



O SER HUMANO EM HANS WELZEL: UM OLHAR ALÉM DO FINALISMO ONTOLÓGICO¹

HANS WELZEL'S HUMAN BEING : A LOOK BEYOND THE FINALIST ONTOLOGY

Fernando Rogerio Pessoa Vila Nova Filho²

Resumo: O finalismo, ao desenvolver a ação humana como uma atividade final, reestruturou o delito transportando o dolo e a culpa da culpabilidade para a própria tipicidade. O trabalho em referência tem como escopo aprofundar a teoria finalista desenvolvida por Hans Welzel especialmente no que atine a sua tentativa de evitar a repetição do Direito Penal nazista através do que ele entendia como Direito Natural e da natureza humana. Para tanto, deu-se atenção a obras do destacado autor que versavam sobre o seu entendimento do homem, notadamente a sua psicologia. Buscou-se explicar o motivo pelo qual a ação é final e que a resposta é encontrada na própria condição humana, pois somente respeitando a natureza das coisas o Direito age pela persuasão e não pela simples aplicação da força. Ainda, observou-se que certos agentes são incapazes de vinculação ética, restando apenas sanções de caráter indeterminado.

Palavras-chave: Hans Welzel. Direito Penal. Finalismo ontológico. Psicologia criminal.

Abstract: Welzel's finalist theory restructured the crime by reallocating *mens rea* from culpability to criminal offence. This paper intends to fully comprehend Welzel's theory especially his attempts to avoid the Nazi criminal law reoccurrence through natural law and human nature. Books written by Welzel related to man's psychology were the main source of information in order to achieve that goal. In fact, explaining finalist action and how human condition is the key to understand the whole theory is the major objective of this article. The answer to that is found in human itself, so criminal law may act as persuasion tool and not

¹ Artigo submetido em 13-09-17 e aprovado em 08-02-2018.

² Graduação pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrado em andamento pela Faculdade Damas da Instrução Cristã.



only by enforcement. Furthermore, there is a special group among offenders who are not capable of moral bidding upon whom force alone is the applicable procedure.

Keywords: Hans Welzel. Criminal law. Finalist ontology. Criminal psychology

Introdução

Não é desconhecido que o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que interfere com maior intensidade na vida dos cidadãos em razão de ser o responsável pela aplicação da mais grave sanção permitida, a privação de liberdade. Muito em razão disso consiste no ramo mais sensível a manuseios quando se deseja impor certos valores ou combater alguns padrões de comportamento.

Ao lado disso se tem a ascensão do positivismo jurídico no século XX cujo principal postulado é a supremacia da norma jurídica, a qual seria válida por si só independentemente de guardar compatibilidade com outras ordens tais como moral ou religião. Para se ter um exemplo, veja-se Kelsen, um dos mais conhecidos juspositivistas, segundo o qual “o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica (...)” ou ainda quando nega a necessidade de justificação do Direito pela moral pois a ciência jurídica não teria o papel de valorar o seu objeto, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo, afinal se Direito e Moral se separam a validade das normas jurídicas não depende de corresponderem a normas morais, podendo inclusive serem contrárias (KELSEN, 2009, p. 04 e 77).

A possibilidade de inclusão de qualquer conteúdo na norma jurídica aliado à utilização do Direito Penal como instrumento de terror gera, sem dúvidas, um grande risco. Por conta disso – e pelo fato de que essa hipótese não se limitou ao plano teórico – Hans Welzel desenvolveu uma teoria limitadora do Direito, estabelecendo obstáculos à utilização arbitrária do sistema penal através de elementos retirado do mundo fático, uma teoria ontológica portanto.

O foco deste trabalho, assim, reside no estudo desses elementos trazidos por Welzel que teriam a função de impedir o uso desmedido do Direito Penal, no qual o modo como o ser humano é compreendido desempenha papel essencial. Trata-se, pois, de um aprofundamento na filosofia propriamente dita desenvolvida pelo autor do finalismo, sem ênfase nas estruturas



da ação, na concepção normativa pura da culpabilidade ou em outras inovações por ele elaboradas. Ademais, não se adotará, inicialmente, uma postura crítica, mas se buscará observar cada dado pela lente de Welzel.

1. O contexto de Hans Welzel

É conhecimento comum (ZAFFARONI, 2002, p. 344-345) que o surgimento do nazismo e as atrocidades praticadas pelo *Das Dritte Reich* motivaram Hans Welzel a desenvolver a sua teoria finalista. O Direito Penal estava sendo utilizado como instrumento de terror pelo Estado, o exercício do poder punitivo, embora respaldado pela lei alemã, ultrapassava os limites de um Estado de Direito que se pretenda minimamente democrático. Observe-se, por exemplo, a possibilidade de uso do Direito Penal pelos Estados totalitários vista pelo positivista Hans Kelsen (2009, p. 44), quem admite a rejeição moral do empreendimento típico dos estados totalitários, notadamente campos de concentração e genocídio, mas afasta a tese de se tratar de algo não jurídico, uma vez positivado.

