

ANGULAÇÕES ACERCA DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO¹

PERSPECTIVES OF THE FINALIST THEORY OF ACTION

Eduardo Queiroz de Mello*

Resumo

Este trabalho versa sobre a concepção da ação nas doutrinas causalista e finalista. Procuramos enfocar a evolução de ambos os sistemas, mostrando também as críticas que a polêmica fez surgir, os chamados causalistas contra os finalistas, e destes contra os primeiros. Demonstramos as dificuldades aparentes na adoção da concepção finalista, pois, como se sabe, ela altera toda a estrutura da teoria do delito que se encontrava assentada na doutrina desde um já longo tempo. Focalizamos também as mudanças sofridas pela Parte Geral de nosso Código Penal, em face da reforma havida em 1984, com a adoção, segundo dizem, do finalismo, em dois dos mais importantes institutos do Direito Penal.

Palavras-chave: Teoria Finalista; Ação Penal; Teoria do Delito; Direito Penal.

Abstract

This work deals with the conception of action in causalist and finalist doctrines. We tried to focus on the evolution of both systems, also showing the criticisms that the controversy raised, the so-called causalists against the finalists, and of these against the former. We show the apparent difficulties in adopting the finalist conception, since, as we know, it alters the whole structure of the theory of crime that has been based on the doctrine for a long time. We also focus on the changes undergone by the General Part of our Penal Code, in view of the reform that took place in 1984, with the adoption of two of the most important institutes of criminal law.

Key-words: Finalist Theory; Criminal Action; Theory of Crime; Criminal Law.

¹ Este artigo foi originalmente publicado na Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais- JUS Minas Gerais- Ano XXIV – vol. 15 – 1993. Pelo impacto do tempo, o mesmo foi revisto e reformado, merecendo uma nova publicação, um pouco distinta da primeira, embora dela não se afaste totalmente.

* Especialista em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Advogado criminalista.

1. AÇÃO: SEU CONCEITO E SUA ESTRUTURA

Entendendo-se ser o crime uma ação típica, antijurídica ou ilícita, e culpável, sendo este seu conceito analítico já assentado doutrinariamente, pode-se dizer que o primeiro dos elementos deste conceito, a ação, é que dá corpo ao chamado fato punível, seu elemento central, em torno do qual giram os outros elementos, ou seja, a tipicidade, a antijuridicidade ou ilicitude e a culpabilidade.

É o elemento central, pois, não havendo a ação, não há o que punir, já que os pensamentos e desejos criminosos escapam à consideração do Direito Penal, podendo, entretanto, serem objetos de considerações religiosas ou morais.

A ação pode-se definir, segundo nos ensina Aníbal Bruno², “como um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior”.

Para Heleno Cláudio Fragoso³, “ação é atividade humana conscientemente dirigida a um fim”.

De acordo com Francisco Muñoz Conde⁴, “chama-se ação todo comportamento da vontade humana”.

Eduardo Novoa Monreal⁵, assim se manifesta a respeito da ação:

La conducta humana se presenta como un fenómeno más en el acaecer del mundo. Ella se genera debito a un movimiento muscular de un hombre, apto para determinar, por lo general, un cambio en la disposición o en el curso de las cosas o en los acontecimientos perceptibles del mundo exterior.

Note-se, portanto, que o conceito de ação, que, como se disse, está no cerne da concepção analítica do crime, é divergente na doutrina, em razão do juízo de valoração que alguns dizem estar no interior da estrutura conceitual da ação, concepção esta que desfaz o conceito puro da

² BRUNO, Anibal. *Direito penal*, t. 1º, p. 296

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 149

⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*, p.11

⁵ MONREAL, Eduardo Novoa. *Causalismo y finalismo en derecho penal*, p.16

ação, isento de toda e qualquer referência a elemento próprio de qualquer dos outros componentes conceituais do crime.

Esse conceito puro, também conhecido como naturalístico, toma a ação como pura realização da vontade no mundo externo, devendo, portanto, haver um processo interno de vontade do agente, a atuação desta vontade, exteriormente, por meio de um fazer ou não-fazer, e, ainda, o resultado desta atuação.

Já a concepção finalística, preconizada por Welzel e seus seguidores, não desmonta a concepção naturalista de que ação é manifestação da vontade no mundo exterior, mas baseia-se na capacidade do homem de prever as possíveis consequências de sua atividade, em extensão consciente de assentar diversos objetivos e conduzir seu procedimento conforme um plano no sentido do objetivo desejado.

A modificação no mundo externo de que nos fala o conceito de ação é qualquer, mesmo aquela que se apresenta como mero acontecer psíquico, determinado pelo atuar do agente, na própria vítima, como a emoção, a dor, a humilhação, na injúria; a intimidação, os sentimentos de insegurança, na ameaça; ou no espírito de outros, como a modificação da estima pública de que gozava a vítima, na difamação ou na calúnia

No que diz respeito à omissão, entendemos fazer ela parte do conceito de ação, seja ele natural ou finalístico, já que aqui, com o não fazer voluntário, provoca-se uma mudança no mundo exterior.

Finalmente, há que se dizer que a ação não deve confundir-se com o ato. Uma ação pode realizar-se em vários atos, em diversos movimentos sucessivos, sem que isso quebre a unidade da ação, e, ainda, nem sempre configura-se a ação em movimento corpóreo, podendo o agente proceder de maneira puramente estática, sem que se configure, entretanto, na omissão.

2. A DOUTRINA CAUSALISTA

2.1. O conceito causal de ação

A corrente causalista da ação, a mais antiga, considera a ação humana, um processo mecânico regido pelas leis da causalidade, dizendo Von Liszt ⁶, “... causa voluntária, ou não impeditiva, de uma modificação no mundo exterior”.

Segundo essa concepção, o conteúdo da vontade não pertence à ação, mas à culpabilidade. Para se determinar o conceito de ação, basta saber que o comportamento foi voluntário, não importando nem o conteúdo nem o alcance da vontade, do ponto de vista normativo.

De acordo com Wessels ⁷, “a antiga teoria causal-naturalística vê na ação humana um processo causal que depende apenas de um movimento corpóreo voluntário, produzido, com suas consequências, no mundo exterior, não se devendo fazer nenhuma indagação acerca do conteúdo de sentido do acontecimento”.

A teoria causal, portando, reduz a ação a mero processo causal, prescindindo, por conseguinte, da vertente da finalidade. O que o agente quis, ou seja, o conteúdo da sua vontade, é irrelevante, só interessando ao elemento culpabilidade.

