

---

# FENOMENOLOGIA E TEORIA FINAL DA AÇÃO

---

*Ronaldo Tanus Madeira - Advogado Criminalista*

O sistema jurídico penal moderno de base finalista tem uma nítida e notória influência do pensamento fenomenológico. E, essa dimensão fenomenológica da teoria final da ação é confirmada pelo próprio Welzel que, no prólogo da 4ª edição de sua Obra, O Novo Sistema Jurídico Penal, ao refutar as críticas daqueles que interpretavam o seu sistema sob a ótica de relação de dependência com o sistema filosófico de Nicolai Hartmann, afirma que as sugestões para a formulação da teoria da ação final procederam de autores que escreveram sobre os fundamentos da psicologia do pensamento e dos fenomenólogos, principalmente, P. F. Linke e Alexander Pfander, entre outros. Tudo isso porque, os referidos autores entre a década de 20 e 30 do século XX elaboraram trabalhos que promoveram uma ruptura, uma cisão, uma crítica à antiga psicologia causal-mecânica, de elementos e associações, priorizando um modo ou uma forma de realização da conduta humana que não era causal-mecânica, mas de “intencionalidade dos fins”.

Em razão do que, a causalidade externa dentro da perspectiva da teoria da ação final é a realização de uma vontade humana vidente que se externa movida pela intencionalidade, em direção a fins predeterminados. Graças ao pensamento fenomenológico o curso não-causal, não-mecânico de certos atos anímicos, os atos de pensamento, passaram a ser patrimônio cultural comum de toda vertente do conhecimento entre os anos 20 e 30 do século passado.

A fenomenologia foi tão significativa no pensamento de Welzel que, até 1935 em todos os seus trabalhos o termo usado ou expressão que usava era a intencionalidade dos fins, vindo, somente, a partir da data acima a substituir intencionalidade por finalidade, ressaltando, entretanto, que a intencionalidade dos fins, termo de origem fenomenológica, continuava sendo a base fundamental de toda finalidade.

Em razão do que, Welzel concebeu o dolo como finalidade da ação típica, pura realização da vontade, separada da consciência da ilicitude, componente central do conceito de culpabilidade na nova doutrina jurídico-penal. O dolo como finalidade típica ou finalidade da ação típica pertence ao tipo subjetivo, ao lado dos demais elementos subjetivos configuradores do injusto da ação. O dolo sem a consciência da ilicitude ou consciência da antijuridicidade é intencionalidade de fins da ação típica e realização dessa ação.

O conceito de culpabilidade considera como fator central ou característica fundamental a consciência da ilicitude do fato. E, a reprovabilidade do agente só será possível se o mesmo formou ou constitui sua vontade contra o direito, podendo tê-la formado de acordo com a norma, ou seja, a reprovabilidade pela formação defeituosa da vontade do agente alcança o autor por ter-se decidido em realizar o fato com consciência de sua contrariedade ao direito.

Essa consideração do dolo como intencionalidade dos fins ou finalidade tipificada, pura vontade de realização da ação típica, de teor inteiramente fenomenológico, separado o dolo da consciência da antijuridicidade do fato, fez com que, na nova doutrina jurídico penal se distinguisse entre erro de tipo e erro de proibição, em substituição da teoria do erro da ação causal que se referia a erro de fato e erro de direito. Essa nova consideração da teoria do erro, em distinta forma, em erro de tipo e erro de proibição, respectivamente, foi adotado em nosso Código Penal, a partir da Reforma de 84, nos artigos 20 §10 e 21 parágrafo único do CP. O erro de tipo exclui o dolo, com ele a relevância penal da conduta, porque sem dolo não se realiza o tipo. Esse erro sobre os elementos objetivos do tipo ou sobre o fato típico diz respeito à intencionalidade final da ação. É erro sobre o componente intelectual do dolo. Trata-se de um conhecimento equivocado sobre a finalidade da conduta na realização do fato típico. O erro é a dimensão contrária do dolo, de natureza diferente do dolo incidindo sobre os componentes essenciais do tipo injusto objetivo, sejam descritivos ou normativos. O erro sobre o fato típico retira do agente a representação mental da realização final dos elementos descritivos ou normativos do tipo de injusto. O dolo exige uma finalidade que falta na representação mental do agente que age com erro de tipo invencível ou inevitável. Esse erro inevitável exclui a relevância típica penal da conduta, pois, uma conduta sem dolo, não realiza o tipo de injusto. Se o erro de tipo pudesse ser evitado pelo agente se observasse melhor o dever objetivo de cuidado ou empregado os cuidados objetivos exigíveis, exclui-se o dolo da ação típica, respondendo o agente por fato ou responsabilidade culposa, segunda parte do art. 20 e art. 18, parágrafo único, ambos do CP.

