

Sistema tradicional e sistema finalista na dogmática jurídico-penal continental-européia

NELSON PIZZOTTI MENDES

Professor Titular de Direito Penal e de Medicina Legal e Diretor do Instituto Metropolitano de Criminologia e do Departamento de Direito Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo. Professor convidado da Universidad Católica Del Salvador — Buenos Aires.

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — CAUSALISMO E FINALISMO
 - 1 — Tipo e culpabilidade
 - 2 — Conseqüências expositivo-didáticas
 - 3 — Conseqüências materiais
 - a) Repercussão do finalismo na teoria da participação
 - b) O erro de proibição no finalismo
- III — CRÍTICA
- IV — TOMADA DE POSIÇÃO
 - 1 — O conteúdo da tipicidade
 - 2 — O conteúdo da “culpabilidade”
- V — CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo de NELSON PIZZOTTI MENDES foi recebido pela direção da Revista de Informação Legislativa em data anterior à divulgação pela imprensa do falecimento do ilustre Professor. Publicando-o no presente número, a revista rende sua homenagem ao penalista emérito e consigna ao colaborador seu preito de gratidão e de saudade.

I – INTRODUÇÃO

Iniciada há mais de quatro décadas, ainda se mantém viva a polêmica entre o sistema tradicional (causalista) e o sistema finalista. Não completaram dez anos os dois importantes e antagônicos Tratados sobre a Parte Geral, estruturados segundo os princípios das escolas citadas: JESCHECK, finalista (1) e SCHIMID-HAUSER, causalista (2).

Aqui vamos fazer sucintas referências a alguns estudos sobre o sistema finalista (e, conseqüentemente, sobre o causalismo), publicados em língua espanhola por autores europeus. Em primeiro lugar o trabalho de CEREZO MIR (3), dos mais recentes, que focaliza a repercussão que teve na Espanha a polêmica das duas correntes, constituindo importante conferência pronunciada em várias Universidades alemãs.

Em ordem de importância, devemos referir-nos à magistral “Lección inaugural del curso de 1953/4”, de RODRÍGUEZ MUÑOZ, sobre “La doctrina de la acción finalista” (4).

Do sistema finalista se ocuparam, também, em trabalhos independentes: CEREZO MIR (5), CONDE-PUMPIDO (6), SUÁREZ MONTES (7), CÓRDOBA RODA (8), BERISTAIN (9), RODRÍGUEZ MOURULLO (10) e YÁNEZ (11). Dois destes autores traduziram para o castelhano, acrescentando

(1) Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin, 1969.

(2) Strafrechts, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, Tübingen, 1970.

(3) “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia española del Derecho Penal” (conferência).

(4) A obra constitui o “Cuaderno I (Derecho) del volumen XXVII — Curso de 1953/54, de los “Annales de la Universidad de Valencia, 1953”.

(5) “El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal”, no *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1959, págs. 561/570; “Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal Español”, *idem*, 1961.

(6) “Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción”, *idem*, 1962, págs. 265/302.

(7) *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antifuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963.

(8) *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona, 1963.

(9) *Objetivación y Finalismo en los accidentes del tráfico*, Madrid, 1963.

(10) “El teologismo valorativo de Bettiol y el Finalismo de Welzel”, separata del nº 73 (1965) del *Boletín de la Universidad Compostelana*.

(11) “La teoría final de la acción”, em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1958.

importantes notas, obras finalistas germânicas: CORDOBA RODA, o *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH ⁽¹²⁾, e CEREZO MIR, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, de WELZEL ⁽¹³⁾.

II – CAUSALISMO E FINALISMO

1 – Tipo e culpabilidade

O sistema finalista e o tradicional são coincidentes no sentido de estruturarem o delito em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Diferem entre si, porém, sobre o *conteúdo* desses elementos. Para o sentido causalista, o tipo do fato doloso e do culposo são idênticos (ação, causalidade e resultado) ⁽¹⁴⁾; a distinção entre delito intencional e o culposo é apenas estabelecida ao serem atingidas as formas de culpabilidade: neste particular, onde se examina se a vontade do autor está dirigida ao resultado típico (delito doloso) ou não (neste caso, ainda que não querendo o resultado, a atuação com imprudência, imperícia ou negligência marcaria a culpa em sentido estrito).

O finalismo, em troca, distingue logo no tipo entre delito doloso e culposo; além da causalidade entre comportamento e resultado, há que examinar, no tipo, o conteúdo da vontade; se o autor quis o resultado (e só então), haverá tipo doloso.

Se não foi esse o caso, haverá – se o agente atuou imperita, imprudente ou negligentemente – um fato culposo. Com outras palavras, para o finalismo, o que a presença ou a ausência do dolo condiciona não é a exclusão da forma dolosa de culpabilidade da ação *típica e antijurídica*, senão a existência da *tipicidade* dolosa.

Porém, o dolo finalista não é o da doutrina tradicional. O dolo da doutrina tradicional é um “*dolus malus*”; o do finalismo é um dolo neutro.

O dolo, forma de culpabilidade, o “*dolus malus*” do sistema anterior ao finalismo, se compõe de conhecimento e vontade dos elementos do tipo, por um lado; e, por outro, de consciência de antijuridicidade. Para a concepção causalista, por conseguinte, o fato pode não ser doloso, seja por falta de conhecimento de algum elemento do tipo, seja por falta de consciência de antijuridicidade ⁽¹⁵⁾.

(12) Dois tomos — Barcelona, 1962.

(13) Barcelona, 1964.

(14) Por ser o mais elementar e também o mais freqüente, opera-se o exemplo com o delito de resultado, e não de mera atividade.

(15) De todas as formas, também no campo não finalista existem autores que tornam independente a consciência da antijuridicidade da vontade típica (JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, pág. 297, com amplas indicações bibliográficas).

Do exposto deduz-se que também na esfera da culpabilidade existem notáveis diferenças entre o sistema tradicional e o finalismo. Enquanto que para aquele o dolo aparece na culpabilidade, estando integrado pelo conhecimento do tipo e do injusto, para os finalistas na culpabilidade é apenas examinada a consciência da antijuridicidade, pois o dolo incorporou-se à tipicidade.

2 – Consequências expositivo-didáticas

Uma consequência desse “novo sistema do Direito Penal” é que quem estuda a Parte Geral pelo sistema finalista aborda antes – na tipicidade – o dolo, o que não ocorre em outro sistema. Porém, isso não tem, em si, maior transcendência: o que importa para aquele que quer estudar Direito Penal é que o dolo (com suas diversas categorias) seja-lhe explicado à sua vez; e isto – antes ou depois – os dois sistemas fazem. No que se refere ao aspecto didático, pois, cremos que tanto em um como em outro sistema estrutural pode-se ensinar Direito Penal: soube-o ensinar muito bem MEZGER (tradicional) e o sabem ensinar, agora, também, muito bem, MAURACH e JESCHECK (finalistas).

