

TIPIFICAÇÃO PENAL: TEORIA FINALISTA E TEORIA SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Dorita Ziemann Hasse¹

HASSE, D. Z. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, p. 169-191, jul./dez. 2010.

RESUMO: Objetiva este estudo, despertar o interesse daqueles que se interessam pelo mundo jurídico, em especial pelo Direito Penal, em investigar as ideias e teorias que foram desenvolvidas por eminentes doutrinadores a cerca do crime e do tipo penal. As mudanças, que são consequências da evolução dos tempos, ocorrem no mundo jurídico na medida em que acompanha o aperfeiçoamento da capacidade de entendimento humano em relação ao seu próprio meio. Não há pensamento doutrinário que seja de todo inútil, pois até em suas falhas contribuem para o aperfeiçoamento posterior. A Teoria contemplada pelo Estado brasileiro vigente é a Teoria Constitucionalista do Direito, porém, isso não desvaloriza nem pode descartar as teorias anteriores como a Teoria Finalista da Ação e a Teoria Social da Ação. Assim se fez a construção do tipo penal, com a vontade do legislador transferida para a vontade estatal, mais o querer social. Da investigação das ideias do passado, formatou-se um Direito Penal atual, cada vez mais equilibrado e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Teorias. Crime. Tipo penal. Querer social. Aperfeiçoar. Entendimento humano.

INTRODUÇÃO

A preocupação com o comportamento da sociedade começa a ter relevância para o mundo jurídico e em especial para o Direito Penal, na medida em que os desejos manifestos pelos indivíduos produzem ações consideradas positivas ou se omitem em relação a essas mesmas ações, ou ainda, se as produzem de modo negativo.

No século XIX surgiu uma primeira teoria que buscou quebrar o ciclo vivido até então, no contexto absolutista de poder, no qual o indivíduo era um ser alienado de sua própria vontade uma vez que estava submetido à vontade do soberano. Trata-se da Teoria Naturalista ou Causal que defendia a ideia de absoluta submissão à vontade da lei considerando que nela residia a segurança contra a arbitrariedade.

¹Mestre em Direito Processual Penal. Professora – UNIPAR. Email: dorita@unipar.br

Assim, o fato típico estaria diretamente relacionado à causa e ao seu resultado. A hipótese de valoração da ação cedia lugar para a mera relação de causa e efeito, fazendo com que o crime fosse entendido como fato típico, antijurídico e culpável considerando-se que o dolo e a culpa, fundamentais para existência do crime, pertenciam à esfera da culpabilidade.

Já no século seguinte, com Hans Welzel, aparece a Teoria Finalista da Ação sob a inspiração da teoria dos valores. Essa teoria foi adotada pelo Código Penal brasileiro e entendia como fato típico o ato praticado pelo agente, desde que com dolo ou culpa na sua conduta, considerando atípica se ausentes os referido elementos. Assim, a vontade e a conduta estariam unidas entre si para fins de tipicidade.

A Teoria Social da Ação, num claro processo evolutivo de conhecimento sobre o comportamento humano, procura não só saber se houve dolo ou culpa para caracterização do fato típico, mas entender e classificar a ação praticada na própria sociedade da qual surgiu, considerando de fundamental importância a qualificação de negatividade social para, só então, classificá-lo como fato típico.

Essa teoria defendida por Hans-Heinrich Jescheck encontrou a resistência dos positivistas, na medida em que transferia para o magistrado total responsabilidade pela identificação da conduta, o que implicaria em risco à segurança jurídica. Embora a teoria social não tenha sido contemplada pela legislação brasileira, não se exclui do contexto jurídico a possibilidade de avaliação da sociabilidade da ação, como um dos critérios para aplicação da pena.

Hodiernamente, surgiu a teoria do delito de acordo com uma nova perspectiva, fundado em base constitucionalista, na qual os princípios, as regras e valores constitucionais condicionam os fins do Direito Penal, uma vez que atrelado ao modelo de Estado vigente, que é o constitucional e democrático de direito. Trata-se da Teoria Constitucional do Direito Penal, porém não se pode falar sobre mudanças no que se refere a política criminal com base no Direito Penal do Inimigo, sem antes, delimitá-lo.

A Teoria Funcional, que surgiu na década de 1970 abraça o Direito Penal para entender e aplicar suas normas de acordo com sua função social, daí não ser considerada uma teoria da conduta, já que não se preocupa com o tipo penal.

A presente proposta de estudo elegeu como seu objeto principal a Teoria Finalista da Ação e a Teoria Social da Ação, por considerar que serviram de fundamento para o atual entendimento da teoria do delito, considerando a importância dos primeiros conhecimentos sobre a conduta, sobre a causalidade, sobre seu resultado e a consequente adequação típica formal.

CONCEITUAÇÃO DE CRIME

Termos como *delito*, derivado do latim *delictum*, de *delinquere*, são utilizados para indicar todo fato considerado ilícito, ou seja, “todo fato voluntário, que possa resultar numa reparação, sujeitando aquele que lhe deu causa às sanções previstas na lei penal” (SILVA, 2003, p. 27).

No sentido vulgar, crime que é a transgressão imputável da lei penal por dolo ou culpa, ação ou omissão, significa toda ação cometida com dolo ou infração contrária aos costumes, à moral e à lei que é igualmente punida ou reprovada pela consciência (SILVA, 2003). Em nosso sistema o termo delito é usado de forma genérica tanto para os crimes como para as contravenções.

O conceito atual de crime acolhe os tradicionais elementos da *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*.

A complexidade do sentido da palavra crime remete ao homem como ser social e quem tem necessidade de viver em sociedade, cujas relações são as mais diversas, provocando consequências e reações. É neste contexto que a própria sociedade cuidou de criar formas legais de reação por meio de um código de postura e costumes cujo objeto é proteger a coletividade. Das relações humanas surgem os conflitos e delas também as soluções para resolvê-los dos mais diversos modos, quer seja por composição ou pela utilização da força, no mais amplo sentido da palavra.

Desta escolha, do uso da força pelas partes para solucionar o conflito ou do comportamento condenado pela sociedade, surgem as sanções que percorrem amplo trajeto indo desde a simples reprimenda, passando pela exclusão social ou à condutas mais radicais. Seriam essas sanções resultado, não da atuação do Estado, mas da reação da sociedade, tida como naturais ou normais.

