

# METODOLOGIA JURÍDICO-PENAL: ESTUDOS SOBRE O MÉTODO FINALISTA

*CRIMINAL LAW'S METHODOLOGY: STUDIES ON FINALISTIC METHOD*

*Leonardo Siqueira<sup>1</sup>*

FADIC

*Tabyta Manso Mesquita<sup>2</sup>*

FADIC

## **Resumo**

O presente artigo estuda os caminhos teóricos percorridos por Welzel ao formular a teoria finalista da ação, o trabalho aborda o contexto histórico que circundou a teoria finalista, discorre acerca das preocupações filosóficas do autor, bem como, reflete sobre os pressupostos aceitos por Welzel para a formulação do seu método. Diante dos estudos feitos é possível perceber que na realidade o finalismo é uma atitude epistemológica que repercute profundamente na dogmática penal, em relação a essa atitude é possível perceber que Welzel se posiciona de uma forma otimista em relação a possibilidade de alcance da verdade e da compreensão do pré-jurídico (estruturas lógico-objetivas). O autor entende pela possibilidade de apreensão das verdades ontológicas, se posicionando no sentido oposto das teorias mais céticas e relativistas.

## **Palavras-chave**

Direito Penal. Epistemologia Penal. Finalismo

## **Abstract**

*This article studies the theoretical paths followed by Welzel when formulating the finalist theory of action, the work addresses the historical context that surrounded the finalist theory, discusses the author's philosophical concerns, as well as reflects on the assumptions accepted by Welzel for the formulation of his method. In view of the studies carried out, it is possible to see that in reality finalism is an epistemological attitude that resonates deeply in penal dogmatics, in relation to this attitude it is possible to see that*

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutor em Direito pela UFPE.

<sup>2</sup> Mestranda da Linha História das Ideias Penais, Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), formada em Direito (UFPE). Pós-graduada em Direito do Trabalho (UFPE). Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal (FADIC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Agostinianos do Laboratório de Política, Comportamento e Mídia da Fundação São Paulo/PUC-SP. E-mail: [contatotalyamesquita@gmail.com](mailto:contatotalyamesquita@gmail.com).

*Welzel is optimistic about the possibility of reaching the truth and understanding the pre-legal (logical-objective structures). The author understands the possibility of apprehension of ontological truths, positioning himself in the opposite direction of the more skeptical and relativistic theories.*

**Keywords**

*Criminal Law. Criminal Epistemology. Finalism.*

## 1. INTRODUÇÃO

Qual é o método adequado para o estudo do Direito Penal?<sup>3</sup> O presente artigo inicia uma pesquisa a fim de responder essa difícil questão e para tanto começará sua análise por meio do estudo do método finalista de Hans Welzel.

Assim, primeiramente estuda-se a importância da filosofia do direito para a compreensão e desenvolvimento dos institutos do Direito Penal. Após essa abordagem passa-se propriamente ao estudo da metodologia jurídico-penal sem, contudo, perder a noção de que “problematizar métodos é uma atitude que faz parte da teoria do conhecimento, o que a torna uma atitude filosófica”.<sup>4</sup>

Assim, o trabalho passa a estudar o método finalista e dessa maneira estuda os caminhos teóricos percorridos por Welzel ao formular a teoria finalista da ação, o contexto histórico que circundou a teoria finalista e discorre acerca das preocupações filosóficas do autor. Ademais, reflete sobre os pressupostos aceitos por Welzel ao formular seu método jurídico-penal, demonstrando que o método finalista possui forte matriz fenomenológica e apresenta-se como uma resistência ao método neokantista.

## 2. A IMPORTÂNCIA DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA O ESTUDO DO DIREITO PENAL

---

<sup>3</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 151

<sup>4</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. P. 15

“A filosofia do direito é a vanguarda do conhecimento jurídico. Depois dela vem a teoria geral do direito, como hermenêutica da dogmática e só na retaguarda atua a dogmática.”<sup>5</sup> É com essa premissa apontada por João Mauricio Adeodato que se iniciará a abordagem do presente tópico a fim de refletir acerca da importância da Filosofia do Direito para o desenvolvimento da dogmática do Direito Penal.

Em sentido parecido Bettioli afirma “o Direito Penal é uma filosofia”<sup>6</sup>, o autor desenvolve seu pensamento dizendo que o Direito Penal surgiu como uma filosofia, uma vez que, contemplando a história do Direito Penal, não se poderia chamar de ciência algo que surgiu com racionalidade muito incipiente, desorganizada, não sistematizada e sem método.<sup>7</sup> Assim, somente a partir do século XIX existe propriamente uma ciência penal.<sup>8</sup>

Deste modo, antes de haver propriamente uma ciência do Direito Penal já existia uma espécie de filosofia do direito penal.<sup>9</sup> Afinal, o que é a discussão sobre a justiça da condenação de Sócrates? A reflexão de Sófocles sobre a pena de morte de Antígona que desobedeceu a lei humana? O debate acerca da falta de racionalidade processual de “o processo” de Kafka? O que Santo Agostinho estava fazendo quando escrevia sobre seu amigo Alípio ter sido preso em flagrante injustamente?<sup>10</sup>

O que todos esses pensadores estavam fazendo que não filosofando, ainda que de forma incipiente, acerca da pena, dos seus fins, dos processos e da sistematização e racionalização dos procedimentos? A história do Direito Penal revela diversas preocupações filosóficas que influenciaram o desenvolvimento e as mudanças dogmáticas. Por exemplo, o debate e as concepções deterministas ou indeterministas acerca da

