

O FINALISMO, HOJE*

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Direito Penal da Universidade
de Saragoça — Espanha

1. O conceito de ação finalista — 2. O sistema da teoria jurídica do delito fundado no conceito finalista da ação — 3. O conceito finalista de autor — 4. O finalismo na atualidade: 4.1 O conceito de ação; 4.2 A concepção pessoal do injusto; 4.3 A transcendência do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta; 4.4 O conceito de autor.

1. O conceito de ação finalista

Em face do conceito causal de ação, formulou Welzel o finalista.¹ A sua laboração ocorreu no contexto da influência do naturalismo sobre a Ciência do Direito Penal, perceptível no conceito causal da ação, assim, como na crítica da filosofia jurídica neokantiana, com sua veemente separação entre o ser e o dever ser, a realidade e valor.² “O legislador —

dizia Welzel³ — não só está vinculado às leis da natureza física, como deve observar determinadas estruturas lógico-objetivas, caso contrário, sua regulação será necessariamente falsa”. As estruturas lógico-objetivas não podem ser ignoradas por valoração ou normação jurídica. Neste passo, enumera ele várias estruturas lógico-objetivas e a primeira delas vem a ser o conceito ontológico de ação humana. Ação é o exercício de atividade finalista. O legislador não pode modificar, nem ignorar a estrutura finalista da ação humana, nem o papel que nela desempenha a vontade. A ação não é uma mera soma de elementos objetivos e subjetivos, mas sim direção do curso causal pela vontade do homem. O seu

* Conferência proferida em Maringá Estado do Paraná, a convite da Universidade Estadual de Maringá. Tradução do original espanhol pelo Dr. Luiz Regis Prado, Professor Titular de Direito Penal e Membro do IBCCRIM.

1. Pela primeira vez em seu artigo *Kausalität und Handlung*, publicado na *Z.Str.W.*, tomo 51, 1931, fasc. 5.º e reproduzido recentemente em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlim-Nova Iorque, 1975, p. 7 e ss.

2. Vide Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannhein, Berlim, Leipzig 1935, incluído em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 29 e ss.

3. Vide Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 2.ª ed., 1955, p. 197 e 4.ª ed., 1962, p. 243-4, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, em *Festschrift für H. Niedermeyer*, Gotinga, 1953, incluído em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 274 e ss., especialmente p. 285-7 e *Vom Bleibenden und Vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburgo, 1964, especialmente p. 6 e ss. e 20 e ss.

conteúdo deve pertencer ao conceito de ação e este corresponde ao seu ser.

Para Welzel, finalidade e vontade de realização são sinônimos.⁴ Por isto, opõe-se à interpretação estrita da finalidade, segundo a qual compreender-se-ia unicamente as conseqüências que constituíam o fim perseguido pelo autor⁵ e as que considerava necessariamente unidas à sua realização.⁶

Afasta ainda Welzel a extensão da finalidade a todas as conseqüências previstas pelo autor como possíveis.⁷ Ficam fora da vontade de realização, aquelas conseqüências que o autor prevê como possíveis, mas confia que não se produzam. A finalidade, a vontade de realização, compreende o fim, as conseqüências que o autor considera necessariamente unidas à sua consecução e aquelas por ele previstas como possíveis e com cuja ocorrência contava.⁸

4. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1969, p. 35-6.

5. Tese sustentada por Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1975, p. 201 e ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2.^a ed., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1984, p. 77 e ss. e Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 464.

6. Vide, neste sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal, parte General*, Madrid, 1949, p. 160 e Hardwig, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram de Gruyter, Hamburgo, 1957, p. 82 e ss.

7. Sugerida por Engisch, em *Probleme der Strafrechtserneuerung*, em *Festschrift für Ed. Kohlrausch*, Walter de Gruyter, Berlim, 1944, p. 154 e ss. e Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata da *Z.Str.W.*, Walter de Gruyter, Berlim, 1955, p. 42 e ss.

8. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 34 e ss. e *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 26 e ss.

