

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35004-a-contribui-o-de-kant-para-o-direito-penal-o-sistema-neokantista-e-suas-consequ-ncias-para-a-dogm-tica-penal>

Autore: Túlio Arantes Bozola

A contribuição de kant para o direito penal: o sistema neokantista e suas consequências para a dogmática penal

A CONTRIBUIÇÃO DE KANT PARA O DIREITO PENAL: o sistema neokantista e suas consequências para a dogmática penal

IL CONTRIBUTO DI KANT PER DIRITTO PENALE: sistema neokantista e le sue conseguenze per la dogmatica penale

Túlio Arantes Bozola¹

RESUMO: o presente trabalho tem como objetivo analisar os avanços trazidos pela introdução das ideias kantianas no Direito Penal. Nesse sentido, será traçada uma evolução dos sistemas nas escolas jurídico-penais, desde o sistema positivista-naturalista até o funcionalista, sempre considerando a tripartição do conceito analítico de delito em tipicidade, ilicitude e culpabilidade, demonstrando como os estudos de Kant contribuíram para um Direito Penal mais justo. Para cumprir esse mister, elegeu-se a pesquisa teórica, pautada na análise da doutrina nacional e estrangeira.

Palavras-chave: direito penal; neokantismo; dogmática penal.

ABSTRACT: Il presente studio si propone di analizzare i progressi apportati dall'introduzione di idee kantiane nel diritto penale. In questo senso, essere fatta una evoluzione dei sistemi nelle scuole penale dal positivista-naturalista alla funzionalista, considerando sempre il concetto analitico tripartito di reato in tipicità, anti giuridicità e colpevolezza, che mostra come gli studi di Kant hanno contribuito a Diritto penale più giusto. Per adempiere a questo scopo, eletto la ricerca teorica, sulla base delle analisi della dottrina nazionale brasiliana ed estero.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Sistema positivista-naturalista – 2. Sistema neokantista – 3. Sistema finalista – 4. Sistema funcionalista – 5. Conclusão: os avanços trazidos pelo neokantismo – 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade fez do crime (ou delito) um fato jurídico cuja definição é de vital importância para a pacífica convivência social. Na modernidade, a Teoria do Delito tornou-se o centro da discussão dogmática da Ciência do Direito Penal. As perspectivas de

¹ Professor de Direito Penal do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI), em Uberlândia/MG. Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG.

entendimento oriundas dessa constatação fizeram com que as diversas tentativas de conceituação do fenômeno se tornassem objeto dos mais profundos estudos acadêmicos.

A complexidade do crime é o primeiro elemento do qual não pode olvidar o pesquisador das ciências criminais, sob pena de se cometer reducionismos inaceitáveis. Não fosse assim, as discussões acadêmicas até hoje travadas provar-se-iam totalmente inúteis.

Atualmente, a literatura jurídico-penal agrupa as definições doutrinárias em duas importantes espécies: as definições doutrinárias materiais e as formais.

Sob o viés formal, crime é toda violação da lei penal que resulta da subsunção da conduta ao tipo penal. Logo, será crime tudo o que a lei penal tipificar como tal (princípio da legalidade, que, no Direito Penal, assume a feição de tipicidade). Todo crime resulta de prévia definição legal, de modo que não há ato, por mais imoral e agressivo que se apresente, que se possa chamar de “crime”, se este caráter não lhe for atribuído por uma lei penal anterior. O crime oferece aspectos biológicos e sociais, além do jurídico, mas somente quando a norma jurídica lhe impõe o seu imperativo, vinculando-lhe como consequência a sanção penal, é que se pode falar verdadeiramente em “crime”.

De outro lado, numa perspectiva material, crime é todo o fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social. Esse conceito material ou sociológico de crime diz respeito ao ato que põe em risco as condições de vida da sociedade, constatado pela legislação e só evitável mediante uma pena. Crime, nesse sentido, é um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência social e, por isso, protegido pelo Estado, sob a ameaça de pena. Dessa forma, chega-se à definição do crime como ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal.

Contudo, a ciência penal não se satisfaz com tais conceitos. O crime é um fato muito mais complexo e que, por sua relevância, merece um pormenorizado estudo científico, o que implica a necessidade de uma construção teórica metodologicamente orientada com o fim de identificar seus elementos constitutivos.

Essa perspectiva do problema fez com que os penalistas buscassem uma construção analítica de crime. E sob esse prisma é que se desenvolveu a definição de que o crime, embora

sendo um todo unitário e indivisível, se caracteriza como toda a ação ou omissão, típica, ilícita (antijurídica) e culpável.

