

# UMA POSSIBILIDADE PERDIDA PARA O DIREITO PENAL: CONSCIÊNCIA E VONTADE NO HORIZONTE HERMENÊUTICO DO FINALISMO

*A POSSIBILITY LOST FOR CRIMINAL LAW: CONSCIOUSNESS AND WILL ON THE HERMENEUTIC HORIZON OF FINALISMUS*

*Thiago Dias de Matos Diniz*<sup>1</sup>  
UFMG

## **Resumo**

A verificação e atribuição do elemento subjetivo aos agentes, sujeitos de direito, sempre foi um desafio para a normatividade jurídica. O problema se encontra embaçado por uma série de encurtamentos conceituais oriundos da tradição ocidental metafísica sedimentada. Seus reflexos são especialmente nefastos no direito penal, cujo papel garantidor (epistemológico) falece diante da impossibilidade conceitual de delimitar, às últimas consequências, a imputação do tipo doloso. Este trabalho propõe uma investigação fenomenológica do problema e suas raízes, a partir da interpretação dos autores que contribuíram para o campo de constituição do finalismo penal, uma escola que quase deu o passo decisivo para a ressignificação das noções de ação, representação e vontade no direito. O objetivo do trabalho é mostrar em que medida esse passo não foi dado, e, então, demonstra-se o potencial ainda aberto de ressignificação hermenêutica desse espaço de constituição do sujeito de direito.

## **Palavras-chave**

Finalismo. Dolo. Consciência. Vontade. Intencionalidade. Fenomenologia

## **Abstract**

*Verification and attribution of the subjective element to agents, law subjects, has always been a challenge to law's normativity. The problem lies blurred by a series of conceptual shortenings brought about by the sedimented occidental and metaphysical tradition. Its effects are overall nefarious in criminal law of which the epistemological and guarantor role fades against the conceptual impossibility to circumscribe, to the last extent, the imputation of criminal intent (dolus). This paper proposes a phenomenological investigation of the problem and its roots,*

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado e Mestre em Direito pela mesma instituição. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

*based on interpretation of the authors that contributed to the constitution of the field of finalism – a School that has almost taken the decisive step towards the resignification of the notions of action, representation and will in criminal law. The objective of this work is to show to what extent this step has not been taken, and then it demonstrates the opened potential of hermeneutic resignification of this field of constitution of the subject of law.*

**Keywords**

*Finalism. Dolus. Consciousness. Will. Intentionality. Phenomenology*

## INTRODUÇÃO

Dolo encampa um ponto cego na Teoria do Delito, o qual remete para o horizonte mais amplo da consciência e vontade do sujeito no direito. Qualquer trabalho sobre o dolo não pode deixar de se situar, de algum modo, como um debate com Hans Welzel, a quem podemos considerar o autor copernicano nesse tema. É de fundamental importância que se compreendam as bases teóricas e, principalmente, o horizonte de sentido a partir do qual escreveu Welzel sua doutrina da ação finalista, sobre o qual empenhamos, neste trabalho, uma investida até as suas raízes, que justificadamente situamos, como será explorado, na corrente fenomenológica da época. Assim, nos valem de Wilhem Dilthey para compreender alguns dos problemas que afetavam as ciências da época e que se encontravam de algum modo em relação com a psicologia; de Brentano, marco filosófico no tratamento da intencionalidade da consciência; e de Husserl, cujas *Investigações Lógicas*, na sequência do trabalho de Brentano, antecipam as premissas reais, lógico-objetivas, das quais partirá Welzel e várias doutrinas do direito que buscavam (e ainda buscam) um balizador para as normas positivas.

Compreender a gênese do esquema teórico welziano permite-nos, ao mesmo tempo, compreender, em alguns aspectos, a relação entre o Direito Penal e outros campos de constituição de sentido, como as ciências naturais e a própria filosofia. Como o próprio Welzel reconhece, “é indispensável que o conhecimento de causa de cada ciência não se contradiga entre si” (WELZEL, 2005,

p. 151); e “apenas porque os examina sob outro aspecto [...] não tem o direito que ultrapassar os resultados das outras ciências” (WELZEL, 2005, p. 151).

É compreensível, sobretudo após a segunda guerra mundial e as atrocidades dos regimes totalitários, que os juristas buscassem fundar seu objeto de conhecimento sobre estruturas prévias e condicionantes da normatividade jurídica. Assim, se o clássico direito natural já não poderia valer no contexto histórico das grandes guerras entre ideologias, como fonte legitimadora das normas positivas, algum balizador ontológico deveria haver que justificasse a atividade crítica da Teoria do Direito e do Direito Penal. O horror de um direito sem limites se mostra como o absurdo de um Direito sem sentido. Além disso, a emergência e consolidação de uma jurisdição penal internacional reforçava – e ainda reforça, por exemplo, no âmbito da União Europeia – a necessidade de categorias uniformes para a imputação de um delito, em seus vários aspectos.

Em suma, para os teóricos do direito, restará a questão: o que pode ser tipificado? Para um positivismo jurídico com o teor do normativismo kelseniano, por um lado, dentro dos limites lógicos da eficácia, praticamente tudo, em última instância; por outro lado, além dos requisitos lógicos do sistema, não há nenhuma necessidade sobre o que deve ser – daí a separação entre o Direito e a Moral.

O finalismo penal se assegura, de partida, da possibilidade – e necessidade no plano axiológico – da tipificação da resolução da vontade, na forma do dolo. A questão da qual nos ocuparemos então, tradicionalmente negligenciada, é: se dolo é vontade, qual o fundamento ontológico dessa vontade? A partir de uma análise do que está em jogo nessa questão, estaremos em condição de compreender o que torna possível definir o dolo – e os elementos subjetivos em geral no direito – como vontade, tradicionalmente visado em sentido natural ou psicológico.

## **1. Pressupostos das teorias psicológicas e a determinação da vontade a partir do mundo histórico: Wilhelm Dilthey**

O sistema clássico do delito pressupõe um modo de relação entre a ciência do direito e as ciências naturais, cujas bases deveriam, inclusive, ser o ponto de partida daquela. No início do século XX, porém, o que se situava como premissa natural da teoria do delito correspondia a uma manifestação da causalidade e da conduta como fato – uma vontade por si subsistente, no modo da *res extensa*. Um dado objetivo exterior, verificável. O fundamento dessa vontade, a partir de então, a Teoria do Delito poderia esclarecer com o auxílio da psicologia, cujas bases e alcance igualmente não estavam isentos de problemas. Daí o ponto de partida da exclamação de Dilthey:

Não possuímos senão hipóteses sobre os processos causais, por meio dos quais o contexto psíquico adquirido influencia de maneira tão enigmática e poderosa constantemente nossos processos conscientes de dedução e do querer. Hipóteses, por toda a parte nada além de hipóteses! (DILTHEY, 2011, p. 28)

Dilthey traçará, então, uma distinção entre a psicologia explicativa e a psicologia descritiva. A primeira compreende o isolamento dos componentes do mundo psíquico e explicação dos nexos causais que os governam, ou seja, pressupõe “toda subordinação de um campo fenomênico a uma conexão causal por meio de um número limitado de elementos inequivocamente determinados (isto é, componentes da conexão)” (DILTHEY, 2011, p. 23).