Em consequência, e resumindo: o finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas separa-os e redistribui-os de outro modo, entre os três estratos da teoria do delito.

3 – Consequências materiais

Além das consequências de ordem expositivo-didáticas, às quais nos referimos, do finalismo (e isso é muito importante) derivam ou podem derivar consequências materiais. Se o tipo do delito doloso compreende, como ulterior e novo elemento, o conteúdo de vontade, é claro que, onde se vinculem consequências jurídico-penais à existência do comportamento típico, poder-se-á chegar, neste particular, a soluções distintas das teses tradicional e finalista.

a) *Repercussão do finalismo na teoria da participação*

Pensem nos *delitos especiais próprios*, ou seja, naqueles que, além de restringir o âmbito dos possíveis autores, não têm correspondência com um comum.

A bigamia é um delito especial próprio (16). E o problema do que se deve entender por tipo de bigamia pode ser decisivo para determinar a responsabilidade dos que participem do fato que, objetivamente, pelo menos, preenche o tipo correspondente. Imaginemos que A, mentindo, convença B, casado, que seu anterior matrimônio é nulo, e que, por conseguinte, nada o impede que contraia novo casamento com a mulher C.

Nesta suposição, para a teoria tradicional é fatível fundamentar a responsabilidade de A. Para o finalismo, em troca, essa responsabilidade não pode existir em nenhum caso. A participação delitiva (isto é: a responsabilidade no conceito de indutor, co-autor executivo, cooperador necessário ou cúmplice) é punível enquanto — e porque — supõe a contribuição a um delito cometido pelo autor principal. Que características gerais (antijuridicidade, culpabilidade) devem concorrer no fato principal para que possa entrar em jogo a responsabilidade por participação delitiva é um discutido problema: o da acessoriedade.

Mas existe unanimidade (e é evidente) naquilo que comete o autor principal: *deve pelo menos ser típico*; se a ação que este executa não está sequer prevista no Código Penal, então não pode haver lugar para responsabilidade alguma daqueles que contribuem para que ocorra um fato jurídico-penalmente atípico.

Voltando ao exemplo focalizado: como para o finalismo o dolo é um elemento de todos os tipos dolosos, aquele que contrai o segundo casamento, acreditando que o seu anterior é nulo, não atua dolosamente, e, por via de consequência, tampouco tipicamente: na realidade, pois, não ocorreu o tipo de bigamia. E se não há tipicidade, falta a base para construir uma responsabilidade da ação tipicamente antijurídica. Ainda sem dolo, pois existe um fato principal típico do qual pode derivar a responsabilidade do indutor.

O problema é proposto nestes termos tão radicais de punição ou impunidade, precisamente nos delitos especiais próprios. Em outras classes de delitos, a responsabilidade do que engana o executor direto pode fundamentar-se fora do campo da participação, tendo em vista a figura do autor mediato. Nos delitos especiais próprios, isto não é possível. O causador do engano não pode responder como autor mediato no delito de bigamia por não ser ele o casado que contrai novo matrimônio; e um delito comum, que se corresponda com o tipo especial e no qual poderia subsumir-se sua conduta na qualidade de autor mediato, *tampouco existe*.

Em consequência, a alternativa é: o que provoca o engano responde como partícipe de bigamia (solução que apenas pode ser admitida sobre uma base

(16) Nisto diferenciam-se dos delitos especiais impróprios, os quais, igualmente, só podem ser cometidos por um círculo limitado de pessoas, mas não obstante (e diferentemente do que acontece com os delitos especiais próprios) são a qualificação de um delito comum; o infanticídio, por exemplo, só pode ser realizado pela mãe, mas tem uma correspondência com o delito comum do homicídio. Sobre estas diferenças conceituais confira-se *Autor y cómplice en Derecho Penal* — GIMBERNAT-ORDEIG, Enríque.

causalista do delito) ou não existe responsabilidade penal (tese à qual se vê obrigado o finalismo).

Vemos, pois, que o finalismo, além de ser um novo procedimento expositivo-didático da teoria jurídica do delito, extrai dessa nova estrutura do delito conseqüências materiais que podem discrepar daquelas assumidas pela teoria tradicional. Passemos a observar essa eventual disparidade de soluções em um segundo tópico: o erro de proibição.

b) O erro de proibição no finalismo

O finalismo pretende ser a Escola que levou a *doutrina normativa da culpabilidade* (17) até as suas últimas conseqüências. A doutrina psicológica entendia que a culpabilidade consistia em um vínculo intelectual entre autor e resultado (e que por isso fracassava na explicação da culpa em sentido estrito inconsciente, onde não existe vínculo psicológico algum com o que é causado, já que o resultado nem sequer foi previsto), ao passo que a doutrina normativa estima que a essência da culpabilidade está na reprovação. Na reprovação de que o autor (apesar de poder distinguir entre o justo e o injusto e de poder atuar segundo esse conhecimento) realizou um comportamento penalmente antijurídico.

Sobre a base desta concepção normativa, o finalismo reexamina o conteúdo da culpabilidade. De um lado, chega à conclusão de que a consciência da antijuridicidade deve permanecer na culpabilidade; pois o conhecimento do injusto é, efetivamente, um dos elementos que tem de concorrer para que se possa pronunciar a reprovação da culpabilidade. Mas, por outro lado, pensa o finalismo, o conhecimento e vontade dos elementos do tipo (no aborto, por exemplo, o conhecer e querer matar um feto) não se encaixa nesta estrutura da culpabilidade (normativa).

Esse conhecimento e essa vontade são algo que não faz referência, nem a consciência da antijuridicidade (primeiro elemento) nem a faculdade de atuar de acordo com essa consciência (segundo elemento da culpabilidade).

A vontade de realizar um tipo penal (a intervenção para cometer um aborto) nada nos informa (assim argumenta o finalismo) sobre se esse fato é reprovável ou não; esse fato intencional não é elemento, senão objeto do juízo de reprovação; o aborto voluntário não será, por isso, reprovável se faltou a consciência da antijuridicidade (o autor ignorava que o aborto estava proibido, porque era estrangeiro, que acreditou, invencivelmente, que, da mesma forma que em seu país, também no Brasil não se punia o aborto) ou se, apesar de conhecer o autor que o fato era delito, não lhe foi possível atuar de acordo com o direito (porque estava possuído, por exemplo, de medo insuperável).

(17) Uma exposição desta doutrina é feita por SAINZ CANTERO em *La Exigibilidad de la Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal*, Granada, 1965, págs. 13 e seguintes.

Até aqui, as conseqüências que a Escola finalista acredita deduzir do conceito normativo da culpabilidade.