Se há na dogmática penal algum conhecimento que se manteve quase inalterado desde o início do século XX é o conceito de crime como ação típica, antijurídica e culpável. Todavia, o conteúdo que se colocou em cada uma dessas categorias se alterou profundamente, havendo uma grande contribuição das ideias kantianas para a construção e a evolução das mesmas.

Nesse sentido, será traçado um quadro evolutivo da teoria do delito, partindo do fim do século XIX e início do século XX com o sistema positivista-naturalista, passando pelo sistema neokantiano, para depois se chegar ao sistema finalista e ao sistema funcionalista, apontando as novidades trazidas pela incorporação das ideias de Kant, as quais influenciaram fortemente a construção do último sistema citado. Para tanto, elegeu-se a pesquisa teórica, pautada na análise da doutrina nacional e estrangeira.

1. SISTEMA POSITIVISTA-NATURALISTA

O movimento positivista científico do final do Século XIX, apogeu do progresso científico, caracteriza-se pelo ideal de rejeitar toda impostação metafísica do mundo da ciência e de restringi-la, de modo rigoroso, aos fatos e às suas leis, empiricamente considerados (LARENZ, 1997, p. 36 e ss.).

Em oposição às correntes metafísicas (v.g., idealismo alemão, romantismo, jusnaturalismo), a ciência deixa de ser contemplativa ou especulativa, reduzindo-se à pesquisa das causas eficientes como sucessões regulares de causas e efeitos (fatos), a partir das quais extraem-se as leis. Os fins escapam ao seu domínio, só pertencem ao mundo espiritual (PRADO, 2008, p. 88).

É nesse contexto de ideias e de transformações que irrompe o movimento denominado *cientismo*, ou seja, uma atitude mental que via na ciência a possibilidade de solucionar todos os problemas do indivíduo e da sociedade. Destacam-se alguns aspectos característicos dessa corrente de pensamento: as ciências por excelência são as ciências da natureza (v.g., física, química, biologia, matemática, etc), pelas quais poderiam ser obtidos resultados verdadeiros (certeza racional) e universalmente válidos; o progresso científico era o lema da época.

É a ideologia das ciências, que visa a reduzir as ciências da cultura ao modelo das ciências naturais. A ciência tem como característica fundamental sua avaloratividade, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato, neutros em valor, representando conhecimento da realidade para informar uma constatação (BOBBIO, 1995, p. 135).

Nega-se importância à filosofia dos valores, por se entender que a axiologia, por definição, subjetiva, não pode de modo algum pretender uma objetividade reservada à ciência empírica, que versa sobre o ser dos fatos. O valor, como ente metafísico, não pode ser objeto de um discurso científico, que busca a verdade.

A única atividade científica era aquela fundada na experiência apreendida através do método causal-explicativo (positivismo naturalista). A ciência jurídica será verdadeira ciência enquanto se fundar sobre fatos indiscutíveis (LARENZ, 1997, p. 37-38). O método positivo, baseado na observação, na experimentação e na formulação das leis é indispensável nas ciências, devendo ser estendido a todos os domínios. Só há um modo de pensar, o positivo, que tem validade universal.

Trata-se assim de uma atitude mental que preconiza um *método* de observação e de análise do fenômeno Direito, com o intuito de privilegiar o desenvolvimento da pesquisa e da explicação, tendo na ciência seu ideal de objetividade.

Em seguida, o positivismo científico se converte em positivismo jurídico, de cunho normativista e formal, em uma adaptação metodológica fiel às ciências naturais. Assinale-se, portanto, que o positivismo jurídico deita suas raízes em disciplinas estranhas ao Direito.

Na teoria jurídica, a limitação ao fático e existente na realidade significa a preocupação exclusiva com o Direito positivo, sendo irrelevante seu conteúdo de valor. O objeto da ciência do Direito positivista é tão somente o direito positivo, estabelecido, formado pelos códigos e leis, e depurado de considerações políticas, éticas, filosóficas ou sociais, ficando evidente sua anteposição a qualquer referência de índole jusnaturalista. Estes últimos aspectos podem ser objeto de exame do jurista, mas estão fora de seu campo de pesquisa científica. A realidade jurídica é estudada à margem dos fenômenos sociais (PRADO, 2008, p. 89).