---

<sup>5</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. P. 34

<sup>6</sup> BETTIOLI, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P.25

<sup>7</sup> BETTIOLI, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P.25

<sup>8</sup> BETTIOLI, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 28

<sup>9</sup> BETTIOLI, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 28

<sup>10</sup> AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 2. Ed. São Paulo: Peguim Classics Companhia das Letras, 2017. P. 158

condição humana foram cruciais para a elaboração e desenvolvimento do elemento do crime hoje denominado de culpabilidade.<sup>11</sup>

Os problemas sobre o fundamento do direito de punir, a natureza da pena, seus fins, a legalidade ou ilegalidade da pena de morte, sempre foram objeto de reflexão por parte dos filósofos e também de amplos setores da opinião pública.<sup>12</sup>

Hoje o que se faz não é muito diferente, o que o pensador do Direito faz também não deixa de ser uma atitude filosófica, no entanto, com mais ferramentas do que no passado, isto é, com técnica e método. O que o cientista faz também é pensar em problemas ou pontos críticos que são observados no Direito Penal e propor soluções que se mostrem coerentes com a realidade.

Portanto, o trabalho inicial desse artigo será tentar pensar problemas do Direito Penal com auxílio da Filosofia do Direito. Essa abordagem parece ser adequada posto que profundas mudanças dogmáticas no Direito Penal foram antecipadas/influenciadas por diversos movimentos filosóficos.<sup>13</sup>

No mesmo sentido é possível apontar a influência do iluminismo para a formação da Escola Clássica, o pensamento darwinista relaciona-se com a Escola Positiva, o neokantismo tem relação com a teoria neoclássica.<sup>14</sup> Pode-se continuar a mencionar outros exemplos, cita-se

---

<sup>11</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 36

<sup>12</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 28

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018. P. 258

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018. P. 258

também a forte influência do pensamento ontológico para formação da teoria finalista de Welzel.<sup>15</sup>

É admissível falar também que a própria negação dos funcionalistas das ontologias (estruturas lógico-objetivas)<sup>16</sup> não deixa de ser também, de algum modo, um posicionamento mais cético que também tem relação com o pensamento filosófico retórico ou tópico. Tem-se a intuição, que será futuramente desenvolvida, que parece existir muita filosofia do direito nas importantes reflexões trazidas por Roxin em especial no seu livro introdutório *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal* no qual faz inúmeras críticas a forma como a dogmática se complexifica e se torna cada vez mais difícil de ser apreendida.<sup>17</sup>

Entende-se que estudar esses institutos de maneira associada é mais apropriado, pois afasta-se da tendência tão comum na pesquisa jurídica de compartimentar demais as análises em detrimento de uma perspectiva mais ampla do Direito e de possíveis diálogos com outras áreas do conhecimento, em especial, da filosofia e da filosofia do direito.

Essa tendência é criticada por Ricardo Freitas<sup>18</sup> quando cita Boaventura de Souza Santos, abaixo o trecho na íntegra:

Sendo um conhecimento disciplinar, tende a ser um conhecimento disciplinado, isto é, segrega uma organização do saber orientada para policiar as fronteiras entre as disciplinas e reprimir os que as quiserem transpor. É hoje reconhecido que a

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018. P. 258

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018. P. 217

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 6

<sup>18</sup> FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais** in *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 478.

excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos. Esses efeitos são sobretudo visíveis no domínio das ciências aplicadas.<sup>19</sup>

No Direito Penal, com maior razão, parece premente pensar seus métodos, princípios, institutos e seus sistemas com auxílio da filosofia, é importante compreender e tornar mais claros os pensamentos que estão na base do desenvolvimento do Direito Penal. Posto que “o direito penal não é concebido senão de forma ou em termos filosóficos”.<sup>20</sup>

Nesse sentido compreender o contexto das ideias, as influências filosóficas dos autores pode ser extremante útil para uma compreensão mais abrangente do Direito. Essa abordagem ajudará a lidar de forma mais consequente com um Direito que se encontra diante da globalização, do desenvolvimento tecnológico, da complexificação da realidade e dos inúmeros problemas relacionados à pena.<sup>21</sup>

Para confirmar o que fora dito, cita-se Agata Mangiameli no livro *Filosofia do Direito Penal* que chama atenção para a relação aflitiva que existe na conexão entre a pena, a vontade e o corpo. Diz “apesar das melhores das intenções vontade e corpo[...] Não podem ser separados: o corpo, de fato, representa um tipo de objeto mediato. Em outras palavras, nega-se a vontade do réu sempre agindo sobre seu corpo.”<sup>22</sup> Continua “toda negação da vontade é por si um sofrimento que vai reverberar na realidade física.”<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. Estudos Avançados.** Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/S0103-40141988000200007> >. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>20</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 35

<sup>21</sup> MANGIAMELI, Agata Amato. **Filosofia do direito penal: quatro vozes para uma introdução.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. P. 9

<sup>22</sup> MANGIAMELI, Agata Amato. **Filosofia do direito penal: quatro vozes para uma introdução.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. P. 76

<sup>23</sup> MANGIAMELI, Agata Amato. **Filosofia do direito penal: quatro vozes para uma introdução.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. P. 77

No âmbito penal, por exemplo, discutir acerca da culpabilidade e do livre-arbítrio demonstra-se deveras desafiador para o jurista, uma vez que exige desse reflexões filosóficas de maior fôlego. Alerta Brandão para a complexidade dos temas relacionados à culpabilidade, assim, explica que “isso se dá porque o seu estudo mescla conceitos do Direito Penal e conceitos da filosofia: é a consciência da antijuridicidade que confirma plenamente a assertiva de Carnelutti, o qual afirma que o ramo do Direito mais próximo da filosofia é o Direito Penal, pois, tanto o Direito Penal quanto a filosofia buscam a compreensão dos fatos do espírito.”<sup>24</sup>

