

A Realização do Tipo de Ilícito como Pedra Angular da Teoria do Crime: Elementos Para o Abandono do Conceito Pré-Típico de Ação e de Suas Funções

Fabio Roberto D'Avila

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS, Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Frankfurt am Main

O presente artigo busca revisitar o problema do conceito de ação em direito penal, após mais de uma década do nosso primeiro estudo sobre o tema.^{1-2*} A posição tomada naquela altura é aqui reiterada e desenvolvida. Propõe-se o abandono do conceito pré-típico de ação e da totalidade das funções que lhe são ainda hoje assinaladas pela doutrina majoritária, inclusive da própria função de delimitação, usualmente poupada pela corrente crítica. Em seu lugar, como ponto de partida da teoria do crime, sugere-se a realização do tipo de ilícito. O conceito de ação, cuja reformulação é igualmente proposta, perde em relevância sistemática, mas não é abandonado. Ele deixa de ser um elemento pré-típico para assumir-se como elemento constitutivo do tipo, exercendo, nesta conformação, a indispensável função de referencial comportamental para o juízo de imputação. A forma de exposição adotada, antecipando as conclusões já nos dois primeiros capítulos e optando por uma redação objetiva e compartimentada, tem como finalidade maior precisão e clareza.

1. A Ação Como Realização do Tipo 1.1. O Conceito de Ação

Por ação (ou conduta) em direito penal deve-se entender o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime. A realização do tipo (e não o conceito de ação) constitui, nessa perspectiva, o ponto de partida da teoria geral do crime.

Esse conceito insere-se em uma corrente crítica às teorias da ação como supraconceito da estrutura teórica do crime (*vide infra*). Em seu lugar, i.e., como marco zero da estrutura do crime, propõe-se o conceito de realização típica, o qual deverá ser estudado a partir das suas quatro grandes formas de manifestação: tipo de ilícito comissivo doloso, tipo de

ilícito omissivo doloso, tipo de ilícito comissivo culposo e tipo de ilícito omissivo culposo. O conceito de ação, por sua vez, embora redimensionado em importância, continua a cumprir um papel fundamental na teoria geral do crime. Torna-se elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação (*vide infra*). Por fim, importa observar que o conceito proposto não está restrito ao comportamento humano, abrindo-se também à pessoa jurídica como sujeito ativo de crime. Em que pese a larga controvérsia em torno da viabilidade material de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, a opção pelo abandono de um conceito

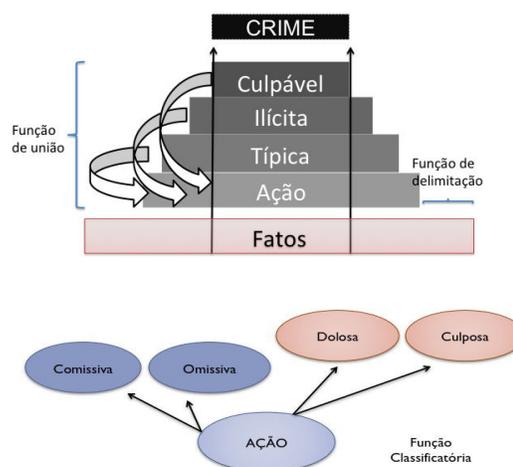
pré-típico de ação impede a sua discussão nessa seara. Qualquer tentativa de seleção do sujeito ativo do crime prévia à análise da tipicidade recolocaria, necessariamente, a atribuição de uma função de delimitação pré-típica ao conceito de ação, o que, neste contexto, e por tudo que se verá a seguir, não nos parece adequada e nem mesmo necessária.

1.2. Funções Atribuídas à Ação e a Sua Crítica

Por anos a doutrina penal buscou um conceito de ação que pudesse ser definido em um momento prévio às valorações jurídico-penais e, desse modo, independente dos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Buscava-se uma espécie de *elemento primeiro*, de *denominador comum* da noção de crime, presente em todas as diferentes formas de manifestação do ilícito-típico. Um elemento que, uma vez identificado em um momento pré-jurídico (ou, ao menos, pré-típico), teria potencialidade de servir como pedra angular de toda a construção teórica do crime, sem, todavia, predeterminar essa estrutura.

Entendido nestes termos, competiria ao conceito de ação três funções fundamentais: **(i) função de classificação** (*elemento básico*), segundo a qual todas as formas de expressão do ilícito-típico – comissivas ou omissivas, culposas ou dolosas – devem corresponder a diferentes espécies de um mesmo gênero representado pela ação; **(ii) função de união** (*função de definição e elemento de união*), a qual exige da ação um conteúdo material apto a reunir os juízos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e, para alguns, também punibilidade, de forma a tornar-se o *substantivo* ao qual são vinculados os *atributos* típico, ilícito e culpável, ou ainda, na expressão de Roxin, a “coluna vertebral” de todo o sistema penal. O conceito de ação não deve,

porém, antecipar qualquer juízo de imputação, mantendo-se neutro em relação aos demais elementos do crime. **(iii)** E, por fim, a *função de delimitação*, através da qual o conceito de ação deve ser capaz de excluir todos os fenômenos que, de antemão, possam ser considerados indignos de qualquer consideração jurídico-penal, funcionando como o primeiro grande filtro do sistema penal.



O que se pretendia, portanto, era a elaboração de um verdadeiro “supraconceito de ação” (*Oberbegriff*), dotado de relevância sistemática, classificatória e prática. Mas não só. O conceito de ação, em grande medida, expressava também um preciso modo de ver o homem e as coisas do direito penal, com importantes consequências dogmáticas. Daí não surpreender o fato de alguns dos grandes sistemas penais, como o causalismo e o finalismo, partirem justamente de uma determinada teoria da ação (*vide infra*).

O atendimento a todas essas exigências, de modo a justificar a função básica estrutural aspirada pelo conceito unitário de ação, tem-se revelado, entretanto, demasiadamente problemático. As tentativas levadas a cabo por inúmeras elaborações (v.g., causal, final, social, negativa ou pessoal da

ação), revelam falhas, embora não coincidentes, em pontos substancialmente diversos e de difícil correção. Falhas essas que, já há algum tempo, vêm sendo objeto de crítica não só pela literatura especializada, como por inúmeros manuais de Direito Penal, e, nesta medida, também elemento propulsor do surgimento de teorias alternativas. Mais. As contundentes críticas às tentativas de construção de um supraconceito multifuncional de ação, capaz de corresponder aos exigentes anseios da dogmática penal, têm dado vazão a uma segunda alternativa: a renúncia a um tal conceito pré-típico de ação, em prol da realização típica como categoria elementar-estrutural da teoria do crime.

O conceito ora proposto vai justamente nesse último caminho. Pelas razões que serão a seguir assinaladas, não julgamos viável ou mesmo necessária a defesa de um supraconceito de ação. Em seu lugar, i.e., como ponto de partida da estrutura teórica do crime, propõe-se a realização do tipo de ilícito. O conceito de ação perde em relevância sistemática, mas não é – e nem deve ser – abandonado. Ele deixa de ser um elemento pré-típico para assumir-se como elemento constitutivo do tipo de ilícito. Não renuncia, porém, a indispensável posição de referencial comportamental para o juízo de imputação penal.

2. A Doutrina Nacional e a Função de Delimitação

2.1. A Ação na Doutrina Nacional

Conquanto não detenha a mesma força de outrora, o finalismo ainda exerce considerável influência na doutrina nacional, com consequências relevantes no âmbito da ação. Na obra de Cirino dos Santos, a ação é definida como “atividade dirigida pelo fim”. Reale Júnior defende a ideia de ação como expressão “de uma escolha conscientemente realizada e da eleição dos meios consoantes com os fins

propostos pelo que o agir é um conduzir-se”. E acrescenta que, sendo ela fruto de uma escolha fundada em valores, “há, na ação, como um dado do real além da finalidade a ‘intencionalidade significativa’”: só há ação “quando existe consciência do fim”¹. De outra parte, Gueiros e Japiassú consideram mais adequada a proposta de Roxin, endossando, em seu recente Curso de Direito Penal, o conceito pessoal de ação. Outras orientações ainda, como se pode surpreender no trabalho de Bitencourt, buscam uma *via di mezzo*, por meio da combinação de teorias. Esse autor, embora reconheça razão ao posicionamento crítico, define a ação como “comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim” – conceito de cariz finalista, como se percebe – e sustenta a sua compatibilidade com a teoria social: “os postulados fundamentais das duas teorias – exercício de atividade final e um agir socialmente relevante – não se excluem, mas se complementam”. E, por fim, por mérito da obra de Busato, tem obtido repercussão entre nós a denominada teoria da ação significativa de Vives Antón. Essa orientação, que comunga de alguns pressupostos da teoria crítica, como a inviabilidade de um conceito de ação pré-típico, propõe-se a uma aproximação entre ação e tipo, abandonando as funções de classificação e união, em prol da manutenção da função de delimitação: “o conceito de ação não pode mais do que executar uma função negativa de estabelecer limites de ausência de ação”.