2. O sistema da teoria jurídica do delito fundado no conceito finalista de ação

Welzel, Armin Kaufmann e Maurach inferiam da estrutura finalista da ação humana que o dolo devia ser necessariamente um elemento subjetivo do injusto dos delitos dolosos.⁹

A inclusão do dolo no tipo subjetivo dos delitos dolosos, vinha avalizada, ademais, por outros argumentos de caráter sistemático: a existência de outros elementos subjetivos do injusto,¹⁰ a punibilidade da tentativa¹¹ e a presença, em certos tipos, de condutas inequivocamente finalistas, que não poderiam ser compreendidas de um modo puramente causal.¹²

O dolo era concebido por Welzel como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo.¹³ Portanto, tratava-se de uma finalidade referida a um tipo delitivo. Por isto, não se pode corretamente falar em dolo natural para se referir ao conceito de dolo de Welzel,

9. Vide Welzel, *naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.^a ed., 1955, p. 197, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 14-15, 30 e ss., especialmente p. 34, *Vom Bleibenden und vom vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, p. 9 e *Das deutsche Strafrecht*, p. 37, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1959, p. 16 e ss., e Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, 4.^a ed., 1971, p. 170, 228 e 233.

10. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63 e Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 231.

11. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61 e *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63.

12. Vide, neste sentido, v. Weber, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948, p. 54 e ss.

13. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 64-5.

ainda que diferenciável, sem dúvida, do *dolus malus* da teoria jurídica do delito tradicional lastreada no conceito causal de ação e que compreendia a consciência da ilicitude.

O dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos leva a uma distinção, já no tipo, entre delitos dolosos e culposos.¹⁴ O tipo de injusto dos delitos culposos abrange a produção de um resultado de modo puramente causal, cego, como consequência de uma ação finalista que inobserva o cuidado objetivamente devido. Desta forma, chega Welzel à concepção pessoal do injusto, que distingue entre desvalor da ação e desvalor do resultado.¹⁵ O desvalor da ação nos delitos dolosos vem determinado pelo modo, forma ou grau de sua realização;¹⁶ pelo dolo, pelos restantes elementos subjetivos do injusto, quando existentes e pela infração de deveres jurídicos específicos que obrigam ao autor.

Nos delitos culposos, o desvalor da ação é formado pela inobservância do cuidado objetivamente devido. Por sua vez, o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos vem representado pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico.

Em sede finalista, discute-se a respeito de qual deva ser a correspondência entre o desvalor da ação e do resultado. Ora o injusto já se encontra completo¹⁷ ou

exaurido¹⁸ pelo desvalor da ação; ora, para tal, faz-se indispensável que ao desvalor da ação se acrescente o desvalor do resultado.¹⁹

A culpabilidade — extraídos o dolo e a inobservância do cuidado objetivamente devido, isto é, o elemento objetivo da culpa — tem seu conteúdo reduzido à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade e aos elementos de reprovabilidade: o elemento intelectual (conhecimento ou possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta) e o elemento volitivo (a exigibilidade de obediência ao Direito).²⁰

No que toca ao elemento intelectual da reprovabilidade, convém salientar que a consciência da ilicitude, no sistema finalista, ficou abstraída, separada, do dolo e surge como um elemento da culpabilidade. Daí ter Welzel construído a teoria da culpabilidade para o tratamento do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta. De acordo com esta teoria, o erro de proibição não exclui o dolo, mas sendo vencível produz uma atenuação de pena do delito doloso e

Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin-Nova Iorque, 1974, p. 395-6 e 406 e ss.

18. Esta é a opinião de D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Suncker-Humblot, Berlin, 1973, especialmente p. 128 e ss., 205 e ss., 209 e ss., e 308-9.

19. Critério mantido por Stratenwerth, em *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, Schw. Zeitschrift für Strafrecht, 1963, fasc. 3.º p. 233 e ss. e *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, en Festschrift für F. Schaffstein, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1975, p. 177 e ss., e por mim, vide J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I. Teoría jurídica del delito/1*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 363 e ss. e 401-2.

20. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 152 e ss., 157 e ss., e 178 e ss. e *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 94 e ss., e 100 e ss.

14. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 59 e ss. e 127 e ss. e *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 61 e ss. e 69 e ss.

15. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 62 e 128 e ss. e *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 67-8 e 69 e ss.

16. No desvalor da ação deve-se incluir também, sem dúvida, os seus aspectos externos, como assinalou Jescheck; vide H.H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Duncker-Humblot, Berlin, 1988, p. 215 e ss.

17. Como entendem Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 62, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 67-8 e Armin Kaufmann *Zum*

quando invencível elide a culpabilidade e a pena. Como é sabido, a teoria da culpabilidade se contrapõe à teoria do dolo, que era a dominante na teoria jurídica do delito tradicional e, pela qual, o erro de proibição (ou sobre a ilicitude da conduta) elimina o dolo. Se o erro era vencível dava lugar a uma responsabilidade por culpa e, se era invencível, eximia a culpabilidade e a pena.

3. O conceito finalista de autor

Da teoria da ação finalista depreendia Welzel o conceito de autor nos delitos dolosos. Autor é aquele que possui o domínio finalista do fato. "Autor é só aquele que, mediante a direção conscienciosa do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio da realização do tipo. O autor se diferencia do mero partícipe pelo domínio finalista do acontecer; o partícipe, ou bem se limita a colaborar no fato, dominado pelo autor de um modo finalista, ou determina a sua realização".²¹

4. O finalismo na atualidade

4.1 O conceito de ação:

Refuta-se, hoje, a tese finalista da vinculação do Direito à natureza das coisas, às estruturas lógico-objetivas da matéria de sua regulação, mas, geralmente, são aceitas suas consequências para o sistema da teoria do delito.

Hodiernamente, pode-se falar de um ressurgimento do normativismo frente ao ontologismo da doutrina finalista,²²

de um normativismo que se relaciona, de certo modo, com aquele dominante na Ciência do Direito Penal européia sob a influência da filosofia jurídica neokantista.

Explica-se, assim, porque de um lado, geralmente, são aceitas as consequências do finalismo na teoria jurídica do delito e, de outro, rechaça-se o conceito finalista da ação. Cumpre indagar: este conceito é realmente um conceito ontológico? Inexistem formas de conduta humana não finalistas? Os movimentos corporais daquele que sofre um ataque epilético, os reflexos em sentido estrito e os movimentos durante o sono (pense-se no sonâmbulo) não correspondem ao conceito finalista de ação. Pois bem, se o Direito parte da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, tem-se como essencial para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana.²³ Só a conduta finalista emerge, então, como conduta especificamente humana e pode ser objeto de valoração jurídica. O Direito deve partir, deste modo, do conceito finalista de ação. Não significa, a rigor, um conceito ontológico, mas torna-se vinculante para o Direito sempre que este tenha como ponto de partida a concepção do homem como pessoa.²⁴ Um conceito de ação diverso do finalista seria não só incongruente, como

Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992, especialmente p. 113 e ss. e 123 er ss. Georg Küpper, procura, ao contrário, uma defesa além do ontologismo welzeliano, em sua obra, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker-Humblot, Berlin, 1990, que não teve eco.

23. Vide, nesse sentido, Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", J.C.B. Mohr, Tubinga, 1957, p. 13 e ss.

24. Vide, também, meu artigo La Naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, in Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, julho-agosto, 1961.

21. Vide Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 99.

22. Os representantes mais destacados deste novo normativismo, na moderna ciência do Direito Penal alemã, são Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nova Iorque, 1991 e Roxin,

inútil e fonte de equívocos na construção ou interpretação dos tipos de injusto. O normativismo encontra aqui um limite insólvel.²⁵

As objeções feitas ao conceito de ação finalista — por não compreender o evento nos delitos culposos, nem a omissão — carecem de substância, sendo resultado de uma exageração do pensamento sistemático.²⁶