Preocupou-se o legislador, diante dos costumes e tradições, em definir por intermédio de lei quais ações humanas serão ou constituirão crime perante o Estado, relevando a proteção de certos *bens da vida* ou *bens jurídicos*, ou seja, identificar quais ações prejudicam ou destroem esses bens a serem protegidos, as quais tornam-se juridicamente crime a ser punido com sanções previamente definidas (JESUS, 1998).

Esses *bens da vida* ou *bens jurídicos* tanto podem ser atos ou fatos com resultado material, como a morte ou o roubo em que há interesse do Estado em coibir, como podem ser atos ou fatos sem resultado físico ou que não é possível mensurar objetivamente como o crime de ameaça ou ainda, ações não aceitas pela sociedade (CAPEZ, 2006). A identificação do fato, genericamente descrito como crime em lei *stricto sensu*, com existência no mundo jurídico, enseja ao Estado, por meio do devido processo legal, atuar e coibi-lo, aplicando a pena que lhe cabe em caso de condenação.

Sob o aspecto formal, a doutrina conceitua crime como:

Crime é o fato contrário à lei.(MIRABETE, 2002, p. 96)

Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena (FRAGOSO, 1998).

Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena (PIMENTEL, 1983).

Essas definições generalizadas são, em relação ao crime como um todo, perfunctórias ou superficiais, destacando apenas o fato em relação à norma posta, sem considerar outros aspectos, como fatos físicos ou aspectos psicológicos, responsáveis pelo ato praticado pelo agente de maneira criminosa ou se agiu de acordo com a permissividade da norma positivada.

Ao se aprofundar no conceito de crime e, considerando conceitos de ordem material, é necessária reflexão maior sobre a razão que levou o legislador a prever a punição de certos fatos em detrimento de outros. Esse caminho certamente deve ser percorrido com o recurso de outras áreas de conhecimento, qual seja a sociologia, a filosofia, etc. Segundo Mirabete (2002), pode-se afirmar que as conceituações conhecidas são de caráter subjetivo, para as quais o mesmo fato, em épocas diferente, é identificado com conotações diversas, apresentando maior ou menor comoção social e produzindo, na mesma medida, a reação do Estado.

Para uns, o núcleo do conceito de crime estaria no caráter danoso do ato; para outros na incompatibilidade da conduta com a moral; e para um último grupo, estaria no estado psíquico do agente. Essas conceituações, entretanto, esbarram na dificuldade de sofrer o fenômeno delituoso flutuações no tempo, no espaço, na filosofia política do Estado (MIRABETE, 2002, p. 97).

A melhor orientação para se obter um conceito material de crime é ter em vista o bem protegido pela lei penal, pois independentemente da época ou dos conceitos, a finalidade do Estado é, ou deveria ser, o bem coletivo e o individual protegendo os valores mediante seu poder coercitivo (NORONHA, 1991).

Chega-se assim, aos conceitos materiais ou substanciais do crime:

Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei. (NORONHA, 2003, p. 105). Crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através de

ação penal. (FRAGOSO, 1995, p. 149).

A subjetividade dos conceitos ora transcritos destacam valores ou interesses do corpo social que sugerem questionamentos de como mensurar ou definir objetivamente seus significados, tarefa por vezes impossível considerando as constantes mudanças sociais.

O conceito analítico do crime ou das características do crime, a ou ainda, dos elementos que o compõe tem evoluído ao longo do tempo trazendo maior segurança ao aplicador do Direito quando do estudo do caso concreto. É o aspecto analítico “aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime” (CAPEZ, 2006, p. 112). Através desta qualificação pode-se propiciar a correta e adequada decisão sobre o ato praticado (infração penal) e sua autoria, facilitando ao julgador o desenvolvimento do raciocínio lógico que a ele cabe.

Assim, a despeito de reconhecer o crime como um todo unitário, segundo Battaglini, é possível perceber a praticidade e a utilidade didática da decomposição do crime em elementos definindo-o como “fato humano descrito no tipo penal e cometido com culpa, ao qual é aplicável a pena” (BATTAGLINI, 1973, p. 129).

A questão da identificação do tipo penal tem sido objeto de estudo de grandes doutrinadores que divergem sobre o seu conceito. No entendimento de Everardo Luna “crime é fato e é, ao mesmo tempo, um fato jurídico, pois assim é definido pelo Direito, e um fato antijurídico, vez que contrário ao ordenamento jurídico” (LUNA, 1993, p. 47). Em se referindo às circunstâncias do crime, sustenta que não existem delitos sem elas, ou seja:

Por serem as circunstâncias elementos acidentais do crime, não se podem falar em crime incircunstanciado. Todos os crimes são circunstanciados, o que significa que todos os crimes são Acompanhados dessa ou daquela circunstância (LUNA, 1993, p. 5 e 6).

Assim, o homicídio será sempre o tipo fundamental, e as circunstâncias de tempo e lugar podem criar tipos privilegiados ou qualificados.

Considerando a doutrina mais atual, segundo a qual “crime é todo fato típico e ilícito” (CAPEZ, 2006, p. 112), deve-se destacar em primeiro lugar a tipicidade da conduta, identificando-a como ilícita ou não, o que terá como resultado a infração penal. Ou seja, não há infração penal sem a tipicidade do fato ilícito.

1.1 FATO TÍPICO

Segundo CAPEZ, (2006, p. 114) fato típico “é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo de previsão penal”. São elementos do fato típico: a conduta humana dolosa ou culposa, o resultado (somente nos crimes materiais), o nexo de causalidade (somente nos crimes materiais) e a tipicidade.

Por sua vez, fato material “é aquele que existe independentemente de se enquadrar ou não ao modelo descritivo legal. A tipicidade é, portanto, irrelevante para a existência do fato material” (CAPEZ, 2006, p. 114).

