

# CAUSALISMO E AÇÃO NO DIREITO PENAL: SOBRE A ORGEM DA DISCUÇÃO DE UM CONCEITO OMNICOMPREENSIVO

Alcides Marques Porto Pacheco  
Advogado. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS

*Resumo:* O presente artigo visa abordar a formação histórica inicial do conceito de ação na dogmática penal moderna. Neste ponto, visa-se, primeiramente, analisar o conceito causal-naturalista de ação e seu intento de adoção do critério absolutamente objetivo, oriundo, em grande parte, do positivismo jurídico. Apontadas as limitações desta abordagem, passa-se ao momento neokantista (causal-valorativa) da formulação do conceito de ação, a qual não trouxe a mudança do paradigma causal, mas uma fundamentação valorativa ao mesmo. Termina-se o escrito demonstrando as incongruências da teoria neokantista da ação, o que levou ao abandono das doutrinas causalistas da conduta.

*Palavras-chave:* Teoria da ação; Causalismo; Neokantismo; Dogmática Penal

*Abstract:* the present work aims to analyze the initial historical formation of the concept of action in the modern Criminal Dogmatic. For that, initially, analyze the 'natural' concept of action and its attempt to adopt an absolutely objective standard that become from the law positivism. Pointed the limitations of that argument, it is analyzed the neokantian (valorative-causality) of the formulation of the concept of action. Nevertheless, it not brings a new paradigm, but changes the fundament of, inserting a base that sets over values. The article concludes that there are some insuperable problems in both theories and, for that, they have been abandoned.

*Key-Words:* Theory of Action; Causalism; Naturalism; Neokantism; Criminal Dogmatic.

*Sumário:* 1. Introdução; 2. Teoria Causal-Naturalista da ação; 3. Neokantismo na teoria da ação ou as limitações insuperáveis do causalismo; 4. Considerações Finais

## **1. Introdução;**

Tema que causa muita inquietação na dogmática penal (em especial após a consagração do direito penal do ato em detrimento do direito penal do autor), perpassando grande parte de sua formação moderna, diz respeito ao conceito de ação<sup>1</sup>. Isto ocorre porque, uma das maiores conquistas do direito penal moderno é o fato de que a lei penal não pode vedar a ocorrência de resultados, mas tão somente ações e omissões dirigidas a lesão ou perigo de lesão a bem jurídico<sup>2</sup>. Assim, tem-se a ocorre grande debate envolvendo não apenas a forma que o conceito de ação deveria tomar, mas, também, com singular freqüência e empenho, se há sentido jurídico-penal em afirmar que um

---

<sup>1</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALAREE; Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. v. 02. Madrid: Trotta, 1999, p. 21.

<sup>2</sup> PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 03 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 247. No mesmo sentido, BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del Delito-Tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 43.

determinado processo reveste-se do caráter de ação, em especial quando este pretende colocar-se como fator pré-típico, central da teoria do delito<sup>3</sup>.

Neste ponto, o eixo central gira em torno de três funções atribuídas a teoria da ação<sup>4</sup>: 1) classificatória, segundo a qual o conceito de ação deve poder ser empregado a todos os tipos delitos, englobando-os<sup>5</sup>; 2) sistemática ou de enlace, que requer que a ação, sem que se adiante aos demais elementos da teoria do delito, possa conter um material tal que conecte todos os demais juízos de valor desta<sup>6</sup>, sendo, contudo, elemento neutro em relação as demais categorias, não podendo adiantar predicados valorativos próprios da tipicidade, ilicitude e culpabilidade<sup>7</sup>; 3) função negativa ou de delimitação, mediante a qual devam poder ser excluídos imediatamente os processos que não tenham qualquer possibilidade de encontrar relevância penal<sup>8</sup>.

Zaffaroni ainda descreve que a ação, enquanto gênero da espécie delito, coloca-se enquanto intento redutor/limitador do poder punitivo, devendo ser entendida como um conceito idôneo para satisfazer a exigência de uma função política: dado que qualquer elemento de racionalidade do exercício do poder punitivo se assenta sobre a conduta humana, seu intento será o de bloquear o desconhecimento deste nível primário de republicanismo penal<sup>9</sup>. Trata-se, assim, da discussão sobre que processos são ações e quais não, ou seja, uma discussão de divisão do que pode ou não ser matéria penal<sup>10</sup>.

