

A (ir)relevância do conceito de ação em Direito Penal ^(*)

The (ir) relevance of the concept of action in Criminal Law

La (ir)relevancia del concepto de acción en Derecho Penal

Marcos Afonso Johner¹

Diego Alan Schöfer Albrecht²

Sumário: Introdução. 1. O conceito causal-naturalista de ação. 2. O conceito final de ação. 3. O conceito social de ação. 4. As escolas funcionais. 5. A busca por um conceito unitário de ação: falhas metodológicas. 6. Pela renúncia a um supraconceito de ação. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

Resumo: Uma das principais preocupações da dogmática penal sempre foi a de estabelecer um superconceito de ação, capaz de abarcar todas as formas de manifestação do delito. No entanto, isso coloca um problema: dado o atual estágio da teoria do delito, torna-se ainda relevante assumir um supraconceito de ação? A hipótese assumida é negativa, devendo abandonar-se os elementos pré-típicos e fundamentar o conceito-base de ação a partir da realização típica. Dessa forma, este artigo terá por objetivo analisar os principais conceitos de ação na teoria do delito e verificar se ainda é necessário manter um supraconceito de ação. O método de abordagem utilizado será o dedutivo e a pesquisa, a bibliográfica.

Palavras-chave: supraconceito, ação, realização típica.

Abstract: One of the main concerns of criminal dogmatics has always been to establish a supra-concept of action, capable for encompassing all forms of manifestation of crime. However, this poses a problem: given the

(*) Recibido: 17/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.
marcosjohner@yahoo.com.br

² Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.
diea2110@yahoo.com.br

current stage of the crime theory, is it still relevant to assume a superconcept of action? The assumed hypothesis is negative, and the pre-typical elements should be abandoned and the basic concept of action should be based on the typical realization. That away, this article will aim to analyze the main concepts of action in the theory of crime and to verify if it is still necessary to maintain a superconcept of action. The method of approach used will be the deductive and the research, the bibliographic.

Keyword: Supra-concept. Action. Typical realization.

Resumen: Una de las principales preocupaciones de la dogmática penal siempre ha sido la de establecer un superconcepto de acción, capaz de abarcar todas las formas de manifestación del delito. Sin embargo, eso plantea un problema: ¿dado el actual estadio de la teoría del delito, sigue siendo relevante asumir un superconcepto de acción? La hipótesis asumida es negativa, y los elementos pre-típicos deberían abandonarse y el concepto básico de acción debería basarse en la realización típica. Por lo tanto, este artículo tendrá como objetivo analizar los principales conceptos de acción en la teoría del delito y verificar si aún es necesario mantener un superconcepto de acción. El método de enfoque utilizado será el deductivo y de la investigación, el bibliográfico.

Palabras clave: superconcepto, acción, realización típica.

Introdução

Na construção dos variados sistemas penais, o conceito de ação sempre apresentou relevada importância, ora por ser o primeiro referencial do comportamento punível, ora por considerar a relação do indivíduo em seu meio social. Buscava-se elaborar, na realidade, um supraconceito de ação, situado num plano pré-típico, suficientemente amplo para abranger todas as formas de aparecimento do ilícito, seja na forma dolosa ou culposa, seja na forma comissiva ou omissiva.

O pretendido conceito unitário de ação, no entanto, pressupõe o preenchimento de três funções primordiais, sejam elas (a) *classificatória*, capaz de reunir sob a mesma rubrica todos os modos pelos quais o crime pode exteriorizar-se; (b) *definitória* ou *de união*, no sentido de fornecer um substrato material para que os demais elementos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) se lhe conectem como especificações anexas; e (c) *delimitadora*, cujo escopo é o de excluir, *ab initio*, aquelas condutas não manifestamente puníveis.

Contudo, os principais conceitos elaborados – causal-naturalista, final, social, negativo e pessoal – não lograram êxito em atender às funções acima mencionadas, pelas mais diversas razões, apontadas *infra* (tópico 6 e itens correspondentes). Portanto, abdicar-se-á de um conceito unitário de ação, a fim de simplesmente conceituá-la como o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime.

O trabalho será desenvolvido da seguinte maneira: nos primeiros quatro tópicos serão abordados os principais conceitos de ação elaborados desde o início do século XX. No quinto tópico, dedicar-se-á um pequeno espaço à proposta de Juarez Tavares. No sexto, serão expendidas as críticas necessárias às tentativas de obter-se um supraconceito de ação. No sétimo e derradeiro tópico, estabelecer-se-ão os motivos pelos quais se renunciará ao já mencionado supraconceito e qual o delineamento de ação a partir de então.

1 O conceito causal-naturalista de ação

O sistema causal-naturalista, também conhecido como *concepção clássica do delito*, teve forte influência das ciências mecânico-naturais do final do século XIX,³ buscando nelas um ideal de exatidão científica. Para tanto, procurava-se “o máximo possível em termos de objetividade, ordem e segurança, e, para tanto, valia-se de conceitos limitados a realidades perceptíveis pelos sentidos, a realidades do mundo natural”⁴.