1.1.1 Conduta humana

“É a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade” (CAPEZ, 2006, p. 114). Está presente nesta descrição, de forma indubitável, o ato humano, único ser capaz de manifestar capacidade cognitiva e vontade. Esse ato tanto pode ser um comportamento positivo, exteriorizado por meio da ação ou da omissão, como um ato negativo. Necessário se faz distinguir ato de conduta: “*ato* é apenas parte da conduta, quando esta se apresenta sob forma de ação; *conduta* é a realização material da vontade humana, mediante prática de um ou mais atos”. (CAPEZ, 2006, p. 139).

A escolha manifesta por meio do livre arbítrio sempre terá como resultado uma consequência, com a qual se preocupa o Direito Penal. A este só interessa as condutas evitáveis por intermédio da vontade humana, uma vez que não identificada a presença da vontade, também não será identificada a conduta perante o ordenamento jurídico repressivo (CAPEZ, 2006).

A relação entre o resultado da ação, dolosa e culposa, terá importância penal desde que identificada a presença da vontade, a finalidade e o dolo ou a culpa. Naquela, a vontade e a finalidade são de produzir um resultado típico, e nesta, tanto a vontade como a finalidade não tem o mesmo objetivo, mas que por descuido pode ocorrer. É desta forma que se identificará o crime como fato relevante ou não para o Direito Penal.

Assim, conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime (CAPEZ, 2006, p. 116).

Não há crime sem conduta, *nullum crime sine conduta*, considerando-se o comportamento humano dirigido a um fim, que produz consequências no

mundo exterior.

1.1.2 Resultado

Em regra a ação que é considerada crime tem um resultado, salvo nos crimes de mera conduta, nos quais apenas a conduta em si já é crime, sem precisar de um resultado, como por exemplo, a invasão de domicílio, e nos crimes formais nos quais o resultado pode existir, mas não é requisito para a configuração do crime, como por exemplo, na corrupção ativa, em que basta o agente oferecer vantagem, não importando se será ou não aceita pela outra parte. (MIRABETE, 2002).

O conceito mais atual de resultado é o que nos apresenta Capez como a "modificação no mundo exterior provocada pela conduta". (CAPEZ, 2006, p. 154). É clara neste contexto a diferença que existe entre evento significando qualquer acontecimento e resultado, significando a consequência da conduta.

1.1.3 Nexa de causalidade

Para que se configure um crime, deverá ser identificado entre a conduta e o resultado, um nexa lógico de ação e consequência (excepcionando-se os crimes de mera conduta e os formais), ou seja, a ação praticada deve ter causado, diretamente ou indiretamente, a consequência ou resultado. "O elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este", é o conceito apresentado por CAPEZ, (2006, p. 155).

Se o nexa causal se vincula apenas a uma relação de causa e efeito e, por isso não necessita para sua constatação, de qualquer apreciação jurídica sobre a existência de dolo ou culpa, a sua natureza estará sujeita apenas às leis da física. Porém, para que se identifique o nexa normativo, a configuração do nexa causal não é suficiente, sendo necessário a existência de dolo ou culpa do agente para que haja o fato típico. Ou seja, para que exista o fato típico, da mesma forma deve existir o nexa causal físico, concreto, e o nexa normativo, resultante da verificação de dolo ou culpa (CAPEZ, 2006, p. 155).

Várias são as teorias que se desenvolveram acerca da conduta, do resultado, do fato típico e do nexa de causalidade. Mais precisamente, o fato típico dependerá de duas operações: a *imputação objetiva* (se o fato pode ser atribuído à conduta, independente de dolo ou culpa) e a *imputação subjetiva* (onde existe o nexa causal e se analisa o dolo ou a culpa). Como vivemos em uma sociedade de riscos, presentes em todos os momentos, estes serão considerados normais, resultando em imputação do resultado ao autor do fato apenas se o resultado for

conseqüência de uma conduta que produza um risco juridicamente proibido, ou se a conduta do agente maximizar a situação de risco proibido, gerando o resultado. (CAPEZ, 2006).

1.2 TIPICIDADE

Considerando-se que o tipo legal é um dos fundamentos básicos do princípio da reserva legal contemplado na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, inciso XXXIX) caberá à lei definir e descrever o que é crime. “Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso” (CERNICCHIARO, 1991, p. 14).

À generalidade da lei caberia a tarefa de identificar e definir como delito o prejuízo praticado ao patrimônio ou a outro bem jurídico, mas estaria falhando quanto a garantir o direito de liberdade. Cabe, portanto, ao tipo exercer essa garantia uma vez que é a tipicidade (relação entre o tipo e a conduta) é resultado do princípio da reserva legal. Aqui reside a necessidade de precisão da tipicidade para identificação correta e justa da ação (CERNICCHIARO, 1991).

Conceituado como modelo descritivo das condutas humanas criminosas, o tipo, produto da lei penal, exerce a função de garantir o direito a liberdade. Sua composição acolhe os seguintes elementos:

Núcleo, designado por um verbo (matar, ofender, etc.); *referências a certas qualidades exigidas, em alguns casos, para o sujeito ativo*, (funcionário público, mãe, etc.); *referências ao sujeito passivo* (alguém, recém-nascido, etc.); *objeto material* (coisa alheia móvel, documento, etc.) que em alguns casos, confunde-se com o próprio sujeito passivo (no homicídio, o elemento “alguém” é o objeto material e o sujeito passivo); *referências ao lugar, tempo, ocasião, modo de execução, meios empregados e, em alguns casos, ao fim especial visado pelo agente* (CAPEZ, 2006, p. 186)

A tipicidade é a previsão dos elementos anteriores (conduta, resultado e nexos causal) em norma penal incriminadora, ou seja, mesmo que sejam identificados os três elementos em uma determinada situação, perfeitamente relacionados, se toda a conduta não estiver prevista em lei como crime, não haverá crime.

Tipificação penal é, portanto, *lato sensu*, o ato de análise de uma conduta de um determinado agente em confronto com a norma penal para que se possa verificar se a referida conduta é ou não um crime. Em sentido estrito – *stricto sensu* – tipificação penal é o ato de fazer a subsunção da conduta à norma legal, dentro dos mesmos requisitos considerando se a conduta se enquadra neste ou naquele crime.

2. CULPABILIDADE

“É a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal”. (CAPEZ, 2006, p. 297). Os termos *culpa* e *culpado* tem conotação de sugerir que uma pessoa é responsável por uma transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenado pela sociedade.