2.2. O tipo penal belingiano e a ação causal

A doutrina do *tatbestand*, expressão que, traduzida literalmente, significa “estado de fato”, mas que autores brasileiros e portugueses usam para designar o vocábulo “tipo”, surgiu no jargão alemão em fins do séc. XVIII e princípios do séc. XIX. Com ela se traduz para o idioma teuto a locução latina *corpus delicti*, compreendida esta como a ação punível.

Todavia, nos detalhes, o *tatbestand* se confunde, para todos os penalistas alemães da centúria passada, como a totalidade do delito, integrado este por todos os elementos, sejam objetivos ou subjetivos, necessários para a existência do crime. Portanto, aqui, não há como diferenciar o *tatbestand* do delito em si. A rigor, os conceitos se identificam.

Entretanto, em 1906, Ernst Von Beling revisa totalmente o conceito do *tatbestand*, dando-lhe um novo sentido, não mais o concebendo como totalidade dos elementos do delito, mas tão-somente como um dos elementos constitutivos do crime. Com Beling pode-se dizer que o *tatbestand* deixa de ser delito propriamente dito, para ser um dos aspectos do mesmo.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Apud Princípios básicos de direito penal*, p. 87

⁷ WESSELS, J. *Direito Penal*, p. 19

Na primeira fase da concepção belinguiana do tipo, este se configura como constituído de elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, caracterizando-se por neles não estarem incluídos quaisquer outros elementos, sejam os que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos, ou os que sugerem aspectos subjetivos de qualquer ordem.

Assim, na primitiva concepção de Beling, o tipo é, única e exclusivamente, objetivo, destituído de qualquer conotação subjetiva ou valorativa, descrevendo aquilo que integra o delito, pura e simplesmente.

O tipo é, portanto, a descrição dos elementos materiais do crime contidos na respectiva disposição legal, sendo meramente descritivo, separada a sua função tanto da ilicitude quanto da culpabilidade. É apenas um indício destes outros elementos do conceito de crime.

Esse entendimento belinguiano, entretanto, gerou uma série de críticas que procurava mostrar a existência de aspectos subjetivos e valorativos no contexto dos tipos penais (Mezger, Sauer, M. E. Mayer).

Binding, por exemplo, não só criticou o tipo preconizado por Beling, como também, a sua fundamentação, ou seja, a teoria causal da ação, pois é inequívoca a contribuição desta na formulação belinguiana.

Diante das críticas sofridas por sua obra, Ernst Beling retorna ao tema do tipo penal em 1930, procurando não fazer uma reformulação em seus conceitos, como pensam alguns, mas estabelecer distinções que os seus severos críticos não tinham percebido.

Começa Beling, segundo nos relata Luiz Luisi ⁸, a estabelecer parâmetros entre os conceitos de *tatbestand* (delito-tipo) e *delitstypus* (figura de delito ou tipo de delito). O *delitstypus* constitui uma espécie dos atos antijurídicos e culpáveis. Cada “tipo de delito” é um todo composto e diversos elementos, distintos e múltiplos, objetivos e subjetivos, que encontram a sua unidade em uma representação, que venha a ser o *tatbestand*. Por causa dele cada um e todos esses vários elementos se integram como partes constitutivas de específica figura delitiva. O *tatbestand*, era concebido, segundo nos conta Juarez Tavares⁹, “como mera imagem conceitual do delito, sem correspondência direta na lei”. O *delitstypus* “corresponde exatamente ao delito capitulado na lei (homicídio, furto, roubo, etc.), com seus componentes objetivos e subjetivos. O

⁸ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, p. 22

⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, p. 22

tatbestand representa o que Beling chamou de tipo reitor, ou seja, o lado objetivo do delito capitulado na lei, tomado no sentido de mera representação”.¹⁰

Entendido o *tatbestand* como “figura reitora” ou mera representação conceitual, Beling refutou as críticas que sofreu após 1906, inadmitindo a presença de elementos subjetivos e normativos nos *tatbestand*. Quanto aos primeiros, entende ele que fazem parte do que ele próprio denomina de *delitstypus*, e assim se situando integram eles o elemento *culpabilidade*. Quanto aos segundos, diz Beling que o *tatbestand* é única e exclusivamente objetivo e descritivo, não podendo conter quaisquer valorações de antijuridicidade.

Assim, o tipo elaborado por Ernest Beling que tanta contribuição trouxe à ciência do Direito Penal, chegando mesmo a revolucioná-la, já que toda e qualquer construção sistemática do crime parte do pressuposto belinguiano, se apresenta como consectário do conceito naturalístico da ação, abstraindo desta o conteúdo da vontade, não tendo o tipo penal qualquer conotação de ordem valorativa ou subjetiva.

Conclui-se, pois, que o sistema de Beling está inexoravelmente ligado à teoria causal da ação.

2.3. Os novos sistemas causais

As mudanças processadas na sistemática belinguiana contribuíram para acelerar muitas questões obscuras na teoria do delito, especialmente no que tange à culpabilidade.

Os chamados sistemas causais da atualidade estruturam-se seguindo o esquema tradicional belinguiano, considerando a vontade da ação como causa e não como fator dirigente do acontecimento.

Nota-se, entretanto, dentro dessas novas formulações, uma preocupação permanente em construir o Direito Penal de acordo com suas finalidades e representações de valor, situadas no interior das normas, originando com isso o que se tem denominado teoria teleológica do crime.

Concepção intimamente ligada à filosofia do neokantismo, a teoria teleológica, no que diz respeito especificamente ao conceito da ação, faz uma aproximação a um conceito mais geral do

¹⁰ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 22

que ao referente a o estrito movimento corpóreo. Segundo Juarez Tavares ¹¹, "Amplia-se, a esquemática de Liszt-Belling ao extremo limite que possa suportar ainda um conceito objetivo-causal, a fim de possibilitar, dentro do conceito da ação, a compreensão de inúmeras formas da atividade fundamentadora de um fato punível. Isto tem particular importância no tratamento do delito omissivo, bem como na própria superação da forma causal-objetiva, subsistente nos autores tradicionais".

São propostas variadas definições de ação, tais como "conduta volitiva", "realização da vontade", "conduta voluntária" ou "conduta humana", simplesmente.

De acordo com esta teoria, vários conceitos e institutos de Direito Penal passam a dispor de outros fundamentos, como a tipicidade e a antijuricidade. O tipo não é mais descritivo e objetivo simplesmente, mas é determinado, em alguns casos, segundo seu significado puramente axiológico. A antijuricidade concebida até aqui como resultado de uma infração penal e formal à norma jurídica, compreende, então, o injusto material como dano social, o que possibilita a graduação do injusto segundo a gravidade da lesão, o que ceder à contemplação das chamadas causas extralegais de justificação, como por exemplo, o consentimento do ofendido, a atuação no interesse do ofendido, o risco permitido.