Um dos principais precursores dessa corrente, Franz von Liszt dividia a ação, basicamente, em dois elementos, sejam eles o *ato de vontade* e o *resultado*, aos quais acrescia a *relação de causalidade*,^{5 6} cuja função era a de conjugar os dois primeiros para que formassem um todo.⁷ Para ele, havia duas formas de ação: a *comissão*, visualizada como “a causação do resultado por um ato de vontade”⁸, e a *omissão*,

³ “Así, la determinación de la producción de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de estos o aquellos hechos perceptibles por los sentidos y describibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos” (SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción de de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tenos, 1991, p. 43-44).

⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 147.

⁵ Também derivada das ciências mecânico-naturais, a teoria da *conditio sine qua non* era utilizada por von Liszt para estabelecer a relação de causalidade, conforme se deduz do seguinte excerto: “Dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pode supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo que de fato ocorreu” [redação adaptada] (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 201).

⁶ Mir Puig assinala que a causalidade consiste no *núcleo essencial* desse conceito (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 179).

⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, 2006, p. 193.

⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 198, redação adaptada. Acrescenta von Liszt que o ato de vontade se apresenta “como *movimento corpóreo voluntário*, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias ou representações e efetuada pela inervação dos nervos motores” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 198).

caracterizada pelo “não empreendimento de uma ação determinada e esperada”⁹. Portanto, ambas as formas poderiam ser reconduzidas a um *supraconceito*: o *ato humano voluntário que causa uma modificação no mundo exterior*.

Outro partidário do conceito clássico de ação, Ernst von Beling a compreendeu como o comportamento humano voluntário, consistente num fazer (ação positiva) ou num não fazer (omissão), produzido pelo domínio sobre o corpo. Na acepção desse autor, a ação era dividida em duas fases: uma interna, ou subjetiva, correspondente à voluntariedade, e outra externa, ou objetiva, vinculada ao comportamento.¹⁰

Basicamente, o sistema causal-naturalista se erigiu a partir dos seguintes elementos: a) *movimiento corporal*, que “se constituye en causa del resultado, que es el cambio en el mundo externo perceptible por los sentidos; el movimiento da origen a un proceso causal que se concreta en aquél”¹¹; b) *voluntariedade*, “aquella necesaria para hacer el movimiento que le da a éste carácter de espontáneo, y permite diferenciarlo del provocado por una fuerza física extraña al sujeto”¹²; c) *modificação do mundo exterior*, produzido “conforme a las leyes físicas de la causalidad”¹³.

Percebe-se, como bem observou Hans Welzel, que o conceito causal-naturalista fracionou a ação em duas partes: “o processo causal externo (‘objetivo’), de um lado, e o conteúdo da vontade, ‘meramente’ subjetivo, do outro”^{14 15}. Desse modo, tendo em vista que o dolo e a culpa ainda pertenciam à culpabilidade, tornava-se desnecessário perquirir, já no âmbito do injusto, acerca da intenção do

⁹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 208, redação adaptada.

¹⁰ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42.

¹¹ MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

¹² MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

¹³ MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

¹⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

¹⁵ “De acordo com esta concepção de ação, configura-se a seguinte sistemática: há uma distinção entre o impulso volitivo e o conteúdo de vontade. O primeiro (impulso volitivo) é elemento integrante do conceito de ação, portanto, objeto do juízo de antijuridicidade. O segundo pertence unicamente à culpabilidade e não se valora, por conseguinte, ainda na antijuridicidade. Em princípio, todo o processo causal-objetivo desencadeado por um impulso voluntário pertence à antijuridicidade e todo o processo anímico-subjetivo - motivos, propósitos, fins perseguidos pelo autor - pertence à culpabilidade” (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 217).

agente ou da previsão do resultado; bastava o processo causal desencadeante da vontade no mundo exterior.¹⁶

2 O conceito final de ação

Na primeira metade do século XX, Hans Welzel deu início à chamada *teoria finalista da ação*, partindo de um plano ontológico¹⁷ e tendo na finalidade o elemento fundante, a “espinha dorsal” do conceito de ação. Para o autor, a finalidade consiste no fato de que o homem tem a possibilidade de prever, desde a base do seu conhecimento causal, as consequências que uma atividade poderá produzir no futuro, e, desse modo, dirigir a sua conduta de acordo com um plano tendente a alcançar os respectivos objetivos.¹⁸ Daí ser possível depreender que “a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um *fim*”¹⁹. Nas palavras do próprio Welzel,

Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”; la causalidad es “ciega”.²⁰

A ação finalista divide-se, por sua vez, em duas dimensões: uma *subjetiva*, relacionada ao *plano interno* do sujeito e edificada a partir dos objetivos pretendidos pelo autor, dos meios que ele emprega para alcançá-los e das consequências secundárias, necessariamente vinculadas com os ditos meios, e outra *objetiva*, relativa ao *plano externo*, isto é, à colocação em prática da conduta para o alcance do resultado visado.²¹

Pode-se notar que não há o abandono do dogma da causalidade, ou a sua substituição pela finalidade: esta procura complementar aquela. Com efeito, “o pretendido paradigma ontológico é, isto sim, erigido a partir da *combinação* desses dois elementos de natureza igualmente ontológica: causalidade e finalidade”²².

