imputável" — a expressão abriga o princípio norteador de toda a Escola Clássica, uma vez que, num encadeamento de idéias, a partir da noção do livre arbítrio, da vontade livre e

consciente, decorreria a responsabilidade moral, configuradora da responsabilidade penal e da conseqüente imputabilidade;

“politicamente danoso” — este é o aspecto que reflete a preocupação com a defesa dos valores positivamente considerados pela sociedade; o ato só é crime quando atinge um valor juridicamente protegido pelo Estado; daqui decorre a noção do resultado normativo.

A Escola Clássica definiu, ainda, o crime como ente jurídico, no sentido de que o ato praticado pelo delinqüente constitui um desrespeito à ordem jurídica, acrescentando, também, a esse entendimento, a idéia da retribuição pela infração da lei penal.

As teorias retributivas ou absolutas entendiam que a sanção deveria ser aplicada ao delinqüente a fim de se compensar com um mal o mal praticado ou algo deixado de praticar (ato omissivo), sob a égide da noção de que **punitur quid peccatum est**.

Esta retribuição apresentaria um caráter jurídico correspondente ao desrespeito à ordem vigente e que deveria ser obedecida.

O desenvolvimento das idéias decorrentes do surgimento da Sociologia trouxe como resultado o delineamento de nova escola penalista que, denominando a escola anterior de “Clássica”, intitulou-se “Escola Positiva” expressão que, em realidade, nada tem a ver com o que hoje entendemos por direito positivo.

Com o advento da Escola Positiva, o núcleo de especulações e estudos deslocou-se do crime, abstratamente considerado, para a pessoa do delinqüente, socialmente condicionado.

Desse processo de socialização do Direito Penal resultaram as teorias utilitárias ou relativas, segundo as quais a aplicação da sanção deveria visar um resultado eficiente e específico, através de duas orientações distintas: a **prevenção geral**, dirigida à sociedade através da coação psicológica, do receio ao castigo, e destinada a prevenir a ocorrência de delitos; a **prevenção especial**, orientada para o delinqüente e visando a que ele não volte a delinqüir e possa reeducar-se, num trabalho de reintegração à sociedade.

A Escola Positiva, esposando os preceitos da teoria utilitária, objetivou, essencialmente, o estudo do crime e do criminoso no plano causal-explicativo, situando o ponto vital de sua fundamentação no fato de que a sanção deveria visar não apenas à prevenção dos delitos como, e prioritariamente, à reeducação do delinqüente e sua reintegração ao meio social.

Duas tendências de pronto ressaltam, no estudo da Escola Positiva: o retorno ao **iusnaturalismo**, na busca da proteção aos direitos concernentes ao homem por natureza, e ao **contratualismo**, no sentido de que o direito deveria ser colocado em termos de contrato social, celebrado entre indivíduos.

Por outro lado o crime, para os adeptos dessa Escola, não é mais um ente jurídico, mas um fato social, jurídico e humano.

Quanto à noção de responsabilidade, não se baseia mais no livre arbítrio dos homens, mas repousa no determinismo resultante da conclusão de que o homem, em realidade, não é livre, mas condicionado pelos fatores sociais que vão influir em seu comportamento.

Segundo Friedrich Rätzl, esse determinismo seria geográfico na medida em que o homem fosse mero produto do meio; para Paul Vidal de la Blanche ocorreria, antes, um possibilismo geográfico, em que o homem reage e modifica o meio ambiente.

Aos condicionamentos sociais somou Lombroso, em estudos revolucionários, à época, condicionamentos de ordem antropológica, biofísicos, que ensejariam a existência de criminosos natos.

A teoria lombrosiana encontrou grande receptividade inicial, sendo, porém, recolocada em termos bem menos radicais, na atual configuração do Direito Penal.

A conclusão imediata de todas essas especulações veio a ser a de que, se o homem é condicionado por fatores sociais, antropológicos e de outras naturezas, que lhe são impostos aleatoriamente, a pena a ser-lhe aplicada não pode ter, apenas, o caráter de castigo; deve, antes de tudo, ter em mira a proteção dos bens da vida, daqueles valores essenciais à vida comunitária, bem como a reeducação e recuperação do delinqüente.

Na época atual, assiste o Direito Penal à coexistência de inúmeras teorias mistas, que procuram captar e conciliar os fundamentos básicos do retributivismo clássico com os do utilitarismo positivista, tendendo alguns autores a acentuar este ou aquele aspecto, o que permite falar-se num "neo-classicismo", num "neo-positivismo" e em subdivisões desses dois principais ramos.

2.2. A posição do Autor

Como foi dito, as modernas doutrinas penais constituem-se em verdadeiras sínteses das idéias desenvolvidas após longos e penosos anos de estudos e pesquisas.

O nosso autor, que, na década de 1930, revelou ao mundo a doutrina da ação finalista, oferece em sua obra características que permitiriam classificá-lo, sem qualquer rigidez, evidentemente, como "neo-clássico", significando "neo", neste caso, uma reformulação dos princípios da Escola Clássica, no sentido de readaptá-los às contingências sociais da época atual.