Mas, é no erro de proibição, decorrente da separação do dolo da consciência da ilicitude do fato é que Welzel introduz o critério de erro de proibição inevitável e erro de proibição evitável. Só na

hipótese de um erro inevitável de proibição é que desaparece por completo a reprovabilidade da culpabilidade. Se o erro for evitável a culpabilidade não desaparece, a reprovabilidade continua com caráter bem reduzido ou debilitado. O grau de reprovabilidade no erro evitável de proibição é critério que deve ser apreciado pelo Julgador. O erro sobre a ilicitude do fato incide sobre a proibição jurídico-penal do fato. Prescreve o art. 21 do CP, na primeira parte, sobre o desconhecimento formal da letra da lei, hipótese em que não aproveita o agente. Na segunda parte do art. 21 do CP cuida de erro de proibição em que o agente realiza o fato típico, sem a consciência de sua proibição. Atua o agente sem a compreensão da ilicitude do fato. Um outro lado da consciência do injusto. Acredita que atua conforme o direito. O parágrafo único do art. 21 descreve em que circunstâncias o erro de proibição dever ser considerado evitável.

Dentro desse pensamento, a participação, indução, instigação e cumplicidade implicam na existência de um fato final principal, um fato típico intencional dos fins, um fato típico doloso. Welzel ainda sob a influência do pensamento fenomenológico, distingue entre autor e executor, considerando autor o que possui a domínio final do fato, em concurso de agentes. Na hipótese do delito culposos, autor é todo aquele que contribui para a produção do resultado que não, correspondente ao dever objetivo de cuidado. E a finalidade, intencionalidade dos fins que distingue o autor do partícipe, pois, o partícipe não possui o dolo pertencente ao autor, a finalidade, o domínio do processo causal externo, a relação de senhor do processo causal externo. O partícipe colabora, contribui, com uma conduta acidental, secundária junto a conduta principal e final do autor. Essa teoria final objetiva ou teoria do domínio final do fato assinala o autor, como todo aquele que tem o domínio final do resultado típico produzido. Em razão desse domínio final do

fato, o partícipe concorre para realização do fato final típico, sem o domínio final do autor. O que Welzel quer mostrar é que o autor é quem domina um processo causal essencial a realização do fato típico final, sem, necessariamente ser o executor desse fato. A contribuição do autor para a realização do tipo ou de empreitada delitiva é uma contribuição essencial. A figura do co-autor é aquele agente que concorre para o fato com domínio final do mesmo. Co-autor é co-domínio final do fato, há uma divisão de atribuições fundamentais para a realização do plano delitivo. Dai emerge certos conceitos, tais como o de autor intelectual do fato que, sem executar o mesmo, sem realizar o fato de modo direto, através de sua vontade final possui o domínio de todo processo causal externo, possui o domínio completo ou total da conduta típica realizada. O autor direto ou imediato é o autor executor do fato típico. É a autoria imediata, direta, em que o agente pratica o fato pessoalmente. Já o autor mediato ou indireto se serve de uma terceira pessoa que atua sob coação moral irresistível ou algumas hipóteses de obediência hierárquica ou daqueles que, como os doentes mentais ou menor atuam como objeto ou instrumento da vontade final do autor. O Prof. Nilo Batista, em sua Obra, Concurso de Agentes, 2ª edição, Lúmen Júris Editora, pág. 129, conceitua a autoria mediata: *“Dá-se autoria mediata quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento. O fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de domínio da vontade”*.

