

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Roberto Veran Braga

**A ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL:
uma nova perspectiva**

Belo Horizonte
2021

Roberto Veran Braga

**A ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL:
uma nova perspectiva**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo

Área de Concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B813a Braga, Roberto Veran
A adequação social no direito penal: uma nova perspectiva / Roberto Veran
Braga. Belo Horizonte, 2021.
83 f.

Orientadora: Klelia Canabrava Aleixo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal - Legislação - Brasil. 2. Bem jurídico. 3. Culpabilidade. 4. Responsabilidade penal. 5. Ilícito penal. 6. Tipicidade. I. Aleixo, Klelia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.222

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Roberto Veran Braga

**A ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL:
uma nova perspectiva**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Prof. Dra. Klelia Canabrava Aleixo - PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Pablo Alves de Oliveira - PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 28 de maio de 2021.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Klelia Canabrava Aleixo, que além da confiança e paciência me ensinou “coisas sobre a alma”.

Ao meu irmão, Aécio Rodrigo, pela compreensão.

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo promover a reflexão sobre o instituto da adequação social no direito penal, o qual fundamenta-se na percepção dos valores éticos sociais vigentes em determinada comunidade. Para desenvolver esta investigação, a metodologia utilizada incluiu o método descritivo-analítico, a pesquisa bibliográfica sobre doutrinas pertinentes ao tema em livros, artigos de periódicos, capítulos de livros e informações em meio eletrônico. Os resultados revelaram que no meio social determinadas condutas, apesar de tipificadas como delitos, são consideradas toleráveis e aceitas, diante de um contexto cultural, histórico e funcional. Constatou-se, também, que em caso de condutas socialmente adequadas o autor não atingirá a percepção (conhecimento) do caráter antijurídico de sua ação, surgindo, dessa forma, a figura do erro de proibição direto, que se escusável afastará a culpabilidade, e se inescusável atenuará a culpabilidade. Nesse sentido, o conceito de socialmente adequado se torna valioso, ao permitir a ampliação do significado protetivo da culpabilidade, socializando-a em busca dos valores da comunidade.

Palavras-chave: Direito penal. Adequação social. Bem jurídico. Culpabilidade.

ABSTRACT

This study aimed to promote reflection on the institute of social adequacy in criminal law, which is based on the perception of social ethical values in force in a given community. To develop this investigation, the methodology used included the descriptive-analytical method, the bibliographic research on doctrines pertinent to the theme in books, journal articles, book chapters and information in electronic media. The results revealed that in the social environment, certain behaviors, despite being classified as crimes, are considered tolerable and accepted, given a cultural, historical and functional context. It was also found that, in the case of socially appropriate behaviors, the author will not reach the perception (knowledge) of the anti-legal character of his action, thus appearing the figure of the direct prohibition error, which if excusable will remove the guilt, and if inexcusable it will mitigate the guilt. In this sense, the concept of socially adequate becomes valuable, as it allows the expansion of the protective meaning of guilt, socializing it in search of community values.

Keywords: Criminal law. Social adequacy. Legal stuff. Guilt.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A PROBLEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	15
3	ADEQUAÇÃO SOCIAL E BEM JURÍDICO	17
3.1	Conceito de bem jurídico	17
3.2	O contrato social e a ideia matricial de bem jurídico	19
3.3	O pensamento de Feuerbach e Birnbaum	23
3.4	O positivismo de Karl Binding e Franz Von Liszt	26
3.5	A concepção neokantiana	30
3.6	A concepção finalista	36
4	AS BASES DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	45
4.1	Superação do dogma causal positivista	45
4.2	O conceito de injusto	46
4.3	O pensamento de Carl Ludwig Von Bar	51
4.4	A teoria social da ação	53
4.5	As normas de cultura	56
4.6	A escola histórica alemã	59
5	ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDOTA E A FALTA DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE	63
5.1	Da culpabilidade	63
5.1.1	<i>Da consciência da antijuridicidade</i>	67
5.1.2	<i>Da consciência potencial da antijuridicidade</i>	71
5.2	Erro de proibição (erro de direito)	73
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
	REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa dissertar sobre o instituto da adequação social no direito penal. Desde os primeiros contatos com o fascinante universo do direito penal, uma dúvida, até então de cunho eminentemente teórica, nos causou certo incômodo: o que é adequação social? Como referido instituto opera no âmbito normativo? Qual a sua real eficácia? Será possível outra compreensão e aplicação para a adequação social?

Com o passar do tempo e agora, no exercício profissional, a dúvida sobre referido instituto agigantou-se, tendo em vista o contato com a complexa e fluida realidade brasileira. Conforme João Maurício Adeodato (2017), o filósofo Heráclito ficou na história do pensamento ocidental como o primeiro pensador a ter percebido e enfatizado que os eventos do mundo real nunca se repetem e situam-se em fluxo contínuo de acontecimentos.

Nesse diapasão, ao considerar o errático e pouco aprofundado estudo da adequação social no cenário jurídico brasileiro, trabalhamos com a hipótese de pesquisa de um novo emprego para o instituto que deve impactar não apenas no âmbito da tipicidade penal como também no contexto da culpabilidade, especificamente na potencial consciência da ilicitude do fato. Não percamos de vista que a realidade social, rica em detalhes com suas complexidades, particularidades e contingências, deve ter o poder de sensibilizar a “dogmática jurídica” e seus operadores, criando novos significados para as estruturas jurídicas vigentes.

Para investigar tal hipótese, realizou-se uma pesquisa bibliográfica em obras nacionais e estrangeiras especializadas sobre a temática.

Isto posto, para melhor compreensão do presente estudo, esta dissertação está organizada em 6 capítulos.

No capítulo 1, Introdução, apresentamos o tema, objetivos e justificativa da precisão de lidar com o tema escolhido para a investigação.

No capítulo 2, explicitamos a problemática da adequação social.

Tendo em vista a missão do direito penal de proteção de bens jurídicos, a delimitação das características uma conduta deve reunir para que possa ser considerada danosa é de extrema relevância, vez que, as condutas socialmente adequadas assim não são. Nesse sentido, no capítulo 3, foi analisada algumas formulações consideradas mais relevantes na história do direito penal elaboradas em

torno da ideia de bem jurídico. Nesse sentido, percebemos, pois, que a adequação social pode incidir na sua própria interpretação como dos tipos penais, em função da ausência de danosidade social.

O capítulo 4, aborda as bases da adequação social no contexto do injusto penal desde sua evolução e aperfeiçoamento pela dogmática, bem como a consequente relação de tensão existente entre o tipo e a antijuridicidade.

O capítulo 5, tratou da adequação social da conduta e a falta da consciência da ilicitude.

As considerações finais, capítulo 6, trazem as contribuições da investigação e os principais resultados.

2 A PROBLEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

De acordo com Luiz Regis Prado (2019), para Hans Welzel, as ações executadas em que há o completo cuidado exigido no âmbito da vida social e que atendam aos condicionamentos históricos não podem ser tipificadas ainda que ensejem perigos para os bens jurídicos penalmente protegidos.

A partir disso, tem-se que os tipos penais somente abarcam ações que fujam consideravelmente a ordem da vida social confirmada historicamente. O legislador, portanto, ao criar os tipos penais não os direciona às possíveis formas de comportamento socialmente adequadas (aquelas que não produzem conflitos sociais geradores da intervenção penal). Sendo assim, ainda que o enquadramento típico objetivamente ocorra, não será admissível.

Cezar Roberto Bitencourt (2009), baseado nas lições de Jescheck, sustenta que o critério da adequação social é extremamente impreciso e relativo, motivo pelo qual não é aceito pela maioria dos doutrinadores como “corretivo típico” ou “causa de justificação”. Tal regra exegética recebe a denominação de delimitação dos tipos penais de redução teleológica dos tipos.

A problemática relativa aos “comportamentos (socialmente) aceitos pela comunidade” é tratado pela dogmática por meio do Princípio da Adequação Social, no âmbito da tipicidade penal. Contudo, o reconhecimento e a aplicação do referido princípio, bem como sua “construção dogmática”, mostraram-se frágeis e titubeantes. O que permite a seguinte indagação: Até que ponto podemos inferir que comportamentos recorrentes na vida comunitária e socialmente aceitos, apesar de rotulados como delitos pelas instâncias de controle (norma), podem ser “conhecidos” e ou “captados” pelos indivíduos como reprováveis e contrário a ordem comunitária (anti-socialidade)?

Nesse contexto torna-se de bom alvitre reproduzir o escólio de Brandão (2014, p. 168): “Por isso já se disse, desde o século XIX, a partir da obra de Von Liszt que o progresso do direito penal é medido pelo aperfeiçoamento da culpabilidade.”

A compreensão da culpabilidade deve ser consentânea ao conceito de ser humano explicitado no texto constitucional, sendo necessário o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade.

No brilhante raciocínio de Joaquín Herrera Flores (2009, p. 101): “Trabalhar com e para os direitos humanos pressupõe, pois, ir contra a “banalização das desigualdades e injustiças globais” que um pensamento descompromissado e acrítico defende.”

Nesse sentido, torna-se importante perceber os impactos da adequação social no âmbito da culpabilidade penal.

3 ADEQUAÇÃO SOCIAL E BEM JURÍDICO

3.1 Conceito de bem jurídico

Sob o aspecto formal crime seria toda conduta que colidisse frontalmente com a lei penal, formulada pelo Estado. Levando-se em conta seu aspecto material, conceitua-se o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

A ideia de proteção de bens jurídicos valiosos à sociedade é indissociável do direito penal contemporâneo, notadamente a partir do final do século XVIII, ante o predomínio das ideias liberais. Como se sabe no começo da idade moderna havia certo predomínio de interesses religiosos e morais, que paulatinamente foram superados por um modelo liberal orientado no sentido de engendrar uma concepção individualista (personalista) de bem jurídico. Nesse diapasão, temos como ponto de partida, que a ideia de vincular o direito penal à noção de bem jurídico, tem como antecedente histórico, a filosofia iluminista. Assim, a época da Ilustração o Estado já comparece como protetor dos bens elencados como elementares da vida (bens jurídicos). Conforme Luiz Régis Prado (2019):

Bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico- penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito (PRADO, 2019, p. 257).

Nesse viés, explica Francisco de Assis Toledo (2002):

Em vez de “situação social desejada” (erwünschte soziale zustand), poderíamos dizer “situação social valiosa”, ou melhor, valores ético-sociais, com o que teríamos a seguinte definição: bens jurídicos são valores éticos sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas (TOLEDO, 2012, p.16).

A noção de bem jurídico funciona como critério limitador na elaboração do ilícito penal, logo de limitação do próprio poder punitivo do Estado, uma vez que não são todos, mas, apenas determinados e específicos bens da vida que se mostram dignos

de proteção através do direito penal. Nesse sentido, Juarez Tavares (2003) comenta que:

Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Por isso são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou perigo a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal. (TAVARES, 2003, p. 198-199).

Nesse viés, a precisa síntese de Cláudio Brandão (2019):

A definição legal de crime desvinculada do bem jurídico representaria um corpo sem alma. Ao contrário, o bem jurídico desacompanhado da definição legal de crime significaria uma alma à procura de um corpo inexistente. O crime, portanto, encontra sua essência na síntese do seu significado material e do seu significado formal, isto é, na síntese do preceito da norma com o bem jurídico tutelado (BRANDÃO, 2019, p. 7).

A afirmação peremptória de que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos ganhou ares de notoriedade no universo dogmático no século XX. No entanto delimitar quais as características uma conduta deve reunir para que possa ser submetida à reprimenda penal (sanção estatal) sempre foi um problema fundamental para o Direito Penal, enquanto ciência. (SILVEIRA, 2010).

Desde sua primeira definição, com Birnbaum em 1834, até as mais recentes formulações, a noção de bem jurídico encampou, em alguns momentos, espectros amplos, em outros, espectros restritos, de comportamentos tutelados penalmente. Enquanto conceito, não apresentou em seu desenvolvimento histórico e dogmático uma formulação unívoca. Tal fato reverbera diretamente na atual crise pelo qual atravessa a concepção do objeto de tutela, sedimentado na teoria do bem jurídico (SILVEIRA, 2010, p. 31). Não percamos de vista que o conceito de bem jurídico não é estático, mas dinâmico, aberto às mudanças sociais e ao avanço científico de acordo com a evolução do homem, da sociedade e do Estado.

A propósito, em 1789, o genial químico francês, Antoine Laurent Lavoisier, formulou sua famosa lei de conservação da matéria, dizendo: “Nós devemos aceitar, como um axioma incontestável, que em todas as operações da natureza e da arte nada é criado; uma quantidade igual de matéria existe antes e depois do experimento”.

(LAVOSIER, 1952, [p. 130]).

O tratamento exaustivo de todas as teorias sobre o bem jurídico ultrapassa os objetivos deste trabalho, tornando-se impossível, aqui, discutir todas as construções dogmáticas a respeito do que se entende por bem jurídico penal. Contudo, consideramos fundamental reconstruir algumas das formulações mais relevantes elaboradas em torno dessa categoria jurídica, tendo em vista que a adequação social pode funcionar como chave de afastamento tanto do âmbito de responsabilidade penal ou fórmulas de interpretação dos tipos penais, segundo a lição de Renato de Mello Jorge Silveira (2010).

3.2 O contrato social e a ideia matricial de bem jurídico

A Modernidade é o resultado de vários fatores históricos e sociais que ocasionaram uma nova forma de pensar a humanidade e suas estruturas de poder e dominação. Entre os séculos XV e XVI, o Velho Mundo assistia a ascensão da burguesia mercantil, à formação das Monarquias Nacionais, à afirmação da cultura renascentista e à ruptura da unidade cristã na Europa ocidental em decorrência da Reforma Protestante.

A ruptura com as formas “organicistas” predominantes no período medieval e o surgimento do Estado moderno, geraram a necessidade de novas formas de legitimação do poder e de uma nova classe que surgia: a burguesia. Sobre o período é precisa a síntese:

O direito da Idade Moderna tem como panorama histórico de seu desenvolvimento a formação dos Estados nacionais e o distanciamento do modo de vida feudal, com o conseqüente declínio do poder da nobreza rural e a ascensão da burguesia nas cidades. Tal panorama nos indica muito a respeito do giro conceitual que o direito tomará. (BRANDÃO, 2017, p. 189).

Nesse diapasão com o florescimento das cidades e do comércio proporcionados em certa medida pelo surgimento do Estado moderno entra em cena a nova classe burguesa. Detentores do poder econômico, alcançado por meio da atividade comercial, e desejosos do poder político para limitar as monarquias absolutas, a nova classe social passa a fomentar a cultura, ciências e artes, com a criação de escolas e centros de ensino, rompendo desta forma com o anterior monopólio da Igreja Católica medieval nesta seara. Neste contexto, a burguesia cria

um ideário próprio e peculiar: o liberalismo.

O liberalismo - individualista - será um dos fatores determinantes para a construção da Modernidade, e surge como demanda de setores burgueses ciosos de garantir espaços de autonomia e ação contra uma ordem estamental elitista e autoritária. Neste contexto:

O individualismo também havia engendrado duas formas de fazer ciência. Por um lado, o racionalismo, com maior presença na França e cujo representante foi René Descartes; e de outro, o empirismo, com maior presença na Inglaterra e cujos representantes foram o já mencionado Francis Bacon e Isaac Newton (1642-1727). As duas concepções científicas permitem que a sociedade seja visualizada como um conjunto de partes em interdependência recíproca. A forma política de explicar essa “totalidade” e de legitimar sua sobrevivência sem alterações seria realizada utilizando-se uma expressão jurídica de equilíbrio – ainda que mais tarde outras expressões teriam mais êxito em aplicá-la – Essa forma jurídica seria do contrato. (ANITUA, 2008, p. 126).

A doutrina do contrato social (contratualismo), esboçada na antiguidade, fortalecida no período medieval, representou a mais importante justificação do Estado na modernidade, ainda que não possa ser apreciada como um todo “unitário”, tendo em vista que cada autor postula o contrato social sob um prisma particular. Assim desde a Renascença tem sido comum os pensadores proporem alguma versão do “contrato social” como fundamento de uma sociedade de cidadãos. Desta forma, Hobbes, Locke, Rousseau entre outros argumentaram, de várias formas, que esse tipo de sociedade surge porque pessoas se reúnem e estabelecem um contrato que vinculará umas às outras. Em sua essência, o contrato social está ligado ao direito natural racionalista. Nesse sentido esclarecedor escólio de Cláudio Brandão (2017):

O contratualismo, que será a hipótese filosófica desenvolvida pelo pensamento da modernidade para justificar o Estado, dará as bases para a formulação de uma nova visão acerca do direito natural, que não mais terá origem divina, mas sim uma origem humana: surge o direito natural racionalista. (BRANDÃO, 2017, p. 190).

O direito natural racionalista, produto da modernidade, defende um direito fundamentado na razão do ser humano, em contraposição a um direito dogmático ou divino. Com a doutrina de Descartes, baseada no conhecimento lógico – dedutivo, o direito natural racionalista é deduzido da socialidade humana, evidenciando, desta forma, a natureza gregária dos homens, que os levariam a unir-se aos seus semelhantes em uma vida pacífica e comunicativa em sociedade (BRANDÃO, 2017,

p. 207). Portanto, o conceito de sociabilidade é o pressuposto necessário do direito natural racional, tendo em vista que o homem teria sua sobrevivência ameaçada se estivesse fora da sociedade. Em linhas gerais as teorias contratualistas foram sumarizadas por Norberto Bobbio (1999):

Caracteriza-se pela constante tendência – ainda que no interior de diferentes soluções – de considerar o Estado ou sociedade política, em relação ao estado de natureza (ou sociedade natural), como o momento supremo e definitivo da vida comum e coletiva do homem, ser racional; como resultado mais perfeito ou menos imperfeito daquele processo de racionalização dos instintos ou das paixões ou dos interesses mediante o qual o reino da força desregrada se transforma no reino da liberdade regulada. (BOBBIO, 1999, p. 43).

Desta forma, a ideia de controle social, a partir do contrato social transformou a sociedade natural em uma sociedade organizada e institucionalizada: os contratualistas clássicos estabeleceram as bases da filosofia política moderna, bem como se pautaram na limitação das liberdades individuais para a ascensão de um novo paradigma; o Estado moderno. Nesse viés o Estado moderno é concebido como produto da razão, ou como sociedade racional, única na qual o homem poderá ter uma vida conforme a razão, isto é, conforme sua natureza (BOBBIO, 1999, p. 43).

O genebrino Jean-Jacques Rousseau (2003) foi quem deu forma definitiva à doutrina do pacto social, exposta no famoso livro, de 1762, que se tornou o evangelho da revolução francesa: *Do contrato social: princípios do direito político*. A partir das doutrinas do contratualismo, em especial de Jean-Jacques Rousseau, ocorre à criação da noção de sociedade (civil), em que o pessoal (indivíduo) e o social estavam interligados, ou conforme Wayne Morrison (2012, p. 184) a personalidade do indivíduo passa a ser determinada pelo contexto social e histórico em que se encontra. Nesse contexto a teoria do contrato social começa com um experimento intelectual no qual um grupo de indivíduos se reúne para tomar uma decisão sobre seu futuro comum e, em suma, o contrato social requer uma relação de pertencimento que torne plausível, para os membros individuais, a convivência em sociedade.

Refletindo em grande medida o ideário da classe burguesa, a contratualidade opera no sentido precípua de se alcançar segurança e liberdade, objetivos esses que se encontram delineados pela renúncia a porções das garantias individuais. O pensamento de Rousseau sobre o pacto fundamental e a construção do indivíduo de forma interdependente e contextualizado na sociedade são aspectos fundamentais

levados em consideração no momento em que surge o moderno Direito Penal na França do século XVIII. Referido momento foi sintetizado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997):

Toda ideologia de justificação da sociedade estava sendo elaborada sobre a ideia de contrato: a sociedade era uma sociedade de iguais que contratavam, e a própria sociedade obedecia a um contrato. Necessariamente, como primeiro passo se produz um direito penal ideologicamente fundado no contrato. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 260.)