¹⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 39-40.

¹⁷ Por consistir num conceito ontológico, afirmava Mezger, “la *apreciación normativa (el deber ser jurídico)* de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus elementos atributivos de la antijuridicidad y de la culpabilidad” [grifos do autor] (MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 87-88).

¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

¹⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 348.

²⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

²¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 40 e 42.

²² D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 152.

Não se há de confundir a finalidade com a voluntariedade, “que significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser indiferentes ao que o autor queria produzir”²³. Tome-se o exemplo da enfermeira que injeta morfina no paciente em dose demasiada, de consequência letal: aqui, ela “realiza uma ação final de injetar, mas não uma ação de matar. Há ato *voluntário*, abstraído o conteúdo da vontade”²⁴. Obviamente, num tal caso pode a profissional ser responsabilizada a título de culpa, tendo em vista que não observou os limites do risco autorizado.

Um dos grandes méritos do sistema finalista, senão o, foi o de transportar os elementos subjetivos da culpabilidade para o tipo.²⁵ Aquela, então de matriz psicológico-subjetiva, passou a ser encarada a partir de um ponto de vista normativo. De outro lado, do tipo, que se limitava à causação de um resultado, passou-se a exigir uma estrutura mais complexa, jungida, conforme antevisto, pela fase subjetiva (antecipação, escolha dos meios e consideração das consequências) e outra objetiva (prática da conduta).

3 O conceito social de ação

Partindo não mais de definições ontológicas, os defensores do *modelo social de ação* procuraram obter um conceito unitário e pré-típico a partir da *dimensão social*, calcada na categoria axiológica da *relevância social*, estranha às categorias do ser (causalidade e finalidade), nela fundamentando o núcleo hábil para a extração do respectivo conceito.²⁶ Para Jescheck e Weigend, por exemplo, ação é *todo comportamento humano socialmente relevante, com transcendência social, verbis*:

De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social [...]. Aquí el “*comportamiento*” significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad). Pero también puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia). Por último, puede expresarse a través de la inactividad frente a una determinada (aunque no es necesario que esté jurídicamente fundamentada) expectativa de acción, con lo cual también aquí se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión). [...] Una conducta tiene “*trascendencia social*” exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos. Para ello es necesaria que el comportamiento se manifieste exteriormente, por lo que en la omisión es suficiente con la ausencia de efectos que habría tenido el hacer sujeto a expectativa y dirección (por ejemplo, la ausencia de una posible prestación de auxilio en un accidente) (grifos do autor).²⁷

²³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 349.

²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 349.

²⁵ Silvestroni refere que esta foi a principal consequência sistemática do finalismo (SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 193-194).

²⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 154.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 239-240.

Adotando o conceito social de ação, Gonzalo Rodriguez Mourullo abordou-o num triplo aspecto, a partir dos seguintes elementos: a) o *comportamento humano*, comissivo ou omissivo; b) o *domínio efetivo* desse comportamento, ou, quando menos, a *possibilidade de ser dominado* pela vontade humana; c) a *relevância social*, atinente à conduta do homem relacionada ao mundo que o rodeia, passível de ser objeto de um juízo de valor de acordo com as consequências desejadas ou indesejadas que provoca na esfera social.²⁸

Denota-se, pois, que “a teoria social da ação vem, dessa forma, para abarcar tanto o conceito final quanto o conceito causal de ação”²⁹. De mais a mais, a relevância social do comportamento humano há de corresponder “à relação do indivíduo com o mundo que lhe cerca e lhe afeta por suas consequências”, de tal modo que “o que importa para a teoria social é a *significação social* da conduta humana do ponto de vista da sociedade (conceito valorado de ação)”³⁰.

4 As escolas funcionais

Nas últimas décadas, o conceito de ação vem perdendo o brilho que outrora lhe conferia posição de destaque na estruturação dogmática da teoria do delito. Isso se deve, segundo Tavares Lobato, “ao surgimento das teorias funcionalistas penais e com a consolidação de um pensamento crítico de rejeição à teoria finalista da ação”³¹. Acrescenta o autor que, face aos esforços na busca por critérios de imputação, “a ação deixou de ser o elemento ordenador das análises jurídico-penais para ser mero pressuposto discursivo referencial de incidência das regras de imputação - fundadas no risco, - ao tipo objetivo, da conduta praticada”³². Sem se descuidar da observação, é possível analisar duas propostas no âmbito das escolas funcionais: o conceito negativo e o conceito pessoal de ação.

4.1 O conceito negativo de ação

Herdado de Herzberg, no âmbito do funcionalismo o *conceito negativo de ação* encontra respaldo na obra de Günther Jakobs, que concebe a ação como a *causação individualmente evitável do resultado*, constituindo um supraconceito para o atuar doloso e culposos. Em suas próprias palavras:

²⁸ MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, sem informação de ano, p. 209.

²⁹ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

³⁰ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54.

