

O DELITO AOS OLHOS DE UM MESTRE

Este estudo (Variações e Tendências na Estrutura da Teoria do Delito) deu ao Professor Juarez Estevam Xavier Tavares, com a nota máxima, em 1978, o mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, composta a banca examinadora pelos Professores Hélio Tornaghi; João Mestieri e Gerardo Vasconcellos. Vindo agora a público, em livro, prescinde de qualquer outra recomendação.

Acresce que, no ano seguinte, os Professores Celso César Papaleo, Heleno Fragoso, João Mestieri, Celso de Albuquerque Mello e Miguel Reale Júnior arguíram outra tese de Juarez Tavares, Direito Penal da Negligência, que lhe valeu, também com a maior nota, o título de doutor da mesma Universidade.

Ainda com ^{o conceito} ~~a nota~~ mais alta, concluiu ele curso de pós-graduação na Universidade de Freiburg, na República Federal Alemã, e o trabalho, que então apresentou, foi estampado, em 1972, na revista de direito penal fundada por Von Liszt.

Seria de supor-se que Juarez Tavares veio à luz predestinado ao êxito, se a sua brilhante carreira não se explicasse pela incansável dedicação à pesquisa e à reflexão, tendo recebido de graça apenas o dom da poderosa e metódica inteligência.

Essas qualidades já o faziam distinguir, na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, onde se bacharelou, em 1966, com a medalha de ouro de melhor aluno do curso. E ali chegaria a exercer o magistério, como igualmente na Universidade Estadual de Londrina e, depois, na Pontifícia Universidade Católica e no Curso de Mestrado da Universidade Gama Filho, ambas nesta cidade.

Seguiram-se, como indicado de início, o mestrado e o doutorado na Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Por último, passou a ilustrar o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e conta em sua obra im-

pressa trabalhos de mērito, entre outros, O Consentimento do Ofendido no Direito Penal (1969), "Espēcies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo", na Revista de Direito Penal, n^o 6, e a traduçaō do livro Direito Penal - Parte Geral, de Johannes Wessels (1976).

Por tudo isso, foi com surpresa e acanhamento que recebi o convite de Juarez Tavares para prefaciā esta sua dissertaçaō muito especializada, e que eu nāo estaria em condiçōes de apreciar criticamente. Sō aquiesci, afinal, pela honrosa deferēncia do gesto e pela satisfaçaō que teria na leitura da obra, conquanto tāo afastada, pelo objeto e por suas raizes germānicas, da minha experidēncia profissional e das minhas habituais preocupaçōes. Restar-me-ia — e assim atenuei a culpa de nāo recusar — a opçaō de antecipar aos leitores, resumida e palidamente, o conteūdo do livro.

* * *

Jā se vē do tītulo que a matēria — teoria do delito — ē de inegāvel complexidade e se acha dominada por ampla e acirrada polēmica, de pacificaçaō ainda imprevisível. Mas o autor navega nesse mar turbulento com muita segurança, tendo dividido seu estudo, com senso didātico, em seis partes, identificadas por parāgrafos: 1^o) Introduçaō; 2^o) Os Sistemas Causais; 3^o) O Sistema Finalista; 4^o) Tendēncias Atuais; 5^o) Transformaçōes no Brasil; 6^o) Conclusōes.

Começa por colocar o tema do conceito analītico do delito, acentuando-lhe a importāncia, mesmo prātica, para mais correto diagnōstico dos casos e problemas, bem como para melhor aplicaçaō de sançōes penais e medidas de segurança, e ainda no particularizado estudo da culpa e do dolo, do erro, da omissāo, da tentativa, do concurso de agentes e de crimes, das causas de justificaçaō, das condiçōes objetivas de punibilidade, etc.