2.2. A Função de Delimitação

Em verdade, a questão acerca do atendimento às funções de união e classificação, tão debatida em outros espaços, nunca despertou grande atenção da doutrina nacional, sendo, inclusive, por vezes, relegada à posição de

pormenor meramente teórico. Maior importância sempre foi dedicada à “função prática” do conceito de ação, i.e., à função de delimitação. Tendo como missão definir, já à partida, aquilo que não desperta qualquer interesse do direito penal, a função de delimitação apresenta-se como o primeiro filtro do sistema, prometendo uma solução jurídico-penal prática e rápida para um grande número de casos: a simples ausência de ação. Se por ação for entendido, p. ex., o *comportamento humano, voluntário, consciente e dirigido a um fim*, não existirá ação nos casos em que não houver um ser humano na posição de sujeito ativo ou quando o comportamento humano não tiver sido praticado de forma consciente, voluntária ou final. E, não havendo ação, apresentam-se prejudicados os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, interrompendo-se, de imediato, a análise jurídico-penal do fato. Tais casos, i.e., as hipóteses tradicionalmente reconhecidas como desprovidas de ação, costumam ser reunidos nos seguintes grupos:

(a) Ausência de comportamento humano: partindo-se da exigência de um comportamento *humano* na base da conduta, não podem ser sujeitos de ação animais, entes inanimados, fenômenos da natureza e, nem mesmo, pessoas jurídicas.

(b) Coação física irresistível (também denominada de *vis absoluta*): diz respeito às hipóteses de atividade ou inatividade corporal determinada por uma força física alheia ao sujeito e em relação à qual ele não podia resistir. A determinação física retira a *voluntariedade* do movimento, impossibilitando o reconhecimento de uma ação. Exemplos: (i) na beira de uma piscina, A é violentamente empurrado por B, vindo a cair sobre uma criança que lá brincava, causando-lhe lesões corporais – nesse caso, não há ação por parte de A, mas apenas de B, autor da coação –; (ii) o pai que, amarrado nas mãos e pés, é obrigado a assistir a morte do filho, sem poder impedi

-la – tem-se aqui uma coação física a determinar uma inatividade –. Não há ação omissiva por parte do pai, mas apenas daquele que o amarrou.

A coação física não deve ser confundida com a figura da coação *moral irresistível*, também conhecida como *vis compulsiva*. A coação moral incide sobre a psique do coagido. Trata-se de uma ameaça, i.e., da promessa de um mal com vistas a romper a resistência do coagido e, desse modo, levá-lo à prática de uma conduta. Nesse caso, não apenas existe ação, como ela poderá ser típica e ilícita. O reconhecimento da coação moral irresistível implica apenas a inexistência de culpabilidade (art. 22 CP). Ex.: Em referência aos exemplos já utilizados, haveria coação moral se, ao invés de empurrar B, A o coagisse a pular sobre a criança, sob a ameaça de uma faca; ou se, no segundo caso, ao invés de amarrar o pai, ele fosse ameaçado de morte pelo coator, mediante o uso de arma de fogo, caso tentasse salvar o filho. Observa-se, por fim, que o *uso de violência física prévia* e a promessa da sua continuidade em caso de resistência não transforma uma coação moral em física. Exemplo: A espanca B até que este ceda à sua vontade e realize a ação por A determinada, consistente na falsificação de um documento. Trata-se, pois, de uma hipótese de coação moral, e não física.

Caso 01 (TJSC, Apel. Crim.): Mulher condenada por não ter impedido o marido de abusar sexualmente das filhas menores (estupro de vulnerável na forma omissiva). Na medida em que era mãe das vítimas, teria o dever legal de impedir os abusos (dever de garantia). Apelo sob a alegação de *coação física irresistível*. Tal quais as filhas, a mãe seria vítima das agressões do marido. O tribunal afastou a alegação de coação física irresistível, mas absolveu por ausência de tipicidade. De fato, não há coação física irresistível, agindo corretamente o tribunal. Entretanto, a solução final atribuída ao caso é

equivocada. Não se trata de exclusão da tipicidade, mas de límpida hipótese de coação moral, a qual, se irresistível, afasta apenas a culpabilidade.

Caso 02 (TJSC, Apel. Crim.): Semelhante ao caso 01, trata-se de mulher acusada de estupro na forma omissiva, por não ter impedido o companheiro de abusar sexualmente da filha menor. A acusada, absolvida em primeira instância, alega ter sido ameaçada por meio de uma pequena foice, a qual teria, inclusive, deixado marcas em seu pescoço. O tribunal confirma a absolvição de primeiro grau, mas inova no fundamento. Reconhece a *ausência de ação* e, por consequência, de tipicidade, em razão da ocorrência de *coação física irresistível* (ameaça realizada por meio da foice). Esse fundamento, entretanto, é equivocado. A ameaça por meio de uma foice não consiste em coação física, mas moral. A coação física em hipóteses omissivas só é reconhecida em situações nas quais há *impossibilidade física* de agir (alguém estar amarrado, por ex.) e não nos casos em que a omissão decorre da decisão de não agir para não sofrer o mal prometido por meio da coação (não age, para não ser morta, p. ex.). Nos casos de omissão decorrente da promessa de um mal, está-se diante de um lídimo problema de culpabilidade, no qual deverá ser analisado se era exigível do réu conduta diversa (i.e., se, apesar da coação, ele deveria ter agido) ou se tal comportamento era dele inexigível, configurando uma hipótese de coação moral *irresistível*. Um segundo equívoco reside no reconhecimento de *atipicidade*, por decorrência da ausência de ação. Para a *teoria final da ação*, o exame da conduta antecede ao da tipicidade, de modo que, na ausência de ação, a tipicidade sequer chega a ser analisada.

(c) Comportamentos desprovidos de consciência: corresponde a movimentos praticados em estados de inconsciência, o sono profundo, o

desmaio, a hipnose, a embriaguez letárgica, entre outros.

Os estados hipnóticos tem levantado alguma controvérsia. Lenckner e Eisele assinalam que a hipnose, na realidade, consiste em uma "perturbação do conhecimento", e não propriamente uma ausência de consciência, o que resultaria apenas na exclusão ou redução da culpabilidade. Roxin, por sua parte, observa que ela não pode ser equiparada aos movimentos causados por sonhos, uma vez que, diferente daqueles, na hipnose a ação é transmitida psiquicamente e adaptada ao mundo circundante. Observa que haveria uma espécie de "barreira de caráter" (*Charakterschranke*) que impediria a execução pelo hipnotizado de ações estranhas à sua personalidade, como, p. ex., a prática de um delito. Desse modo, e partindo de uma ideia de conduta como manifestação da personalidade, reconhece o autor nesses casos a existência de ação, independentemente da problemática atinente à consciência do atuar.

(d) Movimentos reflexos (puramente somáticos): não se reconhece a existência de ação em movimentos puramente somáticos. Trata-se de comportamentos (positivos ou negativos) determinados por "estímulos dirigidos diretamente ao sistema nervoso autônomo" e que, por essa razão, se apresentam desprovidos de voluntariedade. São manifestações meramente corporais. A título de ilustração, a doutrina costuma referir o ataque de epilepsia, o espirro, o rubor emocional, o vômito insuscetível de contenção, a convulsão decorrente de um choque elétrico, entre outros.

