

ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO NO CONCEITO DE FATO TÍPICO

Thiago André Silva Gonçalves (G-UEMS)
Rodrigo Cogo (UEMS)

Resumo: Esta pesquisa tem o objetivo de demonstrar como a Teoria Finalista da Ação contribui para o novo entendimento do conceito de fato típico dentro do direito penal. Em sua essência, abordará o estudo dos seguintes elementos: conduta, tipo injusto doloso e tipo injusto culposo. O trabalho trará à tona, os estudos de Hans Welzel, expoente do finalismo e incentivador da abolição da chamada responsabilidade penal objetiva.

Palavras – chave: Finalismo. Fato típico. Conduta. Dolo. Culpa.

Abstract: This research has the objective of demonstrating as the Finalist of the Action Teory contributes for the new understanding of the concept in fact typical inside of the penal right. In her essence, it will approach the study of the following elements: conduct, deceitful unjust type and guilty unjust type. The work will bring to the surface, Hans Welzel's studies, exponent of the finalism and incentivator of the abolition of the call responsibility penal lens.

Words - key: Finalism. Typical fact. Conduct. Fraud. Fault.

1. Introdução

O presente artigo tem como pretensão demonstrar as contribuições do finalismo para o fato típico, onde ocorreu a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, criando uma concepção puramente normativa. *A priori* será analisado o conceito de crime na legislação brasileira; a teoria do tipo e as teorias que antecederam ao finalismo. *A posteriori*, serão estudadas os aspectos gerais do fato típico, conceito de conduta, e seus elementos: dolo e culpa.

2. A definição de crime na legislação penal brasileira.

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei 3.914/41): “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Bittencourt (1997, p. 33) critica a lei de introdução afirmando que o legislador não teve preocupação científico-doutrinária, pois apenas destaca as características que distinguem as infrações penais consideradas delitos daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável. Para a teoria finalista majoritária (Welzel etc.) crime é fato típico, antijurídico e culpável; para teoria finalista minoritária (Damásio etc.) crime é fato típico e antijurídico (bipartido).

Para que exista a imposição de uma pena é necessário que o fato seja punível e culpável, pois a culpabilidade é o elo entre o delito e a consequência jurídica. Sem culpabilidade não há que se falar em pena. Todavia não se deve confundir fato ou injusto

punível (que contem três elementos) com injusto penal que já foi valorado como fato típico e antijurídico.

Quando o Código Penal trata de excludente de antijuridicidade insere expressões “não há crime” (art.23, caput), “não se pune o aborto” (art. 128 CP). Quando tratam de excludente de culpabilidade as expressões são outras, “é isento de pena” (arts 26, caput, e 28, parágrafo 1º). Nota-se que a legislação penal brasileira adotou o pensamento de Maggiore, admitindo a existência de crime não punível. Tal penalista ensina que quando ocorrem casos de excludente de ilicitude, não há crime, pois seria incoerente afirmar que um fato é lícito (art. 23 CP) e antijurídico, mas na excludente de culpabilidade o crime preexiste não de forma efetiva, tendo em vista que o individuo não é declarado culpável. Desta assertiva conclui-se, segundo Maggiore, que o crime é composto por uma *parte objecti*, bastam dois requisitos: fato típico e antijuridicidade.

3. Teoria do Tipo

O conceito de tipicidade passou por vários processos, mas por extensão do tema, será abordado de Ernest Beling até Hanz Wezel, que foi o responsável pelo chamado finalismo. Do ponto de vista penal, tipo é um conjunto de elementos descritivos do crime da legislação criminal.

A tipicidade é consequência do principio da reserva legal ou legalidade, que tem como antecedentes em, Montesquieu e Beccaria, sendo posteriormente consagrado por Feuerbach e tornando-se dogma constitucional (art. 5º XXXIX): “não há crime sem lei anterior que o defina, não a pena sem prévia cominação legal”. Tal dogma vem afirmar implicitamente que se não houver o tipo penal o Estado estará agindo de maneira arbitrária e despótica, aumentando seu *ius puniend* e violando o direito de liberdade do cidadão.

Para própria segurança do corpo social é necessário então, limitar a atividade estatal, pois se os indivíduos não sabem previamente quais são os atos que pode praticar, fica “nas mãos” Estado. Quando se toma conhecimento de quais são as condutas permissivas e proibitivas, as pessoas irão saber que só cometerão algum ato infracional se sua conduta for idêntica à constante do modelo legal.