Dilthey expõe o dilema da ciência do seu tempo em uma reflexão que não perde, ressalvadas adequações terminológicas, sua contemporaneidade:

ou as ciências humanas se servem das bases oferecidas na psicologia e mantêm, então, por meio daí, o caráter hipotético, ou elas tentam resolver suas tarefas sem a base de alguma visão panorâmica cientificamente ordenada qualquer sobre os fatos psíquicos, só apoiadas sobre a psicologia ambígua e subjetiva da vida (DILTHEY, 2011, p. 32).

Constata que as ciências humanas buscam uma base sólida, universalmente válida, para os conceitos que são obrigadas a usar, e, como os construtos filosóficos são por demais controversos, acabam muitas vezes buscando aquela base em induções empíricas, de modo que cada uma dessas ciências – e faz menção expressa à Jurisprudência – tenta criar, a partir da ligação dos fatos e normas em sua respectiva área, “uma conexão, cuja análise promoveria, então, o surgimento de certos conceitos elementares gerais e de certas proposições elementares” (DILTHEY, 2011, p. 33). Aponta, assim, a Jurisprudência (Teoria do Direito) como ciência humana empírica, que se apoia, invariavelmente, sobre a psicologia, sem a qual seria impossível a condução a um resultado útil:

em conceitos como norma, lei, imputabilidade, a jurisprudência tem composições psíquicas diante de si que exigem uma análise psicológica. É impossível para ela apresentar o contexto no qual surge o sentimento jurídico ou o contexto no qual finalidades se tornam eficazes no direito e as vontades são submetidas à lei, sem uma clara compreensão do nexos regular em toda vida psíquica. (DILTHEY, 2011, p. 34)

Resta saber como compreender esse nexos regular da totalidade da vida psíquica. Para isso, seria preciso justamente o apoio da psicologia descritiva, a qual permite aproximar-se da conexão interna que condiciona o conhecimento dos fenômenos e fornece meios para o conhecimento universal do “contexto teleológico” à base das ciências humanas.

Dilthey destaca, então, alguns elos fundamentais entre os fenômenos psíquicos, nomeadamente, a vida impulsiva, sentimental e as ações volitivas (DILTHEY, 2011, p. 79). Sua análise encontra um fio condutor seguro justamente nesse último elo, a partir da compreensão do “estabelecimento de fins, de motivação, de relações entre finalidade e meios, escolher e preferir” (DILTHEY, 2011, p. 90). Ressalta que “em cada consciência sustentada pelas relações culturais, entrecruzam-se diversos nexos finais” (DILTHEY, 2011, p. 92), e sua uniformidade, nos indivíduos, “encontra-se ao lado dessa constância no nexo do querer” (DILTHEY, 2011, p. 92), de modo que “surgem as grandes formas da cultura humana, nas quais se objetiva a vontade” (DILTHEY, 2011, p. 92).

Acusa o efeito negativo da psicologia explicativa no campo do direito penal, na medida em que teria conduzido a um direito que sacrifica os conceitos “que a jurisprudência clássica isolou de maneira paradigmaticamente válida, em nome das teorias unilaterais que são trazidas e uma vez mais levadas embora pela época” (DILTHEY, 2011, p. 94). A acusação de Dilthey, vale lembrar, faz eco à sua acusação contra a metodologia das ciências da natureza, visto que, nestas, sob uma relativa indiferença valorativa, hipóteses são combinadas para a dedução dos grandes fatos psíquicos, como a autoconsciência, vontade e conhecimento moral (DILTHEY, 2011, p. 31). Um resultado da importação das conclusões dessas ciências para campo jurídico seria a concepção de um direito penal determinista, contra o qual Dilthey alega que: “a *liberdade de escolha* é apenas a *expressão representacional* para a consciência inesgotável de nossa espontaneidade e vitalidade” (DILTHEY, 2011, p. 94). Ou seja, com “liberdade” se anuncia algo dado na experiência interna ou por um sentimento interno particular que acompanha uma ação volitiva conforme ao dever (DILTHEY, 2011, p. 95).

Merece menção essa análise da experiência interna feita por Dilthey, não condicionada por resultados empíricos, na medida em que, para o autor, é ela, e não a psicologia explicativa, capaz de tornar possível o conhecimento da forma cultural através da qual se

manifesta o direito. Isso é de especial interesse ao nosso objeto de estudo, o dolo, dado que as críticas que se dirigem às concepções psicológicas – o dolo como conhecimento e querer efetivos do sujeito – costumam embasar-se na inacessibilidade da esfera interna subjetiva. Aquilo para que Dilthey nos chama atenção, porém, é justamente a impossibilidade de conceber a percepção interna fora do nexos estrutural que une as subjetividades de uma época. Ou seja, não há uma separação entre ou mesmo descabe conceber dicotomicamente percepção interna (consciência) e mundo exterior. Este foi o passo que Dilthey não formulou, mas será seguido pelos seus sucessores.

Detenhamo-nos, assim, no acesso à subjetividade alheia, que ainda seria uma pedra no caminho da tradição, inclusive para Husserl – refém da mesma conceitualidade que delimitava, a partir da consciência, o campo desse problema. Dilthey observa que a consciência não pode aceder para além da experiência interna, ou “a um ponto por detrás dela mesma” (DILTHEY, 2011, p. 97), e não conseguimos suspender a realidade do próprio pensamento. Nossa percepção interna seria complementada pela apreensão das outras pessoas, do seu interior, por um processo intelectual equivalente à analogia e cujas deficiências seriam “condicionadas pelo fato de só o levarmos a termo por meio da transposição da nossa própria vida psíquica” (DILTHEY, 2011, p. 103). E, para Dilthey, a estrutura psíquica é fundamentalmente marcada pelo fato de que, nela, na vivência interna, o caráter de conformidade a fins é originalmente dado (DILTHEY, 2011, p. 116).

A respeito dessa conformidade a fins subjetiva (vivenciada), destaca o autor que ela é “uma propriedade inerente a essa vida [psíquica] e própria ao nexos entre seus componentes” (DILTHEY, 2011, p. 128). Alerta que não está contida nessa conformidade a fins subjetiva, nem naquela que se estabelece, hipoteticamente, como imanência objetiva na forma de preservação do indivíduo e espécie, “uma suposição qualquer de uma ideia de finalidade que se encontra à base de tal nexos” (DILTHEY, 2011, p. 129). Ou seja, a conformidade a fins é também imanente, pois não

está fundada em uma ideia de finalidade exteriormente dada. Para Dilthey, a “transcendência da ideia de finalidade é apenas uma interpretação, por meio da qual se busca uma explicação para tal nexó teleológico” (DILTHEY, 2011, p. 129), e, como tal, não é capaz de descrever o que corresponde à conformidade a fins do nexó estrutural psíquico, nomeadamente, a “tendência a desenvolver, reter e elevar valores vitais” (DILTHEY, 2011, p. 130).