Problemático tem se mostrado o tratamento jurídico dispensado aos *movimentos reflexos sob influência psíquica* e aos denominados *atos automáticos*. Em ambos os casos não seria possível identificar consciência,

voluntariedade, finalidade ou planificação, o que levaria à conclusão pela ausência de ação. Contudo, o inequívoco interesse jurídico-penal sobre tais atos tem conduzido a tentativas de reconhecimento de uma ação, o que bem ilustra o enfrentamento da matéria na obra de Roxin. Vejamos:

(i) Movimentos reflexos sob influência psíquica: diferente dos movimentos reflexos puramente somáticos, haveria situações em que o movimento reflexo encontra-se "sob influência psíquica", i.e., em que o movimento é "transmitido psicologicamente e dirigido a um objeto", como ocorre nos movimentos reflexos de defesa. Conquanto não haja aqui uma "reflexão consciente", Roxin sustenta haver uma manifestação da personalidade e, assim, uma ação (sobre o conceito de ação em Roxin, *vide infra*). Ex.: ao fazer uma curva, entra um inseto pela janela do veículo e vai contra os olhos do motorista, o qual realiza "'um movimento defensivo brusco' com a mão", perdendo o controle do carro e ocasionando uma colisão.

(ii) Atos automáticos: é uma característica do comportamento humano a automatização de movimentos realizados repetidamente e por um longo período de tempo, como se pode observar, p. ex., nos movimentos realizados ao dirigir: debrear, frear, fazer marchas, acelerar, etc. Esta automatização retiraria do movimento a reflexão consciente, permitindo uma prática mais rápida. Contudo, embora desprovida de consciência, ainda assim seria possível, na perspectiva do autor, reconhecer a existência de uma ação, na medida em que "as disposições para a ação apreendida pertence à estrutura da personalidade". Ex.: dirigindo o seu veículo à noite, em uma velocidade de 90 km/hora, o motorista é surpreendido por um animal do tamanho de uma lebre a 10 ou 15 metros à frente. Com o objetivo de desviar do animal, o motorista gira a direção para a esquerda, chocando-se

com o *guard rail* e causando a morte do passageiro.

3. Notas Críticas Acerca da Função de Delimitação

Em que pesem os esforços empreendidos e a aparente simplicidade e correção dos critérios apresentados, a pretensa função de delimitação não é realizável por um conceito de ação pré-típico, seja ele qual for (sobre as diferentes teorias, *vide infra*). As soluções propostas, que no mais das vezes não passam de critérios de imputação indevidamente antecipados, resultam, não raramente, confusas, contraditórias e, em termos metodológicos, impossíveis. Vejamos aqui, a título de ilustração, apenas dois pontos:

(a) Primeiro. A ação é um comportamento exclusivamente humano. O único aspecto de relevo dessa assertiva, ponto de partida dos mais variados conceitos, diz respeito ao problema da pessoa jurídica como sujeito ativo de crime. Independente do mérito da questão, que aqui não está em jogo, não é difícil de perceber que os estritos limites de um conceito pré-típico de ação – isto é, de um conceito elaborado em um espaço prévio aos juízos próprios da juridicidade penal e, portanto, sem acesso a eles – não é, definitivamente, o foro adequado para discutir tal matéria. Mais. Quando se afirma um conceito de ação exclusivamente humano e dele se vale para afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que se tem na realidade é uma límpida petição de princípio. Um conceito assim formulado é mais o resultado de um posicionamento de base ideológica, dogmática, político-criminal e/ou criminológica do que uma premissa natural ou social em si mesmo válida que possa predeterminar à partida toda a estrutura teórica do crime. Em outras palavras, há muitas razões para se opor à responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas o conceito de ação não é uma delas.

(b) Segundo. Os critérios utilizados, aparentemente independentes da juridicidade penal, são em realidade critérios de imputação. (i) A coação física só exclui a ação se for irresistível. Ser ou não irresistível não é algo, porém, que possa ser determinado sem critérios de valor, como se correspondesse a um simples cálculo de forças físicas. Não há dúvida de que há relevo penal se, p. ex., a pessoa empurrada na beira da piscina contribuiu de forma negligente para o fato; ou se o pai, por negligência, não percebeu que havia como escapar das amarras e impedir a morte do filho. (ii) Da mesma forma, os atos em estado de inconsciência ou os movimentos reflexos irão excluir a ação apenas nos casos em que não houver responsabilidade na forma de *actio libera in causa*. Isso significa que, para aplicar o critério de exclusão da ação, é preciso analisar a responsabilidade jurídico-penal do fato na sua inteireza, vale dizer, é preciso ingressar no âmbito da tipicidade e considerar o fato a partir dos respectivos critérios de imputação. E, se isso é assim, não faz sentido algum, após a conclusão da análise jurídico-penal, retornar à fase da ação para excluí-la. Muito pelo contrário. Tal regressão é impossível. Dado o método de análise escalonado, só há a verificação da tipicidade, se houver ação. Logo, impossível chegar à tipicidade, sem o reconhecimento prévio da existência de uma ação. E, *in casu*, como se vê, é impossível reconhecer uma ação, sem a análise prévia da tipicidade. (iii) No que se refere à omissão, não é diferente. Só se pode falar em omissão se houver possibilidade de ação. O comportamento do pai que, em razão de estar amarrado, não pôde salvar o filho (*vide supra*) apenas não configuraria uma ação se reconhecida a impossibilidade de agir. Ocorre que a possibilidade de agir depende diretamente do grau de exigência aplicada ao sujeito (i.e., natureza, fundamento e extensão do dever de agir) e de elementos estritamente

pessoais e circunstanciais, implicando uma análise que é própria do juízo de imputação nos crimes omissivos. (iv) A exigência de consciência é quase uma constante em todas as diferentes teorias da ação: sem consciência não há ação. Contudo, como bem reconhece Roxin (*vide supra*), ela não está presente em casos de indiscutível relevo penal, como nos movimentos reflexos sob influência psíquica e nos atos automáticos. Pois é exatamente o prévio reconhecimento de relevo penal que leva a esforços no sentido de contornar o problema no âmbito da ação, o que demonstra ser esse nada mais do que uma antecipação de critérios de imputação e não, como se quer fazer crer, um juízo neutro em termos jurídico-penais, pautado por categorias do ser ou da pessoa.

Por fim, poderia se pensar que o impasse da função de delimitação residiria exclusivamente no caráter pré-típico da ação, contornável por meio de um conceito crítico de ação como realização do tipo. Uma tal conclusão, porém, seria equivocada. Não é possível atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, resultando, ao fim e ao cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado.

4. A Evolução Histórica do Conceito de Ação e as Razões Para o Seu Abandono

4.1. O Conceito Causal (Natural) de Ação

O conceito causal de ação remonta à denominada *concepção clássica de crime*, desenvolvida no final do século XIX na Alemanha, a partir, principalmente, dos célebres escritos de Franz von Liszt e Ernst Beling. Estabelecida a partir dos pressupostos ideológicos e metodológicos do então hegemônico positivismo naturalista, a concepção clássica do crime

empenhava-se em realizar no direito penal os ideais de exatidão científica próprio das ciências naturais. Buscava-se o máximo possível em termos de objetividade, ordem e segurança, e, para tanto, valia-se de conceitos limitados a realidades perceptíveis pelos sentidos, a realidades do mundo natural. O conceito de ação, nesse contexto, como pedra angular de todo o sistema penal, deveria atender de forma ideal a essa precisa pretensão, deveria ser constituído exclusivamente por realidades sensíveis. O positivismo jurídico, em termos gerais, corresponde a uma corrente de pensamento amplamente difundida na segunda metade do séc. XIX e marcada, dentre outras coisas, pelo repúdio a toda e qualquer forma de metafísica, em prol de uma perspectiva empirista. O conhecimento deveria ser produzido nos estritos limites da experiência, da observação dos fatos sensíveis e da causalidade. Propunha, na precisa síntese de Cabral Moncada, "a sujeição de toda a vida da cultura aos esquemas das ciências naturais, com a entronização da ideia de causalidade mecânica". E assim agindo, acabava por representar "não só uma mecanização de todo o pensamento, mas uma subestimação, ou mesmo um total desprezo, por todos os conteúdos ideais e espirituais da vida tanto do indivíduo como da sociedade".

Embora o conceito causal de ação tenha sofrido variações significativas ao longo do seu desenvolvimento – como, aliás, não poderia ser diferente –, uma das elaborações mais expressivas desse período pode ser encontrada na 3ª edição do *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de v. Liszt. Nessa obra, publicada em 1888, propunha o autor uma definição de ação estabelecida na "causação de uma modificação no mundo exterior realizada por meio de um movimento corporal humano voluntário". Haveria, por um lado, a exigência constante, e para todas as formas de aparição do crime, dos elementos exteriores *movimento corporal*

humano e modificação do mundo exterior, unidos entre si pelo *nexo de causalidade* (causalidade percebida nos termos da teoria da equivalência das condições), e, por outro, a exigência de um elemento subjetivo, a *voluntariedade*.