Em 1906 na Universidade de Munique, Ernest Beling apresentou em termos jurídicos o principio político da reserva legal. Para Beling os elementos que compõem a estrutura do crime (que torna o conceito de delito dogma penal): tipicidade, ilicitude e a culpabilidade.

Anteriormente crime era considerado fato ilícito e culpável.

Apesar de a tipicidade englobar o conceito analítico de crime, ela seria algo que não se confundiria com ele, sendo apenas um elemento. No Código Penal alemão a palavra *tatbestand* era apenas uma descrição abstrata da conduta, não sendo uma ação humana. A tipicidade deveria se ajustar à ação, para então assim, tornar-se típica, sendo apenas descritiva, objetiva e valorativamente neutra.

Em 1915 o penalista germânico Max Mayer traz modificações ao conceito de tipicidade. Segundo Mayer o instituto não era apenas meramente descritivo e valorativamente neutro, pois na própria tipicidade já se inseria um juízo de valor, ainda que inicial. Portanto se fosse típico a presunção de ilicitude afirmava ser impossível descrever determinadas condutas sem recorrer a elementos subjetivos e normativos, ou seja, era raríssimo haver “tipos puros”.

Mayer usava a expressão latina *ratio cognoscendi*, sendo a tipicidade a presunção da ilicitude. Mezger substitui a expressão *ratio cognoscendi* por *ratio essendi* (razão de ser), portanto a tipicidade seria a razão de ser da ilicitude, não pressuposto, segundo o autor.

Afirmou que o crime era uma ação tipicamente ilícita e culpável, pois não era possível haver tipicidade sem ilicitude, regendo assim sobre o principio da causa e efeito.

Beling vem posteriormente elaborar seu pensamento, onde não obteve grande repercussão no campo jurídico. Na década de 30, surge então na Alemanha a idéia do penalista Hans Welzel, contrariando a teoria clássica. Como consequência do finalismo, a ação humana passou a ser vista como um todo indivisível, no que diz respeito ao seu aspecto interno e externo. O dolo torna-se tipo penal subjetivo e o fato pode ser objetivamente típico e subjetivamente atípico, exemplo clássico é o erro de tipo. Pode ocorrer ao contrario, como é o caso do crime impossível, em que fato será objetivamente atípico e subjetivamente típico.

3.1. Tipicidade e Adequação Típica.

Tendo em vista as considerações acima, conclui-se que tipo vem a ser a descrição do crime com todos seus elementos, sendo composto por elementos objetivos, normativos e subjetivos. Objetivos: referem aos aspectos materiais do fato, por exemplo, o lugar do crime, o núcleo do tipo, os meios empregados etc. Normativos: exigem um juízo de valoração sobre o significado, diferenciando dos objetivos, que estão descritos. Subjetivos: finalidade especial do agente exigida pelo tipo para que se configure crime. No artigo 219 (revogado) do Código Penal, não bastava apenas raptar, pois era necessário que a finalidade do rapto fosse para fim libidinoso, é o chamado dolo específico.

A adequação típica é enquadrar ou encaixar a conduta do agente na descrição da legislação penal. A adequação típica se apresenta de duas formas: de subordinação imediata e de subordinação mediata.

Na adequação mediata o fato se enquadra ao modelo legal de maneira imediata, sem que para isto seja necessário recorrer a outros dispositivos. Exemplo claro é o indivíduo que mata alguém, tendo sua conduta amoldada à figura do tipo penal do artigo 121.

Na adequação imediata o fato não se enquadra de maneira imediata, sendo necessário uma outra norma penal incriminadora para complementar a primeira. Assim ocorre na tentativa de homicídio, por exemplo, pois o fato não se amolda de maneira imediata no tipo do artigo 121, havendo necessidade de enquadrar a norma contida na parte geral que o descreve.

Alguns adeptos do finalismo fazem distinção entre tipicidade e adequação típica. A tipicidade seria o aspecto objetivo do crime, por exemplo, matar. A adequação típica seria algo mais profundo, levando em conta os aspectos subjetivos. Exemplo: “Matar alguém” configura-se em tipo penal, mas na adequação típica ira analisar se houve dolo ou culpa. Suponhamos que o “matar” foi gerado por caso fortuito, ou seja, ira existir a tipicidade (art. 121 CP), mas só haverá constatação do crime na adequação típica, pois é nela que ira ser verificada a exclusão de dolo ou culpa. Fernando Capez (2005, p. 187) despreza tal diferenciação partindo da assertiva de que esta distinção não traz nenhum efeito jurídico e que tipicidade engloba a conduta (dolo ou culpa), não havendo conduta não a fato típico.