Se para o finalismo dolo quer dizer, unicamente, conhecimento e vontade do resultado típico e para a tese tradicional, conhecimento e vontade desse resultado, com consciência de que está proibido, então, necessariamente, têm de existir discrepâncias entre uma e outra escola sobre *quando existe um delito doloso*, que condicionarão, a sua vez e inevitavelmente, novas discrepâncias sobre as conseqüências jurídico-penais.

Assim, e procurando um exemplo, quem se apodera de um objeto que sabe ter sido perdido por seu proprietário, está abrangendo, com sua vontade, todos os elementos do tipo do artigo 169, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, em seu inciso II: "quem acha coisa alheia perdida, e dela se apropria...". Para o finalismo, isto basta e sobra para afirmar a existência de uma apropriação de coisa achada.

Para a doutrina tradicional não; esta entende o dolo como "dolus malus", e, por conseguinte, exige, além disso, tenha o autor consciência de que o que faz é proibido.

A discrepância de soluções pode apresentar-se no tocante ao fato: se quem se apropria do objeto extraviado ignora que essa é uma *conduta proibida*.

Ao faltar, segundo a concepção causalista, um dos elementos do dolo (ao faltar a consciência da antijuridicidade), para a doutrina tradicional, o que poderá ocorrer nesse caso, se o erro de proibição foi vencível, é uma hipótese de culpa em sentido estrito (em nossa lei a hipótese seria atípica).

Para o finalismo, em troca, como o autor alcançou, com sua vontade, todos os elementos do tipo, haverá uma apropriação.

De tudo isso, temos que: na suposição do erro vencível de proibição, para a doutrina causalista não há dolo⁽¹⁸⁾; segundo o sistema finalista, pelo contrário, o erro de proibição unicamente afeta a reprovabilidade (culpabilidade) do tipo *doloso* cometido (pelo que, sendo o erro vencível, o indivíduo responderá por apropriação)⁽¹⁹⁾. Impunidade, pois, para o sistema tradicional, e punibilidade (atenuada), para o finalismo, são as soluções divergentes das teorias em relação ao fato exemplificado, cometido por erro vencível de proibição; se o erro de proibição for invencível, as duas tendências coincidiriam no sentido da absolvição: o finalismo, fundado no fato de que a apropriação

(18) QUINTANO RIPOLES — *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 1964 (Tomo II — "Infracciones patrimoniales de apoderamiento", páginas 143/144).

(19) CEREZO MIR — *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*, 1964, págs. 113/14, nota 30: "La conciencia de la antijuridicidad en el Código Español", separata 166 da *Revista de Estudos Penitenciários*, Madrid, 1964 — págs. 18 e segs.

dolosa não é reprovável para o autor, e o causalismo, argumentando que não houve dolo, faltando, dessa forma, a culpabilidade.

III – CRÍTICA

Até agora observamos a descrição do conteúdo e as conseqüências do causalismo e do finalismo, os dois sistemas que, com suas controvérsias, têm dominado o panorama da dogmática jurídico-penal, nas duas últimas décadas.

Vamos tentar tomar uma posição ante o problema relacionado com os elementos que pertencem ao tipo de proibição e quais os que se situam no campo da culpabilidade.

Mas, como o finalismo tem tratado de decidir a questão, operando com o conceito de ação e a doutrina normativa da culpabilidade, é preciso expor, previamente, por que esses dois critérios não nos podem ajudar em nada para chegar a uma solução.

1 – A ação, como a causalidade, é um conceito ontológico.

Por definição, pois, ambos os conceitos são idôneos para fixar o conteúdo da proibição penal que foi estabelecido pelo legislador, trabalhando, preferentemente, com conceitos *normativos*.

Durante muito tempo, o tipo penal foi concebido de tal maneira que, praticamente, consistia e se esgotava na *causação* do resultado típico por uma *ação*. Em um tipo tão simplesmente entendido, fácil seria escolher os seus limites e determinar o seu conteúdo.

Primeiro, procurou-se realizar a empresa com o conceito de causalidade no sentido ontológico (a teoria da condição); certamente não se desnaturalizava o conceito, porém o tipo, tampouco, ficava delimitado; e, se se queria delimitar o tipo, seria preciso trabalhar com teorias normativas da causalidade (causalidade adequada etc.) com as quais poder-se-ia chegar a resultados corretos (correto é, por exemplo, que as causações inadequadas não são típicas), porém à custa de desnaturalização do conceito de causalidade, negando-se a existência de um vínculo causal onde este existe.

Quando começou a se tomar consciência do beco sem saída a que havia conduzido o fato de fazer depender a tipicidade, praticamente, da causalidade, a doutrina se fixou no outro elemento do tipo, que até então havia passado despercebido.

Porém, esse outro elemento, a *ação*, apresenta os mesmos inconvenientes que a causalidade.

Se é tomada em um sentido ontológico, se não é desnaturalizada (existe ação quando se quer *algo*), então, apenas serve para delimitar o tipo. E se lhe damos o papel de delimitar a tipicidade, isso implica em desnaturalizá-la.

Quando o finalismo afirmava que somente existiria ação quando o resultado era querido (resultado típico), estava, com efeito, reduzindo os limites da tipicidade, porém, ao preço de negar o caráter de ação de todo comportamento que não fosse doloso ou culposo, no sentido de um tipo penal; maior desnaturalização que a de negar que possam existir ações fora do Direito Penal apenas é imaginável.

A grosso modo, tudo isso pertence ao passado. Faz tempo que a doutrina penal mais elaborada decidiu o problema causal, relegando-o, ao mesmo tempo, ao secundário papel que lhe corresponde dentro da tipicidade (a favor da teoria da equivalência).

E, no que se refere ao conceito de ação, WELZEL afirma que "o princípio geral estrutural das ações humanas" é "sua direção em função do fim antecipado mentalmente... e sua realização em direção ao fim. Neste sentido é completamente indiferente o fim tratado ou que este seja ou não relevante para o Direito" (20). Ou seja, para WELZEL, existe ação sempre que se persiga um fim, sendo "indiferente" qual seja o fim perseguido.

Apesar de nossos esforços, não conseguimos ver nenhuma diferença entre esse conceito de ação e o mantido pela doutrina causalista, para a qual há ação quando se quer *algo*, sendo indiferente o que constitua esse algo. A causalidade e a ação, pois, voltaram, através de uma prolongada aventura normativa (21), a equivalência de condições e a doutrina causal da ação (22). Em nossa opinião, a doutrina causal da ação é a correta. Porém, esse conceito de ação tem tal amplitude que se faz necessário buscar outros critérios.