Motivado por tal acontecimento na esfera política e acrescido que os estados constitucionais não davam garantias de que as atrocidades verificadas no período de guerras não voltariam a repetir; a proteção dos direitos humanos estava em estágio embrionário, tanto que sequer havia sistema europeu de defesa desses direitos; e que até pouco tempo qualquer lei poderia ser considerada como Direito; Welzel busca importa limites ao legislador através de uma teoria eticizante do Direito Penal (ZAFFARONI, 2005, p. 90-91). O próprio jurista alemão (2004b, p. 135-136) salienta o esforço da doutrina de seu país após a queda do regime nacional-socialista na busca de princípios suprapositivos que levem à conclusão de que nem toda norma, mesmo editada pelo Estado, é válida, resultando, na maioria das vezes, no surgimento de teorias jusnaturalistas sem muito sucesso posto que tentavam transpor à realidade seus próprios interesses, embora Kant já ensinasse que é o Estado o responsável pela formação moral de seu povo e não a lógica inversa.

A teoria ontológica de Welzel é justamente a tentativa bem sucedida do jurista em não incorrer no erro das outras teorias jusnaturalistas, pois, no lugar de impor seus ideais à realidade, dela é que são retirados elementos incluídos em sua teorização que servirão como limites impostos ao legislador. Por isso se diz tratar de uma teoria ontológica e não política-ideológica, ao menos na visão do seu criador.

O Direito natural em Welzel, como limitador do Direito positivo, é o Direito propriamente dito, tendo raízes na Grécia, sobretudo em Platão e Aristóteles, isto é, que possui validade em qualquer situação independentemente de imposição estatal, enquanto que o



outro somente é válido por imposição estatal e regula aquilo que é eticamente indiferente. Nesta feição o Direito natural se apresenta como superior e capaz de negar a validade do Direito posto (WELZEL, 2004b, p. 184) característica importante no desenvolver de sua teoria em razão das estruturas lógico-objetivas.

Embora o Direito positivo tenha se erigido sobre o dogma segundo o qual o legislador teria total liberdade na disposição do conteúdo da norma, Welzel (2004b, p. 193-194) afirma que ainda é possível a imposição de limites à atividade legislativa em virtude da necessidade de respeitar o funcionamento das coisas, isto é, a lógica funcional do mundo representada pelas estruturas lógico-objetivas. Isso porque na visão do autor o Direito está intimamente associado à realidade de modo que facticidade e normatividade se correlacionam, realidade esta retirada do mundo dos fatos e não uma criação jurídica.

As estruturas lógico-objetivas, portanto, são dirigidas ao legislador e constituem o ponto de contato do Direito com a realidade fática evitando que se entre em contradição. Cada elemento do crime deve estar relacionado com uma estrutura lógico-objetiva a fim de conferir coerência e integridade ao sistema. A vontade está para a tipicidade assim como a ação e o livre arbítrio estão respectivamente para a antijuridicidade e a culpabilidade. Essas são as limitações iniciais à atividade legislativa, que funcionam, nas palavras de Welzel (2004b, p. 194-195), da seguinte forma:

O legislador não está obrigado de nenhum modo a vincular a aplicação da pena à pressuposição de que aquele que atua arbitrariamente o faz também dolosamente. Contudo, se realiza esta vinculação, isto é, se pune o dolo, fica vinculado a aquilo que constitui o conteúdo objetivo do dolo.

(...) O legislador tem, em verdade, o poder de castigar um inocente, mas não pode fazer que seja dolo aquilo que não é.

Desse trecho se pode extrair a importância das estruturas lógico-objetivas em garantir a coerência do sistema jurídico, pois a partir do momento que o legislador as utiliza perde a “liberdade” de disposição do conteúdo da norma em razão da natureza das coisas. Tal como uma norma não pode vedar o globo terrestre de girar em torno do próprio eixo, o legislador não tem capacidade de alterar o que significa livre-arbítrio exatamente por se tratar de algo existente na realidade que possui significação própria e intangível por aquele que legisla. A natureza se apresenta como obstáculo insuperável.