A Escola da Exegese, como paradigma da ideologia positivista, preconizou o desenvolvimento de uma análise literal do Direito positivo, reafirmando a prioridade e a suficiência da lei escrita, o predomínio da interpretação subjetiva do Direito e a estabilização jurídica, como produto estatal.

O sistema positivista é descritivo e explicativo, sendo o princípio da causalidade essencial para o governo e a explicação do universo. Todos os fatos, inclusive as ações e omissões humanas, estão subordinados às leis da natureza, conhecidas através da observação e da experimentação.

Na concepção positivista essencialmente naturalista reside o fundamento epistemológico da teoria causal-naturalista da ação e do conceito clássico de delito. A conduta humana é entendida como o movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior. É apenas um processo causal, composto de manifestação da vontade, resultado e nexos causal.

O conceito de ação surge como o *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os outros pressupostos do crime. É um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo (GRECO, 2000, p. 124).

Neste modelo, desenvolvido por Franz von Liszt e Ernst von Beling e fundamentado por Gustav Radbruch, a ação era um processo causal, composto de manifestação da vontade, resultado e nexos causal, relação de causalidade entre ambos. A preocupação residia exclusivamente no aspecto objetivo do resultado externo. Por isso, Liszt dizia que a ação é a intervenção muscular produzida por um impulso cerebral, isto é, um movimento corporal

voluntário que, comandado pelas leis da natureza, provoca uma modificação no mundo exterior. Portanto, nessa concepção, a ação é a modificação causal perceptível pelos sentidos e produzida por uma manifestação de vontade (ação ou omissão voluntária). Excluía-se, assim, a omissão (BITENCOURT, 2007, p. 217-218).

O sistema positivista-naturalista apresenta a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos (a tipicidade é descrição tão somente objetivista da conduta); a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. Mais detalhadamente, o tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente o fato, ou seja, relação psicológica, subjetiva, entre o agente e o resultado, limitando-se a comprovar a existência de um vínculo subjetivo entre estes (GRECO, 2000, p. 125).

Este método naturalista de construção de conceitos foi objeto de muitas críticas. Além de ser incapaz de resolver inúmeros problemas sem cair em contradições, a doutrina penal especializada aponta as três críticas mais fundamentais: o direito, como sistema de valores, nada tem a fazer com categorias avaloradas. O fato, por exemplo, de a causa ser a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido não implica em que o direito penal se contente com a causalidade para imputar ao autor um delito consumado.

O conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos. Tudo depende da importância que confere o direito ao fato natural, de uma valoração de que este se torna objeto, a qual instantaneamente faz com ele deixe de ser puramente natural, adentrando o mundo do jurídico.

Assim, o primeiro defeito do naturalismo é incorrer naquilo que a filosofia moral chama de falácia naturalista: parte do pressuposto de que o ser é capaz de resolver os problemas do dever ser, ou em outras palavras, de que aquilo que é, só por ser, já deve ser, o que é uma evidente falácia.

O segundo defeito é o caráter classificatório e formalista do sistema, que imagina

que todos os problemas estão de antemão resolvidos pela lei, bastando a subsunção desvalorada e automática para dar-lhes o tratamento mais justo e político-criminalmente correto (GRECO, 2000, p. 126).

A terceira crítica que a teoria causalista enfrentou foi justamente a impossibilidade de explicar os crimes omissivos, os crimes culposos e os crimes tentados, porquanto nesses casos é indiferente o conteúdo da manifestação de vontade do agente. Por ser o produto causal de um resultado de modificação do mundo exterior, a ação na teoria causalista tem natureza exclusivamente objetiva: a ação humana, com a vontade consciente do autor, determina o resultado como uma forma sem conteúdo. A voluntariedade da ação indica apenas a ausência de coação física absoluta. O resultado no mundo exterior seria elemento constitutivo do conceito. Nessa concepção causalista, não há ação sem resultado (SANTOS, 2005, p. 12).

Em seguida, passa-se ao estudo do sistema neokantista, demonstrando-se a grande contribuição de Kant para a correção dos defeitos e reformulação do sistema naturalista-positivista.

2. SISTEMA NEOKANTISTA

Com o passar do tempo, a ciência jurídica foi progressivamente se distanciando do Direito Positivo, a partir da percepção de que não se lhe podia atribuir simplesmente uma análise sistêmica através de um método indutivo de construção jurídica. As transformações sentidas apareceram como reação à certeza científica das chamadas “leis naturais” do pensamento positivista. Inicia-se uma escalada que vem a retomar o relativismo do pensamento de Kant, o qual se denominou *neokantismo*.