(20) WELZEL, Hans — *La Doctrina de la Acción Finalista, Hoy* — tradução de CERESO MIR, A. D. P. C. P., 1968, pág. 223 (este trabalho reproduz parcialmente o artigo de WELZEL publicado no *Noue Juristische Wochenschrift*, 1968), A versão castelhana integral é de GLADYS ROMERO e aparece com o título "Um malentendido sin solución?", (Acerca de la interpretación de la teoría finalista) na *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 1968, nº 4, págs. 7 a 15.

(21) WELZEL insiste continuamente em que o finalismo nunca usou essa aventura normativa, em que sempre defendeu o conceito causal de ação que agora mantém. ("Não posso evitar denominar conceito causal aquilo que é conceito causal"). Nesse ponto, o que fazia WELZEL era passar ao largo e rápido, colocando-se em contradição com toda a sua doutrina da ação finalista. Essa contradição, da qual WELZEL passa a ter consciência em 1944, o levou ao abandono do finalismo originário e à adoção da doutrina causal da ação. Mas, na história da dogmática penal, existiu um conceito final da ação, e a crença de que o finalismo foi uma doutrina inventada por WELZEL e não por seus oponentes (como WELZEL quer fazer crer). A este respeito, vide o trabalho de GIMBERNAT-ORDEIG, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid, 1966, pág. 105, onde a hipótese é demonstrada com citações de WELZEL e outros finalistas.

(22) Uma aventura que, por outro lado, não foi inútil, pois com ela chegou-se a resultados corretos (inclusão da adequação no tipo, deslocamento do dolo para o tipo dos delitos dolosos) quando a dogmática carecia de aparato suficientemente desenvolvido para fundamentar esses resultados.

2 — Tampouco cremos que a doutrina normativa da culpabilidade podemos prestar auxílio. Com ela voltamos a enfrentar o finalismo, donde essa doutrina normativa acreditou poder extrair um ulterior argumento a favor do fato de pertencer o dolo ao tipo; pois (isso afirma WELZEL) a vontade de realizar o tipo nada tem que ver com os elementos do juízo de reprovabilidade (conhecimento da antijuridicidade e faculdade de poder atuar de acordo com esse conhecimento), tampouco podendo fazer parte da culpabilidade.

Os pressupostos que servem para a doutrina normativa da culpabilidade são refutáveis; o juízo pessoal de reprovação requer, para poder ser pronunciado, que o juiz chegue a constatar se o indivíduo havia sido capaz de atuar de outra maneira, ou seja, que constate o livre arbítrio concreto de uma pessoa determinada. Essa tarefa que a doutrina normativa quer atribuir ao juiz excede o limite das possibilidades humanas (23).

IV — TOMADA DE POSIÇÃO

Deixemos de lado os critérios que serviram de base para o finalismo, e, em geral, as demais tendências da Ciência Penal atual (como por exemplo, a doutrina social da ação) (24), para pronunciarmo-nos sobre o conteúdo do tipo e da culpabilidade. Os problemas, não obstante, continuam de pé.

Pertence o dolo ao tipo ou à culpabilidade?

Tem alguma classe de relevância em Direito Penal o erro de proibição?

No que temos adiante, vamos tratar de responder a estas perguntas, desenvolvendo e corrigindo alguns pontos de vista que sobre a sistemática, a função e os fins do Direito Penal temos tido nos últimos anos.

Independentemente das distintas direções doutrinárias, está admitida pela dogmática penal a distinção entre o lícito, o proibido e o culpável juridicopenalmente proibido (25).

(23) Neste sentido, veja-se GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique — “Tiene futuro la dogmática juridicopenal?”, em *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho* — Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970 — págs. 500 e segs.

(24) Exposição e crítica desta doutrina: GIMBERNAT-ORDEIG: *Delitos Cualificados*, 1966, págs. 75 e 115.

(25) De acordo com a doutrina dos elementos negativos do tipo (cuja fundamentação não pode ser explicada aqui), entendemos que o relevante é o tipo do injusto, entendido este como a descrição do comportamento proibido; e para saber qual é o comportamento proibido, há que colocar em conexão o elemento positivo do tipo com a ausência de causas de justificação. “Matar alguém” (tipo positivo) não está proibido; está proibido somente quando essa conduta é realizada sem que concorram causas de exclusão do injusto. A matéria de proibição está integrada, conseqüentemente, por elementos positivos (descrições dos preceitos da Parte Especial de qualquer Código Penal) e elementos negativos (ausência de causas de justificação), e o que rege os elementos positivos também rege os negativos, em matéria de tentativa e erro.

1 — O conteúdo da tipicidade

a) Para examinar a controvérsia sobre o tipo de delitos dolosos com maior clareza possível, e sem implicar, ao mesmo tempo, o tipo dos delitos culposos, convém escolher um fato que somente seja punível em sua modalidade dolosa.

É o que sucede, por exemplo, no direito brasileiro, com o auto-aborto (artigo 124, 1ª parte do C. Penal): “Provocar aborto em si mesma”.

Vamos supor que a mulher grávida, apesar dos conselhos médicos, que lhe proibiram terminantemente qualquer classe de esportes violentos, ponha-se a cavalgar e, sem querer — porém negligentemente —, provoca a expulsão prematura do feto.

Causalistas e finalistas chegariam, nos resultados, à mesma conclusão de impunidade da mulher, por falta de dolo. Mas, enquanto os primeiros afirmariam que a conduta de causação do aborto foi típica, no sentido do artigo 124, faltando culpabilidade dolosa que o delito exige, os finalistas negariam a existência da tipicidade. Quem tem razão?

Para uma tomada de posição fundamentada é preciso esclarecer previamente o que é tipo e por que existem condutas que se tipificam. Uma vez esclarecido isto, será possível passar a questão ulterior (circunscrita dentro do que tradicionalmente se denomina “culpabilidade”), ou seja, por que há condutas que, apesar de típicas, não são puníveis.

O tipo tem uma função motivadora. Nele cabem todos os elementos que integram a descrição da conduta cuja comissão se quer motivar.

O problema do que pertence ao tipo é o problema daquelas condutas que o legislador quer evitar (26).

Com isso a lei penal não faz senão acudir a um mecanismo fundamental para toda vida social e que também é utilizado pelos educadores (por exemplo): ameaça com um mal (castigo) às condutas que pretende evitar, a fim de que, por medo do castigo que sucederia à sua ação, o educando se absteria de cometê-la.

Proposto o problema nestes termos, sua solução vai depender de como responderemos à pergunta: qual o comportamento que se quer evitar com o tipo do artigo 124 do Código Penal?

(26) A afirmação é válida para os delitos de ação. Quando o que se pretende não é evitar um comportamento ativo (por exemplo, o de matar), senão promover ou incitar uma determinada atuação — por exemplo, a de auxiliar um desamparado —, o que se descreve e o que se ameaça com uma pena é uma certa conduta omissiva.