Igualmente de se assinalar, antes de adentrar a análise da teoria causal da ação, que, normalmente, a conceituação da conduta tem sido tratada pela doutrina segundo dois eixos principais: se esta conduta se subordina estritamente ao prisma do direito ou se deve ela derivar de um conceito geral, compreensível de todo o comportamento humano, quer tenha ou não relevância jurídico-penal. Conforme se adote a primeira orientação, como lembra Tavares, o conceito de conduta somente pode ser vislumbrado sob o aspecto legal. Contudo, se o conceito de ação pretender respeitar o primado de que somente é relevante jurídico-penalmente o comportamento do homem individualizado e em sua socialidade, já há a possibilidade da elaboração de um princípio omnicompreensivo de ação. No primeiro caso, o jurista não terá outro trabalho que examinar os elementos típicos para saber se há ação ou não. No segundo, deve haver a investigação do homem e de seus meios, de suas características e como ser

---

<sup>3</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico-penal de acción. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, tomo LXIV, fas I, maio/ago, 1991, p. 01.

<sup>4</sup> Idem, p. 01-02. De forma muito semelhante, D'ÁVILA, Fábio Roberto. O conceito de ação em direito penal. Linhas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. In: FAYET JR, Ney. *Ensaio de penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 279 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 237.

<sup>5</sup> Neste sentido, como lembra Claus Roxin, “de acuerdo con esto, la acción debe designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los delitos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible” (*Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña; et all. Madrid: Civitas, 2006, p. 232).

<sup>6</sup> Quanto a esta função, afirma Anibal Bruno que “ação é o elemento central do fato punível, é o suporte material sobre o qual se assentam tipicidade, ilicitude e culpabilidade” (*Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 282).

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit, p. 232.

<sup>8</sup> Idem, p. 232-233. No mesmo sentido, MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 86.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 399. De modo similar, SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. v. I. 04 ed. Buenos Aires: TEA, 1992, p. 313. Na mesma direção, JIMENEZ ASUA, Luis. *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el Delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, p. 210.

<sup>10</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Normas y Acción en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 46.

racional, social e moral<sup>11</sup>. A apreciação destas funções dentro da teoria causal será realizada nos próximos tópicos.

## 2. Teoria Causal-Naturalista da ação

Não é incomum que o início moderno de uma conceituação do que seria ação jurídico-penal encontra-se na obra de Hegel<sup>12</sup>, para quem o exercício de força, por um agente livre, que infringe o exercício da liberdade no seu senso concreto, infringido o direito enquanto direito, constitui um crime, o qual é um julgamento infinitamente negativo, onde não apenas o particular é negado, mas a generalidade do “eu na minha capacidade de direitos”<sup>13</sup>. No entanto, da mesma forma que a maior parte dos institutos da moderna teoria do delito, o real desenvolvimento do conceito de ação enquanto parte integrante da epistemologia penal apenas maior importância a partir do século XIX, em especial com a obra de Von Liszt.

Nesta época a ciência referia-se a espécie de conhecimento associado com as ciências da natureza, especialmente a física, sendo que estas, pensava-se, forneciam os únicos conhecimentos verdadeiramente seguros<sup>14</sup>. A realidade humana é reduzida a fenômenos naturais predeterminados, e a pesquisa jurídica que dela se ocupa expressa as relações de semelhanças ou de sucessão, constantes e obrigatórias entre os dados<sup>15</sup>. Ocorre o surgimento da chamada Escola Positivista Penal, plenamente inspirada na formação do espírito científico citado acima. Esta escola jurídico-penal encontrou no real do direito positivo o material empírico suscetível de observação científica e adotou perante ele um método descritivo e classificatório similar ao da chamada ciência dura<sup>16</sup>. “O nome dessa teoria (causalista) deriva do nome causalidade. A lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se numa relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem”<sup>17</sup>.

Não é por outra razão que Von Liszt descrevia a ação como mudança no mundo exterior que possa referir a vontade do homem, ou seja, é a própria vontade objetificada<sup>18</sup>. Assim, a ação depende da existência de um ato de vontade e de um resultado. Ainda no pensamento do penalista alemão, a estes dois elementos deve ser somado o necessário nexos entre eles. Tal pode ocorrer de duas formas: quando a mudança foi voluntariamente produzida (ação) e quando voluntariamente não foi impedida (omissão). E mais, deve entender que, para ele, voluntariedade da comissão ou na

---

<sup>11</sup> TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 204.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. Op. cit., p. 235.

<sup>13</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. Philosophy of right. In: *Great Books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1955, p. 36.

<sup>14</sup> BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Moderno Europeu*. Séculos XIX e XX. Coimbra: Edições 70, 1977, p. 64.