Novamente concorda-se com Bettiol quando defende que o estudo do Direito Penal não pode renunciar à fundamentação filosófica.<sup>25</sup>

Se filosofar é conhecer integralmente as questões que constituem o objeto de investigação, buscar suas causas remotas, estudar seus propósitos, enquadrá-las em uma certa concepção de vida, o Direito penal é antes de tudo filosofia, porque, tanto em uma concepção espiritualista como materialista, tanto sob um perfil indeterminista como determinista, as soluções formuladas refletem uma certa atitude mental para com os maiores problemas da vida e, conseqüentemente, uma filosofia.<sup>26</sup>

Importante trazer à baila a ideia contrária ao que foi afirmado, uma vez que há pensamentos que negam a importância da filosofia para o estudo da dogmática penal, no entanto, essa concepção também não deixa de ser uma postura mental, um pensamento e uma escolha filosófica.<sup>27</sup>

Portanto, diante de tudo que foi exposto o trabalho concorda que “não se pode subestimar a importância dos estudos filosóficos sobre o

---

<sup>24</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. P. 233-234.

<sup>25</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 35

<sup>26</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 35

<sup>27</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 36

direito.”<sup>28</sup> Será possível observar nos tópicos posteriores que compreender o pensamento filosófico de determinada escola facilita a apreensão e até antecipa as mudanças dogmáticas, pois “sem uma base filosófica, o direito penal não pode ser compreendido”<sup>29</sup>.

Em relação ao tema é possível contextualizá-lo com o que o Paulo Nader aponta quando reflete sobre o conhecimento vulgar, conhecimento científico e conhecimento filosófico.<sup>30</sup> Ensina o autor que o conhecimento filosófico é mais amplo que o conhecimento científico, visto que permitiria uma visão mais harmônica e unificada do conhecimento e da realidade.<sup>31</sup>

Portanto, se por questões didáticas e metodológicas o estudo do Direito é compartimentado, não seria inoportuno dizer que reaproximar a filosofia da dogmática jurídica poderá trazer maior harmonia para as questões que fogem dos limites de estudo do direito objetivo, uma vez que a realidade muitas vezes se impõe e releva a insuficiência da lei, da dogmática, bem como a insuficiência humana.

### **3. O ESTUDO DO MÉTODO: INTRODUÇÃO À METODOLOGIA JURÍDICO-PENAL**

Antes de tratar das questões relacionadas propriamente à teoria finalista, o texto se debruçará sobre o desenvolvimento do método da dogmática penal. Sem olvidar do que fora pontuando acima sobre a relevância da perspectiva filosófica, posto que “problematizar métodos é uma atitude que faz parte da teoria do conhecimento, o que a torna uma atitude filosófica”.<sup>32</sup>

Ademais, como se verá no decorrer do trabalho, para pensar sobre o método de conhecimento deve-se necessariamente (ainda que

---

<sup>28</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. P.34

<sup>29</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 36

<sup>30</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 2-4

<sup>31</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 3

<sup>32</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. P. 15

indiretamente) se deparar com pelo menos duas grandes questões filosóficas “o ser e a verdade”.<sup>33</sup>

A escolha dessa abordagem se dá por várias razões, primeiramente justifica-se, uma vez que o estudo do método parece ser relegado a menor importância nas pesquisas relacionadas ao estudo da dogmática penal.

Nesse sentido Gimbernat relembra que enquanto a dogmática penal se desenvolveu consideravelmente, vide o surgimento e desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, a metodologia não logrou o mesmo êxito.<sup>34</sup> O autor afirmou que “a metodologia jurídico-penal não tem apresentado nem variações importantes nem tampouco grandes avanços[...]”<sup>35</sup>

Tal desimportância parece prejudicar a compreensão mais ampla da teoria do crime e de seus elementos, tornado o estudo e a aplicação do Direito Penal, por vezes extremamente difíceis e enigmáticos, principalmente para quem se aproxima das questões de forma ainda iniciática. Nesse mesmo sentido, Schünemann lembra que “as construções sistemáticas da ciência penal alemã costumam ser estranhas ao leigo, mesmo que seja instruído, para o aluno, ininteligíveis, e para o prático, supérfluas.”<sup>36</sup>

Outra razão para começar a presente dissertação abordando o método se explica em razão desse ser um instrumento essencial na busca de maior racionalidade e clareza científica, sendo correto afirmar que

---

<sup>33</sup> CRITELLI, Dulce. **Práticas em pesquisa e pesquisa como prática**. Curitiba: CRV, 2019. P. 12

<sup>34</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 10

<sup>35</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 10

<sup>36</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Espanha: Tecnos, 1991. P. 31

existe uma dinâmica benfazeja e cooperativa entre a metodologia e a ciência.<sup>37</sup>

Sem método e sem reflexão pode-se cair no fracasso da aleatoriedade e não é isso que se espera de uma ciência que está lastreada na ordem constitucional e na existência de um Estado Democrático de Direito.

Sem um método é até possível acertar seja por meio da intuição ou da imitação<sup>38</sup>, no entanto é necessário refletir sobre esse sucesso para que se crie um método seguro e técnico.<sup>39</sup> Esse destaque e preocupação quanto ao método não tem razão de ser por um excesso de formalismo, mas em razão da importância da previsibilidade das decisões judiciais, da segurança jurídica e do tratamento isonômico que é devido a todos os sujeitos de direito em uma democracia.