Poderíamos respondê-la desse modo: quer-se evitar a produção intencional de um aborto. A mulher grávida que imagina destruir o fruto da concepção sabe que a aguarda uma pena se realizar a ação imaginada.

Ameaçando com esse mal, a lei confia que, no maior número de casos possíveis, se omita a realização da conduta proibida. Pode suceder muito bem que o único motivo pelo qual a mulher grávida, que não deseja o filho, desista de provocar o seu aborto seja o medo das conseqüências jurídico-penais que seriam impostas à sua ação, se descoberta.

Por esse mecanismo o Direito Penal consegue o seu propósito de dirigir condutas; direção que frutifica da colaboração procedente de outras fontes motivadoras, como podem ser as éticas ou religiosas.

O artigo 124, por conseguinte, não proíbe o auto-aborto culposo. A amazona de nosso exemplo, por temerário ou descuidado que seja o seu modo de atuar, não tem nenhum motivo (do ponto de vista do Direito Penal) para deixar de comportar-se com a negligência ou imprudência com que se houve. Se se abstém de realizar a sua conduta, que põe em perigo a vida do feto, certamente que não o faz por medo do Direito Penal e de suas ameaças, pois sabe que, ainda que prossiga cavalgando e ocorra o pior (a morte do feto), não vai ser castigada por tal.

Se o Direito Penal quer seriamente evitar o auto-aborto culposo, então só tem um caminho: o de ameaçar com uma pena, o de proibi-lo, o de tipificá-lo. E somente punindo o doloso, não proíbe e nem tipifica o aborto culposo.

De tudo isso concluímos que o dolo é um elemento do tipo dos delitos dolosos, já que é elemento essencial na descrição da conduta proibida.

O afirmado para o auto-aborto é válido para os demais tipos dolosos.

Do artigo 235, que tipifica a bigamia (outro delito do qual se afirma o castigo como conseqüência da modalidade intencional) ⁽²⁷⁾, unicamente se pode esperar uma eficácia inibidora para o sujeito ativo que, consciente da eficácia de seu matrimônio anterior, especula com a idéia de casar-se pela segunda vez. Porém, quem tem suas dúvidas sobre se é nulo ou não o seu matrimônio anterior e, não obstante, contrai, imprudentemente, um segundo matrimônio não tem, penalmente, nenhuma razão para informar-se sobre eventual validade de seu vínculo anterior pois sabe que, ainda que suceda o mais desfavorável (que seu primeiro matrimônio não seja nulo), tampouco será castigado.

Uma motivação penal, como informação, somente pode surgir se o legislador se decide (por uma questão de política criminal) a *tipificar* também a bigamia culposa.

b) Aderimos, com isso, ao princípio finalista no sentido de que o dolo é elemento do tipo, com a inevitável conseqüência: se o autor direto atua sem

(27) R. DEVESA — *Derecho Penal* — Parte Especial, 1969, págs. 242/245.

intenção (porque, por exemplo, um terceiro o enganou), este terceiro somente poderá responder, quando isso seja possível, como autor mediato. Em troca, em tal suposição de engano, a participação delituosa fica excluída; o que caracteriza o injusto da co-delinquência é o fato de uma pessoa contribuir e ajudar o comportamento típico de outrem; esse injusto não ocorre se o executor direto, por faltar o dolo, não realiza a conduta proibida.

Com outras palavras, e com um exemplo, o que caracteriza o conteúdo da proibição da indução à bigamia é despertar no casado a decisão de comportar-se tipicamente (do contrair ulterior casamento sabendo que o anterior *não está* dissolvido legitimamente); esse injusto não concorre se uma pessoa assegura falsamente a um marido que o seu primeiro casamento foi declarado nulo e que, por isso, nada o impede de casar-se novamente. Certo de que essa conduta enganosa de terceiro contém uma considerável dose de responsabilidade, mas essa é distinta (pode ser, inclusive, mais grave) da prevista pelo legislador pela indução. E por isso não pode ser castigada como tal.

O princípio da legalidade se opõe terminantemente a que, quando um fato não está expressamente tipificado, se utilize, para castigar o que não está previsto penalmente e por aproximação, de um fato tipificado que mais se assemelhe ao atípico cometido.

E se opõe, ainda que isso leve à impunidade, tal como ocorreria no exemplo da bigamia, onde o tipo (diferentemente do que sucede com o auto-aborto, no qual se pode usar o recurso da autoria mediata) (28) só pode ser realizado por quem diretamente contrai matrimônio estando já casado (29).

Sabemos em que consiste e qual é o tipo penal na descrição da conduta proibida, e o seu fim é o de motivar (mediante a ameaça da pena) que a referida conduta não se realize.

Se unicamente se castiga a lesão dolosa de um bem jurídico, só o autor que vai agir intencionalmente (e não quem atua culposamente) terá uma motivação jurídico-penal para inibir-se. E se o legislador quer levar mais longe

(28) Exemplo: um indivíduo engana uma mulher grávida e a faz acreditar que está tomando um remédio, quando na realidade é um abortivo. Essa conduta enganosa **cumpriria** — em autoria mediata — o tipo do artigo 125 do C. Penal (aborto sem o consentimento da gestante).

(29) Pelo fato ficaria também isenta de pena a mulher que, tomando conhecimento da situação real, casa-se com quem, sendo casado, acredita ser o seu casamento anterior nulo. O injusto da bigamia consiste em cooperar com um ato executivo (GIMBERNAT-ORDEIG, *Autor y Cómplice* — 1966, págs. 92 e segs.) da conduta típica. E esse injusto não concorre se a conduta típica, por falta de dolo do executor direto, não aparece em nenhuma parte.

a proteção do bem jurídico e ameaça com uma pena (típica) também sua lesão culposa, então se ampliará o campo de comportamentos que aos cidadãos não interessa realizar (do ponto de vista jurídico-penal e pelo mal ameaçado); nesta suposição de ampliação da punibilidade, estendendo-a à comissão culposa, o autor terá agora um motivo para não atuar com negligência, pois somente comportando-se diligentemente poderá estar plenamente seguro de que não vai ser castigado, em nenhum caso: nem com fundamento no tipo doloso e nem com base no tipo culposo (30).

2 – O conteúdo da “culpabilidade”

Penetremos, agora, no campo tradicionalmente denominado “culpabilidade”. Seja finalista ou causalista o partidário da doutrina social da ação, existirá um acordo em conceber a culpabilidade como reprovação pessoal que se faz ao executor “livre” pelo fato antijurídico cometido. Por ele não responde – porque a conduta não é reprovável, não é culpável – o inimputável ou o que inenunciavelmente desconhece a proibição penal.

Pensamos que, também nesses casos de *inculpabilidade*, não há responsabilidade penal pelo *fato típico e proibido*, mas afastamos a distinção entre delinquentes “livres” e “não livres” em seu atuar.