Em razão da superação do mecanicismo-causal pelo pensamento da intencionalidade dos fins, isto é, o pensamento fenomenológico de que certos atos anímicos, atos do pensamento possuem um curso e uma peregrinação não-causal, mas final e videntes do fim, a conduta humana em sua estrutura fundamental passa a ser exercício de atividade final, ação como um

acontecimento final e não puramente externo e causal. Daí decorre, também, a idéia do homem como ser responsável, pois, a estrutura final da ação humana não poderia ser percebida, nem a conduta final poderia ser considerada com algo especificamente humano, se não partisse de uma determinada concepção de homem, como aberto ao mundo, como consciência capaz de reger-se pelos princípios de sentido e valor. O conceito de ação humana como unidade de sentido final-causal está interligada, entrelaçada a uma perspectiva fenomenológica do universo. Daí que a finalidade ou a intencionalidade dos fins, baseia-se no fato de que, seja o homem capaz, graças a seu saber causal, de prevê; dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, dominar a ação em razão de um fim proposto, designar-lhe fim diverso do pretendido, com conhecimento dos efeitos concomitantes da realização final da conduta. Quando Welzel afirma que a finalidade é vidente e a causalidade é cega, nada mais faz, do que afirma' um principio fenomenológico essencial que é, a intencionalidade dos fins.

O pensamento fenomenológico da década dos anos 20 do século passado, ao lado do pensamento ontológico ajudou a superar a influência de correntes mecanicistas das ciências naturais dos fins do século XIX e inícios do século XX. Até então, o Direito Penal de Beling e Liszt cindia a ação humana em duas vertentes. De um lado, a ação como processo causal externo, objetivo, e, de outro o conteúdo da vontade, meramente subjetivo que pertencia a culpabilidade. De acordo com essa concepção, a ação é concebida como mero processo causal externo desencadeado por um processo voluntário ou uma enervação dos músculos, sendo que, o conteúdo da vontade, sua finalidade, isto é, o que o autor quis, era um problema da culpabilidade e não da ação. O dolo como um problema da culpabilidade sempre foi defendido por Radbruch e Mezger.

A função constitutiva da consciência e da vontade, como componentes da ação, definição de Welzel sob a influência do pensamento fenomenológico, era desconsiderado pelas correntes naturalistas e mecanicistas que dominaram a dogmática penal nos inícios do século XX. Esse sistema desconsiderava a função fundamental e constitutiva da vontade, como fator de intencionalidade, de finalidade, de direcionalidade da conduta, considerando a ação como mero processo causal externo, desencadeado por um ato voluntário, isto é, mero processo causal externo que se processa com ausência de coação, o que configura a voluntariedade ou por uma enervação muscular. O conteúdo fenomenológico na teoria da ação final, transforma a ação humana em um componente, onde a vontade atua como fator de determinação e condutor da ação. A cisão entre vontade e ação ou conteúdo da vontade (finalidade ou intencionalidade dos fins) e ação, produzida pelo causalismo entre outros enfrentamentos teóricos nos deparamos com a figura da tentativa, tendo em vista que a tentativa não é um mero suceder causal externo, mas uma ação final conduzida pela vontade que aponta o resultado típico previamente eleito. Um disparo que passa próximo à frente de alguém, se não nos ativermos a vontade da ação, a finalidade da ação, o conteúdo da vontade que anima a conduta, não poderemos precisar se trata de uma tentativa de homicídio, uma bala perdida, uma fatalidade ou um crime de tiro em lugar público.

Para a teoria final da ação o conteúdo do querer, da vontade, isto é, a intencionalidade dos fins ou a finalidade é componente essencial e integrante da conduta. Elemento constitutivo da ação. Ora, se o conteúdo da vontade, a finalidade é parte integrante ou constitutiva da ação na tentativa, por que, não sê-lo no crime consumado. Ora, se a ação conduzida por uma vontade é conduzida por uma vontade final na tentativa, porque, quando produz o

resultado querido, deixa de pertencer à ação? Assim, tanto no crime tentado, como no crime consumado a resolução delitiva da vontade pertence à ação, ao tipo subjetivo, e, não à culpabilidade. Sem o que, não se pode afirmar o significado ético social de uma conduta, não se pode apontar o desvalor de uma ação, pois, é na finalidade, conteúdo da vontade de anima a ação que encontramos o fundamento para o conceito de injusto pessoal. A referência final a um determinado resultado pretendido pelo agente, como fim da ação, ou efeito concomitante da mesma, é possível desvalorar no tipo a ação proibida de matar, subtrair coisa alheia, obter vantagem ilícita. Sem o conteúdo determinado da vontade de ação, essas valorações se tomam impossíveis.

