

É possível um finalismo corrigido?

Saymon Mamede

Várias teorias sobre o fato típico e a conduta surgiram no Direito Penal, desde o final do século XIX até hodiernamente.

A pretensão deste artigo é expor sete dessas teorias e, ao final, investigar sobre aquilo que se poderia chamar de finalismo corrigido.

É que perscrutar e estudar o que já se produziu teoricamente a respeito de um tema é o primeiro passo para se adubar o solo em que podem nascer ideias novas e realmente positivas para a matéria tratada.

Nesse sentido, a primeira teoria da qual se falará é o Causalismo. Também chamado de naturalismo, surgiu no final do século XIX e início do século XX, com von Lizst e Beling.

Para essa teoria, o crime é composto de fato típico, ilicitude e culpabilidade. É uma das teorias tripartites. Para ela, a culpabilidade só possui como elemento a imputabilidade. É que o dolo e a culpa são considerados como espécies de culpabilidade, é dizer, a culpabilidade será dolosa ou culposa, e o elemento que a configurará será a imputabilidade, caso ocorra.

Além disso, a conduta está no fato típico. Conduta é entendida, aqui, como a ação humana voluntária causadora de uma alteração no mundo exterior. Ressalte-se, novamente, que o dolo e a culpa estão na culpabilidade, e não na tipicidade.

Para essa teoria, os tipos penais normais só devem ter elementos objetivos. Aliás, uma das críticas que se faz é que a maioria dos tipos penais possui elementos normativos. O causalismo diz então que esses tipos – que possuem elementos normativos – são anormais, já que o tipo normal só tem elementos objetivos. Essa classificação, portanto, é uma classificação que só tem interesse para a teoria causalista, já que as outras admitem elementos normativos no tipo.

Outras críticas que podem se apresentar a essa teoria são: o causalismo só chama de conduta a ação, esquecendo-se de que comportamentos omissivos também podem ser crimes; além disso, dolo e culpa estão na culpabilidade e não na tipicidade.

A segunda teoria a ser tratada é a neokantista. Surgida no século XX (1.900 a 1.930), seu maior expoente foi Mezger.

Para a teoria neokantista, o crime também é fato típico, ilicitude e culpabilidade, isto é, trata-se também de uma teoria tripartite. Importante diferença é que para ela, a culpabilidade tem como elementos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa, o dolo e a culpa. Vê-se que dolo e culpa deixaram de ser espécies para ser elementos da culpabilidade. Não se fala mais, pois, em culpabilidade dolosa ou culposa.

Sobre a conduta, ela está no fato típico, e é entendida como o comportamento humano, voluntário, causador de modificação no mundo exterior. É um conceito parecido com o da teoria causalista, com a diferença de que não se fala mais em ação humana, mas sim em comportamento humano. A relevância dessa alteração é que abrange-se a partir de então a omissão.

No neokantismo, o dolo e a culpa continuam na culpabilidade, mas não mais como espécie, e sim elementos. A teoria neokantista admite e reconhece no tipo os elementos normativos, que são elementos não objetivos.

As críticas que podem ser feitas são que dolo e culpa ainda estão na culpabilidade, e que ela se torna contraditória por admitir elementos não objetivos no tipo, sendo de base causalista (mantém o dolo na culpabilidade e analisa finalidade especial no tipo penal).

A terceira teoria a ser tratada é o finalismo. Com o período de apogeu em 1.940 a 1.960, teve como maior expoente Hans Welzel.

Para a teoria finalista, crime também é fato típico, ilicitude e culpabilidade (também é tripartite). A culpabilidade é formada de imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento da ilicitude. O traço marcante do finalismo é que dolo e culpa saíram da culpabilidade para integrar a tipicidade – de onde, aliás, não mais saíram.

A conduta, aqui, está no fato típico, e é um comportamento humano voluntário, psiquicamente dirigido a um fim. Reconhecem-se elementos normativos e subjetivos do tipo.

Uma das críticas que se fazia a essa teoria é que o finalismo não explicava os crimes culposos. Essa crítica existiu mas não possui mais fundamento. É que no início, a teoria dizia que a conduta era um comportamento humano voluntário, psiquicamente dirigido a um fim ilícito (e não se explicava o crime culposo por isso, já que no crime culposo o

agente não possui dolo de dano ou de perigo). Tirou-se então a expressão “ilícito” da finalidade, e passou-se a abranger os crimes culposos.

A quarta teoria é a do finalismo dissidente. É um desdobramento do finalismo. De acordo com ela, o crime é somente fato típico e ilicitude (teoria bipartida). A culpabilidade não integra mais o crime, pois passou a ser um juízo de valor, um pressuposto de aplicação da pena. No mais, é igual à teoria finalista.

A quinta teoria é a teoria social. Pela teoria social da ação volta-se a trabalhar com os três substratos, pois crime passa a ser novamente fato típico, ilicitude e culpabilidade.