4. Teoria Naturalística da Ação

Esta teoria foi desenvolvida por Franz Von Liszt por volta do século XIX, sob influências da filosofia do positivismo mecanicista, a partir das concepções físicas de Newton e a filosofia positivista de Hans Kelsen. Para entender os conceitos de tal teoria é necessário reportar-se aos fatos históricos.

Na época do Absolutismo, o rei concentrava em suas mãos todas as funções do Estado, onde este executava, legislava e julgava. Tal momento histórico era caracterizado pelo

despotismo, em virtude do rei legitimar seu poder através da forma clássica ou tradicional. Após a revolução francesa surge o Estado Formal de Direito, que tem como meta acabar com o antigo regime e instaurar o império da lei.

Nesta época, por influência do Iluminismo, as funções do Estado foram divididas em poderes, na tentativa de buscar a descentralização, evitando assim o abuso. Criavam leis que tratassem todos de forma igual, com os mesmos direitos e deveres.

Esta igualdade era apenas formal, pois o Estado não criava mecanismo para se diminuir às desigualdades sociais. Em virtude deste império da lei, a norma não podia ser interpretada e nem contestada, mas aplicada. A atividade de interpretação era tida como subversiva, pois se tinha medo de voltar a subjetividade do antigo regime. Portanto crime não era visto com algo axiologicamente negativo, mas como aquilo que o legislador dizia ser, ou seja, se tinha ou não conteúdo de delito, não importava.

A Teoria Causal da ação surgiu justamente nesta época. O princípio da causa e do efeito, utilizado nas ciências naturais, era algo que norteava tal teoria. Havia apenas uma comparação entre a conduta praticada e o que estava descrito na lei. Vejamos o exemplo: João pratica “tiro ao alvo” em um local apropriado apenas para esta finalidade. José, que está fugindo da polícia, entra neste estabelecimento para não ser encontrado. João ao atirar no alvo acerta José, que ali se escondia, vindo a falecer. O pensamento naturalístico da ação diria da seguinte maneira: se o artigo 121 do Código Penal afirma que “matar alguém” gera pena de 6 a 20 anos. A morte de José foi causada pelo tiro de João, logo, João praticou um fato típico, pois sua conduta se encaixa com a descrição no modelo legal. Nota-se que a conduta é um puro fato de causalidade.

Kelsen tentou dar a ciência jurídica certa autonomia das demais ciências humanas, que buscavam o direito para si. A busca da pureza do direito fez com que Kelsen isolasse o objeto de estudo do jurista, a norma. Não importava se a lei era justa ou injusta, mas se era válida, pois qualquer juízo de valor emitido sobre a norma poderia comprometer ao conhecimento jurídico-científico. O jurista deveria se perguntar apenas se a edição de tal lei foi emitida pelo órgão competente. Foi nesse sentido que o positivismo jurídico influenciou a escola causal. Não importava o conteúdo da norma penal, bastava que ela fosse aplicada e emitida pelo órgão competente.

Com o tempo alguns penalistas, principalmente Welzel, notaram que a escola causal deixava alguns fatos sem explicações. A conduta era tida como um comportamento voluntário que se manifestava no mundo exterior causando um resultado, onde a finalidade do agente praticar um ato infracional era analisada apenas na culpabilidade. Dolo e culpa era visto com espécies de culpabilidade e não como algo inerente à conduta. A vontade é vazia, pois para tal teoria era irrelevante esta análise no fato típico. No exemplo que citamos acima a conduta do agente (fase externa) é totalmente vaga, o simples ato de ele atirar no alvo e por um caso fortuito acertar um ladrão caracteriza-se como uma conduta tipificada no constante legal. Crítica severa foi à falta de explicação dos crimes tentados. A conduta (ação) era vista como meio de produção (causa) para um resultado (efeito). Nos crimes tentados o agente deseja um fim, mas sua vontade é interrompida por circunstâncias alheias. Como explicar a conduta (que para teoria causal é a causa do resultado) nos crimes de tentativa, onde não ocorre resultado?

