

# Teoria finalista da ação

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPE

## 1 — TEORIAS DA AÇÃO

As teorias da ação, na doutrina moderna do crime, podem ser classificadas em teorias causais e teorias finais. Dentro de cada uma das duas grandes classes referidas, observa-se a combinação entre os fundamentos objetivos e subjetivos de um lado e os fundamentos descritivos e valorativos de outro. Assim, na primeira classe de teorias — *as teorias causais* —, os fundamentos descritivos, combinados com os fundamentos objetivos, dão forma à teoria naturalista da ação, ou teoria causal propriamente dita, e combinados com os fundamentos subjetivos, dão forma à teoria sintomática da ação. Já na segunda classe de teorias — *as teorias finais* —, os fundamentos valorativos e objetivos, de um lado, caracterizam a teoria social da ação, e os fundamentos valorativos e subjetivos, de outro lado, caracterizam a teoria finalista da ação ou teoria final propriamente dita. Em síntese: enquanto a teoria causal é descritiva e objetiva, a teoria sintomática é descritiva e subjetiva, e enquanto a teoria social é valorativa e objetiva, a teoria finalista é valorativa e subjetiva (1).

Apresentado o esquema, pode-se dizer que as teorias causais são descritivas e que as teorias finais são valorativas. O descritivo diz respeito ao fático, ao real, e o valorativo, ao cultural, ao normativo. O objetivo, ou externo, exterior, quando no campo do real, diz respeito ao mundo físico circundante e, quando no campo do normativo, ao mundo circundante da coletividade. O subjetivo, no real, refere-se à personalidade do agente e, na esfera normativa, à vontade individual.

Outras combinações existem, ou são possíveis, sempre girando, porém, em torno dos binômios objetivo-subjetivo e descritivo-valorativo, com o predomínio desse ou daquele fundamento, com a predominância dessa ou daquela combinação. Desse modo, a teoria pessoal da ação, de Arthur Kaufmann, a quem se deve a simétrica classificação acima apresentada, aproxima-se da teoria social, estendendo-a ao homem como matéria, vida, alma e espírito (2). Assim também a teoria, que denominamos normativa, aproxima-se da teoria social da ação, limitando-a, porém, a uma ordem jurídica determinada.

(1) Arthur Kaufmann, *Schuld und Straf-Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Carl Heymanns Verlag KG, 1966, 39.

(2) Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, c., 39-66.

Enquanto, porém, a teoria pessoal da ação parte de fundamentos filosóficos para explicar a ordem jurídica, a teoria normativa da ação parte da ordem jurídica para explicar-lhe os fundamentos filosóficos. Na teoria pessoal da ação, deve-se ter presente que o Direito é concebido como a relação de conformidade entre o *ser* e o *dever*, e que o *ser* e o *dever* nem são idênticos (Tomás de Aquino), nem diferentes (Kant), mas equivalentes por *analogia* e não no sentido da dialética de Hegel (3). Na teoria normativa, o dogmata pode investigar as raízes filosóficas da ação conforme um determinado ordenamento jurídico, o qual, pela simples razão de não ser um *sistema filosófico*, mas um *sistema jurídico*, pode acolher fundamentos de filosofia nem sempre coerentes e, às vezes, até contrários e mesmo contraditórios.

## 2 — TEORIAS CAUSAIS

As teorias causais nasceram na *atmosfera* das ciências causais e explicativas do século dezenove. Dominaram o pensamento jurídico-penal dos fins do século passado e dos começos do século vinte. É a época do positivismo filosófico e do positivismo científico. É a época, também, do positivismo jurídico e do positivismo criminológico. Na Alemanha, o dogma causal-explicativo desenvolveu a dogmática jurídica, e, na Itália, criou condições para o nascimento da criminologia.

A teoria causal propriamente dita, que se fundamenta no descritivo e no objetivo, considera a ação como um *movimento corporal voluntário* e como uma *modificação sensível do mundo exterior* (4). Em sua pureza, não explica os crimes de simples atividade, nem a omissão. Foi fecunda para a investigação do nexos de causalidade. Hoje, ao apresentar-se, concebe a ação independentemente do resultado, afirmando que, segundo um conceito superior e unitário, a ação nem é causal, nem final (5).