Não obstante, por maior que seja a importância das estruturas lógico-objetivas em impor limitações materiais, deve-se destacar que seu desrespeito não enseja a invalidade das



normas, mas torna o ordenamento lacunoso, incoerente e arbitrário. O que efetivamente retira a validade da norma é a inobservância da segunda limitação imposta ao legislador: Direito penal deve agir como valor e não como pura força, isto é, necessita respeitar a autonomia ética do ser humano (WELZEL, 2004b, p. 199), em nítida e expressa influência kantiana de não instrumentalizar o homem.

2. Homem como um ser pleno de sentido

Como dito, o desrespeito às estruturas lógico-objetivas não é suficiente para retirar a validade de uma norma jurídica, ou melhor, não é critério para indicar que aquela norma não é Direito ainda que produzida pelas instâncias devidas – principal tarefa para quem tem o objetivo de afirmar que o Direito nazista não era Direito. O verdadeiro critério para aferir a validade da norma é investigar se o homem foi desrespeitado em sua natureza, se não foi considerado como um ser responsável que dirige seus atos a obter uma vida plena em significação (WELZEL, 2004a, 136). É essa característica que, segundo o criador do finalismo, distancia o ser humano dos demais animais, pois estes são regidos pelo determinismo darwiniano, por seus instintos naturais enquanto que o homem tem sua vida orientada por conteúdos de sentido.

Neste ponto, há nítida diferença para o determinismo preconizado pela escola positiva italiana. Enquanto estes negam a capacidade de escolha do ser humano, porque a ação é o produto de condicionantes biológicos, ambientais e sociais, Welzel crê na capacidade de dirigibilidade dos atos.

Se o ser humano não é regido pelo determinismo biológico é razoável concluir pela via oposta, qual seja, o indeterminismo absoluto regularia o agir humano de modo que o livre-arbítrio consistiria nessa liberdade inerente à espécie humana de atuar livremente segundo seus desejos, sem nenhuma vinculação. Essa afirmação, contudo, vai de encontro com a assertiva acima destacada de que o homem se move com o fito de atingir uma vida plena de sentido. De fato, conforme Welzel (2004a, p. 140) mesmo assinala, o indeterminismo tradicional anula o sujeito responsável ao converter os atos de vontade em uma série de impulsos isolados no tempo.

Por isso que Hans Welzel não pode ser apontado como adepto do determinismo total nem do completo indeterminismo, mas ocupa uma posição intermediária, um determinismo relativo. É necessário assumir uma posição determinista se se entende que o homem dirige seus atos para uma vida plena de sentido. Apenas se diz que o determinismo que se aplica ao homem não é exclusivamente de natureza causal, mas de outra ordem. A ação que se



desenvolve no mundo externo envolve necessariamente fatores causais, o dolo, enquanto vontade final, é reitor da atividade causal. É imprescindível para o homem o conhecimento ao menos do que é essencial no curso causal para que seja possível prever e dirigir seus atos a fim de atingir o resultado desejado (WELZEL, 1956, p. 78).

Ocorre que a ação humana não se limita ao seu aspecto externo, muito pelo contrário. Para o finalismo a maior parte das questões jurídicas é solucionada pelo tipo subjetivo. A análise do dolo, por exemplo, é determinante para identificar o tipo penal cometido, pois embora o resultado externo da ação tenha se limitado a uma lesão corporal se o sujeito ativo tenha se portado com *animus necandi* o crime será o de homicídio. Isso significa que as determinantes causais desempenham um papel secundário quando comparadas aos processos psíquicos precedentes, razão pela qual figura importante se debruçar sobre o significado de uma vida plena de sentido, apesar de haver quem defenda uma teoria determinista também no âmbito do intelecto como Engisch, citado por Welzel (2004b, p. 33).

O determinismo que Welzel afirma existir no intelecto humano, conforme já salientado, não se refere a condicionantes causais, mas se relaciona com a teoria do conhecimento defendida pelo jurista. Segundo ele (2004b, p. 35), o ato de pensar não apenas se desenvolve em uma situação específica, em um momento, mas adquire verdadeira forma a partir do seu conteúdo, naquilo que se pensa. Com isso se tem que o conhecer não depende apenas da vontade do sujeito cognoscente, mas, na mesma medida, do objeto no qual se pensa. Surge como necessário, pois, obter consciência do conteúdo do pensamento para compreender o ato de pensar como um todo. Explica-se: se o ato de pensar depende tanto do sujeito que pensa como daquilo que efetivamente se pensa, figura insuficiente conhecer apenas o sujeito, mas também – sobretudo – sobre o que se pensa. Os conteúdos de sentido, portanto, são decisivos para o ato de pensar.