Ademais, não menos importante é chamar atenção para caráter prático do método uma vez que esse pode ser utilizado pelos juízes, legisladores, professores e alunos, sendo urgente a aproximação entre a teoria à prática.<sup>40</sup>

Desdobrando esse pensamento, quanto reflete sobre o método da dogmática penal, Jesús-Maria Sanches observa que a vocação da dogmática é fornecer critérios para que o juiz decida de forma isonômica<sup>41</sup>. Dessa maneira para ele a missão da dogmática é “acrescentar aos enunciados da lei outros enunciados, que serão utilizados para fundamentar as decisões junto a lei”<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. São Paulo: Edijur, 2018. P. 12

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. São Paulo: Edijur, 2018. P. 15

<sup>39</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. São Paulo: Edijur, 2018. P. 16

<sup>40</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 151-152

<sup>41</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Coordenação de Alice BIANCHINI, Luiz Flávio GOMES, William Terra de OLIVEIRA. Tradução de Roberto Barbosa ALVES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 96

<sup>42</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Coordenação de Alice BIANCHINI, Luiz Flávio GOMES, William Terra de

Concorda-se com essa importante missão apontada por Maria Sanches, vez que o método do Direito Penal se configura na atividade que busca conhecer as normas penais.<sup>43</sup>

Então, feitas essas considerações, repete-se a pergunta elaborada por Mir Puig, afinal qual é o método adequado para o estudo do direito penal?<sup>44</sup> Essa pergunta é antiga e sua resposta ainda é difícil, diversos métodos foram elaborados durante o desenvolvimento do Direito Penal, podendo se falar de uma história do método penal.

O que se faz nesse trabalho nada mais é do que pensar sobre os métodos como um processo de amadurecimento da ciência que toma consciência de si mesma e reflete sobre esse próprio processo.<sup>45</sup> Nas palavras de Carnelutti “a metodologia não é outra coisa que a ciência que se estuda a si mesma e assim encontra seu método”<sup>46</sup>

Em relação a difícil e polêmica questão quanto ao método adequado, pode-se iluminar o caminho que será percorrido na pesquisa por meio da observação que parece adequada de Roxin, o autor afirma que existem três exigências para a construção de um bom sistema<sup>47</sup>, primeiro é necessário “ordem e clareza conceitual”<sup>48</sup>, segundo é preciso que esse

---

OLIVEIRA. Tradução de Roberto Barbosa ALVES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 96

<sup>43</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 14

<sup>44</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 151

<sup>45</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. São Paulo: Edijur, 2018. P. 10

<sup>46</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. São Paulo: Edijur, 2018. P. 11

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 28

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 28

tenha “proximidade à realidade”<sup>49</sup> e por fim o sistema deve respeitar a “orientação por fins político-criminais”.<sup>50</sup>

Seguindo essa afirmação de Roxin, entende-se que o Direito, em especial o Direito Penal, deve ser construído para que seja clara e razoável a sua lógica para que o cidadão entenda minimamente os processos de imputação e, assim, possa se conduzir com segurança.

Schünemann chama atenção para o fato de que cada um dos elementos do crime demandam um difícil processo de compreensão diante do seu caráter extremamente abstrato, sendo assim, para compreender e aplicar adequadamente cada um dos conceitos é necessário encarar uma difícil teoria.<sup>51</sup> Portanto, para compreender a teoria do delito hoje é necessário um complexo e progressivo processo de aprendizagem<sup>52</sup>.

Diante do exposto, caso a complexidade do Direito Penal torne o processo imputação inassimilável, percebe-se que há grande margem para insegurança jurídica e instabilidade da jurisprudência e conseqüentemente há espaço também para decisões que surpreendam e prejudiquem o cidadão. Nesse contexto, é certo que não limitar os poderes estatais viola os direitos fundamentais do cidadão, em especial os direitos de primeira geração que tratam da atuação negativa do Estado. No mesmo sentido: “O valor do direito está justamente nesta racionalidade [...]”<sup>53</sup>

Podemos, portanto, concluir afirmando que, por sua natureza, o Direito é lógico, tanto como fato em si, quanto como expressão de exigência de

---

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 28

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 28

<sup>51</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Espanha: Tecnos, 1991. P. 32

<sup>52</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Espanha: Tecnos, 1991. P. 32

<sup>53</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 52

justiça. E o método de estudo deve, portanto, refletir as exigências dessa lógica concreta.<sup>54</sup>

Abordar o método também se justifica, uma vez que é interessante não tratar pontualmente de um elemento ou um aspecto da teoria do crime como se esse estivesse se desenvolvido isoladamente, é importante antes de maiores imersões entender a grande fotografia do contexto e do desenvolvimento da teoria do crime.<sup>55</sup>

No entanto, o trabalho fará um recorte proposital, tratará sobre a história do método dogmático Alemão<sup>56</sup>, em especial focará seu interesse sobre o método finalista. Essa escolha se deve pela forte influência exercida pelo finalismo no Direito Penal brasileiro, bem como, pode-se observar que as questões e reflexões trazidas por Welzel ainda estão no núcleo da discursão dogmática atual.<sup>57</sup>

Em razão de sua teoria ter uma vocação ontológica e axiomática, como se verá, por vezes é possível reconhecer a reprodução dos argumentos “welzelianos” sem que sequer os sujeitos e operadores do direito tenham tido contato direto com a obra de Welzel, uma vez que seu pensamento tem um forte apelo intuitivo. Em palavras mais simples, as verdades defendidas por Welzel fazem sentido e, por vezes se aproximam e apelam para o senso comum.

## 4. ESTUDOS SOBRE O MÉTODO FINALISTA

### 4.1 Contexto histórico e preocupações

A teoria finalista de Welzel surge em 1930 no contexto do pós-segunda guerra e também como contraponto à metodologia neokantista,<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 54

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madri: Thomsom-Civitas, 2003. P. 197

<sup>56</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 176

<sup>57</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 225

<sup>58</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 224-225

destaca-se que o neokantismo foi marcado pela abertura a um relativismo gnosiológico (valorativo) e subjetivismo metodológico.<sup>59</sup> O sistema finalista da ação foi o centro do debate nos estudos sobre a Dogmática Penal na Alemanha entre os anos de 1930 até 1970<sup>60</sup>.