No plano político e social a segunda metade do século XVIII é marcada por mudanças profundas na Europa: a superação do feudalismo e sua transição para o capitalismo manufatureiro ocasionou o êxodo da população rural (camponeses) para as grandes cidades, gerando um processo irreversível de urbanização. Com a incipiente acumulação de pessoas e capital nos grandes centros urbanos, surge, naturalmente, uma enorme classe de excluídos que colocam em risco, através da criminalidade patrimonial, a ordem social. A riqueza e a miséria concentram-se nas cidades. Os crimes aumentam em escala jamais vista.

Tão logo a população de mendigos e vagabundos tornou-se abundante, e perigosa, no cenário urbano, o Estado, em defesa do contrato social, tomou iniciativas legais para, literalmente, disciplinar a força de trabalho rebelde e ociosa. Agora há uma imperiosa necessidade de proteger a “propriedade”, alavancada a bem fulcral, pela ambiciosa burguesia. Michel Foucault (2009, p. 86) sintetiza o momento: “Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvidas as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII”

Como consequência natural do pensamento da época, pautado no iluminismo racionalista, a atuação do aparato repressivo estatal, por meio do Direito Penal, requer uma nova forma de legitimação: a defesa dos “valores” elencados no contrato social (pacto social). Nesse contexto a lição de Michel Foucault (2009, p. 87): “O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”.

Nesse viés o crime correlaciona-se necessariamente com a ideia de “danosidade social”, e o criminoso (delinquente) é identificado como alguém que “quebrou” o acordo, anteriormente, convolado no contrato social. A partir da noção de “danosidade social” surge a ideia matricial de bem jurídico.

A novidade aqui é que o jogo da dominação social se torna mais complexo com a entrada de um elemento historicamente novo. Em obra seminal Michel Foucault, ao

analisar os iluministas Beccaria e Bentham, observa que na modernidade “O crime não é algo aparentado com o pecado e com a falta; é algo que danifica a sociedade; um dano social, um incômodo para toda sociedade” (FOUCAULT, 2013, p. 83). Nessa perspectiva, o crime seria um fenômeno disfuncional ao sistema de sociedade em que vivemos: disfuncional visto que vai de encontro aos valores éticos sociais plasmados pela coletividade. Assim a sociedade cria um sentimento de indignação, ojeriza, em relação ao fato criminoso e seu autor (SILVEIRA, 2010).

Como se vê, percebe-se que a prática de uma conduta prevista como crime vai de encontro aos sentimentos éticos e morais de determinada sociedade. Na adequação social a conduta, ainda que legalmente tipificada como crime, é tida como aceitável, não repulsiva ou disfuncional ao corpo social. Nesses casos a questão que se impõe: haveria, realmente, danosidade social? Como o indivíduo, inserido e permeável aos valores sociais, compreenderia a antissociabilidade (reprovabilidade) da conduta socialmente adequada? Conforme Maurach (1994):

O conceito de adequação social não é empírico, mas normativo. Sobre objetivo da conduta (componente empírico) deve incidir o elemento normativo de valoração. Assim, é a sociedade que decide se uma forma de comportamento pode ser socialmente tolerada, apesar de eventuais lesões a interesses individuais. (MAURACH, 1994, p. 278 *apud* ROCHA, 2007, p. 230).

A ideia matricial de bem jurídico já o situa em uma relação de funcionalidade com o ambiente social, sempre permeável em seus limites éticos sociais.

3.3 O pensamento de Feuerbach e Birnbaum

Os valores e postulados gerados pelo Iluminismo permearam o Direito Penal do Século XIX, determinando, em consequência, uma compreensão radicalmente diferente do Direito penal e da sociedade. Portanto, a imperiosa necessidade de delimitar o objeto de tutela penal (bem jurídico) surge com o movimento Iluminista e o moderno Direito Penal.

Nesse viés, em 1801, conforme Cláudio Brandão (2014) o jurista e filósofo Paul Feuerbach (1755-1833) buscou resposta para um questionamento essencial da época: qual a finalidade do Direito Penal?

Embasado nas teorias contratualistas, Feuerbach, em sua tese, acabou por conferir uma espécie de função ao Direito Penal: a proteção de direitos externos. Para

Feuerbach direitos externos seriam os direitos subjetivos, individuais e particulares oriundos do contrato social. Nesse contexto o delito significa a lesão de um direito subjetivo individual e representara a ruptura e violação do contrato social, fundante da sociedade civil. Nessa seara, Cláudio Brandão (2014) explica:

A tese de Feuerbach gravita em torno da função que ele atribuiu ao direito penal: segundo o autor, esta função se traduz na tutela de direitos externos, mais precisamente os direitos subjetivos. Por seu turno, os direitos subjetivos são o conjunto dos direitos privados ou individuais, atribuídos às pessoas que são titulares desses direitos. (BRANDÃO, 2014, p. 115).

A partir de então a noção de crime passou a exigir um conteúdo material, consubstanciado na danosidade social da conduta, em oposição à ideia de simples violação de dever, sancionada criminalmente, comum na época. Neste sentido, para Feuerbach, qualquer incriminação desprovida dessa característica (danosidade social) deveria ser considerada ilegítima.

Juarez Tavares (2003) postula que:

Este conceito de delito constituía, nesse sentido, uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal na configuração dos tipos penais, porque representava, no campo jurídico, a preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social que pudesse decorrer da conduta criminosa. O Estado não poderia, assim, incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas condutas que implicassem a violação do direito subjetivo e, conseqüentemente, que implicassem um dano social. [...] (TAVARES, 2003, p. 183).

Nesse sentido a precisa lição de Luiz Regis Prado (2019):

A tendência da época (secularismo/humanização) era favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas, em base social. Desse modo, o delito inicia uma vida plena de fluxos e de refluxos na procura de um sentido material. (PRADO, 2019, p. 20)

Destaca-se que o conceito material de crime elaborado por Feuerbach¹ foi à primeira tentativa teórica de limitar o poder punitivo do Estado, representando importante avanço que projeta seus reflexos até os dias atuais.

Pouco tempo após, em 1834, Birnbaum tecerá severas críticas a tese Feurbachiana. A tese de Birnbaum se opõe a construção de Feurbach, que atribuiu

¹ Feuerbach é considerado o pai da ciência penal moderna, exprimiu de forma clara o princípio da legalidade. (ZAFFARONI; PERANGELI, 1997).

ao Direito Penal a função da tutela de direitos subjetivos (individuais e particulares). Nesse viés, a partir dessa oposição, a historiografia atribui a Birnbaum a paternidade do conceito de bem jurídico, ainda que o autor não tenha empregado diretamente essa expressão (BRANDÃO, 2019).

Em uma perspectiva objetiva, Birnbaum sustentou que o cometimento do delito não lesionaria os direitos subjetivos, abstratos e ideais, mas sim os bens concretos, que são materializados por esses direitos, denominados “bens” (materiais).

“Esta concepção de bem aponta para uma perspectiva objetiva, o bem se localiza no mundo exterior e, sendo um ente, tem caráter concreto e objetivo. Como tal, é suscetível de violação.” (BRANDÃO, 2014, p. 121).

Neste contexto, o objeto do delito não se assentaria sobre os direitos subjetivos (noção abstrata e metajurídica), mas sim na realidade fática e concreta, sustentando o autor que o direito subjetivo, mesmo com a subtração ou diminuição do bem material, continua incólume. No entanto, o bem material, materializado por esse direito será efetivamente lesionado, *rectius*, privado ou diminuído (BRANDÃO, 2019).

A construção de Birnbaum representou um giro conceitual ao possibilitar nova teorização sobre o objeto da tutela do Direito Penal; em que a lesão causada pelo delito passa a ser compreendida de forma objetiva, sendo o dano efetivo ao bem material passível de mensuração concreta (BRANDÃO, 2019). Opõe-se à teoria elaborada por Feuerbach que apresentaria um alto e desnecessário nível de abstração.

Em certa medida Birnbaum, sob um viés empírico – objetivo desloca o conteúdo da tutela penal de uma perspectiva subjetiva e abstrata (espiritual) para uma percepção objetiva, empírica, fundada na realidade fenomênica, fruto da metodologia empirista descritiva de sua época. (MORRISON, 2012).

A tese de Birnbaum² buscou suprir o déficit da teoria Feuerbachiana, que não

² Debate-se a doutrina acerca do aspecto garantista e limitador do poder punitivo na construção Birnbaum. O professor Cláudio Brandão (2019) aduz que o autor, ainda que de forma não desejada, reforçou o aspecto garantista e liberal com sua teorização: “Assim, a contribuição que esta teoria deu não foi uma definição de bem jurídico perfeita com todo complexo de consequências que hoje setem (v.g. exclusão da tipicidade pelo princípio da insignificância, inserção de conteúdo no tipo em face da antijuridicidade material, dentre outros), mas foi possibilitar a mudança do eixo da tutela penal, que passou a ser investigada no plano objetivo individualizável. Caso não houvesse essa contribuição, não haveria o desenvolvimento, ainda no século XIX, o instituto penal do bem jurídico” (BRANDÃO, 2019, p. 45). Para Luiz Régis Prado (2019) a teorização de Birnbaum ampliou o aspecto punitivo do poder estatal ao conferir legitimidade, através da dogmatização do instituto do bem jurídico, as incriminações relativas à moral e religião: “Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos

encontrava resposta para as incriminações relativas aos costumes, de cunho moral, e religioso, tendo em vista que tais valores de índole coletiva não se coadunavam com a ideia de direitos subjetivos, caracterizados por serem individuais e particulares. Para Birnbaum as intervenções penais relativas à moral e a religião seriam legítimas já que tais valores se traduziriam em bens jurídicos (BRANDÃO, 2019). Neste viés surge a ideia de valoração dos bens da coletividade (moral e religião), cuja titularidade pertenceria ao povo e deveriam, necessariamente, ser objeto da tutela penal (SILVEIRA, 2010).

Nesse ponto vale destacar a acurada percepção de Juarez Tavares (2003):

É preciso ressaltar, todavia, que esse sentido material do conceito de bem jurídico, que hoje se desfruta como fundamento de qualquer incriminação, não havia sido despertado, propriamente, em BIRNBAUM. Este, na verdade, tinha outro propósito, com sua elaboração, que era justamente o de adequar a teoria jurídica do delito às normas de direito penal vigente, que conflitavam com a ideia da violação de direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade [...] (TAVARES, 2003, p. 184)

Nesse capítulo do desenvolvimento histórico da dogmática penal a noção de danosidade social, delimitada pelo contratualismo, reverberara nas construções futuras, aperfeiçoando e construindo paulatinamente a noção de bem jurídico.

Conquanto, tal noção, atingiu enorme desenvolvimento, a ideia de adequação social inexistia nessa época, apesar da necessidade dos juristas de compreenderem ou mesmo levarem a cabo a leitura do corpo social e sua percepção sobre os valores éticos e morais.

3.4 O positivismo de Karl Binding e Franz Von Liszt

Referência obrigatória, no estudo evolutivo do bem jurídico, são as formulações de Karl Binding e de Franz Von Liszt, opostas em si, mas que foram de extrema importância na discussão em torno do objeto da proteção penal.

Na segunda metade do século XIX o positivismo normativo (jurídico) passou a exercer larga influência sobre os penalistas alemães, representando, desta forma, uma ruptura com os postulados iluministas materializados nas construções de

ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes" (PRADO, 2019, p. 22).

Feuerbach. A busca de uma pretensa racionalidade, através da supremacia, unidade e complementariedade lógica do direito (sistema jurídico), foi em certa medida os ideais objetivados por esse movimento, que, com isso, procurou afastar definitivamente as valorações morais e a influência do direito natural racionalista, visto como não científico. O positivismo normativo está atrelado ao formalismo jurídico, onde o direito, enquanto ciência tem como objeto de estudo aquilo que está positivado, ou seja, escrito nas leis.

Nesse sentido a lição de Gabriel Ignacio Anitua (2008):

Ciência estranha, pois se proclamava formalmente distanciado dos fatos e relacionado com as normas. Esses autores tinham uma aversão a metafísica, com a qual identificavam todo o esforço dos iluministas. Assim, ganhariam destaque os autores que dariam origem à mencionada dogmática, que é em parte herdeiro de um desejo racionalista e legalistas da ilustração e dos chamados positivista lógicos. (ANITUA, 2008, p. 371).

Sobre o tema a lição³ de Cláudio Brandão (2014):

Na segunda metade do século XIX, o pensamento em coerência com o positivismo era hegemônico e a consequência desta hegemonia foi o rompimento com o legado oriundo do Iluminismo do século anterior, o qual foi determinante para a crítica do jus puniendi. Destarte, o direito era o que o Estado dizia sê-lo, não se buscando nenhum elemento transcendente (como foi por exemplo, a ideia de contrato social e direito natural) para por em questão e legitimidade de seu conteúdo. (BRANDÃO, 2014, p. 128).

Com o advento do pensamento positivista a categorização de bem jurídico levado a cabo por Birnbaum foi fortemente criticada. Analisando o direito a partir de método distinto os positivistas normativos refutaram a noção naturalista e pré-jurídica de bem jurídico elaborada por Birnbaum (PRADO, 2019). Para o positivismo seria um equívoco conceber que a realidade metajurídica (dados pré-jurídicos) fosse capaz de condicionar o sentido do direito.

Entre os penalistas alemães o positivismo normativo encontrou fundamento no pensamento de Karl Binding (1841-1920), que criticou com contundência a concepção de Birnbaum. Binding, que exerceu enorme influência em sua época, sustentou existir perfeita congruência entre norma e bem jurídico, cabendo ao legislador, em sua

³ Positivismo jurídico não se confunde com o movimento denominado Escola Positiva (Criminológica), que exerceu grande influência nos círculos jurídicos dos séculos XX. Fundamentou-se basicamente nas obras da tríade dos conhecidos autores italianos: Lombroso, Ferri e Garofalo. A Escola Positiva definiu o conceito de crime a partir de uma metodologia própria: a observação dos dados da realidade (empírico- descritivo). (BRANDÃO, 2019).

supremacia, escolher quais os valores sociais que devem ser protegidos através da norma (SILVEIRA, 2010). Nesse raciocínio, bem jurídico é tudo que na visão do legislador é imprescindível para a manutenção e existência da vida em comunidade. Portanto, Karl Binding inaugurou o pensamento de que a norma define quais os bens jurídicos relevantes e protegidos, ou seja, bem jurídico é tudo o que, na percepção do legislador, é importante para a vida em comunidade.

Nesse viés a precisa síntese de Cláudio Brandão (2014):

Pode-se concluir que para Binding a norma é a única fonte do bem jurídico. Ela o revela e ao fazê-lo revela também qual é o objeto de proteção, fazendo a delimitação do conteúdo da lesão. Isto porque esta última - a lesão - será a violação do bem jurídico. (BRANDÃO, 2014, p. 131).

Para Binding o direito penal protege bens jurídicos através das normas que são dedutíveis da lei penal e determinam, hipoteticamente, um mandamento (regra de conduta), omissivo ou comissivo. Neste esqueleto, o delinquente perfaz a lei penal com sua conduta, no entanto infringe a norma que tutela um valor social. (SILVEIRA, 2010).

O positivismo jurídico de Binding, em sua busca pela neutralidade e autonomia científica do direito, plasmou um conceito de bem jurídico; definindo-o, unicamente, a partir da norma, in se, desta forma, a valorações. Nesse diapasão cabe ao legislador definir o bem jurídico, que não é dado ou realidade preexistente a norma, e consiste na lesão a um direito subjetivo do Estado, desprovido de conteúdo material. Conforme Juarez Tavares (2003), na perspectiva do positivismo jurídico cabe à norma, como expressão máxima do Estado, definir o bem jurídico.

É precisa a síntese de Cláudio Brandão (2014):

Assim se a norma se extrai do tipo penal e o tipo penal é criado pelo legislador, em última instância o bem jurídico é uma criação do legislador: o bem jurídico que é lesionado com o crime, não existe antes da norma, não havendo bem jurídico fora dela. Só são bens jurídicos, nesta toada, aqueles bens garantidos como tais pelas normas, elevados assim a categoria de bens capitais para o ordenamento jurídico. Deste modo "o conjunto conceitual garantido pelas normas como bens são enquadrados como bens capitais do ordenamento jurídico. Eles são a mesma coisa que bens jurídicos. (BRANDÃO, 2014, p. 130).

Não percamos de vista que Binding elabora sua teoria no momento em que a Prússia, industrializada e autoritária, lidera a unificação do império alemão (1871); buscando a imposição de um direito único e sistematizado, façanha que o positivismo

normativo, em suas premissas, poderia alcançar. Nesse contexto histórico, consagra-se a máxima da “onipotência do legislador”, característica indelével do positivismo jurídico (PRADO, 2019).

O positivismo jurídico podia apoiar qualquer tipo de regime, pois conferia onipotência ao legislador: o direito ficava reduzido a uma forma pura, carente de conteúdo. Como disse, o positivismo jurídico pretendia atribuir ao direito o caráter de “ciência neutra”, com o que se encobria a significação das normas, os interesses e os objetivos que as fizeram nascer. Assim, ignorava-se o real processo de sanção das normas, os sujeitos que efetivamente as ditam e quem se aproveita ou sofre seus efeitos. (ANITUA, 2008, p. 372).

A noção inicial de “danosidade social”, criada pelo contratualismo e defendida por Feuerbach, deixa de existir com o positivismo normativo, já que cabe ao legislador definir quais são os valores passíveis de defesa por meio do direito penal. Desta forma, os membros da sociedade não participariam desse processo, tendo em vista que caberia ao Estado definir quais são os valores relevantes, que sob sua ótica, por meio da norma penal, criariam os bens jurídicos.

“O cientista do direito devia inspirar-se apenas no que a lei dizia e o legislador só teria limites nas normas superiores, aquelas que, em última instância, não teriam nenhum limite, nem sequer para “inventar” realidade.” (ANITUA, 2008, p. 374).

No final do século XIX, Liszt, opondo-se a concepção formal engendrada por Binding, sustentou que o Direito penal é constituído exclusivamente por interesses humanos juridicamente protegidos. Nesse viés, para ele, os bens jurídicos são preexistentes à lei, criados pela vida e a comunidade, cabendo ao legislador apenas os reconhecer e lhes garantir segurança jurídica através do direito positivo.

Em sua época a tipicidade ainda não havia sido formulada e o conceito tripartido de delito encontrava-se incompleto. Nesse contexto, Liszt, retirou a culpabilidade da antijuridicidade e engendrou o conceito de antijuridicidade material, concebendo o bem jurídico em sua essência, ao lado da já existente antijuridicidade formal. Para o autor esta significa a violação de uma norma proibitiva ou mandamental do Estado, enquanto aquela representa um comportamento nocivo, socialmente danoso configurado no meio social. (BRANDÃO, 2014).

Explica Cláudio Brandão (2014):

Desse modo, Liszt cria uma dicotomia não reconhecida até então, ao lado da antijuridicidade formal, que será a violação do direito, expressada na violação da norma penal, coexistirá também uma antijuridicidade material, traduzida

na antissocialidade da ação, a qual deverá ser o critério para o legislador tornar formalmente proibida pela lei penal uma conduta. Isto posto, assim define ele a antijuridicidade:” Antijuridicidade formal é uma ação que viola uma norma do Estado, os mandamentos ou proibições do ordenamento jurídico. A antijuridicidade material é tida como comportamento socialmente nocivo (antissocial ou contudo associal) (BRANDÃO, 2014, p. 133-134).

A concepção iluminista de danosidade social é sustentada por Liszt que traçou um paralelo entre esta noção, de cunho pré-jurídico, e sua teorização sobre o conceito de bem jurídico. Nessa toada, identifica o bem jurídico no contexto social, constituído por meio das relações interindividuais dos homens, onde a ideia de ofensa aos referidos bens reside no conceito de danosidade social, ou seja, na ruptura das relações funcionais estabelecidas na vida em sociedade. O resultado que alcança é o conceito de bem jurídico cujo núcleo material é independente do direito vigente. Retira-o das circunstâncias sociais concretas da comunidade e, exatamente por isso, presta-se a ser um limite ao legislador penal.