Para Dilthey, os processos intelectuais não podem ser analisados de modo independente de outros aspectos da natureza humana (DILTHEY, 2011, p. 135) – no que se pode notar uma crítica às abstrações da filosofia transcendental (*razão pura*), que não alcançam o nexó estrutural no interior do qual é dada primariamente a conformidade interna a fins; o modo como “percepção e pensamento se deixam interpenetrar por impulsos e sentimentos e esses impulsos e sentimentos por ações volitivas” (DILTHEY, 2011, p. 158). Nesse sentido, afirma que “quase todos os estados momentâneos de consciência contêm ao mesmo tempo comprovadamente uma representação, um sentimento e uma situação volitiva qualquer” (DILTHEY, 2011, p. 109), e, em meio à mudança desses processos ou estados, apenas subsiste o que constitui a forma da vida consciente, a correlação entre o si mesmo e o mundo objetivo (DILTHEY, 2011, p. 107).

Heidegger entende que o “*tender a*” que caracteriza a vontade em Dilthey – a partir da qual se determina o ser dos objetos ou, como visto, o nexó estrutural no mundo histórico – e se torna manifesto através da resistência oposta pelos entes no interior do mundo está fundamentado sobre a consciência da realidade como modo de ser-no-mundo, e, por isso mesmo, pressupõe já a “abertura do todo-de-remissão da significatividade” (HEIDEGGER, 2012, p. 585).

Como enfatiza Casanova,

É preciso naturalmente escapar das tendências tradicionais de abrir um fosso entre a interioridade e a exterioridade. Os fenômenos psíquicos só

podem ser compreendidos em seu nexos estrutural total, porque eles não dizem respeito apenas a uma interioridade fechada em si e articulada com a exterioridade por meio tão somente de algo assim como a sensibilidade. Ao contrário, eles vêm sempre à tona em articulação com a vida em sua dimensão psicofísica, em sua materialidade física tanto quanto em sua espiritualidade histórica (CASANOVA, 2011, p. 21-22).

Se considerarmos, finalmente, que a conformidade a fins, como propriedade fundamental do nexos psíquico, determina, segundo o próprio Dilthey, o modo como se dá a personalidade ou individualidade (DILTHEY, 2011, p. 150-157), e com base nas considerações precedentes, percebe-se que a meta que ele tem em vista é alcançar a ponte entre a psicologia e a intuição do mundo histórico, o que equivale à reconciliação da vida da consciência com o tempo.

## **2. A intencionalidade em Franz Brentano e Edmund Husserl**

Brentano aponta como propriedade definitiva de todos os fenômenos psíquicos o seu caráter intencional, ou seja, sua referência a algo (BRENTANO, 1995, p. 74). Na medida em que algo é pensado, desejado etc., encontra-se, desse modo, presente na consciência. Intencional diz respeito, portanto, à constituição do espaço do objeto, na medida em que se relaciona com a consciência.

Assim, para descrever, por exemplo, a percepção de um objeto por um sujeito, Brentano muda o foco do objeto percebido para o próprio ato de perceber. Para o filósofo, o componente mais básico do fluxo da consciência não são dados sensoriais, como acreditavam os associacionistas – para estes, a ocorrência de um fenômeno mental cria as condições para uma ocorrência similar futura, de modo que há um processo, de associação, que liga as apresentações sucessivas com base em seu

“rastros disposicionais” (FRÉCHETTE, 2017, p. 81). De fato, a base do fluxo da consciência seriam os fenômenos mentais com objetos intencionais correlatos (SERON, 2017, p. 37) - ou seja, inseparáveis do respectivo ato. Isso levou Brentano a notar, em certo momento, que toda atividade da consciência parece ser relacional (BRENTANO, 1995, p. 211).

A preocupação central de Brentano não era propriamente de cunho psicológico, e lhe interessava, antes, o modo como sua *Psicologia* poderia servir para introduzir ou esclarecer temas dos quais se ocupava a metafísica. Na acepção de Brentano, a ideia de uma psicologia descritiva se liga à abordagem fenomenológica que devolve às ciências empíricas a legitimidade de tratar os fenômenos em seus respectivos campos (experiência perceptiva) independentemente das pressuposições metafísicas que eventualmente lhes são determinantes (por exemplo, a pressuposição de que há substâncias). Nesse sentido, a despeito de qualquer compromisso ontológico, à psicologia descritiva cabe investigar a percepção interior que temos de nossos fenômenos mentais, a que chamamos consciência (BRENTANO, 1995a). Essa psicologia descritiva é independente do ramo fisiológico da psicologia, que trata das condições genético-causais dos fenômenos mentais, os quais, porém, devem ser aprioristicamente esclarecidos pela primeira. O tratamento conceitual *a priori*, nesse caso, diverge da concepção kantiana, uma vez que não significa ausência da experiência como fonte – por exemplo, a percepção interna da consciência, da qual se derivariam as categorias do entendimento, ou os próprios pensamentos (SERON, 2017, p. 39-40). O método descritivo tem, em sua base, intuições, as quais são acompanhadas, na experiência interna, de representações conceituais cujas relações são passíveis de análise – daí os próprios conceitos lógicos serem derivados.

O que importa termos fixado a partir do âmbito apriorístico de descrição dos fenômenos da consciência – que, com Husserl, assumirá o caráter ideal-transcendental – são duas consequências de relevo para nosso trabalho: primeiro, é assegurada uma análise objetiva das relações entre fatos empíricos-

psíquicos, ainda que, em última instância, haurida da intuição; em segundo lugar, temos que essa análise é independente do questionamento genético-causal, de modo que seus avanços conceituais podem e devem ser aproveitados pelas ciências tais como a psicologia explicativa, campo em que se situam, em geral, as ciências cognitivas contemporâneas, ou mesmo em âmbitos como o direito penal, dado que tradicionalmente lhe concerne a responsabilização subjetiva a partir, dentre outros elementos, de estados mentais e disposições internas do sujeito, refletidos em sua ação e a partir dela valorados. As relações entre percepção, intenção e vontade podem ser conhecidas independentemente e apesar das determinações empíricas sobre elas – a nível conceitual, pelo menos, o determinismo não afetaria o direito.

Para Brentano, inspirado em Aristóteles, a consciência de um objeto implica, simultaneamente, a consciência de um segundo objeto: o próprio ato perceptivo em direção ao objeto primeiro. Husserl, por sua vez, introduzirá uma distinção, ou antes um esclarecimento conceitual de uma distinção, que não passou despercebida por Brentano: o ato por meio do qual o objeto se dá não se apresenta, em regra, como objeto. Ademais, os atos mentais (da consciência) não se dirigem apenas a objetos; dizem respeito, sobretudo, a um direcionamento para um fim a partir do que podem ser realizados ou experimentados. Assim, por exemplo, na própria percepção de um objeto já se encontram expectativas a respeito de como ele se mostrará conforme a perspectiva que se posicione – o que compõe nossa experiência da identidade do objeto (TEXTOR, 2017, p. 58). Note-se que Brentano usa o termo objeto não no sentido de coisa, mas no sentido de fenômeno (o que se apresenta), que pode referir-se tanto a um dado físico quanto mental em sentido estrito, ambos, porém, enquanto dados à consciência (mental no sentido amplo de Brentano). Além disso, sua posição sobre a atividade da consciência não implica que os objetos aos quais se direciona existam, no sentido de realidade efetiva.