No campo da culpabilidade a teoria clássica se manifesta através da teoria psicológica, onde dolo e culpa eram espécies do juízo de reprovação sendo a imputabilidade seu único pressuposto. Outro problema enfrentado por esta teoria, diz respeito aos crimes que diminuem a responsabilidade ou a gradualidade da culpabilidade. Ou seja, como que tal teoria explicaria a exclusão da culpabilidade se há existência do dolo?

5. Teoria Neoclássica ou Neokantiana

Tal teoria surge como reação às contradições apresentadas pela teoria clássica. Mezger, em 1915, observou que alguns tipos penais exigiam análise da finalidade do agente ativo, rompendo com o dogma de que a vontade e a finalidade do sujeito encontram-se na culpabilidade. Como dizer que um sujeito pratica um “ato obscuro” sem previamente verificar se a sua vontade é praticar este fato típico? Sob o ponto de vista da culpabilidade, Frank, outro grande penalista alemão, baseado no art. 57 do CP Alemão, que tratava do estado de necessidade inculpável, como por exemplo, a tabua de salvação, analisou que a condutas dolosas não culpáveis. No caso do exemplo citado, a conduta do agente ativo não seria suscetível de apreciação na culpabilidade, pois, de acordo com a inexigibilidade de outra conduta diversa, não ser reprovável, portanto não haverá consequência jurídica. Nota-se que a culpabilidade é tanto psicológica quanto normativa. Ocorre que o dolo é o fator psicológico, que irá ser apreciado sob o juízo de valor, concluindo que este não pode estar na culpabilidade. Se a culpabilidade é normativa, como poder ao mesmo tempo psicológica? Damásio (1999, p. 459) afirma que um provérbio na Alemanha que versa da seguinte maneira: “a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na cabeça do juiz”. O dolo, em sentido contrário, está na cabeça do autor, não podendo se exteriorizar como juízo de valoração, pois na verdade ele é objeto desta apreciação valorativa.

6. Teoria Finalista da Ação

Cabe agora, definir a teoria finalista e a influência que ela realizou no campo do fato típico, mais especificamente dentro da conduta (dolo e culpa). Tentando apontar as contradições geradas pela teoria causal, sob influência do neokantianismo, surge no início do século XX a Teoria Finalista da ação, tendo como idealizador o professor de direito penal e filosofia do direito Hans Welzel. Para teoria clássica a conduta humana era objetiva, sendo necessário apenas à realização do resultado causando pelo ato infracional, que iria se caracterizar como fato típico.

A conduta humana era neutra, pois não se encontra nenhum vestígio dos aspectos subjetivos da ação. Analisava-se somente o resultado, ou seja, se a conduta se amoldava perfeitamente no estatuto penal.

A vontade não fazia parte da conduta, mas porque os crimes dolosos são mais graves que os crimes culposos? Esta pergunta não poderia ser respondida por um adepto da escola clássica, pois apenas com o advento do finalismo pode-se explicar esta indagação. Quando um sujeito pratica determinada ação sempre irá haver um resultado, ainda que não seja aquele pretendido pelo agente. Portanto, toda conduta tem na sua essência uma finalidade.

Imaginemos um médico que tateia uma mulher que está despida. Para a escola naturalística esta conduta já está enquadrada no núcleo do tipo (atentado violento ao pudor), mas para definir se este ação é um fato típico é necessário analisar o elemento subjetivo do autor, ou seja, se sua finalidade é voltada para exame clínico ou para satisfazer seus desejos sexuais.

A vertente finalista afirma que antes de enquadrar a conduta como típica, cabe analisar a finalidade ou a intenção do agente. Se olharmos apenas sob o ponto de vista objetivo (ou exterior), a conduta sempre será a mesma, mas só iremos saber se houve realmente o fato típico após analisar a finalidade da ação, por este motivo chama-se Teoria Finalista da Ação.

Nosso Código Penal foi finalista onde pode. Fica expresso ter adotado esta teoria no art, 18, I e II, negando a existência de crime sem que seja doloso ou culposo. O art. 20 do estatuto penal brasileiro afirma que o erro incidente sobre os elementos do tipo exclui o dolo, onde fica claro que o legislador adotou teoria finalista. A culpabilidade passa a ser puramente

normativa, contendo os seguintes elementos: imputabilidade; exigibilidade de conduta diversa e potencial de conhecimento da ilicitude do fato. Existem duas teorias de inspiração finalista no que tange a culpabilidade: teoria normativa pura e a teoria limitada (adotada pelo estatuto criminal brasileiro).