Neste sentido, Juarez Tavares (2003) explica:

A existência de um fundamento utilitarista para o objeto de proteção da norma incriminadora abre caminho para considerar VON LISZT como um positivista naturalista. Embora, sustente, em seu tratado, que “é a vida e não o direito que produz o interesse” adverte que só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”, apresentando-se, com tal assertiva, como um representante do iluminismo, pelo qual o direito não teria outro escopo, senão o de regular as relações interindividuais (TAVARES, 2003, p. 188).

Tal concepção foi denominada positivista- sociológica do bem jurídico, com profunda influência na dogmática jurídica hodierna. Conforme Juarez Tavares (2003) o autor tenta limitar o poder punitivo, no entanto não estabelece qual é este limite, pois não define os critérios para escolha dos bens jurídicos dignos da intervenção penal.

No apogeu do positivismo jurídico alemão a noção de adequação social não existia, conquanto, conforme veremos a frente, que a ideia do socialmente adequado em direito será desenvolvida como necessidade de superação do pensamento positivista.

3.5 A concepção neokantiana

A reação ao positivismo normativo ocorreu por meio do movimento denominado neokantismo que inegavelmente representou um giro conceitual na dogmática penal. Neste contexto o movimento de “retorno a Kant”, iniciado na Alemanha em meados

do século XIX, deu origem a algumas das mais importantes manifestações da filosofia contemporânea. Tal movimento gerou duas escolas: a Subocidental de Baden ou Heidelberg (Windelband, Rickert, Lask, Radbruch) e a de Marburgo (Cohen, Notarp e Stammler) (PRADO, 2019). Os postulados e diretrizes do neokantismo tiveram profunda incidência na ciência penal de sua época, engendrando, desta forma, um novel conceito de bem jurídico.

Contando com pensadores, que em termos gerais sustentavam linhas teóricas distintas, ambas as escolas partiram de um pressuposto comum: o retorno à teoria do conhecimento e a metodologia Kantianas, concebidas como imprescindíveis para a construção do saber científico.

Nesse espeque a síntese de Luiz Regis Prado (2019):

O método utilizado é o mesmo de kant, rebatizado de método transcendental consistente em partir do “fato da ciência” para descobrir os elementos a priori, quer dizer, as condições de possibilidade que fundam a efetividade do ponto de partida. Tal concepção do problema do conhecimento exclui tanto o relativismo como o irracionalismo, sob todas as suas formas. (PRADO, 2019, p. 29).

A total ausência de elementos valorativos⁴ dogmatizada pelo positivismo jurídico gerou forte reação no seio das correntes de pensamento neokantistas que foram determinantes para a estruturação de um novel sistema jurídico, que, necessariamente, projetara seus reflexos na teoria do delito. Nesse diapasão partindo da diferenciação dos conceitos de natureza e cultura, a escola subocidental alemã preconizou a existência de dois métodos científicos distintos relativos a ciências da natureza e ciências do espírito.

Na precisa lição de Luiz Regis Prado (2019):

[...]Windelband distingue duas espécies de métodos científicos: o das ciências da natureza (formulação de leis gerais - conhecimento nomomético) e o das ciências do espírito (descrição de eventos únicos - conhecimento ideográfico). (PRADO, 2019, p. 3000).

⁴ Distinção oriunda da dicotomia Kantiana da crítica da razão pura e da crítica da razão prática. (BRANDÃO, 2014).

Partindo dessa premissa os neokantistas⁵ sustentaram que a metodologia para a investigação e conhecimento (ato gnosiológico) dos objetos vinculados às ciências da natureza, deverá, necessariamente, diferenciar-se da investigação dos objetos vinculados às ciências culturais: naqueles o conhecimento (ato gnosiológico) será a explicação (causal explicativo), nestes o conhecimento ocorrerá por meio da compreensão (referido ao valor). Neste diapasão, sustentam os neokantistas, que no ato gnosiológico (conhecimento) dos objetos vinculados às ciências da natureza não haverá inter-relação entre sujeito (*cognoscendi*) e objeto, enquanto que no ato gnosiológico dos objetos relacionados às ciências da cultura ocorrerá a inter-relação entre sujeito e objeto (BRANDÃO, 2014).

O neokantismo em um intento de superação do conceito positivista de ciência, tratou de fundamentar o caráter científico da atividade jurídica, distinguindo entre ciências da natureza e ciências do espírito. Tanto umas como outras, diziam os neokantianos, são autênticas ciências porque têm um objeto determinado e um método próprio para investigação, mas precisamente por isso diferem entre si. As ciências da natureza estudam seu objeto desde o ponto de vista causal explicativo, e as ciências do espírito estudam o seu empregando um método compreensivo referido ao valor. A ciência do Direito inclui-se entre estas últimas, porque, nos seus esforços para conhecer o Direito positivo, objeto de sua investigação, tem que recorrer a uma valoração. (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 2).

As ciências do espírito, ancoradas na nascente ciência histórica de sua época, são alinhadas novamente para dentro da Ciência, visto que passaram a ter método próprio: o referido a valores (valorativo). Neste contexto, para os neokantistas, o direito enquanto objeto de conhecimento, é ciência cultural que a partir do seu método (valorativo) cria seus próprios objetos (PRADO, 2019). A noção de cultura fornecerá o fundamento para que se atribua signos, positivos ou negativos, ao direito, enquanto objeto de investigação.

Nesse sentido a precisa lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997):

[...] A realidade é uma espécie de caos em que não se pode penetrar senão por meio do valor, que é o que cria o objeto. A consequência que isto traz ao campo jurídico penal é que o valor não se limita a agregar um dado, e sim que o direito penal penetra no caos da realidade, recriando-a, o que equivale a dizer que o valor não respeita a realidade, porque não pode, mas que cria aquilo que valora ou desvalora. Deste modo, todo dado da realidade

⁵ A concepção neokantista da Escola de Marburgo não exerce qualquer influência no campo do direito penal. Serviu como ponto de partida para a filosofia dos valores (Windelband e Rickert), do qual a escola de Baden se liga diretamente. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 1997).

proporcionado pelas ciências empíricas – como a psicopatologia – pode ser separado, fazendo do saber penal uma “ciência da cultura” que a partir de seu método cria seus próprios objetos. Isto permite dar sistemas de respostas diferentes daqueles proporcionados pela criminologia, sem que valha pena inquietar-se por suas contradições (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 325).

Sobre o tema o escólio de Cláudio Brandão (2014):

O direito penal – aliás, como todo direito – é visto pelo neokantismo como uma ciência cultural. Daí sobretudo em face da escola de Baden, da qual se destaca Radbruch, o conceito de cultura ser fundamental para o desenvolvimento da teoria do delito. O motivo pelo qual o bem jurídico se distancia na sua essência conceitual dos conceitos positivistas reside no fato do valor não estar associado à atividade do legislador tampouco vinculado ao positivismo sociológico. Mas sim à esfera cultural que dá o cabedal para que se atribuam signos positivos ou negativos aos objetos. Enquanto valor cultural, pode se extrair daquele conceito um plexo de consequências para a interpretação da norma penal, visto que o direito não pode ser cego aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso. (BRANDÃO, 2014, p. 139).

O neokantismo por meio de suas construções proporcionou uma abertura dogmática para o direito, que nesse contexto, passou a ser objeto de juízos de valor, engendrados através da noção de cultura. Tal abertura dogmática projetara seus efeitos sobre o conceito de bem jurídico. Conforme, Cláudio Brandão (2014) a metodologia (kantiana) tornara possível conhecer (desvelar) a substância do referido conceito. Para o neokantismo, de matriz espiritualista, o bem jurídico é concebido como valor cultural (PRADO, 2019).

Sobre a evolução do conceito a síntese de Juarez Tavares (2003):

[...] Com o neokantismo se inaugura, porém outra fase de evolução política, em que a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma. (TAVARES, 2003, p. 189).

Na construção do pensamento neokantiano merece destaque as obras fundamentais de Mayer e Mezger. Eles redefiniram a compressão do delito no direito penal, introduzindo o conceito de valoração ao sistema clássico de Liszt - Beling, engendrando, desta forma, o denominado conceito Neoclássico de delito (TAVARES, 2003). Ressalta-se que os autores, partindo do mesmo pressuposto normativo,

conceituam o bem jurídico de forma diversa, como veremos abaixo.

Para Mezger o bem jurídico será conhecido por meio de juízos de valor e identificado, conceitualmente, com a finalidade protetiva da norma, ou seja, a *ratio legis da norma*. Desta forma o autor centrou, então, sua dogmatização sobre a finalidade teleológica do conceito de bem jurídico, isto é, sobre sua capacidade de servir como critério de interpretação do fim de proteção da norma penal. Nesse contexto os fundamentos do injusto passaram a ser entendidos como a “lesão ou exposição a perigo de um bem juridicamente relevante”.

Como observa Cláudio Brandão (2014) ao referir-se a Mezger;

Edmund Mezger, neste esquete definiu o bem jurídico como valor objetivo protegido pela lei penal”. O conteúdo material de injusto é a lesão ou a exposição ao perigo do bem jurídico, que é o objeto de proteção do direito, através da lei penal. Este mesmo objeto de proteção é o objeto de ataque, contra qual se dirige o crime. (BRANDÃO 2014, p. 139).

Sobre o tema a aguda percepção de Juarez Tavares (2003):

Na concepção de Beling, o tipo era objetivo e neutro, portanto objeto sensível sob o aspecto causal. No neokantismo, o injusto é produto de uma criação normativa, sem referência real, como resultados de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador, que tanto pode ser a proteção jurídicos quanto de qualquer outra situação estatal de conveniência [...] (TAVARES, 2003, p. 135).

Mezger concebeu uma noção de bem jurídico, subjetivada e volatizada ou espiritualizada, correlacionada diretamente com a *ratio* da norma penal. Desta forma, como criação discricionária do legislador, Tal noção perdeu todo seu caráter essencial limitador *do ius puniendi* estatal, prestando serviço aos ideais totalitários da época.

Para Max Ernest Mayer os conjuntos de bens jurídicos são imposições de normas de cultura. O autor define as normas de cultura: como a totalidade das proibições e imposições (mandatos) que incidem sobre os indivíduos, decorrentes da religião, moral e regras convencionais, profissionais e relacionais, vigentes em determinadas comunidades. Neste viés a totalidade dos valores existentes em uma comunidade e sua conexão sistemática determina a vida humana, surgindo desta forma às denominadas normas de cultura.

Nesse espeque a lição de Juarez Tavares (2003):

Por bem jurídico até se poderia conceber, como fazia VON LISZT, o interesse juridicamente protegido, mas se deve ressaltar, todavia, que antes mesmo de a ordem jurídica incorporar determinado bem como seu objeto de proteção, as normas de cultura já o teriam feito. (TAVARES, 2003, p. 190).

A função do ordenamento jurídico seria converter esses bens (dados da realidade) em bens jurídicos e garantir sua tutela. Nesse espeque, para o autor, a conversão das normas de cultura em bens jurídicos e sua consequente e necessária proteção pelo ordenamento jurídico ocorreriam em duas fases distintas. Sobre o tema a precisa síntese de Juarez Tavares (2003):

Essa tutela, entretanto, percorreria duas vias. reconhecer que o bem jurídico apesar de derivar normalmente de um dado real só teria existência a partir das imposições das normas de cultura que, dirigindo-se ao povo, lhe asseguram a transformação axiológica de simples coisa a um bem dotado de valor e lhe respaldam a proteção criando a todos, indistintamente, deveres de proteção e respeito. Na segunda o bem valorado no sentido das normas de cultura assumiria a condição de bem jurídico, por imposição de sua tutela jurídica, agora não mais dirigida a todos, mas exclusivamente ao juiz, que teria como função sancionar as respectivas infrações de sua violação. (TAVARES, 2013, p. 136).

A abertura epistemológica levada a cabo pelo neokantismo a partir da metodologia das ciências culturais (compreensivo-valorativo) e a consequente construção acerca das normas de cultura, serão fatores fundamentais para a construção do conceito de bem jurídico e a ideia reitora de adequação social no finalismo de Welzel. Nesse sentido, em referência ao finalismo, Juarez Tavares (2003, p. 190): “Com a dependência do conceito de bem jurídico às normas de cultura, concebidas como um substrato pré-jurídico de qualquer processo legislativo, já começa a delinear-se sua ontologicidade.”

Em precisa síntese sobre o tema Cláudio Brandão (2014):

Assim, o neokantismo deixou marcas tão arraigadas que não é possível separar a dogmática penal dele. O finalismo e o funcionalismo, construções dogmáticas que norteiam em grande medida as legislações e a jurisprudência penais hodiernas, também pressupõe o neokantismo: para o finalismo, por exemplo, a função do direito penal é proteger os valores mais importantes da vida em comunidade; por sua vez, para o funcionalismo, *verbi gratia*, a imputação ao tipo deverá ser feita com base em um juízo de valor que tem o condão de afastar a causalidade em face do risco. O direito, pois, não é cego aos valores, mas sim valioso, conforme o método neokantiano penal (BRANDÃO, 2014, p. 142-13).

Os pressupostos da adequação social somente podem ser compreendidos quando determinada conduta (comportamento) não criar uma situação de perigo ou for lesiva, danosa, ao meio social. Nesse contexto, não há como se considerar típica a conduta que está de acordo com a ordem ético-social normal (conduta socialmente adequada de Welzel), pois, para o autor, o tipo é uma seleção de condutas que resultam uma violação insuportável dos valores éticos sociais da vida em comunidade (SILVEIRA, 2010). Nesta toada, o culturalismo fornecerá as ferramentas adequadas para a leitura e compreensão da vida em comunidade, ou seja, do corpo social.

3.6 A concepção finalista

A doutrina finalista surge nos anos trinta do século XX, ocasião em que o movimento neokantista atingiu seu ápice. Em termos gerais, o neokantismo reagiu contra o positivismo normativo e o finalismo dirige suas críticas contra o neokantismo. Com o fim da Segunda Guerra mundial o finalismo tomou impulso com a proposta de eliminar as bases positivistas e neokantistas anteriores, que de certa forma legitimaram o Direito penal no regime nacional socialista após a efêmera existência da República de Weimar. Como missão da nova era que se surgia, tornou-se imprescindível despolitizar o conceito de bem jurídico profundamente ideologizado pelo neokantismo e o positivismo, criando limites e conteúdo ao conceito. Como veremos o finalismo, ao dogmatizar o bem jurídico, retorna ao conceito naturalístico, metajurídico de danosidade social, como parte integrante exigível na ideia de lesão ao bem jurídico.

O desenvolvimento histórico do conceito de bem jurídico com suas críticas e tentativas de superação engendrados através da evolução das escolas penais, demonstrou, inequivocamente, o processo de construção ideologicamente enviesado do instituto. Em linhas gerais a controvérsia gira em torno da ideia matricial de bem jurídico, edificada sobre a noção de danosidade social plasmada pelos contratualistas no início da modernidade.

Nesse sentido, explica Paulo Cesar Busato (2013):

Segundo Schunemam, é possível situar como Big Bang da discussão a respeito do tema bem jurídico a afirmação da legitimação do Estado segundo a fórmula do contrato social, que encontraria especialmente em Beccaria consequências decisivas para o Direito penal, entre a tratativa como tirania inaceitável, todo emprego do Direito penal aplicado com pretensão de impor

formas de vida e não prevenir danos sociais. Esse “dano social” seria reconhecido, mais tarde, em Feuerbach, como bem jurídico, ainda que não fosse descrito com esse nome. (BUSATO, 2013, p. 349).

Em apertada síntese, o finalismo sustentou que nos objetos de conhecimento (experiência) existem verdades, conceitos pré-jurídicos, naturais, que condicionam o método de estudo (fenomenológico), aduzindo que o valor está na essência dos objetos do conhecimento, e não na atividade do intérprete (método compreensivo-valorativo). Para Welzel, essas categorias, pré-jurídicas naturais, ontológicas, que o homem conheceria através do método fenomenológico, constituiriam limites à atividade do legislador e intérprete da norma penal. Nessa toada o finalismo fundamenta-se estruturalmente em duas categorias pré-jurídicas (ontológicas): ação, definida como “exercício da atividade final”, e a livre determinação do indivíduo (livre arbítrio), cerne da culpabilidade (FONSECA, 2019).

Como veremos o conceito de bem jurídico elaborado pelo autor fundamenta-se, necessariamente, nos denominados valores elementares, ou éticos sociais da vida em comunidade. Tais valores elementares, ético-sociais, na visão de Welzel, são categorias lógico-objetivas⁶, pré-jurídicas, que teriam a função de limitar o arbítrio estatal. Não percamos de vista que Welzel testemunhou o Direito penal da Escola de Kiel que serviu fielmente aos propósitos do nacional socialismo, ao identificar o bem jurídico com o mero interesse estatal (BUSATO, 2013).

Segundo Juarez Tavares (2003), para Welzel, o indivíduo está inserido em uma realidade (sociedade) permeada de valores, no entanto, tais valores não são oriundos do puro arbítrio ou capricho, mas são condicionados, empiricamente, a três aspectos essenciais do homem: a falibilidade física, sua diferença sexual e sociabilidade. A partir desses aspectos essenciais identificados empiricamente, o homem, em sociedade, engendra os valores elementares, denominados éticos-sociais, que tornam possível a vida em comunidade. Tais valores materializam-se na proteção a vida, propriedade, família, Estado entre outros. Nesse contexto os homens em convivência social criam reflexivamente padrões positivos de comportamento e de valores capazes de proporcionar unidade ao meio social, possibilitando o seu inter-relacionamento e convivência pacífica.

⁶ Conforme, Hans Welzel (2015) as estruturas lógico-objetivas são estruturas da regulação da matéria jurídica que se originam diretamente da realidade.

Explica Pedro Henrique Carneiro da Fonseca (2019):

Há que ser analisado que, ademais, que Hans Welzel partiu de um objetivismo essencialista, significando que o finalismo ontológico não pode desconhecer que os conceitos formados não sejam reflexos da pura realidade”. É preciso considerar as construções humanas fundamentadas de um consenso social. Diante de tais aspectos valorativos o legislador admite a realidade ou conceito pré-jurídico para criar e regular as normas. Junto do aspecto fático há também o aspecto normativo na construção da dogmática jurídico penal (FONSECA, 2019, p. 37-380).

Para Hans Welzel (2015), as proibições e mandatos (determinações) que incidem sobre o indivíduo, como dever geral, não pode resultar, exclusivamente, de um poder externo ao ser, como exemplo o poder do Estado, religioso (divino) ou de reiteração de hábitos sociais. Sustenta o autor, que os valores elementares, éticos-sociais de uma comunidade, são internalizados pelos indivíduos tornando-se imanentes em sua consciência e razão, criando, dessa forma, sentido ao seu ser (existência no mundo), bem como, orientando as ações.

Sobre o tema a precisa síntese de Juarez Tavares (2003):

Os valores ético-sociais serão sempre valores de orientação de conduta e não derivados do sucesso de eventos materiais causais constituem seu dado existencial tanto o dever transcendental, ao qual estão subordinados e o qual, desde logo, se tornam imanente na consciência e na razão do autor, quanto, por conseguinte, a condição deste como pessoa responsável TAVARES, 2003, p. 191).

Sendo imanente a consciência do indivíduo surge o dever de obediência aos valores éticos sociais, que por sua vez tornam-se o fundamento da ação. A partir dessa colocação Welzel sustenta que a missão do Direito penal é a proteção dos valores éticos sociais e reflexamente a proteção de bens jurídicos. Na concepção ontológica de Welzel, o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas se vê substituído em grau de preferência pelos chamados valores éticos sociais (TAVARES, 2003).

Para Cezar Roberto Bitencourt (2009):

Na verdade, o Direito Penal protege, dentro de sua função ético- social, o comportamento humano daquela maioria capaz de manter uma mínima vinculação ético-social, que participa da construção positiva da vida em sociedade por meio da família, escola e trabalho. O Direito Penal funciona, num primeiro plano, garantindo a segurança e a estabilidade do juízo ético social da comunidade, e, em segundo plano reage diante do caso concreto contra a violação ao ordenamento jurídico social com a imposição da pena

correspondente (BITENCOURT, 2009, p. 8).⁷

Para o autor, acima citado, a função do Direito penal é a proteção dos valores elementares da vida em comunidade e reflexamente a proteção de bens jurídicos. Neste contexto, bem jurídico é definido como todo estado social desejável que o direito deseja proteger de lesões, representando uma unidade funcional social que integra a própria estrutura da sociedade.