Essas considerações se conectam ao tema deste trabalho. Muitas teorias contemporâneas sobre o dolo podem negar

que lhe seja necessário um fato mental, como condição ou estado psicológico, mas a maioria ainda se mantém aferrada ao modelo cognitivista que consegue apenas defini-lo com base em fenômenos mentais, ainda que o neguem expressamente, como se desses fenômenos dependesse, pela ancoragem no sujeito moral e na sua vontade, a culpabilidade pessoal. Esse pressuposto, da intencionalidade na volição, ligada ao valor da ação, será assumido, implicitamente, pela quase totalidade da doutrina penal.

Para Brentano, o compromisso com a verdade de algo, atrelado ao respectivo julgamento ou crença (na existência de algo), e o compromisso com o valor (bom ou ruim) de algo não dizem respeito a algum aspecto do objeto, mas são modos de intencionalidade – e, portanto, ancorados na percepção interna dos atos mentais (KRIEGEL, 2017, p. 24). Não se trata, portanto, de uma propriedade do que é, por exemplo, representado, mas uma disposição atitudinal que diz respeito ao modo de representá-lo. Torna-se impensável, a partir de então, separar nossa atitude ou disposição em relação aos objetos de sua representação ou valor que lhes atribuímos. A própria noção de um bem já pressupõe uma atitude em direção a esse bem – e o aposto vale para um mal; a todo valor ou a toda ação valorável corresponde um ato intencional que os acompanha – daí a relevância da tradição brentaniana para a compreensão, inclusive, das premissas das quais parte Welzel e a dogmática penal que lhe sucedeu.

Assim como Brentano, Husserl focará na estrutura interna dos atos intencionais, conforme suas relações conceituais *a priori* (ideais), independentes, portanto, de eventos mentais causalmente determinados. Para Husserl não se trata de relações reais-psicológicas (HUSSERL, 2006, p. 89-90); intencionalidade constitui uma relação *sui generis*, e sua fenomenologia se aparta por completo dos processos mentais reais.

Husserl parece paulatinamente tentar distanciar-se do objeto da psicologia referida em Brentano, de qualquer traço empírico ou que não dissesse respeito àquilo que se dá, como a vivência em si mesma (não aquela vivida), a mostraçãõ propriamente dita de algo à consciência (não aquilo que aparece

por meio dela) – daí a distinção entre sua fenomenologia como teoria de essências e a psicologia descritiva (HUSSERL, 1994, p. 251).

Para Husserl, Brentano descobre uma determinação valiosa dos fenômenos psíquicos ao afirmar

‘que eles ou são representações ou repousam sobre representações como sua base’. ‘Nada pode ser ajuizado, mas nada pode também ser desejado, nada pode ser esperado ou detestado se não for representado’. Nesta determinação, não se entende, naturalmente, por ‘representação’ o conteúdo representado (objeto), mas antes o representar, o ato (HUSSERL, 2012, p. 318).

Porém, essa determinação não lhe pode servir de ponto de partida apropriado para suas investigações, na medida em que ela “pressupõe já um conceito de representação quando, por força dos múltiplos equívocos deste termo, que não são fáceis de diferenciar, se deveria começar por elaborá-lo” (HUSSERL, 2012, p. 318).

O problema com “re-presentação” é a pressuposição de que algo já estava presente antes de ser visado intencionalmente, e, então, poderia ser objeto da consciência. O ato intencional, porém, apenas abre o espaço de manifestação do que é visado, se suspende o pressuposto de que há já o percebido, algo a ser percebido. Ademais, é fenomenologicamente irrelevante se um estado de coisas se encontra presente ou não na mente (HUSSERL, 2012, p. 321). Husserl afirma que “verificações de estados-de-coisas fenomenológicos não podem jamais ter o seu fundamento cognitivo na *experiência psicológica*” (HUSSERL, 2012, p. 379). Para o autor, há uma incompreensão na origem do psicologismo que, supostamente arrimado em evidência apodítica e intelecção apriorística, se crê superador do Empirismo, mas ainda está baseado na experiência interna (HUSSERL, 2012, p. 379-380).

Qual a relação, para Husserl, entre essência, vivência, particular e universal? Um mérito da posição husserliana é a

capacidade de dissolver as dificuldades das posturas realista (essência das coisas na realidade, mas cujo acesso é contaminado pela experiência particular) e idealista (essência dada na consistência do articulado pela razão, mas cujo limite não é fixável), na medida em que a essência é dada na própria vivência ou relação intencional: visto que a consciência é por natureza transcendente (caráter intencional, ou em direção ao percebido), e, na medida em que já sempre se relaciona com o percebido (no campo de relação aberto pelo percebido), não se há cogitar sobre qualquer contaminação subjetiva (que pressuporia uma consciência fechada e atuante a partir de si) ou expansão ilimitada; o limite é o próprio campo intencional no interior do qual se dão os objetos correlatos - e a abertura desse campo da relação intencional é descritível (para além do particular), o que mantém legítima a tarefa da filosofia. Esses eram os problemas e o caminho visados por Husserl.

Husserl nota que, quando uma coisa é percebida, um perfil respectivo nos é dado e, ao mesmo tempo, abre-se um campo de outros aspectos possíveis da coisa. O campo intencional é mais amplo do que aquilo que é direta ou imediatamente visado. A noção de intencionalidade, assim, compreende o que se pode chamar de “horizonte de ‘dados concomitantes’” (HUSSERL, 2006, p. 104). Husserl afirma, nesse sentido, que “*nem sempre o objeto intencional é algo em que se repara, algo observado*. Por vezes, vários atos estão ao mesmo tempo presentes e entrelaçados, mas a atenção ‘atua’ num deles de uma maneira marcante” (HUSSERL, 2012, p. 325).

A compreensibilidade significa, para Husserl, que deve haver um ato, no qual aquilo a que devemos prestar atenção se torna objetivo (HUSSERL, 2012, p. 352). A intenção diz respeito à “propriedade dos atos com base na imagem do ‘ter em vista’” (HUSSERL, 2012, p. 325), seja de modo teórico ou prático. Em seu sentido mais estrito, “que remete para um preenchimento correspondente” (HUSSERL, 2012, p. 325), ter em vista algo se apresentaria como correlato da ação de alcançar, do “apontar e do atingir o alvo” (HUSSERL, 2012, p. 325-326) – mas esse alcançar, preencher, é também ato, intenção. Por isso Husserl sugere o

emprego da expressão “caráter de ato” (HUSSERL, 2012, p. 326). Ademais, a ideia de atividade (no sentido original de *actus*) deve ser excluída (HUSSERL, 2012, p. 326) – o problema da palavra percepção, ou do termo “ato intencional”, é a impressão que carrega de uma mobilidade que parte do sujeito para as coisas – concepção que deve ser afastada. Ato, nesse sentido, não é nada ativo psicologicamente, como um fazer que tenha em um sujeito um agente.