(30) Neste trabalho, e com referência à tipicidade, interessa-nos primordialmente decidir se o dolo pertence ou não ao tipo dos delitos dolosos. Outros problemas sobre o conteúdo da tipicidade têm que ficar, necessariamente, à margem. Apenas — e de maneira incidental — queremos afirmar que as únicas condutas que *racionalmente podem ser proibidas* pelo legislador são as dolosas e as culposas. Se o indivíduo observou, em seu comportamento, as diligências devidas, essa conduta é impune, é *atípica*, ainda que dela derive um resultado danoso. Ao dentista que vai extrair um molar, o Direito pode exigir que não aproveite essa intervenção para matar, dolosamente, o enfermo cardíaco; e, igualmente, que observe a diligência devida para que não se produza um acidente mortal. Com referência a essas duas modalidades de conduta, a pena pode atuar de maneira inibidora, prevenindo, assim, a atuação intencional ou culposa. Em troca, se o dentista toma todas as medidas que lhe impõe a profissão, para evitar complicações prejudiciais para a saúde do paciente, então o Direito Penal teve êxito em sua função preventiva, conseguindo que a extração dentária se verificasse corretamente; como essa conduta cuidadosa é, precisamente, a desejada pela ordem jurídica, não pode, tampouco, ser proibida. E se, apesar de toda diligência aplicada, se produz causal e imprevisivelmente uma falha cardíaca no paciente, que o conduz à morte, não será por esse evento que a conduta do agente tornar-se-á típica. Pois, naquilo que ao Direito interessa, é necessário observar-se o dever de não atuar nem intencional, nem culposamente com referência ao menoscabo do bem jurídico. Às vezes, apesar da atuação especialmente prudente, produzem-se lesões a bens jurídicos, e isso é algo que escapa ao controle do Direito e ao do próprio agente. Como a produção do dano apenas é manifesta *ex post* e a conduta precede logicamente o dano, é a *forma da execução da conduta* (que não deve ser dolosa ou culposa) a única coisa que o Direito pode prevenir. “Só um comportamento que seja incorreto, considerado *ex ante*, pode ser proibido (ENGISCH — “Der Unrechstatbestand in Strafrecht” in *Hundert Jahre des Deutschen Juristentages*, tomo I, Karlsruhe, 1960, pág. 419). Com outras palavras e resumindo: não são *causações de resultados* (somente constatáveis *ex post*), senão condutas dolosas ou culposas, as únicas que a ameaça com uma pena pode impedir (e desta maneira prevenir); por isso, somente a conduta dolosa e a culposa podem ser objeto racional de tipificação; a conduta cuidadosa é impune por falta de tipicidade.

Dos conhecimentos psicológicos o Direito Penal leva muito em conta dois deles. O primeiro é a distinção psiquiátrica entre os perturbados mentais (permanente ou transitoriamente) e os demais cidadãos (os “normais”). O segundo, que, enquanto os “normais” costumam responder ao estímulo do castigo (31), o louco reage ante ele com maior insensibilidade. Se o Direito Penal faz a distinção entre “normal” e “alienado”, isto sucede, entre outros motivos, porque essa distinção está arraigada sociologicamente e, em consequência, é compartilhada pelos cidadãos a quem o Direito Penal se dirige, com suas proibições.

Certamente poder-se-ia especular com a renúncia ao castigo também com referência àquelas pessoas “normais”, para as quais o mal ameaçado não produziria nenhum estímulo inibitório.

Porém, este procedimento não é viável por duas razões. A primeira, porque, com os conhecimentos de que atualmente dispomos, não é possível determinar com exatidão quais, dentre os “normais”, são motiváveis pela pena e quais não; ante essa situação o Direito Penal tem que partir do pressuposto — generalizador e, por isso, indiferenciador e provavelmente incorreto — de que todos os não alienados são acessíveis ao estímulo da pena. A segunda razão que torna inviável o referido procedimento é que entre os “imputáveis” ocorre um processo de identificação: todos somos iguais e, por conseguinte, se ao que furtou (e que é tão normal como nós mesmos) não se aplica o castigo, é possível que o mesmo que encontraram nele encontrem em outro, e que tampouco o castiguem, se vier a delinquir. Estas distinções especiais e exceções de punibilidade, com base em diferenças talvez fundamentais, porém inapreensíveis, fariam supor um afrouxamento do princípio punitivo e, como consequência, a perda da eficácia do Direito Penal.

Em consequência, ainda admitindo-se como possível a existência de notáveis divergências, do ponto de vista da “motivação”, entre os indivíduos que qualificamos como “imputáveis”, o fato é que essas divergências não constituem ainda um patrimônio científico fora de discussão; por isso, não estão claramente definidos e, por essa mesma razão, também, não puderam incorporar-se à consciência popular, à qual se dirige o Direito Penal.

(31) Veja-se GIMBERNAT-ORDEIG — *Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, 1970, págs. 503/6, e os autores do campo psicoanalista citados e para demonstrar que, contrariamente ao que se menciona, freqüentemente, a escola psicoanalítica não propugna que desapareça a repressão que o castigo impõe; ao contrário, considera a pena instrumento insubstituível para reprimir os impulsos humanos que tornariam impossível a convivência social. Não obstante, o padecimento que a pena supõe só está justificado quando o impulso que se quer reprimir é verdadeiramente nocivo e quando referido padecimento não excede a intensidade estritamente precisa. Fora destes limites a pena supõe um verdadeiro abuso de poder.

Distinta é a situação com referência aos alienados. A pena, nesse caso, não tem sentido, nem do ponto de vista da prevenção especial, nem do ponto de vista da prevenção geral (32).

Pela escassa ou nula motivação do "inimputável", a pena não supõe para ele *ex ante*, um fator inibidor sério; e *ex post*, uma vez já cometido o delito, o método mais adequado para a sua readaptação social é não o da pena, mas o do tratamento médico.

Por outro lado, e do ponto de vista da prevenção geral, a impunidade do louco em nada afrouxa a eficácia inibidora da pena frente aos "imputáveis"; estes não se identificam com aquele, sabem-se diferentes. A pena é, como acertadamente foi exposta no Projeto Alternativo ao Código Penal alemão (33), uma "amarga necessidade dentro da comunidade de seres imperfeitos que os homens são". Não é imposta para *retribuir*, senão para tornar possível a convivência humana. Portanto, nada pode justificar que o Estado imponha um padecimento "desnecessário". E desnecessário seria, frente ao inimputável, alienado ou menor, pois para esses autores existem meios mais idôneos de ressocialização; com referência à sociedade em geral, a sua impunidade não retira a eficácia dos mecanismos inibitórios do Direito Penal frente à generalidade.