<sup>15</sup> LUISI, Luiz. *O Tipo Penal e a Teoria Finalista da Ação*. Porto Alegre: Nação, 1980, p. 33.

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Síntese das Principais Fases da Evolução Epistemológica do Direito Penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77-78.

<sup>17</sup> BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 148, out/dez, 2000, p. 90.

<sup>18</sup> Esta visão objetiva da ação influenciou de forma direta a elaboração do tipo penal na teoria de Beling (adepto da teoria causalista da ação – como se verá a frente – e criador da tipicidade como categoria da teoria do delito). “Os conceitos em que se traduz a legalidade da natureza retratam a realidade atual, isto é, o ôntico reduzido ao sensorialmente apreensível. E, sendo o tipo penal a conceitualização da realidade da ação, isto é, subsunção em conceitos do ôntico da conduta, reduzida ao fático, somente poderá ser ele – como consecutório inelutável do entendimento da ação como mera modificação do mundo, causada pela vontade – de caráter rigorosamente objetivo, uma vez que nesta forma de conceber a ação não tem guarida o axiológico e o subjetivo” (LUISI, Luiz. Op. Cit, p. 34).

omissão não quer dizer livre arbítrio no sentido metafísico<sup>19</sup> ou, colocando de outra forma, não interessa o que o agente realmente quis, mas apenas a realização ou omissão de movimentos voluntários<sup>20</sup>. Assim, não há ação por parte daquele que não possui liberdade física de suas ações ou quando a realiza, por exemplo, por convulsões<sup>21</sup>.

Outro desenvolvimento do conceito naturalista de ação foi o dado por Beling, o qual constituiu um conceito psicofísico do mesmo<sup>22</sup>. Assim, o citado autor descreve que deve-se entender por ação um comportamento corporal (fase externa, objetiva) produzido pelo domínio sobre corpo (liberdade de enervação muscular ou voluntariedade, a qual faz parte da fase subjetiva do conceito). É um comportamento voluntário, consistente em fazer ou não fazer, neste último caso, na linha seguida por esta corrente, a distensão dos músculos<sup>23</sup>.

Deve-se lembrar que o conceito de finalidade não era desconhecido pela teoria causal. Contudo, este dado não dizia respeito a teoria da ação e nem mesmo a tipicidade, mas a culpabilidade<sup>24</sup>. Em verdade, como bem lembra Jakobs, há um verdadeiro afã de conseguir uma separação mais pura possível entre o processo causal e culpabilidade<sup>25</sup>. Assim, não é de se estranhar que a argumentação utilizada contra a teoria finalista (a qual terá suas bases descritas em tópico próprio) seja exatamente neste sentido. Por isso, Magalhães Noronha entende que a teoria finalista da ação apenas desloca o problema, tirando o dolo da culpabilidade e tornando-o vazio<sup>26</sup>. Isto pode ser pelo fato de que o positivismo entendia a ação enquanto centro da teoria do delito, a qual deve ser um sistema com maior rigidez possível através de um processo de abstração que levava, por sua vez, ao conceito omnicompreensivo e neutro de ação<sup>27</sup>.

Para a análise do destino desta teoria, é de se notar que, no parâmetro científico geral, após o grande desenvolvimento através deste paradigma científico moderno positivista, chega-se ao seu limite, ao que a concepção de um saber total e global é colocado em dúvida, gerando a crise do presente modelo, a qual é não apenas profunda, mas irreversível<sup>28</sup>. No âmbito jurídico-penal, o positivismo, como lembra Mir Puig, somente pode ser considerado fora do âmbito principal da análise da teoria do delito por volta de 1920. Este fato foi favorecido pelo fato de que alguns dos filósofos do direito que foram responsáveis pela introdução do método neokantista eram, ao mesmo tempo, renomados penalistas<sup>29</sup>. Isto, contudo, não pode apagar a influência das exigências específicas da

---

<sup>19</sup> É de se reparar que esta negação da metafísica ocorrente no neo-iluminista não se restringia a Von Liszt, mas era traço próprio do movimento a que também se dava o nome de neo-iluminismo (BAUMER, Franklin L. Op. Cit, p. 61.).

<sup>20</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v.2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 41-42.

<sup>21</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 193-197.

<sup>22</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. Cit, p. 283.

<sup>23</sup> BELING, Ernest von. Op. Cit, p. 42.

<sup>24</sup> MUÑOS CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 02 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 230.

<sup>25</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 02 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 160-161.

<sup>26</sup> MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 120.

<sup>27</sup> MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 02 ed. Buenos Aires: BdeF, 2001, p. 255-256.