³¹ LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso: 17 mar. 2020.

³² LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso: 17 mar. 2020.

A causação individualmente evitável do resultado é o supraconceito para o atuar doloso e (individualmente) culposo. O entendimento da execução do comportamento e, eventualmente, de suas consequências (no dolo) ou a cognoscibilidade individual (na culpa) como condições da evitação integram a conduta e, por conseguinte, o injusto. *Assim, concluindo, no âmbito do dolo, não existe uma diferença em relação ao conceito finalista de conduta; a visão apenas se deslocou da finalidade relacionada ao resultado para as condições da evitabilidade do resultado* [grifo nosso].³³

Por derradeiro, de acordo com Jakobs, “como o Direito Penal garante a motivação dominante para a evitação do comportamento proibido, são condutas aquelas reações corporais cujo aspecto impulsivo não teria existido”, se, de outro modo, “tivesse existido motivação dominante para a evitação”³⁴.

4.2 O conceito pessoal de ação

Claus Roxin projeta a ação como uma *manifestação da personalidade humana*, como tudo aquilo que se pode atribuir ao ser humano como centro de ação anímico-espiritual, submetido ao controle do “eu”, da instância condutora de tal centro do ser humano.³⁵ Tal conceito se vincularia com a forma pré-jurídica de entender a ação, sem se distanciar dos enfoques causais e normativistas, ao mesmo tempo em que abarcaria o fragmento relevante da realidade para uma primeira e prévia valoração jurídica.³⁶

Tal conceito, leciona Juarez Cirino dos Santos, “permitiria excluir todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do *ego* e, portanto, *não dominados* ou *não domináveis* pela vontade humana: força física absoluta, convulsões, movimentos reflexos etc., não constituem *manifestação da personalidade*” (grifos do autor)³⁷. De outro giro, “exclui pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano porque não representam *manifestação da personalidade*” (grifo do autor)³⁸.

5 O conceito dogmático de Juarez Tavares

Ainda que em obra específica relativa aos crimes culposos, é interessante trazer à baila a proposta de Juarez Tavares, para o qual “*ação é toda conduta conscientemente orientada em função de parâmetros (objetos) de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito*” [grifo do

³³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 209.

³⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 215.

³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 256.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 96.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 96.

autor]³⁹. O conceito delineado pelo autor não se identifica com os conceitos final e social de ação, justamente porque não o aborda desde um ponto de vista pré-jurídico, tampouco com o dos funcionalistas, tendo em vista que não vincula a ação a um sistema ou ao processo de imputação.⁴⁰

Juarez Tavares considera importante a discussão dos elementos materiais da ação, a partir do processo comunicacional, para propiciar relevância metodológica apta a delimitar normativamente aquilo que pode ser atribuído ao sujeito, de modo que a descrição, como ação típica, seja constantemente submetida a um procedimento de prova da sua legitimidade. Tais elementos, destaca o autor, “ainda que sejam apreciados sob o enfoque de uma prática social, portanto, como expressão do sujeito em uma comunidade comunicativa, só valem na medida em que possam servir, normativamente, como fatores limitativos da incriminação”⁴¹. Desse modo, os elementos comunicativos que caracterizam a ação como prática social somente passam a ter sentido quando “inseridos no processo normativo de sua avaliação como redutores da incriminação, quer dizer, como objetos aptos a fundamentarem uma dogmática crítica do delito”⁴².

Conforme o autor, o conceito proposto não é puramente normativo, tratando-se, pois, de um *conceito de relação*, “pois o homem não pode se subtrair às regras da estrutura social no sentido de uma dessocialização, mas pode, através de sua própria atividade, impulsionada por outras regras, modificá-las e transformá-las”⁴³. Por um lado, emerge a conduta como expressão de uma prática humano-social, significando que “a vontade só se torna objetivável e, portanto, empiricamente apreensível, a partir do momento em que se estabelece como relação entre o motivo do agir e o objeto do agir”, de forma específica, “como fator determinante e condicionante da escolha, emprego e manipulação dos meios causais disponíveis à integração dessa ação à atividade global do sujeito”⁴⁴, e, por outro, “ao assinalar que a sociabilidade da conduta se materializa tipicamente, o que se faz é excluir uma concepção pré-jurídica de conduta”⁴⁵.

6 A busca por um conceito unitário de ação: falhas metodológicas

Todas as teorias acima elencadas, à exceção do modelo esboçado por Juarez Tavares, procuraram delinear um *supraconceito* ou *conceito unitário de ação* (*Oberbegriff*), capaz de abranger todas as formas de aparecimento do delito: doloso

³⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016., p. 252. Acrescenta o autor: “Desta conceituação se infere, por conseguinte, como já foi dito, que toda ação é atividade volitiva e, assim, consciente. A menção à prática humano-social significa que a atividade do homem deve ser entendida como manifestação de sua sociabilidade, influente sobre os demais homens e vinculada às normas de convivência, como forma de união entre indivíduo e meio, que se estrutura em um processo contínuo de comunicação” (p. 252).

⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 251.

⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252.

⁴² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252.

⁴³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252.