Assim, o panorama que se tem é o seguinte: Welzel se opõe às teses que defendem o determinismo causal/tradicional em relação à fase “interna” do agir humano por defender que desse modo estariam equiparando o homem a todos os demais animais; por outro lado também não concorda com o absoluto indeterminismo. Para ele, o que vincula o indivíduo são os conteúdos de sentido próprios do pensamento, os quais só podem ser revelados quando os condicionantes causais são afastados. É por isso que a ação não é causal, mas final, pois a causalidade é cega enquanto que finalidade é vidente, tendo a capacidade de voltar a si mesmo – refletir sobre seu próprio objeto – e prever as possíveis consequências da atividade a ser realizada (WELZEL, 1956, p. 39), em outras palavras, é capaz de se orientar por conteúdos de sentido.

O livre-arbítrio, por sua vez, relaciona-se com essa forma peculiar de determinação



conforme ao sentido que livre das condicionantes causais permite uma autodeterminação. É curioso notar que a liberdade, assim entendida, não significa uma total desvinculação com condicionantes de qualquer ordem, mas apenas com aquelas de natureza causal. A liberdade de pensamento vincula-se com seu próprio objeto, o que permite justamente ser vidente e não cega.

Ocorre que não basta o conhecimento para compreender completamente o fato do homem se comportar para uma vida plena de sentido. Restou claro que para o ato de conhecer é imprescindível o conhecimento do próprio objeto, porém é indispensável entender o que faz surgir a vontade de conhecer, isto é, o que impulsiona alguém a pensar e conseqüentemente a agir. Para entender a importância dessa reflexão cumpre destacar a significação presente na passagem do dolo – e da culpa – da culpabilidade para a tipicidade promovida pelo finalismo.

Muito mais do que uma mera reordenação dos elementos, essa nova disposição inseriu dentro do conceito de ação elementos subjetivos por excelência tal como o dolo. Ato contínuo a ação passa a ser entendida não apenas como movimento corporal voluntário que causa modificação do mundo exterior como definido por Liszt no item anterior. A ação final envolve dois momentos distintos: um intelectual alusivo à consciência do que se deseja – que na teoria do conhecimento acima exposta se refere ao conhecimento do conteúdo de sentido do objeto que se conhece – e outro volitivo consistente na vontade de querer realizar (WELZEL, 1956, p. 73). Portanto, o estudo da vontade de conhecimento é essencial para a compreensão global do agir humano porquanto completa o conceito dolo ao tratar do elemento volitivo.

Para desenvolver a sua ideia acerca da vontade de conhecer Welzel (2004b, p. 40) começa discutindo se os conteúdos de sentido devem ter uma carga emocional para se converterem em motivos e se é a intensidade da aludida carga o único fator determinante para identificar qual prevalecerá no caso de uma pluralidade de sentimentos. Em outras palavras, reflete se a vontade que desperta o desejo de conhecer é resultado de uma luta de sentimentos internos cujo resultado é a vitória do mais intenso conforme defende o hedonismo. O catedrático de Bonn chega à conclusão negativa por considerar que as cargas emotivas não se distinguem uma das outras apenas por critérios quantitativos – de intensidade – mas também por questões de ordem qualitativa.

De fato, admitir somente a existência de diferenças quantitativas ensejaria em um retorno ao determinismo causal tradicional na medida em que o sentimento mais forte sempre resultaria vencedor. Não se trata apenas de diferenças de intensidade, mas, sobretudo, de qualidade, ou para utilizar os termos de Welzel (2004b, p. 41-42), diferenças de significação. Portanto, a vontade de conhecer está intimamente ligada ao conteúdo de significação do



motivo e não a sua intensidade. Esse ponto é crucial para a perfeita compreensão do ser humano como ser responsável, como alguém que dirige sua vida para algo pleno em significação.

As decisões, nesse sentido, são resultado de uma motivação cujo conteúdo é repleto de sentido. Em outras palavras, cada ato humano é levado a cabo por uma motivação que possui uma significação própria para o sujeito que o praticou tanto que foi capaz de sobrepujar os contraimpulsos por mais intensos que esses tenham sido. O livre-arbítrio relaciona-se, destarte, com esse motivo “vencedor” o qual revela o projeto de sentido que o sujeito tem para a sua vida.

O ser humano, retomando o que já fora dito, está condicionado por alguns fatores e por essa razão não se pode falar em um indeterminismo absoluto. Ocorre que esses condicionantes não são causais, mas se referem ao conteúdo de sentido de suas motivações que representam o projeto de vida de cada um. Cada um, nessa senda, possui um “programa”, por assim dizer, o qual servirá de fio condutor para seus atos de modo que, ao final, se atinja o objetivo de ter uma vida plena em significação. Nesse caminho, contudo, pode ser que alguém não tenha a capacidade de se comportar, orientar, agir, conforme tal significação (WELZEL, 2004b, p. 45) e surge o problema, por exemplo, dos inimizáveis no Direito Penal.