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed. Porto: Afrontamentos, 2002, p. 23. Quanto a uma visão crítica ao pensamento de superação e abandono de paradigmas, ver MARTINS, Rui Cunha. Portugal e Brasil: Modernidade e fronteiras. In: KERN, Arno Alvarez. *Sociedades ibero-americanas*. Reflexões e pesquisas recentes. Porto Alegre: EDPUCRS, 2000.

<sup>29</sup> Podem-se citar como integrantes desta corrente os juspenalistas Sauer e Radbruch. Contudo, não se pode esquecer que tal renovação é obra, principalmente, de Stammler, sendo este quem introduziu o neokantismo no direito (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 03 ed. Lisboa: Caloust Gulbenkian, 1997, p. 113).

dogmática penal, as quais favoreceram a introdução de elementos valorativos no lugar dos pretensamente objetivos<sup>30</sup>.

Por isso, Mezger realiza a crítica de que a teoria positivista da ação é ‘anêmica e incolor’, na medida em que resultados são traços de relevo da própria vida, que são suscetíveis de valoração. Ou seja, a análise positivista é insuficiente, não abarcando estas valorações. Esta corrente, assim, deixa de entender que, conforme a valoração dada a ação, podem existir, por vezes juntos, sucessos adequados a esta e outros não adequados<sup>31</sup>.

Em 1904, Radbruch sustentou a impossibilidade de um conceito de ação que englobasse crimes omissivos e comissivos, pois, na omissão não há movimento corporal algum, sendo, por essência, a negação de uma ação. Mais adiante o mesmo autor propôs que o conceito de ação fosse substituído pela concreta realização do tipo. O mesmo podia ser dito dos delitos de mera atividade, porque, porque também nestes falta o movimento corporal, devendo, em verdade, ter sua compreensão sobre o significado social que lhe atribui. Portanto, trata-se da passagem de um positivismo para um positivismo teleológico<sup>32</sup>.

Além desta crítica histórica, também é dito que o conceito de voluntariedade serve para descartar os movimentos reflexos, atos convulsivos, movimentos corpóreos que surgem durante o sonho e em estado de inconsciência, bem como os movimentos forçados mediante violência absoluta irrenunciável, mas nada mais. Este conceito encontra grande dificuldade em explicar o impulso consciente de vontade, em reações espontâneas, ações automatizadas, fatos passionais e embriagues<sup>33</sup>. É de se lembrar, no entanto, que certamente a vontade como causa distingue a ação humana de puros processos naturais, mas o especificamente humano não consiste na causalidade da vontade, posto que as forças da natureza atuam também causalmente, mas sem a finalidade que configura objetivamente o curso causal, o que somente o homem possui capacidade<sup>34</sup>.

Também encontra dificuldade diante da impossibilidade de se explicar os crimes omissivos<sup>35</sup>. “Observa-se que a voluntariedade embora presente na grande maioria das manifestações do ilícito-típico, não é, em realidade, uma constante em todas elas. Tal é o que ocorre nas hipóteses de crimes omissivos por culpa inconsciente, como, por exemplo, na omissão do dever de agir, por esquecimento imputável a título de negligência”<sup>36</sup>, uma vez que falta, inclusive, voluntariedade no sentido de mero

---

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 207. No mesmo sentido, LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 114.

<sup>31</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 89.

<sup>32</sup> MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, p. 256.

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther. Op.c cit., p. 161-162. No mesmo sentido e ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 237. De forma contrária, entendendo que a teoria causal não ter qualquer serventia enquanto limitação do poder punitivo, Hans Welzel entende que “Ahora bien, como las consecuencias causales de un acto voluntario (como en todos los procesos causales) son, en principio ilimitadas, este concepto de la acción no es pasible tampoco de delimitación. Sólo mediante la referencia final a un determinado resultado querido (como fin, medio, o efecto concomitante), es posible definir lo que es una acción de "matar", de "apoderarse" de una cosa ajena, una "coacción", una acción de "engañar", etc.; sólo así se obtiene un concepto social de la acción, con un contenido determinado” (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004).

<sup>34</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Jose Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 198.

<sup>35</sup> É de se apontar que, conforme Rogério Greco, esta seria a principal crítica a ser feita contra a teoria causal-natural da ação (*Direito Penal*. Parte Geral. v. 01. 11 ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 150).