Beling, em contrapartida, defendia um conceito mais enxuto de ação. Segundo o autor, a teoria da ação não deveria contemplar elementos próprios do fato criminoso, como o resultado, o objeto da ação e a causalidade, na medida em que a ausência desses elementos não afetaria a existência de uma ação em si, mas sim as características de uma determinada ação existente. Afastando tal conteúdo do conceito de ação, restaria, para fins de verificação da sua existência, a simples constatação da realização voluntária de um movimento corporal ou de um não-movimento corporal. A ação seria definida como mero "comportamento humano voluntário", a compreender tanto a ação em sentido estrito (movimento corporal voluntário), como o comportamento omissivo (imobilidade voluntária). Conceito que, por sua tão reduzida conformação, recebeu do próprio Beling a designação de "fantasma exangue".

O conceito causal, e como de pronto se pode intuir, não logrou atender às funções pretendidas pelo conceito de ação. Da mesma forma que a sua teoria de base, o positivismo-naturalista, mostrou-se manifestamente incapaz de compreender e lidar com as coisas do direito penal, também o conceito causal apresentou-se inapto em formular um conceito unitário de ação.

Primeiramente, é preciso ter em conta que a tentativa de reduzir o fato criminoso a realidades psicofísicas implica não apenas distorções significativas, mas o efetivo e deliberado abandono daquilo que há de mais próprio na infração criminal: o seu sentido social. Descrever a ação *stricto sensu* como inervação muscular voluntária ou o esforço de Beling

em reduzir a omissão a um fenômeno psicofísico, manifesto na contenção dos nervos motores – *in verbis*: “a omissão é contenção dos nervos motores; a vontade domina os nervos aqui tal qual na estimulação do corpo: ela direciona-se contra a inervação e a concentração muscular” – produzem pronto estranhamento, dado o seu distanciamento em relação à realidade da vida. Esse distanciamento poderia ser compensado, é verdade, se correspondesse a um desvelar do efetivo conteúdo dessas categorias, eventualmente turbado em sua percepção comunitária. Mas não é esse o caso. Pelo contrário. A submissão do direito penal aos estritos domínios do mundo do ser mostrou-se, além de arbitrária e pouco útil, verdadeiramente irrealizável. A omissão, p. ex., não existe em um mundo estritamente psicofísico. Ela até pode ter uma feição psicofísica, mas jamais existência psicofísica, na medida em que a sua existência está necessariamente condicionada a um elemento estranho ao mundo do ser: o dever de agir. E ademais, nem mesmo uma sua eventual feição psicofísica poderia ser limitada à contenção dos nervos motores. A ideia de contenção pressupõe a de impulso, i.e., de algo a ser contido. Em outras palavras, teria que se pressupor uma espécie de impulso natural de ação em atender o dever jurídico, o qual, na omissão, viria a ser voluntariamente contido pelo sujeito. Isso, porém, é claramente insustentável. Ao sonegar impostos, v.g., o omitente certamente não está a conter um impulso natural de recolher tributos.

Independente disso, o fato é que um conceito de ação estabelecido nos elementos *movimento corporal, voluntariedade, modificação do mundo exterior e causalidade*, como proposto por v. Liszt, não é capaz de contemplar o comportamento omissivo e nem mesmo a totalidade dos delitos comissivos, fracassando, assim, também no

atendimento da função classificatória. Causalidade e modificação do mundo exterior não são, evidentemente, características dos crimes omissivos – o pai que assiste o filho morrer afogado sem agir em seu socorro não é causa físico-mecânica da morte do filho, mas sim o afogamento e os elementos da sua cadeia causal, isto é, o pai não causa a morte do filho e sim deixa de impedi-la –; e nem todos os delitos comissivos modificam o mundo exterior, como bem ilustra a conduta de violação de domicílio cuja feição natural restringe-se ao próprio comportamento de entrar ou permanecer em casa alheia ou em suas dependências (art. 150 CP).

Por mais que v. Liszt, nas primeiras edições do seu *Lehrbuch*, tenha se esforçado em demonstrar a causalidade da omissão, tal pretensão acabou por ser por ele mesmo abandonada. Na edição brasileira de 1899, traduzida por José Hygino Duarte Pereira, v. Liszt já reconhecia que, diferente dos crimes comissivos, nos crimes omissivos haveria apenas uma *equiparação* entre o não impedimento do resultado e a sua causação. “Esta equiparação”, são palavras do autor, “não significa que se deva também ver no não impedimento uma causação do resultado: a punibilidade da omissão é completamente independente de sua causalidade”. Admitindo ainda que o não impedir poderia ser punido de forma mais branda que o causar e, inclusive, que a omissão poderia ser punida independente do resultado.

De outra parte, também o conceito de ação de Belling, ainda que reduzido a elementos mínimos (conduta humana e voluntariedade), não se mostrou apto a superar os problemas enfrentados pela elaboração de v. Liszt. A configuração demasiadamente enxuta do conceito de ação colocou, de pronto, problemas relativos à função de união. Uma noção de ação reduzida à simples ideia de movimento corporal voluntário falha em

apresentar um conteúdo material apto a figurar como elemento de base para os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Problema, aliás, reconhecido por Beling ao designar o seu próprio conceito como fantasma exangue e de certo modo solucionado com a proposição do tipo (e não da ação) como conceito de base e pedra angular da teoria do crime. De outra parte, no que tange especificamente à função classificatória, observa-se que nem mesmo a singela noção de voluntariedade pode ser exigida de todas as formas delitivas. Tal é o que ocorre nas hipóteses de crimes omissivos por culpa inconsciente, como, v.g., na omissão do dever de agir, por esquecimento imputável a título de negligência. Não há, aqui, qualquer voluntariedade por parte do agente, uma vez que ele sequer se ocupa de forma intelectual acerca da “ação” cometida por si. Além do mais, não nos parece igualmente solucionar a questão, valer-se de uma concepção de voluntariedade potencial, isto é, no fato de ter havido a possibilidade de atender voluntariamente ao mandamento de agir, eis que se manifestar de forma voluntária e ser possível manifestar-se de forma voluntária não apenas são categorias logicamente distintas, como a afirmação desta nega a própria existência *in concreto* daquela.

4.2. O Conceito Final de Ação

Valendo-se do agir doloso como paradigma do fenômeno delitivo e buscando uma elaboração de base ontológica, Hans Welzel, na primeira metade do século XX, propugnava um conceito de ação centrado na ideia de *finalidade*. “A finalidade ou o caráter final da ação”, afirmava Welzel, “fundamenta-se no fato de o homem, graças ao seu saber causal, poder prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecer, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade,

conforme o seu plano, à consecução desses fins”.

A finalidade era elevada à posição de “coluna vertebral da ação final” e, por consequência, o reconhecimento da existência de uma ação humana passava a demandar a verificação de determinadas fases dessa finalidade, a desenvolver-se, inicialmente, (i) em um plano interno, meramente mental, com (a) a antecipação do fim perseguido; (b) a seleção dos meios adequados e (c) a consideração dos efeitos concomitantes; e, em segundo momento, (ii) em um plano externo, com a colocação em prática do curso causal adequado à obtenção do já anteriormente planejado.

A tentativa de superação do modelo causal, portanto, não se dava a partir de uma efetiva *substituição* dos seus pressupostos, dentre os quais a causalidade, mas sim de uma *complementação* pelo elemento finalidade. O pretendido paradigma ontológico é, isto sim, erigido a partir da *combinação* desses dois elementos de natureza igualmente ontológica: causalidade e finalidade. Daí afirmar corretamente Marinucci que o “torto” ontológico da teoria causal não está, aos olhos do finalismo, na valorização da causalidade, mas em havê-la dissociado da finalidade.

Em oposição a esse modelo, todavia, levantam-se inúmeras críticas, que, conquanto tenham sido repetidamente consideradas pelas tentativas de correção não só de Welzel como de muitos outros finalistas, não obtiveram respostas satisfatórias. No que tange muito particularmente à função classificatória, em relação à qual a manutenção de um critério ontológico de causalidade já deixa intuir as dificuldades, os problemas se tornam absolutamente insuperáveis. Não há causalidade ontológica na omissão e, por isso, menos ainda, a possibilidade de *controlar o curso causal no sentido de atingir os fins planejados*. E, se isso é assim,

simplesmente não há como reconhecer na omissão uma ação em sentido final.