A teoria sintomática da ação, que se fundamenta no descritivo e no subjetivo, investiga, na personalidade do agente, a causa do ato. Por amor à simetria e por amor à ordem didática expositiva, a teoria sintomática figura como uma das quatro teorias fundamentais da ação. A sua influência, porém, na doutrina e na prática não pode ser supervalorizada. Ao cair no dualismo que separa, na definição do crime, ato e autor, perde a significação (6). Vale como um apelo veemente à consideração da personalidade do autor na ordem jurídico-punitiva.

(3) Arthur Kaufmann, *Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung*, in *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, C. F. Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, 277.

(4) Paul Bochélmann, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, 45-46.

(5) Juergen Baumann, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Muenchen, 1974, 391.

(6) Schoenko-Schroeder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen und Berlin, 1976, 111.

### 3 — TEORIAS FINAIS

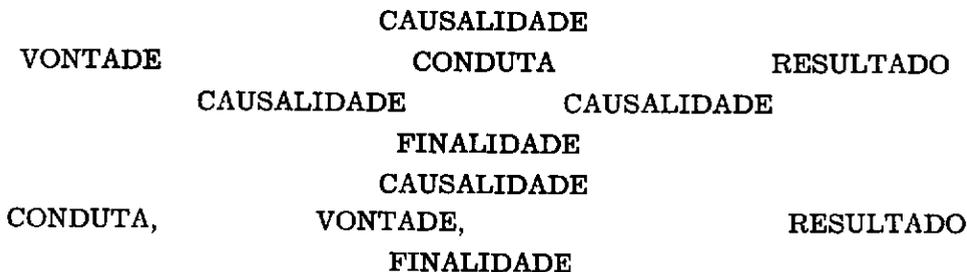
As teorias finais surgiram no segundo quartel do século vinte, sob a influência da filosofia dos valores, em suas várias direções, e, em particular, sob a influência da filosofia de N. Hartmann.

A teoria social da ação, que se fundamenta no valorativo e no objetivo, considera a ação como um *fator significativo e formativo da realidade social com seus aspectos pessoal, final, causal e normativo*, abarcando, desse modo, a tendência objetiva da ação (Eb. Schmidt) e a posição subjetiva do fim (Jescheck) (7). Ao fundamentar a ação na realidade social, estende-se para além da realidade jurídica, o que é censurável, porque introduz, no conceito, um elemento metajurídico.

A teoria final propriamente dita, ou teoria finalista da ação, que se fundamenta no subjetivo e no valorativo, constituiu, no terceiro quartel do século vinte, o tema mais apaixonadamente tratado e discutido pela doutrina jurídico-penal da Alemanha. Parece que, no presente momento, esgotou-se em sua disponibilidade protéica, cristalizada que está em escola que reúne adeptos ortodoxos e heterodoxos. Breve exposição da teoria finalista da ação está contida no item que segue.

### 4 — TEORIA FINALISTA

*Finalidade é a mentalização de fins, direção da atividade para alcançar o fim e realização conforme o plano dos fins (9), e vontade é o fator dirigente que governa o acontecimento externo e o converte em uma ação dirigida a um fim (10). Atividade final é um operar consciente orientado ao fim (11).* Com tais frases, Welzel estabelece os princípios da teoria finalista da ação. Não nega, porém, a causalidade que, por ser *cega*, serve de suporte à finalidade, que é *vidente*. Com o quadro de Baumann, a seguir exposto, compreende-se, com clareza, qual a diferença e a relação existente entre a causalidade, em seu sentido primeiro, e a finalidade, concebida por Welzel:



(7) Johannes Wessels, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, C. F. Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, 15-16.

(8) Hermann Blei, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 16., voalig neubearbeitete Auflage des von Edmund Mozger bagruendete Werkes, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, 61-62.

(9) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, 33.

(10) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, c., 34.

(11) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, c., 33.

Pelo quadro exposto, o conceito final da ação é, também, causal: a vontade se propõe os fins, escolhe os meios para alcançá-los e dá-lhes eficácia causal (12).

O dolo é a vontade de ação dirigida para a realização de um tipo de delito (13). Já na culpa, decisivo não é o simples ato voluntário que produz o resultado, mas a execução concreta, a concreta direção da ação final, segundo uma conduta social modelo, que está orientada para evitar resultados socialmente intoleráveis (14).