<sup>36</sup> D’ÁVILA, Fábio Roberto. O conceito de ação em direito penal, p. 283

pensamento, que em qualquer caso não seria suficiente para admitir uma ação por falta de exteriorização. Isto não pode ser resolvido nem mesmo com base em uma conduta somente dominável pela vontade, pois esta, que poderia ter dominado o controle do sucessomas realmente não exerceu o domínio, não é vontade e não cumpre o requisito da voluntariedade em que ao menos tem de se basear os delitos comissivos<sup>37</sup>. Da mesma maneira falha esta doutrina ao tentar colocar o seu conceito de ação como enlace sistemático. Sem dúvida contém conteúdo neutro frente ao tipo ao não aparecer como ação qualquer movimento nervoso ou muscular voluntário (e não um movimento já valorado juridicamente). Mas tal conceito não é suficientemente expressivo para poder constituir o suporte do sistema, objeção que afeta tanto o critério da modificação causal do mundo exterior (Liszt) como ao da inervação ou tensão muscular voluntária (Beling)<sup>38</sup>.

Apesar da falência do modelo causal-naturalista na dogmática penal, não se deve perder de vista que o conceito de ação, aqui, surge como a pedra de toque de uma sistematização que, em parte, continua dominando a teoria do delito contemporânea, através do modelo Beling-Liszt, qual seja, a conceituação do crime como (1) ação (2) típica, (3) ilícita e (4) culpável, o que, como descreve Schunemann, causou um grande atraso no desenvolvimento da dogmática penal, não sendo incluído, na análise do resultado, qualquer aporte normativo ou valorativo. Esta doutrina já não estava mais em condições de enfrentar as discrepâncias de valorações estabelecidas na pluralidade de situações sociais de conflito e assimilá-las através da diferenciação conceitual<sup>39</sup>.

### **3. Neokantismo na teoria da ação ou as limitações insuperáveis do causalismo**

Apesar de no final do século XIX, tendo durado tal por volta de vinte anos, pouco depois da virada do século já começou a se abrir uma nova fase no pensamento jurídico, em especial na esfera penal<sup>40</sup>. O impulso necessário para isto foi dado pela filosofia neokantiana, a qual entendeu por adotar o pensamento kantiano de separação entre conhecimentos puros (ligados aos juízos analíticos) e conhecimentos empíricos (vinculados aos juízos sintéticos)<sup>41</sup>. Ademais, esta concepção leva nova força da noção de que do ser não deriva nenhum dever-ser<sup>42</sup>. Deixa-se de dar importância apenas a estrutura formal e passa-se a analisar o sistema de valores e sua relação com a citada estrutura<sup>43</sup>. Com isto, recuperou a dogmática e sistemática penal uma dimensão de decisão especificamente jurídica, isto é, aquela que tem lugar segundo valores, trazendo,

---

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 238.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 238.

<sup>39</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno del derecho penal*. Traducción de Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 45.

<sup>40</sup> Este câmbio não foi sentido de forma tão imediata em outras esferas do direito, isto, em especial, por influência da “jurisprudência dos interesses”, de Jhering. Sobre o assunto, ver LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 113-114.

<sup>41</sup> Conforme o próprio Kant, “todos os juízos analíticos se baseiam inteiramente no princípio de contradição e são, por natureza, conhecimentos *a priori*, quer os conceitos que lhes servem de matéria sejam ou não empíricos. Pois, assim como o predicado de um juízo analítico afirmativo está já pensado anteriormente no conceito do sujeito, não pode ser negado por ele sem contradição, assim também o seu contrário, num juízo analítico, mas negativo, será negado necessariamente pelo sujeito e, sem dúvida, em consequência do princípio de contradição”. Por sua vez, os juízos sintéticos “nunca podem existir em virtude do axioma fundamental da análise, isto é, do simples princípio de contradição; exigem ainda um princípio inteiramente diferente, embora sempre devam ser derivados de todo o princípio, seja ele qual for, *em conformidade com o princípio de contradição*; nada, pois, se deve opor a este princípio, embora nem tudo dele possa ser derivado” (KANT, Immanuel. *Prolegômenos a toda metafísica futura*. Coimbra: Edições 70, 1988, p. 24-25).

<sup>42</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit., p. 47.

<sup>43</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 132.

desse modo, uma supervalorização do dever-ser<sup>44</sup>, trazendo-se, desta forma, não uma mudança de objeto, mas de método<sup>45</sup>. Apesar de toda esta virada, as categorias básicas da teoria do delito (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) continuaram as mesmas<sup>46</sup>.