O retributivismo, ou seja, a concepção segundo a qual a pena deve ser atribuída ao delinqüente como paga pelo mal infringido à sociedade, é traço que permanece constante no trabalho de Welzel, embora admita este, igual-

mente, a aplicação de medida de segurança, criação sociológica fundada na necessidade de reeducação e readaptação do infrator. Interpenetram-se, como vemos, as influências do classicismo e do positivismo penal.

Diz Welzel:

“El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.” (“Derecho Penal — Parte General” — pág. 1.)

A concisa definição proposta engloba, portanto, os pontos fundamentais definidores da colocação Welzeliana, retributivista na linha geral de seu pensamento, mas utilitarista ao prever a possibilidade de aplicação de medida de segurança.

Ainda nesse sentido, mais direta é, ainda, a afirmação de que:

“Um derecho penal eficaz dispone de dos caminos: es un derecho penal retributivo, fundado ético-socialmente y delimitado por los tipos fijos, contra el autor ocasional, por un lado, y un derecho de seguridad — que combate peligros sociales agudos — contra el criminal de estado, por el otro.” (Pág. 13 — mesma obra.)

Observa-se, entretanto, o delineamento de novas idéias, referidas ao fundamento ético-social que devem ter as normas penais, bem como à tipicidade decorrente do princípio da reserva legal e à dupla função, preventiva e repressiva do Direito Penal, protegendo a segurança dos cidadãos e punindo aos que transgridem a lei do Estado.

Ao definir o tipo objetivo do injusto penal, no contexto de sua teoria da ação finalista, Welzel esposa a noção clássica de que, para caracterização do delito não basta a simples *cogitationis*, ou seja, impõe-se que a conduta delituosa ultrapasse os limites da cogitação e se materialize no mundo exterior através de atos perceptíveis, razão por que não interessar ao Direito Penal essa simples cogitação.

Afirma o nosso autor:

“El tipo objetivo es el núcleo real — objetivo de todo delito. Delito no es solamente mala voluntad, sino la mala voluntad que se concreta en un brecho. Fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un brecho externo. El brecho externo es, por lo tanto, la base de la construcción dogmática del delito (como, además, el punto de partida de la investigación criminal del delito).” (Pág. 71 — mesma obra.)

Ainda sobre a irrelevância da simples cogitação para o Direito Penal, afirma Welzel, à pág. 189 da mesma obra:

“1 — La mera decisión de acción no es todavía punible: *cogitationis poena nemo patitur.*”

Vale lembrar, a esse ponto, que Welzel, ao estudar os delitos dolosos, introduziu ponto crucial de distinção relativamente à Escola Clássica, na medida em que alçou a relevância excepcional o aspecto subjetivo do delito, exatamente no que chama "el tipo subjetivo", o qual integrado ao tipo objetivo, compõe "lo injusto penal".

A ênfase dada por nosso autor ao aspecto subjetivo, ou seja, o subjetivismo da conduta penalmente relevante, veio a produzir, como ele próprio assinala, profunda brecha no sistema anterior, puramente objetivo.

São suas essas palavras:

"En esta separación aparentemente tan clara de externo y interno, objetivo y subjetivo, y en la atribución de lo "exterior" a lo injusto y de lo "interior" a la culpa, se produjo un profundo resquebrajamiento al ser descubiertos los elementos subjetivos de lo injusto. Se reconoció que en muchos tipos es imposible comprender lo injusto en forma puramente objetiva y que debe ser completada su apreciación por determinados elementos psíquicos-subjetivos." (Pág. 68 — mesma obra.)

Outro relevante aspecto a ser assinalado e que denota a presença, na obra Welzeliana, de pressupostos da Escola Clássica é o reconhecimento da existência dos delitos omissivos, ao lado dos comissivos; embora dando às condutas comissivas ou positivas lugar preponderante dentro do Direito Penal, por formarem, mesmo, o conteúdo principal do Código Penal, considera o nosso autor a existência dos delitos omissivos, ou negativos, como igualmente puníveis.

O problema da imputabilidade é colocado por Welzel no exame da culpabilidade, vez que ela é tida como um dos seus pressupostos existenciais. Liberdade de vontade e capacidade de imputação, se concorrentes, resultam na culpabilidade do agente que se torna objeto da reprovabilidade social por ter tido a possibilidade concreta de proceder ao lado da lei e não contra ela.

O livre arbítrio, ou seja, a vontade livre e consciente do autor da ação delituosa, presente em Welzel, constitui-se não apenas no elemento configurador da responsabilidade moral clássica mas oferece, igualmente, nuances sociológicas, ao revelar-se não mais isolado, mas situado no contexto social de que o agente é parte integrante.

A formação sociológica de Welzel é absolutamente indiscutível e disso faz prova sua constante preocupação em posicionar o ser humano no meio ambiente em que, sob o peso de fortes determinantes antropológicos e existenciais, delinque e, em nome da sociedade, é punido pelo ato que a consciência geral, a convicção jurídica comum considera como um desvalor.