## 5 — TEORIA CIBERNÉTICA

Welzel informa que, ao tomar do campo da filosofia de Nicolai Hartmann, pela primeira vez e em 1935, o termo *finalidade*, outra expressão não existia que melhor se adequasse ao seu pensamento sobre a ação humana. Ao surgir, porém, em 1948, com Norbert Wiener, o termo *cibernética*, seria melhor talvez preferi-lo ao termo *finalidade*, para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Como, porém, o termo *cibernética* tem uma significação precisa no campo da matemática, deve ser mantido o uso lingüístico jurídico-penal *finalidade*, sabendo-se, desde já, que ocasiona mal-entendidos ao ser interpretado de uma maneira estreita e literal. Se não fora o inconveniente indicado, a *ação cibernética* compreenderia, com clareza, o dolo e a culpa, abrangendo, em ambos, o que existe de juridicamente relevante, ou seja, a *direção* (15).

Estudando a ação cibernética ou biocibernética (16), introduz Guenther Jakobs a inevitabilidade no conceito da ação (17). Aqui o finalismo penetra a esfera do direito civil (18), o que é investigado e ressaltado por Erwin Deutsch (19).

(12) Juergen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, c., 391-392.

(13) Hans Welzel, o.c., 65.

(14) Hans Welzel, o.c., 130.

(15) Hans Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, in Festschrift fuer Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, Verlag C. F. Mueller-Karlsruhe, 1972, 3-8.

(16) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, c., 37.

(17) Guenther Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in Festschrift fuer Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. Maerz, 1974, Herausgegeben von Guenther Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gord Geilen, Haus Joachim Hirsch, Hans, Ludwig Scheiber, Guenther Jakobs und Fritz loos, 1974, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 307-325.

(18) Schoenke-Schroeder, Strafgesetzbuch, c., 11e.

(19) Erwin Deutsch, Finalitaet, Sozial aedequanz und Schuedtheorie als zivilrechtliche Strukturbergriff, Welzels Fernwirkungen auf di Zivibrechtsdogmatik, in Festschrift fuer Welzel, c., 227-250.

## 6 — FINALIDADE INCONSCIENTE

Mantendo o termo *finalidade*, Stratenwerth fala de uma *finalidade inconsciente*. Cita logo no começo do seu trabalho o exemplo do automatismo na conduta, que geralmente está adequado a um fim, e que, apesar disso, não recebe o devido tratamento doutrinário nem pela teoria causal, nem pela teoria social, nem pelo conceito negativo de ação de Herzbergs. Somente a *direção*, que regula a conduta, é suficiente para fazê-lo, e o faz tanto no automatismo quanto nas ações afetivas e de curto-circuito. No automatismo, sem dificuldade, porque, nele, originalmente, a conduta é *conscientemente* dirigida. Nas ações afetivas e nos atos de curto-circuito, porém, é necessário apelar para um primitivo estágio de direção consciente.

Distinguindo entre direção consciente e direção inconsciente, Stratenwerth fundamenta a finalidade inconsciente. Deste modo, não existe conduta humana que não possa ser conscientemente dirigida, inclusive aquela que se verifica em estado de embriaguez. A possibilidade de uma direção consciente, porém, não existe nos reflexos corporais puros, como o reflexo dos tendões da patela ou rótula do joelho; nos ataques convulsivos, e nos movimentos vertiginosos <sup>(20)</sup>.

## 7 — CRÍTICA DO FINALISMO

A escolha do termo *finalidade*, como o próprio Welzel reconheceu, ao término de sua extraordinária vida de pensador e de jurista, não foi das mais felizes. E isto não só porque a finalidade é termo inconveniente e fonte de equívocos <sup>(21)</sup>, como também porque a filosofia de N. Hartmann, que inspirou o finalismo, é um *corpus metaphysicum sem alma* <sup>(22)</sup>.

A afirmativa de Bergson, repetida por Sartre, de que a finalidade é o inverso do mecanicismo ou da causalidade <sup>(23)</sup>, ajusta-se à teoria hartmanniana dos três atos — proposição de fim, escolha de meios, execução. Deste modo, o exagero da teoria finalista é o inverso do exagero da teoria causal: enquanto esta *obriga-se* a encontrar, para cada ação, um resultado típico, aquela luta para indicar, em cada ação, um fim típico, ou atípico (hipótese da culpa no sentido estrito).