Para que seja possível se chegar à culpabilidade, a trajetória percorrida pelo raciocínio lógico, deve, primeiramente, constatar a prática do crime. As etapas necessárias são: primeiro verifica-se se o fato é típico ou não; em caso afirmativo, identifica-se a ilicitude; constatada a prática delituosa (fato típico e ilícito) caminha-se para a possibilidade de responsabilização do autor.

Destaque-se que a culpabilidade servirá apenas para responsabilizar ou não o autor, não excluindo nesta fase o dolo, a culpa ou a ilicitude já, preliminarmente, analisada, ou seja, a culpabilidade nada tem a ver com o crime em si (CAPEZ, 2006).

Os costumes mais antigos dão conta de que a questão da culpa e da pena sempre esteve submetida a um direito costumeiro cujo fundamento estava principalmente na moral, nas crenças, magias e temores do que era desconhecido. Tudo estava embasado na vingança de caráter objetivo que exigia apenas a ténue existência do nexa causal entre conduta e resultado.

Atualmente a culpabilidade vem de encontro à possível reprovação daquele que, tendo praticado um fato punível, poderia e deveria escolher outra forma de agir. É a censura relativa a um resultado que podia ser evitado. Daí a interpretação própria de Fernando Capez (2006, p. 302), quando afirma que “sem culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*) e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*)”.

3. TEORIAS DA CONDUTA

Analisando os elementos presentes no conceito de Capez, sobre a conduta, faz-se necessário identificar as teorias que tem por objeto explicar a conduta. São elas: *teoria naturalista ou causal*, *a corrente neoclassista ou neokantista*, *a teoria finalista da ação*, *a teoria social da ação*, *a teoria constitucional do direito penal* e *a teoria funcional*.

3.1 A TEORIA NATURALISTA OU CAUSAL

Embasada na igualdade formal e pelo apego à letra da lei, essa teoria demonstrou-se imprópria para coibir o arbítrio do Estado. A igualdade por ela propalada não passava de alegoria incapaz diminuir as desigualdades sociais.

A máxima perseguida “lei se cumpre, não se discute, nem se interpreta” (CAPEZ, 2006, p. 117), demonstrava que a luta seria inglória. Criava-se o crime, enquadrava-se o mesmo na legislação existente e ponto final. Está na lei, então é crime. Interpretar e valorar poderiam ser uma ameaça ao que estava positivamente estabelecido.

A concepção naturalista via a existência do fato típico como resultado de um processo comparativo entre o ato praticado pelo agente e o que a lei descreve. Era o que bastava. Prevalencia a lei física de “causa e efeito”, abstraída de qualquer valoração subjetiva, interessando apenas identificar o agente causador do resultado e a sua previsão legal. (CAPEZ, 2006). Estruturalmente o crime estava dividido em *fato típico + antijuridicidade + culpabilidade*. Pela ordem, a natureza objetiva do crime (o tipo) em primeiro lugar, e a natureza subjetiva (dolo e culpa) ligada à culpabilidade.

O desprezo pela presença do ato volitivo e normativo, (dolo e culpa respectivamente) identificava a ligação do crime apenas ao fato típico, a ilicitude e a antijuridicidade ao mesmo tempo em que demonstrava que o direito penal tinha função essencial utilitária, atuando como mecanismo de prevenção social contra o crime. Assim, era o sistema que não se preocupava com a prática efetiva da justiça, ou seja, presente estava a antiga máxima de que “os fins justificam os meios”, distorcendo o pensamento de Maquiavel e praticados pelos tiranos que detinham o poder do Estado. Para o bem de todos, essa teoria naturalista ou causal já está superada.

3.2 A CORRENTE NEOKANTISTA

Opondo-se a concepção meramente positivista do tipo penal, os defensores dessa corrente perceberam que tanto o tipo penal ia além dos elementos de ordem objetiva como o fato típico não seria fruto apenas da comparação estabelecida entre o fato e a sua descrição legal. Era a preparação para a chegada da teoria da imputação objetiva.

Descrever o tipo já não era o suficiente. As evoluções dos tempos, assim como as mudanças culturais exigiam mais do que apenas a lei para serem definidos. A culpabilidade adquire destaque no processo que permitia identificar a imputabilidade e o dolo ou a culpa. A transformação do tipo em representação cultural dos valores sociais não permitia a aceitação de um formalismo legal abstraído de valores, muito embora o positivismo ainda se mantivesse fortemente presente na tutela penal.

3.3 A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Essa teoria representa a reação ao dogma naturalista. Permitiu-se analisar a conduta com a presença da finalidade, do dolo e da culpa. Distinguiu-se a finalidade da causalidade. Daí a máxima finalista de que a causalidade é cega, ao passo que a finalidade vê. (TOLEDO, 1994, p. 97)

A partir da elaboração dessa teoria por Hans Welzel, não seria mais possível deixar de considerar o elemento volitivo na forma com as ações foram praticadas. Estava identificada a salutar diferença entre o clássico conceito causal e o novo conceito finalista.

3.4 A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Dentro da teoria social é preciso que a ação seja típica, abrangendo uma conduta humana, com resultado, nexos de causalidade e tipicidade, seja antijurídica e culpável, para que possa ocorrer a adequação da conduta ao tipo legal e, por consequência, ao crime. Segundo Capez (2006), essa teoria levanta a discussão sobre a possibilidade ou não, de um fato que, considerado adequado e normal pela sociedade, ao mesmo tempo possa produzir a ela qualquer dano, mesmo que enquadrado à lei.

A historicidade e a temporalidade adquirem neste contexto, relevante importância no processo de interpretação e aplicação da lei. A sociedade conduz a ordem de acordo com o seu próprio comportamento. Bem verdade é que se deve ser considerado o risco de seus desdobramentos. Veremos mais adiante.

3.5 TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

Essa teoria traz em seu conteúdo, importante evolução em relação às anteriores na medida em que exerce controle sobre o legislador, por meio do Poder Judiciário, permitindo ao juiz ir além da mera aplicação da lei destacando a importância da interpretação valorativa para o exercício de sua função.