3. O Direito respeitando o ser humano: valor x força

No item acima se buscou compreender a segunda e mais importante limitação imposta ao legislador cuja inobservância não se limita a tornar o ordenamento lacunoso ou incoerente, mas inválido. Com efeito, além de respeitar as estruturas lógico-objetivas o legislador deve considerar o ser humano como alguém que atua em conformidade com um projeto próprio, único, de significação. A atividade humana, portanto, é motivada por esse desejo de conferir sentido à vida, motivação de natureza tal que é capaz de se sobrepor às cargas emocionais mais intensas. O Direito, como instrumento de imposição de comportamentos, deve se construir respeitando tal limitação.

Para tanto, Welzel parte da ideia explanada acerca da vontade de conhecer, ou melhor, tem como referência o fato do homem possuir um projeto de significação para a sua vida que vincula a sua ação. Não se trata de um poder exercido sobre o homem, mas de um fenômeno interno que dirige as ações humanas e faz surgir uma obrigação por excelência. O autor (2004b, p. 117) entende que essa obrigação absoluta, oriunda do íntimo do ser humano, é o núcleo do Direito natural. Nesse contexto a norma posta, positivada, não é tida como uma obrigação verdadeira por não atingir o âmago do ser humano, mas mera pretensão de dever-



ser associada a uma coação.

É importante desde logo esclarecer que o autor do finalismo não associa o Direito natural a uma entidade divina ou a um conceito específico, mas trata de seus caracteres gerais, aquilo que é possível apreender do mundo dos fatos, pois tem noção de que as teorias naturalistas interpretam os fatos à luz de seus próprios projetos e interesses em determinado momento histórico, tanto que conclui no sentido de que todas as teorias do Direito natural são ideológicas. Isso porque agregar a expressão natural a determinada teoria não lhe atribui valor objetivo superior, apenas retórico (WELZEL, 1964, p. 233).

Admitindo que as leis naturais atuem axiomáticamente através de fenômenos transcendentais, logo de difícil constatação na realidade, Welzel (2004b, p. 118-119), na busca de elementos gerais a todas as teorias naturalistas, aponta a “voz da consciência” como evidência da *“interiorización de la transcendencia en la inmanencia”* que diferentemente das leis causais – as quais estão presentes desde o nascimento – são adquiridas a partir do momento em que o homem desperta para a sua própria existência como tal e internaliza os conteúdos de sentido como obrigações propriamente ditas dotando sua vida de significação. O processo de despertar a consciência para a sua existência e todos os desdobramentos posteriores, diz o autor, transcende o ser humano, constituindo verdadeiro pressuposto para que seja possível uma existência humana com sentido pleno. Em suma, trata-se de uma relação recíproca entre dever-ser obrigatório – diferente de mera pretensão – e a pessoa responsável.

Welzel (2004a, p. 137-139) associa o despertar da consciência com o surgimento de um Eu na mente humana como centro responsável. Para ele a mente é formada por camadas onde no núcleo mais profundo estão as emoções, os instintos de conservação, os desejos, etc. – as cargas emotivas que são medidas especialmente pela intensidade, pois possuem pouca significação, e tentam impulsionar as ações do homem. Sobre esta capa estaria um filtro regulador dos sentimentos mencionados dando-lhes sentido e valor, mas ainda sem constituir uma finalidade e sim uma vontade em sentido restrito que dirige os impulsos. O sentimento mais intenso que se sagra vencedor ainda não é capaz de dirigir a ação a ser tomada, apenas os impulsos, pois o Eu como centro responsável é quem conforma os impulsos como conteúdo de sentido e com significação para uma vida plena de sentido. É esse centro quem prioriza qualidade (a significação) em detrimento da intensidade dos sentimentos.

Desse modo se tem que o Direito deve se ater a essa característica peculiar do homem, qual seja, um ser responsável cujas ações são dirigidas a cumprir seu projeto de vida – representado pelos motivos que impulsionam seu agir -, pois o tem intimamente como verdadeira obrigação. A norma jurídica, que tem a função de impor um comando, se deseja



atingir a essência do ser humano deve tê-lo como alguém responsável considerando os seus conteúdos de sentido, pois somente nessa maneira conseguirá obrigar como valor. Caso contrário, desrespeitando a natureza humana, o Direito se limitará a pura força e não conseguirá fazer com que o homem veja-se verdadeiramente vinculado ao mandamento jurídico. E mais, agindo como mero instrumento de poder, como ferramenta política, o Direito perde sua legitimidade e suas normas perdem validade.

