

Programa de Pós-graduação  
em Direito



70 ANOS  
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

# Seminários de Pesquisa de Doutorado – 2º/2020

Linha de Pesquisa

INTERVENÇÃO PENAL E GARANTISMO



**FELIPE JOSÉ DIAS BICALHO** – Tipos penais oriundos do causalismo e sua desarmonia com o finalismo

**FRANCISCO JOSÉ VILAS BÔAS NETO** – O construtivismo como alternativa para a dualidade juspositivismo-jusnaturalismo no direito penal

# TIPOS PENAIS ORIUNDOS DO CAUSALISMO E SUA DESARMONIA COM O FINALISMO

Felipe José Dias Bicalho<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Doutorando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, na linha de pesquisa Intervenção Penal e Garantismo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
e-mail: felipe@diasbicalho.com

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como ponto de investigação a transição entre o Causalismo e o Finalismo Penal. O marco teórico é o Finalismo, tendo como parâmetro a ideia de sistema jurídico, desenvolvida por Raz (2012), observadas a perspectiva de Brandão (2019) e Sauer (1956).

## OBJETIVOS

O objeto de estudo são os tipos qualificados pelo resultado, com destaque para os crimes preterdolosos. A partir da perspectiva de Sauer (1956), de que é através dos tipos penais que se raciocina o Direito Penal, procura-se traçar por meio dos crimes qualificados pelo resultado, com eixo no crime de lesão corporal com resultado morte, os efeitos da transição Causalismo-Finalismo, e, da aplicação do Finalismo.

## METODOLOGIA

Tendo como parâmetro a lesão corporal qualificada pelo resultado (lesão grave ou gravíssima), e avaliando como se davam as *ratio decidendi* (e a própria leitura do tipo: seu alcance e incidência) no Causalismo e no Finalismo, traça-se uma perspectiva da mudança da teoria de controle, tendo por base o tipo penal.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

Inicialmente a pesquisa visava os tipos preterdolosos, mas tendo em vista o desenvolvimento o trabalho, englobou-se também o artigo 19 do Código Penal. Por meio desta regra geral de responsabilidade é possível traçar o desenvolvimento dos tipos à luz das teorias de controle, de forma mais precisa. Para além da análise dos julgados envolvendo crimes preterdolosos (segunda fase da pesquisa que se iniciará em 2021), durante a pesquisa, detectaram-se no

Código Penal Militar, por meio dos artigos 34, 159 e 209, outras bases para a comparação dos institutos. Como resultado parcial, comparando-se os tipos – lesão corporal seguida de morte como insculpida no Código Penal e lesão corporal seguida de morte, como tratada no Código Penal Militar –, nota-se, até agora, que a estratégia de tipificar o resultado lesivo, (portanto tornando um crime qualificado pelo resultado), é desarmônica com a estrutura do Finalismo, sem a devida indicação da vontade do agente, que deve se estender sobre os elementos do tipo, o que inclui o resultado lesivo. Logo, focar no desvalor do resultado tem o condão, na forma com a qual o Finalismo tem sido formulado, de se ater a análise de responsabilidade pelo resultado, sem valorar adequadamente o móvel do agente. Esse tipo de situação de imputação se reveste, no Finalismo, de responsabilidade penal objetiva (sem culpa ou dolo). Isso implica dizer, que basta o resultado mais gravoso, sem averiguar o dolo como elemento da tipicidade – o que diferencia o Causalismo do Finalismo – para se considerar que este resultado adveio da ação do agente. Esse raciocínio acarreta uma análise reversa dos institutos do Finalismo, que *deveria* começar a inquirição de tipicidade pelo dolo do agente, e não pelo resultado observado.

## CONCLUSÕES

Avaliar a tipicidade por meio do resultado, sem primeiro indagar (e demonstrar) o dolo, resulta em uma análise reversa dos institutos do Finalismo, que *deveria* começar a inquirição de tipicidade pelo dolo do agente, e não pelo resultado observado. Isso reforça a tese de que a adequação típica, quando da sua verificação trata-se de entimema, como alerta Brandão (2014), essa observação é indicativa de não se aplicar o Finalismo, mas uma forma adaptada deste, o que afeta a sistemática da teoria.

## REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Cláudio. **Pesquisa em ciências criminais**. Belo Horizonte, PUC Minas/Programa de pós graduação em Direito, 11 mar.-28 jun. 2019. Notas de aula.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969. Código penal militar**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 8 ago. 2020.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 - Exposição de motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do código penal**: parte especial. Brasília: [s. n.], 1984.

BRASIL. **Projetos de reforma penal**: Código penal - parte geral, Código de processo penal, Lei de execução penal. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALVÃO DA ROCHA, Fernando. **Direito penal militar**: teoria do crime. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: art. 197 a 249. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 1956.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

LOBÃO, Célio. **Comentários ao Código Penal Militar**: Vol. 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal militar comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte, MG: D'Plácido, 2016.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1956.

Seminário sobre Reforma Penal: (1981. Goiânia, GO). **Juristas discutem a reforma**. [Belo Horizonte]: Lemi, 1981.

STRATENWERTH, Günter. **Acción y resultado en derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía. Montevideo: B de F (Biblioteca Comares de ciencia jurídica: Maestros del derecho penal; 17), 2005.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans; CERESO MIR, Jose. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964.