O neokantismo é uma corrente filosófica iniciada na Alemanha a partir de 1860, e representou, pois, a superação, e não necessariamente a negação, do positivismo. Em realidade, não passou de uma forma de positivismo jurídico aberto à filosofia dos valores.

A base epistemológica do sistema neoclássico residia na Teoria do Conhecimento do Neokantismo, que promoveu uma separação entre os conhecimentos puros – *a priori* – e os

conhecimentos impuros – *a posteriori*. Transportada para o Direito, essa delimitação inaugurou as categorias do “ser” e do “dever ser”, priorizando-se o normativo e o axiológico.

A partir da última década do século XIX, houve forte reação contra a mentalidade positivista, tendo como lema exatamente a volta à metafísica. Dois são os principais movimentos filosóficos dessa época: o historicismo e o neokantismo.

O primeiro buscou diferenciar as ciências entre naturais e espirituais, com base em seu objeto, enquanto o segundo procurou demonstrar a necessidade distinguí-las através de seu método e deu lugar a duas tendências: a Escola de Marburgo, representada por Cohen e Stammler, e a Escola de Baden ou Subocidental Alemã, representada principalmente por Rickert, Lask, Mayer e Radbruch, de grande repercussão no campo jusfilosófico e jurídico-penal (PRADO, 2008, p. 90).

Muito importante para o Direito foi a obra de Rudolf Stammler, considerado por muitos como o fundador da moderna Filosofia do Direito. A esta última, segundo esse autor, cabe estudar o sistema de formas puras que envolvem as noções jurídicas. Para encontrá-las é indispensável o emprego do método crítico, de origem kantiana, que estabelece uma separação entre forma pura de pensamento (constituída *a priori*) e matéria (substância contingente). Há entre elas uma relação lógica de condicionante e condicionado. A forma pura é a diretriz que condiciona o pensamento jurídico. Só o método formal ordenador tem um valor absoluto e incondicionado. Baseia-se no ideário kantiano do *apriorismo*, desenvolvendo uma espécie de kantismo jurídico (formas absolutas e gerais do ideal jurídico).

O direito não podia mais ser tratado pelo prisma da causalidade, visto que não integraria o mundo natural em que o passado determina o futuro, mas sim o mundo teleológico, da finalidade, devendo ser visto, portanto, como uma ciência finalista, dotada de uma lógica e método próprios. Opera-se, então, a substituição da coerência formal do pensamento jurídico circunscrito em si mesmo (PRADO, 2008, p. 91).

Outro aspecto importante é a doutrina do Direito justo, isto é, a norma positiva como resultado do contexto histórico, e dirigida à comunidade pura. Todo pensamento como querer vinculante está sob a exigência última da justiça. A ideia de justiça ou de injustiça depende de uma condicionante *ex ante* (proposição ou querer jurídico), em que se afirma a sintonia com o

conjunto total do querer social (justo equivale a ideal social). Dessa forma, a ideia de Direito justo é um padrão para se avaliar cada Direito positivo. Cada Direito positivo aspira, de acordo com o seu sentido geral, à justiça. Singularmente, pode, decerto, ser reconhecido como injusto, mas, no seu todo, é, precisamente enquanto Direito, sempre uma tentativa no sentido de ser justo (LARENZ, 1991, p. 107).

Para a Escola de Baden, de matiz cultural, o peculiar da ciência do Direito é sua referência a valores que têm certos fins (aspecto teleológico). O Direito é uma realidade cultural (como um fator real da cultura), isto é, referida a valores. Só pode ser definido como o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a *idéia de direito*. O Direito pode ser injusto e o conteúdo não deixa de ser direito, na medida em que seu sentido vem a ser precisamente este: o de realizar o justo (RADBRUCH, 1979, p. 45).

O Direito é conceituado por Radbruch como a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da ideia de direito que, por sua vez, não é senão a ideia de justiça. Por conseguinte, acaba ele sendo definido como a realidade que tem o sentido de se achar a serviço da ideia de justiça (RADBRUCH, 1979, p. 91).

Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas – o que implica em referi-los a finalidades e a valores.

Substitui-se, portanto, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um sistema teleológico, referido a valores. Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível.

Assim, a partir da percepção de que os valores são elementos imprescindíveis para a compreensão do Direito, os elementos do delito, ainda que vinculados à estrutura causal, despregam-se da realidade legal. A lei perde o seu caráter de dogma absoluto, alterando em demasia as bases do pensamento do positivismo lógico-formal. Com a manutenção das elementares estruturais do conceito de delito, suas configurações passam a admitir uma

interpretação de acordo com os fins, conforme os valores últimos que, naquela sociedade, devem outorgar sentido aos postulados dogmáticos.