Nos delitos dolosos, o dolo, que é intencionalidade de fins tipificada ou finalidade tipificada, vontade final se dirige para a realização das circunstâncias objetivas ou fáticas de um tipo legal de crime. O dolo como elemento da ação é parte integrante da ação típica, sua dimensão ou componente subjetivo compoendo junto aos elementos externos, junto ao tipo objetivo, uma unidade final causal. A teoria causal da ação, rompe essa unidade de sentido final causal, desconsidera a existência do tipo subjetivo, bem como, não atesta a existência de elementos subjetivos do tipo ao lado do dolo, como as intenções ou animus e tendências que transcendente a vontade de realização. No furto, subtração da coisa alheia móvel, para si ou para outrem, sem o dolo no tipo, não poderia haver o animus de assenhoreamento definitivo da coisa móvel e alheia, configurado na expressão para si ou para outrem. Em razão do que o tipo de injusto não pode ser um mero processo causal externo, isto é, somente desvalor do resultado, lesão do bem jurídico, mas o fato harmonicamente integrado por elementos objetivos e subjetivos, dolo e elementos especiais, ao lado do dolo. Só assim. torna-se compreensível os elementos subjetivos do injusto e o conceito de injusto pessoal e final de autor.

Quanto aos delitos culposos em que o causalismo supunha que lhe era um campo familiar, a teoria da ação final demonstra que a parte essencial do fato culposo, não está no resultado, mas no desvalor da ação. Uma ação defeituosa final que deixa de observar o dever objetivo de cuidado. Assim, nos delitos culposos o resultado produzido, não é produzido finalisticamente, até porque, como afirmamos, esse resultado que não é produzido finalisticamente, embora toda ação seja exercício de atividade final, o resultado, por outro lado, não é o único, nem o mais importante elemento do injusto. Tudo isso porque, uma ação adequada ao dever objetivo de cuidado se produzir um resultado típico, esse resultado típico produzido, não é suficiente para a configuração do injusto penal do fato típico culposo. O elemento essencial do injusto dos delitos culposos, como observa Welzel não consiste no resultado causado, mas na forma de execução defeituosa da ação final empreendida. Com o desvalor da ação fica complementado o injusto material dos delitos culposos.

Com a notável e profunda monografia de Armin Kaufmann sobre a dogmática dos delitos omissivos se completa o arcabouço de um sistema penal de base finalista e com notória influência da fenomenologia e que, a partir dos anos 30 do século XX até hoje não foi superado.

Quanto à questão sobre as valorações no Direito Penal, a partir de uma concepção de ação humana como finalidade ou intencionalidade dos fins, fica cômodo ao legislador ou ao ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos finais que quer desvalorar, e, de conseqüência, lhes vincular como conseqüência jurídica a cominação de uma pena. O legislador deve se vincular a esses elementos ontológicos, mas, esses elementos ontológicos existem antes e independentemente da desvalorização, razão porque, não podem ser modificados pelo sujeito que

desvalora. A configuração de uma ação no tipo, ação como exercício de atividade final, a torna desvalorada juridicamente e proibida de realização. Daí porque, a ação humana conduzida pela vontade, que é finalidade, configura-se como elemento material individual que serve de base e fundamento para todo juízo de valoração negativa ou de desvalor da ação. Os tipos nada mais são que as descrições conceituais e lingüísticas desses elementos ontológicos materiais que individualizam o injusto típico. O conteúdo das definições típicas, isto é, as finalidades desvaloradas pertencem à esfera ôntica, são elementos previamente dados que, se antepõe aos juízos negativos de valorações. Essa vinculação ao ser das coisas, a natureza final da ação, sua estrutura lógico objetiva, é um método que constitui aspecto essencial da teoria da ação final.

Daí decorre que a direção final de uma ação se realize, primeiro, como ato de pensamento, ato de consciência, intencionalidade dos fins. Sem a intencionalidade ou antecipação mental do fim, não há ação, mas mero processo externo de fundo causal e mecanicista. Só através da finalidade da ação ou do conteúdo da vontade, com base em um domínio do processo causal externo ou de um saber causal, a conduta é dirigida na produção de um resultado típico em que o autor tem pleno domínio da realização desse fim, bem como, o de evitar ou aceitar os efeitos concomitantes ou colaterais, isto é, podendo ou não, esses efeitos serem abarcados pela vontade de ação.