Husserl observa que há uma comunidade fenomenológica, manifesta na linguagem corrente, entre conclusão e inferência no sentido lógico e no sentido empírico de indicação; e mais, essa comunidade abarca ainda o domínio dos fenômenos do ânimo e da volição, nos quais também “o *porquê* desempenha o seu papel; o porquê que, verbalmente, se entende em geral tanto quanto a ideia de motivação no sentido mais genérico do termo” (HUSSERL, 2012, p. 25). Fala, inclusive, de percepção da motivação, e, como tal, uma percepção interna, evidente, no sentido de um visar que deve ser estabelecido e esclarecido puramente com base na própria vivência” (HUSSERL, 2012, p. 18).

Para compreendermos as ponderações de Husserl, é preciso reter que, para ele, há a articulação de uma unidade objetiva (estrutura ideal) anterior aos juízos assertivos, que os torna possíveis. Apenas a partir dela é possível, então, proceder às inferências e conclusões lógicas, ou acompanhar as indicações de sentido – de um enunciado, ou mesmo de uma ação.

Assim, toda ação já é comunicação de sentido; enunciar já é significar, justamente porque há *alguém que quer* dizer algo – o que não implica que o sentido dependa de um *quid*, do que se quer dizer, como intenção ou processo interno subjacente. E aqui podemos antecipar: há uma diferença, de um lado, entre fundamento “psicológico” do sentido de uma ação, se com isso se compreende o fato de informar algo sobre o agente, sobre a sua pessoa, e, de outro, o pressuposto de que, para que se compreenda o sentido de uma fala ou de uma ação é necessário que se reconheça de antemão que há alguém (pessoa) que tem algo a dizer (HUSSERL, 2012, p. 29).

Husserl fala, então, de percepção interna ou adequada. Seu sentido é explicado pelo próprio:

nada atribui interpretativamente aos seus objetos que não seja intuitivamente representado e que não esteja realmente dado na própria vivência perceptiva; e, em vez disso, que precisamente representa e põe os objetos de um modo tão intuitivo quanto eles são, de fato, vivenciadas na e com a percepção (HUSSERL, 2012, p. 303).

Com a noção de percepção adequada, que se baseia na essência fenomenológica das vivências, Husserl tem em vista implodir a oposição enviesada – ainda que, pelo embaçamento terminológico, ele não o tenha conduzido expressamente às últimas consequências – entre percepção interna e externa (HUSSERL, 2012, p. 303-304), o que já havíamos notado em Dilthey.

A intuição de essência não se confunde com percepção no sentido de experiência, não é uma generalização que parte da empiria ou pressupõe uma existência individual, que fundamente um conhecimento de uma matéria de fato (HUSSERL, 1911, p. 60). Aqui se antecipa uma crítica ao naturalismo, que pressupõe existência e um paralelismo ontológico daquele que conhece com os entes no mundo que se conhecem.

Na sequência, o problema do acesso a outras mentes (para o direito, a possibilidade de prova de estados mentais), que pressupõe a realidade efetiva como modo de manifestação, deveria se dissolver ainda mediante uma descrição fenomenológica do campo da intersubjetividade. Para Husserl, a *vida psíquica* não é apenas acessível por meio da própria experiência, mas também pela experiência dos outros, a partir da qual se podem estabelecer as propriedades ou a vida mental de uma comunidade, "com todas as intencionalidades que pertencem a ela" (KOCKELMANS, 1994, p. 79).

Sobre o modo da relação com outro, Husserl afirma que não há uma inferência por analogia, com base no ego, dado que a apercepção não é um ato de pensamento, mas, antes, “aponta

para um *instituir primordial*, no qual um objeto com um sentido similar se torna constituído pela primeira vez" (HUSSERL, 1982, p. 111), de modo que não é de todo correto dizer que o outro pode tornar-se objeto da própria percepção.

Antes que passemos a Welzel propriamente, recapitulemos algumas ideias fundamentais de Husserl e suas possíveis implicações para a análise do sentido de ação, que interessa ao direito. No campo da ação, podemos ter preenchimento intuitivo de sentido - por isso se torna prescindível a noção de associação - p. e., entre intenção e agir, entre o que um sujeito quis dizer e o dito (conteúdo significativo) - e toda sorte de psicismo. Ressalte-se: o psicologismo, ao pressupor como previamente dados, no sujeito, as representações ou juízos, que se ligarão ao sentido, acaba embaçado pelo que há de particular e incomunicável. Daí a impossibilidade de um conceito jurídico, como o dolo, que compartilhe as suas bases.

Significar, portanto, é abrir o espaço de manifestação que Husserl menciona; atrela-se, assim, já sempre a uma dada extensão (objetividade) ou concreção de sentido - o próprio campo de manifestação, que é autônomo em relação às vivências internas. No âmbito do direito penal, pode-se dizer: em cada ação se vê primeiro o universal; isso é a essência do tipo. Só há um dolo. O significado jurídico da ação, a nível de tipicidade (tipo de ação), não deveria ser debitário das particularidades do sujeito e suas próprias vivências intencionais - conteúdo significativo não é *da* consciência. Este deveria ser o ponto de partida do Welzel, se é que pretendeu - e parece ter pretendido - uma inspiração fenomenológica. O dolo na tipicidade foi, sim, um ganho. Mas a fixação - que não se deve a Welzel, tampouco é justo dele exigir já uma concepção diversa - de conhecimento e vontade, definidores do dolo, como elementos psíquicos prejudicou todo o potencial que se descortinava para a compreensão da tipicidade e da ação.

### 3. A ação e vontade final em Hans Welzel

Para Welzel, o direito penal, especialmente a base do objeto da Teoria do Delito, a ação penalmente relevante, está condicionada por estruturas lógico-objetivas, com as quais as normas jurídicas necessitam conformar-se. Dado o exposto até o momento, a compreensão do sentido dessas estruturas lógico-objetivas não deve gerar maiores problemas. Apenas ressaltemos que, contrariamente ao difundido, essas estruturas não designam ou pressupõem uma base objetual fática ou natural (naturalismo), uma ontologia, no sentido de estrutura de ente presente, uma consistência lógica, pela qual a coisa se submete à estrutura da consciência ou intelecto, ou valores previamente subsistentes. A direcionalidade a um objeto, uma das características da consciência assumidas por Welzel, aparenta-se, na origem, muito mais a um critério epistemológico. Com “estruturas lógico-objetivas”, trata-se de estabelecer, com a doutrina da ação, numa apropriação do linguajar husserliano, uma “ossatura ideal” (HUSSERL, 2012, p. 289).

Parece já claro que não se pode confundir a posição de Welzel como qualquer realismo ou idealismo ingênuos. Sente-se ainda uma continuidade da inspiração neokantiana, a partir da qual às categorias, como a causalidade, deve ser acrescido já o valor, e as coisas (objetos) se tornam vinculadas ao seu conhecimento ou ao campo transcendental, na medida em que as categorias do conhecimento (gnosiológicas) seriam também, fundamentalmente, categorias do ser (WELZEL, 2001, p. 29-30). Nisso, em que pese a negação do autor sobre seus marcos teóricos, seu pensamento se situa ainda numa confluência com as investigações de Scheler e Hartmann.

Após aludir à decaída da psicologia da associação e da explicação causal dos fenômenos psíquicos, Welzel nos diz que, se

queremos observar sem prejuízos a estrutura da ação para comprovar a legalidade de seu processo, necessariamente devemos nela revisar também a

essência dos atos do querer e do conhecer. O conhecimento da legalidade desses atos nos revela a ordem especial do processo da ação (WELZEL, 2002, p. 129).

