

A TEORIA DA AÇÃO FINALÍSTICA NO DIREITO PENAL

NELSON HUNGRIA

O direito penal é escrito um pouco no dorso das areias. Não está sujeito apenas à mutabilidade dos fenômenos sociais e humanos, senão também à versatilidade dos critérios de sua construção dogmática ou científica, que, na ânsia de conceitos irrepreensivelmente lógicos, entrega-se à tarefa sisífica de uma análise infatigável, em que as teorias se sucedem como as fases da lua ou as estações do ano. O insaciável espírito de análise crítica é um corrosivo de idéias e postulados. Nada lhe resiste à ação deletéria. Analisar meticulosamente conceitos e pensamentos vale o mesmo que desacreditá-los, pois ainda os mais sólidos e inveterados não escapam à irremediável contingência ou falibilidade do espírito humano, a que são inacessíveis as soluções definitivas, *nunc et semper*. Acontece com as idéias dissecadas pela análise minudente o mesmo que ocorreu com a “môscas azul” de Machado de Assis, que, às mãos do poleá que a achou, foi de tal modo examinada e perquirida, que perdeu o fascinante brilho e acabou transformada num pouco de massa informe e asquerosa. Os analistas são como cupins da teoria que anatomizam sob suas lupas; mas ocorre que, quando sugerem ou defendem outra teoria em substituição, não raras vêzes se constata que a *emenda ficaria pior que o soneto*. Na órbita do direito penal doutrinário, há uma periódica sucessão de analistas porfiados, principalmente para além dos Alpes, nas Universidades germânicas, que não permitem um período de duração mais prolongado às *armações* da dogmática jurídico-penal. Não se contentam com o fio de cabelo, tal como se apresenta: partem-no ao comprido para ver o que há dentro, e tanto mexem e remexem, que, ao fim de contas, acaba-se duvidando até mesmo da existência do fio de cabelo. Últimamente, estão êles proclamando a necessidade, no campo do direito penal, de uma renovação de frente a fundos. A estrutura jurídica do crime, tal como tradicionalmente concebido, teria de ser radi-

calmente modificada. É com uma espécie de volúpia que êsses penalistas estão tentando, com o objetivo de tal reforma, a adoção de paradoxos os mais desconcertantes. O que até agora constituía, sem a menor sombra de controvérsia, o elemento subjetivo do crime e era tratado no setor da “culpabilidade”, passa a ser entrosado no elemento material, isto é, na ação empreendida ou realizada pela vontade. Deixaria a ação voluntária de ser considerada como simples movimento corpóreo voluntário (realização causal da vontade), estudada no setor da “causalidade”, para ser concebida como atividade finalística ou tendente a um fim, caracterizando-se “pela representação do fim no pensamento” e formando com o fim uma unidade incindível. É a chamada “teoria da ação finalística”, excogitada por Welzel (inspirado na filosofia de Hartmann), segundo a qual a ação deixa de ser causalidade cega, para ser causalidade *vidente*. O dolo, não o *dolus malus* ou o *animus delinquendi*, mas o *dolus naturalis*, isto é, a pura direção finalística da vontade, ético-juridicamente neutra, passaria a ser parte integrante da ação. Ação finalística e dolo seriam uma e a mesma coisa. Com o dizer-se “ação voluntária” já se diz tudo, redundando num pleonasma falar-se em “ação dolosa”.

Vejamos, porém, o que vale essa nova teoria.

Ninguém jamais contestou que a ação voluntária se dirija necessariamente a um fim, devendo êste, *sub specie juris*, como reconhecem os finalistas, ser *juridicamente* relevante; mas é bom de ver que isso não impede, de modo algum, que, na análise conceitual da estrutura jurídica do crime, se separe da “ação” a sua “direção finalística”, para, atendendo-se ao critério de classificar homogêneamente os elementos de um todo, inserir a direção finalística (representada no pensamento do agente) no elemento subjetivo ou psíquico, enquanto a ação se há de incluir no elemento objetivo ou físico. Não há razão alguma, de irreduzível necessidade, para que o dolo dos finalistas, de caráter puramente psicológico, não permitindo distinguir entre o estrangular uma criança e o dar uma esmola, seja indestacável da ação, como se não se pudessem tratar separadamente o espírito e o sangue, o anímico e o corporal.

Com êsse dolo acrônico, sob o ponto de vista ético-jurídico, os finalistas não vacilam em chegar à conclusão paradoxal de que os próprios inimputáveis (o louco, o idiota, a criança, o ébrio) poderiam praticar crimes dolosos, pois mesmo êles são capazes de ação finalística. O que até agora se chamou “culpabilidade”, cujas formas são o dolo e a culpa *stricto sensu*, não seria mais que a *reprobabilidade* da conduta e a consciência ou possibilidade de consciência da contrariedade ao direito ou da ilicitude jurídica.