O jurista Hans Welzel estabelece os pontos de partida na sua teoria como resposta às distorções geradas pelo positivismo levado as suas últimas consequências, o penalista chega a afirmar que o “positivismo destruiu a razão”<sup>61</sup> quando a diminui a uma razão tecnicista e puramente instrumental, tendo essa concepção repercutido no âmbito do Direito quando este fica à mercê dos poderes de forma ilimitada.<sup>62</sup>

Suas formulações então apontam para a ideia de um direito natural em sentido negativo, isto é, buscou então dizer o que não pode ser Direito<sup>63</sup>, posto que a ausência de questionamento em relação ao conteúdo da lei deu margem para distorções e até mesmo, no limite justificou regimes totalitários “legais”, pois estavam amparados pela lei vigente.

Para o autor o Direito não pode se constituir somente de regras técnicas e axiologicamente neutras, uma vez que o Direito é muito mais que uma manifestação e uma relação de poder, devendo estar vinculado ao

---

<sup>59</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 224-226 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 108

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. *Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania*. México: Editorial Ubijus, 2009. P. 15

<sup>61</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 259

<sup>62</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 259

<sup>63</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 267

que é justo e adequado<sup>64</sup>, afirma então “o direito deve manifestar-se como um direito e não simplesmente como um poder.”<sup>65</sup>

O grande valor das obras de Welzel se manifesta quando essas ainda hoje instam os juristas a pensarem acerca da abordagem avalorada do Direito. Assim, o jurista que se proponha a ler os textos do finalista certamente será atravessado por reflexões jusfilosóficas e voltará às fundamentais indagações: O que é direito? O que é justiça? Uma lei injusta poderia ser válida? <sup>66</sup> Quando a dogmática parece estar em descompasso com a realidade, o que se deve fazer?

Essas questões que certamente não poderiam ser respondidas em poucas páginas e até hoje sequer há resposta consensual sobre elas, mas sem dúvida essas nunca deixarão de ser relevantes.

#### 4.2 Influências e controvérsias

Quais pensadores ou correntes de pensamentos serviram de influência para a teoria finalista? Primeiramente, importante esclarecer que essa questão é controvertida, uma vez que alguns penalistas afirmaram que Welzel fora profundamente influenciado por Hartmann<sup>67</sup>, chegando a dizer que Hartmann seria uma espécie de fiador da teoria finalista.<sup>68</sup>

A controvérsia se apresenta quando o próprio Welzel no prefácio da 4ª edição da obra “*O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da*

---

<sup>64</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 266

<sup>65</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 267

<sup>66</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.P. 15

<sup>67</sup> CORREIA, Eduardo; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996. P. 238; WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 7; SANCINETTI, Marcelo *in* JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. P. 22 e LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 152

<sup>68</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 7

*ação finalista*” se dá ao trabalho de responder esses autores e explicar quais foram as suas influências primitivas, negando a influência de Hartmann para construção inicial da sua teoria, embora fale que posteriormente as obras (*Ethik e Problemas do ser espiritual*) de Hartmann o ajudaram a desenvolver seu pensamento e a utilizar o termo “finalidade” no lugar de “intencionalidade” em sua teoria.<sup>69</sup> No entanto, Welzel apresenta discordâncias em relação a doutrina de Hartmann quando se afasta da ideia dele sobre ontologia (obra *Ontologia*) e a teoria dos valores, por exemplo.<sup>70</sup>

O próprio Welzel afirma que na realidade suas influências partem da **Psicologia do Pensamento**, do filósofo Richard Honigswald, bem como, dos psicólogos Karl Buhler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peter e dos **fenomenólogos** P.F Linke e Alexandre Pfander<sup>71</sup>.

O finalista ainda aponta que o que **há em comum entre esses autores é a resistência à psicologia mecanista** e faz a importante afirmação “as normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente (consequentemente, ações) ou omissões de tais atos.”<sup>72</sup>

Ademais, para comprovar que Hartmann não teve influência na formulação da sua teoria finalista da ação Welzel, na nota de rodapé do texto “*Lo Permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal*” refere-se ao uma publicação sua pouco conhecida de um periódico universitário de

---

<sup>69</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 8-15

<sup>70</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 8-15

<sup>71</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 8

<sup>72</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 8.

1930 que mostra as influências de **Max Grunhut** em sua obra<sup>73</sup>. Além disso, nesse artigo Welzel se posiciona em relação as críticas feitas por Roxin a sua obra, dizendo que esse despercebe os reais fundamentos de sua teoria final.<sup>74</sup>

O que se pode observar em suas obras é o profundo interesse do jurista pela filosofia do Direito que perdurou sua vida toda, tendo, inclusive, sua tese doutoral baseada na doutrina jusnaturalista de Samuel Pufendorf.<sup>75</sup>

### 4.3 Pressupostos filosóficos de Welzel

Ainda em contato com a questão acima exposta, faz-se referência também à obra cujo nome é “*Introdução a filosofia do direito: direito natural e justiça material*”,<sup>76</sup> sendo essa obra de grande valor filosófico para compreender os fundamentos da teoria e do método finalista.<sup>77</sup>

Welzel estuda a história do Direito Natural, fazendo uma análise desse tema na antiguidade, no pensamento cristão da idade média, na modernidade, analisa o idealismo alemão (Kant e Hegel), estuda o pensamento do seu tempo e depois, no capítulo final da sua obra escreve um capítulo denominado “o que é que fica” no qual propõe a sua tese para essa questão que perpassou boa parte da história da humanidade.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> WELZEL, Hans, Lo Permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal. **MPPR**, v. 11, n. 10, p. 43-60, 1983. P. 43

<sup>74</sup> WELZEL, Hans, Lo Permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal. **MPPR**, v. 11, n. 10, p. 43-60, 1983. P. 43

<sup>75</sup> SANCINETTI, Marcelo *in* JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. P. 22

<sup>76</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977.