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD  
Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania  
Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo  
Prof. Orientador: Guilherme Coelho Colen  
Prof. Coorientador: Pablo Alves de Oliveira  
Tese: O construtivismo de John Rawls como indicativo para a intervenção penal: a dignidade humana como limite para a não criminalização de condutas

Resumo estendido: Seminário de Pesquisa I

## **O CONSTRUTIVISMO COMO ALTERNATIVA PARA A DUALIDADE JUSPOSITIVISMO-JUSNATURALISMO NO DIREITO PENAL**

Francisco José Vilas Boas Neto

Em Teoria Jurídica do Crime, Brandão (2019) afirma que mesmo sendo uma reação à violência, o Direito Penal, *per si*, é uma violência institucionalizada. A violência do Estado contra o cidadão, institucionalizada pelo Direito Penal é chamada de sanção penal ou simplesmente de pena. Assim, a sanção penal enquanto resposta ao crime, é em si, um ato de violência, punindo-se o mal do crime com o mal da pena. Partindo da premissa do reconhecimento do Direito Penal como a reação violenta do Estado frente à prática criminosa, a dogmática penal desenvolveu formas, ao longo da sua história, de limitação dessa violência estatal. É possível citar a título de exemplo, conforme preceitua Brandão (2019), que no Século XVIII Beccaria lançaria as primeiras bases para o desenvolvimento do princípio da legalidade, que viria a ser desenvolvido por Feurbach no Século XIX. É possível citar ainda, segundo o mesmo autor, a teorização da culpabilidade por Karl Binding e da tipicidade por Ernst Von Beling. A própria construção da noção de bem jurídico foi desenvolvida com vias de limitação da intervenção penal. Para Zaffaroni (2002), no texto *Política y Dogmática Jurídico-penal*, os institutos desenvolvidos com a finalidade de limitação da violência estatal são fundados, de uma ou outra forma, na dualidade jusnaturalismo e positivismo jurídico, o que não limitaria a violência penal no momento de aplicação da pena. Para ele, até mesmo o neokantismo filosófico seria uma nova forma de positivismo jurídico. O positivismo jurídico como base para o Direito Penal, segundo Zaffaroni, teria levado ao totalitarismo presenciado no Século XX. O jusnaturalismo, por sua vez, não deixaria de ser arbitrário, pois não passaria de uma visão “superior” e particular daquele que teria o poder de dizer o Direito. Para Zaffaroni (2002), surge a necessidade de legitimação do

Direito Penal e da limitação da violência estatal por uma nova base, que seria a pessoa destinatária da pena. Partindo dessa premissa, tendo a teoria da justiça como equidade de John Rawls como marco teórico, o objetivo é verificar se o construtivismo rawlsiano seria um modelo adequado como hipótese alternativa à dualidade existente entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. A justificativa da escolha por Rawls decorre da estrutura da sua própria teoria. No livro *Uma Teoria da Justiça*, Rawls (1981) propõe a definição dos dois princípios da justiça que teriam validade numa sociedade bem ordenada. A definição dos dois princípios obedeceria à sua metodologia das concepções-modelo, sendo a concepção-modelo da *pessoa* o eixo central e gravitacional de justificação de toda a teoria. O núcleo axiológico da teoria de Rawls é a concepção da pessoa, que por ser a destinatária dos princípios da justiça, deverá ser, também, o seu ponto de partida de construção. Essa metodologia, como indicado anteriormente, foi chamada por Rawls de construtivista. Na perspectiva do Direito Penal, como a pessoa destinatária da intervenção penal é aquela que sofre a pena, ou seja, àquela que sofre a violência, a hipótese é de criação de mecanismos de limitação da ação do Estado não com fundamentos na norma, bem jurídico, etc., mas antes disso, com fundamento na pessoa que sofrerá a intervenção. Com a utilização de uma metodologia exploratória, fundada principalmente em análise bibliográfica, a hipótese é de que o construtivismo de Rawls seja o modelo adequado para que a pessoa sofredora da pena, seja a principal justificativa para a limitação da violência estatal, funcionando como principal axioma de um garantismo.

Palavras-chave: intervenção penal, construtivismo, garantismo.

#### Referências Bibliográficas:

ALEIXO, Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Avila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018

ALEXY, Robert. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Principios de derecho penal mínimo. Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

- BECCARIA, Césare Marchese. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 1956.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. **Bem jurídico e norma penal**: a função da antinormatividade na teoria do crime. In. VILAS BOAS NETO, Francisco José (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). **Ensaio de intervenção penal e garantismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2002.
- CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COLEN, Guilherme Coelho; GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos; OLIVEIRA, Allan Helber de (Org.). **Direito processual atual**: a produção científica da Puc Minas-Betim. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- DIAS, Eliotério Fachin. **O mínimo ético existencial como garantia do princípio da dignidade humana**. Portal do e-governo. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/om% C3% ADnimo-% C3% A9tico-existencial-como-garantia-do-princ% C3% ADpio-da-dignidade-humana>. Consulta em 06/09/2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Samir Dessbesel, **O construtivismo kantiano na teoria da justiça como equidade de John Rawls**. Santa Maria: Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), 2005.
- HERRERO, Francisco Javier. **Estudos de ética e filosofia da religião**. São Paulo: Loyola, 2006.
- JAKOBS, Günther; MELIA. Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.
- MANGIAMELI, Agata Cecília Amato. **Filosofia do direito penal**: quatro vezes para uma introdução. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- OLIVEIRA, Pablo Alves. **O que se passa na cabeça de um garantista?** In. VILAS BOAS NETO, Francisco José (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). **Ensaio de intervenção penal e garantismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. 2º ed. vol. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, Brasília: Editora Universidade de Brasília 1981.
- RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Madrid: Reus editora, 1981.
- VAZ, Henrique C. de Lima. **Introdução à ética filosófica II**. São Paulo: Loyla, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la custión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal**. T. III. Buenos Aires: Ediar, 1981
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política y dogmática jurídico-penal: política y no "política criminal" o meramente "penal"**. Período eletrônico Direito e Democracia, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2441/1667> . Consulta realizada em 06/09/2020.