No campo penal, inseriu-se, por influência da filosofia neokantiana, um conceito *valorativo* de ação - *conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior* -, mas que não deixou de ser um conceito causal (e positivista). A orientação causal-naturalista cede lugar à causalista *valorativa*, dando nascimento ao *conceito neoclássico de delito*. Envolve o conceito de ação igualmente a omissão.

O tipo penal é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica; isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, antijuridicidade tipificada, em que também existem elementos subjetivos e normativos.

A antijuridicidade deixa de ser formal, como mera contrariedade à norma, para tornar-se material, exigindo-se lesividade social. Com isso, abriu-se espaço para a sistematização teleológica das causas de exclusão de ilicitude e para a busca de seu fundamento. A introdução de considerações axiológicas e teleológicas facilita a interpretação restritiva de condutas antijurídicas e assim são admitidas novas causas de justificação não previstas em lei.

Por último, o conceito de culpabilidade se transforma de exclusivamente psicológico para psicológico-normativo (reprovabilidade pessoal do agente). A culpabilidade torna-se o juízo de reprovação pela prática do ilícito típico e continua contendo o dolo e a culpa, porém ganha um componente a mais: a formação da vontade contrária ao dever, que Reinhart Frank denominou em 1907 de “reprovabilidade”, isto é, a exigibilidade de conduta diversa.

Isto posto, percebe-se que o grande contributo da escola neokantista foi a inexorável abertura do conceito de “crime” à Teoria dos Valores, quebrando definitivamente com o velho paradigma positivista, algo que vem pautando ferrenhas discussões em torno da Teoria do Delito desde então.

Todavia, estas consequências dogmáticas do pensamento neokantiano serão o ponto essencial de questionamentos do finalismo, porque esta relativização valorativa será responsabilizada, em boa medida, pela justificação de um Direito penal nazista (Escola de

Kiel). As estruturas lógico-objetivas, como ponto de partida do conhecimento finalista, significam a medida inversa da subjetividade axiológica do método neokantiano.

3. SISTEMA FINALISTA

O finalismo surge no contexto da II Guerra Mundial, tendo como precursor o alemão Hans Welzel, em um ambiente de positivismo jurídico, pregando a busca de princípios e valores que devem ser independentes da vontade estatal e que se tem de fazer-lhes oposição, ganhando força no pós-guerra, justamente pela necessidade de estabelecer limites ao poder estatal que impedissem a repetição dos excessos do III Reich. Representou, assim, um verdadeiro rompimento com o Direito Penal nazista e uma reação ao irracionalismo totalitário da Escola de Kiel, criticando-se o subjetivismo metodológico e o relativismo axiológico do neokantismo.

Historicamente, a concepção finalista mostra-se com o propósito de cumprir a tarefa não realizada pelo neokantismo de superar o positivismo. Assim, por exemplo, o conceito neokantiano de realidade é o mesmo do positivismo: o objeto da ciência jurídica é apenas o Direito positivo.

Em termos metodológicos, essa nova orientação refuta o positivismo formalista (lógico-abstrato) e o realismo axiológico das épocas precedentes, substituindo-os por uma consideração *ontológica* (e *valorativa*) dos problemas. Mas, convém advertir nesse ponto, que essa doutrina não é pura e unicamente ontológica, visto que não deixa de considerar, ainda que de forma mais tímida, o aspecto axiológico, normativo. Veja-se, por exemplo, a introdução da teoria da adequação social no Direito Penal, por Hans Welzel, criador do finalismo (PRADO, 2008, p. 95).

Aliás, é certo que o seu elemento basilar e fundamento maior está assentado exatamente em um *valor*, ou seja: o critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, como um princípio de justiça imanente ao Direito e de validade *a priori*, imponderável e intangível; este, e não a finalidade nem o dolo inserido no tipo, constitui o

elemento essencial e o fundamento último do finalismo (PRADO, 2008, p. 95).

Dessa concepção do homem como *pessoa*, capaz de agir, como ser livre e responsável, exsurge a necessária vinculação do Direito ao conceito finalista de ação: as normas só podem mandar ou proibir uma conduta *final* (WELZEL, 2011, p. 32).