Outro grupo de casos que a doutrina dominante enquadra dentro da "culpabilidade", entendida esta como reprovabilidade, é o do erro invencível de proibição. Neste sentido, RUDOLPHI, em sua recente monografia sobre o erro de proibição, dedica um capítulo — o primeiro — ao livre arbítrio (34); acredita este autor que somente sobre a base da autodeterminação humana pode ser justificada a relevância do erro de proibição. HORN, em princípio, concebe, também, sua monografia sobre o mesmo tema do erro de proibição como um desenvolvimento da tese de que a culpabilidade supõe reprovabilidade. E ainda que não distinga suficientemente entre liberdade e capacidade de ser motivado (35), estima, acertadamente, que a chave que decide se o

(32) ROXIN, Klaus, em seu ensaio *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970 (pág. 33), afirma que a culpabilidade vem introduzida, de um ponto de vista político-crimal, na teoria dos fins da pena. Este é, em termos gerais, e como ponto de partida, um conceito correto. Discrepamos, entretanto, da tese do mesmo autor, exposta em vários trabalhos, de que o dolo pertence ao tipo e à culpabilidade (dupla relevância do dolo, para o tipo e para a culpabilidade). O dolo apenas pertence ao tipo e nada tem a ver com a culpabilidade.

(33) Elaborado por BAUMANN e outros.

(34) *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, 1969, págs. 5 e segs.

(35) Apesar de que deve-se distinguir quem, em uma situação de transtorno mental, mata o assassino de seu irmão, atuando *motivado* (é, pois, capaz de ser motivado) pela conduta criminosa, de quem, depois, será sua vítima. Que o homem seja estimulado por motivos (por exemplo, a pena) não significa, ainda, que seja livre. Liberdade significa possibilidade de escolher entre realizar ou não a conduta que é impulsionada por determinada motivação.

erro era ou não invencível é a possibilidade de motivação ⁽³⁶⁾. Vamos mais adiante tornar a usar esta idéia.

Dois estrangeiros de escassa cultura (irmão e irmã) que fazem vida marital, pensam que na Espanha, por exemplo, como em seu país de origem, o incesto entre irmãos não é punível.

O legatário de uma cômoda encontra em seu interior um tesouro e se apodera integralmente dele, acreditando que o mesmo lhe pertença, por tê-lo descoberto.

Vamos supor que nos dois casos exista, subjetivamente, um erro de proibição. O irmão e o legatário ignoravam — e não podiam superar esse erro — ⁽³⁷⁾ que estavam realizando um ato jurídico-penalmente proibido. Esta ignorância não afeta em nada a tipicidade do comportamento, senão que pressupõe a tipicidade como objeto do erro: não é que não se realize algo proibido, é que se realiza algo proibido ignorando-se que está proibido (erro de proibição).

Comete-se algo que a lei quer evitar e que, portanto, ameaça com uma pena (tipifica): o conhecimento carnal entre irmãos, a apropriação de coisa achada; mas, os autores ignoram, invencivelmente, que a lei quer evitar tais fatos. Isto mostra claramente que se caracteriza o erro de proibição: o mecanismo inibitório que a lei criou para evitar as condutas fracassou porque o autor, ao ignorar a ameaça da pena, não teve consciência de que sua conduta poderia ter, em retribuição, a aplicação de um mal.

Como sucede em relação aos inimputáveis, também nestes aspectos, a pena carece de sentido; não pode cumprir a missão para a qual foi criada. Do ponto de vista da prevenção especial, não é necessária a sua execução, dado que a simples ameaça não reforçou, frente ao autor, o efeito inibitório da proibição.

Os que delinqüiram (frente à proibição do incesto e da apropriação de coisa achada) não apreciaram o efeito inibitório da proibição (que desconheciam), nem necessitam que vigorizem uma vontade (a de atuar conforme o Direito), que é precisamente o que tinham em mente ao realizar os fatos que entenderam perfeitamente jurídicos.

Mas, prescindindo dessas considerações de prevenção especial, poderia pensar-se que, nos casos de erro invencível (do ponto de vista subjetivo) de proibição, há que impor uma pena para evitar que se afrouxe a eficácia que emana das tipificações penais.

(36) "Quem não tem, pelo menos, consciência atual de que sua ação possivelmente está proibida de algum modo é incapaz... de motivar-se pela norma da qual omite o seu projeto de ação" (*Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pág. 105). Um resumo esquematizado deste livro de HORN está contido na apreciação de GIMBERNAT-ORDEIG, no *Anuário de Direito e Ciências Penais*, 1970, pág. 740.

(37) Este extremo subjetivista não tem a ver com o livre arbítrio, mas sim com a realidade empírica dos diferentes graus de inteligência, cultura, conhecimentos que existem entre os homens.

Porém essa tese não convence. Do ponto de vista do erro, podemos dividir a sociedade em cidadãos que conheciam e os que desconheciam a proibição penal.

No que se refere aos primeiros: não será pela absolvição dos que ignoram a existência do tipo que os demais (que sabem da proibição e constituem a grande maioria) passarão a se apropriar de coisas perdidas e a praticar o incesto. Pois todos esses sabem que esse caso de absolvição (o do erro invencível) não é o seu, e o que vale para os errados não é aplicável, em absoluto, aos conhecedores.

Com outras palavras, e por definição: a pena que não for imposta aos ignorantes é algo que em nada diminui o seu efeito inibitório frente aos que não são ignorantes; e naquilo que se refere aos cidadãos que desconhecem uma determinada proibição, ainda que se adotasse o princípio de que o *erro invencível não escusa*, não seria por isso que o efeito inibitório da pena iria aumentar. Pois, como esses indivíduos ignoram, ao apropriarem-se de uma coisa achada, que se encontram em uma situação de erro de proibição, ignoram também, e não teriam, por isso, nenhum motivo jurídico-penal para atuar de outro modo, que seriam castigados, pela aplicação do princípio da não escusabilidade do erro subjetivamente invencível de proibição.

A hipótese explica por que o erro *vencível* de proibição não deve excluir plenamente a responsabilidade. Admite-se que esse erro ocorre quando o indivíduo tem alguma dúvida sobre a proibição do fato, devendo, então, ter certeza se suas dúvidas carecem ou não de fundamento, se é que quer estar seguro de poder ficar impune. Por exemplo, se o que vai apoderar-se de uma coisa perdida guarda alguma suspeita de que esse ato é delitivo, a punibilidade (ainda que atenuada) do erro vencível de proibição desprenderá uma motivação para que não efetive o seu propósito, sem haver previamente assegurado do conteúdo do tipo penal. Somente assim, pode ter a certeza de evitar a punição.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 – A pena não tem uma função metafísica de retribuição e de expiação, mas sim uma mais modesta e simples, a de prevenir delitos.