Trata da abordagem do delito conforme perspectiva de uma nova síntese, fundada em bases constitucionais. Segundo essa perspectiva, os princípios, regras e valores constitucionais condicionam os fins do direito penal (de tutela de bens jurídicos, de redução da violência, etc.), sendo cumprido por meio de normas. Assim, a estrutura e a lógica são condicionares da teoria do delito. Portanto, a teoria do delito está diretamente atrelada ao modelo de Estado vigente, que é o constitucional e democrático de direito. (GOMES, 2006, p. 48).

A igualdade entre os cidadãos é uma das exigências da Carta Magna do nosso país e, por conseguinte do Estado Democrático de Direito, igualdade esta

não apenas no âmbito formal, mas que seja efetiva, concreta e material. Assim, a conduta delituosa precisa ter conteúdo de crime além de estar previamente definido em lei.

3.5.1 O direito penal do inimigo

Os princípios constitucionais, que amparam o Direito Penal, destacam: a Dignidade da Pessoa Humana, a Humanidade, a Individualização da Pena, etc. os quais estão contemplados no rol dos direitos do artigo 5º, da Constituição Federal.

Segundo Günter Jakobs, criador do funcionalismo sistêmico (radical), o Direito Penal tem como função essencial proteger a norma, colocando em um plano secundário ou indireto a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Essa tese foi abandonada na sua recente obra *Derecho penal del inimigo*, 2003, quando contempla a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa teoria.

Considerando que os inimigos são todos aqueles que praticam crimes econômicos, terroristas, delinquentes organizados, criminosos sexuais etc., ou seja, todos aqueles que se afastam de forma definitiva do Direito, entende que ao se afastar do estado de cidadania, o indivíduo abdica de todos os benefícios consagrados à pessoa humana.

A nomenclatura direito penal do inimigo, também é conhecida como direito penal de terceira velocidade, que significa a punição com base no autor e não no ato praticado. Contudo, atualmente, esta denominação ganhou um maior destaque, devido à onda de terrorismo que assola o mundo. Desta maneira, determinados países começaram a adotar uma forma de punição bastante radical, na qual a maioria dos direitos humanos é restringida de modo absoluto, inclusive o direito à vida (SILVA SANCHEZ, In DAMÁSIO DE JESUS, 2006, p. 214).

De acordo com o pensamento de Jakobs, o Direito penal do cidadão é um direito penal de todos, enquanto que o Direito penal do inimigo é especialmente contra aqueles que se colocam contra o Estado de forma reiterada. Assim, para Marcel Figueiredo Ramos, (2009), “o direito penal do inimigo é na realidade uma forma de direito que serve para combater determinadas classes, ou seja: a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado”. Conta principalmente, o comportamento e o caráter do agente praticante.

O excesso positivista, característica do Direito penal do inimigo, é amplamente criticado. Consequência de um período em que a ameaça e o temor ao inimigo imprevisível, tal Direito deve ser expurgado do direito penal do cidadão para que não possa influir e impregnar a segurança jurídica que a norma produz.

Há que se considerar o Direito penal do inimigo como um ameaça ao Estado Democrático de Direito, muito embora situações críticas e graves, amparadas na valoração puramente emocional, exijam uma reflexão aprimorada sobre a aplicabilidade e validade das normas diante de práticas criminosas que constroem o Mundo e o direito do cidadão de viver em paz e segurança.

3.6 TEORIA FUNCIONAL

Essa teoria contempla a função pacificadora e reguladora dos comportamentos sociais na medida em que permite ao direito penal ser estudado, entendido e aplicado de acordo com a sua função social (CAPEZ, 2006). Apresenta duas concepções: a primeira relativa ao condicionamento do sistema aos fins da pena, o funcionalismo teleológico moderado de Roxin e a segunda, relativo à norma, o funcionalismo sistêmico de Jakobs (GOMES, 2006, p. 48).

Nela se identifica a verdadeira função do Estado, cujo arbítrio não mais pode ser aceito. Ao Direito Penal não mais cabe exercer a função retributiva de caráter moralista. A sociedade ocupa e deve ocupar sempre o lugar de destaque, sendo sua missão a convivência pacífica entre os indivíduos. Aqui se manifesta a importância do conhecimento da norma pela coletividade para que possa a ela obedecer e distinguir o permitido do proibido. As normas penais servirão para ordenar e regular o funcionamento da sociedade, cabendo ao Estado, através de valores e necessidades, identificar os tipos legais incriminadores.

4. TEORIA FINALISTA

Sob o entendimento de Hans Welzel, na década de 30, na Alemanha, surge a Teoria Finalista para transpor o sistema neokantiano, principalmente tentando negar a base deste, ou seja, “o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar” (GRECO, 2004).

O Direito, segundo os finalistas, não pode se afastar e muito menos se separar da realidade ou do meio social que tenciona negar. Deve o sim, o Direito estudar a realidade e analisá-la como fenômeno que nos é mais diversos aspectos e correlações entre estes e, só depois de descoberto seu arcabouço, passar para a etapa da valoração. Para Welzel, “os conceitos científicos não são variadas ‘composições’ de um material idêntico e avalorado, mas ‘reproduções’ de pedaços de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não fruto da criação do cientista. Qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea” (WELZEL, 2003).

A primeira dessas estruturas e que importam para o direito, cuja lógica intrínseca deve ser respeitada, é a natureza finalista do agir humano. O homem,

segundo Welzel, só atua finalisticamente, ou seja, sempre com uma finalidade (tendência para a realização de um fim ou objetivo derradeiro, culminância de um processo passível de se manifestar, dependendo da doutrina filosófica em questão, na natureza animada, inanimada ou na consciência coletiva) (WELZEL, 2003).

Ao considerar os seres humanos dotados de razão e vontade, justifica sua teoria ao afirmar que todas as suas atitudes são frutos de um impulso racional, livre e volitivo (que provém da vontade). Cita Aristóteles como autor de tais conceitos, a despeito de a sistematização penal ter sido obra sua.