Partindo sua teoria do conhecimento, na qual o valor cria ou, ao menos, altera o objeto valorado, o neokantismo permitiu a construção de um conceito de ação que não diferia substancialmente do que havia sido enunciado pela teoria causal naturalista. Desde uma posição idealista, ocupa uma posição bastante cômoda ao intentar uma teoria da ação que não respeite as características ônticas da ação, mas que se elabore na medida da necessidade do direito penal<sup>47</sup>.

Aqui é enquadrado o pensamento de Mezger<sup>48</sup>, para quem a ação é identificada na conduta humana que se converte em objeto de consideração jurídico-penal, ou seja, é um acontecimento natural-real no mundo da experiência. Como elemento do sistema normativo jurídico, indica o que deve ser castigado com pena, servindo para a ulterior estruturação e apreciação de determinadas finalidades humanas. Dentro disto, ainda se trata do estabelecimento de um conceito de ação comum a todos os atos puníveis. A ação, assim, é sempre um conceito realista e, por conseguinte, ontológico. Por sua vez, só pode apresentar exclusivamente as possibilidades ontológicas de valoração nas quais é possível conectar uma seleção normativa anterior<sup>49</sup>.

Apesar de defender um conceito de ação que suporte valorações, Mezger adverte que, para que possa ser o mais neutro possível, deve abster-se de valorizações desnecessárias. Este conceito tem de abarcar toda a conduta humana concreta, que possa e deva constituir o ponto de partida de considerações jurídico-penais. Como tal, abrange, em particular: (1) o fundamento da vontade da ação como fenômeno psíquico, como ato subjetivo de vontade. Toda ação é uma conduta endereçada pela vontade e, por isso, necessariamente, é uma conduta dirigida a uma meta. Deve ser frisado que, como disserta o próprio autor, a finalidade de que lida a ação pode dizer respeito a qualquer uma, não sendo esta, necessariamente, identificável com a que a lei proíbe. A finalidade normativa do dever-ser jurídico (a finalidade da lei) não constitui o seu objeto. Tal apreciação na teoria jurídico-penal do injusto, para Mezger, se encontra na culpabilidade. Tal é a chamada divisão entre finalidade ontológica e finalidade devida,

---

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 81.

<sup>45</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 212.

<sup>46</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit., p. 49-53. Vale advertir que, apesar da manutenção da estrutura básica do delito pela maior parte da doutrina, nem todos os juristas aceitaram tão passivamente a sistemática anterior. Assim, Radbruch, negando a possibilidade de um conceito omnicomprensivo de ação, assevera que é impossível tratar-se de forma igual ação e omissão. Seguindo o raciocínio, o juspenalista propõe que, se for ser aceito algum tipo de conceito de conduta, esta deve ser desenvolvida dentro do âmbito da tipicidade, deixando de existir a ação enquanto elemento autônomo.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 403.

<sup>48</sup> É de se fazer a referência histórica, trazida a baila por Muños Conde, de que o desenvolvimento da teoria da ação, por parte de Mezger, em verdade, serviu como meio de adaptação para o regime pós-guerra, uma vez que o citado dogmata alemão teve ativa participação na formação da legislação do Direito Penal nazista. Em verdade, o apoio de Mezger a uma teoria ontológica da ação fez com que fosse aceito de volta como professor em algumas das mais importantes universidades alemãs, bem como lhe renderam diversos doutorados *honoris causa*. Ao se voltar para a discussão sobre a teoria da ação e, em especial, adotando um conceito ontológico, Mezger abandonou o seu discurso anterior de primazia da política criminal (adotada no tempo em que apoiava o regime nazista). Tal nada mais foi, como descreve Muños Conde, do que uma forma de se evitar qualquer referência a seu passado, vinculando o seu discurso não a um passado concreto, mas a questões abstratas e intemporais (MUÑOS CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y El Derecho Penal de su Tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 04 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 146-168).

<sup>49</sup> MEZGER, Edmund. Op. Cit., p. 87.

só interessando (no conceito de ação) o querer realizar a ação, que terá sua finalidade específica pela própria razão de ser voluntária, mesmo que não relacionada essa finalidade ao tipo; (2) movimento corporal extremo com resultado ulterior, como sucesso objetivo produzido mediante o ato de vontade<sup>50</sup>.

Portanto, como lembram Zaffaroni, Alagia e Slokar, apelando a necessidade de construir um conceito único omnicompreensivo, o neokantismo concebeu a conduta como vontade de “apertar o gatilho” e seguiu remetendo o seu conteúdo a culpabilidade, reconhecendo que essa ligação era artificial, mas aceitando-a como uma característica do conceito jurídico cuja distorção do real deveria assumir-se como consequência das premissas construtivas. O conceito causal neokantista de ação termina por ter escassa utilidade prática e muitas dificuldades teóricas. Por um lado, não conseguia elevar-se como modelo superior capaz de trazer uma base comum para ação e omissão, basicamente (através do pensamento de Radbruch) porque a omissão não é causa de nenhum resultado típico e, por outro, porque a causalidade não tem limites e são infinitas as ações que são causa de resultados típicos<sup>51</sup>.