⁴⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252-253.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 253.

e culposos, comissivos e omissivos.⁴⁶ Para tanto, realizaram a abordagem desde um panorama pré-típico, ou seja, anterior ao tipo penal,⁴⁷ este que desenha a forma e a substância de aparecimento do injusto.

Para que o conceito unitário seja efetivo é imprescindível que atenda a três funções:⁴⁸ a) *classificatória*: deve ser aplicável a todas as formas de atuar do ser humano que tenham relevância para o Direito Penal, englobando tanto o comportamento doloso quanto o culposos, assim como o comissivo e o omissivo;⁴⁹ b) *definitória* ou *de união*: deve possuir conteúdo material suficiente para que os demais conceitos do sistema jurídico-penal (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) se lhe conectem como especificações anexas, sem as pré-determinar, isto é, “sem antecipar o significado material específico que anima cada uma delas”⁵⁰; c) *delimitadora*: deve excluir aqueles comportamentos que, em circunstância alguma, aparecem como puníveis, sem necessidade de ter que antecipar os elementos específicos do delito.⁵¹

Entretanto, todos os conceitos expostos pecam em ao menos uma das funções, de tal maneira que se tornam inábeis a dar forma ao pretendido supraconceito. Na sequência, far-se-ão as críticas necessárias, a fim de demonstrar o porquê do vazio estrutural e na falência dessa tentativa de construção de um *Oberbegriff*.

⁴⁶“Por anos a doutrina penal buscou um conceito de ação que pudesse ser definido em um momento prévio às valorações jurídico-penais e, desse modo, independente dos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Buscava-se uma espécie de *elemento primeiro*, de *denominador comum* da noção de crime, presente em todas as diferentes formas de manifestação do ilícito-típico. Um elemento que, uma vez identificado em um momento pré-jurídico (ou, ao menos, pré-típico), teria potencialidade de servir como pedra angular de toda a construção teórica do crime, sem, todavia, predeterminar essa estrutura” [grifos do autor] (D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 137).

⁴⁷ Maurach, por exemplo, é taxativo ao afirmar que “la acción, desde el punto de vista sistemático, es anterior al tipo” (MAURACH, Reinhardt. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 187).

⁴⁸ Conforme JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 234. Mezger apenas alude às funções de classificação e de definição (MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 86).

⁴⁹ Conferir, também, BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Buenos Aires: De Palma, 1973, p. 94-95.

⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 252.

⁵¹ Tal função refere-se àqueles supostos, comumente mencionados pelos manuais pátrios, relativos à ausência de ação, tais como a *coação física irresistível*, o *estado de inconsciência*, os *atos reflexos* e o *caso fortuito* ou *força maior*, porque, segundo Silvestroni, “son situaciones en las que el cuerpo se comporta simplemente como una masa mecánica y sin conexión con decisiones de voluntad” (SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 194).

6.1 Críticas ao conceito causal-naturalista

O conceito de ação extraído do sistema causal-naturalista não logra êxito na função classificatória, basicamente pelos seguintes motivos: 1º) a *voluntariedade* não é um elemento comum a todas as formas de aparecimento do delito; 2º) nem todos os crimes causam uma *modificação no mundo exterior*, a exemplo das infrações de mera atividade, como um ato obsceno, e os crimes omissivos;⁵² 3º) a omissão não existe estritamente no mundo psicofísico, “na medida em que a sua existência está necessariamente condicionada a um elemento estranho do mundo do ser: o dever de agir”⁵³, que não pode ser concebido pré-típicamente. Além do mais, a eventual feição psicofísica da omissão sequer poderia limitar-se à contenção dos nervos motores. Tal circunstância, em outros termos, pressuporia “uma espécie de impulso natural de ação em atender o dever jurídico, o qual, na omissão, viria a ser voluntariamente contido pelo sujeito”, o que é insustentável, pois, “ao sonegar impostos, *v.g.*, o omitente certamente não está a conter um impulso natural de recolher tributos”⁵⁴.

Ademais, peca também na função de união, uma vez que não se sabe, de antemão, se o comportamento é doloso ou culposo, tendo em vista que o dolo e a culpa integram, nesse modelo, a culpabilidade. Bem observou Mayrink da Costa que “o caminho percorrido pelo causalismo é longo, pois para demonstrar que se trata de uma conduta típica foi necessário retornar-se ao nível da culpabilidade e depois descer até a tipicidade”⁵⁵. Dessa forma, é possível perceber que “os causalistas afirmam que não existe um tipo de homicídio culposo, mas um tipo de homicídio com duas *formas* de culpabilidade (dolo e culpa)”⁵⁶.

6.2 Críticas ao conceito finalista

⁵² Talvez por isso a crítica de Bernd Schünemann, no sentido de que “el «*monismo causalista*» del naturalismo impidió así un desarrollo de la categoría de la «tipicidad», que quedó reducida a la mera «causación de la lesión de un bien jurídico» y, por ello, ya no estaba en condiciones de dar entrada a las discrepancias de valoración establecidas en la pluralidad de situaciones sociales de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual” [grifo do autor] (SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción de de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tenos, 1991, p. 45).

