

## FINALISMO?

**Paulo José da Costa Jr.**

Discute-se ainda no Brasil acerca das vantagens, ou das desvantagens que possam advir do finalismo. A maioria dos penalistas pátrios, quiçá temerosa de ser taxada de *demodée*, mesmo sem estar persuadida do acerto da doutrina, preferiu converter-se ao novo credo.

Na Europa, entretanto, as coisas se passam de modo completamente diverso. Lá, o problema mostra-se de todo superado. Raros os que se proclamam finalistas, ou anti-finalistas. A questão está de todo ultrapassada, tal como sucedeu, há decênios, com a chamada luta das escolas penais. Hoje, ninguém se intitula positivista, ou neo-clássico, como na Europa quase ninguém se proclama finalista, ou causalista. O problema está sepultado.

Toda a vez que a Europa acende fogo, a América Latina emite fumaça. Sobretudo no Brasil, onde tudo que é importado é melhor. Porém, como no Brasil a moda chega sempre com atraso, importada do continente europeu, as novas idéias ainda não vieram ter às plagas nacionais.

Na própria Alemanha, berço do finalismo, pátria de Hans Welzel, contam-se nos dedos de uma única das mãos os que teimam em sustentá-la: Hirsch, um velho discípulo de Welzel, que continua fiel ao mestre; e Jakobs, outra voz isolada, que insiste em entoar a surrada cantilena finalista. O próprio Armin Kaufmann, que inicialmente professou a doutrina finalista, no final de sua vida procurou redimir-se dos pecados da mocidade.

Jorge de Figueiredo Dias, em simpósio realizado na cidade de Milão, em dezembro de 1988, confessou-nos sua perplexidade pelo fato de, no Brasil, estar-se ainda a discutir temas como o finalismo, abandonados na Europa desde a década de 1960.

É forçoso convir que, quando surgiu o finalismo, invadiu a Europa, como um furação. O próprio Bettiol, quando despontou a obra de Welzel, mostrou-se de início entusiasta do novo posicionamento dogmático, acreditando pudesse surgir dali a grande revolução do direito penal, que colocava o dolo no tipo, incrustado na conduta humana.

Ao depois, refletindo melhor, ao reportar o finalismo ao comportamento culposo, convenceu-se da insuficiência manifesta da sistemática.

Em verdade, na conduta dolosa o elemento direcional encontra-se imanente. Toda ação dolosa é finalista. O ser humano, ao agir intencionalmente, busca atingir determinado fim. S. Tomás de Aquino já ensinava que “omne ens intelligens agit propter finem”. Assim, não será difícil afirmar que o finalismo, de certo modo, é velho como a Sé de Braga.

É bem verdade que o finalismo, executando acrobacias no campo da lógica e desvios estratégicos para contornar obstáculos, procurou justificar o comportamento culposo, como finalista. E o fez servindo-se da intencional recusa ao dever de atenção, à rebelião intencional em adotar o agente as normas de cuidado impostas pela lei. No fato culposo, conforme o credo finalista, não se considera o escopo concretamente desejado, mas o fim que se procura atingir. A ação é potencialmente finalista. Não se trataria de uma vontade reprovável, mas da ausência de uma vontade meritória, como escreveu Art. Kaufmann.

Admitamos por um momento que os pensadores alemães, à custa de verdadeira trama aracnídea de raciocínio, tenham conseguido justificar como finalista tanto a conduta culposa, como a omissiva.

Mesmo assim, onde vislumbrar a recusa ao dever de atenção no comportamento omissivo por esquecimento?

Quer dizer, por outro lado, das ações ditas impulsivas, ou das automáticas, que prescindem sempre de uma orientação finalística consciente?

Acrescente-se: mesmo os adeptos da doutrina, embora convencidos de haverem saltado o fosso do crime culposo, não escondem as dificuldades que encontram, deveras insuperáveis, de diagnosticar, como finalisticamente orientada, a conduta do co-autor ou do partícipe. O domínio do fato, por parte do autor principal, convence. E os autores secundários, que se limitam a emprestar uma cooperação à ação principal, sem executarem qualquer conduta típica?

Também: no que concerne ao *dolus naturalis*, que não é o *dolus malus* mas é o dolo neutro, anímico-intencional, que os finalistas vixlumbram na conduta do inimputável, convenhamos a possibilidade de sua verificação. Admita-se, pois, que mesmo os inimputáveis possam praticar determinadas ações intencionais ou descuidadas. Desse modo, mesmo o inimputável poderia realizar o tipo penal

acromático belingneano, ou seja, o tipo despojado de elementos normativos. Se, ao revés, do tipo fizerem parte integrante elementos normativos, de que modo o inimputável, que não dispõe de discernimento, poderá penetrar naqueles componentes valorativos do tipo, avaliando-lhes o significado?