A isto Mezger responde ação e omissão são conceitos valorativos e não posição e negação. Por isso, não há oposição entre os dois, podendo-se, também, enquadrá-los dentro de um conceito único. Mesmo assim, não há como superar a observação de que, na omissão, há a peculiaridade de se radicar, precisamente, na falta de um impulso de vontade esperado e por isso não é colocado em marcha um processo causal<sup>52</sup>.

Quem submeteu a teoria causal-valorativa (neokantista) à grande crítica foi Welzel. Conforme este autor, o defeito fundamental da ação causal-valorativa consiste em que não somente desconhece a função constitutiva da vontade como fator de direção da ação, mas, inclusive, a destrói e converte em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer. Desconhece que toda a ação é uma obra, mediante a qual a vontade humana configura o suceder causal. Assim, inverte-se a relação entre vontade e ação<sup>53</sup>. Por isto, o neokantismo não traz grande novidade no que diz respeito a teoria causal-naturalista, antes servindo como uma forma de reforçar sua fundamentação teórica e, por isso, encontra-se vinculada quase que a mesma crítica feita a esta<sup>54</sup>.

Também refere que o chamado fim objetivo da ação trata da idoneidade dela para causar um determinado resultado, estando em tela um juízo apenas potencial. Mas ‘qual é a ação realizada’ não pode ser determinado de modo algum sem se recorrer a vontade configuradora da ação<sup>55</sup>. Deve-se notar que sem o ponto de vista de uma direção finalista mínima esperada pelo Direito, não se pode chegar a um conceito mínimo de diligência, o que termina por afetar a doutrina dos crimes culposos e a função de enlace que a teoria da ação tem de desempenhar<sup>56</sup>. Ademais, uma vontade que poderia ter dominado ou controlado o sucesso, mas que realmente não dominou, não é vontade e não é requisito da voluntariedade em que ao menos devem ser baseados os crimes comissivos<sup>57</sup>. “Além do mais, não nos parece igualmente solucionar a questão, valer-se em uma concepção de voluntariedade potencial, isto é, no fato de ter havido a

---

<sup>50</sup> MEZGER, Edmund. Op. Cit., p. 88.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 403.

<sup>52</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit., p. 198.

<sup>53</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 51-52.

<sup>54</sup> Por razão de economia relativa ao artigo, remete-se o conteúdo das críticas realizadas no tópico anterior.

<sup>55</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit., p. 65.

<sup>56</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 46.

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. Op. cit, p. 238.

possibilidade de atender voluntariamente ao mandamento de agir, eis que se manifestar de forma voluntária e ser possível manifestar-se de forma voluntária não apenas são categorias logicamente distintas, como a afirmação desta nega a própria existência, *in concreto*, daquela”<sup>58</sup>.

Igualmente atacada foi a inclusão do elemento resultado no interior da teoria da ação. Conforme Maurach, este abarcamento levaria a constatação de que o conceito de ação não poderia estar presente em todos os tipos penais, ou seja, existiriam tipos penais que poderiam ser preenchidos mesmo sem a ação, como no caso dos delitos de mera conduta ou os puros por omissão. Neste ponto, a ação pediria o seu caráter de elemento omnicompreensivo, abandonando a função de conceito base do Direito Penal<sup>59</sup>.

Por fim, há de se fazer a crítica (e aqui também se aplicam as digressões em ralação a teoria causal naturalista) ao último elemento nuclear do conceito causal de ação: o nexos de causalidade (considerado no nível pré-típico, na ação penal<sup>60</sup>). A posição mais comumente adotada pelas teorias causalistas em relação a este ponto é a da chamada teoria da equivalência das condições, a qual afirma que, para determinar a condicionalidade de uma ação para um resultado, deve-se adotar a fórmula da *conditio sine qua non*, ou seja, verificar se suprimido *in mente* o comportamento o resultado desapareceria, então aquele foi condição deste<sup>61</sup>.