Explica Cláudio Brandão (2014):

A definição do bem jurídico, dentro deste contexto, pode ser sintetizada nas palavras de Welzel, “um bem vital para comunidade ou para o indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. De acordo com seu substrato, pode aparecer das mais diferentes formas: como objeto psicofísico ideal espiritual (por exemplo, aquele, vida – este honra), ou como um estado real (por exemplo, tranquilidade do lar), ou como relação vital (por exemplo, matrimônio ou parentesco), ou como relação jurídica (por exemplo, propriedade, direito de caça) ou ainda como conduta de um terceiro (por exemplo, dever de fidelidade do empregado público, bem jurídico protegido contra suborno). Logo, bem jurídico é todo o estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões. [...] A significação de um bem jurídico não há de ser apreciada isoladamente em relação a ele mesmo, mas sim em conexão com toda ordem social” (BRANDÃO, 2014, p. 143-144).

Para o finalismo, o Direito penal leva a cabo a proteção de bens jurídicos ao proibir ou determinar ações, sendo que o conteúdo dessas normas traz em sua essência os valores éticos sociais oriundos da vida em comunidade, que, em caso de ofensa, serão assegurados mediante a imposição de uma sanção. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira (2010), a partir desta construção Welzel iniciara a construção do “socialmente adequado” em Direito penal, ao refutar uma relação puramente causal em caso de lesão a bens jurídicos.⁸

Nesse sentido, a precisa síntese de Paulo Cesar Busato (2013):

Entretanto, já então, justamente por influência da filosofia neokantiana dos valores, a própria doutrina da ação – que era o foco de atenção do desenvolvimento dogmático de Welzel – apresentava uma alternativa assaz interessante com a chamada teoria social da ação que, se não gozava de uniformidade suficiente para firmar-se teoricamente, ao menos produzia um

⁷ O desenvolvimento do socialmente adequado, em certa medida, surge nesse ponto: ações que se situam nos limites dos valores éticos e sociais (PRADO, 2019).

⁸ Conforme Renato de Mello Jorge Silveira (2010), as construções do finalismo, sobre o bem jurídico, originaram duas concepções doutrinárias: sociológicas e constitucionalistas. Para concepções sociológicas a noção de bem jurídico reside na sociedade de forma “metajurídica”, lastreando-se, em caso de ofensa, na ideia de danosidade social. Para os constitucionalistas o bem jurídico está localizado na Constituição, que delimitara o contorno de sua proteção em caso de necessidade de atuação do Direito penal.

recorte da ação segundo critérios de relevância, o que promovia a exclusão da imputação das ações cotidianamente aceitas no seu respectivo contexto histórico - social. (BUSATO, 2013, p. 351).

A estrutura dúplice da ação dogmatizada por Welzel (desvalor da ação e desvalor do resultado) está correlacionada com a função do Direito penal: o desvalor da ação representa à violação a vigência da norma e, conseqüentemente, aos valores éticos sociais nela consubstanciados, enquanto o desvalor do resultado materializa a lesão ao bem jurídico. Como ressaltamos, para Welzel, a função do Direito penal é a proteção dos valores elementares da comunidade, proibindo com ameaça de uma pena as ações contrárias a esses valores (ação desvalorada) e reflexamente a proteção de bem jurídicos (resultado desvalorado). O duplo viés da ação, concebido por Welzel, será valorado a partir dos valores éticos sociais plasmados na vida da comunidade.

O finalismo buscou a definição de um sentido social, objetivo, da ação, capaz de se sobrepôr a mera lesão externa do bem jurídico e uma noção de ilícito centrado unicamente no desvalor causal do resultado (subsunção do fato a lei penal). Neste contexto Welzel foi o primeiro teórico do Direito penal a perceber a impossibilidade de se considerar como ilícita uma conduta aceita ou tolerada em determinado contexto social. Conforme, Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005) a ideia reitora de adequação social se traduz na comunicação entre o direito positivo, estrutura onde se situam os bens jurídicos, e os valores éticos sociais existentes em determinada comunidade.

O conceito de adequação social não é puramente fático (empírico) e fundamenta-se na percepção dos valores éticos sociais vigentes em determinada comunidade. Segundo Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005), Welzel definiu a sociedade em duas perspectivas: uma realidade composta de estruturas onde se situam os bens jurídicos e os valores, de outra parte uma realidade (perspectiva) valorativa (normativa), concernente aos valores que respondem aos "fatos da sociedade", entendida como as condutas funcionais ligadas ao desenvolvimento regular da sociedade.

Ao se utilizar deste recurso conceitual, Welzel chamava atenção para uma dimensão até então esquecida pela teoria do bem jurídico: a dimensão de seu sentido social, de onde se deveria extrair o significado e analisar a danosidade e relevância de determinado comportamento. (LUZ, 2013, p. 57).

Ambos os conceitos são dinâmicos e permitem através de interações o regular fluxo de desenvolvimento da sociedade. Nesse diapasão as condutas socialmente adequadas são aquelas que, independentemente de previsão típica, podem ocorrer dentro dos marcos da liberdade de ação conferida pela sociedade: são os comportamentos (condutas) tolerados ou aceitos pela sociedade, sendo que a valoração da sociedade em determinado contexto, é que definirá a aceitação ou mesmo a tolerância diante do fato concreto.

Nesse sentido, explica Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005):

Na realidade, a adequação social é sinônimo da normatização da acção, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da actuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal de crime. A vida nunca surge como uma descrição formal de factos, as circunstâncias mudam, o contexto em que os factos têm lugar é diferente, o problema tem uma dimensão fundamental que não pode ser esquecida, e que não é devidamente apreendida onde o tipo legal é entendido e aplicado como uma fórmula vazia de significado, opaca ou fechada aos sentidos sociais a que se dirige. (FARIA, 2005, p. 32).

Para Welzel a problemática em torno da lesão ao bem jurídico deve ser resolvida no âmbito da adequação social: somente condutas inadequadas socialmente, sob a perspectiva de sua reprovabilidade e danosidade social lesariam bens jurídicos, tendo em vista que a própria noção de bem jurídico decorre diretamente dos valores éticos sociais da vida em comunidade. A dinamicidade conferida à adequação social permite o diálogo entre o direito e a sociedade e seus valores.

Nesse sentido, a precisa lição de Paulo Cesar Busato (2013):

Welzel, dentro da construção finalista, ao propor a adição de um recorte de imputação com sua fórmula de adequação social, foi quem, pela primeira vez, trouxe, ainda que de modo impreciso, pois que pairando sem lugar específico na estrutura da teoria do delito, um perfil material à imputação relacionando a estrutura punitiva ao objeto afligido pela conduta delitiva. Para Welzel, os tipos penais deveriam representar “formas de conduta que se apartam gravemente das ordens históricas da vida social. O raciocínio de Welzel era de que se o tipo é um tipo de injusto, ou seja, se indica descritivamente a prática de um injusto penal, não pode obviamente, descrever uma ação que seja considerada socialmente adequada. (BUSATO, 2013, p. 350).

Nesse espeque, ao analisar a origem e evolução do conceito de bem jurídico, desde sua ideia matricial ancorada no iluminismo, Paulo César Busato (2013), em percuciente análise ao finalismo, sustenta que, Welzel, situa a noção de bem jurídico

e sua eventual lesão para serem compreendidos e analisados no âmbito da adequação social.

Não há distância do entendimento primário de que o bem jurídico está, para Hans Welzel, em segundo plano. A importância da argumentação é fixada a partir do momento em que há o raciocínio de que a lesão ao bem jurídico deve ser discutida e verificada, no âmbito dogmático, dentro do princípio da adequação social. Assim, o juízo de adequação social, leva em conta a violação do bem jurídico do ponto de vista ético social. Isso ocorre ao lado da adequação social, do princípio da legalidade e da antinormatividade (FONSECA, 2019, p. 49-50).

O bem jurídico dogmatizado pelo finalismo entrelaça-se, em sua essência, com os valores éticos sociais da vida da comunidade. Nesse diapasão, os valores éticos sociais são mutáveis, não estáticos e dotados de “processualidade”, no sentido da constante evolução em seus significados. A complexidade inerente à sociedade pós-moderna acentuou inequivocamente esse processo de constante alteração dos valores elementares da sociedade.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2019) esclarece que:

De inspiração fenomenológica, essa peculiar orientação estabelece que os bens jurídicos realizam certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social. Com razão, afirma seu caráter dinâmico, não estático, como se “peças de museu” fossem. (PRADO, 2019, p. 33).

Ao construir a noção de bem jurídico como valor conectado com a realidade e seu contexto, Welzel, engendra uma exceção ao próprio ontologismo de cunho naturalista. Para o autor, o bem jurídico inter-relaciona-se com a sociedade e seus valores em sua gama de complexidade, cabendo ao corpo social, através de referidos valores, determinar o que é socialmente danoso. Nesse ponto a ideia de “danosidade social” é fundamental tendo em vista que seu conteúdo e dimensão são realizados pela sociedade à margem do direito positivo. Nesse sentido a precisa síntese de Zielinsk (1990, p. 137):

Considerando - se que os bens jurídicos encontram-se no processo da vida social, parece certo que nem toda ação que venha afetar um bem jurídico individual venha a se mostrar determinantemente valorada em termos negativos. Assim, caso ele venha a se mostrar dentro de uma expectativa social, ou seja, não socialmente intolerável, embutida no que se poderia ter por círculo de tratamento normal de bens jurídicos, descabido seria o juízo negativo. (ZIELINSK, 1990, p. 137 *apud* SILVEIRA, 2010, p. 27).

Para o finalismo a adequação social é o mecanismo jurídico responsável pela leitura da evolução e mutação dos valores éticos sociais, bem como da tolerância do corpo social em caso de lesões à bem jurídicos. Nesse diapasão Hans Welzel (2015), pontua que não podem constituir tipos penais as ações que se realizam nos limites da ordem social. Referidas condutas seriam excluídas do âmbito do Direito penal pelo seu caráter considerado socialmente adequado, ou seja, por representar ações que se desenvolvem dentro do círculo da ordem ético social da vida da comunidade.

Desta forma, a decadência valorativa de um bem jurídico, em razão de alteração do significado e ou mutação dos valores éticos sociais, reconhecido até determinada época como merecedor de proteção, constitui a razão para o afastamento do tipo penal pela adequação social. Fato exemplificativo foi o crime de adultério, art. 240 do Código Penal (CP) (BRASIL, [2019]), hoje revogado, que se tornou um fato comum e corriqueiro no Brasil de hoje que não seria exagero dizer que perdeu em sua essência a característica da danosidade, repulsividade e ojeriza por parte do meio social.⁹

⁹ Não percamos de vista que as condutas socialmente adequadas não são necessariamente comportamentos exemplares, mas que se situam nos limites da ordem histórica condicionada de determinada comunidade (PRADO, 2019).

4 AS BASES DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

4.1 Superação do dogma causal positivista

A adequação social surgiu como resultado de um processo paulatino de construções dogmáticas que, em comum, buscavam limitar o paradigma causal-positivista, espreado pelo pensamento filosófico e jurídico do século XIX e início do século XX¹⁰.

Em uma perspectiva puramente causal positivista o conceito de ação era visto de forma conjunta com o resultado, ou seja, ambos eram compreendidos no mesmo momento, daí a necessidade de se atribuir um liame ou nexos que interligasse os dois fenômenos. Nesse contexto, a teoria causal¹¹, como produto típico do pensamento positivista, tinha por objetivo evidenciar um liame fisiológico (natural) entre o autor de um fato e o resultado típico, afastando a responsabilidade solidária em Direito penal (SILVEIRA, 2010). Conquanto, tal teoria, apresentasse certo viés protetivo ao individualizar a responsabilidade pelo fato, seus resultados conduziam a processos mecânicos de imputação, que foram objeto de severas críticas ainda no século XIX (TAVARES, 2003).

Nesse diapasão, surgiram, paulatinamente, teorias relativas à imputação que procuraram a mitigação da causalidade natural, propiciando, desta forma, um olhar para ação do autor e o meio social em que ele está inserido. Na visão neokantista, a ação deixa de ser compreendida como mero movimento corporal em sentido

¹⁰ A causalidade, em filosofia, é compreendida sob dois vieses: como relação racional e relação empírica. A primeira, cuja formulação é atribuída a Aristóteles, sustenta que há quatro causas na origem das coisas: causa material (substância das coisas), causa formal (forma das coisas), causa eficiente (relativo às alterações das coisas) e causa final (motivo de agir). Nesse diapasão, a causalidade é vista como força natural, contrafática, que é deduzida de seu efeito, ante a impossibilidade de observação empírica do fato. A teoria da condição, adotada no nosso Código Penal (art. 13), fundamenta-se na matriz aristotélica. A segunda ideia (relação empírica) é atribuída ao filósofo Hume, que preconizou a inexistência de uma causalidade natural, como força produtora, deduzida do efeito, mas tão somente uma relação de probabilidade oriunda da observação empírica dos fatos em sua ordem sucessão (TAVARES, 2003).

¹¹ Conforme Juarez Tavares (2003), a causalidade natural é tema extremamente controverso enfrentado pela filosofia, tendo em vista que a descoberta da segunda lei da termodinâmica (Clausius) complementada pelo princípio da indisponibilidade (Boltzmann e Maxwell), na segunda metade do século XIX, que após análise estatística, preconizaram que “o calor somente passará de um corpo mais quente para um mais frio e nunca ao contrário”. Ainda, com a criação do princípio da incerteza ou indeterminação, formulado pelo físico alemão Eisenberg, na segunda década do século XX, concluíram que a noção de causalidade natural foi praticamente abandonada pela ciência na atualidade, conquanto se mostre imprescindível em algumas situações em Direito penal, como corolário indeclinável do princípio da responsabilidade pessoal.

naturalístico, para se destacar seu significado social. A concepção anterior, meramente neutra, descritiva e objetiva da tipicidade não se coadunava com a descoberta dos elementos subjetivos e normativos. Nesse contexto, para os neokantistas a antijuridicidade deixa de ser compreendida como expressão lógica de uma contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico e passa a ser admitida como danosidade social, a partir do conceito de bem jurídico (PRADO, 2019).

A adequação social encontra seus pressupostos nessa evolução do conceito de ação, que passou de uma abordagem puramente empirista e mecânica para um conceito social, que busca sua compreensão e significado na sociedade a partir de critérios como a cultura e a história.

Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005) explica que:

E porque a valoração da ação a que procede Welzel é antes de mais uma valoração social, não nos parece ter razão Jakobs quando identifica, desde sua gênese, o conceito de adequação social com o pensamento finalista, uma vez que ele, na verdade, nasce com a valoração social da ação, valoração de um contexto social, como um juízo sobre o cumprimento social de papéis, de competências, como quer o mesmo Jakobs (FARIA, 2005, p. 38-39).

A compreensão da adequação social em seus pressupostos perpassa necessariamente por duas teorias que desenvolveram um conceito normativo de ação: a causalidade adequada, de Von Bar e a ação social, de Eberhardt Schmidt. Conquanto, tais teorias foram consideradas precursoras, o conceito de normas de cultura, cunhado por Max Ernest Mayer, no início do século XX, exercerá profunda influência na construção da adequação social.

4.2 O conceito de injusto

Para analisarmos a adequação social torna-se necessário a compreensão do injusto penal desde sua evolução e aperfeiçoamento pela dogmática, bem como a conseqüente relação de tensão existente entre os conceitos de tipo e antijuridicidade. Como veremos, a construção do “socialmente adequado” enfrenta a tormentosa questão entre o “típico” e o permitido ou tolerado socialmente.

Nesse viés, a precisa síntese de Renato de Mello Jorge Silveira (2010):

Por qualquer opção que se tenha de missão de propósitos à adequação social, indiscutível é o fato de que se mostra necessária à compreensão do injusto penal para, ao depois, questioná-lo sob o prisma da aceitação de

determinada conduta. Com esse intuito, além de ponderações acerca do bem jurídico e sua afetação, também se torna obrigatória à visualização dos elementos estruturais da teoria do delito (SILVEIRA, 2010, p. 56).

No final do século XVIII, a doutrina alemã, que há época teve em Feuerbach seu maior expoente, cunhou o conceito *Tatbestand*, significando o fato-crime em sua totalidade. Tal conceito inspirou-se na antiga expressão *corpus delicti*, de origem latina e índole processual, cujo significado estava atrelado ao conjunto de aspectos materiais e vestígios da prática de um crime. Nesse contexto, depreende-se, que o cerne de tal construção está imbricado com sua percepção sensorial.

Como observa Cláudio Brandão (2014) ao referir-se a Feuerbach:

Anselm von Feuerbach, que formula o conceito dogmático do princípio da legalidade, utiliza-se, no começo do Século XIX (1801), do conceito de *Tatbestand*, entendido como o próprio crime. Ele é o conjunto de características de uma ação concreta que são contidos em um conceito legal de uma classe determinada de conduta antijurídica. Segundo Feuerbach, "o conjunto das características de uma ação ou realidade fática especial que estão contidas no conceito de uma determinada classe de ações antijurídicas se chama o (tipo de delito) *Tatbestand* (*corpus delicti*) (BRANDÃO, 2014, p. 72).

Nessa toada, em 1805, Stubell, sustentou que o conceito de *Tatbestand*, cunhado anteriormente, compreendia em sua essência a totalidade dos elementos internos e externos de um delito, e que a ideia mesma de *Tatbestand* significava o próprio delito (TAVARES, 2003).

A partir dos conceitos plasmados, Merkel, na segunda metade do século XIX, desenvolveu a denominada teoria dos elementos negativos do tipo¹², com objetivo de trazer novos conhecimentos para o dilema existente entre as noções de tipo e antijuridicidade (SILVEIRA, 2010). Sustentou que a antijuridicidade seria um momento da tipicidade, integrando-a, em uma única fase. Nesse contexto, para Merkel, as circunstâncias da antijuridicidade, denominadas excludentes, deveriam ser analisadas no tipo funcionando implicitamente, como causas de exclusão da tipicidade, originando, desta forma, um conceito bipartido de crime.

Para Franz Von Liszt o delito deve ser compreendido como ato contrário ao direito, portanto, culpável e conseqüentemente sancionado com uma pena. Para o

¹² Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2007), a construção de Merkel leva a compreensão de que fatos como matar um inseto (atípico) e matar um homem, em legítima defesa, tenham as mesmas conseqüências no sistema analítico penal: atipicidade.

autor, o injusto penal, fundamenta-se no ato, em si, e necessariamente deve ser considerado como um problema causal (TAVARES, 2003).

Em 1906, Ernst Von Beling, em obra seminal, a partir da ideia de *Tatbestand* engendra o conceito de tipo, influenciado, como jurista de seu tempo, pelo positivismo naturalista. Plasmou um conceito de tipo avalorado, neutro e objetivo, infenso a qualquer juízo de valor, objetivando a estrita obediência ao princípio da legalidade, dogma inafastável do pensamento positivista. Nessa toada, a ação passou a ser entendida como “movimento corporal voluntario”, que deverá adequar, subsumir-se, ao conceito objetivo de tipo, gerando, em consequência a noção de tipicidade. A antijuridicidade é concebida em momento posterior a tipicidade, e era obtida através de um juízo de valor objetivo, que tinha em mente a relação de contrariedade do fato típico (tipicidade) e o ordenamento jurídico em sua totalidade.