Interessante é que devido ao fato de ser o próprio homem o responsável pela descoberta do conteúdo desse dever-ser obrigatório transcendental é perfeitamente possível a ocorrência de erros nesse processo haja vista a falibilidade humana. É em razão disso que Welzel (2004b, p. 130-131) afirma haver a necessidade de que toda constituição social deva possuir mecanismos de autocorreção institucionalizados que garantam a permanente luta de ideias entre os diversos grupos sociais a fim de alcançar a posição correta. A democracia, portanto, desponta como um modelo que garante tal luta de ideias no qual governo e oposição estão em constante mudança de posições permitindo a busca pelo verdadeiro dever-ser através do diálogo, pois a democracia consiste na garantia de que a opinião oposta não será retaliada, mas ouvida e tolerada.

Resumindo, o Direito para ser considerado válido deve se referir ao ser humano como alguém responsável, que atua em conformidade com seus projetos de sentido, pois tem estes como deve-ser obrigatório com o qual é intimamente vinculado.

O modo pelo qual o sistema jurídico respeita o homem é, portanto, percebendo que cada indivíduo encontrará dentro de si a internalização da transcendência e descobrirá, ao seu tempo e modo, o deve-ser obrigatório que dá impulso a sua vida. Isso significa que cada um entende a vida e o mundo de uma maneira singular, o que se reflete nas ações adotadas. O Direito erra, nesse sentido, ao impor uma única forma de conformação da vida, quando apenas um modelo de comportamento é considerado como correto.

Isso não implica na impossibilidade de adoção de uma concepção de vida – que recairia em um grande relativismo – pois desse modo qualquer posição pode ser tida como jurídica e permitiria a inclusão de qualquer conteúdo na norma, justamente o que se quer evitar. Na verdade se quer dizer que quando se invade de forma tão severa a individualidade, desrespeitando os direitos mais básicos, mais o Direito se aproxima da força e conseqüente perde legitimidade. Quando estados da pessoa são criminalizados – verificáveis pelo uso do verbo “ser” nas tipificações, como ser judeu – menos respeitado está o ser humano e, por conseqüente, menos propício a seguir o referido mandamento. Segundo Welzel (2004b, p. 133), desde que o Direito se limite aos elementos necessários, fundamentais, das instituições sociais, tanto mais poderá esperar obediência daqueles que possuem uma convicção de mundo



distinta, pois perceberão nesses elementos um “sacrifício” necessário para uma vida em comunidade plena. Se o Direito conseguir tal feito, terá atingido a obediência por agir como valor e não como força.

Observe-se que a culpabilidade na teoria finalista representa a reprovação da formação da vontade, melhor dizendo, é um juízo de reprovação ao autor cuja vontade poderia ser adequada a norma, mas acabou sendo-lhe contrária. Isso significa que toda culpabilidade é uma culpabilidade de vontade (WELZEL, 1956, p. 152). Logo, na situação em que a norma penal respeita o ser humano responsável e se limita a incriminar os elementos mais essenciais resta possível punir aquele que descumpra o mandamento jurídico. Reprova-se o homem por possuir liberdade na direção de sua vida, por ser alguém responsável que se vincula a critérios de verdade – o dever-ser transcendental (WELZEL, 1956, p. 155)

Portanto, o que retira a validade de qualquer norma jurídica é o desrespeito ao ser humano. Para Welzel todo indivíduo é um ser responsável que deve ser tratado de acordo com tal característica. Isso significa compreender o homem como um ser que não se vincula a condicionantes causais simplesmente, mas que possui um projeto de sentido para a sua vida. Muito mais do que cargas emocionais de intensidades diversas o ser humano é movido por algo de maior significado, buscando fazer sua vida repleta de sentido.

Dada essa característica distintiva do homem o Direito deve formular suas normas de acordo para que obtenha obediência por ter atingido a consciência de cada um e não por se tratar de uma sanção. Deve se afastar da força e buscar obediência por ser valor: obrigar eticamente. Em relação ao Direito Penal, a sua principal missão é tutelar os valores ético-sociais subjacentes às normas protetoras de bens jurídicos (1956, p. 2-3), justamente porque não deve ser apenas força.

4. A classe de pessoas incapazes de vínculo ético

Se já está claro que o ser humano busca plenificar sua vida, o próprio Welzel (1956, p. 9-11) reconhece a existência de parcela de pessoas que são incapazes de relação ético-social, logo não podem ser vinculados moralmente pelo sistema criminal. Tal grupo é composto primordialmente pelos criminosos habituais, para os quais o delito “radica em sua personalidade”. As condições pessoais são agravadas por condições sociais que degeneram o caráter e impedem a internalização de valores éticos, logo se revela inócuo um sistema construído com base na proteção de valores, já que desprovidos da capacidade de reconhecerem o interesse tutelado pela norma como necessário para o convívio social. Resta apenas aplicar-lhes a medida de segurança.