O legislador ameaça com uma pena aqueles comportamentos que – pela grave perturbação que causam à vida social⁽³⁸⁾ – quer evitar, confiando em que a maioria dos cidadãos, para não sofrer o mal ameaçado, abster-se-á de realizar o fato proibido.

Naquilo que é fundamental, duas são as possibilidades a serem consideradas. Ou se proíbe, unicamente, a comissão dolosa do fato (e se deixa impune, pela sua menor gravidade, a modalidade culposa) ou se proíbem ambas as formas de atuação.

(38) Ao menos assim deveria ser, ainda que não seja isso o que sempre sucede. As vezes, os delitos são tipificados não no interesse da comunidade, mas sim no interesse de um grupo que se socorre do Direito Penal para proteger um privilégio.

Porém, se apenas está proibida a forma dolosa, então não se pode dizer que ninguém tem motivação jurídico-penal para deixar de comportar-se com imprudência ou negligência. Em outras palavras: ou o legislador quer prevenir também a forma culposa e então a ameaça com uma pena, ou renuncia ao fato de ameaçá-la com uma pena, e, com isso, renuncia colocar em marcha o mecanismo inibidor, renunciando, finalmente, com isso, à proibição.

Tendo em conta toda a exposição, poderia distinguir-se entre impunidade por falta de tipicidade e impunidade por falta de “culpabilidade”, de acordo com os critérios a seguir.

No campo da tipicidade movimentamo-nos dentro das condutas graves, cuja não-comissão se quer motivar mediante o mecanismo da pena. Como o legislador unicamente pode motivar condutas *corretas*, aqui está o limite daquilo que, racionalmente, pode proibir: se o indivíduo se comporta cuidadosamente e, não obstante, lesionar um bem jurídico (o que está fora de seu controle), isto não pode constituir uma conduta proibida, pois aquilo que o Direito pretendia (e podia) produzir ocorreu: que se atuasse diligentemente ao executar a ação.

Dentro daquilo que o legislador pode motivar, há que distinguir entre a ameaça com uma pena para que o indivíduo se abstenha de lesionar *intencionalmente* um bem jurídico ou para que se abstenha de realizar uma conduta *imprudente* que colocaria em perigo a integridade de um bem. Se o legislador se decide a não castigar (por sua escassa gravidade) a comissão imprudente de um fato, então está claro que renuncia a atuar, nesse particular, motivadoramente, isto é: renunciar à proibição.

O que tradicionalmente se denomina falta de culpabilidade faz referência a um fundamento totalmente distinto de impunidade.

Com o juízo de antijuridicidade, o legislador coloca um fator geral condicionante para que os cidadãos se abstenham de realizar determinadas condutas.

Existem, não obstante, certas pessoas inacessíveis do ponto de vista da motivação; seja por sua inimputabilidade permanente ou transitória, seja porque — ao desconhecer a proibição — não tiveram, tampouco, ocasião de deixar-se influir por ela. Por estar suficientemente delimitado quais são essas pessoas, nestes casos, pode prescindir-se de impor a pena sem que por isso a prevenção geral sofra; pois os imputáveis sabem que para eles essa impunidade não é regra, e, portanto, seguem tendo os mesmos motivos (o de elidir a imposição da pena) para comportar-se de acordo com o Direito; e os “inculpáveis”, por seu lado, por não serem acessíveis (por diferentes causas) à motivação punitiva, não vão delinquir mais ou menos porque são ou não castigados.

Finalmente, como nestes casos de “inculpabilidade” não se necessita, em absoluto, da pena, para cumprir os fins de prevenção especial, ou é muito mais efetiva a imposição de uma medida de segurança, a execução de um castigo é perfeitamente desnecessária.

Creemos que, com esta delimitação entre tipicidade e culpabilidade, não somente se está estabelecendo essa vinculação entre sistema penal e política criminal, pela qual, recentemente, pronunciaram-se SCHIMID-HAUSER e ROXIN, como, também, nos afastamos dos exageros sistemático-ontológicos aos quais chegou o finalismo, para algo tão real como a punição de uma pessoa e o conseqüente sofrimento que a pena acarreta, em dependência de um fato sem conexão, como é o conceito ontológico de ação (e, em conseqüência deste, o de pertencer o dolo ao tipo).

Se o tipo de proibição quer dizer descrição da conduta que por sua gravidade se quer prevenir, então se entende perfeitamente por que se castiga (como participação delitiva) a contribuição de alguém para a realização da conduta que, por sua gravidade, o legislador ameaçou com uma pena. E se entende também por que não se pode castigar como partícipe a quem, unicamente, contribui para uma conduta de pouca transcendência e que, por isso, o legislador não considerou digna de ser tipificada (39).

No primeiro caso, castiga-se o partícipe porque contribui na produção de um fato grave (tipicamente previsto). E, no segundo, fica impune o que se limita a ajudar a consumação de um fato de pouca transcendência (atípico).

Assim mesmo explica-se por que deve castigar-se (40) um fato típico (proibido) e inculpável. Pois a conduta do executor é, em tal caso, uma das que o legislador quer prevenir: os motivos que fundamenta a impunidade do autor direto — sua inacessibilidade ao efeito inibitório do castigo — não valem para o terceiro “imputável”, acessível a ele e a todos os que são como ele — a motivação penal; a punição do terceiro “imputável”, em tais casos, contribui para que se previnam as condutas de contribuição e fatos que, por típicos, são jurídico-penalmente indesejados.

2 — Chegamos ao final deste trabalho. Estamos conscientes de que as idéias e fundamentos sistemáticos aqui expostos constituem apenas uma fragmentada colocação.

Para submeter à prova a sua validade e utilidade, seria preciso examinar a que resultados conduzem, em relação às distintas eximentes, agravantes e atenuantes, e, em geral, se eram ou não idôneos para sustentar uma detalhada exposição da Parte Geral do Direito Penal.

(39) Como já se assinalou, surgem lacunas de punibilidade quando se contribui para uma conduta atípica, e, por tratar-se de um delito especial próprio, está excluída a autoria mediata do “extraneus” que se utilizou do executor como instrumento. Porém, cobrir lacunas de punibilidade é tarefa do legislador e não do intérprete; e deste não se pode exigir que faça passar como contribuição a uma conduta típica (que faça passar por conduta delitiva) o que na realidade é uma contribuição para uma conduta penalmente não prevista.

(40) Como deve castigar-se (como autoria mediata em todos os casos, ou como autoria mediata em uns e como participação em outros casos) é um problema que aqui não pode ser enfrentado. O que se pode afirmar é que, se realmente existe algum obstáculo que se opõe à punição dessa conduta de promoção, por imputável, do fato típico e inculpável de outro, então, é uma exigência *de lege ferenda* que o referido obstáculo seja removido pelo legislador.