Que a estrutura da ação é *ôntica* ou *ontológica*, é problema filosófico discutível, não competindo à dogmática jurídica afirmá-lo ou negá-lo, e, se o fizer, terá de fazê-lo à luz de um determinado ordenamento

(20) Guenter Stratenwerth, *Unbewusste Finalitaet?* in *Festschrift fuer Welzel*, c., 289-305, principalmente, 290, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302 e 303.

(21) André Lalande, *Vocabulario de la Filosofía*, I, tradução sob a direção de Luis Afonso, Buenos Aires, 1953, 496.

(22) Johannes Hirschberger, *História da Filosofia Contemporânea*, tradução e prefácio de Alexandre Correia, Herder, São Paulo, 1963, 185.

(23) Henri Bergson, *L'évolution créatrice*, Paris, 1948, 39; Jean-Paul Sartre, *El ser y la nada — Ensayo de ontología fenomenológica — traducción de Juan Valmar*, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1972, 181.

jurídico. O mesmo se diga quanto à afirmativa de que todas as ações humanas dirigem-se conscientemente a um fim. Vale, aqui, em apoio do pensamento filosófico científico, o apoio do pensamento filosófico literário. "Car, pour l'avenir que nous faisons, par exploration, travail, entreprises, intrigues, armées en marche, nous ne pouvons guère le penser; il n'est pas objet; il est ambigu par l'action même, inconnaissable par l'action même. Une épée cherche passage vers moi, un chariot roule et va m'écraser; je perçois, je bondis, j'échape; cet avenir se fait; je suis mort si je le pense fait" (24).

Em vários tipos penais, encontra-se um determinado fim. Na tentativa, existe um fim. Havê-lo-á no crime consumado? Discutível. E no *dolus eventualis* e na *aberratio*? Também discutível. E na omissão e na exculpação? Igualmente discutível. E na culpa em sentido estrito? Na culpa, mesmo considerando-se o resultado como condição de punibilidade, deve ser lembrado que é o resultado que torna a ação um fato criminoso (25).

Mesmo dando ao finalismo o conteúdo da cibernética ou biocibernética, para conceber a ação como o fato dirigido e orientado pela vontade, mesmo assim as dificuldades não são removidas. O conceito cibernético da ação cria um *tipo ideal* que não alcança os atos impulsivos e afetivos (26). Numa grande quantidade de crimes, depara-se uma *desordem passional*, o que não é de estranhar, porque, no final de contas, não é o próprio crime uma *desordem*? Como buscar, na desordem passional, um fim? "Se é verdade que as paixões sensíveis são *desregramentos da afetividade*, não em virtude de sua intensidade, mas *porque escapam ao controle da razão*, já não se vê que sentido pode conservar o problema da finalidade delas. Uma desordem não tem fim nem sentido, e é por isso mesmo que é uma desordem" (27). E por que procurar, justamente na ação criminosa, um fim consciente, racional?

Provavelmente, por isso mesmo, Stratenwerth, com sua doutrina da *finalidade inconsciente*, afastou-se do finalismo, que é, a rigor, *finalidade consciente*. Conforme a observação de Schnoeke-Schroeder, modificou consideravelmente o primitivo conceito finalista de ação, construindo, sobre ele, uma nova doutrina (28).

Embora construída sobre fundamentos vulneráveis, a teoria finalista tem o grande mérito de ter agitado o pensamento jurídico-penal durante um quarto de século. E, no estudo de interesse prático imediato, deve-se, a ela, profundas investigações, principalmente nos campos da omissão e da culpa.

(24) Alain, *Les Passions et la Sagesse*, Gallimard, 1960, 51.

(25) Juergen Baumann, *Strafrecht -Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking-Bielefeld, 1975, 215-216.

(26) Juergen Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, c., 213 e 216-217.

(27) Régis Jolivet, *Tratado de Filosofia, II, Psicologia*, tradução de Gerardo Dantas Barreto, Livraria Agir Editora, Rio, 1967, 387-388.

(28) Schoenke-Schroeder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, c., 115.