Passa, depois, o autor ā metodologia, enunciando suas hipōteses de trabalho, ou seja, que toda conceituaçaō do delito tem como pontos de partida (i) a noçaō de açaō perigosa ou lesiva a bens jurīdicos e (ii) os pressupostos de sua punibilidade, questōes que nāo prescindem uma da outra. Pa

ra solucioná-las, há que considerar, em primeiro lugar, a lei formalmente promulgada e, em seguida, a finalidade da incriminação, que é proteger determinados interesses sociais. Essa visão sociológica não o impede, em termos de política criminal, de recordar, quase ao final do volume, a posição da escola finalista, no sentido de que "o Direito Penal só em último caso deve servir de instrumento de proteção de bens jurídicos, e somente daqueles valores absolutamente indispensáveis à vida coletiva" (nt. 282). Já o autor havia afirmado na abertura de seu estudo, com o abono de Heleno Fragoso, Piazzese e Roberto Lyra Filho, que "o Direito Penal, de fato, deve estar a serviço da proteção de valores humanos elementares e só adquire dignidade, quando se liberta do puro positivismo e passa a se integrar em uma ordem social em que se garanta ao homem a plena realização de sua individualidade e potencialidade" (§ 1º, n. 6).

Na prática, observa o autor, o conceito analítico do delito assenta na investigação, lógica e sistemática, das leis penais, principalmente da parte especial dos códigos, dada a habitual insuficiência da sua parte geral. E dessa análise sobressai que sempre se pune "determinado fato perigoso ou lesivo a um bem jurídico", isto é, o "delito como ação e não como expressão reprovável da personalidade do agente ou sintoma de sua periculosidade". E essa verificação básica é de suma importância para a proteção da liberdade individual, como notava pioneiramente Feuerbach, já que sem ela perderiam sentido as categorias da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. E o conceito do crime como ação já alerta o jurista de que não pode ver nele "um ente absolutamente abstrato", pois, "em suma, o crime é uma conduta humana".

Partindo do delito como ação, para analisá-lo cientificamente, é na introdução da obra que o autor cuida dos clássicos, especialmente Carrara, que tinha o crime como ente jurídico e em termos tais que obstavam a dissecação dos seus elementos; tinha-o como "infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso" (§ 1º, n. 9).

Quando muito, seriam os primórdios de um sistema formal causalista. Por isso, como "hipótese de formulação analítica" da definição de crime em Carrara, o autor assim a

reescreveria: "fato formalmente antijurídico, movido por forças causais externas e internas, e moralmente imputável" (§ 10, n. 13).

Tais são as dificuldades teóricas emergentes da concepção clássica que o autor nela vê, principalmente, "a falta de sistema no estudo do crime", embora, mesmo antes de Carrara, se vislumbrassem traços de conceituação analítica. Mas é na doutrina alemã que o autor encontra prenúncios mais nítidos dos modernos sistemas, como em Luden e, notadamente, em Feuerbach (§ 10, ns. 14-16).

Contrariando predileção corrente no Brasil, nega o autor a Binding papel relevante na teoria do delito (§ 10, n. 17), pelo apego que tinha "ao positivismo jurídico, fundamentando toda sua construção na teoria das normas", que seriam "comandos jurídicos (escritos ou não escritos) pré-existentes à lei penal". Desse modo, o crime — violação das normas — seria a "infração a um dever jurídico geral, e não propriamente a lesão à proibição concretizada no tipo legal".

Os sistemas modernos, ao ver do autor, tomam corpo com von Ihering, Merkel, Berner e, finalmente, com von Liszt e Beling, "os fundadores do primeiro sistema teórico-abstracto do delito", que é o "sistema causal-naturalista".

* * *

Após a introdução, dedica-se o autor ao exame dos sistemas causais, a começar pelo de Liszt-Beling, que tem por base de qualquer espécie de delito a ação, que é o "substantivo", "ao qual se agregam os atributos legais imperativos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade".

Para bem compreender o desenvolvimento dos sistemas causais, salienta o autor a neutralidade valorativa da ação, elemento em que "não se investiga o conteúdo da conduta, nem seus possíveis aspectos normativos". Caracteriza-se, assim, a ação por estes componentes: "vontade, expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo e o resultado". O impulso inicial da vontade, através de movimento corpóreo (mais

tarde, qualquer manifestação externa), é a causa de que deriva o resultado.