⁵³ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 149. O próprio Liszt já advertia que “o direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a obrar” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 208, redação adaptada).

⁵⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 149-150.

⁵⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 343.

⁵⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 343.

No que tange à função classificatória, o conceito finalista de ação falha em relação ao fenômeno omissivo. Deveras, “não há causalidade ontológica na omissão e, por isso, menos ainda, a possibilidade de *controlar o curso causal no sentido de atingir os fins* planejados. E se isso é assim, simplesmente não há como reconhecer na omissão uma *ação em sentido final*” [grifos do autor]⁵⁷.

A tentativa de Welzel de contornar o problema por intermédio da *finalidade potencial*, caracterizada pela *capacidade de ação*, e na ideia de *omissão de uma ação final*, tampouco satisfaz. Com efeito, “só faz sentido falar em finalidade potencial e capacidade de ação na ausência, respectivamente, de finalidade real e de ação real, i.e., de uma determinada ação que, embora possível ao sujeito, não chegou a ser praticada, não chegou a existir”⁵⁸. Por essa razão torna-se “absolutamente impossível retirar da *capacidade de ação* o elemento básico comum das manifestações comissivas e omissivas do ilícito-típico: capacidade de ação não é ação”⁵⁹.

Além disso, do mesmo modo que se advertiu quanto ao conceito causal-naturalista, a omissão é um fenômeno essencialmente normativo e, portanto, a sua existência não pode dissociar-se do tipo penal. Destarte, somente depois do surgimento da prescrição legal, contendo o respectivo dever de agir, é que se poderá falar na possibilidade de omissão típica; ou seja, ela não tem vida pré-típica.

Outra objeção possível remete à função definitória, uma vez que o conceito final não obtém êxito em relação aos crimes culposos, haja vista que a ação, nestas espécies delitivas, não está voltada à causação de um resultado ilícito, o que retira a unidade sistemática pretendida, tendo em vista que não fornece um substrato material suficiente para que a tipicidade culposa se lhe conecte como uma especificação.

Ainda que se procure justificar essa nuance ao argumento de que a finalidade, nos crimes culposos, refira-se a uma ação lícita, o que poderia englobar os meios inadequadamente utilizados para alcançá-la, é preciso realçar, conforme o fazem Jescheck e Weigend, que o descuido na execução não é precisamente um momento da finalidade. Ademais, de acordo com os autores, o juízo de imputação, enquanto caractere de cunho essencialmente normativo,⁶⁰ situa-se fora da relação final, o que

⁵⁷ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 152.

⁵⁸ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 153.

⁵⁹ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 153.

⁶⁰ “A culpa independe da finalidade, mas da transgressão dos mandamentos jurídicos de cuidado de atenção, portanto, de um elemento normativo, não havendo qualquer estrutura ontológica preexistente que decida seu caráter” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 366).

desnatura, também por este motivo, a tentativa de obter um supraconceito de ação.⁶¹

6.3 Críticas ao conceito social de ação

O conceito social de ação não atende satisfatoriamente à função de união, justamente se se levar em consideração o fato de que a noção do que é socialmente relevante muitas vezes depende de uma valoração típica prévia. Exemplificativamente, uma lesão corporal culposa na direção de veículo automotor dependerá de um juízo normativo a partir da criação de um risco juridicamente desaprovado e da sua materialização no resultado, tendo como parâmetro as normas de segurança que disciplinam a direção correta: percebe-se que é, aqui, a valoração jurídica que determina a relevância social da ação.⁶²

A pretensão de Mourullo, de acrescentar ao conceito de ação o critério do *domínio efetivo* do comportamento ou a *possibilidade de domínio* também revela uma desconexão sistemática no que tange à função de união: a *dominabilidade* é um *critério de imputação*, ou seja, de atribuição de qualidade à conduta e, como tal, pertence ao âmbito do injusto, e não da ação.

De mais a mais, poder-se-ia pensar que o conceito em exame peca também no que tange à função de delimitação, uma vez que, aparentemente, as ações decorrentes de coação física irresistível e em estado de sonambulismo, por exemplo, gozam de significação social. Quanto a isso, deve-se ter mente que o que se busca, na realidade, é “uma ideia de relevância social bem mais restrita, capaz de observar o potencial limitativo do conceito e, desse modo, a sua função de delimitação”⁶³. No entanto, consoante frisado no parágrafo anterior, “ao tomar esse caminho, o juízo de relevância social acaba por aproximar-se demasiadamente do tipo legal de crime, tendo como consequência a perda da sua autonomia valorativa (ela se confunde com a valoração contida no tipo) e o esvaziamento da função de união”⁶⁴.

Por fim, registra-se a imprecisão da *categoria da relevância* como princípio unificador do conceito social. A pretensão de obter-se tal unicidade esbarra no alargamento e extensão do termo “relevância social”, que, ao fim e ao cabo, presta-se a tudo e não configura um atributo “específico do delito, mas antes uma

⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 237.