O direito penal não cuida de ações vazias de vontade, ou seja, condutas que não encontram dolo ou culpa, pois se leva em conta as condutas impulsionadas pela vontade dirigida a uma finalidade. Anteriormente o fato típico era objetivo-causal, sendo que dolo e culpa se encontravam na culpabilidade, mas com o finalismo estes dois institutos transplantaram-se para o fato típico. Importante ressaltar que haverá impossibilidade jurídica do pedido quando não existir dolo ou culpa, pois de acordo com o art. 43, I do Código de Processo Penal, a denúncia ou a queixa será rejeitada quando não constituir crime. Neste caso a petição inicial será indeferida por carência de ação, onde esta tem como requisito: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes.

Leva-se em conta o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, onde existir apenas meros indícios de dolo ou culpa não será possível à instauração da ação penal.

6.1. Fato Típico

Fato típico é o fato material praticado se encaixando com a descrição da legislação penal. Os elementos que integram o fato típico são: conduta (dolosa ou culposa); resultado; nexos causal e tipicidade.

Quando se afirma que o fato típico é um fato material descrito na legislação penal, não se deve, todavia, confundir o fato material com o fato típico em si, pois o primeiro integra apenas os três primeiros elementos. Analisemos o exemplo: João toma um copo da água por que esta com sede (conduta dolosa), gerando uma sensação de satisfação (resultado) que foi causando pelo fato de ingerir o líquido (nexo causal), portanto é apenas um fato material. Caso houvesse escrito na legislação penal que beber água gerava reclusão de seis meses estaria se enquadrando aquele fato material ao fato típico, pois somou mais um elemento, a tipicidade, ao que apenas parecia ser um fato comum. Se faltar alguns destes elementos do fato típico passa a se constituir, um indiferente penal, portanto um fato atípico. O artigo 217 do CP, que foi revogado pela lei n.º 11.106, de 28-3-2005, tratava de crime de sedução contra mulher virgem. O professor Damásio (1999, p. 226) apresenta um caso da seguinte forma; seduzir mulher virgem, maior de dezoito anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua justificável confiança. Se analisarmos este caso nota-se que existem todos os elementos do crime de sedução (CP, 217), mas não se encontra a idade legal da ofendida, que o Código exige que tenha mais de 14 anos e menos de 18 anos.

É importante ressaltar que quando se trata de resultado e nexos causal somente serão aplicadas aos crimes materiais, ou seja, crimes que só se consumam com a produção do resultado naturalístico, como a morte, para o homicídio, a subtração para o furto, a destruição, no caso de dano; a conjunção carnal, para o caso de estupro.

6.2. Conduta

Dispensa-se tentar definir o que vem a ser conduta, pois tal conceito encontrou plenitude no professor Damásio (1999, p. 227), onde “conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida à determinada finalidade”.

Analisando a descrição feita por Damásio a conduta é essencialmente humana, excluindo assim, os fatos naturais (raios, chuvas, terremotos), o mundo animal e a pessoa

jurídica. Quando um cão investe em uma pessoa, a mando do dono, e causam ferimentos em um terceiro, o animal não responde pelos atos, mas seu mandante.

Se um agente cogita a preparação intelectual de um crime, mas esta vontade não é transferida para o mundo material, não há que se falar em delito, pois o Estado não poder punir o simples fato de desejar, ou seja, a conduta deve abranger tanto o aspecto psíquico e mecânico (ou neuromuscular).

Caso haja a presença de um querer estamos diante de uma conduta e não um ato instintivo, pois este se realiza sem colaboração da vontade.

Com relação à coação irresistível é necessário distinguir de dois modos: coação *via absoluta* (física) e coação *via compulsiva* (moral). A vontade é elemento da conduta. Se houver atos que não interfiram na vontade não podemos falar em conduta, mas em um ato involuntário. É necessário fazer uma diferença, em se tratando de coação física (vis absoluta), onde o indivíduo realiza a ação em virtude da força corporal exercida sobre ele, não existe conduta. Exemplo: forçar fisicamente alguém assinar um documento falso, ou seja, o fato é atípico.