Roxin chega a afirmar que hoje já não se discute sobre a incapacidade de o conceito final de ação figurar como elemento primário do sistema jurídico-penal, eis que, pela ausência de causalidade na omissão, torna-se impossível absorver essa particular forma de expressão do ilícito-típico.

Diante desse impasse, Welzel busca contornar a questão, por meio da defesa do fenômeno omissivo como *omissão de uma ação final*. Ao omitir, o sujeito deixaria de praticar uma ação final possível. E, nesta medida, de forma semelhante ao que se passa na teoria causal, afirma a existência de finalidade também na omissão, porém agora de uma "finalidade potencial". Da estrutura da direção final da ação, afirma Welzel, deve desprender-se a "capacidade de ação", necessária ao "poder final do fato".

Essa solução, porém, também não satisfaz. Aqui valem as mesmas objeções direcionadas à teoria causal. Ação e capacidade de ação, finalidade e finalidade potencial, não são, em hipótese alguma, categorias equivalentes ou, ao menos, que permitam um denominador comum. Trata-se, na verdade, levando em consideração as premissas do próprio autor, de categorias que se excluem mutuamente. Só faz sentido falar em finalidade potencial e capacidade de ação na ausência, respectivamente, de finalidade real e de ação real, i.e., de uma determinada ação que, embora possível ao sujeito, não chegou a ser praticada, não chegou a existir. Daí absolutamente impossível retirar da *capacidade de ação* o elemento básico comum das manifestações comissivas e omissivas do ilícito-típico: capacidade de ação não é ação.

Por fim, ainda no que diz respeito ao conceito de ação potencial, vale também ter em conta que tal raciocínio só é possível à luz de uma *expectativa de ação*

informada pelo tipo penal, o que, por si só, contradiz a pretendida natureza ontológica e pré-típica da ação finalista. Em uma dimensão verdadeiramente ontológica, a própria categoria da capacidade de ação é inimaginável. Sua natalidade está condicionada a exigências axiológicas estabelecidas, *in casu*, pela norma penal. Somente haverá omissão, caso haja uma determinação de agir, caso o sujeito tenha deixado de praticar uma ação que era dele exigida. Não há como se cogitar a omissão de uma ação, sem o dever de praticá-la. Assim, para a formulação de um qualquer juízo acerca da "omissão de uma ação", é preciso uma referência típica prévia à consideração acerca da ação final, de forma a identificar a existência de um dever descumprido, o que, por conseguinte, como se percebe, subtrai totalmente a pretendida dimensão ontológica pré-típica do finalismo.

De mais a mais, também os crimes culposos não são adequadamente explicados por meio de uma ação final. Como já bem assinalava Eduardo Correia, ainda que se possa falar em uma ação descuidada dirigida finalmente, a verdade é que ela, na medida em que não contempla o resultado indesejado, "não pode servir de base à teoria do crime". O descuido não é parte da finalidade da ação. E não o sendo, a exigência de uma ação final pouco terá a dizer no âmbito do ilícito-típico culposos.

4.3. O Conceito Social de Ação

A partir de fortes críticas aos conceitos causal e final de ação, os defensores do modelo social propõem uma mudança de perspectiva acerca da questão. Ao invés de empreender esforços no sentido de uma definição ontológica, julgam ser possível a obtenção de um conceito unitário e pré-típico de ação a partir de uma outra dimensão, a partir da sua dimensão social. Apenas as ações

socialmente relevantes poderiam ser consideradas detentoras de relevo jurídico. E, desse modo, não mais categorias do mundo do ser, como a causalidade ou a finalidade, mas sim um elemento de cariz axiológico, a relevância social, passa a ser o núcleo do conceito de ação, a constituir o denominador comum das mais variadas elaborações que, desde Eberhard Schmidt, nesse âmbito, têm sido propostas. A ação torna-se, na elaboração de Jescheck e Weigend – alguns de seus mais célebres adeptos –, o “comportamento socialmente relevante”; ou ainda, na doutrina de Wessels e Beulke, “o comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade”. As vantagens de um conceito de natureza normativa, principalmente no que tange à função classificatória, são evidentes. Ação e omissão, nos limites do mundo do ser, são insuscetíveis de serem reduzidos a um conceito único, mas não o são em uma dimensão valorativa. Tanto a ação como a omissão podem, sim, ser percebidas em uma dimensão valorativa pré-típica, a partir da relação do “comportamento humano com o meio ambiente” ou, mais especificamente, no que se refere à omissão, a partir de expectativas de ação socialmente fundadas. E, se isso é assim, partindo desse pressuposto, seria possível, em tese, conduzi-los a um conceito único, atrelado a esse juízo de valor prévio à juridicidade penal.

O reconhecimento dessas qualidades, porém, não impediram que o conceito social enfrentasse igualmente inúmeras dificuldades e, como as demais, acabasse por fracassar no atendimento às múltiplas funções atribuídas à ação como *Oberbegriff*. A começar pelo que há de mais elementar, nota-se, na companhia de Roxin, que a teoria social não oferece, em verdade, um conceito de ação propriamente dito, isto é, um *substantivo* ao qual estariam vinculados os atributos típico, ilícito e culpável, nos termos da função de união. Ela apenas atribui mais um

predicado à ação, consistente na relevância social. Tendo ou não relevância social, permanece a ação, restando saber, afinal, em que consistiria essa “ação” remanescente. Isso por um lado. Por outro, esse sim o grande desafio do conceito social, está a definição de *socialmente relevante*. Sendo essa a pedra de toque do conceito, dela depende o atendimento das respectivas funções. Justamente nesse preciso ponto, contudo, percebe-se limitações insuperáveis.

À primeira vista, levando em consideração uma noção ampla de relevância social, pode-se dizer que todas as condutas que o conceito de ação busca excluir, como hipóteses de coação física irresistível, atos em estado de inconsciência e movimentos reflexos, seriam na realidade socialmente relevantes, defraudando assim a função de delimitação. Não é essa, todavia, a pretensão do conceito social. Pelo contrário. Ele busca uma ideia de relevância social bem mais restrita, capaz de conservar o potencial limitativo do conceito e, desse modo, a sua função de delimitação. Ocorre que, ao tomar esse caminho, o juízo de relevância social acaba por aproximar-se demasiadamente do tipo legal de crime, tendo como consequência a perda da sua autonomia valorativa (ela confunde-se com a valoração contida no tipo) e o esvaziamento da função de união. Indo ainda mais além, e de modo muito incisivo, Marinucci chega a afirmar que, enquanto a teoria finalista busca dar conteúdo ao conceito de ação antecipando o *dolo*, a teoria social busca o mesmo resultado antecipando a *culpa*.

Para superar o déficit de delimitação, é comum o esforço da teoria social no sentido de atribuir mais consistência ao conceito, mediante o recurso a categorias estranhas à dimensão social, como a voluntariedade, a dominabilidade, a controlabilidade etc., as quais, por sua vez, colocam outros problemas. A

voluntariedade acarreta as mesmas dificuldades já opostas aos modelos anteriores: nem todos os delitos têm na sua base uma ação voluntária, como é caso da omissão por culpa inconsciente (ex.: o simples esquecimento de um dever do qual decorre um resultado típico). A dominabilidade e a controlabilidade, por seu turno, são categorias próprias da imputação jurídico-penal e, desse modo, insuscetíveis de serem antecipadas a um momento valorativo anterior ao tipo, sem com isso defraudar a função de união.

Por fim, no que tange à relevância social propriamente dita, conquanto se possa reconhecer autonomia a uma dimensão valorativa pré-típica, não se pode negar que, em muitos casos, é o próprio tipo que determina o que é ou não socialmente relevante. Excluída, de pronto, pelas razões já acima expostas, uma ideia de relevância social *lato sensu*, a busca pelo relevante ou irrelevante socialmente acaba, não raramente, por se aproximar de categorias de imputação – como, aliás, bem ilustra a categoria *risco permitido* – e, desse modo, da valoração jurídico-penal ínsita ao tipo (ex.: se a direção de um veículo automotor é ou não socialmente relevante depende de se a condução está ou não conforme as regras de trânsito). Nos crimes omissivos, aliás, isso é ainda mais exuberante. É verdade que há expectativas sociais autônomas em relação aos deveres de agir penalmente recepcionados, como seria o caso de uma omissão de um dever de socorro. Mas é igualmente verdade que em outras situações é o próprio direito penal que define o dever de agir (ex.: omissão de notificação de doença, art. 269 CP), tornando impossível a sua apreciação social sem o necessário referencial jurídico-penal.