Na culpabilidade, a teoria teleológica fortalece a concepção normativa. A culpabilidade é vista como a somatória de componentes que fundamentam, diante do agente, a reprovação pessoal da conduta injusta. Contudo, reconhecem-se, ainda, dentro dessa culpabilidade, tanto características puramente normativas (que informam as causas de exculpação, através do princípio orientador a não-exigibilidade de conduta adequada à norma), como elementos de conteúdo psicológico (assim, o dolo, aqui configurado como elemento psicológico-normativo, por se estender igualmente à realização do tipo de injusto e absorver, em si, a consciência da antijuricidade).

Nesta teoria, a culpa se apresenta como forma de culpabilidade, baseando-se não só na ausência de um resultado desejado, como também no desatendimento a um dever de cuidado, muito embora fosse essa uma posição constatada no sistema belinguiano, mas que se encontrava em contraste com a concepção psicológica da culpabilidade adotada pelo seu sistema.

¹¹ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 43

Quanto ao dolo, é ele mantido na culpabilidade, constituindo o elemento psicológico-normativo desta.

Em verdade, o sistema teleológico não implicou numa alteração radical na concepção belinguiana. O que se pretende, em último caso, com as modernas propostas causais, é adaptar-se o sistema belinguiano a novas descobertas no campo da teoria do delito. As contradições ainda são, porém, de quantidade e qualidade relevantes.

2.4. Crítica à doutrina causal

São inúmeras as críticas que vem sofrendo a concepção causalista da ação, não só entre os autores estrangeiros, mas também entre os autores nacionais.

Heleno Cláudio Fragoso ¹², por exemplo, diz que o conceito causal de ação é ontologicamente insustentável e axiologicamente inaplicável.

Juarez Tavares ¹³ argumenta:

As premissas do sistema causal não puderam superar, com o tempo, as contradições advindas de sua aplicação, como não tiveram recursos e êxito perante as críticas e oposições que se lhe lançavam.

Visto o que dizem dois dos mais renomados penalistas brasileiros, cremos não serem suas opiniões suficientes para uma exata compreensão das críticas que são dirigidas à doutrina causalística. Por isso, preferimos buscar na origem a fundamentação das críticas à teoria causal, o que fazemos e encontramos, em Hans Welzel.

Diz Welzel ¹⁴:

El defecto fundamental de la acción causal consiste en no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera ('acto voluntario'). Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal. El contenido de la voluntad, que antecipa mentalmente las

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. Cit., p. 152

¹³ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 29

¹⁴ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 33

consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero ‘reflejo’ del proceso causal externo en el alma del autor. Con ello la doctrina de la acción causal invierte completamente la relación entre la voluntad y la acción.

Ainda de acordo com Welzel ¹⁵, contra o conceito causal se opõem sérias dúvidas, que ele nos expõe:

- a) *“No responde a la verdadera estructura de la acción porque destruye la función de la finalidad dentro de ella, y la reduce a un proceso puramente causal. Y erra al determinar la función del dolo en la acción. Esto se manifiesta claramente en la noción utilizada tan a menudo por la teoría causal de la acción, según la cual el dolo es el reflejo de la acción exterior en la psiquis del autor. Con ello está puesta al revés la relación entre dolo y concreación de voluntad. El ‘dolo’ no es un reflejo secundario de la acción exterior, sino el factor que la anticipa mentalmente, que sobredetermina finalistamente el acontecer de la acción, y que no puede, por tanto, ser separado, porque pertenece a él como factor creador.”*

Quanto ao instituto da tentativa, também há a manifestação de Welzel ¹⁶, em crítica à teoria causal:

- b) *“El concepto finalista de la acción – no así el causal – se basa en los tipos del derecho penal. Esto se manifiesta con especial claridad en la tentativa. En este punto, hasta los representantes de la teoría de la acción causal reconocen que el dolo (la decisión) pertenece a la acción de tentativa y no es de importancia para la cuestión de tentativa y no es de importancia para la cuestión de la culpa. Pero, si el dolo en la etapa de la tentativa es un elemento que forma parte de la acción, no puede dejar de serlo cuando la acción pasa de la etapa de la tentativa a la de la consumación.”*

¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, p. 45

¹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, Cit., p. 46.

Também, há que se considerar as críticas que são feitas à teoria causal, no que tange aos crimes culposos. Sobre o assunto, é esta posição de Welzel ¹⁷:

- c) *“Tampoco para los tipos culposos satisface la teoria de la acción causal. Según ella, esos tipos deberían ser cumplidos por toda lesión de bienes jurídicos causada por un acto de voluntad. El derecho no puede prohibir lesiones de bienes jurídicos a secas. No es imaginable la vida social sin lesiones y restricciones de los bienes jurídicos, y todo acto de voluntad está vinculado en algún momento de su acontecer causal a la lesión de bienes jurídicos. No una lesión de bienes jurídicos, a secas, sino solamente una lesión de bienes jurídicos que parte de un acto de voluntad de determinada índole, cumple el tipo de los delitos culposos: es decir, um acto de voluntad, que no aporta el mínimo de dirección finalista objetivamente necesario en el intercambio, para evitar lesiones de bienes jurídicos. Sin el punto de vista del mínimo de dirección finalista esperado por el derecho, no se puede llegar al concepto objetivo de diligencia.”*

Posto isto, conclui Welzel ¹⁸ as suas críticas à concepção causalista da ação:

- d) *“Solamente con el concepto finalista de la acción llegamos a un sistema de derecho penal objetivo y no contradictorio. Podemos incluir los elementos subjetivos del injusto, sin contradicciones, y con pleno sentido en el concepto del injusto; se possibilita una teoria exacta de la participación, porque se pone de manifiesto que la participación es solamente posible en un hecho principal doloso. Se obtiene con la remisión del dolo al capítulo de la acción (en lugar del de la culpa) un concepto unitario de la culpabilidad, y únicamente éste admite el enfoque adecuado del error de prohibición.”*

Em verdade, todas as críticas que são feitas à doutrina causalista, não só por Hans Welzel, como também por todos aqueles que abertamente, ou timidamente, assumem uma postura

¹⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, Cit., p. 46.

¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal*, Cit., p. 46

finalista, tem razão de ser, muito embora discordemos, por exemplo, de Welssels¹⁹ quando ele diz taxativamente:

Hoje torna-se preponderantemente admitida a insuficiência de um conceito de ação de tal forma esvaziado de sentido, que até mesmo Beling qualificou acertadamente como um ‘fantasma sem sangue’

Entretanto, não se pode dizer que a discussão maior entre os contrários esteja efetivamente na conceituação da ação, pois a polêmica torna-se ainda mais acirrada quando se discute as consequências trazidas com a adoção do finalismo welzeniano.