A omissão não é ação. Entre a ação e a omissão a única nota comum é a capacidade de ação²⁷ e esta não permite elaborar um conceito genérico de conduta. O conceito de ação finalista e o de omissão a ele referido (não realização de uma atividade finalista que o sujeito podia realizar na situação concreta) podem cumprir a função de elemento básico, ainda que não unitário do sistema. Todavia, não implica ela, como se supôs, erroneamente, por uma supervalorização do pensamento sistemático, a necessidade de que pertençam à ação ou à omissão todos os elementos do tipo de injusto dos delitos dolosos e culposos. Essa função — como fundamento basilar — encontra-se satisfeita se o conceito de ação ou de omissão permite uma interpretação plausível, convincente, de todos os tipos de injusto. O conceito de ação finalista, ao incluir o conteúdo da vontade na ação, possibilita uma compreensão mais correta do injusto dos delitos dolosos e culposos, ainda que o resultado causado permaneça fora da ação.

25. É sintomático que Mir Puig considere também necessário observar a estrutura finalista da ação humana, ainda que, segundo ele, dita necessidade decorre da função preventiva da norma (vide *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Boch, 1982, p. 52 e ss.

26. Cf. meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 266 e ss. 277 e ss.

27. Como assinalou Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 85.

4.2 A concepção pessoal do injusto

A presença do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos é hoje aceita quase unanimemente na Ciência do Direito Penal alemã²⁸ e pela imensa maioria dos penalistas espanhóis.²⁹ No entanto, rechaça-se, em geral, que a inserção do dolo no tipo possa ser deduzida de considerações ontológicas, concretamente, da estrutura finalista da ação humana, como pretendiam Welzel, Armin Kaufmann e Maurach.³⁰

A objeção me parece válida. A estrutura finalista da ação é compatível com uma concepção objetiva ou despersonalizada do injusto, como mera lesão ou perigo a um bem jurídico.³¹ É certo que as normas não podem ter por objeto senão ações finalistas, como assinalou Armin Kaufmann³² e que o juízo

28. Vide, por exemplo, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 217 e ss. e 260; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 255 e Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 112-3, 143 e 266 e ss.

29. Vide numerosas referências bibliográficas em meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 345, nota 46.

30. Entre os penalistas de orientação não finalista, unicamente Jescheck admite que a inclusão do dolo no tipo de injusto dos delitos de ação dolosos decorre necessariamente da estrutura finalista da ação humana: "Também o conceito social de ação tem que reconhecer este argumento ontológico, posto que na conduta ativa se observa igualmente à finalidade como categoria fundamental" (Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 217).

31. Vide neste sentido meu artigo, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, publicado em 1961 (citado na nota 24) e incluído em meu livro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 57.

32. Vide Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindungen Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1954, p. 67 e ss.

valorativo que constitui o pressuposto lógico imediato da norma (são valoradas negativamente as ações dirigidas à lesão de um bem jurídico ou que trazem consigo a possibilidade de tal lesão) deve ter o mesmo objetivo. Disto não cabe concluir que o dolo deva ser um elemento subjetivo do injusto. É imaginável um código penal em que as figuras delitivas estejam redigidas de tal forma que não seja necessário apreciar elementos subjetivos do injusto; um código penal em que não se previsse a tentativa, vale dizer, a realização de ações dirigidas pela vontade do agente em produzir um resultado delitivo.³³ De um código penal desta índole derivaria uma concepção puramente objetiva, despersonalizada, do injusto.

De outra parte, pôs-se em dúvida que o conteúdo do dolo esteja preconfigurado ontologicamente.

A identificação entre a finalidade e vontade de realização, que engendra Welzel, é discutível, mas aceitável.³⁴ Ademais, não se entende como correto que sendo o dolo entendido como finalidade jurídica penalmente relevante (ou seja, vinculada a um tipo delitivo), o conceito de finalidade adquira um conteúdo normativo como supõe Roxin.³⁵ É tão somente o dolo que adquire um conteúdo normativo, vez que a finalidade se refere a um tipo delitivo. Enfatize-se, ainda, que o finalismo nunca sustentou a tese de que da estrutura finalista da ação humana depreendem-se ilações acerca das condutas que devam ser consideradas puníveis. Aliás, manteve sempre uma clara distinção entre os juízos