...não podemos referir nossas ações a outros princípios motores que não estejam em nós mesmos, os atos cujos princípios motores se encontram em nós devem também estar em nosso poder e ser voluntários... Tanto par o homem bom como para o mau, o fim se apresenta tal e é fixado pela natureza ou pelo que quer que seja, e todos os homens agem referindo cada coisa a ele... somos senhores de nossos atos se conhecemos as circunstâncias... (ARISTÓTELES, 1987, p. 47).

Em outro plano afirma Bobbio: “o homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas para o futuro” (BOBBIO, 1995, p. 27). Por sua vez Kaufmann diz que “se a norma legal ou o Direito querem proibir ações, só podem proibir ações finalistas”. (KAUFMANN, 1987, p. 144).

O tipo agora é a descrição abstrata de uma ação vedada à sociedade ou ao cidadão e, como só se pode, nas palavras de Kaufmann, proibir ações finais ou que encerram uma finalidade, o dolo integra o tipo. Assim, dependendo do elemento subjetivo, ou seja, de sua finalidade, ocorrerá mudança quanto à qualificação jurídica a ser dada ao crime. Finalidade e conduta encontram-se assim, diretamente relacionados ao dolo e à culpa do agente (CAPEZ, 2006).

Assim é que o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis conseqüências de sua conduta, bem como (e por isso mesmo) estabelecer diferentes fins e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins e objetivos. A finalidade é, pois, vidente; a causalidade é cega. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito clássico causal de ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada, em sentido inverso, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo fim antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida (TOLEDO, 1994, p. 97).

Os finalistas eram questionados principalmente pelos causalistas: por que o homicídio doloso é castigado com penas mais graves que o homicídio culposo? Se a ação é a mesma, *matar*, e o resultado é o mesmo, a *morte*, a diferenciação não poderia ser apenas uma relação de causa e efeito, ação e resultado. Concluiu-se então, que a diferença está na forma como a ação foi praticada, isto é, na intenção ou na finalidade do agente (CAPEZ, 2006).

Chegou-se assim, ao conceito do elemento subjetivo injusto que é a finalidade ou a voluntariedade de comportar-se de modo diverso ao sentimento social de justiça e, portanto, caso houvesse a previsão legal, contra o esperado pelo ordenamento jurídico. Concluiu-se que, em muitas espécies de delito, para que ocorresse a tipificação penal, era preciso haver elementos subjetivos do injusto (tipificação ou tipicidades subjetivas ou, em última instância, a finalidade que tinha o agente em mente). Sem que exista a vontade de realizar algo reprovável, sem que o agente quebre o dever objetivo de cuidado (incorrendo na culpa *stricto sensu*), não há como enquadrar um fato no tipo legal (CAPEZ, 2006).

Não se pode mais aceitar a existência de crimes, ignorando a vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de razão e de livre-arbítrio e como se todos os resultados, *a priori*, fossem idênticos. Não existe conduta relevante para o Direito Penal, se não for animada pela vontade humana (CAPEZ, 2006, p. 124).

O fundamento principal e que realmente interessa ao Direito Penal em relação ao crime, é o princípio geral da inevitabilidade da conduta. Sem dolo ou culpa, portanto, não há conduta e, sem conduta não há fato típico e, sem este não existe crime. Há sim que ser considerado, segundo a teoria finalista a importância dos indícios, pois a sua ausência será causa de prevalência do princípio *in dubio pro societate*, impossibilitando a lógica e justa causa para a ação penal.

4.1 CRÍTICA À TEORIA FINALISTA

Uma das mais fortes críticas à Teoria Finalista é que, a despeito e após as admiráveis contribuições para formação da teoria do delito, aparentemente esgotou-se sua capacidade de rendimento ou produtividade (GRECO, 2004).

Outra crítica diz respeito a como o julgador irá perquirir, com a segurança devida, ao se tratar da liberdade do ser humano, qual a verdadeira finalidade do agente ao praticar a ação, requisito essencial para a tipificação do delito. Certamente ao juiz, ser humano falível como qualquer outro nas palavras do professor Hélio Tornaghi:

Incumbe-lhe penetrar no mais íntimo da alma, resolver os profundos

e obscuros caminhos da mente, por vezes não apenas sombrios, mas tenebrosos; importa-lhe conhecer e ponderar as taras e os defeitos herdados ao acusado pelos ancestrais; o temperamento e o caráter; as emoções, as paixões e tudo que pode influir na inteligência e na vontade; tem de fazer a síntese desses dados para chegar a uma noção sobre a personalidade. E ainda assim pode não estar seguro de haver conhecido o homem, o grau de liberdade interior com que agiu e, conseqüentemente a medida da responsabilidade (TORNAGHI, 1995, p 59).

A tipificação se torna um terreno extremamente subjetivo, passando a ser um grande problema quando se trata de julgar, subjetivamente, qual a finalidade do agente em determinado momento da ação delituosa; trata-se, a despeito do que possa estar nos autos ou das provas - outro elemento via de regra subjetivo - de uma quase adivinhação ou de mera conjectura comparativa como que poderia querer o *homem médio* na mesma situação, o que certamente levaria à dúvida razoável que exige a aplicação do princípio *in dubio pro reo* e por consequência a tipificar a ação sempre com o delito mais leve ou, até mesmo produzir absolvição.

Por outro lado, se faz crítica da Teoria finalista quando se considera que sua função é levar em conta, para tipificar o delito, essencialmente a finalidade do agente, desconsiderando se a situação como um todo ou se o seu resultado irá, de fato, atingir o bem jurídico tutelado pela norma legal ou a sociedade.

Por fim, sobre bases ontológicas a Teoria Finalista de Welzel parte de duas realidades lógico-objetivas: a natureza final da ação e a autodeterminação do ser humano que teriam a função de vincular o legislador.

5. A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Essa teoria denominada de teoria da adequação social confronta a normalidade do fato para a sociedade produzindo, ao mesmo tempo, danos ou prejuízos a essa mesma coletividade, concluindo que, mesmo que formalmente enquadrável a um tipo previsto na norma penal, exclui-se como tipo. O tecnicismo jurídico demonstrava ser antagônico à realidade vivida pela coletividade.