3. A DOCTRINA FINALISTA

3.1. Origens filosóficas

As origens do finalismo, segundo Platão²⁰, remontam a Anaxágoras, que teria sido o primeiro a afirmar que a causalidade seria obra da inteligência humana. Entretanto, a concepção que, efetivamente, marcou a filosofia do finalismo deve ser atribuída a Aristóteles, sendo reproduzida por Santo Tomás de Aquino²¹: “tudo o que existe na natureza existe para um fim; o fim é a substância ou forma ou razão de ser da própria coisa.” E finaliza o pensador citado: “a necessidade com que a flecha se move e pela qual se dirige ao alvo, foi-lhe imprimida por quem a lançara e não pertence à flecha.”²²

Pode-se notar que em Santo Tomás de Aquino os contornos de finalismo são confundidos com a teologia.

A separação entre teologia e finalismo vem ocorrer realmente na área da filosofia, com Kant e Hegel, opondo-se o primeiro à concepção aristotélica, refletindo-se principalmente em Nicolai Hartmann, enquanto as teses de Hegel refletiram-se na filosofia dialética,

¹⁹ WELSSLS, J., Ob. cit., p. 19.

²⁰ *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 53.

²¹ *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 53.

²² *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 54.

Entetando, podemos situar, de modo mais direto, como fontes do moderno finalismo a filosofia de Nicolai Hartmann, e, ainda, as colocações jurídicas de Von Weber e Graf zu Dohna, como precursores, e de Hans Welzel, como dogmático.

De acordo com Juarez Tavares²³, a filosofia de Hartmann trata, fundamentalmente, das camadas do ser, ou seja, a causalidade dos mortos e a finalidade dos vivos. Seguindo esta concepção filosófica, a ação humana só pode ser compreendida como algo finalístico, algo que necessariamente persegue, desde seu aparecimento, e mesmo antes dele, um determinado objetivo, estranho à própria conduta. Assim, desdobrando-se esta atividade aparecem, de forma obrigatória, três estágios: 1. o homem antecipa seus objetivos; 2. em seguida, põe em movimento os meios adequados para obter tais objetivos; 3. E, por fim, consegue a realização de seus objetivos.

Na teoria jurídico-penal, conta-nos Juarez Tavares²⁴, inicialmente, Von Weber e Graf zu Dohna distinguiram em alguns delitos ações causais e finais, salientando serem elas, desde seu aparecimento, reciprocamente independentes, tal como ocorre com os delitos dolosos e culposos.

Von Weber²⁵ mostra que, na realização de determinadas ações previstas no tipo, se descrevem não somente um processo causal, mas sim, condutas dirigidas de acordo com um sentido subjetivo, fazendo isto que se inclua no tipo o próprio dolo, trazendo como consequência imediata a reformulação do tratamento da questão do concurso de pessoas, que, ao invés de situar-se como elemento especial do delito, fora da estrutura deste, passa a fazer parte das questões atinentes ao denominado tipo subjetivo, por dizer respeito às variações do dolo. Ao lado, portanto, do tipo objetivo, composto de características identificáveis sem a participação da vontade do agente, cria-se um tipo subjetivo, que congrega especificamente o dolo.

Finalmente, há que se dizer que o finalismo welzeniano não é o produto da influência imediata de Hartmann, Von Weber ou Graf zu Dohna. Mais que isso, segundo Tavares²⁶, é o coroamento de um sistema que, como se sabe, iniciou-se na Grécia antiga, recebendo em seus

²³ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 55

²⁴ *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 56

²⁵ *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 56

²⁶ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 57.

desdobramentos inúmeras contribuições de filósofos, psicólogos e juristas. Welzel atribui a origem de suas posições às obras de Erismann, W. Peters e Bühler.

3.2. A estrutura da ação e do delito

Segundo o finalismo, a ação é um exercício de atividade finalística. Ação é, portanto, um acontecimento finalístico, dirigido a um determinado fim, não apenas um acontecimento puramente causal.

Inicialmente, há que se distinguir as expressões finalidade e voluntariedade, já que a concepção da teoria causalista diz ser a ação um ato voluntário humano, provocando uma alteração no mundo externo.

Ensina Wessels ²⁷ que finalidade distingue-se da voluntariedade:

Uma conduta é voluntária se se deixa reduzir a qualquer ato volitivo. Em contrapartida, a teoria finalista procura compreender o comportamento humano em sua forma de ser concreta e de conteúdo determinado.

Já o nosso Francisco de Assis Toledo ²⁸ diz que a diferença entre tais expressões reside em que, na voluntariedade, “a ação humana, depois de desencadeada, é considerada em seus aspectos externos, uma sequência temporal ‘cega’, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior.” Na finalidade, prossegue Toledo ²⁹, é a ação considerada em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo ‘fim’ (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida.”

O próprio Welzel ³⁰ assim distinguiu as duas expressões:

La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mer ‘voluntariedad’. La ‘voluntariedad’ significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor. A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias

²⁷ WESSELS, J. Ob. cit., p. 19.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 91.

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 91.

³⁰ WEZEL, Hans. *E nuevo sistema del derecho penal*. Cit., p. 28.

queridas; sin ella queda sólo la voluntriedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado.

Isto posto, passemos a expor, em razão do finalismo, a estrutura do delito.

A ação constitui um elemento básico, de fundamentação e de ligação de toda a teoria do delito. Mas, contrariamente ao conceito causalista, que vê a ação como mero impulso, ou lhe concede importância somente pela condição e causa e resultado, no finalismo ela adquire, segundo seus ardorosos defensores, feições bem mais definidas, dando-se ênfase à sua natureza ontológica integral.

Segundo os finalistas é indiscutível que qualquer ação humana compõe-se de elementos objetivos e subjetivos, o que também nos parece ser questão até mesmo de lógica. Esses elementos objetivos e subjetivos dizem respeito, respectivamente, ao desdobramento externo da conduta e aos aspectos intelectivos, internos, de comportamento humano. A direção ou orientação da atividade ao fim não pode, por sua natureza, ser obra do acaso. Ela pressupõe uma atividade consciente e desejada acerca do fim específico a que se destina. A vontade, portanto, eleva-se à condição de espinha dorsal da ação, não havendo ação sem vontade, pois o ser humano não é capaz nem de cogitar de seus objetivos, se não se lhe reconhece o poder concreto de prever os limites de sua atuação.

Portanto, a ação finalista, diferentemente da ação puramente causalista é uma atividade consciente acerca do objetivo.

Para os finalistas, o resultado não se inclui na ação, sendo apenas consequência do agir, o que também não nos parece estranho. O resultado pertence ao tipo penal. Nos delitos de mera conduta não se reconhece a existência de resultado, porque não está previsto de forma escrita no próprio tipo, bastando para a integração da figura delituosa a realização da ação ou atividade proibida.