Com a “legalidade de seu processo” parece fazer referência à sua constituição transcendental, e não a estruturas reais, como dito. Tanto que, na sequência, expõe em resumo a estrutura intencional do ato de consciência e seu correlato, o que nos permite entender que as reflexões precedentes derivavam justamente desse plano filosófico: a “bola vermelha que eu percebo [...] não se converte por esses atos em algo psíquico [...] Apesar disso, o ato é uma consciência ‘de’ ela [...] Em resumo: está dirigido intencionalmente até ela” (WELZEL, 2002, p. 129).

Welzel, assim, caracteriza a ação como unidade conforme a legalidade intencional ou, como parece julgar equivalente, teleológica do sentido (WELZEL, 2002, p. 141). Em função dessa característica intencional, o resultado pertence ao sujeito de modo distinto de como um efeito se liga a sua causa (WELZEL, 2002, p. 142). Este seria o fundamento dito ontológico, entendido como base para as valorações penais possíveis: “apenas aquele fato que depende de uma razoável ordenação [teleológica] de um sujeito é passível de ser atribuído a este sujeito como mérito ou culpabilidade” (WELZEL, 2002, p. 142).

Segundo o próprio Welzel, ele teria cunhado sua doutrina da ação finalista a partir dos desenvolvimentos da psicologia das primeiras décadas do século passado, bem como de outros trabalhos que assomavam no interior da corrente fenomenológica (WELZEL, 2001, p. 28). Do novo modelo de psicologia, contrário ao mecanicismo e associacionismo, pôde Welzel afastar as explicações causais sobre os “atos anímicos”, substituindo-as pelo que tomou por “realização intencional de sentido” (WELZEL, 2001, p. 29) – uma transposição da psicologia (não no sentido natural explicativo) do pensamento aos “atos voluntários e a realização da vontade” (WELZEL, 2001, p. 29), identificados em uma “ação externa” (WELZEL, 2001, p. 29). Um

primeiro problema é que a cisão metodológica entre “ação interna” e “ação externa” (“realização da vontade” (WELZEL, 2001, p. 28)) é, pelas suas próprias premissas, debitária de uma conceitualidade subjetivista, frontalmente oposta às supostas bases fenomenológicas das quais parte a doutrina da ação finalista.

Para a superação da consideração exclusiva da ordem natural-causal como apoio para a compreensão dos fenômenos sobre os quais atua o direito penal, Welzel chega a reconhecer expressamente a importância do conceito de intencionalidade desenvolvido por Brentano (WELZEL, 2002, p. 152-153). Para Welzel, pode-se compreender a ação não a partir de uma origem meramente causal, mas conforme sua introdução intencional no mundo (WELZEL, 2002, p. 153). O problema é que apenas aparentemente a fundamenta sobre o conceito filosófico fenomenológico de intencionalidade. Acaba equiparando a estrutura final da ação a um processo de pensamento que escolhe e posiciona as coisas conforme “sua utilidade para o alcance da meta tentada” (WELZEL, 2002, p. 153), de modo que o resultado se baseia ou se realiza “em uma consciência de meta” (WELZEL, 2002, p. 153).

Outro passo que deveria chamar atenção, no método do autor, é a transposição dos conceitos da *noesis* à *práxis*, tematizando pensamento e ação sob uma análise estrutural análoga. O fundamento da doutrina da ação finalista não se encontra apenas nos pressupostos da psicologia ou teoria do conhecimento que lhe subjaz, mas na conexão essencial que pressupõe entre aqueles fenômenos. O resultado disso é a transposição do método aplicado aos atos intencionais da consciência para uma suposta fenomenologia da ação voluntária. O próximo passo seria, então, a substituição do termo “intencionalidade” por “finalidade”, e estava firmada uma Escola Penal em torno do conceito de ação assim desenvolvido.

Para Welzel, como visto:

o ordenamento jurídico determina por si mesmo  
quais elementos ontológicos quer valorar e aos

quais vincular consequências jurídicas. Mas não pode modificar os elementos mesmos, se os recolhe nos tipos. [...] Disso se deduz para a metodologia que a ciência do direito penal tem que partir sempre, sem dúvida, do tipo [...] mas tem que transcender logo o tipo e descer à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições e para compreender também corretamente as valorações jurídicas (WELZEL, 2001, p. 30-31).

Isso significa que, metodologicamente, seria possível hipostasiar o tipo linguístico ou conceitual das valorações ou do âmbito material (que permitem compreender-lhe o significado). O caráter ontológico – o qual pressupõe, como visto, ordenação conforme fins – que retém a própria essência da doutrina da ação finalista (WELZEL, 2001, p. 31), diz respeito ao fato de que, apesar daquela secção metodológica, os dois elementos, típico e valorativo, seriam indissociáveis, de modo que o primeiro pressupõe o último. Isso não representa, de fato, uma mudança de paradigma, mas apenas se opõe a uma versão frágil de positivismo exegético – e não autoriza, como pretende Welzel, um limite material à ciência do direito, identificado na necessidade do dolo como elemento constitutivo do tipo. Mesmo a equiparação aludida da ação externa (expressão) com a estrutura intencional de sentido – a indissociabilidade consciência-objeto refletida na junção vontade-finalidade –, à parte sua suposta validade para o tratamento da ação, nada implicaria, logicamente, contra a valoração posterior da finalidade. Ao cabo, tem-se uma escolha metodológica, com efeitos na aplicação do direito, mas não uma necessidade lógica ou ontológica de alocação sistemática do dolo. Para Cerezo Mir, deve tratar-se, antes, de derivar a posição sistemática do elemento subjetivo, o lugar da sua consideração, da estrutura do próprio código (MIR, 2001, p. 35) – mas cujo sentido, mesmo em face do balizamento legislativo, não podemos deixar de atribuir à ciência do direito.

Welzel, em determinados momentos, equipara a ideia de finalidade à previsibilidade ou antecipação do resultado – representado, portanto, a partir da premissa da causalidade (WELZEL, 2001, p. 27). Nesse sentido, pode-se até dizer que, para Welzel, a causalidade está próxima do âmbito da sensibilidade, ao passo que a finalidade lhe seria uma espécie de complemento categorial. Associar a finalidade à capacidade de a vontade prever (WELZEL, 2001, p. 27), a postulação do fim previamente determinado e da consideração posterior dos efeitos concomitantes (WELZEL, 2001, p. 28) situam essa vontade em um domínio tipicamente representacional.

Criticava Mezger por haver confundido vontade e finalidade, por haver pretendido a possibilidade de uma vontade sem o querer respectivo. Para Welzel, se há vontade, há ação final e, conseqüente, antecipação dos resultados e o querer correspondente. Porém, reconhece que “a automatização de nossos movimentos corporais [...] abre também a possibilidade de condutas não-finais, quando o movimento corporal automático não é acompanhado por uma representação *atual* dos fins” (MIR, 2001, p. 31). Distingue, então, direção final da realização da vontade (ação) e direção final da formação da vontade (impulsos) (WELZEL, 2001, p. 32).