lógico-objetivos e os axiológicos.³⁶ Porém, impõe reconhecer que para precisar os limites do dolo nos casos de erro sobre o curso causal, no erro quanto ao objeto, no erro *in personam* e na *aberratio ictus* é preciso lançar mão de critérios normativos. O próprio Welzel, para determinar se o desvio do curso causal era essencial e deveria dar lugar a uma exclusão do dolo, utilizava o critério da previsibilidade objetiva.³⁷ Tal desvio seria essencial se não era objetivamente previsível, quer dizer, previsível pelo ser humano em geral. Na solução dos problemas gerados pelo erro quanto ao objeto (uma das cujas variedades é o erro quanto à pessoa) e pelo desvio do golpe (*aberratio ictus*) emprega-se o critério da equivalência do objeto ou da pessoa do ponto de vista dos tipos de injusto,³⁸ critério que, sem dúvida alguma, é de caráter normativo.

A presença da inobservância do cuidado devido no tipo de injusto dos delitos culposos tem precedentes anteriores ao finalismo³⁹ e é hoje aceita quase com unanimidade na Ciência Penal alemã e pela maior parte da doutrina espanhola. A discussão se fulcra hoje em saber se o dever de cuidado deve ser considerado como um dever objetivo, cujo conteúdo seria o cuidado necessário para o desenvolvimento de uma atividade social determinada, como entende a opinião do-

36. Vide Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, p. 28 e Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 16 e ss.

37. Vide Welzel, *Das deutsche Stafrecht*, p. 73.

38. Vide meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 354-5.

39. Engisch foi o primeiro que incluiu no tipo de injusto "la inobservancia del cuidado necesario", vide Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión de la edición de Berlim, de 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 344.

33. Esta possibilidade foi destacada por Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1957, p. 152 e ss.

34. Vide meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 265-6.

35. Vide Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 142 (n. 24).

minante,⁴⁰ ou de uma forma subjetiva, em que cada pessoa estaria obrigada unicamente a empregar o cuidado ou a diligência que lhe fosse possível, segundo sua capacidade.⁴¹ O avanço do normativismo se manifestou no desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva de resultados. Propugna-se a restrição do tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos mediante utilização dos critérios de imputação objetiva. Não basta que exista uma relação de causalidade entre a ação e o resultado típico, mas ainda é preciso, diz-se, que

40. Critério mantido por Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.^a ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, p. 294 e ss., G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Walter de Gruyter, Berlin-Nova Iorque, 1972, p. 64 e ss. e *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 315 e ss., Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, Allgemeiner Teil, 5.^a ed., Metzner, 1989, e Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 3.^a ed., Berlin-Nova Iorque, 1988, p. 206-7, na Alemanha e Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal, Madri, 1990, p. 244.

41. Vide, por exemplo, Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, *Festschrift für R. Honig*, Verlag O. Schwartz, Göttinga, 1970, p. 135 e ss. e 144 e *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 230-2 (n. 36, 39 e 41), 233-4 (n. 45-46) e 238-89 (n. 59-62), Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, A. Metzner Verlag, 5.^a ed., 1990, introduzido ao art. 1.^o, n. 57 e na Espanha Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado u causalidad*, Reus, Madri, 1966, p. 101 e ss. (se o resultado não era objetivamente previsível falta a reprovabilidade objetiva), S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, p. 247-8 e A. Torio López, *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, p. 844 e ss., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, *Anuario de Derecho Penal Ciencias Penales*, 1986, fasc. 1.^o, p. 33 e ss.

o resultado seja imputável à ação (ou à omissão).

Para isso, exige-se que o resultado seja vazado como realização do perigo concreto criado ou incrementado pela conduta dolosa do autor, que seja objetivamente previsível *ex ante*.⁴² Não é imputável objetivamente se na realização da ação perigosa o agente observara o cuidado objetivamente devido (era um perigo lícito).⁴³

Alguns penalistas exigem não só que o resultado apareça como realização do

42. Vide, por exemplo, Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, p. 136 e ss. e 144, *Finalität und objektive Zurechnung*, em *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, p. 245 e ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 231-2 (n. 39 e 41), 237-8 (n. 56-57), Rudolphi, ob. cit., introduzido ao art. 1.^o, n. 57 e 62, G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 201 e ss. e Gimbernat, *La causalidad en Derecho Penal*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, fasc. 3.^o, p. 567 e ss., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 103-4 e 151 e ss. e *Qué es la imputación objetiva?*, em *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madri, 1990, p. 215-6.