Entretanto, se retirado o comportamento, ainda assim o resultado subsiste, então não há a necessária relação de condicionalidade. Esta teoria leva em conta cursos causais hipotéticos e reais, abrindo espaço excessivo para a punição de fatos que nunca poderiam ter sido previstos ou controlados pelo agente. O neokantismo, neste ponto, seguiu mantendo as imagens e representações que movem a vontade e separa seu conteúdo, construindo uma voluntariedade sem finalidade<sup>62</sup>, impedindo uma forma de limitação da teoria da equivalência das condições<sup>63</sup>. Neste ponto, seguindo-se o pensamento de Tugendhat, deixaria mesmo de construir um critério válido de ação humana, na medida em que também os animais podem ter este tipo de vontade, de liberdade de ação, na medida em que podem mover suas patas quando querem<sup>64</sup>.

#### 4. Considerações Finais

Com tantas oposições, tem-se que o Direito Penal contemporâneo não encontra mais possibilidade de justificação nas chamadas teorias causais da ação<sup>65</sup>. Por isso, há a conclusão de que o direito penal moderno não toma como ponto de referência apenas os movimentos corporais dos indivíduos ou a ausência dos mesmos, mas o significado do comportamento das pessoas<sup>66</sup>, a finalidade colocada na ação<sup>67</sup>, não se evitar o resultado,

---

<sup>58</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. Cit., p. 284.

<sup>59</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 219.

<sup>60</sup> A análise da teoria da análise do nexos causal, no âmbito pré-típico, deve se restringir a equivalência das condições, restando as demais, conforme ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 271.

<sup>61</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión y imprudencia. In: *Ensayos Penales*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 192. No mesmo sentido, WELZEL, Hans. Op. Cit., 49 e ss.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 403.

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, p. 271.

<sup>64</sup> TUGENDHAT, Ernst. El problema de la voluntad libre. *Estudios de Filosofía*, Antioquia, n. 34, 2006, p. 246.

<sup>65</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 237.

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 170.

<sup>67</sup> MUÑOS CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, passim*.

ou a manifestação da personalidade do agente, ou mesmo se descarta o conceito de ação, mas não se adota pura e simplesmente o conceito causal. Isto porque, como se demonstrou anteriormente, este não cumpre nenhuma das finalidades a ele atribuídas, quais sejam, classificatória, de enlace e de limitação. Não há o sucesso nem mesmo de criação, nestes casos, de uma teoria omnicompreensiva, na medida em que falha no que diz respeito a criação de um conceito único para crimes comissivos e omissivos, uma vez que nestes não radica uma vontade, mas da falta de vontade que impossibilitou necessário para determinado processo causal.

### *Referências Bibliográficas*

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Moderno Europeu*. Séculos XIX e XX. Coimbra: Edições 70, 1977.

BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del Delito-Tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Síntese das Principais Fases da Evolução Epistemológica do Direito Penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 148, out/dez, 2000.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALAREE; Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. v. 02. Madrid: Trotta, 1999.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O conceito de ação em direito penal. Linhas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. In: FAYET JR, Ney. *Ensaios penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Coimbra: Coimbra, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v.02. 02 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión y imprudencia. In: *Ensayos Penales*. Madrid: Tecnos, 1999.

GRECO, Rogério. *Direito Penal*. Parte Geral. v. 01. 11 ed. Niterói: Impetus, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. Philosophy of right. In: *Great Books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1955.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 02 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. *Dogmatica de derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Jose Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KANT, Immanuel. *Prolegômenos a toda metafísica futura*. Coimbra: Edições 70, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 03 ed. Lisboa: Caloust Gulbenkian, 1997.

LUISI, Luiz. *O Tipo Penal e a Teoria Finalista da Ação*. Porto Alegre: Nação, 1980.

MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1963.

MARTINS, Rui Cunha. Portugal e Brasil: Modernidade e fronteiras. In: KERN, Arno Alvarez. *Sociedades ibero-americanas. Reflexões e pesquisas recentes*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2000.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

MUÑOS CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y El Derecho Penal de su Tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 04 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. *Introducción al Derecho Penal*. 02 ed. Buenos Aires: BdeF, 2001.

MUÑOS CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 02 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 03 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña; et all. Madrid: Civitas, 2006, p. 232

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed. Porto: Afrontamentos, 2002.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Normas y Acción en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

\_\_\_\_\_. Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico-penal de acción. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, tomo LXIV, fas I, maio/ago, 1991.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. v. I. 04 ed. Buenos Aires: TEA, 1992.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno del derecho penal*. Traducción de Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TUGENDHAT, Ernst, El problema de la voluntad libre. *Estudios de Filosofía*, Antioquia, n. 34, 2006.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

\_\_\_\_\_. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2002.