À luz do que foi exposto, precisa é a síntese de Cláudio Brandão (2014):

Em 1906, Beling escreveu a obra que inaugurou uma nova sistemática metodológica no direito penal: A doutrina do crime (Die Lehre Verbrechten). Beling, nesta obra, reduziu o âmbito de abrangência do Tatbestand, que não seria considerado como sinônimo de crime e deu-lhe uma função no método do direito penal. A tipicidade (Tatbestand) para ele é uma descrição: Tem, pois, uma função meramente descritiva, separada da antijuridicidade e da culpabilidade. Não cabe à tipicidade o estabelecimento dos juízos sobre as causas de justificação ou sobre o dolo ou a culpa, que são as funções da antijuridicidade e da culpabilidade, respectivamente, mas tão somente realizar uma descrição, pois a tipicidade nunca pode ser valorativa apenas descritiva porque ela pertence à lei, não a vida real (BRANDÃO, 2014, p. 80-81).

Ernst von Beling construiu seu conceito de crime embasado no método positivista, com nítido viés classificatório, sistemático e neutro a qualquer juízo de valor, onde o crime é concebido por meio do método analítico: como fato típico, antijurídico e culpável.

Nesse sentido, a precisa lição de Hans Welzel (2015):

O conceito de tipo, antes de desenvolvido, remonta a Beling (Lehre vom Verbrechen, 1906). Se antes o conceito de tipo compreendia a totalidade dos caracteres do delito, Beling extraiu desse tipo outro mais restrito: “O tipo de delito formulado com precisão pelo Direito positivo” (L. v. V., p. 23) e o converteu em elemento constitutivo do delito: delito é a ação típica (1), antijurídica (2) e culpável (3) (WELZEL, 2015, p. 66).

As construções do autor, acima citado, ao criar o conceito de tipicidade e lhe conferir uma função autônoma, anterior e necessária para o conhecimento das já

existentes categorias da antijuridicidade e culpabilidade, possibilitaram a criação de uma nova metodologia para o Direito penal que, inquestionavelmente, ecoará no século XX.

Não atentou Beling para o fato de ele estar, ao dar uma função ao Tatbestand, criando uma nova concepção, que significará uma metodologia completamente nova para o direito penal. E esta metodologia nova significou o rompimento com a concepção anterior, pois a estrutura do crime em três etapas causará consequências transformadoras nas ciências criminais e romperá, sobretudo, com a possibilidade de utilização do direito consuetudinário *in malam parte* (BRANDÃO, 2014, p. 84-86).

No processo de evolução pendular da dogmática penal, o movimento neokantista, no século XX, toma impulso nos círculos jurídicos e filosóficos, a partir, da já mencionada, divisão conceitual entre natureza e cultura e as respectivas metodologias para o conhecimento dos objetos a eles vinculados. Nessa toada, Max Ernest Mayer, em 1915, fará dura oposição às construções de Beling, ao sustentar que entre os conceitos de tipo e antijuridicidade, apesar de ambos serem autônomos, existirá, necessariamente, uma relação valorativa: a tipicidade será indiciária da antijuridicidade, constituindo, desta forma, sua *ratio cognoscendi*, ou seja, a razão de conhecimento da antijuridicidade.

Explica Cláudio Brandão (2014):

Mayer reconhece a importância de se vincular a existência do crime à existência prévia da tipicidade, porém defende que ela não é uma mera descrição. Isto se dá porque a tipicidade tem o condão de ser indício dos demais elementos do crime especialmente da antijuridicidade (BRANDÃO, 2014, p. 90).

Para Mayer, o delito em sua análise metodológica, será compreendido como um fato típico, antijurídico e culpável, com a inclusão de elementos valorativos (normativos) na estrutura do tipo, que deixou de ser puramente objetivo e neutro, que somente alcançara seu sentido à luz do conceito de ação. Neste viés, as construções do autor exerceram profunda influência no finalismo de Welzel, que entrará em cena nos próximos anos (SILVEIRA, 2010).

Na década de 1930, Edmund Mezger, considerado típico representante do neokantismo, ressignificará, profundamente, o conceito de tipo. Em suas teorizações, insere a noção de tipo na antijuridicidade, fundindo-as e definindo o delito como o fato tipicamente antijurídico e culpável. As construções foram de extrema valia para a

dogmática penal, tendo em vista que a inclusão do tipo na antijuridicidade, concebida por meio de juízos de valor, tornará possível a quebra do paradigma anterior (Liszt-Beling) acerca do tipo, visto como neutro e avalorado. Nesse viés, o tipo passa a ser objeto de juízos de valor, ao ser incluído em sua estrutura elementos subjetivos e normativos. Nesse sentido, Cláudio Brandão (2014), esclarece ainda:

Para Mezger o crime deve ser definido como uma ação tipicamente antijurídica e culpável. Não residem na definição do crime três elementos referentes à conduta, mas apenas dois. O primeiro é a ação tipicamente antijurídica (Rectswidrig- tatbestandmässig) e o segundo é a culpabilidade (Schuld). A tipicidade é tratada como injusto tipificado, porque a antijuridicidade, para o autor, é uma característica do tipo, isto é, o tipo constitui a base real da antijuridicidade (BRANDÃO, 2014).

A partir da compreensão de que não existem apenas elementos descritivos no tipo, ou seja, que também há aqueles tipos que necessariamente precisam de um juízo de valor, a teoria do tipo alcançou um gigantesco impulso.

Nesse contexto, as teorizações de Edmund Mezger relativas à inclusão do tipo na antijuridicidade em uma categoria conceitual única, foram objeto de severas críticas por parte de Welzel, na segunda metade da década de 1930. O finalismo, fundamentado nas categorias lógico-objetivas, reestrutura o conceito de tipo lhe conferindo autonomia conceitual e abarcando, em sua estrutura, elementos objetivos subjetivos e normativos, funcionando a tipicidade como indício da antijuridicidade. Ao construir sua teoria, encampou os conceitos desenvolvidos pelos neokantistas Mayer (elementos normativos) e Mezger (elementos subjetivos), em oposição a uma concepção puramente causal e naturalística do tipo.

Nesse sentido, explica Hans Welzel (2015):

Beling dizia que o tipo não contém “nenhum juízo de valor” e está livre de todo elemento-subjetivo anímico. Este último defeito foi corrigido com o descobrimento dos elementos subjetivos do injusto e o desenvolvimento da doutrina da ação finalista: o tipo compreende tanto os elementos objetivos como os subjetivos ou anímicos da ação (WELZEL, 2015, p. 66).

Em apertada síntese, para o finalismo de Welzel, a ação é ao mesmo tempo causal e final, tendo em vista que às ciências naturais interessa a ação como fenômeno do mundo natural (natureza), como fato causal, mas ao direito, que pertence à ordem do pensar, somente interessa o aspecto final enquanto essência da ação, imanente à mesma (TAVARES, 2003). Nesse diapasão, o delito é

compreendido, em sua análise metodológica, como fato típico, antijurídico e culpável, onde a ação final, como ato de vontade, compreendida no tipo é parte essencial, junto ao resultado, para se alcançar o sentido social da ação.

Uma ação converte-se em delito se infringe a ordem da comunidade de um modo previsto em um dos tipos legais e pode ser reprovável ao autor no conceito de culpabilidade. A ação tem que infringir, por conseguinte, de um modo determinado, a ordem da comunidade: tem que ser “típica” e “antijurídica”; e há ser, além disso, reprovável ao autor como pessoa responsável: tem que ser “culpável”. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em delito (WELZEL, 2015, p. 57).

A partir da definição do injusto preconizada por Hans Welzel, com a consequente harmonização dos conceitos de tipicidade e antijuridicidade, tem início o desenvolvimento da adequação social, com a percepção de seus efeitos na estrutura analítica do crime¹³. Nesse contexto, a busca de um sentido social da ação em oposição aos processos puramente causais, deflagrados pela ação humana, será a pedra de toque para a construção do socialmente adequado em Direito penal.

4.3 O pensamento de Carl Ludwig Von Bar

Em 1871, o jurista alemão Carl Ludwig Von Bar, ao dar os passos iniciais que culminaram na criação da denominada teoria da causalidade adequada, buscou ao elaborar sua teoria, limitar o antigo e agora inadequado, frente ao desenvolvimento capitalista de sua época, dogma causal naturalista, ao engendrar um conceito de ação normativo, valorado, aplicável em casos de prática de atos ilícitos na esfera cível. O pensamento, direcionou-se para a valoração da ação, fato que exercerá profunda influência na construção da adequação social, por Welzel.

Nesse sentido, explica Renato de Mello Jorge Silveira (2010):

Também de crucial importância foi o intento de busca de limitação da causalidade ao objetivamente imputado, mediante a teoria da adequação. Com base nos estudos prévios de von Bar – os quais se desenvolvem, assim, no que se denominou de teoria da causalidade adequada, ou teoria da adequação, lastreada no que seria ou não adequado para a causação de um determinado resultado – pode-se melhor compreender a própria fundamentação inicial da adequação social (SILVEIRA, 2010).

¹³ A compressão de um instituto somente é possível a partir de considerações da estrutura (sistema) de onde ele é parte. Com a adequação social não é diferente: para compreendê-la é necessário passar pela obra de Welzel.

Através do estudo da jurisprudência, Carl Ludwig Von Bar sustentou que não bastava a mera previsibilidade objetiva do autor do fato e a constatação da relação de causalidade, para a incidência do dever de indenizar, em casos de lesão (danos) a terceiros, tornando-se imprescindível, que o comportamento do autor tenha inobservado as regras comuns de convivência existentes na vida em comunidade, ou seja, a ação deve manifestar-se em contradição com as regras objetivas de cuidado, plasmadas e exigíveis em determinado contexto social. Nessa toada, ao mitigar os efeitos da relação de causalidade, que exigia apenas um liame fisiológico entre o autor e o resultado para responsabilização, buscou o sentido social da ação, como critério para se aferir se a conduta do autor inobservou “as regras comuns de cuidado exigíveis na vida em sociedade”.

Nesse sentido, a precisa lição de Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005):

O fundamental do pensamento de Von Bar reduz-se ao seguinte: só há que apurar a causalidade adequada sempre que a conduta que determinou a produção do resultado se revelar desadequada às regras da vida em sociedade, ao que é normal e desejável em termos de convivência social. O que significa o recurso a uma ideia de desejabilidade ou exigibilidade social da ação, a referência à violação do cuidado por parte do agente ao nível do ilícito, a aceitação de uma medida considerável de normatização da ação, tal como a que vem a cunhar o conceito de adequação social, e o pensamento de Welzel (FARIA, 2005, p. 53).

Para Carl Ludwig Von Bar, a vida em comunidade traz benefícios individuais e coletivos, sendo que os eventuais danos decorrentes de condutas funcionais orientadas pelas regras objetivas de cuidado, não seriam relevantes, apesar da causalidade, para criarem o dever de indenizar, tendo em vista, que tais condutas são consideradas necessárias e comuns no desenvolvimento da vida em comunidade. Não percamos de vista, que o autor, desenvolve sua teoria no ápice do desenvolvimento do capitalismo industrial alemão, na segunda metade do século XIX, com a expansão de ferrovias, estradas e da vida urbana. Nesse contexto, a preocupação era justificar as condutas funcionais, tidas como necessárias e normais no processo de desenvolvimento tecnológico da sociedade, apesar de eventuais lesões a terceiros (FARIA, 2005).

Conforme Juarez Tavares (2003), a construção inicial de Von Bar foi teorizada pelo médico, fisiologista, Joahannes Adolf Von Kries em 1886, ao desenvolver a teoria da causalidade adequada e aplica-la em Direito penal. Para o autor, somente haverá

imputação de resultado ao autor “se houver uma tendência geral do comportamento em causar um dano”. Nesse esboço, buscou o necessário grau valorativo da ação humana, não no sentido ontológico, mas normativo, que será alcançado, a partir do contexto social em que o indivíduo está inserido. A causalidade adequada tornou-se uma das teorias que tentaram superar a teoria da condição (causalidade), em Direito penal, conquanto, ainda que não obtivesse sucesso foi precursor de teorias como a imputação objetiva, ao valorar o conceito de ação.

4.4 A teoria social da ação

A necessidade da existência de uma conduta¹⁴ (ação) para a constituição do conceito de crime é uma imensa conquista de um Direito penal liberal, vocacionado para a proteção dos bens jurídicos essenciais para o homem e para a sociedade. Nem sempre foi assim, em tempos remotos, o Direito penal prescindia do conceito de conduta para aplicar a pena, desse modo, coisas, animais e até pensamentos poderiam ser punidos (BRANDÃO, 2019).

Pode se afirmar que a ação humana é considerada o substrato da teoria do crime, apesar das diversas explicações e abordagens levadas a cabo por diversas escolas penais¹⁵, que construíram a dogmática penal ao longo de quase dois séculos. Nesse contexto, nas três etapas do método penal haverá um juízo de valor sobre a ação: a tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta; e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta (BRANDÃO, 2019).

O conceito de ação, base da teoria do crime, pertence ao mundo dos fatos, da realidade fenomênica, não sendo construído ou definido a partir da norma ou de conceitos jurídicos. Nesse sentido, explica Cláudio Brandão (2019), que a ação humana existiria como acontecimento na realidade fática, independentemente do direito.

¹⁴ As modalidades de conduta humana são a ação e a omissão. No entanto, emprega-se o termo ação como sinônimo de conduta, tendo em vista que a ação envolveria a comissão, que se identificaria com a ação positiva e a omissão, que se identificaria com ação negativa (não fazer). Desta forma, a ação e a omissão são modalidades da conduta humana (BRANDÃO, 2019).

¹⁵ Segundo Cláudio Brandão (2019), tais escolas podem ser sintetizadas em quatro eixos teóricos principais: teoria causalista, a teoria social, a teoria finalista e a teoria funcionalista da ação.

Por influência da filosofia de Hegel o conceito de ação ingressou na dogmática penal para nunca mais deixá-la. Nesse diapasão, em 1857, o jurista alemão Albert Friedrich Berner, a partir da dialética Hegeliana¹⁶ construiu o que seria a primeira definição moderna de ação. Em termos gerais, para o autor a ação será o conceito de onde se extrai a vontade moral (livre) do autor. Tal conceito se revelou de grande importância, tendo em vista que antes a dogmática penal empregava o conceito de ação de cariz romana, identificada com o dolo (*malus*) do agente, que operava segundo um código binário; vontade livre e vontade não livre (BRANDÃO, 2019).

A influência da filosofia hegeliana e sua consequente definição do conceito de ação permaneceram na dogmática penal até o último biênio do século XIX, ocasião em que o pensamento positivista causalista, com sua metodologia empírica descritiva, passou a exercer larga influência sobre o pensamento jurídico e filosófico europeu. Os causalistas¹⁷ enfocavam a ação humana como simples movimento corpóreo de fazer ou não fazer, nesse viés, o crime naquele tempo (final do século XIX e princípio do século XX), era dividido em duas partes: objetiva e subjetiva.

Eberhardt Schmidt, em 1932, deparou-se com a difícil missão de atualizar a obra de seu mestre, Von Liszt, considerado um dos principais expoentes do positivismo causalista no cenário alemão. Em linhas gerais, para Liszt, a ação humana constituía-se em um ato de vontade, ausente a coação física e moral, e um ato externo (resultado), perceptível sensorialmente no mundo exterior, interligados pela causalidade. Nesse contexto, Schmidt procurou relativizar o conceito de ação elaborado por Liszt, ao sustentar um conceito de ação que busca seu sentido e valor a partir do meio social. Para o autor, a ideia central da teoria social da ação é buscar a síntese da relação entre o comportamento humano e o mundo circundante, sendo a ação todo comportamento socialmente relevante (SILVEIRA, 2010).

Explica Claudio Brandão (2019):

Para ilustrar o conceito de ação, Schmidt parte de uma metáfora. Dizia ele que, enquanto Adão estava sozinho no paraíso, o que felizmente tinha durado pouco tempo, não houve oportunidade para se manifestar a problemática da

¹⁶ O método dialético de Hegel parte da existência de uma proposição (tese), e uma oposição (antítese), que será relativizada e harmonizada pela síntese, de matriz lógica racional, que tornara possível o conhecimento do objeto investigado. Nesse contexto, a ação humana como síntese; surge dos objetos antagônicos vontade livre (tese), e causalidade (antítese). A ação como critério de imputação é definida como a modificação causada no mundo exterior pela vontade moral livre do homem (BRANDÃO, 2019).

¹⁷ Entre os autores causalistas destacaram-se; Von Liszt, Beling, Binding, Radbruch entre outros (TAVARES, 2003).

ação. Somente, serão ações os comportamentos estimulados pela vontade que atinjam a esfera existencial do “próximo”, pois somente com a comunhão social entre os humanos ganha corpo essa problemática. Ação, nessa perspectiva é um conceito valorado em face do seu sentido social (BRANDÃO, 2019, p. 71).

Nesse diapasão, se o direito é a manifestação da comunhão social nada mais lógico e compreensível que o Direito penal se mostre como o necessário a sancionar os comportamentos (condutas) que a própria consciência social reprove. Os contornos iniciais da adequação social foram delineados a partir da valoração social da ação, tendo em vista à impossibilidade de se alcançar a essência do ilícito a partir da definição de sentido da norma através de um critério puramente legalista (positivista).

Nesse sentido, a precisa lição de Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005):

Muito embora a formulação do conceito de adequação social não se tenha ficado a dever a Eberhardt Schmidt, não é menos certo que é vulgarmente apontado como o fundador do conceito social de ação, a que adere Welzel, e se acaba por perder no seu pensamento a favor dos elementos subjectivos do ilícito. A idéia reitora do conceito de adequação social é formulada com grande precisão pelo próprio Eberhardt Schmidt (FARIA, 2005, p. 47).

A obra que iniciou a corrente finalista foi *Kausalität und Handlung* (Causalidade e Ação), de Hans Welzel, cujas ideias se concretizam posteriormente em outros artigos e monografias. A incidência delas na sistemática penal viria a ocorrer em 1939, ano em que Welzel publica seus *Studien zum System des Strafrechts* (Estudos sobre o Sistema do Direito Penal) (BRANDÃO, 2019). Ao elaborar seu conceito ontológico de ação, base da pirâmide do finalismo, Welzel, ressalta a necessidade de se estabelecer o sentido social da conduta.

Nesse panorama, Hans Welzel (2015) afirma-nos que:

Parece estar esquecido hoje, quando se contrapõe à doutrina da ação finalista um conceito “social”, que um dos propósitos fundamentais do finalismo, desde suas origens, foi a compreensão da ação como fenômeno social. A ação, como um fenômeno social, não pode ser compreendida senão sobre a base da doutrina da ação finalista (WELZEL, 2015. 43).

A ação é uma categoria filosófica¹⁸ que fornece o substrato para a construção

¹⁸ A partir de um exame crítico das teorias da ação, Francisco de Assis Toledo (2002) ressalta que essas duas notas – causalidade e finalidade – não esgotam, evidentemente, todo o vasto conteúdo do agir humano. É possível mesmo que esse conteúdo, em sua maior parte, não se deixe aprender em um rígido esquema causal finalista, ou em qualquer outro. A ação real – acentua Max Weber –

de importantes pilares metodológicos em várias áreas dos saberes. Por ser um conceito vasto e complexo possibilitou grandes inovações no direito, a exemplo da adequação social em Direito penal.

4.5 As normas de cultura

Inspirado pelo culturalismo, que iniciava naquela época sua trajetória na filosofia alemã, Max Ernest Mayer formulou a teoria das normas de cultura, em monografia de 1903 (*Rechtsnormen und Kulturnormen*), e posteriormente incluído em seu Lehrbuch. (FARIA, 2005).

O culturalismo¹⁹ se situa numa vertente do pensamento kantiano, de perspectiva transcendental que pretende investigar sobre valores de validade universal como “objeto da metafísica”. Nesse viés, o culturalismo parte da divisão epistemológica e metodológica das ciências em nomotéticas e idiográficas, proposta por Windelband e Dilthey. As ciências nomotéticas abstraem de casos particulares, estabelecendo leis gerais (física, química, matemática). Por outro lado, as ciências culturais, idiográficas, dedicam-se ao estudo dos “fenômenos individuais” e “incorporam valores e valorações”, em seu desenvolvimento, compreendidos o direito e a história, entre outras, nessa perspectiva (PRADO, 2019).