Adverte, porém, para o perigo de elevar-se esse fundamento sociológico do reconhecimento geral à categoria absoluta de reto-normativo, válido-objetivo, valioso ou de "espírito objetivo", visto ser esse apenas um

dos pressupostos para o nascimento do direito positivo que exigiria, por igual, a existência de um mandato legalmente conferido aos seus elaboradores.

O Direito, para Welzel, porém, não deve transformar-se em instrumento do Poder e nele apoiar-se; embora fato social, deve manter-se como uma ordem supra-individual para capacitar-se, impessoalmente, a proteger a todos os cidadãos.

O Estado, através das opções que faz, discrimina quais as condutas que considera politicamente danosas, no campo penal, entendida a política, neste caso, como aquela ordem de interesses que devem ser juridicamente protegidos e preservados pelo Estado.

Um ato é, pois, para Welzel, “politicamente danoso”, na medida em que ofende a um dos bens valiosamente considerados e, conseqüentemente, protegido pela ordem jurídica.

Ponto há, entretanto, que consubstancia relevante traço de discórdia do nosso autor e seus críticos: é sua colocação entre os integrantes dos novos movimentos jusnaturalistas, como o faz o eminente Professor Luís Recaséns Siches, em seu trabalho “Jusnaturalismos Actuales Comparados”.

Efetivamente, embora negada por Welzel, de forma peremptória, indiscutível é a presença dos princípios básicos do Direito Natural em toda a fundamentação de sua doutrina penal.

Nesse sentido, vale lembrar afirmativa que faz, de que o Direito Penal visa a amparar determinados bens da vida, indispensáveis ao homem em sociedade, tais como a liberdade, a saúde, a propriedade e a sua própria existência. Aduz, ainda, que o Direito Penal assegura a validade inviolável dos valores positivos ético-sociais, que se constituem no substrato de suas normas.

A preocupação Welzeliana com a defesa e preservação dos direitos humanos, que constituem aquele “mínimo ético” indispensável à validade dos ordenamentos jurídicos modernos denuncia, de forma irremediável, a presença do jusnaturalismo no cerne de suas indagações filosófico-penais.

Talvez seja imprópria, entretanto, sua colocação entre os jusnaturalistas existencialistas, como o faz Luís Recaséns Siches; em verdade, não há como conciliá-lo com o ponto de vista de Werner Maihofer, por exemplo, que teve como lastro o pensamento de Heidegger, acentuando serem os preceitos jurídicos normas mecânicas, desprovidas de vitalidade autêntica, que não expressam o real significado da vida e nas quais nada de genuinamente pessoal se acha presente; o homem, sobre uma estrutura legal, não seria uma pessoa humana genuína, por estar a todo tempo no desempenho de “papéis”

que lhe são impostos pela sociedade, devidamente protegida pelas normas jurídicas.

No capítulo final de sua obra "Introducción a la Filosofía del Derecho", Welzel deixa transparecer, definitivamente, sua formação jusnaturalista ao afirmar, em conclusão:

"En estas condiciones es posible esperar haver justicia a la verdad permanente del Derecho natural, imprinuéndola en los órdenes fácticos de poder. Lo que queda del mundo de ideas del Derecho natural no es un sistema de principios jurídicos materiales eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo — una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas — de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica **entre ideas**, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre." (Pág. 267.)

Parece, dessa forma, acertada, em termos, a filiação de Hans Welzel a uma corrente "neo-clássica", desde que entendidas, neste "neo", as suas flagrantes preocupações jusnaturalistas.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — BETTIOL, Giuseppe — "Direito Penal — Parte Geral" — Tomo II — Coleção Coimbra Editora — 1970.
- 2 — HUNGRIA, Nelson — "A Teoria da Ação Finalística no Direito Penal" — "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" — Nº 16 — jan./mar./67.
- 3 — MAGALHAES, Noronha E. — "Direito Penal" — 1.º volume — Edição Saraiva — 1974.
- 4 — MAURACH, Reinhart — "O Conceito Finalista de Ação e seus Efeitos sobre a Teoria da Estrutura do Delito" — "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" — Nº 14 — jul./set./66.
- 5 — SICHES, Luís Recaséns — "Jusnaturalismos Actuales comparados" — Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones e Intercambio — Madrid — 1970.
- 6 — WELZEL, Hans — "Derecho Penal — Parte General" — Roque Depalma Editor — Buenos Aires — 1956.
- 7 — WELZEL, Hans — "El nuevo sistema del Derecho Penal — Una introducción a la doctrina de la acción finalista" — Ediciones Ariel — Barcelona — 1964.
- 8 — WELZEL, Hans — "Introducción a la Filosofía del Derecho" — Capítulo VI.
- 9 — WELZEL, Hans — "El problema de la validez del Derecho — Una cuestión límite del Derecho" — In "Derecho Injusto y Derecho Nulo" — Aguilar, S.A. de Ediciones — Madrid — 1971.