De acordo com Juarez Tavares ³¹, um conceito de ação dissociado do resultado tem como função prática possibilitar a unificação, no conceito de ação, de todas as formas especiais de aparecimento do delito. “É a ação, conceituada como atividade final, a isto se destina.

³¹ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 61.

Reconhecendo-se finalidade em qualquer conduta, torna-se fácil englobar aí tanto os delitos dolosos, como os culposos e os omissivos.”

Outra distinção merecedora de destaque na teoria finalista é a que se refere à finalidade do dolo. Continuando com Juarez Tavares ³², diz ele:

Finalidade é basicamente sinônimo de sentido, enquanto o dolo é conceito jurídico, relacionado ao tipo legal. É lógico que na ação finalista há vontade dirigida a um fim. Essa vontade finalista é averiguada aí no sentido natural, sem a necessária incidência de valoração jurídica. Nos crimes dolosos, a vontade natural da ação passa a ser valorada tipicamente, tornando o nome de dolo, o que não quer significar que entre dolo e vontade da ação haja sempre uma identidade. Já pelo simples fato de que, nos crimes dolosos, a vontade da ação fundamenta o dolo do tipo, não implica identificá-los. Nesse transporte da vontade para o tipo, havendo a incidência de valoração, segundo pontos de vista do Direito Penal, ocorre uma verdadeira transmutação qualitativa nessa vontade, que não será mais, então, a mesma vontade natural, mas sim o dolo.

Orientando-se por este raciocínio, torna-se perfeitamente admissível a existência da vontade da ação sem que subsista o elemento doloso. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente atua em *erro de tipo*. É o que acontece, por exemplo, quando uma pessoa supõe estar subtraindo coisa própria, mas, na realidade trata-se de coisa alheia. Nesse caso há vontade na ação, mas o agente não age com dolo.

Quanto à distinção entre delitos dolosos e culposos, esta não mais se fundamenta na finalidade potencial, como se dizia o começo do finalismo, mas, sim, no desatendimento ao cuidado objetivo exigível ao autor, sendo esta uma característica normativa aberta, em lugar do denominado tipo subjetivo, conforme ensina com precisão Juarez Tavares ³³.

No que tange à omissão, Welzel ³⁴ fala que a diferença radica-se essencialmente no plano da conduta: “na primeira há o exercício efetivo de uma atividade dirigida a um fim; na última há o não-exercício de uma atividade final possível.”

Creemos não estar bastante compreensível esta posição de Welzel, no que tange aos crimes omissivos. Acreditamos simplesmente que a omissão integra-se ao conceito de ação, seja ele naturalístico ou finalístico, seja tendo o dever de agir (legalmente determinado) ou de impedir o resultado (tendo a possibilidade física de realizar a ação impeditiva).

³² TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 61.

³³ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 68.

³⁴ *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 62.

Como se sabe, no que diz respeito ao tipo finalista doloso, este desdobra-se em duas partes, conforme os componentes da ação: o tipo objetivo e o tipo subjetivo.

Já se disse que o tipo objetivo representa a manifestação exterior da vontade, compreendendo a respectiva ação delituosa (matar, subtrair, apropriar-se, alterar, etc.), e, ainda, todas as características que o legislador conferiu como indispensáveis à identificação do delito, tais como o objeto e o resultado e demais circunstâncias referentes ao tempo, ao lugar, aos meios de execução e aos modos de execução, à vítima, e, ainda, ao bem jurídico.

O tipo subjetivo compõe-se de dolo, como elemento subjetivo geral, e de intenções ou tendências, como elementos subjetivos especiais, existentes em determinados crimes, como por exemplo, no furto, no roubo, no estelionato, no rapto, etc. Dessa forma, entendemos que o primeiro pode-se denominar *dolo genérico*, enquanto o segundo pode ser chamado de *dolo específico*.

Associando-se dolo ao sentido da atividade, torna-se mais simples a sua caracterização. Não há mais que se falar em dolo de ímpeto, dolo de premeditação, dolo indireto, dolo determinado ou indeterminado. As espécies de dolo reduzem-se a duas, quais sejam: o *dolo direto* e o *dolo eventual*. O primeiro, quando agente deseja, quer, a realização do tipo, muito embora o agente a torne como possível, assumindo o risco de sua realização.

Há que se considerar ainda, no âmbito dos chamados elementos subjetivos, a questão da *culpa*. Como se disse linhas atrás, o delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta, que é o desatendimento ao cuidado objetivo exigível do agente.

Outra questão que gera polêmica no finalismo welzeniano é a que diz respeito à existência do elemento subjetivo nas chamadas causas de justificação.

Acreditamos que a adoção do elemento subjetivo de justificação significa, simplesmente, que o autor só será acobertado se, também, ao lado dos pressupostos inerentes a tais causas, tiver atuado com a vontade de se defender, na legítima defesa, por exemplo, ou se agir com a vontade dirigida a salvar o bem jurídico sob ameaça, no estado necessário, e, assim, nas outras causas justificativas.

Creemos ser extremamente perigosa a adoção do sistema exposto, ou seja, adotar-se o elemento subjetivo nas causas de justificação. Dessa forma, filiamo-nos à corrente dominante na doutrina que acredita que nesse elemento subjetivo nas causas de justificação deve incluir-se,

apenas, a representação (consciência) sobre a existência dos pressupostos legais da causa justificativa correspondente.

Finalmente passamos a analisar o aspecto mais tormentoso quando se trata do finalismo, que é a questão da culpabilidade.

A culpabilidade finalista – acreditamos ser possível a utilização desta expressão – é compreendida como um puro juízo de reprovação que recai sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica, quando lhe era perfeitamente possível fazê-lo.

Segundo Hans Welzel ³⁵, culpabilidade “*es la reciprocabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica – tanto si ésta se dirige a la realización dolosa del tipo, como se no aplica la dirección final mínima exigida – una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad.*”

Partindo deste princípio, o ilustre Professor de Bonn inicia a construção de uma nova estrutura para a culpabilidade.

Acreditava Welzel que os elementos da chamada culpabilidade normativa estavam mal distribuídos, pois esta tinha a *imputabilidade* como seu pressuposto, tendo como seus elementos: 1. o dolo e a culpa; 2. a possibilidade e a exigibilidade de outra conduta; 3. e um juízo de reprovação ao autor, por não ter exercido, nas circunstâncias, essa possibilidade.

Dentro dessa teoria, o dolo integra a culpabilidade, compondo-se de: 1. um elemento volitivo, intencional, ou seja, a voluntariedade; 2. um elemento intelectual, ou seja, a previsão do fato; 3. e, por fim, um elemento normativo, ou seja, a consciência da ilicitude do fato.