<sup>77</sup> LOPES, Othon de Azevedo. Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 128-157, jul./set.. 2003. P. 137

<sup>78</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. Passim

Dos seus estudos Welzel conclui que existe uma continuidade (constante) no pensamento do Direito natural<sup>79</sup>, tanto é assim que ele trata a “história do Direito Natural como a história do problema objetivo de uma ética jurídica material.”<sup>80</sup> Portanto, em síntese seu estudo se propõe a solucionar “o problema da ética jurídica material”.<sup>81</sup>

Citando Kant, Welzel reproduz a intrigante questão que para ele poderia resumir a teoria do Direito Natural<sup>82</sup> "Onde encontro pontos firmes na natureza que o homem nunca possa remover?"<sup>83</sup>

Essa é uma grande questão para Welzel, para os juristas, quiçá seja a grande questão humana, afinal, onde encontrar pontos firmes? Onde encontrar o que permanece?

As premissas welzelianas se aproximam das perspectivas das correntes jusfilosóficas jusnaturalistas, sendo assim o penalista demonstra que sua dogmática está preocupada com o que é imutável, constante e o que não é contingente.<sup>84</sup>

Essa afirmação se comprova também pelo artigo escrito pelo autor denominado “*Sobre o que é permanente e o que é transitório na Ciência do Direito Penal*” (*Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*).<sup>85</sup>

Para fazer um paralelo ao que é almejado pelo penalista, pode-se falar da trajetória de Santo Agostinho que também passou boa parte de

---

<sup>79</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. IX- X

<sup>80</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. IX- X

<sup>81</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. IX- X

<sup>82</sup> KANT *apud* WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 247

<sup>83</sup> KANT *apud* WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 247

<sup>84</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 108

<sup>85</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 108

sua vida procurando respostas e verdades eternas para seus inúmeros questionamentos existenciais e filosóficos<sup>86</sup>, fazendo no fim de sua obra *Confissões*, que narra sua vida e seu processo de convertimento, a bela oração:

Senhor Deus, doa-nos a paz, pois tudo realizaste por nós: a paz do repouso, a paz do sábado, a paz do ocaso. Pois toda ordem belíssima de coisas muito boas, alcançadas suas medidas, passará porque nelas foram feitas uma manhã e uma tarde.<sup>87</sup>

Portanto, essas foram questões que nortearam as buscas e formulações de Welzel, tanto é assim que esse desenvolve o seu sistema com base em verdades permanentes como se verá. Essa ideia sobre um direito que se construa baseado no que é permanente pode ser alvo das mais variadas críticas, no entanto essa perspectiva não merece ser considerada desprezível, sob pena de tornar irrelevante uma preocupação humana que perpassou por mais de dois mil de história.

No final da sua obra *“Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material”*, Welzel chega à seguinte conclusão:

O que fica no mundo das ideias do Direito natural não é um sistema de princípios jurídicos materiais eternos, senão a exigência frente ao direito positivo [...] de que a luta pela justa conformação das relações sociais é sempre polêmica entre ideias, e não se trata submissão, muito menos do aniquilamento do homem pelo homem.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> “Tais pensamentos se revolviem em meu pobre peito oprimido pela preocupação terrível de morrer sem encontrar a verdade.” In AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 2. Ed. São Paulo: Peguim Classics Companhia das Letras, 2017. P. 175

<sup>87</sup> AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 2. Ed. São Paulo: Peguim Classics Companhia das Letras, 2017. P. 413

<sup>88</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977. P. 267

## 4.4 Método finalista

### 4.4.1 Resistência ao método neokantista

Como dito, para compreender a obra e a filosofia de Hans Welzel é importante ter em mente que são alicerces de seu pensamento a crítica ao relativismo valorativo e ao subjetivismo metodológico neokantista,<sup>89</sup> assim, os neokantistas e os finalistas partem “de pressupostos gnoseológicos muito diferentes”<sup>90</sup> e compreendem “o Direito e a ciência jurídica sob aspectos distintos”<sup>91</sup>

Esses fundamentos citados animaram Welzel a criar uma teoria com o “sinal trocado”, no lugar do subjetivismo valorativo neokantista o finalista constrói seu método tendo como base dados ontológicos, ou, em termos mais precisos, em estruturas lógicas-objetivas.<sup>92</sup>

Como entende WELZEL, os neokantianos acreditam que as coisas são como aparecem para cada um de nós, verdadeiros criadores da forma como se apresentam os objetos que conhecemos.  
93

Se opondo a ideia de separação total entre o “ser” e o “dever ser”, Welzel entende que na realidade fática já existe a normatividade.<sup>94</sup> Desse modo, as coisas devem ser valoradas pelo que elas são na realidade,

---

<sup>89</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 226

<sup>90</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 159

<sup>91</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 159

<sup>92</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 226

<sup>93</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 229

<sup>94</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 87

pois a realidade é o ponto de partida do Direito.<sup>95</sup> Assim, para Welzel existiria um “dever ser dentro do ser.”<sup>96</sup>

Seu ponto de partida foi a vinculação do direito às estruturas lógico-objetivas, ou seja, às estruturas do ser tal como aparece na realidade.<sup>97</sup>