43. Vide, neste sentido, Rudolphi, ob. cit., introduzido ao art. 1.^o, n. 62, 63 e 64, G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 220 e ss., Torío, *Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito improprio*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, fasc. 1.^o, p. 39-40, *Los delitos de peligro hipotético*, lug. cit., p. 845 e ss., *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, em *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 393 y ss., e Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, p. 249. Roxin distingue entre o fim de proteção da norma que delimita o risco permitido (segundo ele, tanto nos delitos dolosos como culposos) e fim de proteção da norma implícita no tipo de injusto dos delitos dolosos e culposos. Neste último caso seria melhor, segundo ele, falar em critério de âmbito do tipo (Cf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 239 e ss.).

perigo criado ou incrementado pela ação do agente, mas também que esteja compreendido no âmbito de proteção da norma.⁴⁴

Não pode ele ser imputado, tampouco, caso o agente tenha se esforçado e conseguido diminuir o risco de sua produção (princípio da diminuição do risco).⁴⁵

A imputação objetiva do resultado ficaria excluída quando fosse ele produzido com a mesma intensidade e ao mesmo tempo como consequência da ação lícita (por estar amparada por uma causa de justificação) de outra pessoa, ou simplesmente, dos fatores causais concorrentes na hipótese (critério da causa substitutória).⁴⁶

Esses critérios são discutíveis, mas não vou me deter agora em sua análise crítica, que já realizei em outro lugar.⁴⁷ Limitar-me-ei a expor brevemente minha opinião.

Nos delitos de ação dolosos seu campo de aplicação é, a meu ver, muito limi-

tado. Já nos delitos qualificados pelo resultado, está justificada a exigência de que o resultado decorra da realização do perigo criado ou incrementado pela ação do agente, quer dizer, que o resultado surja como realização do perigo, da tendência, implícita na conduta inicial dolosa. A exigência em todos os delitos de ação dolosos de que o resultado emergja como realização do perigo criado ou incrementado pela ação do sujeito, que foi objetivamente previsível *ex ante*, conduziria a consequências sumamente insatisfatórias. Produzir-se-ia uma restrição excessiva do âmbito do tipo.

A referência ao cuidado objetivamente devido para evitar a lesão a bens jurídicos carece de fundamento nos delitos de ação dolosos, pois, aqui, a conduta vai dirigida pela vontade do autor no sentido de produzir lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Contrariamente, há de ser admitido o princípio de imputação objetiva de que o resultado esteja compreendido no âmbito de proteção da norma, que deve ser desligado da criação ou aumento do risco. É preciso, sem dúvida, que o resultado, ainda que não fosse objetivamente previsível, esteja entre aqueles cuja produção trate a norma de evitar. O resultado deve aparecer como realização da conduta proibida pela norma.

De outro lado, devem ser afastados os critérios de diminuição do risco, pois supõem a inclusão no tipo da solução de conflitos de interesses, cujo lugar adequado são as causas de justificação e as causas substitutórias, pois não há base alguma na lei para excluir a responsabilidade penal pelo mero fato de que o resultado delitivo causado pelo agente teria sido produzido com a mesma intensidade e no mesmo momento como consequência da ação lícita de outra pessoa ou dos fatores causais concorrentes.

É no campo dos delitos de ação culposos que a teoria da imputação

44. Vide, por exemplo, Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, p. 136, Finalität und objektive Zurechnung, p. 242 e ss., e Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, p. 232-3 (n. 43-44), Rudolphi, ob. cit., introducción al art. 1.º, n. 58 e Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, p. 245-6.

45. Sustentado, de formas diversas, por E. Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Metzner, Frankfurt A.M. 1972, p. 86 e ss. e 96 e ss., Rudolphi, ob. cit., introducción al art. 1.º, n. 59 e ss. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 233 e ss.