Welzel, doutrinando sempre o seu finalismo, não concebe como pode estar o dolo dentro do juízo de culpabilidade, quando, na realidade, é ele elemento característico da ação.

Dentro desse raciocínio, Welzel, extrai o *dolo* e a *culpa* da culpabilidade, incluindo-os no conceito da ação, e, conseqüentemente, no *tipo legal* de crime, pois, se este é a descrição da ação proibida, e se o *dolo* e a *culpa* pertencem à ação, não se pode deixar de situar no tipo todos os elementos estruturais da ação.

Mas o insigne estudioso alemão não se ateve apenas a essas modificações. Procurou ele, também, decretar de vez a morte do antigo *dolus malus* romano. Para isso, ele retira do dolo o

³⁵ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Cit., p. 80

elemento *consciência da ilicitude*, transpondo-o para a culpabilidade, sob a égide de *consciência potencial da ilicitude*.

Assim, feitas estas transformações, a culpabilidade passa a ser integrada pelos seguintes elementos: 1. imputabilidade; 2. consciência ‘potencial’ da ilicitude; 3. possibilidade e exigibilidade nas circunstâncias, de um agir-de-outro-modo; 4. e, por fim, de um juízo de censura ao autor por não ter exercido, quando podia, esse poder de agir-de-outro-modo. O dolo por sua vez, passa a ser integrado pelos seguintes elementos: 1. intencionalidade, elemento volitivo; 2. previsibilidade do resultado, elemento intelectual.

Inegavelmente, estas transformações oriundas da doutrina finalista tiveram como mérito principal levar a investigação na teoria do delito às mais profundas indagações acerca de seus elementos e de proporcionar um debate amplo e aberto sobre as questões controvertidas do Direito Penal. Quanto às consequências advindas de seu estudo ou de sua adoção, nos pronunciaremos em capítulo apartado adiante.

3.3. Crítica causal à doutrina finalista

As objeções da doutrina causalista à doutrina finalista são exaradas pelo próprio Welzel³⁶, que diz seguirem elas nas seguintes direções:

- a) *“La doctrina de la acción finalista desconoce el propósito de doctrina de la acción causal, al describir la doctrina tradicional ‘de un modo apenas comprensible’. Ésta no há negado nunca la finalidad como elemento esencial de la acción, sino que basa también su concepto en la voluntariedad.”*

A outra objeção, segundo Welzel³⁷, é a seguinte:

- b) *“Com arreglo a la segunda objeción, el concepto de la acción finalista, aquí desarrollado, serían un concepto ‘final-subjetivo’, puesto que determina el sentido social de una acción, demasiado unilateralmente, en función de la*

³⁶ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Cit., p. 36

³⁷ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Cit., p. 39.

voluntad individual; el sentido de una acción, sin embargo, debe ser siempre determinado de un modo objetivo.”

Dentre os críticos mais severos da doutrina finalista, encontramos Eduardo Novoa Monreal, que é contundente em determinadas considerações sobre o finalismo, dentre as quais pode-se citar, por exemplo:

La teoría de la acción final prescinde absolutamente de las consecuencias inevitables que han de desprenderse del enfoque lógico que muchos clásicos le dan al problema de la definición y estructuración teórica del delito. (MONREAL, 1982, p. 47)

Também sobre os crimes culposos na teoria finalista, Novoa Monreal, é amargo em suas críticas, dizendo:

Uno de los más serios y persistentes escollos con que há tropezado la teoría de la acción final se halla en su dificultad para incorporar al hecho culposo dentro de su restricta noción de conducta. Este há sido el origen de numerosos cambios introducidos en ella; pese a ellos, no ha logrado resolver el problema. (MONREAL, 1982, p. 64)

Nota-se, pois, que a doutrina finalista não tem encontrado convergência entre os doutrinadores, e assim, acreditamos, há de continuar.

4. CONSEQUÊNCIAS DO FINALISMO

Nesta altura, diante da exposição que aqui se fez acerca da teoria finalista da ação, acreditamos que se poderá indagar o seguinte: por que tanto esforço para transferir elementos da culpabilidade para o tipo, do dolo para a culpabilidade, etc.? Se tudo pertence ao crime, esta simples mudança de localização não será apenas uma complicação inútil?

Para os defensores desta teoria, a resposta a tais indagações é, decisivamente e obviamente, negativa.

Argumenta que a colocação do dolo no tipo trouxe enormes facilidades na construção do delito. Primeiramente, dizem, equacionou o problema da separação assistemática dos elementos subjetivos, que informa o ilícito do dolo, para juntá-los num mesmo bloco. Tudo o que é, assim, naturalisticamente subjetivo deve ser encarado de uma mesma forma. Depois, pode-se obter um melhor enquadramento técnico da tentativa do crime consumado, da doutrina e da participação,

do erro de tipo e do erro de proibição, como também dosar-se adequadamente o caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade ou ilicitude.

Diz Francisco de Assis Toledo, assumindo uma postura nitidamente finalista:

Ao transferirmos o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo, aliviamos a culpabilidade de alguns corpos estranhos, sem, todavia, perdê-los, visto que são apenas transferidos de localização. Com isso, permitimos que o juízo de culpabilidade possa, retornando a suas autênticas origens, ocupar-se verdadeiramente com a evitabilidade ou a inevitabilidade do fato praticado. (TOLEDO, 1987, p. 220)

Ainda, com o ilustre penalista brasileiro:

A experiência do direito penal, por vezes dramática, tem revelado que juízes e tribunais, na grande maioria dos casos, dentro de uma concepção tradicional, esquecem-se da própria culpabilidade, o mais importante elemento do crime, ao confundi-la com o dolo e a culpa. Verificando que o agente atuou com o dolo, encerram o julgamento e aplicam a pena criminal. Não pesquisam a evitabilidade do fato e, pois, a sua censurabilidade. Com a nova construção, ver-se-ão os julgadores, necessariamente e sempre, diante do problema da culpabilidade. De uma culpabilidade concreta do aqui e agora. De uma culpabilidade deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória. (TOLEDO, 1987, p. 220)

5. O FINALISMO E A PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Antes de penetrarmos na análise da influência do finalismo na Parte Geral de nosso Diploma Penal, é preciso fazer algumas considerações a respeito do aparecimento desta teoria entre nós.

A primeira obra tida e havida como realmente finalista entre nós data de 1970. Referimo-nos ao excelente *Curso de direito criminal*, do Professor João Mestieri, figura exponencial no âmbito das letras jurídico-penais em nosso país. Trata-se de uma obra pioneira, não apenas pela introdução no Brasil da teoria finalista, mas também pelo estudo de um novo método de análise das figuras delituosas, seguindo um padrão eminentemente criterioso e científico e não meramente prático.