#### 4.4.2 Finalismo como método fenomenológico: “voltar as próprias coisas”

Welzel afirma que o papel principal da ciência do Direito Penal é compreender as estruturas lógico-objetivas da ação e interpretar os conceitos jurídicos de forma coerente com essas estruturas.<sup>98</sup> Ordeig trata também que essas estruturas serviriam como critério de interpretativo.<sup>99</sup>

No escopo dessas afirmações pode-se observar matrizes do pensamento fenomenológico, o próprio Welzel reconhece que fora também influenciado pelo pensamento ontológico fenomenológico, como dito.<sup>100</sup> Assim, primeiramente esclarece-se que “a palavra de ordem da fenomenologia é: voltemos às próprias coisas! Para além das construções teóricas jogadas [...] a fenomenologia quer construir uma filosofia [...] que se fundamenta sobre dados indubitáveis, ou seja, sobre evidências estáveis”.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001. P. 262

<sup>96</sup> WELZEL *apud* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 88

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001. P. 262

<sup>98</sup> WELZEL, Hans, Lo Permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal. **MPPR**, v. 11, n. 10, p. 43-60, 1983. P. 46

<sup>99</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 87

<sup>100</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 8

<sup>101</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia: de Nietzsche à escola de Frankfurt**. São Paulo: Paulus, 2006. P. 175

Eis, portanto, o que a fenomenologia pretende ser: ciência fundamentada estavelmente, voltada a análise e a descrição das essências<sup>102</sup>.

É possível perceber as coincidências entre o método finalista e o fenomenológico, vez que ambos entenderem que para a construção de uma teoria consistente é preciso partir de pontos de partidas certos (incontestáveis), para só então, erguer uma construção teórica.<sup>103</sup>

Em suma, procuram-se evidências estáveis para colocar como fundamento da filosofia: "sem evidência não há ciência" dirá Husserl nas Pesquisas lógicas. Os limites da evidência apodítica representam os limites de nosso saber. Assim, é preciso buscar coisas manifestas, fenômenos tão evidentes que não possam ser negados.<sup>104</sup>

Ponto que se mostra extremante relevante é a ideia fenomenológica que “a consciência é sempre intencional”<sup>105</sup>, assim, para demonstrar a relação desse pensamento com a teoria finalista, chama-se atenção para a fala do próprio Welzel que afirma ter usado o termo “**intencionalidade**” em sua teoria antes de usar o termo “finalidade”.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: de Nietzsche à escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006. P. 177

<sup>103</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: de Nietzsche à escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006. P. 176

<sup>104</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: de Nietzsche à escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006. P. 176

<sup>105</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: de Nietzsche à escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006. P. 175

<sup>106</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 8-15

Quanto as bases e a influência fenomenológica da teoria finalista, a citação resume bem<sup>107</sup>:

Diante disso, a teoria final da ação baseia-se filosoficamente em teorias ontológicas-fenomenológicas, que tentaram destacar certas leis estruturais do ser humano e transformá-las na base das ciências que lidam com o homem. Para essa concepção é lógico colocar um conceito antropológico básico e pré-jurídico, como o da ação humana no centro da teoria geral do crime e construir a partir da constituição ontológica de ação um sistema, que é anteriormente dado ao legislador, de estruturas (chamadas por Welzel) lógico-real (ou lógico-objetivo), um sistema que, na opinião de seus defensores, também deve fornecer à dogmática jurídica perspectivas permanentes e inabaláveis.<sup>108</sup>

Pode-se falar que a teoria de Welzel seria uma espécie de teoria fenomenológica do Direito Penal.<sup>109</sup> Para o finalismo a realidade não é aquilo que o indivíduo pensa que é a realidade, mas a realidade é aquilo que é independente do que se pense dela<sup>110</sup>.

Seria quase como o seguinte e jocoso exemplo, não interessa que alguém pense, teorize ou sonhe que um paralelepípedo é uma bola, o fato é que se o indivíduo chutar o paralelepípedo ele irá machucar o próprio pé, e o sujeito, mesmo que sonhe com uma bola, verá que o objeto jamais se comportará como tal.

---

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madri: Thomsom-Civitas, 2003. P. 201

<sup>108</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madri: Thomsom-Civitas, 2003. P. 201

<sup>109</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P.151

<sup>110</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 151

Assim, caso o indivíduo queira mover o objeto de lugar, primeiro ele precisaria compreender a sua natureza e só então, considerando esse dado da realidade, poderia escolher o meio mais adequado para fazê-lo, nesse caso não seria chutando, mas talvez utilizando seus braços ou até um meio de transporte.

Portanto, assim como a natureza da pedra não se transforma por que alguém pensa que se trata de uma bola, para Welzel “o jurista não pode pôr e dispor livremente dos seus conceitos; tem de se esforçar por compreender a estrutura ôntica do real cuja apreensão jurídica lhe incumbe”<sup>111</sup>

Citando o filósofo Alemão Adolf Reinach, autor que foi pioneiro em aplicar o método fenomenológico ao Direito, Larenz traz a ideia de que “este ser é independente de que haja ou não quem o apreenda.”<sup>112</sup> Nesse mesmo sentido, seria correta a afirmação de que o Direito não consegue afetar a natureza das coisas<sup>113</sup>.

Para facilitar a compreensão, seria como se o Direito pudesse positivar o seguinte “todo homem é infalível”, no entanto, sabe-se que mesmo que o Direito positive tal afirmação essa não se comprovará na realidade, desse modo, o direito não poderia, nessa concepção metodológica, afetar a estrutura lógico-objetiva humana, qual seja, da falibilidade.