Inicialmente, as críticas de Mayer são direcionadas para a questão da causalidade (nexo causal), sustentando que tal noção era recente no Direito Penal, e que exerceu pouca influência no sistema anterior (Feuerbach), figurando apenas em alguns delitos previstos na parte especial (homicídio e lesões corporais), e que, indevidamente, tal conceito virou ponto nevrálgico no Direito Penal, por obra do positivismo jurídico (FARIA, 2005).

Nesse contexto, Mayer buscou a relativização do dogma causal, que se centrava, prioritariamente, no desvalor do resultado (ofensa ao bem jurídico).

Beling concebe os passos iniciais acerca do desvalor da conduta, ao elaborar a teoria do tipo e a ideia de tipicidade, em que determinado comportamento ou atividade humana amolda-se (subsume-se), ao modelo conceitual e abstrato, descrito linguisticamente na lei penal. Nesse diapasão, o autor desloca a discussão anterior

desenvolve-se, na maior parte dos casos, com obscura semiconsciência ou com plena inconsciência de seu “sentido mentado”. O agente atua na maior parte dos casos por instinto ou costume (TOLEDO, 2002, p. 108).

¹⁹ Culturalismo, identificado também como neokantismo (nota do autor).

centrada no paradigma positivista (desvalor do resultado), para uma concepção mais ampla: o desvalor da conduta. A forma de execução do delito, os meios empregados e a posição subjetiva do autor passaram a ter relevância na dogmática penal. Desta forma, foram lançados os passos iniciais em relação à valoração da conduta (FARIA, 2005).

Conforme Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005), a partir da teorização de Beling e dos postulados do culturalismo, Mayer buscou, ao desenvolver a teoria das normas de cultura, o sentido social para a conduta do indivíduo. Nesse contexto, o autor define normas de cultura como a totalidade das ordens e proibições que incidem sobre o indivíduo, como exigência da vida em comunidade. Tais normas originam-se das relações éticas, profissionais, políticas e dos costumes (TAVARES, 2003).

Nesse viés, Mayer preconiza que a ordem jurídica se limita a converter esses bens, valores axiologicamente reconhecidos, em bens jurídicos, e garantir-lhes a tutela. Desta forma, a ordem jurídica não é uma criação do nada, consistindo no reconhecimento formal dos interesses superiores, materializados em normas de cultura. As normas de cultura são fatores de legitimidade das normas jurídicas (SILVEIRA, 2010).

O conceito de normas de cultura²⁰, como exigências da vida em sociedade,

²⁰ Segundo Nicola Abbagnano (2015), a ideia de cultura foi desenvolvida pelos gregos, possuindo, inicialmente, dois significados: 1) como evolução, desenvolvimento e aperfeiçoamento do indivíduo através do conhecimento 2) como resultado ou produto desse conhecimento, materializado em comportamentos e práticas. Durante a idade média a ideia de cultura manteve o significado desenvolvido pelos gregos, como edificação pessoal, atrelando-se, agora, ao pensamento filosófico, concebido como instrumento de revelação beatífica (divina) e aperfeiçoamento do homem. Nesse contexto, a cultura era compreendida como ideal aristocrático, acessível a poucos indivíduos, adquirida através do *quadrivium*; estudo da aritmética, geometria, astronomia e música. Ideal próximo dos gregos. Com advento do Iluminismo a ideia de cultura, como refinamento e construção do indivíduo, passou a ser objetivo universal, extensível a todos os indivíduos, eliminando-se a primazia elitista e aristocrática. Nesse viés, o Enciclopedismo reflete essa ideia de construção universal dos indivíduos, através da cultura. Com o surgimento e evolução das ciências sociais, nos séculos XIX e XX, a ideia de cultura foi ressignificada pela antropologia e sociologia, traduzindo, em termos gerais, o conjunto de instituições, práticas e comportamentos oriundos de uma determinada sociedade. Nesse sentido, para as ciências sociais, não há juízos de valor em relação a essas práticas e comportamentos, ou seja, sociedades primitivas ou modernas e industrializada terão sua ideia de cultura. A cultura não só difere entre os países, mas também, internamente, entre as regiões determinando a existência de várias sociedades. Conforme Miguel Reale (2017): a palavra (cultura), na sua raiz, é limpidamente latina, pois já os romanos faziam distinção entre *cultura animi* e *cultura agri*. A agricultura era apreciada sem seu valor humano, mas sem se confundir com a outra espécie de cultura, a cultura do espírito. Ambas são expressões de cultura. A cultura, portanto, poderia ser compreendida da seguinte forma: é o cabedal de bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos, ou, com palavras de Simmel: “provisão de espiritualidade objetivada pela espécie humana no decurso da história” (REALE, 2017, p. 213).

fundamenta-se, em certa medida, no comunitarismo de origem platônica, onde a realização plena do homem somente seria possível através da vida em sociedade.

Apesar de Mayer rejeitar a aplicação da adequação social, a teorização das normas de cultura influenciara, anos mais tarde, o pensamento de Welzel, na elaboração do socialmente adequado em Direito penal. Nesse sentido, a precisa síntese de Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de Faria (2005):

Sabe-se que o nome de Mayer vem associado ao conceito de adequação social, não porque o tenha incluído nos seus quadros de pensamento, tendo vindo mesmo a rejeitá-lo num momento posterior ao seu aparecimento, mas simplesmente porque ao descobrir as fraquezas do dogma causal, e ao falar da importância das “normas de cultura” na gênese e na leitura da incriminação, deu certo passo fundamental no sentido do abandono do ilícito centrado no desvalor causal do resultado, na mera lesão externa do bem jurídico, e no sentido da sua substituição por um desvalor da conduta (FARIA, 2015, p. 53).

A dinâmica da cultura fundamenta a criação de novos tipos penais como também exclui tipos penais que constituírem comportamentos normais à sociedade, funcionando como verdadeira instância crítica. As normas de cultura exerceriam a função de conferir sentido e orientar o comportamento dos indivíduos, atuando como mecanismo que possibilita atingir a consciência do proibido, ou seja, o código dos profanos. O indivíduo vivendo em comunidade assimilara, em contínuo processo de conscientização, as suas tradições, os valores éticos sociais e os seus costumes, dominantes no meio. Nesse contexto, a adequação social compreendida como mecanismo comunicativo e intuitivo entre a sociedade e o ordenamento jurídico, exercerá a função de “leitura” do corpo social e sua complexa dinamicidade.

Nesse espeque, sustenta Mayer que a cada norma jurídica (positivada), haverá uma correspondente norma de cultura criada pela sociedade, a qual os indivíduos, em sociedade, não podem desconhecer, exercendo uma função educativa, tendo em vista que antes de seu reconhecimento estatal regula os comportamentos (SILVEIRA, 2010). Sustenta que um fato somente poderá ser valorado como antijurídico, quando não condizer com as regras éticas, morais e os costumes de determinada sociedade. Nesse viés, o conceito de antijuridicidade entrelaça-se com as normas de cultura.

4.6 A escola histórica alemã

Ainda que o estudo doutrinário desenvolvido não situe a Escola Histórica Alemã como fator antecedente e necessário ao desenvolvimento do conceito de adequação social, percebemos grande proximidade entre os postulados da referida escola e os contornos básicos da adequação social, seja pela tradição enraizada no povo alemão do reconhecimento e respeito aos valores históricos, culturais e aos costumes, em oposição há uma rígida ideia de legalidade estrita, como única fonte do direito, e direito, não apenas como ciência, mas, sobretudo como experiência histórica. O contexto histórico e cultural em que foi forjada a Alemanha terá muito a dizer sobre a necessidade de desenvolvimento de um mecanismo de abertura e compreensão do meio social como a adequação social.

A modernidade é marcada pela ascensão de novos fatores de poder e dominação na sociedade europeia. O Antigo Regime, identificado com a ideia de poder absoluto e centralizado na figura do monarca, caracterizado pela existência de vários poderes jurídicos que vigiam, concomitantemente, como o direito romano, as ordenações do reino, o direito canônico e os costumes, irá sucumbir frente à constituição de uma nova classe social, que reverberará sua ideologia, projetada como ideais, por toda civilização ocidental. A busca pela concentração de poder e unidade estatal foram fatores que propiciaram a transição do Estado absolutista para o liberal.

Nesse viés, a partir do século XVIII, com a organização, fortalecimento e consolidação dos Estados modernos, uma nova visão do direito tomou conta da Europa. O direito passou a ser então o que o Estado ordenasse, e não uma simples manifestação de vontade do rei ou de grupos religiosos ou corporações, isoladamente. A unidade nacional era o ponto de partida para uma nova dimensão do poder, e, conseqüentemente, a lei será a extensão formal desse novel poder.

Nesse sentido, a precisa síntese de Lucas de Alvarenga Gontijo (2011):

[...] exatamente neste contexto que se pode vislumbrar o conceito político do princípio da legalidade: a derrocada do Antigo Regime, ou seja, o abandono deliberado de todo um contexto sócio-cultural marcado pelo pluralismo jurídico, envolvendo a tensão entre o *lus Commune* e o *lus Proprium*. O princípio da legalidade desponta como uma estratégia de ordenação social por meio de uma nova dinâmica jurídica, monopolizada pelos Estados de cunho liberal emergentes (GONTIJO, 2011, p. 6).

Consolidado o poder da classe burguesa e afastada qualquer participação popular, Napoleão Bonaparte é coroado imperador da França, período marcado por drásticas mudanças no cenário europeu. Nesse diapasão, Bonaparte promulga, em 1804, o código civil francês, fato que determinará o surgimento da denominada Escola Exegética.

Segundo Cláudio Brandão (2017), a Escola Exegética, em linhas gerais, caracteriza-se como movimento intelectual surgido na França, no final do século XVIII, que tem como ponto de partida e fundamento o direito natural racional, compreendido como resultado da razão e sociabilidade humana, onde o direito positivo tem o caráter avalorativo, e origina-se exclusivamente do Estado, possuindo forte aspecto legalista. Nesse contexto, a única fonte produtora da lei é o Estado, e como forma de obter racionalização, unidade e efetividade na aplicação do direito, torna-se imprescindível a “codificação”, em um único sistema jurídico, que permita a sua certeza e operacionalidade racional.

Com a expansão territorial, levada a cabo por Bonaparte, o império Sacro Romano Germânico é dissolvido, após capitular para os franceses, perdendo, em consequência, parte de seu território em favor de Bonaparte. A dominação francesa permanece durante seis anos.

Nesse contexto, influenciado pela presença “francesa” e suas ideias de em torno da codificação, dogmatizadas pela Escola Exegética, que, em 1814, um jurista, romanista, da Universidade de Heidelberg, defende a criação de um código civil para a Alemanha: Anton Friedrich Justus Thibaut²¹, que enxergava no movimento codificador um fator necessário para a unificação da Alemanha, dissolvida, naquele momento, em vários Estados liderados politicamente pela Prússia.

As ideias de Thibaut encontraram forte oposição na figura do jurista prussiano Savigny. Para Savigny, o direito científico não poderia ser criado de forma rápida, célere, o que representaria uma quebra de sua cientificidade, e caracterizaria um ato despótico e arbitrário. Nesse diapasão, sustenta Savigny que o direito para ser considerado científico, e sem viés arbitrário deve inspirar-se nos costumes, nos hábitos e na cultura de um povo, historicamente determinado (BRANDÃO, 2017). Afirmava que o direito é algo vivo, produto do momento histórico, e não pode ser

²¹ Conforme Cláudio Brandão (2017), Anton Friedrich Justus Thibaut, sustentou suas ideias através da obra *Sobre a Necessidade de um direito civil geral para a Alemanha (Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland)*.

congelado pelos códigos, que não se adaptam facilmente as mudanças. O autor sustentava, que o ordenamento jurídico deveria refletir o espírito do momento.

Através dessa oposição ao movimento codificador, imposto pela Escola Exegética, surge a Escola Histórica, capitaneada por Savigny, que em seus fundamentos apontou uma questão política: o momento histórico vivido não guardava os elementos necessários para a codificação da leis civis, tendo em vista que a Alemanha sofria falta de unidade nacional, política, jurídica e econômica.

Para a Escola Histórica, o direito não emana do Estado, ou seja, não é representado pela lei ou jurisprudência, mas advém do povo, que o concebe espontaneamente, na forma do costume. Aqui, o costume é visto como a manifestação genuína da cultura de um povo para qual o direito é direcionado (REALE, 2017).

A Escola Histórica está intimamente conectada com o pensamento do filósofo alemão Hegel e sua compreensão de que a filosofia é criada a partir de sua história, e que a filosofia de um povo é o resultado da busca de seus valores fundamentais como seus costumes, suas instituições, seus hábitos, todos inseridos na realidade cultural, que propiciaram a unidade “espiritual” desse povo. Esses valores fundamentais são denominados por Hegel de “Espírito do Povo” (*Völkgeist*).

Nesse sentido, a precisa síntese de Cláudio Brandão (2019):

Na Escola Histórica, o Direito passou a ser concebido como uma manifestação dinâmica, produto do costume historicamente reconhecível, que traduz o conceito hegeliano de Espírito do Povo. Enquanto manifestação dinâmica o Direito é um saber historicamente determinável, variando tanto no espaço, quanto no tempo, conforme o referido Espírito do Povo. Neste panorama, o Direito dependia de ativa produção dos juristas, os quais desenvolveram em seus escritos argumentação necessária para o aumento da compreensão de muitos institutos jurídicos, vinculando-os aos elementos da cultura de sua localidade e de sua época. Assim, a diferença entre esta escola e a anterior reside no fato do Direito não poder ser vinculado ao arbítrio do legislador, mas sim a manifestação cultural decorrente do citado Espírito do Povo. (BRANDÃO, 2017, p. 227-228).

Nesse sentido, a precisa síntese de Miguel Reale (2017):

Pensemos agora no que representa o Direito, não apenas como Ciência, mas sobretudo como experiência histórica. A Ciência Jurídica apareceu depois, como interpretação lógico-formal e normativa de uma sociedade que até então vivera o Direito sem o teorizar. A experiência jurídica é algo que antecede à respectiva consciência científica. Que é a experiência jurídica senão uma forma de experiência cultural? O homem não é apenas um realizador de interesses, de coisas valiosas, ou de “bens”, porque é também

um ser que sente a indeclinável necessidade de proteger o que cria, de tutelar as coisas realizadas e de garantir para si mesmo, acima de tudo, a possibilidade de criar livremente as coisas (REALE, 2017, p. 213).

O ordenamento jurídico deve refletir o Espírito do Povo, conceito que personifica a ideia de dinamismo, intuição e comunicação com o meio social (comunidade). O costume, efetivamente, diagnosticará o que o meio social almeja, reprovando ou desejando, funcionando como verdadeiro termômetro dos anseios e vocações da comunidade. Nesse diapasão, um século e meio mais tarde ao advento da Escola Histórica e suas nuances, Welzel desenvolverá o conceito de adequação social, que em seus pressupostos fundamentais tem como objetivo servir de mecanismo de leitura da realidade social, ou em outras palavras do mundo cultural e sua complexidade e dinamismo inerentes. Nesse viés, a adequação social será a chave que possibilitará a compreensão dessa complexidade e a superação de um rígido positivismo legalista, então dominante no momento das teorizações de Welzel.

Por fim, Savigny foi o predecessor da Pandectística e do consequente positivismo legalista, que elevou o Digesto, que fugia completamente da ideia de “Espírito do Povo” do século XIX, à condição de fonte formal do direito até 1900, ocasião em que entra em vigor o Código Civil alemão. Sobre o tema o interessante escólio do sociólogo Henri Lévy-Bruhl (1997):

Se como já escrevi em diversas oportunidades, o direito, longe de ser um sistema rígido, é essencialmente fluído e se transforma a todo instante, é preciso designar com uma palavra essa ação ao mesmo tempo dissolvente e criadora que, a exemplo da erosão para a crosta terrestre, modifica incessantemente as relações sociais. Não estaremos violentando a palavra costume se a empregarmos nessa acepção mais extensa. Nesse sentido amplo, o costume elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida. Não é uma fonte de direito entre outras: não seria exagerado dizer que é a única fonte do direito (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 41).

5 ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA E A FALTA DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

5.1 Da culpabilidade

O fato, além de ser ação humana típica e ilícita, há de ser, também, culpável, para que possa ser punível: é necessário que exista o injusto, para ocorrer o juízo de culpabilidade²². A culpabilidade é a medida para aplicação da pena. Neste viés, ninguém pode ser punido sem culpa, sendo a punição imposta de forma individualizada²³, na medida concreta de sua culpabilidade.

A culpabilidade, em seu processo de formação, tem como pressuposto o reconhecimento e o valor da pessoa humana, fato que a tornou o conceito mais importante dos que integram e constituem a teoria do crime. Tal compreensão resultou de longo processo de amadurecimento da civilização ocidental. Nesse viés, podemos afirmar que o conceito de culpabilidade encontra-se em constante evolução, aberto a novas compreensões e perspectivas, onde se vislumbra um processo de interação e dialética entre o homem, ser complexo, e a sociedade.

Nesse sentido, explica Cláudio Brandão (2019):

Nesse panorama, foi por conta da inserção do conceito de pessoa no Direito Penal que a culpabilidade se sobressaiu dentre os elementos que compõem o conceito de crime. Todavia, também não é possível perder de vista que a culpabilidade é apontada também como um dos elementos do conceito de crime (BRANDÃO, 2019, p. 222).

Conforme Cláudio Brandão (2019), referida importância deve-se, em parte, ao pensamento cristão desenvolvido ao longo da idade média, levado a cabo por Santo Agostinho, considerado essencial no desenvolvimento do conceito de pessoa humana²⁴. Aqui, todo ser nascido de uma mulher que possuísse vida, independentemente de outros aspectos, será considerado pessoa humana (homem).

²² A culpabilidade além de ser elemento do conceito analítico de crime é importante princípio de política criminal, empregado para se referir aos limites do *ius puniendi* (PRADO, 2019).

²³ Inevitavelmente a pena como expiação estende-se a toda família do condenado, provocando dor e sofrimento. A prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria à família do detento (FOUCAULT, 2009).

²⁴ Para os gregos da antiguidade, homem (pessoa) era, somente, aquele que participava na vida política da comunidade. Entre os romanos o conceito foi limitado ao indivíduo que tinha participação no direito. Nesse viés, deve ao pensamento cristão desenvolvido ao longo dos séculos, o reconhecimento igualitário, sem distinções, do homem (pessoa) (BRANDÃO, 2019).

Nesse viés, para Santo Agostinho, a pessoa humana possui três características fundamentais: liberdade, razão/ consciência e vontade. Desta forma, tem início o reconhecimento e valorização da pessoa humana de forma igualitária, ideia que projetará seus efeitos na moderna dogmática penal na construção das categorias do conceito de culpabilidade: inexigibilidade de conduta diversa (liberdade), potencial consciência da ilicitude (razão/ consciência) e o dolo (vontade).

A culpabilidade, como a conhecemos atualmente, não surgiu como conceito pronto e acabado, senão que foi construída, paulatinamente, pela dogmática, sempre sensível as concepções filosóficas preponderantes em sua época. Em breves linhas, podemos situar a teoria psicológica como primeira concepção acerca da culpabilidade, que a definiu, a partir do método positivista, como simples vínculo (liame) psicológico entre o autor e o resultado. Aqui, a culpabilidade contém apenas elementos naturalísticos, psíquicos ou anímicos (dolo e culpa), afastados a presença de qualquer categoria valorativa. Nesse viés, a teoria psicológica foi alvo de críticas diante da impossibilidade de explicar a relação anímica (subjéctiva) entre autor e o resultado na culpa inconsciente (WLEZEL, 2015).

Conforme Cláudio Brandão (2019) deve-se a Reinhard Frank, em 1907, a formulação da teoria psicológico-normativa de culpabilidade, onde, sob influxo ideológico do movimento neokantista, sustentou que a culpabilidade seria composta pelos elementos anímicos dolo, compreendido como representação e vontade, incorporada a consciência da antijuridicidade do fato, conceito extraído da ideia romana de *dolus malus*, e a culpa. Assim, a culpabilidade não é somente um liame psicológico entre autor e o resultado, mas sim juízo de reprovação (valoração) a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Nesse diapasão, dolo e culpa não podem ser considerados espécies de culpabilidade, mas sim elementos.