4.4. O Conceito Negativo de Ação

Sob a denominação de *conceito negativo de ação* têm sido reunidas

elaborações que buscam na ideia de *evitabilidade* um elemento comum entre ação e omissão, capaz de conduzir a uma definição unitária de ação. O seu primeiro desenvolvimento costuma ser atribuído a Herzberg, em escrito datado de 1972 (*Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*), segundo o qual, “em termos jurídico-penais”, “age quem, como garante, não evita algo que podia evitar”. E, nessa linha, defende o autor que a ação deve ser entendida como “o não-evitar evitável em posição de garante”. Orientação semelhante pode ser surpreendida nos trabalhos de Behrend (1979) – ação é a “não evitação evitável da situação típica”- e, mais recentemente, no curso de direito penal de Jakobs – “conduta é a evitabilidade de uma diferença de resultado” –.

Elaborado nesses termos, o conceito negativo tem enfrentado pontos de oposição irrefutáveis. Já à partida, equivoca-se em uma questão fundamental. Da mesma forma que as tentativas de elaboração de um conceito unitário de ação a partir da *ação positiva* (ação em sentido estrito) fracassam ao generalizar indevidamente elementos estranhos ao fenômeno omissivo, também a tentativa de elaboração de um conceito unitário a partir da omissão, dando origem a uma espécie de “supraconceito de omissão”, enfrenta problemas de igual natureza. A generalização de elementos próprios da conduta omissiva não apenas transporta para o agir uma realidade que não lhe é condizente, como, em razão da própria natureza normativa da omissão, acaba por antecipar na pré-tipicidade elementos de imputação. Como é facilmente perceptível, a *evitabilidade* de um determinado resultado não é uma questão que possa ser resolvida em âmbito pré-típico, mas problema específico de imputação penal ou, mais propriamente, de imputação objetiva.

4.5. O Conceito Pessoal de Ação

Dentre as elaborações mais recentes, merece especial atenção o conceito desenvolvido por Claus Roxin. Além da notável influência do pensamento de Roxin nos últimos desdobramentos da dogmática penal, o seu conceito de ação surge em um contexto muito particular. Em escrito publicado em 1962, sustentava o autor – na linha do que se tem aqui defendido – que nenhuma teoria da ação poderia constituir a base do sistema penal, acrescentando que “não se pode solucionar nenhum problema jurídico com conceitos que são prévios aos conteúdos de sentido jurídico”. Após esse primeiro momento de ceticismo, todavia, o autor revê o seu posicionamento e passa a empreender esforços em sentido diametralmente oposto, propondo uma nova teoria da ação, por ele denominada de conceito pessoal.

Em uma formulação aparentemente singela, a teoria pessoal define ação a partir de apenas dois elementos, “manifestação” e “personalidade”. Ação é simplesmente a “manifestação da personalidade”, entendendo como tal “tudo o que for atribuível a um ser humano como centro de ação anímico-espiritual”. Estariam excluídas, nessa medida, todas as “reações” meramente somáticas que não estão “submetidas ao controle do Eu” (i.e., manifestações que não são dominadas ou domináveis pela vontade e consciência), uma vez que não consistiriam em manifestações da *personalidade*. De outra parte, sustenta que, conquanto os pensamentos e impulsos da vontade façam parte da “esfera anímico-espiritual da pessoa”, ao manterem-se em uma dimensão interna, não caracterizariam uma *manifestação* da personalidade.

O conceito de Roxin, em que pesem seus méritos, não tem melhor sorte que os demais. Já à partida, percebe-se uma problemática dependência, senão mesmo identidade, entre as noções de *personalidade* e *dominabilidade/controlabilidade*: para que uma

determinada manifestação humana possa ser considerada manifestação da *personalidade* é preciso ser, ao menos, *dominável* pela vontade e pela consciência. Esse recurso, presente também na teoria social, sujeita-se às mesmas críticas lá formuladas. Dominabilidade e controlabilidade não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação. Além disso, não é aplicável a todos os casos, como bem ilustra as hipóteses de *movimentos reflexos* e *ações automáticas* no trânsito. Este controvertido grupo de casos – já levantado como motivo de objeção às teorias causal e final em razão da ausência de *voluntariedade* e *finalidade*, respectivamente – são caracterizados justamente pela falta de “reflexão consciente”, o que, aliás, reconhece o próprio autor (*vide supra*). E, se isso é assim, se não são providos de consciência, não se pode falar em dominabilidade pela vontade e consciência.

Para superar o problema, Roxin reconhece a existência de uma “direção final interna” ou “finalidade inconsciente” e defende a presença do que denomina “adaptação do aparato anímico a circunstâncias ou eventos do mundo exterior”, a qual, segundo afirma, estaria inserido na ideia de personalidade. O caminho proposto, porém, não conduz a bom termo. Pelo contrário. Ao invés de contribuir para a solução da questão, o surgimento desse novo critério leva a três objeções que alcançam a teoria como um todo. Primeiro, que a sua elaboração atende à “necessidade” jurídico-penal de reconhecer aqui uma ação. Em outras palavras, que o conceito pessoal de ação está, na verdade, informado pelo próprio tipo penal e, assim, busca conformar aquilo que é jurídico-penalmente interessante, defraudando desse modo a função de união. Segundo, que a possibilidade de reconhecer uma “direção final interna” – conceito que reclama um maior desenvolvimento – estaria prejudicada a

priori pelo critério inicial de dominabilidade. Não se pode esquecer que, para Roxin, somente é manifestação da personalidade, aquilo que for dominável pela *vontade e consciência*, aqui inexistente. A sua inserção, portanto, como categoria secundária (i.e., posterior ao critério “vontade e consciência”) é impossível e, se anterior, termina por esvaziar o critério inicial. Terceiro, que esta multiplicidade de critérios extraídos do conceito de *personalidade* implica uma noção de personalidade excessivamente aberta e pluriforme, incapaz de atender adequadamente à função de delimitação.

De outra parte, no que tange à função classificatória ou, mas precisamente, à pretensão de reunir ação e omissão sob um único conceito, melhor êxito não tem a proposta de Roxin. É bem verdade que o autor sustenta a existência de uma dimensão valorativa na categoria “manifestação da personalidade”, a qual, fundada nas expectativas sociais, possuiria a capacidade de apreender a omissão em um momento pré-típico (ex.: alguém, de forma intencional, não saúda um velho conhecido). Contudo, isso está longe de solucionar a questão. Em primeiro lugar, importa saber a partir de qual critério o conceito pessoal de ação pretende avaliar a ocorrência do não-atendimento de uma “expectativa de ação”. A aplicação do critério inicial, isto é, das emanações anímico-espirituais do ser humano, em nada contribui nesse sentido. Onde residiria, então, o referencial axiológico necessário para tanto? A resposta está novamente no já *ilimitado* conceito de personalidade. Segundo observa o próprio autor, a personalidade não consistiria em apenas um elemento, mas em “múltiplas categorias valorativas”.

Essa ampla conformação, todavia, impõe a aceitação de uma entre duas alternativas. Ou se deve reconhecer uma tal amplitude à personalidade (para além daquela já acima constatada) que a tornaria absolutamente impraticável como

critério; ou se deve aqui reconhecer uma aproximação com o conceito social de ação, substituindo todas essas “múltiplas categorias”, por uma categoria ampla de “relevância social”, sujeita, nesta medida, a todas as críticas que lhe são opostas, inclusive pelo próprio Roxin.

Não bastasse isso, mesmo que a personalidade se apresentasse como critério suficientemente delimitado para as funções axiológicas a que se propõe, a verdade é que, ainda assim, não estaria apta a propiciar um correto atendimento à função de união. A única avaliação axiológica que interessa para a apreciação da omissão jurídico-penal, consiste, como já tivemos oportunidade de observar, na avaliação permitida pela tipicidade, resultando absolutamente desnecessárias outras considerações de cunho valorativo. Nem sempre haverá o não-atendimento de expectativas prévias àquela noticiada pelo tipo penal, o que, obviamente, retira a possibilidade de identificar a omissão em uma dimensão pré-típica.