A conduta como finalidade ou intencionalidade dos fins, com os estudos de Welzel passa a ser considerada como componente genérico comum ou caráter geral comum para todas as formas que os tipos adotam individualizar a matéria de proibição. O legislador ao desvalorar uma conduta passa a individualizá-la em um tipo legal de crime, vinculado ao conteúdo da vontade que anima essa conduta, isto é, a finalidade. Não há, para o finalismo, conceitos

distintos entre uma conduta ontológica e uma conduta penal. A conduta é algo real e não criação do legislador. A função do legislador está em proibir uma conduta final que viole os bens jurídicos fundamentais a existência e coexistência sociais. Assim tanto as condutas dolosas, como as culposas, bem como, as formas típicas ativa e omissiva, isto , as principais classificações estruturais dos tipos devem respeitar o ser real da conduta humana, isto é, intencionalidade dos fins ou finalidade. Nos tipos dolosos o legislador proíbe condutas em razão de seu fim. O agente põe em marcha um processo causal externo que realiza um resultado típico, através de uma conduta final. A causalidade é desencadeada em direção a um fim típico, como por exemplo, um crime de dano, morte de um homem, um incêndio.

Nos tipos culposos a conduta humana não deixa de ser final, mas, a ação não é proibida em razão do fim que normalmente é lícito, mas a proibição decorre da forma defeituosa da execução dessa conduta final que deixa de observar o dever objetivo de cuidado. Com isso não quer dizer que o tipo não proíba uma conduta que não seja final. O que ocorre que a conduta é proibida não em razão do fim, mas em razão da inobservância do dever objetivo de cuidado que resulta violado quando, podendo o agente prevê que a causalidade posta em movimento vai afetar um bem jurídico alheio, não prevê essa lesividade, ou, quando prevendo, acredita sinceramente que ela não ocorrerá.

Na classificação estrutural entre tipos ativos e omissivos, também, não se torna necessário abrir mão do conceito final de conduta, pois, nos tipos ativos o legislador descrevem as condutas proibidas, como no estupro que significa constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Nos tipos omissivos o legislador descreve a conduta devida restando, pois, proibida, desvalorada, toda conduta que não coincida com a devida.

Tanto na tipicidade ativa, como na tipicidade omissiva a conduta é final. No tipo ativo o legislador proíbe uma conduta final ao descrevê-la. No tipo omissivo, o legislador proíbe uma conduta final em comparação com a conduta devida. Se o agente realiza outra conduta que não a devida preenche os requisitos do tipo omissivo.

Como afirmamos acima, na década de 20 do século passado foi patrimônio cultural comum decorrente dos trabalhos dos fenomenólogos e dos psicólogos dos atos do pensamento, a constatação da realização de certos atos anímicos, atos de pensamento, intencionalidade dos fins cuja realização não atendia a um curso causal mecânico, mas final. Esses trabalhos cuidavam, precisamente, do curso não causal de certos atos humanos. Daí que facilitou a afirmação que o tipo penal não poderia ser um mero processo causal externo contendo uma ação sem uma vontade final. A partir desses trabalhos, aproveitados por Welzel a partir de 1931, o tipo passou a conter o conteúdo da vontade que conduz a ação, a intencionalidade dos fins do agente, a relação psicológica entre a conduta e o fim típico realizado. O injusto deixa de ser puramente um processo externo causal, para se tornar um processo final-causal vidente, e, um ato contrário ao direito ao julgador deve caber atentar para o conteúdo da vontade que anima a ação. Passou a ser incoerente julgar um ato como contrário ao direito sem atentar para o conteúdo da vontade que conduz a ação. Essa relação psicológica entre o agente e o fato até Welzel pertencia a culpabilidade que, sendo puro juízo de reprovabilidade, não poderia mais conter essa relação. O dolo e a culpa passam a ser estruturas típicas diferentes e independentes, enquanto a culpabilidade, juízo puro de reprovabilidade. Enfim, as características fundamentais do finalismo, tais como, conduta entendida como unidade final causal ou exercício de atividade final, tipicidade como proibição de realização de uma conduta dolosa ou culposa, antijuridicidade como contrariedade

entre a conduta dolosa ou culposa e a ordem jurídica como um todo harmônico e a culpabilidade como reprovabilidade, pode ter sofrido influências de outras tendências do pensamento, como o aristotelismo e dos estudiosos da psicologia dos atos do pensamento, mas, acima de tudo, possui uma estrita coincidência com os paradigmas gerais do pensamento fenomenológico.