Destaca Hans-Heinrich Jescheck, na sua defesa da Teoria Social da Ação a importância da conduta perante a sociedade, ou seja, segundo seu entendimento não é suficiente identificar o dolo ou a culpa na conduta para conhecer sobre o fato típico, mas analisar o comportamento do agente e classificá-lo como socialmente permitido ou não. A tipicidade deve ir de encontro à rejeição dessa conduta pela sociedade. Segundo Jescheck “a noção finalista da conduta não é insuficiente, porque não leva em conta o aspecto social do comportamento hu-

mano” (CAPEZ, 2006, p. 128).

O interesse do Direito Penal, segundo essa teoria estaria no elemento “condutas voluntárias” capazes de produzir resultados típicos de relevância social. Segundo Fernando Capez:

A partir da idéia de que o tipo legal abarca sempre uma ação ou omissão anti-social, decorre uma importante consequência: se o aspecto social integra o fato típico, para que o agente pratique uma infração penal é **preciso que, além da vontade de realizar todos os elementos contidos na norma penal, tenha também a intenção de produzir um resultado socialmente relevante.** (CAPEZ, 2006, p. 129) (grifei)

Com a devida licença e respeito ao ilustre jurista, a conclusão nos parece precipitada e até pueril, pois seria necessário haver dupla subjetividade do agente – como ele mesmo diz – para que houvesse a tipificação penal: *a vontade praticar a ação* (dolo ou culpa) e *a pretensão de haver um resultado socialmente relevante*. Não é o que teoriza a corrente de pensamento; além da subjetividade na ação (dolo ou culpa), exigir-se-ia a *relevância social do resultado*, independente de o agente ter ou não desejado tal relevância. Como exemplo clássico, temos o marido que, fumando maconha, passa para a esposa fumar; na Teoria Finalista há perfeita tipificação de tráfico; enquanto que na Teoria Social será analisada, para a formação do crime, se o ato do marido é socialmente relevante; em caos positivo há crime; se negativo, é situação penalmente atípica.

O equívoco aparece identificado logo mais à frente pelo mesmo autor: “embora objetiva e subjetivamente típico, um comportamento não afrontar o **sentimento de justiça, o senso de normalidade ou adequação social do povo**, não será considerado relevante para o Direito Penal” (CAPEZ, 2006, p. 129). (grifei)

Há que se entender *adequação social do povo*, significando *relevância social* adequando-se ao diz a Teoria Social; quando se refere *subjetivamente típico* quer mencionar dolo ou culpa. Mais adiante, afirma Fernando Capez que “a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo” uma vez que sua realização ocorre dentro do que se considera normalidade social (CAPEZ, 2006, p. 129).

Defendendo a posição da Teoria Social aparece o argumento lógico, dizendo que o entendimento de crime como apenas sendo um fato *típico e anti-jurídico* estaria em choque com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, *in verbis*:

Art. 5º (...)

(...)

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

(...)

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A competência, portanto, para todo e qualquer crime doloso contra a vida seria do júri, mesmo na forma tentada. Na prática, porém, não é o que acontece. Se, por exemplo, um menor mata uma pessoa dolosamente, segundo tal conceito de formação de delito, ele efetivamente cometeu um crime, porém, falta-lhe a imputabilidade (não inserida neste conceito formador do crime). Ao menor serão aplicadas, por juiz singular, as normas contidas na Lei nº 8.096/1990 que se reporta ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Ora, se crime é apenas *fato típico e antijurídico*, e se a culpabilidade (no caso a imputabilidade do menor) é apenas pressuposto de pena e não faz parte do crime, temos duas hipóteses: ou o modo de julgar o menor é inconstitucional – e dentro do conceito de crime citado é – e deveria ser feito por um júri popular ou, de fato, a culpabilidade está inserida no conceito formador do crime.

No entanto, se considerarmos a culpabilidade como elemento do crime, o conflito com a Constituição desaparece, pois a imputabilidade do menor faz levar à descaracterização ou não tipificação do crime. Haveria penas o chamado ilícito ou injusto penal e que, na prática, é chamado de *ato infracional*.

5.1 RELEVÂNCIA SOCIAL, ADEQUAÇÃO SOCIAL E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Não se deve confundir os conceitos de *relevância social adequação social* com *princípio da insignificância*, pois que diferentes na essência e têm repercussão diferente no âmbito do Direito Penal.

5.1.2 Princípio da insignificância

“É o fato socialmente inadequado, mas considerado atípico dado a sua ínfima lesividade”, não podendo ser confundido com adequação social. (CAPEZ, 2006, p. 130).

5.2 RELEVÂNCIA SOCIAL

A relevância de uma ação penal está no efeito causado pelo ato praticado no meio da sociedade; é o ponto de vista subjetivo do homem médio acerca do resultado da ação, com a conclusão se tal ato afetou ou não o meio social e, se afetou, foi de maneira positiva ou negativa.

Em regra só haverá, penalmente, essa avaliação quando a ação em si for inadequada formalmente, ou seja, esteja em desacordo com a norma positivada.

5.3 ADEQUAÇÃO SOCIAL

Na adequação social, a ação ou o ato já está inserido nos costumes da sociedade e não mais é considerado injusto ou inadequado (CAPEZ, 2006), ou seja, é atípico. Um exemplo de adequação social, sem entrar no mérito da moralidade, é o *adultério* que, a despeito de ainda estar em nosso código penal, praticamente não é mais utilizado: é socialmente aceito ou considerado adequado aos costumes, o que não revoga o artigo da lei, saliente-se, mas pode ser usada – a adequação social – como justificativa para declarar atipicidade.

Na verdade, a imensa possibilidade de interpretação, torna o termo impreciso causando insegurança dogmática, dificultando a atuação da jurisdição penal. Serve sim, como critério auxiliador de verificação típica, uma vez que o formalismo excessivo na hermenêutica do crime não se pode admitir. É um princípio geral que envolve mais do que o direito penal, mas todo o ordenamento jurídico. (CAPEZ, 2006, p. 131).

5.4 CRÍTICA À TEORIA SOCIAL

Há diversas críticas à Teoria Social, entre as quais aquela que analisa a teoria no sentido de que, em adotando-se majoritariamente a linha lógica defendida, deixaria nas mãos dos julgadores – juízes e tribunais – extremo poder para decidir se uma lei vai ser usada ou não em um caso concreto e, se usada, de que forma.