O finalismo, ao abandonar a teoria dos valores do neokantismo, constrói as suas categorias jurídico-penais com base nas estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas. Estas estruturas são compreendidas pelo observador e explicadas de modo lógico. Apesar de ter se afastado da teoria dos valores, o finalismo, conforme dito anteriormente, exige juízos de valor em diversas categorias jurídico-penais. Mas estes valores têm de ser extraídos das estruturas lógico-objetivas, não podendo ser fruto do subjetivismo exacerbado característico do neokantismo.

Entende-se por “estruturas lógico-objetivas” as circunstâncias da realidade analisadas não segundo o método da mera descrição do que se vê, mas do exame da função finalística que se pode extrair da observação feita.

A primeira dessas estruturas é a natureza finalista do agir humano. O homem só age finalisticamente; logo, se o direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas. Daí decorre, entre outras coisas, que o dolo deva pertencer ao tipo: o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre esta estrutura lógico-real, assim que ela se dirija à realização de um tipo. Todas as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidas por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular (GRECO, 2000, p. 130).

Ao trabalhar com o conceito de ação como a vontade dirigida a um fim, o finalismo passou a dar fundamento para a punição de crimes tentados, omissivos e culposos, o que não foi conseguido pelos sistemas causalista e neokantista, que ainda trabalhavam com ideia de modificação do mundo exterior.

A ilicitude, materialmente, deixa de centrar-se no dano social, ou ao bem jurídico, para configurar um ilícito pessoal, consubstanciado fundamentalmente no desvalor da ação, cujo núcleo, por sua vez, é a finalidade.

A culpabilidade, por sua vez, torna-se juízo de reprovação calcado sobre a segunda estrutura lógico-real: o livre arbítrio, o poder agir de outra maneira. O homem, porque capaz de comportar-se de acordo com o direito, é responsável quando não age desta forma (GRECO, 2000, p. 131). Assim, a culpabilidade torna-se puramente normativa, porque o objeto da reprovação (o desvalor da ação) agora se situa no injusto. A culpabilidade é composta por “imputabilidade”, “potencial consciência da ilicitude” e “exigibilidade de conduta diversa”.

Sem dúvida, foi considerado sadio a criação das estruturas lógico-reais pelo finalismo. Porém, se o neokantismo pode ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico (GRECO, 2000, p. 131).

Mas não é só na falácia naturalista que se aproxima o finalismo do sistema clássico, como também no dedutivismo formalista e classificatório. A materialização das categorias do delito, mérito imorredouro do neokantismo, foi por vezes esquecida. O tipo tornou-se formal, mera matéria de proibição; assim também a antijuridicidade parece voltar a ser inexistência de excludentes de ilicitude. Também a importância excessiva dada ao posicionamento sistemático de certos elementos – se o dolo está no tipo ou na culpabilidade – demonstra a tendência classificatória (GRECO, 2000, p. 132).

4. SISTEMA FUNCIONALISTA

No âmbito sociológico, o funcionalismo consubstancia-se na perspectiva utilizada para analisar a sociedade e seus componentes característicos enfocando sua mútua integração e interconexão, com o objetivo de reduzir a complexidade inerente a todo e qualquer sistema social.

O funcionalismo analisa o caminho que o processo social e os arranjos institucionais contribuem para a efetiva manutenção da estabilidade da sociedade, colaborando para sua reprodução. A ideia primordial é explicar os mais variados aspectos da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam e por seus mais variados segmentos.

As teorias funcionalistas do delito baseiam-se ora no funcionalismo estrutural de Parsons, ora no funcionalismo sistêmico de Luhmann.

Os defensores deste movimento estão de acordo em que a construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal. São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo, como a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela missão constitucional do direito penal, que é proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial. Os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas (GRECO, 2000, p. 134).

Essas construções sistematizam o crime a partir de funções determinadas à pena, representando um retorno ao idealismo neokantiano, como consequência da construção conceitual quanto aos fins do direito penal. Admitem, ainda, a possibilidade de a dogmática jurídico-penal ser orientada por critérios teleológicos de política criminal.

Com base nesses postulados fundamentais, desenvolveram-se correntes funcionalistas bastante delimitadas e, em certos aspectos, diametralmente opostas, com o intuito de dar novas luzes à teoria do delito. Na atualidade, as linhas funcionalistas de maior relevo são o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico ou radical, desenvolvido por Günther Jakobs.