No caso de coação moral ocorre a presença de conduta, mas não de culpabilidade. Exemplo: obrigar alguém assinar documento falso sob grave ameaça. Há presença do fato típico, mas não há que se falar em culpabilidade, aplicando a regra do artigo 22, 1º parte, CP. Casos de sonho, hipnose, embriaguez, desmaio e outros estados de inconsciência a ausência de conduta. Dito isto podemos afirmar que os elementos da conduta são: vontade, finalidade, exteriorização e consciência.

6.3. Tipo Injusto Doloso

O dolo, de acordo com a teoria finalista, integra a conduta, sendo um elemento subjetivo do tipo. A ação ou omissão não constituem elementos naturais, mas ações e omissões dolosas. Para teoria causal, dolo é elemento (ou espécie) da culpabilidade e não do fato típico. Dolo é a vontade de realizar as características descritas no tipo penal, constituindo um elemento subjetivo. Quando se usa a palavra “subjetiva”, analisam-se as disposições mentais e psicológicas ao agente, observando se seu ato comissivo ou omissivo foi doloso ou não. No dizer de Fernando Capez (2006, p. 198) o “dolo é o elemento psicológico da conduta”. Conduta, como foi visto acima, é um dos elementos do fato típico. Logo, o dolo é um dos elementos do fato típico. Seus elementos são: consciência de que o fato constitui numa ação típica; e a vontade de praticar a conduta. É indispensável que o agente tenha consciência do comportamento que está realizando e a causa do resultado típico. Portanto, para teoria finalista, o dolo é psicológico e não normativo, como acreditavam os causalistas. Para estes o dolo é normativo (*dolus manus*), tendo a consciência da ilicitude do fato como elemento. Não basta para tal teoria que o dolo consista apenas num querer, mas num querer ilícito. Acrescenta-se um elemento normativo ao tipo injusto doloso, que depende de juízo de valor.

6.4. Teorias do Dolo e o Código Penal

Há três teorias a respeito do dolo: teoria da vontade, representação e teoria do assentimento. Para a teoria da vontade o agente deve ter consciência do fato delituoso e a vontade de obter o resultado. Na segunda corrente dolo é constatação pelo simples fato de prever o resultado, mas não necessariamente deseja-lo.

Por ultimo, essência do dolo está na aceitação, ou seja, assumindo os riscos de produzir o resultado.

O artigo 18, I, do CP descreve: “Diz-se o crime : doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”. Fica claro que a legislação penal brasileira adotou na primeira parte do dispositivo a teoria da vontade, na qual o individuo quer produzir o resultado, ou seja, quer matar (art. 121), quer furtar (art. 155). Na segunda parte do inciso, o legislador abraçou a teoria do assentimento, pois o agente não quer necessariamente um determinado resultado, mas prevê a possibilidade dele ocorrer, assumindo assim o risco de produzi-lo, chamado também de dolo eventual. Em suma o CP brasileiro adotou a teoria da vontade e do assentimento, sendo que ambas tem como objeto a finalidade do agente ativo.

6.5. Tipo Injusto Culposo

Todo homem que vive no corpo social tem um dever cuidado com relação aos outros.

O que difere o tipo injusto culposo do tipo injusto doloso é justamente a intenção da ação. Os tipos que definem os crimes culposos são abertos, não se descrevendo em que consiste o comportamento culposo, limitando a dizer a consequência jurídica. É impossível o legislador elencar, por exemplo, todas as modalidades de homicídio culposo. Em virtude deste fato, a adequação típica deve sofrer um juízo de valor, analisando o comportamento de um homem de prudência mediana na mesma situação. No crime culposo a finalidade do agente é lícita, mas por haver a quebra de um dever legal (imprudência, negligência ou imperícia) o resultado torna-se ilícito. Vamos imaginar que Rodrigo dirige seu carro em alta velocidade para não chegar atrasado no trabalho, mas por transitar em alta velocidade em local proibido acaba atropelando uma pessoa, vindo esta a falecer. A finalidade do sujeito ativo era lícita (chegar a tempo no seu trabalho), mas por quebra de um dever cuidado (transitar em alta velocidade), exigido a todos, gera um resultado ilícito. No crime doloso, com base no mesmo exemplo, o agente sairia com seu carro em alta velocidade querendo atropelar alguém. Portanto, de acordo com o finalismo, o tipo culposo há presença de uma vontade, mas sua finalidade é variada. O fato típico culposo (além dos elementos do fato típico) engloba a previsibilidade objetiva, ausência de previsão (na culpa consciente inexiste esse elemento), resultado involuntário e a quebra do dever cuidado.