Posteriormente, adota a concepção finalista o insuperável Heleno Cláudio Fragoso falecido precocemente em maio de 1985.

Hoje, são considerados finalistas em nosso país os seguintes estudiosos: Juarez Tavares, Luiz Luisi (1927-2005), Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, René Ariel Dotti, Miguel Reale Jr, Damásio Evangelista de Jesus, além do já citado Francisco de Assis Toledo (1928-2001), Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e que presidiu a Comissão Revisora da Parte Geral do Código Penal. Desta Comissão, destaca-se também, o Professor Jair Leonardo Lopes (1924-2016), da Faculdade de Direito da UFMG.

A Lei 7.209, de 1984, que introduziu a ampla reforma na Parte Geral de nosso Diploma Penal, estruturou-se em conceitos até então novos, acolhendo postulados doutrinários radicados na concepção finalista, mas sem assumir, entendemos, compromissos irretratáveis ou definidos com qualquer corente de pensamento.

O corolário desta postura dita finalista assumida pela Parte Geral do Código Penal é, sem dúvida, a nova formulação da teoria do erro, onde se estabeleceu a distinção entre o *erro de tipo* e o *erro de proibição*.

Quanto ao *erro de tipo*, entende-se que se o dolo deve abranger todos os elementos descritivos e normativos do tipo; o erro que incide sobre qualquer um desses elementos não será um erro de fato, mas um erro sobre os elementos do tipo, *tatbestandsirrtum* para os alemães.

O erro de tipo não equivale, portanto, o erro de fato da antiga doutrina. O erro sobre os elementos normativos do tipo significa uma ausência de consciência e de vontade de praticar a conduta inteiramente descrita no tipo penal, ou, sinteticamente, ausência de dolo.

A definição descrita no art. 20 da Parte Geral estabelece, de forma implícita, um limite para a escusabilidade do erro de tipo. O erro excludente do dolo é o erro essencial, isto é, aquele que incide sobre um elemento do tipo essencial à sua configuração.

Entretanto, pode o erro ser accidental, ou seja, recair sobre circunstâncias não elementares ou estranhas ao tipo objetivo, que não seja essencial à sua configuração. Tomemos, por exemplo, o crime de homicídio, onde “José” mata “João”, pensando estar matando “Manoel”. Neste caso, o crime não deixa de existir, conquanto, no furto, por exemplo, no caso de erro essencial, se a coisa é própria e não alheia, o crime não pode ser reconhecido.

O erro de tipo essencial exclui sempre o dolo, mas admite o reconhecimento da culpa. Se o erro é evitável, mas o agente não o evitou, pode incidir em um crime culposos.

No que tange às discriminantes putativas, ou causas putativas de justificação, a Parte Geral do Código Penal adota a chamada “teoria limitada da culpabilidade”, onde estas

descriminantes são uma espécie de erro de tipo permissivo, cuja solução é idêntica à do erro de tipo do art. 20, *caput*. Esta posição não se coaduna com a daqueles que se filiam à denominada “teoria extremada da culpabilidade”, que creem que as causas putativas de justificação são, na realidade, espécies de erro de proibição.

Quanto ao chamado *erro de proibição*, este vem disposto na Parte Geral no art. 21, sobre rubrica “erro sobre a ilicitude do fato.”

À primeira vista, pode-se acreditar numa contradição entre a primeira e a segunda parte deste art. 21. Dispõe ele, enfaticamente, que o desconhecimento da lei é inescusável, para logo em seguida dizer que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena.

A contradição, acreditamos, é aparente. Já se disse que na doutrina finalista a consciência da ilicitude foi deslocada do dolo para a culpabilidade, sob a égide de consciência “potencial” da ilicitude. Assim sendo, a reprovabilidade da ação ou da omissão (frise-se que entendemos que a omissão pertence ao conceito genérico de ação, seja ele naturalístico ou finalístico) deve ser aferida à luz de um estado de consciência da ilicitude não coincide totalmente com a presunção de conhecimento da lei.

Outra questão que merece bastante destaque – pois, segundo se diz, na Parte Geral do Código Penal, adotou um posicionamento finalista – é a que diz respeito ao instituto do *concurso de pessoas*.

Acresce-se neste ponto que entendemos que a nova legislação penal, no âmbito do concurso de pessoas, não adotou de forma radical a teoria finalista da ação. Entretanto, as explicações contrárias a este posicionamento dizem que a Parte Geral adotou uma posição diametralmente oposta àquela vigente na Parte Geral de 1940, conhecida como *teoria monística*. Argumenta-se que a cláusula na *medida de sua culpabilidade* faz a grande diferença. Repetimos, acreditamos não ter sido tão radical a mudança.

Afirma-se que, ao adotar a chamada teoria normativa da culpabilidade, a reforma penal instalou a consciência da ilicitude e a reprovabilidade como fundamentos da culpabilidade. Assim, é na medida da sua culpabilidade que o agente responde pelo concurso.

Assim, argumenta-se ainda, adotou a reforma a denominada *teoria do domínio do fato*. Segundo esta teoria, o autor detém o domínio do fato, enquanto o coautor dispõe apenas do domínio funcional do fato. Dessa forma, há uma grande diferença quanto à culpabilidade de cada

um que deverá ser verificada em cada caso. No que diz respeito ao *participe*, este, segundo a teoria do domínio do fato, detém o que se denomina *domínio da vontade do fato*.

Creemos, portanto, serem estas as principais inovações trazidas pela Parte Geral do Código Penal de 1984, e que têm polemizado as discussões entre os penalistas quanto a ser essa Parte Geral finalista ou não. Nesse aspecto, posicionamo-nos, a princípio, na opinião de que pelo simples fato de a reforma ter adotado postulados finalistas não quer dizer, não se podendo afirmar, que o Código Penal brasileiro, na sua Parte Geral, é finalista.

6. AS MODERNAS TENDÊNCIAS ACERCA DA CONCEPÇÃO DA AÇÃO

Dentro das tendências atuais acerca da concepção de ação, merece destaque a chamada *teoria social da ação*.

Afirma Juarez Tavares ³⁸ que a “teoria social nada mais era do que uma das muitas tentativas de ajustar o causalismo às exigências sistemáticas da ordem jurídica, principalmente no tocante à omissão. Posteriormente, transformou-se em uma verdadeira teoria da ação, com elementos próprios e repercussões na teoria geral do delito.”

Partindo-se do enunciado de Jescheck ³⁹, pode-se conceituar a ação, no seu sentido social, como “conduta socialmente relevante”, em que a expressão conduta significa toda resposta do homem às exigências reconhecidas ou, pelo menos, reconhecíveis de uma situação, levada a efeito através da realização da possibilidade de reação que se lhe permite, no caso, ao autor, segundo sua liberdade.