A partir, do conceito de “consciência da antijuridicidade”, a culpabilidade passou a comportar a noção de reprovabilidade, como juízo valorativo negativo que recai sobre o autor de um injusto, que podia alcançar a consciência atual da ilicitude de sua conduta. Aqui, foi dado o passo inicial para compreensão do carácter normativo da culpabilidade (WELZEL, 2015).

No processo de evolução e construção da culpabilidade, Graf Zuh Dona, que influenciou profundamente o pensamento de Welzel, sustentou que diante do juízo de culpabilidade obtemos o resultado de uma valoração (reprovabilidade). Nesse viés,

separou a valoração (censurabilidade) de seu objeto (dolo), definindo o conceito de culpabilidade como “valoração do objeto” (WELZEL, 2015).

Com o desenvolvimento do finalismo de Welzel, na década de 1930, o conceito de culpabilidade foi reelaborado: o dolo e a culpa, como elementos subjetivos, foram retirados da culpabilidade e transferidos para a tipicidade, sendo atribuídos para aquela (culpabilidade) três requisitos (exigíveis): Imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta Diversa. A culpabilidade passou a ser definida como normativa pura, tendo em vista conter apenas categorias valorativas (normativas).

Nesse viés, ausentes quaisquer destes elementos a culpabilidade restará prejudicada, quando, então, constatar-se-á a existência de causas exculpantes (dirimentes). Com efeito, leciona Cezar Roberto Bitencourt (2009):

[...] A culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma serie de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal (BITENCOURT, 2009, p. 16).

Neste diapasão, a partir do finalismo, a culpabilidade é determinada como um juízo de reprovação (valoração) que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do ordenamento jurídico-penal, por não haver se comportado ou decidido agir conforme o direito quando podia por ele optar naquelas circunstâncias. Nesse viés, o juízo negativo incide sobre o agente que, tendo ou podendo ter consciência da ilicitude de sua conduta, ainda assim, a prática, e, por isso, age de modo contrário ao direito, quando lhe era exigível, nas circunstâncias em que se encontrava outro comportamento (conduta).

Explica Hans Welzel (2015):

A culpabilidade não se conforma com essa relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento jurídico, mas lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica apesar de tê-la podido omitir. A culpabilidade contém, pois, dupla relação: a ação do autor não é como exige o Direito, apesar de o autor ter podido realiza-la de acordo com a norma. Nessa dupla relação, do não dever ser antijurídica com o poder ser lícita consiste o caráter específico de reprovabilidade da culpabilidade (WELZEL, 2015, p. 110).

Como visto anteriormente, a tipicidade e a antijuridicidade são juízos de valor que incidem sobre o fato praticado pelo autor, definindo-se a primeira como relação de adequação do fato humano ao tipo penal, e a segunda como relação de contrariedade do fato humano com o ordenamento jurídico. A culpabilidade, como reprovabilidade pessoal, é o único elemento dos que integram e formam o crime que versa sobre a pessoa humana, tornando-a, em sua essência, o elemento mais importante do crime.

Ainda que não exista consenso ou unanimidade em torno da culpabilidade²⁵, pode-se afirmar que o conceito desenvolvido pela dogmática alemã no século XX, difundiu-se pelo mundo ocidental ligado a tradição latino-germânica (BRANDÃO, 2014). Nesse contexto, afirma-se que a ideia fulcral da culpabilidade reside na noção de reprovabilidade, como juízo valorativo negativo, que incidirá sobre o autor de um fato típico e antijurídico. Conforme Hans Welzel (2015, p. 111): “a essência da culpabilidade pode ser definida, do modo mais exato, por meio da palavra, não muito bela do ponto de vista estilístico, reprovabilidade.

O código penal brasileiro não definiu expressamente o conceito de culpabilidade, mas se refere ao juízo de reprovação da culpabilidade em vários momentos e elenca, de forma dispersa, critérios para sua graduação ou exclusão. Nesse contexto, o legislador pátrio normatizou a consciência potencial da antijuridicidade (art. 21 do código penal), a imputabilidade (arts. 26 27 e 28 do código penal) e a exigibilidade de conduta diversa (art. 22 do código penal), como institutos que realizarão o juízo de censura sobre o autor que praticou um injusto.

Sobre o tema, a precisa síntese de Pablo Rodrigo Alflenda Silva (2009):

[...] não existe um conceito positivo de culpabilidade, de forma que sua definição se dá negativamente, isto é, com base em um programa normativo de exceções. O estabelecimento de um conceito vinculante de culpabilidade, instituído legalmente, sem dúvida, pressuporia a fixação de um conceito de

²⁵ Nesse diapasão, as correntes funcionalistas, sistêmica e teleológica, que tem em comum a pretensão de construir sistemas abertos e conseqüentemente aptos à orientação às exigências político criminais, bem como a evolução dos conhecimentos. Em linhas gerais, negam a existência do livre arbítrio e a liberdade de vontade, concebidas no finalismo. Para Roxin (funcionalismo teleológico), o fato punível é composto pela tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade. A responsabilidade tem por objetivo saber se o agente imputável é merecedor da pena, e tem como pressuposto a culpabilidade, e a necessidade preventiva da pena (BUSATO, 2013). Nesse viés, Jakobs (funcionalismo sistêmico ou radical), a partir da teoria dos sistemas de Lhumam, sustenta que para fundamentar e graduar a culpabilidade não é necessário questionar se o autor podia, e ou devia comportar-se de outra forma, sendo imprescindíveis, para a culpabilidade, a exigência de restabelecer a confiança no direito mediante a contraposição simbólica de uma pena, reestabelecendo, desta forma, as expectativas dos indivíduos, abaladas com o cometimento do crime (TAVARES, 2003).

livre arbítrio a nível legislativo, o que geraria maiores problemas, daí o legislador instituir um programa normativo negativo, segundo o qual, a inexistência [...] de condições como menoridade, doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado - art. 26 do CP-, o erro inevitável sobre a ilicitude do fato - art. 21, do CP-, a coação moral e a obediência hierárquica - art. 22, do CP-, etc., autorizam um juízo de censura de culpabilidade (SILVA, 2009, p. 2-3).

Segundo Cláudio Brandão (2019), à luz da estrutura do código penal, com a reforma legislativa²⁶ de 1984, podemos afirmar que o legislador brasileiro optou pelo conceito de culpabilidade desenvolvido pela teoria normativa pura, em consonância com a estrutura finalista da teoria do delito.

Destarte, como supramencionado, a culpabilidade, para ser aferida, deve preencher alguns requisitos. O agente, para ser culpável, deve ser imputável, ter potencial consciência da ilicitude e ser-lhe possível agir, no caso concreto, de forma diversa.

Após definirmos os contornos básicos do conceito de culpabilidade, passaremos a análise da potencial consciência da ilicitude e suas implicações com as condutas socialmente adequadas.

5.1.1 Da consciência da antijuridicidade

Para melhor compreender o significado da “consciência da ilicitude”, é oportuno efetuarmos a sua delimitação dogmática, a partir do entendimento doutrinário. Contudo, não restam dúvidas que se trata de tema complexo, onde a tênue linha entre o Direito Penal e a filosofia, bem como o pensamento sociológico, é facilmente ultrapassada. Vários conceitos devem ser analisados: o indivíduo em si, sua capacidade cognitiva e o meio social em que está inserido.

Nesse contexto, o vocábulo consciência possui dois significados²⁷: em filosofia compreende a noção de um atributo altamente especializado, característica única do ser humano, que tem o condão de fazê-lo refletir sobre si mesmo (introspecção). No

²⁶ Houve uma grande reforma da parte geral do Código Penal com a Lei nº 7.209/84. Essa reforma de 1984 se afastou dos preceitos da Escola Clássica, Causalista, e passou a adotar a concepção finalista de Hans Welzel (BITENCOURT, 2009).

²⁷ O vocábulo de origem latina *conscientia* é a origem dos dois significados. Nesse contexto, o termo *scio me agere* correlaciona-se com a definição psicológica, enquanto *scio me scere* afeiçoou-se ao pensamento filosófico (BRANDÃO, 2014).

sentido psicológico, é entendido como a capacidade do ser humano, através dos órgãos sensoriais, de perceber ou captar o mundo exterior e introjetá-lo na mente.

Conforme Cláudio Brandão (2014), em Direito penal o termo consciência é empregado a partir do estrato psicológico, ou seja, a capacidade de percepção, através dos sentidos, do mundo exterior (objetos), e sua introjeção na mente humana.

Em linhas gerais, após a derrota da Alemanha e o conseqüente fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais não gozavam de efetiva proteção constitucional²⁸, bastando que determinada lei fosse elaborada conforme a forma preestabelecida pela constituição para ser considerada válida, sem questionamentos sobre seu conteúdo. Nessa época, o mundo ressentia-se das graves atrocidades praticadas pelo regime nacional socialista, que se amparava, de certa maneira em um viés positivista legalista: o Direito penal foi utilizado como instrumento de terror pelo Estado, fato respaldado pela lei alemã.

Nesse contexto, conforme Siqueira (2016), Welzel, através das categorias lógico-objetivas, buscou criar um direito natural em sentido negativo, onde estabelecia o que não poderia ser considerado direito, conjecturando, desta forma, mecanismos que impusessem limites imanentes ao legislador. Para o autor, o critério para aferir a validade da norma é investigar se o homem foi desrespeitado em sua natureza: se não foi considerado como indivíduo (pessoa) responsável, que dirige seus atos com objetivo de alcançar uma vida plena em significação (WELZEL, 2019). Nesse viés, a crença difundida, a época, na infalibilidade do legislador foi alvo das críticas de Welzel, sem que recorresse ao antigo conceito de direito natural (jusnaturalismo) para superar o pensamento positivista.

Para Welzel, o ato de conhecimento depende necessariamente da relação entre sujeito cognoscente e a estrutura do objeto de conhecimento, sem influência de fatores de natureza causal e ou externos. Através, das estruturas do conhecimento (lógico- objetivas), sustenta a existência do livre arbítrio²⁹, ou seja, a liberdade que o

²⁸ Com a derrota da Alemanha o país foi dividido: República Federal da Alemanha e República Democrática Alemã, aquela sob influência das potências ocidentais (EUA, Reino Unido e França), está sob julgo da União Soviética. Welzel elaborou seus estudos, após a guerra, a partir da República Federal da Alemanha. Conforme Pulo Bonavides (2007), a proteção dos direitos humanos estava em estágio embrionário, tanto que sequer havia sistema europeu de defesa desses direitos. Nesse viés, o cenário constitucional na República Federal da Alemanha, altera-se com o advento da Carta Fundamental de Bonn, em 1949, considerada paradigma no reconhecimento e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

²⁹ Nesse contexto, Welzel explica o livre arbítrio a partir de três aspectos: o antropológico, o caracterológico e o categorial. No viés antropológico o autor nega a concepção evolucionista-Darwinista que situa o homem como o último elo da cadeia evolutiva dos primatas, cujo raciocínio

indivíduo possui para direcionar, através da vontade, seu comportamento (SIQUEIRA, 2016).

Essa liberdade para decidir, o poder agir ou direcionar o comportamento de forma diversa, será o fundamento da punibilidade no sistema finalista³⁰. Nesse diapasão, a liberdade que orienta a decisão do indivíduo, tem como pressuposto o conhecimento da realidade (objeto).

A consciência da ilicitude integra a culpabilidade, e está relacionada à possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato praticado, podendo levar à isenção de pena ou à sua redução, a depender das circunstâncias, nos termos do art. 21 do CP.

Conforme Cláudio Brandão (2019), a ideia matricial de “consciência da ilicitude” encontra-se no direito romano, onde, a exemplo dos gregos, viam no Direito penal uma função estatal pública, cujo aperfeiçoamento ocorreu por intermédio da interpretação das leis, ao longo de aproximadamente dez séculos. Nesse viés, o *dolo* era compreendido em dois aspectos: vontade, elemento naturalístico, e a consciência da antijuridicidade, obtida normativamente pelo pretor, que identificava a existência de uma vontade má, ardilosa, aliada a um mau propósito, somadas ao conhecimento (ciência) do caráter imoral do comportamento. Daí a origem do termo *dolo malus*, recorrente até os dias atuais.

O passo inicial para o reconhecimento do caráter normativo da culpabilidade na dogmática alemã é tributário das teorizações levadas a cabo por Frank, em 1907,

(ato de pensar) é visto como consequência do refinamento dos instintos. Para Welzel, o homem caracteriza-se pelo retrocesso (involução) as formas instintivas ou inatas, onde, como forma de compensação desenvolveu o ato de pensar, raciocinar, direcionando sua conduta conforme a finalidade e o valor. Aqui, o homem rompe o mecanismo instintivo, que determina a vida dos animais. No aspecto caracterológico, sustenta que o homem possui uma estrutura anímica complexa caracterizada pela pluralidade de estratos, decorrentes do constante conflito entre as formas instintivas (impulsos) e o surgimento de um “Eu” regulador, que submete os impulsos (instintos) à finalidade e o valor, como critérios que orientam a conduta do homem. Em relação ao aspecto categorial, sustenta que o homem é um ser responsável, capaz, através da vontade livre, se autodeterminar e superar os aspectos puramente causais da conduta. Por fim, compreende que o livre arbítrio não pode ser objetivado, demonstrado empiricamente, sob pena da perda de sua essência. (WELZEL, 2015). Aqui verifica-se semelhança com o pensamento de Freud, que descortinou a psique humana a partir da ideia de Id (instinto), ego (Eu) e super ego (mecanismo regulador) (nota do autor).

³⁰ Conforme Siqueira (2016), a ideia de livre arbítrio em Welzel, foi alvo de severas críticas por parte do funcionalismo, onde argumentaram que o ato de conhecimento do objeto é sempre limitado pela subjetividade (emoção) do sujeito cognoscente, impossibilitando, dessa forma, o conhecimento exato das estruturas lógico objetivas do objeto de conhecimento. Nesse sentido, alerta para outro importante questionamento: a questão do fenômeno da linguagem e a tradutibilidade do conhecimento acerca do objeto, tendo em vista que o sujeito cognoscente está inserido no “mundo da linguagem”.

onde, a partir do conceito de *dolus malus*, desenvolvido pelos romanos, sustentou que a culpabilidade será composta pelos elementos subjetivos culpa e dolo, e a consciência da antijuridicidade, critério normativo (valorativo) compreendido no dolo.

Nesse diapasão, a consciência da antijuridicidade é a percepção pelo indivíduo que sua ação é desvaliosa, antissocial e danosa ao meio social, e em consequência contrária a ordem jurídica³¹. Em Direito penal a sua ausência é denominada de erro de proibição, e tem o condão de afastar a culpabilidade do autor. Nesse viés, a consciência da antijuridicidade é à base de reprovação da culpabilidade (BRANDÃO, 2014).

Através do pensamento finalista, de cunho lógico racional, Cláudio Brandão (2014) define a consciência da antijuridicidade a partir da antinormatividade e, conseqüente, antissocialidade da ação do agente. Sustenta o autor, que a norma proibitiva é deduzida da tipicidade penal e o comando da conduta proibida é conhecido pelo autor. Nesse contexto, a norma proibitiva revela um desvalor, já que o comando da conduta proibitiva é voltado para a proteção de um bem jurídico³². Desta forma, quando o autor não conhece ou não entende esse desvalor, contido na norma proibitiva, ele não conhece a própria norma proibitiva, ou seja, não percebe o significado negativo de sua conduta. A ausência desse conhecimento afasta o juízo de reprovação da culpabilidade.

Nesse diapasão, a capacidade de percepção ou conhecimento da antijuridicidade surge a partir de critérios como a antissocialidade, danosidade e repulsividade social em relação a determinados comportamentos, critérios que capacitaram o autor, em uma valoração paralela na esfera do profano, a conhecer a relação de contrariedade da ação com o ordenamento jurídico.

³¹ A tênue linha divisória entre o direito e a filosofia e sociologia revela-se diante dos vários conceitos sobre a consciência da ilicitude. Nesse sentido, explica Cláudio Brandão (2014), consciência da antijuridicidade formal revelada a partir do conhecimento da norma jurídica (von Liszt). Consciência da ilicitude como agir comunicativo: posição defendida pelo brasileiro Chaves Camargo, onde, a partir da teoria do agir comunicativo de Habermas, sustenta que o indivíduo em comunidade e através da comunicação conhece os valores considerados essenciais pela sociedade. A partir da consciência ética elaborada por Hegel, compreende-se que o indivíduo é capaz, em sua essência, de distinguir o justo.

³² Tomemos como exemplo o delito previsto no art. 121 do Código Penal, onde o tipo descreve: Matar Alguém. Pena: reclusão de 6 a 20 anos. A norma proibitiva, extraída da tipicidade, é; “Não Matarás”, onde o comando proibitivo da norma determina que os destinatários da norma devam abster-se de tal comportamento em respeito ao bem jurídica vida. O desvalor é conhecido através da ofensa à norma proibitiva, onde a ideia de antissocialidade é inerente. (BRANDÃO, 2019).

Nesse sentido, a opinião de Francisco de Assis Toledo quando afirma que:

Para que se possa, mediante algum esforço da consciência, atingir o caráter injusto de uma ação é necessário que a matéria desse injusto já tenha penetrado anteriormente na consciência, o que só seria possível por meio das normas de cultura, únicas acessíveis ao leigo (TOLEDO, 2002. p. 259).

Conforme Cláudio Brandão (2019), o critério da valoração paralela na esfera do profano³³ foi teorizado por Mezger, na década de 1930, e fundamenta-se na capacidade de percepção ou consciência da antijuridicidade a partir de uma avaliação dos pensamentos pessoais do indivíduo e do contexto social em que ele está inserido. O meio social, circundante, constituído por um plexo de valores positivos ou negativos será determinante para o indivíduo atingir a consciência da ilicitude de seu comportamento. Apesar da longa distância temporal, o critério elaborado por Mezger é válido e eficiente, pois personaliza o autor a partir do contexto cultural em que ele está inserido.

5.1.2 Da consciência potencial da antijuridicidade

Na dogmática penal a consciência da antijuridicidade é compreendida em dois aspectos: como consciência atual ou consciência potencial. Conforme Francisco Muñoz Conde (2005), o desenvolvimento dos conceitos foi marcado pela evolução da teoria da culpabilidade durante as primeiras décadas do século XX.

Nesse contexto, a dogmática alemã se opôs tenazmente a uma posição da jurisprudência do Alto Tribunal Imperial Alemão (Reichsgericht), aferrada ao princípio do *error juris nocet*, ou seja, considerava irrelevante o desconhecimento da antijuridicidade (BRANDÃO, 2019).

Os autores de matriz positivista, sobretudo em Binding, sustentaram a relevância e imprescindibilidade da consciência da antijuridicidade, compreendendo-a como parte integrante do conceito naturalístico de dolo. A partir de tal teorização o tratamento dispensado ao erro sobre a antijuridicidade dos fatos era idêntico ao erro sobre os fatos (erro de tipo), ou seja, em consequência a exclusão da imputação

³³ “Profano”, significa o que é estranho à religião ou o que não está de acordo com os preceitos religiosos (HOUAISS, 2002). Entretanto, para o Direito Penal, significa tudo aquilo que não é estritamente jurídico.

dolosa e a possibilidade de punição por crime culposos. Referido posicionamento foi denominado “Teoria do dolo” (MUÑOZ CONDE, 2005).

Com o desenvolvimento da teoria da culpabilidade, na década de 1920, o conceito de consciência da antijuridicidade foi extraído do dolo adquirindo, desta forma, significação autônoma dentro da culpabilidade, concebida agora normativamente. Nesse viés, o conhecimento da antijuridicidade não tinha o mesmo significado que o conhecimento dos fatos característicos do dolo: enquanto na teoria do dolo o conhecimento da antijuridicidade tinha que ser atual (fático), para a teoria da culpabilidade o conhecimento da antijuridicidade era de tipo virtual, ou seja, bastando que o autor tivesse podido conhecer a ilicitude do comportamento.