⁶² ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción española de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 246. Complementa o autor: “Por tanto, se puede afirmar que a veces es la tipicidad lo único que fundamenta la relevancia social de una conducta y que en otros casos influye decisivamente en la misma”. De forma semelhante adverte Ricardo Nuñez: “Sin embargo, este punto de vista no deja de estar subordinado al derecho, porque en definitiva debe tratarse de una conducta receptada por una figura de la ley penal” (NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal: parte general*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1999, p. 119).

⁶³ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 155-156.

⁶⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 156.

característica genérica de todo fato jurídico, tomado este em seu sentido mais amplo”⁶⁵.

6.4 Críticas ao conceito negativo de ação

O conceito negativo de ação não cumpre com a função de união, tendo em conta que inclui o tipo na sua estrutura, mostrando-se mais afeito à caracterização do *atuar típico* do que propriamente à ação enquanto categoria autônoma e instrumental para os demais elementos analíticos do crime. Além do mais, o conceito de “não evitação” somente tem sentido se se pressupõe um *dever de evitar*, que, no Direito Penal, deriva do tipo.⁶⁶ Destarte, percebe-se que, a partir da *evitabilidade*,⁶⁷ se antecipam critérios de *imputação objetiva* ao âmbito da ação, circunstância que não pode ser resolvida num plano pré-típico.⁶⁸

6.5 Críticas ao conceito pessoal de ação

Para que uma ação possa ser considerada manifestação da personalidade, aduz Roxin que ela precisa ser *dominável* pela *vontade* e pela *consciência*,⁶⁹ numa inter-relação entre *dominabilidade/controlabilidade* e *personalidade*. Entretanto, aqueles dois critérios “não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação”⁷⁰, o que desnatura, uma vez mais, a tentativa de obter um conceito unitário.

De outro lado, Roxin entra em contradição quando se reporta aos *movimentos reflexos* e às *ações automáticas*. Para elucidar, tome-se o exemplo do próprio autor: “En el momento en que una automovilista tomaba una curva, de repente entra desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo; la conductora hace un ‘movimiento defensivo brusco’ con la mano y pierde por ello el control del vehículo

⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 249.

⁶⁷ A evitabilidade é, ela mesma, um critério de imputação; nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 238; ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 251;

⁶⁸ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 157-158.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

⁷⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 159.

y provoca un choque”⁷¹. Muito embora Roxin admita que num tal caso inexista *reflexão consciente*, permite que a conduta seja considerada uma manifestação da personalidade por meio do critério da *direção final* ou da *finalidade inconsciente*, que consiste na “adaptación del aparato anímico a circunstancias o sucesos del mundo exterior”⁷². Contudo, podem ser levantadas três objeções à proposta de Roxin, bem delineadas por Fábio D’Avila:

Primeiro, que a sua elaboração atende à “necessidade” jurídico-penal de reconhecer aqui uma ação. Em outras palavras, que o conceito pessoal de ação está, na verdade, informado pelo próprio tipo penal e, assim, busca conformar aquilo que é jurídico-penalmente interessante, defraudando desse modo a função de união. Segundo, que a possibilidade de reconhecer uma “direção final interna” – conceito que reclama um maior desenvolvimento – estaria prejudicada *a priori* pelo critério inicial de dominabilidade. Não se pode esquecer que, para Roxin, somente é manifestação da personalidade, aquilo que foi dominável pela *vontade e consciência*, aqui inexistente. A sua inserção, portanto, como categoria secundária (i.e., posterior ao critério “vontade e consciência”) é impossível e, se anterior, termina por esvaziar o critério inicial. Terceiro, que esta multiplicidade de critérios extraídos do conceito de *personalidade* implica uma noção de personalidade excessivamente aberta e pluriforme, incapaz de atender adequadamente à função de delimitação.⁷³

Noutro norte, tampouco a função classificatória é eficazmente atendida pelo conceito pessoal, mormente por pecar no que tange ao fenômeno omissivo, que, consoante já afirmado linhas acima, não tem existência ontológica, nem pré-típica, pois é uma categoria vinculada ao mundo do dever-ser e de natureza essencialmente normativa. Desse modo, a única avaliação axiológica em relação ao crime omissivo consiste “na avaliação permitida pela tipicidade, resultado absolutamente desnecessárias outras considerações de cunho valorativo”⁷⁴.

7 Pela renúncia a um supraconceito de ação

Diante das críticas elaboradas no tópico antecedente, percebe-se desde já que as tentativas de elaborar um conceito unitário de ação, partindo de um panorama pré-típico e capaz de abranger todas as formas de aparecimento do ilícito, falharam. Destarte, questiona-se acerca da importância de ainda procurar um conceito pré-típico de ação no atual estágio da teoria do delito.

Acredita-se que o ponto fulcral para responder ao problema reside na *tipicidade*. Radbruch já partira desse entendimento, referindo-se “al tipo de la acción punible en su totalidad, al llamado *tipo de acción*, y no al tipo del injusto” [grifo do

⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 261.

⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 264.

⁷³ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 159.