Costuma-se dizer que a teoria social da ação engloba aspectos ligados ao causalismo, como ao finalismo. Entretanto, seus seguidores pretendem torná-la, modernamente, em uma teoria predominante, situada como último fruto do desenvolvimento da teoria do delito.

A teoria social da ação tem a vantagem, segundo seus defensores, de procurar um conceito de ação que se harmonize com o Direito Penal, tomado como ordenamento normativo,

³⁸ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 91

³⁹ *Apud* TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 92

evitando-se, com isso, que o legislador se tenha de vincular a um determinado sistema ou modelo de conceituação, como pretende a concepção finalista de Welzel.

7. DIREITO PENAL COMPARADO

Neste capítulo, seremos breves, pois vamos nos ater no que diz respeito à polêmica acerca da concepção de ação e quanto à noção de culpabilidade, já que um assunto é inerente ao outro, ao Direito Penal latino-americano.

Na América latina, a polêmica acerca do conceito de ação continua em vigor, dividindo aqueles seguidores da concepção finalista de Hans Welzel e aqueles que sustentam uma posição causalista ou tradicional.

A doutrina predominante na América Latina declara-se partidária de um conceito causal de ação. Assim, Novoa, Etcheberry, no Chile; Nuñez e Soler, na Argentina; Reyes, Pérez, na Colômbia; Muñoz e Villalaz, no Panamá; Carrancá Rivas, no México. Entretanto, nos últimos tempos, especialmente nas novas gerações de estudiosos a concepção finalista tem ganhado cada vez mais adeptos, como é o caso de Cury, no Chile; Bacigalupo, Zaffaroni, na Argentina; Moreno, no México; Agudelo, na Colômbia.

Quanto à questão da culpabilidade, é cada vez maior na América Latina o número de seguidores da orientação finalista (Zaffaroni, Bacigalupo, Cury e o já falecido Heleno Fragoso). São poucos os que mantêm ainda uma posição adepta da culpabilidade psicológica, como Soler, Mandoza.

Quanto aos elementos da culpabilidade, a maioria da doutrina coloca como elementos fundamentais o dolo e a culpa, sendo a imputabilidade um pressuposto. São poucos os que aceitam e assinalam, expressamente, como elementos da culpabilidade, a imputabilidade, o conhecimento da antijuridicidade e a exigibilidade, de um comportamento diverso, podendo-se citar, dentre estes poucos, os nomes de Zaffaroni, Bacigalupo, Bustos e o nosso Fragoso.

CONCLUSÃO

Dogmaticamente, pode-se dizer que é ainda plenamente válido o chamado conceito analítico de crime, ou seja, uma ação típica, antijurídica ou ilícita e culpável.

Embora seja ainda válido, esse esquema analítico do crime vem sendo criticado timidamente. No entanto, é aceito tanto por naturalistas como por finalistas.

O conceito de ação está no cerne deste conceito analítico de crime. É o seu elemento central, norteador, inclusive, dos demais elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Em razão de ser o ponto central de toda a teoria do crime, é que o conceito de ação, e consequentemente o seu conteúdo, vem sendo tão arduamente discutido, dando origem às mais variadas construções que procuram estabelecer sistemas a respeito de sua conceituação e estruturação.

Dentre essas construções, destacam-se as chamadas teorias naturalista ou causalista e finalista.

A teoria social da ação ainda é, pelo menos entre nós, um mistério a ser desvendado, não possuindo adeptos de remonta, com raríssimas exceções.

A doutrina causalista diz que a ação é um ato humano voluntário, causador de uma modificação no mundo externo.

A concepção finalista diz que a ação é um ato humano, dirigido a um determinado fim, de forma plenamente consciente, tendo o agente a previsibilidade do resultado do seu ato.

As modificações impostas por este conceito são profundas dentro da teoria do delito, pois a vontade representada pelo dolo passa a fazer parte da ação e, consequentemente, do tipo penal, quando antes integrava a culpabilidade. Do dolo, a consciência da ilicitude passa a fazer parte da culpabilidade, transformada em consciência “potencial” da ilicitude.

A concepção naturalista se baseia fundamentalmente no sistema belinguiano do tipo penal.

Não é o finalismo uma mera rearrumação de móveis no interior de uma sala. Segundo seus defensores, com sua adoção os juízes passam a analisar, no julgamento dos crimes, uma culpabilidade mais pura, mais concreta.

No Brasil, a Parte Geral do Código Penal adota o finalismo, dizem seus adeptos, nos institutos do erro e do concurso de pessoas. Entretanto, cremos que mesmo com a adoção da concepção finalista nesses dois institutos não se pode dizer que o Código Penal, na sua Parte Geral, é finalista por inteiro.

É inegável que o mérito principal do finalismo foi ter levado a investigação da teoria do crime às mais profundas indagações, proporcionando um amplo e aberto debate acerca dos elementos desta teoria.

Embora achemos válida a discussão e o debate acerca das concepções finalista e causal, é preciso que se tome certas precauções, lembrando sempre as palavras sábias de Nelson Hungria⁴⁰:

“O direito penal que deve ser ensinado e aprendido não é o que se contenta com o eruditismo e a elegância impecável das teorias, mas o que, de preferência, busca encontrar-se com a vida e com o homem, para o conhecimento de todas as fraquezas e misérias, de todas as infâmias e putrilagens, de todas as cóleras e negações, e para a tentativa, jamais desesperada, de contê-las ou corrigi-las na medida da justiça terrena.”

REFERÊNCIAS

BRUNO, A.. **Direito penal. Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, t. 1º, 1978.

CONDE, F. M.. **Teoria geral do delito**. Trad. De Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COSTA, C. A.. Condeixa da. **Dolo no tipo**. Teoria da ação finalista no direito penal. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

FRAGOSO, H. C.. **Lições de direito penal**. Parte penal. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HUNGRIA, N.. Os pandectistas do direito penal, apêndice. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, t. II.

LUISI, L.. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

MONREAL, E. N.. **Causalismo y finalismo em derecho penal**. Segunda edición, Bogotá – Colômbia: Temis, 1982.

NORONHA, E. M.. **Direito penal. Introdução e parte geral**, 27. Ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. Os pandectistas do direito penal. In: *Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, em maio de 1949

ROXIN, C.. **Teoria del tipo penal**. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979.

TAVARES, J.. **Teorias do delito**. Variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, F. A..**Princípios básicos de direito penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

WELZEL, H.. **El nuevo sistema del derecho penal**. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. De José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1965.

-----, **Derecho penal**. Parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WESSELS, J.. **Direito penal**. Parte geral. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1978.