O dilema declarado de Welzel contra as doutrinas causalistas seria o fracionamento da ação operado por elas entre a causalidade exterior (objetiva) e o conteúdo da vontade (subjetivo). Não seria concebível para Welzel, como vimos, primeiro a verificação de uma manifestação ou efetivação da vontade, para, somente depois, averiguar-se-lhe o conteúdo ou fim (WELZEL, 2001, p. 34).

Welzel reconhece que já era pouco concebível uma ação em termos exclusivamente naturalísticos, e inclusive o causalismo já passava a considerar uma causalidade social (WELZEL, 2001, p. 34-35). Porém, para Welzel, o causalismo ignora que a ação seja “uma obra (mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é, dirige o suceder causal” (WELZEL, 2001, p. 35). Welzel exige muito do conteúdo da vontade

(antecipação, planificação), algo que, segundo ele, o causalismo dispensa. Porém não temos decidido, contrariamente ao que queria acreditar Welzel, que a estrutura final ou intencional da ação exigisse ou implicasse esse modo de concreção do conteúdo ou sentido que ele defendia. Acreditamos que antecipação e planificação não são estruturas deriváveis da “ossatura ideal” da qual parte Welzel, ou seja, da intencionalidade. Tampouco é necessário um conceito final de ação para que se integre o dolo no tipo, como afirmou Welzel (WELZEL, 2001, p. 41).

Para Maurach, a estrutura final da ação atrai necessariamente o dolo para o tipo. Equipara dolo e vontade de ação (MAURACH, 1962, p. 303), e, para ele – como para a maioria da doutrina que se seguiu – não há problema algum na possibilidade de atuação dolosa dos incapazes: “o dolo não supõe juízo algum de culpabilidade; o dolo é livre valorativamente” (MAURACH, 1962, p. 305).

De todo modo, uma decorrência sedimentada pela sua Escola seria a posição sistemática do dolo no tipo, com base em um conhecer e querer efetivos que fundamentassem, pelo seu vínculo estrutural com a pessoa, o ilícito sobre o qual recai o juízo normativo de culpabilidade. Welzel destaca, com base na sua premissa sobre a estrutura da ação, que dolo e culpa “não fundamentam tão-somente diferenças na culpabilidade [...] mas, em primeiro lugar, fundamentam as estruturas sociais diferentes de ação” (WELZEL, 2001, p. 43). O problema, então, é que postula uma mesma estrutura de base (final), mas reconhece, para cada caso, distintas estruturas sociais. Mesmo assim, o sentido social da ação deve continuar pautado pela vontade final do autor: determina-se “não apenas segundo o resultado, mas também segundo a direção da vontade que o autor imprimiu à ação” (WELZEL, 2001, p. 43). Ou seja, nos delitos culposos o foco também deve ser o desvalor da ação (WELZEL, 2001, p. 38). Surge, então, a dificuldade acerca do resultado não previsto nos delitos culposos, que não pode ser resolvida simplesmente com referência à finalidade potencial, à previsibilidade ou evitabilidade objetivas – que não se podem determinar no plano ontológico ou

psicológico. Nesse sentido, conclui Cerezo que a “relação entre a ação final e o resultado, nos delitos culposos, não pode ser estabelecida [...] mediante o conceito de ação, mas apenas na esfera valorativa e concretamente nos tipos de injusto” (MIR, 2001, p. 42).

Para Welzel, não é apenas a vontade final que determina o sentido social da ação. A própria vontade se interpreta socialmente, ou, como dirá o próprio autor, a “ação final será sempre uma abstração, se ela não é considerada no marco e conforme o significado da vida social” (WELZEL, 2002, p. 50). Sendo a ação final uma obra, seu sentido também se determina segundo o resultado produzido ou não produzido – a partir do qual é possível determinar se, e até que ponto, a ação realiza ou não sua obra (WELZEL, 2001, p. 43). Entende que, diferentemente da doutrina da ação finalista, “a doutrina da ação causal pode explicar apenas a causação do resultado, mas não a execução da ação” (WELZEL, 2001, p. 44). Na tentativa, segundo Welzel, o conteúdo da vontade seria irremediavelmente constitutivo da ação – algo do que não daria conta sua interpretação causal (WELZEL, 2001, p. 35). Um conceito de ação como mera produção de consequências causais seria insuficiente para a delimitação de seu sentido – em que ponto se deve interromper a cadeia causal para a imputação do resultado? Surge, desse modo, a questão de saber se é possível dissociar uma teoria da ação de uma teoria da imputação objetiva de resultados – a teoria da adequação, por exemplo, já existia.

Ademais, por meio da ideia de finalidade, que, a partir de fora (ação como expressão externa), passou a determinar o modo da vivência interna (vontade final), a vontade psicológica real-efetiva tornou-se vinculada a um preceito de humanidade – aqui, a mistura de uma herança do neokantismo com uma versão desvirtuada da fenomenologia do século passado contribuiu para esse estado de coisas. Tanto que autores como Cerezo chegam a afirmar que

Se o direito parte da concepção do homem como pessoa, está vinculado também à estrutura final da

ação no sentido de que a valoração jurídica tem que recair então necessariamente sobre a unidade final-causal da ação. [...] O conteúdo da vontade de realização do autor tem que ser então objeto *necessariamente* da valoração jurídica (MIR, 2001, p. 34).

Ao cabo, vemos que as estruturas lógico-objetivas das quais alegadamente parte Welzel não levam tanto a uma preocupação com os pressupostos da consciência e da ação, tampouco a uma possibilidade explícita de abertura cognitiva do sistema penal a considerações de ordem empírica – muito pelo contrário. Conduzem, de fato, a uma defesa do postulado antropológico valorativo da pessoa humana, como se o objeto necessário do direito penal com ele afinado fosse a valoração do conteúdo da vontade do autor – o qual, por implicação, deve ser considerado livre. Uma vez mais, em Welzel, transparece o fato de que o direito penal (legislado inclusive) deve considerar a realidade valorativa sobre a qual incide – a qual permite, inclusive, compreender os tipos, que, logicamente, não a constituem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Welzel, após esbarrar no rico manancial descritivo da intencionalidade, adota a estrutura da finalidade cotidiana, ou seja, a antecipação mental de resultado. Com isso, a compreensão do dolo fica duplamente comprometida: primeiro, assumem-se toda sorte de hipostasias psíquico-mentais; segundo, vincula-se seu conteúdo ao resultado (futuro) da conduta. Welzel, assim, ao tentar ligar o dolo à estrutura da ação, acaba o fazendo conforme, desafortunadamente, uma compreensão da ação (e consciência) fora do modelo intencional, o que levou a que lhe escapasse a conexão mais íntima entre dolo-ação, para cuja análise se prescinde de um vínculo psíquico volitivo estranho, a princípio, ao sentido da conduta.