Por outro lado, o finalismo não introduziu nenhum elemento novo na teoria geral do crime. Mudou de lugar, apenas, os móveis da casa. É compreensível que as donas de casa do direito penal, cansadas de verem aqueles móveis, naqueles mesmos lugares, tenham deliberado passar o sofá para o *hall* de entrada, algumas poltronas para a sala de estar. O que não se compreende é que, na troca da mobília, venha a ser cortado o sofá em duas partes, colocando-se uma delas no vestíbulo, permanecendo a restante na sala de estar. É o que fizeram os finalistas com o dolo, destacando-o da culpabilidade, que ficou esvaziada em sua essência, para inserí-lo no tipo.

Observe-se ainda que a teoria geral do crime não poderá assentar-se, como pretendeu o finalismo, numa sedutora e apriorística concepção ontológica unitária da ação. “Os dados da dogmática penalística não se apresentam na doutrina da ação, mas na doutrina da tipicidade e da antijuridicidade” (Shcönke-Schröder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*).

Apesar das críticas, ásperas e incontestáveis, que se fizeram ao finalismo, a maioria delas procedentes, na doutrina pátria (Hungria em particular), na hispano-americana (Jimenez de Asúa e Novoa Monreal), na italiana (Vassalli, Marcello Gallo, Pettoello-Mantovani e muitos outros), na própria Alemanha (Baumann principalmente), não se podem negar os méritos que a dogmática finalista trouxe ao progresso do direito penal. Tal contribuição se deveu, no dizer de Ferrando Mantovani, às insuficiências do finalismo. Com efeito, mostrando-se ele por demais carente, quer no campo do crime omissivo, quer no terreno da culpa *stricto sensu*, aprofundou-se no estudo de ambos os institutos, ofertando por isso valiosa contribuição à nossa disciplina.

No verbete “Colpevolezza” (*Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. VI, 1988, p. 13 do estrato), afirmou o Ministro da Justiça da Itália, Giuliano Vassalli, achar-se “a doutrina finalista hoje em declínio. Aqueles que pretendem salvá-la preferem encaminhar-se rumo à estrada, não menos dúbia, de dúplice colocação do dolo e da culpa: no fato, mas também na culpabilidade”.

Buscou-se igualmente refúgio numa teoria menos radical e mais conciliatória: a chamada teoria social da ação. A conduta humana socialmente adequada haverá de responder os estímulos da realidade exterior, sem a presença de qualquer coação. A

doutrina, embora abrangente, podendo compreender todos os tipos delituosos, por ser bastante genérica, acabou por revelar-se destituída de conteúdo. A unidade obtida pelo conceito social de ação é meramente terminológica, limitando-se a excluir as ações inconscientes realizadas. De mais a mais, não se determinou quando a ação pode ser tida como relevante.

Ao expor estas idéias sobre o finalismo, não falta quem me indague:

— Então o senhor é causalista?

Não sou, não senhor. Se uma das modalidades da conduta humana é aquela omissiva, entendendo como entendo que esta não pode ser jamais reputada causa do evento, não posso considerar-me causalista. Quando muito, um semi-causalista, ou um causalista espúrio.

Via de regra, o meu interlocutor não se mostra satisfeito e prossegue:

— Nesse caso, o senhor é adepto da teoria social da ação, não é?

Até poderia ser, desde que determinasse, com exatidão, quando a ação é socialmente adequada.

Importante é concluir que a era do finalismo já se foi, como se foi igualmente a era do anti-finalismo. Ao menos na Europa. As críticas contra a doutrina finalista perderam sua razão de ser, porque seus raios, a princípio ofuscantes, já se puseram no ocaso do direito penal. Superado o embate das idéias filosóficas, amainadas as arestas dos contrastes, tudo se deixou absorver num sincretismo eclético. Do finalismo restaram algumas contribuições válidas, relativas à causalidade omissiva de natureza normativa e mesmo à nova visão do crime culposos. Não se fez necessário, contudo, na dogmática penal hodierna, fosse o dolo espostejado e esvaziada a culpabilidade de seu conteúdo. Passado o furacão finalista, tudo permaneceu como dantes. Continua o crime sendo o fato típico, antijurídico e culpável, embora se reconhecendo que nem tudo na ilicitude é objetivo, pois a existência de elementos subjetivos no injusto é inquestionável.

Sem chegar ao exagero de afirmar que o finalismo é “la dottrina com la quale o senza la quale il diritto penale resta tale e quale”, é imperioso reafirmar que dele não mais se cogita na Europa, desde os anos 60. O manto da noite do direito penal encobriu-o definitivamente. Dele restaram os efeitos meritórios de sua contribuição ao

estudo do crime culposos e do delito omissivo, incorporados ao posicionamento eclético da dogmática prevalente nos tempos atuais.