

TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Everardo da Cunha Luna

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 fatural, 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 da coletividade. O subjetivo, no real, refere-se à personalidade do agente, e na esfera normativa, à vontade individual.

* Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPe

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.

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 nexo 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 — 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 formativa 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 proteica, cristalizada que está em escola que reúne adeptos ortodoxos e heterodoxos. Breve exposição da teoria finalista da ação está contida no ítem 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*. Como 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:

CAUSALIDADE

VONTADE

CONDUTA

RESULTADO

CAUSALIDADE

CAUSALIDADE

FINALIDADE

VONTADE,

CONDUTA

VONTADE, CONDUTA

RESULTADO

FINALIDADE

Pelo quadro exposto, o conceito final a 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 linguístico 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 *evitabilidade* 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).

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 e ação de Herzberg. 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 (20).

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 (21), como também porque a filosofia de N. Hartmann, que inspirou o finalismo, é um *corpus-metaphysicum sem alma* (22).

A afirmativa de Bergson, repetida por Sartre, de que a finalidade é o inverso do mecanicismo ou da causalidade (23), ajusta-se à teoria hartmanniana dos três atos — proposição de fim, escolha de meios, execução. Deste modo, o exagero a 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 *ontica* 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 jurídico. O mesmo se diga quanto à afirmativa de que todas as ações humanas dirigem-se conscientemente a um fim. Vale, aqui, em apóio do pensamento filosófico científico, o 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'échappe; 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 ato 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, por que, 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, devem-se, a ela, profundas investigações, principalmente nos campos da omissão e da culpa.

BIBLIOGRAFIA

- (1) — Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe-Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Carl Heymanns Verlag K6, 1966, 39.
- (2) — Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, c., 39-66.
- (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. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, 277.

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

(5) — Juergen Baumann, Einfuehrung in die Rechtswissenschaft Muenchen, 1974, 391.

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

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

(18) — Hermann Blei, Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 16., voelig neubearbeitete Auflage des von Edmund Mezger 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.

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

(13) — Hans Welzel, o.c., 65.

(14) — Hans Elzel, 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 Zips, 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 Guenter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Haus Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Guenther Jakobs und Fritz Loos, 1974, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 307-325.

(18) — Schoeke-Schroeder, Strafgesetzbuch, c., 114.

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

(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, Vocabulário de la Filosofia, 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 ontologia fenomenológica - traducción de Juan Valmar, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1972, 181.

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

(25) — Juergen Baumann, Strafrecht-Allgemeiner Teil, Verlag Ernst und Werner Giesecking-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.