Mas a configuração do delito exige ainda o liame psicológico do sujeito com o conteúdo do resultado. Temos, assim, de uma parte, a causalidade objetiva (caracterizada na tipicidade e na antijuricidade) e, de outra parte, o vínculo psicológico (base da culpabilidade). "Pode-se dizer — ressalta o autor — que o valor da teoria causal reside justamente neste ponto, de enquadrar tecnicamente os elementos objetivo e subjetivo na estrutura do crime, a partir do conceito básico de ação, que os engloba de modo geral e mínimo, já anteriormente a qualquer incidência legal" (§ 29, n. 22).

Na conceituação analítica do delito, a noção de tipo — que revolucionou o direito penal, a ponto de se incorporar às demais construções sistemáticas do delito — foi, para o autor, a mais importante contribuição da teoria causal. Mas ela o concebe como a "descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal", partindo da causa (movimento do agente) até o resultado. Outras circunstâncias, em que a lei fundamenta o delito, também se incluem no tipo. Mas o próprio Beling faz revisões parciais no seu primitivo conceito de tipo.

A seguir, o autor submete o sistema causal a um exame crítico em profundidade, que evidencia sua familiaridade doutrinária com a matéria, atento às repercussões no nosso direito positivo. As insuficiências e contradições do sistema não escapam ao autor, que as procura demonstrar, especialmente no que diz respeito aos elementos anti-juricidade e culpabilidade, e tendo em vista os problemas que a doutrina e a legislação trouxeram os conceitos de causas de justificação, ou de exculpação, de dolo e culpa, de erro, de tentativa, de concurso de agentes, de delito omissivo. A esses temas já aludira o autor, quando afirmou a importância prática da conceituação analítica do delito.

Não obstante — nota ele —, pela simplicidade do sistema Liszt-Beling e pelas modificações que veio a sofrer, explica-se que ele tenha sobrevivido a muitas alterações legislativas. Por isso mesmo, veio a desnaturar-se com o tempo, dando lugar a outros sistemas.

As variações mais significativas tiveram lugar quanto ao conceito de ação (para abrigar a omissão e, depois, quaisquer manifestações de vontade), o que deu à ação, além da base causal-naturalista, uma característica normativa. Chegou-se mesmo, com Radbruch, a entender-se que "o crime seria constituído, unicamente, por dados normativos e conceituais, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, independentemente de substratos ontológicos" (o que o autor qualifica como "resultado imediato e mais extremado do positivismo jurídico no Direito Penal"). Tudo isso tornou difícil, presentemente, traçar os perfis do sistema causal (§ 2º, ns. 38 e 39).

Salienta o autor (§ 2º, n. 40) que igualmente significativas foram as revisões quanto ao tipo e à antijuridicidade, cujas características deixaram de ser puramente objetivas, como as do tipo deixaram de ser só descritivas, em virtude da descoberta dos elementos normativos do tipo (Max Ernst Mayer, Mezger, Grünhut) e da teoria dos elementos subjetivos do injusto (Hegler, Max Ernst Mayer). E vêm citados, a respeito, numerosos exemplos do direito positivo brasileiro. Assim sobreveio "a falência do conceito de tipo de Beling".

Finalmente, observa o autor que, com a teoria normativa de Frank, a culpabilidade (basicamente, dolo e culpa) deixa de ser o elemento subjetivo do crime, passando a caracterizar um juízo de censura ou reprovação pessoal, que é condicionado à normalidade das circunstâncias motivadoras, entendidas no sentido psico-sociológico. Daí o princípio da inexigibilidade de conduta conforme à norma, como causa de exculpação (§ 2º, n. 41).

Examina-se, a seguir, como resultante das modificações advindas ao sistema Liszt-Beling, a concepção teleológica, que não o alterou radicalmente e pela qual o direito penal tem "a função instrumental de proteção de valores pré-existentes, ao mesmo tempo imanentes à natureza do homem e independentes dela". Tais modificações, no sistema, observa o autor, citando Busch, tornaram, porém, insustentável a bipartição do delito em seu lado objetivo (matéria do tipo) e seu lado subjetivo (conteúdo da culpabilidade).

Focaliza-se, em continuação, nos pontos mais relevantes, a concepção teleológica, destacando-se a relação tipo-antijuridicidade, e também a propósito de problemas tais

como: extensão do conceito de ação (com reflexo no delito omisivo), nova fundamentação para a tipicidade e a antijuridicidade, visão normativa da culpabilidade, tentativa, concurso de agentes, conceito de dolo, conceito de culpa, erro de proibição (com atenção especial a Baumann e Mezger-Blei).