46. Vide meu Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, p. 323 e ss., 396 e ss. e 399 e ss.

47. A teoria da culpabilidade limitada é adotada, com efeito, não só por penalistas que defendem ao mesmo tempo a teoria dos elementos negativos do tipo, mas também por outros, como Gallas, Zum genwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, lug. cit., p. 46 (nota 89), Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, p. 153-4, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, I, p. 418-9 e Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 389 e ss.

objetiva encontra seu principal local de aplicação. Faz-se necessário que o resultado seja consequência da inobservância do cuidado objetivamente devido e um dos que tratava de evitar a norma de cuidado infringida.

Nos delitos de comissão por omissão, a exigência de que o agente ocupe uma posição de garante e de que a omissão apareça como equivalente à ação do ponto de vista de seu sentido social, ou, sob o ângulo do conteúdo do injusto, são, na realidade, critérios da imputação objetiva de resultados.

O que importa evidenciar aqui é que a restrição do tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, mediante os critérios de imputação objetiva, não questiona a contribuição básica do finalismo de que o dolo deve ser um elemento do tipo dos delitos dolosos e de que a inobservância do cuidado (objetivamente) devido é um elemento do tipo de injusto dos delitos culposos, mas vem a completá-la.

A distinção entre os tipos de injusto dos delitos dolosos e culposos, de ação ou de omissão, é mantida, operando-se tão só uma restrição de seu conteúdo, no âmbito do tipo objetivo, mediante critérios de imputação objetiva. Acaba-se por completar, assim, a superação da velha doutrina do tipo, de um tipo comum para os delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, constituído pela simples causação de um resultado mediante um movimento corporal voluntário ou a omissão voluntária de um movimento corporal.

4.3 A transcendência do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta:

Com o abrangimento do dolo pelo tipo de injusto, encontrou também geral aceitação a teoria da culpabilidade. A consciência da ilicitude da conduta é concebida por quase todos os penalistas alemães e pela maior parte dos espanhóis como um elemento da culpabilidade,

independente do dolo. O erro de proibição dá lugar, se invencível, à exclusão da culpabilidade e da pena, e, se vencível, a uma atenuação da responsabilidade dolosa (ou culposa).

A polêmica doutrinária se baseia, atualmente, no tratamento que deve ser dado ao erro sobre as circunstâncias que servem de base às causas de justificação. Para a teoria da culpabilidade limitada, o erro sobre as circunstâncias que servem de base às causas de justificação não é um erro de proibição, mas sim um erro sobre elementos do tipo (ou assim deve ser tratado), por se chegar, supostamente, deste modo, a consequências mais justas.⁴⁸

A teoria da culpabilidade encontrou acolhida em numerosos códigos penais: na nova Parte Geral do Código Penal alemão (art. 17); no Código Penal suíço (art. 20), no Código Penal austríaco (arts. 8.º e 9.º), no Código Penal português (art. 17), no Código Penal espanhol (art. 6 bis a) e na nova Parte Geral do Código Penal brasileiro (art. 21).

Em alguns desses códigos (v.g., alemão e espanhol), o legislador evitou tomar posição sobre o problema do erro a respeito das circunstâncias que servem de base às causas de justificação, isto é, introduzir uma regulamentação do erro sobre um elemento do tipo e do erro de proibição, não assinalando se o erro sobre as circunstâncias que fundamentam as causas de justificação constitui erro de proibição ou se é um erro que deve ser tratado como erro de tipo.

Nos Códigos Penais suíço (art. 19), português (art. 16, 2), austríaco (art. 8.º)

48. Vide, a este respeito, meu artigo O tratamento do erro de proibição no Código penal espanhol, traduzido para o português por Luiz Regis Prado e publicado nos Fascículos de Ciências Penais, ano 3, v. 3, n. 1, jan.-fe.-mar., 1990, p. 14 e ss. e na Revista dos Tribunais, ano 78, maio 1989, vol. 643, fasc. 2, p. 398 e ss.

e brasileiro (art. 20, § 1.º) regula-se, ao contrário, o erro sobre as causas que servem de base às justificantes no sentido da teoria da culpabilidade limitada. O erro vencível sobre as causas excludentes de ilicitude dá lugar a uma responsabilidade por um delito culposos; se invencível, ficam excluídas a culpabilidade e a pena.