Desse modo, tanto para Welzel quanto para Husserl, existe no Direito “um *a priori* material”,<sup>114</sup> portanto, o Direito e seus elementos

---

<sup>111</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 151

<sup>112</sup> REINACH, Adolf *apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 153

<sup>113</sup> REINACH, Adolf *apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 153

<sup>114</sup> HULSSEL *apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 155

devem estar intimamente relacionados com essas realidades pré-jurídicas<sup>115</sup>.

Para o finalismo o sistema do Direito deve ser pensado, interpretado e construído a partir desses dados ontológicos, ou seja, pré-jurídicos.<sup>116</sup> Relembre-se que para o finalista “o objeto determina o método”.<sup>117</sup>

Portanto, a dogmática penal encontra-se limitada e vinculada a natureza das coisas<sup>118</sup> e essa compreensão das estruturas não varia de pessoa para pessoa, assim o finalismo defende uma espécie de verdade apriorística e objetiva.<sup>119</sup> Portanto, Welzel sempre se preocupou em adequar as concepções e conceitos jurídicos à “coisa”<sup>120</sup>.

Aqui está o postulado finalista de maior significado metodológico: a dogmática jurídico-penal deverá sempre contar com uma limitação que transcende o direito positivo, para encontrar-se enraizada na “ natureza das coisas.”<sup>121</sup>

## 5. CONCLUSÕES: CRENÇA NO ALCANCE DA VERDADE

Portanto, é possível perceber claramente que a filosofia Welzeliana -que buscou o permanente ou pontos firmes- influenciou

---

<sup>115</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 155

<sup>116</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001. P. 262-263

<sup>117</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 229

<sup>118</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 233-234

<sup>119</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 229

<sup>120</sup> WELZEL, Hans, Lo Permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal. **MPPR**, v. 11, n. 10, p. 43-60, 1983. P. 56

<sup>121</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 233-234

profundamente seu método e suas construções dogmáticas. Para essa teoria a “natureza das coisas” também é uma verdade permanente, não relativizável, bem como a vontade do legislador não pode transpô-la. Portanto, o finalista tenta criar seu sistema penal e desenvolver os elementos do delito a partir desses dados<sup>122</sup>.

Como dito acima, ao pensar sobre o método dois assuntos filosóficos sempre serão abordados, quais sejam, as questões relacionadas ao ser e a verdade.<sup>123</sup>

Voltando para essas questões filosóficas, após tudo o que foi dito é possível entender com clareza que na realidade **o finalismo é uma atitude epistemológica que repercute na dogmática penal.**<sup>124</sup> E qual é essa atitude epistemológica?

Ao falar das estruturas lógico-objetivas (que devem ser apreendidas pelos sujeitos para que então se construa um sistema) Welzel se posiciona de uma forma **otimista** em relação a possibilidade de alcance da verdade e da compreensão do pré-jurídico. No entanto, tal posicionamento sofre inúmeras críticas, sendo confrontado por posturas mais céticas que não acreditam na viabilidade de verdades unívocas e constantes, bem como não creem na possibilidade de apreensão das verdades ontológicas.

Normalmente quando se trata da teoria finalista limita-se a falar da ação final<sup>125</sup>, nada mais redutor para uma teoria que modificou profundamente o Direito Penal.<sup>126</sup> Após tudo que foi dito, percebe-se como é insuficiente resumir e afirmar que no finalismo o dolo sai da

---

<sup>122</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 89

<sup>123</sup> CRITELLI, Dulce. **Práticas em pesquisa e pesquisa como prática**. Curitiba: CRV, 2019. P. 12

<sup>124</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 227

<sup>125</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002. P. 227

<sup>126</sup> SANCINETTI, Marcelo *in* JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. P. 19

culpabilidade e passa a integrar a tipicidade, sendo certo que isso diz muito pouco sobre a teoria de Welzel.

Entendendo os fundamentos da teoria finalista de Welzel é possível perceber que essa reestruturação do delito foi feita corroborando a frase que iniciou o texto “a filosofia do direito é a vanguarda do conhecimento jurídico”<sup>127</sup>, percebe-se que entendendo os fundamentos teóricos e a filosofia de Welzel pode-se chegar a suas conclusões dogmáticas.<sup>128</sup> Entender essa questão é fundamental para entender o desenvolvimento histórico da dogmática penal.

---

<sup>127</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. P. 34

<sup>128</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. P. 34

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 2. Ed. São Paulo: Peguim Classics Companhia das Letras, 2017.
- ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia: de Nietzsche à escola de Frankfurt**. São Paulo: Paulus, 2006.
- BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. São Paulo: Edijur, 2018.
- CORREIA, Eduardo; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996.
- CRITELLI, Dulce. **Práticas em pesquisa e pesquisa como prática**. Curitiba: CRV, 2019.
- FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais** in *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enriquer. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- LOPES, Othon de Azevedo. Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 128-157, jul./set.. 2003.
- MANGIAMELI, Agata Amato. **Filosofia do direito penal: quatro vozes para uma introdução**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I.B de F., 2002.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madri: Thomsom-Civitas, 2003.
- ROXIN, Claus. *Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania*. México: Editorial Ubijus, 2009.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SANCINETTI, Marcelo *in* JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. P. 19
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. Estudos Avançados**. Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/S0103-40141988000200007> >. Acesso em: 20 dez. 2021.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Espanha: Tecnos, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Coordenação de Alice BIANCHINI, Luiz Flávio GOMES, William Terra de OLIVEIRA. Tradução de Roberto Barbosa ALVES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- WELZEL, Hans. Lo Permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal. **MPPR**, v. 11, n. 10, p. 43-60, 1983.
- WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1977.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** Tradução de Luiz Regis PRADO. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.