Como visto, o homem é dividido subjetivamente em camadas. Os instintos ocupam a capa mais superficial enquanto que o Eu fica no núcleo e é responsável pelas grandes decisões. Uma das camadas intermediárias é formada pela personalidade ou caráter, que consiste na estabilização inconsciente de decisões repetidamente tomadas ao longo do tempo que informarão futuras ações. Se o indivíduo se desenvolve em um ambiente de baixa sociabilidade, em que não são cultivados valores éticos nem se presencia ações nesse sentido, os valores antissociais são lentamente incorporados e se estruturam na sua personalidade habitando seu inconsciente. A conduta efetivada por tal pessoa tem origem em sua personalidade defeituosa (WELZEL, 2004a, p. 150-151).

Nota-se, portanto, que esta classe de criminosos não se destaca por alguma patologia mental que impede a autodeterminação, mas porque atuam unicamente com vistas a objetivos imediatos, como o lucro, em razão de desvio de caráter originado pelas circunstâncias de vida a que foram expostos. Tanto que Welzel (1956, p. 11-13) separa os criminosos de estado referidos (ou em sentido estrito) de um grupo mais amplo composto por toxicômanos e doentes mentais. Ambos estão sujeitos a medida de segurança, pois falta a representação do sentido a favor do qual deveria se determinar em contraposição aos instintos causais, mas apenas os primeiros dependem da prática de um delito para que lhes sejam imposta a respectiva sanção, a qual, por esta característica, tem a mesma natureza da pena; para os últimos a prática delitiva apenas define a competência do juiz criminal.

Sintetizando o pensamento, o penalista separa os criminosos em dois grupos: aqueles capazes de se vincular eticamente, logo são destinatários da norma penal; e os que carecem desta possibilidade, os quais não se confundem com os doentes mentais. Os dois grupos dependem da prática de um crime, razão porque a pena e a medida de segurança respectivamente aplicadas possuem a mesma natureza, porém a semelhança acaba aqui. A feição do Direito Penal como valor só se aplica ao primeiro grupo, logo somente para estes se trabalha com tipos penais definidos e penas determinadas na medida da culpa. Para o outro grupo, só é possível alcançar a proteção de bens jurídicos, afastando qualquer natureza ética; logo os limites são indefinidos e as medidas indeterminadas, sempre em consideração a periculosidade do agente.

Com efeito, embora por caminhos diversos, Welzel se aproxima de Liszt e até dos integrantes da escola positiva italiana no que se refere à existência de um grupo de indivíduos que merecem uma sanção em razão de sua condição pessoal apenas. Ora, a principal característica que se destaca do movimento impulsionado por Lombroso, Ferri e Garofalo é a natureza doentia/degenerada do criminoso. Para eles, todo delinquente possui um instinto criminal congênito, desprovidos de honra ou bondade, mas apenas dirigidos pelo mal



(LOMBROSO, s.d., p. 60), de modo que a sanção do Direito Penal não deve se pautar pelo seu grau de culpabilidade, mas sim em razão de sua personalidade perigosa (FERRI, 2004, p. 168-169), culminando na inocuidade, ou seja, morte, do indivíduo que revela desprovido de qualquer capacidade de viver em sociedade por seu estado pessoal (GAROFALO, 1914, p. 224-225).

Liszt (1994, p. 111-113) assume posição moderada em comparação aos citados autores italianos, sem renunciar, contudo, à existência de uma parcela de pessoas que são irremediáveis e contra as quais a pena não cumpre nenhuma finalidade senão a de neutralização. Trata-se dos criminosos habituais, compostos pelos degenerados moralmente, quais sejam, mendigos, prostitutas e alcoólatras (LISZT, 2006, p. 257).

Veja-se que os criminosos habituais são referidos tanto em Liszt como em Welzel, não obstante terem seguido caminhos diversos. Para Liszt esta categoria de criminoso merece pena indefinida em decorrência da incapacidade de correção constatada por estudos antropológicos, em Welzel a medida de segurança tem fundamento na impossibilidade de vinculação ética com o conteúdo normativo.