Previsibilidade objetiva é a possibilidade de qualquer sujeito dotado de bom senso prever o resultado.

É importante ressaltar que a ausência de previsibilidade subjetiva não exclui a culpa, uma vez que não é seu elemento. A consequência será exclusão da culpabilidade, mas nunca da culpa. A previsibilidade objetiva, como foi dito, é elemento da culpa onde se analisa a possibilidade de prever o resultado, por uma pessoa prudente e com discernimento. Já a previsibilidade subjetiva está na culpabilidade, onde há a possibilidade de prever o resultado, segundo as aptidões do sujeito. A inobservância do dever objetivo de cuidado é justamente a quebra do dever cuidado imposto a todos. Existem três modalidades, previstas no artigo 18, II, CP: imprudência, negligência e imperícia.

Existem três espécies de culpa: culpa inconsciente, culpa consciente e culpa imprópria. Na primeira o agente não prevê o resultado que era previsto. Na segunda o agente prevê o resultado, mas acredita que por suas habilidades técnicas não ira praticar o resultado. Na terceira é o agente que acredita estar agindo licitamente, mas está diante de um erro de tipo inescusável. Vale ressaltar que o agente não pode responder por um resultado que, em momento posterior, possa a ser culposo, tendo em vista que no momento da ação agiu este com diligência. Exemplo: médico que no momento da cirurgia aplica técnica mais avançada que existe, mas que em momento posterior revelou-se inadequada.

7. Considerações Finais

O presente estudo teve como pretensão mostrar as contribuições oferecidas pela teoria finalista da ação, que abriram novas metas à dogmática da teoria geral do crime. Como sintetiza o professor Damásio:

Éramos partidários da teoria naturalística da conduta. Seduzidos pelo estudo das teorias da culpabilidade no direito penal alemão, sucumbindo à lógica da teoria finalista da ação, que passamos a adotar. Com sua aplicação, a solução dos mais árduos problemas é encontrada com a lógica e justiça, evitando presunções legais e, principalmente, a responsabilidade penal objetiva, que não se harmoniza com o moderno direito penal da culpabilidade¹

A vontade humana não pode ser punida sem analisar a finalidade, o desejo, a intenção do agente. Esvaziar esse conceito é comparar a conduta humana com processos meramente causais, que se aplicam na natureza. A ciência criminal serve para regulamentar condutas praticadas pelo corpo social, tão pouco não pode ser regido por princípios das ciências naturais, pois o delito não é um fenômeno da natureza, como um raio, mas um fenômeno exclusivamente social, que deve ter como fundamentação princípios sociológicos. A norma penal não é uma descrição de fatos causais, mas normas de caráter deontológico, que se aplica aos fatos realizados pelo ser humano. A culpabilidade finalista é puramente normativa, afastando cada vez mais a responsabilidade penal objetiva, onde qualquer ação do indivíduo, que modificasse o mundo material, seria considerado crime, sem a presença dos fatores principais do fato típico: dolo ou culpa.

Encontramos como norte fundamental do direito penal moderno os princípios *nullum crimen sine culpa* e *nullum crimen sine conducta*, onde as consequências jurídicas só devem ser imposta ao agente que praticou ato infracional de maneira dolosa ou culposa. Em suma, os aspectos relevantes do finalismo para o fato típico foram transplantar dolo e culpa que faziam parte da culpabilidade, para o fato típico, levando a vontade do agente para o “centro do injusto”. Na culpabilidade se encontravam apenas as circunstâncias que condicionavam a reprovabilidade da conduta antagônica ao direito. Dentre as distinções que podemos destacar são: a diferenciação entre tipos dolosos e tipos culposos, dolo e culpa como elementos do fato típico e não da culpabilidade (puramente normativa).

A ciência criminal está passando por um novo processo, onde novas teorias estão vindo à tona, como por exemplo, a Teoria Constitucional do Direito Penal, mas não podem negar a influência do finalismo nas novas vertentes.

¹ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, 22º ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 464.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
_____. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de Direito Penal – Parte Geral**, 10º ed. São Paulo: Malheiros.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 11º. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
_____. **Código Penal anotado**. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
_____. **Temas de Direito Penal**, 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ULHOA, Fábio. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.