A obra de Welzel, fruto do seu tempo, apenas pode ser compreendida, como enfatizamos, a partir da compreensão do seu horizonte hermenêutico. Não pode deixar de receber a influência, na base, tanto da fenomenologia husserliana, quanto do neokantismo, que já havia marcado expressamente presença na doutrina penal e ao qual, por um limite deste trabalho, apenas aludimos. O que caracteriza ambas essas influências é, entre outros, o fato de serem anti-naturalistas. Por alguma guinada injustificada na história da dogmática penal, discutimos, hoje, com concepções que reputam o dolo psicológica e naturalmente fundado. O finalismo nunca deveria ter sido um posicionamento psicológico – talvez a transcendência da ideia de finalidade, em oposição à imanência da consciência fenomenológica, tenha contribuído para essa compreensão; talvez seja essa uma infelicidade que tenha confundido o próprio Welzel, e que hoje podemos ver melhor, com o auxílio do distanciamento temporal.

Das investigações fenomenológicas ou da chamada psicologia do pensamento à época, não se poderia deduzir, sem mais, o conteúdo do dolo, marcado pela presença da vontade psicológica. Bem procedia Welzel, a princípio, ao escrever sem referir-se às influências científicas ou filosóficas sobre sua concepção da doutrina da ação finalista. Afinal, é a dogmática penal a diretamente responsável pelas suas construções, as quais, indubitavelmente orientadas a valores, deveriam ser criticadas maximamente com vistas a esses valores. Perder esse foco, que não é exclusividade de determinada escolha metodológica, significa perpetuar o passo rumo à desnaturalização daquilo que orienta a própria ideia do direito – efeito a que principalmente a dogmática penal, ciente do seu papel garantidor, deveria fazer frente.

Welzel apropriou-se da fenomenologia sob o ponto de vista dominante de uma teoria do conhecimento, o que o levou a, por meio dela, tentar refinar “fenomenologicamente” conceitos com os quais sempre trabalhou a tradição - notadamente, consciência, vontade, representação etc. - a partir do que não pôde assegurar-se de uma nova compreensão para o problema da ação e seus pressupostos.

Para Heidegger, Dilthey e os que lhe sucederam em uma abordagem, dentro de certos limites, fenomenológica, como Hartmann e Scheler, mantiveram ainda obscuros ou indeterminados os fundamentos ontológicos daquilo que tomaram como base, da "relação de ser", ou da "vida" da qual parte Dilthey (HEIDEGGER, 2012, p. 583). A mesma obscuridade permanece em relação aos fundamentos da doutrina de Welzel – não como doutrina penal, que, por natureza, como ontologia regional, não poderia tratar dos próprios fundamentos, mas como uma doutrina justamente sobre as bases ontológicas da ação humana, e por consequência, do direito penal.

No seu posicionamento da vontade final, refletido nas discussões dogmáticas subsequentes, especialmente sobre o dolo como conhecimento efetivo dos elementos típicos a partir do qual atua a vontade tendente a fins, esconde-se a presença, dada já ao tempo da própria ação voluntária, de pensamentos direcionados a algo – portanto não no sentido propriamente fenomenológico descoberto na intencionalidade, mas conforme uma precedência ontológica do conceito de realidade (HEIDEGGER, 2012, p. 561). O que está em questão na ação final e, conseqüentemente, no dolo dela derivado, é um problema da determinação representativa, assim explicado por Heidegger: "a experiência de representações sendo-no-tempo põe, com igual originariedade, o mutável 'em mim' e o permanente 'fora de mim'" (HEIDEGGER, 2012, p. 567) – uma determinação que é possível sobre o pressuposto cartesiano do sujeito já constituído.

O problema que se acusará atualmente, pelos normativistas, sobre a prova de um dolo psicológico se orienta, de partida, por uma determinação de coisa (o permanente fora de mim). Assim, podemos acusa-lo de padecer da mesma fragilidade de base da demonstrabilidade da realidade do mundo exterior, qual seja, uma "confusão entre o que se quer demonstrar, o que é demonstrado e aquilo com que a demonstração é conduzida" (HEIDEGGER, 2012, p. 565) – uma confusão que ocupará muitas linhas do debate contemporâneo sobre o dolo, que começa a misturar, inclusive, noções substanciais com noções processuais.

Uma revisão da ontologia cartesiana, pela via da investigação fenomenológica, implica dizer que pensamentos (e vontade) não são, a princípio, subsistentes. Portanto, quando se diz atualmente que não temos acesso a eles, e, justamente por isso, não é possível sua prova jurídica, esconde-se uma ingenuidade filosófica, ou seja, acaba-se pressupondo justamente aquilo que expressamente se pretende negar: a ontologia cartesiana. Para a maioria esmagadora das teses sobre o dolo, a posição do problema permanece frágil, uma vez que a exigência de prova de consciência e vontade é mantida, embora por outros caminhos. Em que medida seria possível ou desejável esperar do Direito uma nova compreensão ou ressignificação desse campo de problemas é outra questão.

Ao fim vemos que por trás da empresa welziana parece haver o intento metodológico de aproximar expressamente a ciência do direito à filosofia, fornecendo uma fundamentação categorial àquela ciência – afinada com o seu tempo. O problema que há muito se acusa sobre a relação entre o direito penal e os elementos ontológicos que condicionam a incidência das suas normas não passa de um reflexo embaçado do problema mais originário, que se perdeu nas disputas entre normativistas e qualquer corrente tida por naturalista ou psicológica – ainda que nenhum dos termos designe o que propriamente sempre esteve em questão para cada lado.

## REFERÊNCIAS

BRENTANO, Franz. *Psychology from an Empirical Standpoint*. Trad. A. C. Rancurello, D. B. Terrell, L. L. McAlister. London: Routledge, 1995.

CASANOVA, Marco Antônio. Prefácio. In: DILTHEY, Wilhelm. *Ideias sobre uma psicologia descritiva e analítica*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Via verita, 2011.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo - finalismo - funcionalismo y la reforma penal em México*. 4.ed. México: Porrúa, 2002.

DILTHEY, Wilhelm. *Ideias sobre uma psicologia descritiva e analítica*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Via verita, 2011.

FRÉCHETTE, Guillaume. *Brentano on Time-Consciousness*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Ed. bilíngue. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora UNICAMP; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

HUSSERL, Edmund. *A Report on German Writings in Logic From the Years 1895–1899*. In: HUSSERL, Edmund. *Early writings in the philofy of logic and mathematics*. SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V, 1994.

\_\_\_\_\_. *Cartesian Meditations: an introduction to phenomenology*. Trad. Dorion Cairns. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

\_\_\_\_\_. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. 4 ed. Aparecida: Editora Ideias e Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. *Investigações lógicas: investigações para a fenomenologia e a teoria de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

\_\_\_\_\_. *La Filosofia como Ciencia Estricta*. Trad. Elsa Tabernig. 4º ed. Buenos Aires: Ed Nova, 1911.

KOCKELMANS, J. *Edmund Husserl's phenomenology*. West Lafayette: Purdue University Press, 1994.

KRIEGEL, Uriah. *Brentano's Philosophical Program*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Bracelona: Ediciones Ariel, 1962.

MIR, Cerezo. Nota do tradutor. In: WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: B de F, 2001.

SERON, Denis. *Brentano's Project of Descriptive Psychology*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

TEXTOR, Mark. *Brentano on Consciousness*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: B de F, 2001.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía*. Montevideo: B de F, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la acción finalista*. Trad. de Eduardo Friker, Buenos Aires: Depalma, 1951.