Para ela, a culpabilidade é formada por imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência de ilicitude. A conduta está no fato típico. A conduta é o comportamento humano voluntário, psiquicamente dirigido a um fim socialmente relevante.

Essa teoria acrescentou ao comportamento humano o caráter de socialmente relevante. Significa que dolo e culpa estão no fato típico, mas voltam a ser analisados na culpabilidade (no momento de fixação da pena).

A teoria social da ação busca conciliar o causalismo e o finalismo, analisando o dolo nos dois momentos. A crítica é que não há clareza no que significa fato socialmente relevante.

A sexta e sétima teorias são teorias funcionalistas. São teorias que se voltam precipuamente para finalidade do Direito Penal, para seu caráter teleológico.

A sexta teoria é o funcionalismo moderado ou teleológico, cujo autor foi Claus Roxin. Para ela crime é fato típico, ilicitude e reprovabilidade. Reprovabilidade é a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude e um quarto elemento, que é a necessidade de pena.

A culpabilidade, no funcionalismo moderado, é limite de pena. É a chamada culpabilidade funcional. A conduta, para Roxin, é o comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado. Dolo e culpa estão no fato típico.

Para essa teoria o Direito Penal tem por fim proteger bens jurídicos indispensáveis ao homem. A crítica é que a reprovabilidade, em substituição à culpabilidade não funciona

bem a seus propósitos e, se tivesse se mantido a culpabilidade, seria a teoria mais aceita atualmente.

A sétima teoria aqui tratada é o funcionalismo radical ou sistêmico, de Günther Jakobs.

Para essa teoria, crime é fato típico, ilicitude e culpabilidade (a culpabilidade volta ao conceito). A culpabilidade aqui tem aqueles mesmos elementos: imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

A conduta, para o funcionalismo sistêmico, está no fato típico, com a alteração de que, para Jakobs, ela é o comportamento humano voluntário, violador do sistema e frustradora das expectativas normativas.

É consentâneo afirmar que Roxin e Jakobs têm visões opostas: Roxin preocupa-se com os bens jurídicos, e Jakobs com o império da norma. Na teoria radical, dolo e culpa estão no fato típico.

A crítica é que essa teoria serve aos estados totalitários. Ademais, é daqui que nasce o direito penal do inimigo.

Ao encerrar-se a exposição das teorias sobre o fato típico, pode-se bem passar à investigação do que se poderia chamar finalismo corrigido.

Como visto, as teorias funcionais se preocupam com o escopo do Direito Penal, e o funcionalismo moderado, especificamente, se volta à compreensão do Direito Penal como protetor de bens jurídicos, ao considerar a conduta como o comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado.

O busílis do funcionalismo teleológico é que ele utiliza a reprovabilidade como substrato do crime, e não a culpabilidade. A culpabilidade, que na teoria finalista é um substrato do crime, no funcionalismo de Roxin torna-se simplesmente limite de pena.

Doutrinas tradicionais considerariam que a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro foi o finalismo, o que não está de todo equivocado. Porém, a doutrina moderna trabalha com o a teoria de Roxin, substituindo a culpabilidade pela reprovabilidade. É aqui que está o ponto nevrálgico deste trabalho: a correção feita pela doutrina moderna – trocar a reprovabilidade do funcionalismo moderado pela culpabilidade – cria, verdadeiramente, um finalismo corrigido. Aliás, é justamente esse finalismo corrigido que prevalece atualmente.

Duas notas merecem ser feitas.

A primeira é que a culpabilidade do finalismo corrigido mantém aquele quarto elemento, a necessidade de pena, que deve sim ser analisado pelo magistrado no momento da sentença.

O segundo ponto, mais relevante, é que, a inovação do funcionalismo de Roxin (tratar a conduta como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado) não exclui, antes comporta, a noção já trabalhada por Zaffaroni, segundo a qual pode-se concluir que a conduta, além de ser o que disse Roxin, é também o comportamento humano voluntário que constitua ato antinormativo. Significa que, a conduta que compõe o fato típico, além de ser um comportamento de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, deve ser um ato normativo.

O conceito de conduta, para o que se poderia chamar finalismo corrigido, passa tocar então, a chamada teoria da tipicidade conglobante. Esse conceito, para fins didáticos, poderia ser formulado da seguinte forma: conduta é o comportamento humano voluntário, antinormativo, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado.

Não parece equivocado incorporar a ideia de antinormatividade que Zaffaroni usa para a tipicidade conglobante aqui, porque a antinormatividade da conduta, aliada à sua relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bem jurídico é que tornará essa conduta integrante do fato típico.

Dessa forma, conclui-se no sentido de que não há o que impeça de se trabalhar com um finalismo corrigido, o qual perpassa, não só pelos conceitos introduzidos e ajustados por Roxin, como também pelos conceitos forjados por Zaffaroni à luz da conglobação de um determinado sistema jurídico.