Como não podia deixar de ocorrer, objetou-se para logo aos finalistas que só os crimes intencionais ou com dolo direto seriam ajustáveis à sua teoria, pois nos crimes com dolo eventual e nos crimes culposos ou preterintencionais, o *fim* do agente não é o evento ocorrido, desde que a êste não era dirigida a ação, de modo que nêles a *finalidade* não contribui para realizar o evento resultante da ação. Assim, haveria que separar a estrutura jurídica dos crimes intencionais da dos outros, com chocante quebra da unidade sistemática. Notadamente os crimes culposos são irreduzíveis à teoria finalística. Onde, no crime culposo, a finalidade juridicamente relevante? Se tomo de um fuzil para limpá-lo e, por meu desaso, occasiono um disparo que vai atingir pessoa próxima, êste evento lesivo nada tem a ver com a minha finalidade, isto é, com o meu objetivo, inteiramente irrelevante sob o ponto de vista jurídico, de limpeza da arma. Se a relevância jurídica do fim é uma indeclinável premissa da teoria finalista, que vai ao extremo de sustentar que não há legítima defesa sem o fim de defender-se (!) e é inadmissível co-participação em crime culposo (!), porque o evento ocorrido não era o fim da ação comum, não haveria como encaixar nessa teoria, sem quebra de sua lógica, o crime culposo, em que o fim da ação é irrelevante sob o ponto de vista jurídico. Mas os finalistas são obstinados e, na tentativa de escapar a êsse beco cego, elucubram o que êles chamam de “finalidade potencial”, ou “potencialidade finalística de evitar o evento”, ou “falta de orientação finalística para atalhar o evento”, — o que, em matéria de complexidade de subterfúgios, de trama aracnídea de raciocínios, de capilarismo de argumentos, de labirínticos desvios estratégicos para contornar o obstáculo, constitui um *tour de force* idêntico ao de quem quisesse demonstrar a quadratura do círculo.

Como tôda a vez que a Europa acende fogo, a América Latina há de emitir fumaça, é escusado dizer que já chegou até o Brasil a teoria finalista, tendo havido mesmo quem dissesse dela que é a solução definitiva de fundamentais problemas até hoje insolúveis do tecnicismo jurídico. Antes de tudo, os nossos pressurosos e impenitentes pregoeiros de *novidades* esquecem que as premissas da teoria finalista assentam, quase exclusivamente, em critérios de solução adotados pelo vetusto Código Penal alemão, sem correspondência alguma em nossa lei penal vigente. É exato que os finalistas se propõem o desate mais lógico de tais ou quais problemas de construção dogmática, mas é óbvio que, quando se faz dogmática, deve ter-se em vista o direito positivo de cada país. Os problemas a que êles se referem inexistem em nosso direito penal legislado. Assim, dizem êles que a teoria tradicional da ação, chamada causal ou naturalística, comete o grave êrro de inserir na ação o resultado, olvidando que há crimes sem

resultado, como seriam os simplesmente *tentados* e os de *mera atividade*, de modo que sua deficiência é manifesta. Ora, em face do nosso *jus positum*, ação e resultado não se confundem, embora convirjam para a síntese do “fato típico”, isto é, da concretização material do fato previsto e descrito *in abstracto* pela lei penal. E dizer-se que há crimes sem resultado é outra afirmação que não encontra eco em nosso Código Penal atual, em cuja “exposição de motivos” ficou explicitamente acentuado que não há crimes sem resultado, entendendo-se como tal não só o dano efetivo como o dano potencial ou a periclitacão do bem ou interesse jurídico penalmente protegido.

Pretendem os finalistas que a sua teoria veio explicar racionalmente o desconcertante caso da *autoria mediata*. Ora, o nosso Código repeliu a *extravagância* da autoria mediata, dispondo que é autor do crime quem concorre, de qualquer modo, direta ou indiretamente, para sua realização. A autoria mediata é um artifício para suprir uma deficiência da anacrônica teoria da *accessoriedade* da participação criminosa, que o Código alemão de 1871 ainda conserva.

Também a questão do êrro de fato e êrro de direito, que na doutrina alemã é envolvida no tratamento do *êrro de tipo* e do *êrro de proibição*, estaria resolvida, uma vez por tôdas, com a teoria finalista. Acontece, porém, que em nosso Código Penal não há nada que se pareça com o tormentoso art. 59 do Código germânico, em face do qual não há uma nítida linha divisória entre êrro de fato e êrro de direito, ou melhor, em que o êrro de fato se emparelha com o êrro sôbre conceitos normativos concernentes a circunstâncias legais do crime.

O Professor Welzel não dissimula a sua ufanía por ter sido o “inventor” da teoria finalista, como se se tratasse de qualquer coisa como o linotipo, o avião, a telecomunicação ou a energia atômica. Desde 1929 que já andava maquinando essa teoria. Levou, assim, mais de trinta anos para amadurecê-la e trazê-la ao mercado. É verdade que von Jhering consumiu 36 anos para elaborar a sua famosa pequena monografia sôbre a posse; mas atenda-se: o opúsculo de Jhering é uma construção genial, que retificou efetivamente um êrro multissecular, enquanto a teoria de Welzel não é mais que a emissão infecunda de exasperada dogmática...