* * *

A terceira parte do livro estuda o sistema finalista — que é o da preferência do autor — como alternativa para os sistemas causais. Alude, inicialmente, às suas raízes filosóficas (Aristóteles, Santo Tomás, Kant, Hegel, Hartmann) e jurídicas (von Weber, Graf zu Dohna), para chegar, como "coroamento de um sistema", a Welzel, que por sua vez indica outras influências, e cujas idéias deram nascimento a variantes (Maurach, Busch, Stratenwerth e Blei) (§ 39, ns. 57-61).

Tal como o causalismo, o finalismo vê no delito, analiticamente, uma ação típica, antijurídica e culpável. Mas, como este sistema advém de uma concepção finalista da conduta, é na teoria da ação que se situa a diferença entre os dois sistemas.

Esta é a primeira advertência do autor, que sublinha a ênfase do finalismo na "natureza ontológica integral" da ação, ao invés de ver nela — como o sistema causal — mero impulso, ou causa do resultado. É que se cuida, aqui, de atividade humana e esta se relaciona "com os próprios objetivos que a vida social propõe a seus membros". Abstraindo, porém, de finalidades mais abstratas, "para o jurista, o fim é entendido, simplesmente, como qualquer objetivo perseguido pelo homem", o que pressupõe "atividade consciente e querida", erigindo-se a vontade em "espinha dorsal da ação" (§ 39, n.62).

Embora variando a descrição do processo pelo qual o homem orienta e dirige sua conduta, o resultado não se confunde com a ação e, por isso, nela não se inclui, segundo os finalistas. Assim, "o resultado pertence ao tipo", e não se reconhece resultado nos delitos de mera atividade, por não estar previsto no tipo respectivo.

Uma vez pressuposta em qualquer conduta uma finalidade, bem como excluído do conceito de ação o resultado, pode a ação abranger os delitos dolosos, os culposos e os omissos.

Note-se, aqui, a nenhuma equivalência entre finalidade e dolo, noções que a concepção finalista claramente distingue uma da outra, como também da culpa. Além disso, os finalistas concordam, hoje, mesmo com sutilezas verbais, em que a vontade se inclui no elemento ação, mas divergem no conceituar a omissão (aspecto em cujo debate se detém o autor).

Quanto ao tipo, é ele representado no finalismo como ação tipificada: aos componentes formais da ação acrescentam-se os elementos caracterizadores de cada delito em espécie, isto é, a matéria da proibição. Daí, resultam tipos diversos para os delitos dolosos, os culposos e os omissivos (sendo que Stratenwerth ainda subdivide os omissivos em dolosos e culposos). Em seguida, o autor desenvolve esses conceitos, particularizando os tipos culposos e os omissivos e, nos delitos dolosos, o tipo objetivo e o tipo subjetivo, esclarecendo a distinção entre dolo direto, dolo eventual e culpa consciente; e ainda considerando o relacionamento dos elementos subjetivos especiais com a autoria.

Analisa igualmente a relação tipo-antijuridicidade, as causas de justificação, bem como o conceito de injusto pessoal, que abriria espaço à noção vaga de criminosos habituais e por tendência, e faria confundir, em alguns casos, culpabilidade e antijuridicidade, conceitos estes que o autor extensamente distingue. Esse roteiro o leva a um aprofundado estudo da vontade. E assim arremata sua crítica ao conceito de culpabilidade de caráter: "A culpabilidade deve-se basear no fato antijurídico, atribuído pessoalmente ao autor, onde assume relevância o critério regular da exigibilidade (fundamento objetivo) de uma conduta adequada à norma. (...) O juízo de culpabilidade deve ser sempre um juízo positivo de reprovação sobre o autor de um fato antijurídico", como o exige o princípio da legalidade (art. 1º do nosso Cód. Penal, em correspondência aliás com a norma constitucional da irretroatividade da lei penal menos favorável, art. 156³, § 16).