Discute-se, também, no marco da teoria da culpabilidade, se a atenuação da pena para o erro de proibição vencível deve ser meramente facultativa, como propugnava Welzel, e se estabelece na maior parte dos códigos penais que regulam o erro de proibição, fundados na teoria da culpabilidade, ou de caráter obrigatório, como sucede no Código Penal espanhol (art. 6 bis e § 3.º).⁴⁹

4.4 O conceito de autor

O conceito finalista do autor é o dominante na moderna Ciência do Direito Penal alemã e encontrou também considerável eco na espanhola,⁵⁰ em grande parte porque permite uma mais perfeita compreensão da figura do autor mediato.

É incontestável, todavia, que o conceito finalista de autor nos delitos dolosos não decorre de consideração ontológica. Welzel partia do ponto de que todo aquele que realiza a ação típica tem o domínio finalista do fato, mais isto não é assim necessariamente. Maurach notou o problema e dizia que aquele que realiza a ação típica tem o domínio do fato em virtude de uma presunção legal irrefutá-

vel.⁵¹ Mas, então, o componente normativo do conceito de autor é indubitável.

Na realidade, o conceito de autor — a teoria da autoria e a da participação —, como assinalava o próprio Welzel, faz parte da teoria do injusto. “A doutrina da autoria contém a parte final da teoria do injusto. Por isto, os fundamentos da teoria do injusto, especialmente o tipo e seus limites, são decisivos para a definição de autor; sobretudo a diferença entre os tipos de delitos dolosos e culposos é essencial para a definição de autor”.⁵² Nos delitos culposos é autor — para Welzel — “todo aquele que através de uma ação infringe o cuidado exigível no tráfego, causa de forma não dolosa um resultado típico”.⁵³

É consequência do princípio da legalidade dos delitos e das penas que o autor deverá ser, necessariamente, tanto nos delitos dolosos como nos culposos, aquele que pratica a ação típica.

Nos delitos culposos, realiza o tipo todo aquele que causa um resultado mediante uma ação (qualquer ou determinada) que não observe o cuidado objetivamente devido, ou efetua uma ação desconhecendo uma qualidade da mesma ou de seu objeto, como consequência da inobservância do cuidado objetivamente devido.

Nos delitos dolosos será autor todo aquele que pratica a ação típica, ainda que não tenha o domínio do fato.⁵⁴

51. Vide Welzel, *Das deutsches Strafrecht*, p. 98.

52. Vide Welzel, *Das deutsches Strafrecht*, p. 99.

53. Vide, neste sentido, F. Chr. Schröder, *Der Täter hinter dem Täter Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlim, 1965, p. 39 e ss., 68 e ss. e 191 e ss.

54. Vide já, neste sentido meu artigo, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española in Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, p. 172-3.

49. Vide, por exemplo, Jescheck, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 590 e ss., Córdoba Roda, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach, Ariel, Barcelona, 1962, II, p. 310 (nota 3), Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 177-8 e E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, p. 215 e ss.

50. Vide R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 658.

Por outro lado, aquele que tenha o domínio do fato será também autor ainda que não realize a ação típica (autor mediato ou co-autor), se o código se inspira em uma concepção pessoal do injusto. Este será o caso em todo o código penal em que se puna a tentativa de delito e seja preciso apreciar a existência de outros elementos subjetivos do injusto, além do dolo. Aquele que possui o domínio do fato surge então como o centro pessoal do injusto.

Já se o código se baseia, ao contrário, em uma concepção objetiva ou despersonalizada do injusto, como mera lesão ou perigo ao bem jurídico, todo aquele que colocasse como condição de produção do resultado ou da realização da ação típica seria, em princípio, autor. Assim, chegar-se-ia a um conceito extensivo de autor ainda que o Direito partisse do conceito de ação finalista, pois, o juízo desvalorativo da ilicitude recairia, então, exclusivamente sobre o lado objetivo ou externo da ação.