Entretanto, ainda que o autor finalista situe o criminoso de estado fora da “normalidade”, por isso é aplicada medida de segurança e não pena, não se trata de patologia mental, mas de personalidade adquirida por sua vivência que o distingue dos demais, tendo em consideração a separação que é feita entre habitualidade em sentido amplo e em sentido estrito. A presença da periculosidade não é tão manifesta como em Liszt, mas é fundamento suficiente para punir indefinidamente alguém que não se enquadra tradicionalmente no rol dos destinatários da medida de segurança. Não por outra razão, ao indicar como constante, na história jurídico-penal, a presença de um grupo de pessoas que é visualizado como estranhos à “normalidade”, ou inimigo, Zaffaroni (2007, p. 95-100) destaca não só os positivistas italianos e Liszt, mas também o professor de Bonn, por admitir que o Direito Penal se limita ao mero confinamento em razão da periculosidade para certas pessoas.

Com isso, conquanto Welzel desenvolva sua teoria com vistas a vincular o poder punitivo à realidade fática, sua abrangência é incompleta. Significa dizer que nem todos os quais preenchem os requisitos da imputabilidade estão protegidos por esse Direito Penal de “valor”, já que os criminosos habituais são tidos como desprovidos de vínculo ético. Abre-se, portanto, uma perigosa margem ao abuso na medida em que esta classe de criminosos pode ser preenchida por diversos “tipos” de pessoas que não gozem de simpatia popular. Daí ser compreensível a preocupação de Zaffaroni (2007) em explicitar que o sistema criminal sempre trabalhou com a ideia de inimigos, cujas características, não obstante, variam com o tempo e a sociedade.



5. Conclusão

Evitar a utilização do Direito Penal como instrumento de terror a serviço de governos totalitários foi o que motivou Hans Welzel a desenvolver a sua teoria finalista. Na realização desse mister buscou no mundo dos fatos elementos que limitassem a liberdade que o positivismo conferiu ao legislador. Afinal, segundo a visão do autor, nem tudo produzido pelo Direito é juridicamente válido.

Inicialmente tratou de estabelecer critérios cuja inobservância tornaria o ordenamento jurídico lacunoso, contraditório, mas ainda válido. Trata-se das estruturas lógico-objetivas – o dolo para a tipicidade, a ação para a antijuridicidade e o livre-arbítrio para a culpabilidade – que vincularia o legislador aos respectivos conteúdos quando por ele utilizados. O legislador estaria limitado, nesse momento, à lógica do mundo em razão da incapacidade de alterá-la: o dolo sempre terá o mesmo conteúdo, assim como as demais estruturas.

Todavia, o que de fato retira a validade de qualquer norma jurídica é o desrespeito ao ser humano. Para Welzel todo indivíduo é um ser responsável que deve ser tratado de acordo com tal característica. Isso significa compreender o homem como um ser que não se vincula a condicionantes causais simplesmente, mas que possui um projeto de sentido para a sua vida. Muito mais do que cargas emocionais de intensidades diversas o ser humano é movido por algo de maior significado, buscando fazer sua vida repleta de sentido.

Dada essa característica distintiva do homem o Direito deve formular suas normas de acordo para que obtenha obediência por ter atingido a consciência de cada um e não por se tratar de uma sanção. O Direito deve se afastar da força e buscar obediência por ser valor, isto é, deve obrigar eticamente.

En el Derecho, lo real está esencialmente vinculado con lo normativo. Porque crea un orden que verdaderamente conserva la existencia, obliga. Protego, ergo obligo. El Derecho es a la vez poder protector y valor obligante. Sin embargo, ambos aspectos pueden distinguirse conceptualmente. Como poder coacciona, como valor obliga. (...) La coacción coacciona pero no obliga. Sólo un valor puede obligarnos y en este caso, nos obliga éticamente. (WELZEL, 2004b, p. 198).

Por outro lado, o próprio autor reconhece a existência de pessoas que são incapazes de se vincular eticamente, logo não estão sujeitas ao Direito Penal enquanto valor. Significa dizer que para estas resta apenas aplicar a violência penal, no caso a medida de segurança, de



caráter indefinido e que possui como critério apenas a personalidade perigosa do indivíduo. Neste panorama é forçoso reconhecer que embora a maioria dos que são submetidos ao jugo penal estejam contemplados por um Direito que atua eticamente, há outro grupo, que não se confunde com os inimizáveis, sujeitos tão somente à violência.

Referências

FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. Traduzido por Antonio Soto y Hernández. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004. Tomo II.

GAROFALO, Raffaele. **Criminology**. Traduzido por Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown and co., 1914.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LISZT, Franz von. **La idea de fin en el Derecho Penal**. México: Universidade Autônoma do México, 1994.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, Vol. I.

LOMBROSO, Cesare. **Los criminales**. Barcelona: Centro Editorial Presa, s.d.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Traduzido por Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doutrina de la acción finalista**. Traduzido por José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004a.

WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del Derecho e Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2004b.



WELZEL, Hans. Verdad y limites del derecho natural. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. **Diánoia**, México, v. 10, n. 10, págs. 228/240, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.