Nesse diapasão, para a teoria da culpabilidade, em situações de desconhecimento da antijuridicidade por erro invencível (escusável), fica excluída a culpabilidade, mas se o erro for vencível (inescusável) a culpabilidade persistirá atenuada.

Sobre o tema, a precisa colocação de Francisco Muñoz Conde (2005):

O problema era, porém, que esse conhecimento se incluía no conceito de dolo, tinha necessariamente que ser equiparado ao conhecimento dos fatos, tendo, portanto, que ser um conhecimento atual, o que colocava especiais dificuldades de prova no processo penal e fazia surgir na prática, o temor da invocação frequente por parte da defesa dos acusados. Enquanto que se o conhecimento da antijuridicidade se considerava um elemento autônomo da culpabilidade, independente do conceito de dolo era mais susceptível de um tratamento valorativo, o que na prática equivaleria a que se considerasse suficiente a sua “cognoscibilidade”, quer dizer, a possibilidade do seu conhecimento sem exigência da prova de conhecimento efetivo (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 23).

Segundo Luiz Regis Prado (2019), a potencial consciência da antijuridicidade somente foi considerada elemento autônomo da culpabilidade a partir do acórdão do Tribunal Federal da Alemanha, em 18 de março de 1952, ocasião, em que se decidiu que a consciência da antijuridicidade é distinta do dolo e que o erro jurídico penal deve ser tratado como erro de tipo e erro de proibição.

A potencial consciência da ilicitude (1) significa a possibilidade de conhecimento pelo agente imputável, da ilicitude do fato por ele praticado. Sendo assim, não é exigido o concreto conhecimento da proibição, mas apenas a mera possibilidade desse conhecimento. Tal elemento é excluído, para fins de isenção de pena, pelo erro sobre a ilicitude do fato ou erro de proibição.

Nesse sentido, a precisa síntese de Cláudio Brandão (2019):

A consciência da antijuridicidade é, por conseguinte, sempre potencial. Não se vai indagar se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas far-se-á um juízo pessoal sobre o sujeito, para aferir se ele tinha naquelas determinadas circunstâncias do cometimento da ação típica e antijurídica, a possibilidade de ter o conhecimento do injusto (BRANDÃO, 2019, p.244).

Depreende-se do art. 20, §1º do Código Penal, corroborado pela Exposição de Motivos, que o direito brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, semelhante à precursora teoria da culpabilidade, apenas diferenciando-se em relação ao tratamento quanto ao erro sobre as circunstâncias fáticas de uma causa de justificação ou discriminantes putativas. Nesse viés, o erro quanto às discriminantes putativas poderá ser equiparado ao erro de tipo excluindo o dolo, ou poderá ser erro de proibição excluindo a culpabilidade, exigindo-se, sempre, a possibilidade do conhecimento da antijuridicidade do autor em relação ao fato (BRANDÃO, 2019).

5.2 Erro de proibição (erro de direito)

O erro de proibição ocorre quando o agente supõe, por ignorância ou representação falsa ou imperfeita da norma jurídica, ser lícito o seu comportamento. Distingue-se do desconhecimento da lei, consoante o art. 21 do CP, a ignorância da lei é inescusável. Portanto, desconhecer a lei consiste em ignorar o preceito legal de proibição, ou seja, não conhecer, formalmente, a lei em que está contida a proibição³⁴. O descumprimento da lei não pode ter como fundamento a ignorância, pois como preceitua o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC) (BRASIL, [2010]), “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Caso contrário, a eficácia da lei ficaria enfraquecida com inegáveis prejuízos para a sociedade.

A diferenciação ora posta é demonstrada por Alcides Munhoz Netto:

A diferença reside em que a ignorância da lei é o desconhecimento dos dispositivos legislados, ao passo que a ignorância da antijuridicidade é o desconhecimento de que a ação é contrária ao Direito. Por ignorar a lei, pode

³⁴ O erro jurídico-penal pode incidir sobre as elementares do crime – erro de tipo, ou sobre a ilicitude da ação, erro de proibição. No erro de tipo, o erro vicia o elemento intelectual do dolo, impedindo que o dolo atinja corretamente todos os elementos essenciais da figura típica. Nesse contexto, o erro de tipo exclui sempre o dolo, permitindo a configuração do crime culposos, em caso de previsão legal (BITENCOURT, 2003).

o autor desconhecer a classificação jurídica, a quantidade da pena, ou as condições de sua aplicabilidade, possuindo, contudo, representação da ilicitude do comportamento. Por ignorar a antijuridicidade, falta-lhe tal representação. As situações são, destarte, distintas, como distinto é o conhecimento da lei e o conhecimento do injusto (MUNHOZ NETTO *apud* BITENCOURT, 2009, p. 403).

Nesse contexto, o erro de proibição afeta à capacidade do agente, de concretamente, perceber que o comportamento está em contraste com os princípios éticos-jurídicos, em contradição com as exigências da ordem social e vida comunitária e que por isso se acha proibido juridicamente. Conforme lição expedida por Cezar Roberto Bitencourt (2009), temos o exemplo: a pessoa que, por não poder concretamente conhecer a proibição referente ao corte de uma árvore em zona urbana, extrai completamente o vegetal lenhoso praticando um fato tipicamente doloso e ilícito, previsto no Código Florestal. Nesse sentido: “Podemos citar o fato daquele caçador que reside no interior do Brasil e que mesmo depois do advento da Lei 9.605/98, continua caçar capivaras para seu sustento, desconhecendo o caráter ilícito de sua conduta” (GRECO, 2017, p. 512).

Conforme o art. 21 do CP, quando inevitável, o erro de proibição é escusável, afastando a culpabilidade diante da incapacidade de percepção do caráter antijurídico da ação. Quando evitável, o erro é inescusável, permanecendo o fato tipicamente doloso e ilícito, mas havendo diminuição da pena, pela evidente redução da censurabilidade. O Código Penal esclareceu o conceito de erro evitável dizendo, no parágrafo único do mencionado art. 21: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.” (BRASIL, [2019]).

Ao lado do erro de proibição direto, nosso ordenamento jurídico contempla outras espécies de erro de proibição. O erro de proibição indireto ou erro de permissão que incide sobre a existência e limites de uma causa de justificação, e o erro de tipo permissivo (descriminantes putativas), sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (art. 20, § 1º, do Código penal). Neste caso, se inevitável, exclui o dolo e a culpa; se evitável, subsiste a culpa, em caso de previsão. Por fim, o erro mandamental que significa a falta de consciência da ilicitude em relação a uma norma imperativa, abrangendo tanto a omissão própria, como a omissão impropria (BRANDÃO, 2019). Centraremos nossos esforços no erro de proibição direto, tendo em vista a pertinência com o objeto da pesquisa.

Juarez Tavares (2003) explica o conhecimento do injusto (ilícito) a partir dos imperativos categóricos de Kant:

Kant, na sua lógica transcendental, havia desde logo assentado que "nosso conhecimento provém de duas fontes fundamentais do espírito, das quais a primeira consiste em receber as representações (a receptividade das impressões) e a segunda é a capacidade de conhecer um objeto mediante estas representações (espontaneidade dos conceitos); pela primeira é nos dado um objeto; pela segunda é pensado em relação com aquela representação como simples determinação do espírito. (TAVARES, 2003, p. 50).

Cláudio Brandão (1998) já alertava no início de sua dissertação de mestrado que o erro, por ser um dos assuntos mais complexos e importantes da dogmática penal, deveria ter seu estudo mais aprofundado pela dogmática.

A "adequação social" surgiu como um instituto que buscava afastar do âmbito da intervenção jurídico-penal determinadas hipóteses não desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade. Para Welzel, a ação é um fenômeno social, ou seja, um fenômeno da existência em sociedade e, ao mesmo tempo, é uma expressão de sentido. Essa expressão de sentido não é meramente individual, deve-se levar em conta dentro de um contexto social (SILVEIRA, 2010).

Nesse contexto, a conduta socialmente adequada pode ensejar um erro de proibição?

Não percamos de vista que a contínua interação do indivíduo com o ambiente ou "meio social", que o circunda, condiciona e exerce influência em sua esfera de "conhecimentos", relativos à reprovabilidade e antissocialidade de determinados comportamentos. Nesse viés, os estudos recentes do funcionalismo sistêmico abordaram a sociedade e indivíduo como integrantes de um "sistema" (sociedade) onde, através da comunicação (informação), ocorrem interações e adaptações contínuas por parte dos sujeitos (SILVEIRA, 2010).

Para Juarez Tavares (2003) a questão do injusto (reprovável) está condicionada à capacidade dos indivíduos de conhecerem e atenderem as proibições e mandatos. Nesse contexto, a ideia de antijuridicidade (ilícito) é formada pelos valores de uma sociedade, isto é, a ideia de ilicitude se constitui a partir da sociedade em que se encontra inserido o autor da conduta.

Diante disso, torna-se necessário conhecermos a realidade em que o indivíduo está inserido, além das contínuas e mútuas interações com o meio social: o sujeito (indivíduo) “abstratamente” criado e “pensado” pelo direito foge à realidade e invariavelmente conduz a injustiças, quase sempre banalizadas.

Conforme afirma Joaquín Herrera Flores (2009) devemos, então, partir de uma reflexão que se inicia do “outro concreto” dos seres humanos de carne e osso que lutam diariamente por satisfazer suas necessidades e saciar suas carências.

Neste contexto a venda de CDs e DVDs (art. 184 § 1º do Código Penal) pirateados é aceita pela sociedade e representa uma oportunidade profissional para pessoas que não são absorvidas no mercado formal de trabalho. Além disso, a negociação de CDs e DVDs falsificados não é vista pela população como algo criminoso ou mesmo imoral, pois os discos pirateados são também a única opção de inserção à cultura, uma vez que a alta carga tributária e o domínio do mercado pelas grandes gravadoras encarecem os produtos tornando-os inacessíveis. Desta forma, a criminalização da conduta serve para a tutela de determinados grupos econômicos.

O impacto das políticas neoliberais recai sobre uma sociedade que não conheceu o pleno emprego nem a previdência social universal, onde a informalidade é crônica e estrutural, e a lei se aplica conforme as circunstâncias. A escassez estrutural de empregos formais transformou-se em um espetáculo avassalador de competição informal. Nesse viés, os trabalhadores informais, de acordo com as Nações Unidas, constituem cerca de dois quintos da população economicamente ativa na América Latina (DAVIS, 2006).

Nesse diapasão Joaquín Herrera Flores (2009), ressalta a importância do enfrentamento das relações de poder e dominação impostas pelo neoliberalismo, onde o conhecimento deve ter presente a pirâmide social em que excluídos e explorados conformam uma base amplíssima, tremendamente empobrecida e perigosamente em expansão.

Outro comportamento recorrente e situado no contexto cultural e histórico das classes sociais marginalizadas no Brasil é o conhecido “jogo do bicho”, conduta prevista como contravenção penal (Decreto Lei 3.688 de 1941) (BRASIL, [2015]). Tal criminalização é contrária ao processo de formação cultural e histórica do povo brasileiro.

Nesse viés, o delito previsto no art. 229 do Código Penal (Casa de Prostituição), onde os motéis, saunas e casas de prostituição são conhecidos de todos e, não raras

vezes, divulgadas em campanhas publicitárias na grande mídia. O crime de Curandeirismo (art. 284, II, do Código Penal), onde, em determinado contexto social, representa verdadeira prática religiosa, entranhada na cultura brasileira.

Apesar do esforço dogmático para evitar uma “válvula de escape”, em face de exigência de um conhecimento potencial (virtual) da antijuridicidade da ação (teoria da culpabilidade), existem comportamentos que são profundamente enraizados na comunidade, dotados de funcionalidade, onde se torna tarefa complexa, verdadeira ficção, exigir do indivíduo, considerado em sua singularidade concreta e imerso culturalmente nessa sociedade complexa e estratificada, atingir o conhecimento virtual (potencial) ou real da antijuridicidade de seu comportamento. Conforme Hans Welzel (2015), a culpabilidade é fenômeno subjetivo que não pode ser teorizado ou explicado objetivamente, já que esta além da possibilidade de percepção sensorial pelo homem.

Em caso de condutas socialmente adequadas, o equívoco do autor ante a realidade fática traz inserida, em sua psique, uma falsa crença de que age de acordo com o que ele imagina ser a realidade social, ou seja, aquilo que a consciência popular aceita como lícita ou tolerável. Nesse viés, o que se infere da doutrina da adequação social sobre a teoria do erro é que se assenta na percepção da antijuridicidade do fato. Ainda que o tema tenha sido pouco explorado, sustenta que a adequação social é um erro de subsunção que atinge a consciência da antijuridicidade (WELZEL, 2015, p. 165).

Conforme Luiz Regis Prado (2019), as condutas socialmente adequadas não são consideradas necessariamente como exemplares, mas que são regularmente aceitas pela comunidade, que de certa forma as criou em um contexto histórico cultural e de funcionalidade.

Não percamos de vista, como exige a teoria da valoração paralela na esfera do profano, que os critérios da antissocialidade, danosidade e repulsividade social não estão presentes, via de regra, nas condutas socialmente adequadas. Podemos afirmar, a partir da comparação com determinados delitos, como homicídio, roubo, estupro, que não há ojeriza social em relação às condutas socialmente adequadas, inexistindo o que o finalismo denominou de desvalor da ação.

Nesse viés, o conceito de crimes de “mera proibição”, no caso de condutas tipificadas como crime que não são materialmente percebidas como desvaliosas, existindo um verdadeiro descompasso cultural com a tipicidade material (BRANDÃO, 2014).

Hans Welzel ao desenvolver o finalismo criou o conceito de adequação social com objetivo de estabelecer um instrumento intuitivo e comunicativo entre a vida em comunidade (sociedade) e o ordenamento jurídico. Através da adequação social a sociedade, com seu plexo de complexidade, serão passíveis de leitura pelo ordenamento jurídico e suas instituições³⁵.

A possibilidade de reconhecimento dogmático do erro de proibição em relação aos comportamentos socialmente adequados significa, em certa medida, uma nova compreensão do conceito de culpabilidade, ampliando o seu espectro de proteção do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado. Esse reconhecimento passa pela socialização da culpabilidade frente aos novos desafios impostos pela sociedade contemporânea.

Nesse sentido, a precisa síntese de Brandão ao explicar a posição do professor alemão Jurgen Bauman:

Em primeiro lugar, a culpabilidade seria um conceito tão que permitiria em si mesmo a sua “socialização”, secularização e desmitologização “. Ao lado de uma culpabilidade jurídica, existe uma culpabilidade moral, uma culpabilidade religiosa, etc., que não dão, porém, fundamento a uma concepção jurídica de culpabilidade. A culpabilidade jurídica é, em verdade, uma culpa social-jurídica, pois advém da possibilidade de um comportamento socialmente responsável, a saber: o sujeito deve direcionar-se conforme as exigências da sociedade. Se assim não procede, sua conduta será revestida da reprovação social, “por não haver observado as exigências sociais cumpridas em geral por ele também” (BRANDÃO, 2019, p. 218-219).

A criminalidade e o delito não fazem parte de uma realidade natural, mas de construções jurídicos sociais que necessariamente dependerá dos juízos valorativos que produzirão a qualidade de criminosa de determinada conduta. Neste contexto, se o meio social onde o autor está inserido, através de seus mecanismos culturais e históricos, não concebe determinada conduta como criminosa, dificilmente o autor terá conhecimento do caráter antijurídico de seu comportamento. A cultura fornecerá o substrato valorativo para compreensão de determinada conduta como reprovável.

³⁵ No Brasil Miguel Reale aproximou-se do pensamento de Welzel, ao sustentar, em oposição a Kelsen, que o direito não se restringe a uma norma positiva. Para o autor, o direito surge da relação dialética entre fato, valor e norma, onde o direito como criação humana possui uma finalidade que será alcançada no meio social e em resposta a ele. Desta forma, o direito surge como relação dialética entre fato, valor e norma, sendo que ao primeiro (fato) é atribuída uma função tríplice como ato constitutivo, gnosiológico e deontológico da experiência ética. Em termos gerais a teoria desenvolvida por Reale fundamenta-se na cultura (REALE, 2017).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se pela presente pesquisa, que no meio social determinadas condutas, apesar de tipificadas como delitos, são consideradas toleráveis e aceitas, diante de um contexto cultural, histórico e funcional. A doutrina finalista denominou tais condutas de socialmente adequadas, plasmando o conceito de adequação social, compreendido como instrumento ou chave para a leitura da realidade social, dotada, cada vez mais, de complexidade e processualidade.

Observou-se que os conceitos de sociedade, danosidade social e bem jurídico são interligados e criados pelo moderno Direito penal, concebido, inicialmente, pelo movimento Iluminista. Nesse contexto, o bem jurídico é o ponto de união entre a dogmática à teoria do delito e a realidade social. Essa realidade exige uma valoração e compreensão de seus valores fundamentais, construídos a partir da cultura e história.

A evolução do conceito de ação, as normas de cultura e a tradição, enraizada no povo alemão, no sentido de reconhecimento de um direito não escrito, oriundo da cultura e dos costumes, foram às bases teóricas que propiciaram o surgimento da adequação social. Nesse sentido, a adequação social não foi à única teoria inserida na dogmática na busca de elementos que sirvam de fundamento para o pensamento jurídico. O direito somente sobrevive para a sociedade e nunca contra ela.

A teoria finalista ao desenvolver a ação humana como atividade final reestruturou o delito transportando o dolo e culpa da culpabilidade para a tipicidade, possibilitando uma nova compreensão do conceito de culpabilidade. Nesse viés, as estruturas lógicas objetivas, concebidas como limites a atividade do legislador.

Como conceito aberto e em construção a adequação social pode ser compreendida e aplicada no âmbito da culpabilidade, mais precisamente na potencial consciência da ilicitude.

Constatou-se, que em caso de condutas socialmente adequadas o autor não atingirá a percepção (conhecimento) do caráter antijurídico de sua ação, surgindo, dessa forma, a figura do erro de proibição direto, que se escusável afastara a culpabilidade, e se inescusável atenuara a culpabilidade.

Nesse sentido, o conceito de socialmente adequado se torna valioso, ao permitir a ampliação do significado protetivo da culpabilidade, socializando-a em busca dos valores da comunidade.

Nesse diapasão Joaquín Herrera Flores: “Nunca deveremos entender os direitos humanos ou qualquer outro objeto de investigação de um modo isolado, mas sempre em relação ao restante dos objetos e fenômenos que se produzem em uma determinada sociedade.” (FLORES, 2009, p. 36).

Uma concepção isolada de um fenômeno só conduzirá a uma redução de sua complexidade.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. O direito e a constituição retórica do mundo real. *In*: George Salomão Leite; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Interpretação, retórica e linguagem**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 95-116. v.1.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci: e o conceito de sociedade civil**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**: São Paulo: Atlas, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. **Ciência criminal contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019, v.1.
- BRANDÃO, Cláudio. **Erro de proibição: uma análise da sua relevância para exclusão da culpabilidade**. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1988.
- BRANDÃO, Cláudio. **Lições do direito canônico e história do direito em perspectiva**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**. Coimbra: Almedina. 2014.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da república, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 30 dez.2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da república [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2013.

DAVIS, Mike. **Planeta favela.** São Paulo: Boitempo, 2006.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal.** Porto: Coimbra, 2005.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. **O funcionalismo teleológico visto pelo finalismo.** Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Eduardo Jardim Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** tradução de Raquel de Ramalheite. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguística- pragmática.** Belo Horizonte: Editora Arraes, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 20.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.v.1.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa: com a nova ortografia da língua portuguesa.** São Paulo: Objetiva, 2002.

LAVOISIER, Antoine Laurent. **Elements of chemistry.** Chigago: Encyclopaedia Britannica, 1952.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUZ, Yuri Correa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo.** São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo.** 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo.** 4. Ed. Ver. E amp. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico e Constituição.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva 2017.

ROCHA, Fernando Antonio N Galvão da. **Direito penal: curso completo: parte geral.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflenda. Culpabilidade e livre-arbítrio novamente em questão: os influxos da neurociência sobre o Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2193, jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13089>. Acesso em: 10 fev. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena Coordenação de Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, 7).

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal- uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.