Há também, segundo a crítica, dificuldade, para não dizer impossibilidade, em se conceituar o que seja relevância social. Alegam esses críticos que a teoria social implica em risco à segurança jurídica, uma vez que decidir de acordo com os costumes se a conduta praticada é típica ou carece de tipicidade, ficaria sob a responsabilidade apenas do juiz sujeita a excessiva subjetividade.

A Teoria Social geral situações complexas como a divergência entre o que o legislador entende como criminoso, e o que a coletividade entende como normal, levando o juiz a não reprimi-la por considera-la atípica vez que não en-

quadra no entendimento de inadequação social. Confundem-se neste contexto as funções do legislador e do juiz, cabendo a este a prestação jurisdicional sempre respeitando as regras jurídicas vigentes.

Os critérios hermenêuticos não podem sustentar-se em vagos entendimentos do que é ou não relevante para identificar a ilicitude no âmbito penal. Essa teoria, muito embora tivesse a intenção de avançar em relação à teoria finalista, demonstrou-se frágil representando mais um retrocesso, e por isso é tão criticada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento apropriado para se estudar a teoria do delito é aquele em que se está vivendo. Em cada época do século passado, na medida em que a sociedade evoluía, era necessário que os estudiosos do comportamento humano encontrassem meios, legais e, portanto justos, para coibir os desvios praticados no meio social.

Mesmo que o cenário jurídico sofra mudanças, com a reformulação das leis em especial, as obras doutrinárias não desaparecem nem perdem o seu valor, e jamais podem ser preteridas em detrimento de novas interpretações ou leis.

As teorias destacadas neste estudo representaram fundamental importância para que hoje o direito possa ser construído com base no respeito à liberdade e a dignidade humana. Entendemos que já não é suficiente para caracterizar a tipicidade penal apenas a sua concretização formal. A tipicidade requer formalismo, mas também requer avaliação axiológica que permita identificar a presença de um resultado jurídico desvalioso, exigido em todo delito.

Para que o ato seja penalmente relevante deve ser desvalioso e assim o será quando for: objetivamente imputável à conduta do agente; concreto; atingir a terceiros; apresentar gravidade em seu resultado; inaceitável juridicamente e contiver imputação objetiva do risco. Aí se encontra a relevância penal.

O que se pode concluir é que, muito embora essas teorias destacadas no estudo, Teoria Finalista da Ação e Teoria Social da Ação, não sejam as que se identificam com o modelo de Estado vigente, fazem ou fizeram parte da construção do conhecimento sobre a teoria do delito. A atualização não pode prescindir do conhecimento que a antecede, ao contrário, é o que permite o enfrentamento dos desafios constantes do mundo jurídico penal.

7. REFERÊNCIAS

AMORIM, P. S. M. C. de. O uso indevido do princípio da insignificância. **CONSULEX**, Brasília, n. 214, p. 53-54, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética de nicômaco**. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

BATTAGLINI, G. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1973.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Marcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. R. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CERNICCHIARO, L. V. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

DAMÁSIO, E. de J. **Direito penal do inimigo**: breves considerações. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, L. F. Teoria constitucionalista do delito. **CONSULEX**, Brasília, n. 218, p. 48, 2006.

GRECO, R. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

GRECO, L. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/intro.htm>>. Acesso em: 22 maio 2003.

JESUS, D. E. de. **Teorias do direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

KAUFMANN, A. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LUNA, E. da C. **Estrutura jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.1.

NEVES, S. **Da potencial consciência**: do injusto ou da ilicitude? Disponível em: <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/036_XXX_cgd/058cgd.html>. Acesso em: 31 jul. 2003.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

PIMENTEL, M. P. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RAMOS, M. F. **Violação ao princípio da ampla defesa negativa?** Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos_1085.html>. Acesso em: 10 ago. 2011.

SILVA, P. E. **Vocabulário jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO, F. A. de. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, H. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1

CRIMINAL TYPIFICATION: FINAL THEORY AND SOCIAL THEORY IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: This study aims to stimulate those who are interested in the legal world specially Criminal Law and investigate the ideas and the theories that were developed by leading scholars about the type of crime and about the criminal offense. The changes, that are consequences of the time evolution, occur in the legal world in proportion to they attend the development of the capacity of human understanding in relation to their own. There is no doctrinal thinking that is useless, because even in its failures it contributes to further improvement. The theory contemplated by Brazilian government is the Theory of Constitutional Law, however, it can not devalue or dismiss earlier theories as the Finalist Action Theory and Social Action Theory. Thus, the construction of the criminal type was formed with the determination of the legislature transferred to the state desire, adding the social wish. From the research of ideas in the past was possible to format a current Criminal Law, more and more impartial and effective.

KEYWORDS: Criminal Law. Theories. Crime. Criminal Type. Social desire. Improve. Human understanding.

TIPIFICACIÓN PENAL: TEORÍA FINALISTA Y TEORÍA SOCIAL EN EL DERECHO BRASILEÑO

RESUMEN: Este estudio busca despertar el interés de aquellos que se interesan por el mundo jurídico, en especial por el Derecho Penal, en investigar las ideas y

teorías que se desarrollaron por eminentes doctrinadores acerca del crimen y del tipo penal. Los cambios, que son consecuencias de la evolución de los tiempos, ocurren en el mundo jurídico en la medida en que acompaña el perfeccionamiento de la capacidad de entendimiento humano en relación a su propio medio. No hay pensamiento doctrinario que sea de todo inútil, pues hasta en sus fallas contribuyen para el perfeccionamiento posterior. La Teoría contemplada por el Estado Brasileño es la Teoría Constitucionalista del Derecho, sin embargo, eso no desvaloriza ni puede descartar las teorías anteriores como la Teoría Finalista de la Acción y la Teoría Social de la Acción. Así se hace la construcción del tipo penal, con ganas de legislador transferida para las ganas de estatal, más el querer social. De la investigación de las ideas del pasado, se configuró un Derecho Penal actual, cada vez más equilibrado y eficaz.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal. Teorías. Crimen. Tipo penal. Querer social. Perfeccionar. Entendimiento humano.