Na vertente funcionalista desenvolvida por Roxin, a culpabilidade deixa de ser substrato do conceito de crime para se tornar o limite da pena. O conceito de delito, no entanto, continua tripartido. A culpabilidade é substituída pela “responsabilidade”, composta de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e

adicionada pela necessidade da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial positiva). A conduta, por sua vez, é definida como comportamento humano orientado pelo princípio da intervenção mínima, causador de relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado, permanecendo dolo e culpa no fato típico (PRADO, 2008, p. 99).

Na crítica de Roxin, o conceito final de ação se baseava em uma ótica ontologista inadequada às necessidades do Direito Penal e ao caráter normativo dos elementos do conceito de crime. Nesse sentido, o normativismo de Roxin se contrapõe ao ontologismo de Welzel. A dogmática deixa de ser vinculada a exigências ontológicas, e passa a ser baseada em decisões político-criminais.

Para Roxin, é melhor uma decisão justa para cada caso concreto do que uma decisão tecnicamente perfeita. Não basta que haja a subsunção da conduta à letra da lei, mas é necessária que haja uma efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido e que esta conduta caracterize um risco proibido (ROXIN, 2002, p. 82).

Num resumo final, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à ideia de direito. Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema (GRECO, 2000, p. 134).

Já teoria funcionalista radical ou sistêmica, cujo grande precursor é Günther Jakobs, constitui-se em uma concepção normativista distinta da de Roxin para a teoria do delito, trazendo de volta a culpabilidade para o conceito analítico de crime e afastando a “responsabilidade”. A conduta é a provocação de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando a expectativa normativa. Segundo o funcionalismo-sistêmico, dolo e culpa compõem o fato típico (PRADO, 2008, p. 100).

Baseado no modelo filosófico normativista, Jakobs associa-se às concepções de Luhmann de que o Direito é o instrumento que serve para a estabilização social. Partindo da premissa de que o mundo está delimitado pelas relações humanas (grau de comunicação entre

os indivíduos), a tese de Jakobs fundamenta-se na impossibilidade de construir determinado ordenamento jurídico sem o reconhecimento desse processo interno social (GRECO, 2000, p. 135).

Na concepção do funcionalismo sistêmico, Direito Penal e o contexto social são noções indissociáveis. Excluem-se considerações empíricas não normativas de valorações externas ao sistema jurídico-positivo.

O delito, na concepção de Jakobs, identifica-se pela quebra de expectativa normativa, sendo convencionado por atos comunicativos, os quais atentariam contra a segurança da sociedade. Assim, o delito passa a ter uma conotação diversa do que foi construído pelo finalismo (pensamento ontológico), transportando-se conceitualmente como a falta de fidelidade para com o Direito, colocando em risco a validade da norma e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão (confiança social). A pena passaria a ter a função de reafirmar o sistema normativo violado.

O grande diferencial da teoria de Jakobs vem a ser que o Direito penal não se legitima pelo critério teórico material de bem jurídico, e sim pela estabilidade das expectativas essenciais frente a possíveis defraudações (infração penal como ato de significado). O bem jurídico penal, ou seja, o objeto de tutela do Direito Penal, é a própria lei penal. A função da pena, nesse diapasão, se limita à confirmação da validade da norma penal infringida.

A inevitabilidade compõe o conceito jurídico-penal de ação concebido por Jakobs. Não basta que o agente tenha agido em desconformidade com seu papel social, tendo assim confrontado a máxima reitora expressa pela norma vigente. A ação só se torna jurídico-penalmente relevante se, dotado de consciência da sua conduta e das consequências, o indivíduo transgredir a norma jurídica, podendo ter agido de outro modo (GRECO, 2000, p. 137).

Jakobs propõe uma concepção de culpabilidade baseada na imputação do autor como um ato de defraudar as expectativas da norma penal. A culpabilidade está intimamente próxima dos valores estruturais da sociedade. Daí a crítica à concepção do livre arbítrio, visto que este conceito carece de quaisquer dimensões sociais. Seu fim se orienta nas perspectivas

de reparos no âmbito da responsabilidade, como finalidade de restabelecer a confiança da norma perturbada pela conduta delitiva (PRADO, 2008, p. 101).

5. CONCLUSÃO: OS AVANÇOS TRAZIDOS PELO NEOKANTISMO

O sistema neokantista diverge do sistema positivista-naturalista por seu aporte filosófico. Enquanto este tinha inspiração no positivismo de Augusto Comte, os neokantistas se viram grandemente influenciados pela filosofia de valores.