Em postura científica exemplar, Roxin reconhece, neste particular, as limitações do seu conceito de ação. Segundo o autor, existem hipóteses em que o tipo penal é efetivamente o primeiro fator de consideração axiológica, fator primeiro de conversão de um não-fazer em uma omissão jurídico-penalmente relevante (como, v.g., costuma ocorrer nas legislações penais no âmbito da economia, comércio e indústria). Nesses casos, afirma ele, “não há ação antes do tipo”, é, em realidade, o tipo que pressupõe a ação.

5. Conclusões

Diante de todo o exposto, tem-se como incontornável a conclusão acerca da necessidade de reformulação tanto do conceito de ação, como do seu lugar e função no âmbito da dogmática penal. E, para tanto, voltamos às proposições que abrem o presente estudo.

(a) Em termos conceituais: por ação

(ou conduta) em direito penal deve-se entender o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime.

(b) Em termos sistemáticos: como marco zero da estrutura do crime, propõe-se o conceito de *realização típica*, o qual deverá ser estudado a partir das suas quatro grandes formas de manifestação: tipo de ilícito comissivo doloso, tipo de ilícito omissivo doloso, tipo de ilícito comissivo culposo e tipo de ilícito omissivo culposo. O conceito de ação, por sua vez, embora redimensionado em importância, continua a cumprir um papel fundamental na teoria geral do crime. Torna-se elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação. O conceito proposto não está restrito ao comportamento humano, abrindo-se também à pessoa jurídica como sujeito ativo de crime. Em que pese a larga controvérsia em torno da viabilidade material de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, a opção pelo abandono de um conceito pré-típico de ação impede a sua discussão nessa seara. Qualquer tentativa de seleção do sujeito ativo do crime prévia à análise da tipicidade recolocaria, necessariamente, a atribuição de uma função de delimitação pré-típica ao conceito de ação, o que, neste contexto, não nos parece adequada e nem mesmo necessária.

6. Referências Bibliográficas

¹ Ver Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 219; Dias, Jorge de Figueiredo. Direito penal. Parte geral, tomo 1, 2. ed. portuguesa, 1. ed. brasileira, São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007, p.251 s.; Roxin, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Vol. I, 4ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 238 s.; Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione". Critica di un dogma, Milano: Giuffrè, 1971, p. 3.

² Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p. 238.

³ Algumas sistematizações optam por diferenciar a função definitiva da função de união, como ocorria, por exemplo, na 4ª edição do *Lehrbuch* de Jescheck (na 5ª edição, Jescheck e Weigend deixam de mencionar a função de união) (Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.219). Contudo a grande proximidade existente entre elas parece tornar preferível uma abordagem conjunta, como fazem Roxin e Figueiredo Dias (ver nota 1).

⁴ A renúncia ao conceito de ação como supraconceito da estrutura do crime remonta aos célebres escritos de Beling e Radbruch (Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906, p.v, Vorwort; Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin : Guttentag, 1904, p.141 ss.) e encontra expressão na obra de autores como: Dias, Jorge de Figueiredo. Direito penal. PG, p. 259 ss.; Gallas, Wilhelm. «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», in: Beiträge zur Verbrechenlehre, Berlin : Walter de Gruyter, 1968, p.29; Lenckner, Theodor; Eisele, Jörg. In: Schönke, Adolf; Schröder, Horst. Strafgesetzbuch Kommentar, 27ª ed., München: C. H. Beck, 2006, Vorbem §§ 13 ss., RN 37, p.165; Otto, Harro. Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 6ª ed., Berlin e New York: Walter de Gruyter, 2000, p. 51 s.; Fiandaca, Giovanni; Musco, Enzo. Diritto Penale. Parte generale, 3ª ed., Bologna : Zanichelli, 2000, p.149; Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", *passim*, em exaustiva pesquisa sobre o tema; Roxin, Claus. «Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação», in: Problemas Fundamentais de Direito Penal, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 2ª ed., Lisboa : Vega, 1993, p.108 s., que corresponde à primeira posição de Roxin, publicada originalmente na *ZStW* 74 (1962), p.548 s, posteriormente revista pelo autor (*vide infra*).

⁵ Santos, Jurarez Cirino. Direito penal. Parte geral, 2ª ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.100.

⁶ Reale Júnior, Miguel. Instituições de direito penal. Parte geral, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.131.

⁷ Adotando uma orientação finalista, também Nucci, para quem "conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade" (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. Parte geral, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.189).

⁸ Souza, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.165 s. Sobre o conceito pessoal de ação, *vide infra*.

⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral, vol. I, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.269.

¹⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, p.259.

¹¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, p.267.

¹² Ver Busato, Paulo César. Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.196 ss.; e, do mesmo autor, Direito penal. Parte geral, São Paulo: Atlas, 2013, p.250 ss. e 267 ss.

¹³ Busato, Paulo César. Direito penal, p.269.

¹⁴ Exemplo semelhante em Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.225; Souza, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal, p.168.

¹⁵ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.267.

Sobre a coação *irresistível* no art. 22 do Código Penal, ver Toledo, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.338 s.

⁶ TJSC, Ap. Crim. nº 2013.059921-5, fev. de 2014.

¹⁷ TJSC, Ap. Crim. nº 2011.024760-2, set. de 2011.

⁸ Ver Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. PG, p.272; Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. Parte geral, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.183.

¹⁹ Lenckner, Theodor; Eisele, Jörg. In: Schönke, Adolf; Schröder, Horst. Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem §§ 13 ss., RN 39, p.165.

²⁰ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.269.

²¹ Souza, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal, p.169.

²² Ver Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, p.183; Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. PG, p.272; Souza, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal, p.169; Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.266 s.; Lenckner, Theodor; Eisele, Jörg. In: Schönke, Adolf; Schröder, Horst. Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem §§ 13 ss., RN 40, p.166.

²³ Nesse sentido, Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.269, segundo o qual seria possível falar apenas em uma "direção final interna" ou em uma "finalidade inconsciente". Observa ainda, em comentário aos movimentos reflexos sob influência psíquica, que desde uma perspectiva causal ou de uma perspectiva final da ação, seria preciso negar a existência de uma ação (Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.267).

²⁴ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.267.

²⁵ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.267.

²⁶ Tratamento semelhante tem sido dispensado aos atos impulsivos, denominados de ações *em curto-circuito*, em razão de ter na sua origem um processo psíquico (Lenckner, Theodor; Eisele, Jörg. In: Schönke, Adolf; Schröder, Horst. Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem §§ 13 ss., RN 40, p.166; ver, também, Mezger, Edmund. Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2ª ed., München; Leipzig: Duncker und Humblot, 1933, p. 106 s.; e, entre nós, Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, p.183 s.). Os limites dessa categoria, todavia, não nos parecem suficientemente claros, razão pela qual o seu uso é aqui evitado.

²⁷ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p. 267 s.

²⁸ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p. 267.

²⁹ Jescheck e Weigend tentam contornar esse problema valendo-se de uma "capacidade geral de ação", a qual não levaria em consideração as características pessoais do omitente (Jescheck, Hans

Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p. 225). Tal recurso, todavia, não resolve o problema da natureza jurídico-penal dos referenciais de análise. Mas, ainda que isso fosse superado, uma capacidade meramente geral de ação, alheia à concretude do fato, implicaria o reconhecimento de uma simples presunção de omissão.

³⁰ Em sentido contrário, defendendo a compatibilidade da teoria crítica com uma função negativa remanescente, Lenckner, Theodor; Eisele, Jörg. In: Schönke, Adolf; Schröder, Horst. Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem §§ 13 ss., RN 37, p.165.

³¹ Ver Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts. AT, p. 219 ss.; Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.241 ss.; Dias, Jorge de Figueiredo. Direito penal. PG, p. 239 ss.

³² Kaufmann, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, trad. de Marcos Keel e Manuel de Oliveira, rev. e coord. de António Manuel Hespanha, Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002, p.117 ss.; Moncada, L. Cabral de. Filosofia do direito e do Estado, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra ed., 1955 (2006 reimp.), p.306 ss.

³³ O surgimento do positivismo é muitas vezes atribuída à obra do francês Auguste Comte. Tal paternidade, todavia, não goza de consenso. Segundo Arthur Kaufmann, tal designação só é correta no sentido de que foi Comte quem batizou esta corrente, a partir da ideia de "positivismo" como "limitação da ciência ao que é experimentável = dado 'positivamente'" (Kaufmann, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p.118).

³⁴ Moncada, L. Cabral de. Filosofia do direito e do Estado, p.308 s.; Kaufmann, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p.118.

³⁵ Moncada, L. Cabral de. Filosofia do direito e do Estado, p.311 s.