⁷⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 160.

autor]⁷⁵. Para o autor, ação e omissão seriam dois conceitos autônomos, o que implicaria a duplicação de todos os demais conceitos correlatos. Também Beling, apesar de adepto do sistema clássico, chegou a visualizar no *Tatbestand* a pedra fundamental e angular do Direito Penal.⁷⁶

Por isso, deve-se renunciar ao esforço de obter-se um supraconceito de ação, o que é de todo infrutífero e acaba por não conferir sistematicidade à teoria do crime, ora por não conseguir abarcar todas as formas de aparecimento do comportamento punível, ora por antecipar critérios de imputação a um panorama anterior ao tipo, ora por todos os motivos já expendidos linhas atrás. Nessa senda, seguindo a proposta de Fabio D'Avila, abdica-se de um supraconceito de ação para simplesmente conceituá-la como “o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime” [grifo do autor]⁷⁷.

Dessa forma, o conceito-base não é mais a ação, e, sim, a *realização típica*. Isso permite superar alguns dos inconvenientes das propostas elencadas no tópico anterior, principalmente no que tange à função classificatória. Assim sendo, não se procurará um conceito de ação que abarque, unitariamente, os tipos dolosos e culposos, comissivos e omissivos. Viabiliza-se uma análise separada de cada um deles, já que a realização típica pressupõe o estudo das quatro grandes formas de manifestação: tipo de ilícito comissivo doloso e tipo de ilícito comissivo culposo; tipo de ilícito omissivo doloso e tipo de ilícito omissivo culposo.⁷⁸

Além do mais, no que se refere à mencionada função de delimitação, enxergá-la a partir de um panorama pré-típico nada mais representa do que antecipar critérios de imputação a um momento anterior à análise essencialmente jurídico-penal, circunstância que entra em colisão com a própria função de união e retira o substrato material hábil a interconectar os demais elementos do crime à ação.

Imagine-se um aparente caso de coação física irresistível por omissão:⁷⁹ o pai é amarrado numa cadeira enquanto vê os torturadores matarem o seu filho. No entanto, a corda não fora bem atada, permitindo que o ascendente pudesse se

⁷⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 87.

⁷⁶ D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014.

⁷⁷ D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 136. De forma semelhante: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260; e, de certo modo, o próprio Juarez Tavares, quando fala acerca da *materialização típica* (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 251).

⁷⁸ D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 136.

⁷⁹ Adaptado do exemplo fornecido por D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 141-142.

desprender. Mesmo assim, a possibilidade de ação estaria condicionada ao ingresso da própria integridade em risco. A complexidade dessa situação não pode ser respondida pela simplificada função delimitadora, ficando na dependência da análise própria dos critérios de imputação dos crimes omissivos e das variáveis daí decorrentes, tais como a natureza, o fundamento e a extensão do dever de agir.⁸⁰ Daqui resulta, conforme Figueiredo Dias, “que a própria função de delimitação não deve ser desempenhada por *um* conceito *geral* de acção, antes deve sê-lo por *vários* conceitos de acção tipicamente conformados” [grifos do autor]⁸¹.

Portanto, não se abandona o conceito de ação, mas apenas o redimensiona em importância, para que continue a cumprir um papel fundamental na teoria geral do crime. Desse modo, ele se torna “elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação”⁸².

Conclusão

A tentativa de elaborar um supraconceito de ação, capaz de abranger todas as formas de aparecimento do ilícito, sempre foi uma das principais pautas dogmáticas da teoria do crime. No entanto, as principais concepções hauridas não lograram êxito no objetivo alçado, por não atenderem às funções responsáveis pela sistematização de um conceito de ação que se pretenda unitário.

O conceito clássico, por exemplo, não atende (a) à função de classificação, porque a voluntariedade não é um elemento comum a todos os delitos, do mesmo modo que a modificação do mundo exterior, além do que a omissão não tem existência psicofísica, e (b) à função de união, ante a localização sistemática do dolo e da culpa. O conceito final, por sua vez, peca na (a) função classificatória, pois a omissão não tem existência ontológica, e na (b) função definitiva, já que a finalidade não abrange os delitos culposos. O conceito social falha, principalmente, na função de união, porque a relevância social, no mais das vezes, depende de uma valoração típica prévia. O conceito negativo, de outro lado, antecipa critérios de imputação ao plano pré-típico, da mesma forma que o conceito pessoal, que, ademais, não é capaz de abranger o fenômeno omissivo.

Por tudo isso, abdicou-se de um supraconceito de ação, a fim de simplesmente conceituá-la, na linha de Fábio Roberto D’Avila, como o *comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime*. Isso propicia um estudo específico de cada forma de aparecimento do ilícito, ao mesmo tempo em que abandona a dimensão pré-típica para focar na realização do tipo penal o fator preponderante de atribuição da responsabilidade jurídico-penal à conduta praticada pelo sujeito.

⁸⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 146.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

⁸² D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 136.

Referências

- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: De Palma, 1973.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002.
- LISZT, Frans von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso: 17 mar. 2020.
- MAURACH, Reinhardt. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.
- MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, sem informação de ano.
- NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal: parte general*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1999.

- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción de de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tenos, 1991.
- SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.