O neokantismo, diferentemente do naturalismo, procurou dar fundamento autônomo às ciências humanas, ao invés de submetê-las ao ideal de exatidão das ciências naturais. Para o neokantismo, a peculiaridade das ciências humanas reside em que a realidade deve ser referida com base nos valores supremos de cada ciência. Em resgate acentuado do pensamento de Immanuel Kant, compreende-se que o dever-ser não deriva do ser, sendo imprópria a aplicação da metodologia das ciências não-humanas ao Direito.

Utilizando-se das concepções desse pensador, entende-se que, embora não se possa transcender por completo da experiência, há uma estrutura essencial ao conhecimento que é inata ao ser humano, apriorística, cuja explicação somente pode ser verificada pela Filosofia. Para tanto, Kant oferecera os critérios dos juízos analíticos e sintéticos e o imperativo moral. A ciência do Direito, dessarte, apoia-se na metodologia da relação fim/meio, sendo este condicionado por aquele, consubstanciado em um valor espiritual. Como decorrência da apreensão das ciências humanas como realidades culturais valoradas, consagra-se o método axiológico.

A repercussão da filosofia e da metodologia neokantistas na sistemática penal foi transcendental. Significou, antes de tudo, o desencadeamento de um processo de transformação do esquema naturalista do delito, concebendo-o de acordo com o método teleológico e, com isso, todas suas categorias aos *valores* (GOMES; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 138).

Com efeito, a ação deixou de ser entendida como mero “movimento corporal” em sentido naturalístico para se destacar seu significado social, passando a se falar em “comportamento humano” e em “conduta”.

A ilicitude deixou de ser concebida como expressão lógica de uma contradição entre a conduta e a lei, quer dizer, em seu sentido formal, passando a ser admitida como “danosidade social”, com a ajuda do desenvolvimento do conceito de bem jurídico.

Por último, a concepção neokantista conduziu a uma configuração normativa da culpabilidade, e não mais mera psicológica. A culpabilidade passou a ser vista como “reprovação”, permitindo fundamentar a sua ausência em determinados casos em que há a existência de referido nexos psicológico.

Nesse sentido, a concepção neokantiana representou um alto grau de elaboração da dogmática na teoria do delito e um ponto alto na influência da ciência penal alemã. O neokantismo e a contraposição entre ciências naturais e ciências culturais, com a conseguinte dualidade metodológica derivada da distinção kantiana entre “fato” e “valor”, produziram importantes repercussões na sistemática penal e contribuíram eficazmente para que os penalistas determinassem com a necessária autonomia o “objeto” da sua própria atividade, limitando o que compete ao método *causal explicativo* e o que é monopólio do método *valorativo*.

Vale reconhecer que o neokantismo não está livre de críticas. A metodologia neokantiana, com seu subjetivismo epistemológico e relativismo valorativo, bem como com sua contraposição entre a “matéria” e “forma”, não está isenta de contradições nem de pontos débeis.

Foi característica do sistema neokantista o tratamento das categorias dogmáticas com conteúdo valorativo, porém com uma certa desordem de conceitos, subjetivismo às vezes extremo, distanciamento por completo do mundo do *ser* e interpretações ancoradas unicamente no *dever ser*. Com isso, seu normativismo acentuado isolou a realidade do mundo dos valores, esqueceu-se de fazer a adequada interpenetração entre direito e realidade (dualismo metodológico).

Todavia, os avanços trazidos pelo neokantismo na dogmática penal superaram fortemente tais críticas. A inexorável abertura do conceito de “crime” à Teoria dos Valores, quebrando definitivamente com o velho paradigma positivista, aboliu a proposta arcaica de ser o juiz a mera “boca da lei”, sem possibilitar o exercício do juízo valorativo. Ora, é impossível a figura do julgador neutro. As convicções ideológicas, religiosas e sociais de cada magistrado influenciam a forma de operar o Direito. Somam-se a isso as mudanças da vida cotidiana, que propiciam a evolução da interpretação do Direito.

O reconhecimento de um modelo axiológico atrelado aos princípios constitucionais fundamentais é crucial para a análise do Direito Penal consentâneo com o Estado Democrático de Direito. A incorporação de ideias kantianas na teoria do delito permitiu o surgimento de princípios penais hoje consagrados, como os princípios da ofensividade, da insignificância, da adequação social, da proporcionalidade, etc, todos eles com carga valorativa. Nesse sentido, o neokantismo contribuiu para um direito penal mais justo e mais atrelado aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 32, p. 120-159, 2000.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

CLAUS ROXIN. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.