³⁶ Liszt, Franz v. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3ª ed., Berlin; Leipzig: Guttentag, 1888, p.116.

³⁷ Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, p.14.

³⁸ Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, p.9.

³⁹ Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, p.17.

⁴⁰ Liszt, Franz v. Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze, 1ª ed., Berlin; Leipzig: Guttentag, 1881, p. 70.

⁴¹ Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, p.15.

⁴² Liszt, Franz v. Das deutsche Reichsstrafrecht, 1ª ed. (1881), p. 81 ss.; Liszt, Franz v. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3ª ed. (1888), p.124 ss.

⁴³ Liszt, Franz v. Tratado de direito penal alemão, tomo I, trad. por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p.206 s.

⁴⁴ Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, p.17.

⁴⁵ Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, p. v, Vorwort.

⁴⁶ Ver Roxin, Claus. Strafrecht. AT, vol. I, p. 242.

⁴⁷ Welzel, Hans. Derecho Penal alemán, trad. da 11.º

ed. alemã por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago de Chile : Jurídica de Chile, 1997, p.39. Em célebre assertiva, observava Welzel que a finalidade é "vidende", enquanto que a "causalidade é cega" (Welzel, Hans, Derecho penal aleman, p.40).

⁴⁸ Welzel, Hans, Derecho penal aleman, p.40 s..

⁴⁹ Para uma equiparação crítica entre a *finalidade em si* e a *voluntariedade* dos naturalistas, ver Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p. 72 ss.

⁵⁰ Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p. 70.

⁵¹ Otto, Harro. Grundkurs Strafrecht, p.50.

⁵² Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p. 244. Sobre a dificuldade do conceito final de ação em absorver os fenômenos omissivos, ver também Wessels, Johannes; Beulke, Werner. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 30ª ed., Heidelberg: Müller, 2000, p. 27.

⁵³ Afirma Welzel, nesse sentido, que a "omissão é a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação" (Welzel, Hans. Derecho penal aleman, p. 238).

⁵⁴ Welzel, Hans, Derecho penal aleman, p. 238.

⁵⁵ Nesse sentido, afirma corretamente Roxin que "capacidade para realizar uma ação" não se confunde com a ação em si (Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p. 244).

⁵⁶ Para as suas razões em sentido contrário, ver Welzel, Hans. Derecho penal aleman, p. 239.

⁵⁷ Bem afirma Gallas, no âmbito dos crimes omissivos é possível falar-se, até mesmo, de uma preexistência da norma jurídica em relação ao próprio conceito de conduta (Gallas, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, p.28). Ver, ainda, Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p. 95 s.

⁵⁸ Correia, Eduardo. Direito criminal, Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão), p.248. Também, Dias, Jorge de Figueiredo. Direito penal, p.255.

⁵⁹ Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p. 221 s.

⁶⁰ Na síntese de Otto, Harro. Grundkurs Strafrecht, p.50 (§5/36).

⁶¹ Para quem a ação consistia em uma "modificação do mundo exterior social por meio de um comportamento voluntário" (Liszt, Franz v.; Schmidt, Eberhard. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Einleitung und allgemeiner Teil, 26ª ed., Berlin; Leipzig: Walter de Gruyter, 1932, p.154).

⁶² Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.223.

⁶³ Wessels, Johannes; Beulke, Werner. Strafrecht, p.27.

⁶⁴ Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.223.

⁶⁵ Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.223. Ver também Liszt, Franz v.; Schmidt, Eberhard. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p.154 s.

⁶⁶ Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.223 s.

⁶⁷ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.250.

⁶⁸ Assim, Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.249.

⁶⁹ Essa é a crítica mais comum ao modelo social. Ver Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.249; Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p.256; Otto, Harro. Grundkurs Strafrecht, p.50 s.; Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p. 78 ss.

⁷⁰ Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p.84.

⁷¹ Wessels, Johannes; Beulke, Werner. Strafrecht, p.27.

⁷² Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.223 s.

⁷³ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.249.

⁷⁴ Ver Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p.82 ss.

⁷⁵ Daí observar Marinucci que, ao fim e ao cabo, o que se percebe é uma aproximação do "sentido social" da ação com a noção de "culpa objetiva" (Marinucci, Giorgio. Il reato come "azione", p.85).

⁷⁶ Segundo Roxin, Herzberg foi o primeiro a utilizar o princípio da evitabilidade como base para um conceito unitário de ação (Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.251).

⁷⁷ Herzberg, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin : Walter de Gruyter, 1972, p.177.

⁷⁸ Behrendt, Hans-Joachim. *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden : Nomos, 1979, p.132.

⁷⁹ Jakobs, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.a ed., Berlin; New York : Walter de Gruyter, 1993, p.143.

⁸⁰ Assim, Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.222; Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p.212; Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.252 ss.

⁸¹ Roxin, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 2ª ed., Lisboa : Vega, 1993, p.108, originalmente publicado em *ZStW* 74 (1962), p.548 s.

⁸² Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.256 ss.; ver também, do mesmo autor, *Il concetto di azione nei piu' recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*. In: *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1984, p.2103 ss.

⁸³ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.256.

⁸⁴ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.267 s.

⁸⁵ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.269.

⁸⁶ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.260 s.

⁸⁷ Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.262.

⁸⁸ Conclusão essa que, logicamente, não corresponde à vontade de Roxin. Nesse ponto, importa mencionar a crítica de Jescheck e Weigend, segundo a qual o conceito pessoal seria muito amplo, abrangendo inclusive acontecimentos sem qualquer relevo social (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, p.222). Crítica que é rebatida por Roxin sob o argumento de que a relevância social corresponde a um critério demasiadamente vago e que o conceito de ação deve também compreender fatos desprovidos de relevo social (Roxin, Claus. Strafrecht. AT, p.256).

- ⁸⁹ Nesse mesmo sentido, Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*, p.258.
- ⁹⁰ Roxin, Claus. *Strafrecht. AT*, p.261.
- Beling, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen : J.C.B. Mohr, 1906.
- Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*, vol. I, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- Behrendt, Hans-Joachim. *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden : Nomos, 1979.
- Busato, Paulo César. *Direito penal. Parte geral*, São Paulo: Atlas, 2013.
- Busato, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Correia, Eduardo. *Direito Críiminal*, Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão).
- Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte geral*, 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007.
- Fiandaca, Giovanni; Musco, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale*, 3ª ed., Bologna: Zanichelli, 2000.
- Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Gallas, Wilhelm. *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin : Walter de Gruyter, 1968.
- Herzberg, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin : Walter de Gruyter, 1972.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.a ed., Berlin; New York : Walter de Gruyter, 1993.
- Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Kaufmann, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, trad. de Marcos Keel e Manuel de Oliveira, rev. e coord. de António Manuel Hespanha, Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002.
- Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, trad. de Marcos Keel e Manuel de Oliveira, rev. e coord. de António Manuel Hespanha, Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002.
- Lenckner, Theodor; Eisele, Jörg. In: Schönke, Adolf; Schröder, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München: C. H. Beck, 2006.
- Liszt, Franz v. *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze*, 1ª ed., Berlin; Leipzig: Guttentag, 1881.
- Liszt, Franz v. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3ª ed., Berlin; Leipzig: Guttentag, 1888.
- Liszt, Franz v. *Tratado de direito penal alemão*, tomo I, trad. por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguier, 1899.
- Liszt, Franz v.; Schmidt, Eberhard. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Einleitung und allgemeiner Teil*, 26ª ed., Berlin; Leipzig: Walter de Gruyter, 1932.
- Marinucci, Giorgio. *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Milano: Giuffrè, 1971.
- Mezger, Edmund. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., München; Leipzig: Duncker und Humblot, 1933.
- Moncada, L. Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra ed., 1955 (2006 reimp.).
- Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal. Parte geral*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6ª ed., Berlin e New York: Walter de Gruyter, 2000.
- Radbruch, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin : Guttentag, 1904.
- Reale Júnior, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte geral*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Roxin, Claus. *Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 2ª ed., Lisboa: Vega, 1993.
- Roxin, Claus. *Il concetto di azione nei piu' recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca*. In: *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1984.
- Roxin, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Vol. I*, 4ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- Santos, Jurarez Cirino. *Direito penal. Parte geral*, 2ª ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 1993.
- Souza, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München: C. H. Beck, 2006.
- Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal alemán*, trad. da 11.ª ed. alemã por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago de Chile : Jurídica de Chile, 1997.
- Wessels, Johannes; Beulke, Werner. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 30ª ed., Heidelberg: Müller, 2000.