Como o juízo de culpabilidade pressupõe a possibilidade da consciência do injusto, além da imputabilidade e

da ausência de causas de exculpação — elementos não exclusivos da concepção finalista — e "todos lastreados na exigibilidade de conduta adequada à norma", o autor se detém particularmente nas questões do erro de tipo e erro de ^{proibição} atribuição (substitutivas das usuais expressões erro de fato e erro de direito), e procura esclarecer o conceito de culpabilidade nos crimes culposos e omissivos. Especial atenção, no estudo da culpabilidade, lhe merece a contribuição de Maurach, que julga muito apropriada ao problema do concurso de agentes e à situação dos imputáveis.

Encerra-se o exame da concepção finalista com o reconhecimento de haver ela dado maior profundidade e precisão à teoria do delito, com "melhor enquadramento técnico da tentativa e do crime consumado, da autoria e da participação, do erro de tipo e do erro de proibição", permitindo ainda "dosar-se adequadamente o caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade" (§ 30, n. 93). Segue-se, contudo, a esta apreciação de conjunto uma explanação suplementar sobre as implicações na tentativa, na autoria, na relação tipo-antijuridicidade, bem como uma condensação das principais objeções ao finalismo.

* * *

A quarta parte da obra focaliza, em primeiro lugar, a teoria social da ação, que se desenvolve ao lado da finalista, embora esta ainda desfrute de mais ampla aceitação nos meios especializados.

O nome lhe advém da ênfase que dá, na teoria do delito, ao caráter social da ação: "conduta humana socialmente relevante" (Jescheck), sendo esta relevância social comum às diversas variantes da escola, que "engloba tanto aspectos do causalismo, como do finalismo".

Para o nosso autor, a crítica mais séria a essa concepção dirige-se principalmente ao conceito dessa relevância social (ocorrente, quando a conduta afeta a relação indivíduo-sociedade, ou quando sobre ela se possa formar um juízo de valor). Conquanto essa conceituação abranja claramente os delitos omissivos, a relevância normativa destes não precisaria de ser substituída por sua relevância social. Além disso, "a emissão de juízos de valor no setor da própria ação (...) faz esva-

ziar cada vez mais os componentes do delito, a ponto de tudo compreender-se na ação". De qualquer modo, segundo "os mesmos critérios do finalismo e do causalismo" — observa o autor —, "a ação deixa de existir nas hipóteses tradicionais de ausência de vontade, em estados de inconsciência, nos movimentos reflexos ou instintivos e, agora especificamente para essa teoria, quando faltar relevância social".

Segue-se uma apreciação resumida da concepção social, na teoria do delito, a propósito da tipicidade e da antijuridicidade, da culpabilidade, do erro de proibição, direto e indireto (nesta última hipótese, em consonância com o art. 17, § 1º, do nosso Cód. Penal).

Completa a quarta parte da obra o que o autor chama "sistemas próprios", isto é, os dos juristas que apresentam divergências significativas com os sistemas tradicionais, especialmente, Schmidhäuser e H. Mayer, Jescheck e Wessels, bem como Roxin e Bockelmann.

O primeiro (Schmidhäuser) abandona o conceito de ação; prescinde também da liberdade de vontade, como pressuposto da reprovação; considera o dolo e a culpa independentemente do conceito psicológico de vontade; agrega à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, como componentes do fato punível, as causas pessoais de exclusão e extinção de pena.

A crítica do autor recai, mais fortemente, no abandono, por Schmidhäuser, "do critério da exigibilidade, hoje, sem a menor dúvida, uma conquista básica do Direito Penal no setor da responsabilidade" (§ 4, ns. 105-106).

H. Mayer, de seu lado, não separa o injusto da culpabilidade, pois "uma ação só pode ser considerada antijurídica, quando se pressupõe que ela é também culpável". Mas admite, em linhas gerais, o conceito finalista de ação, não obstante entendida como "realização da vontade má, fundamentadora do delito". Segue, no mais, o sistema causal, substituindo a lesão a bens jurídicos, como resultado do crime, por lesão a uma ordem protetiva, ético-social. O delito seria, pois, "a exteriorização da vontade do agente, dirigida à infração a um dever jurídico e social".

Embora lhe reconheça maior originalidade, nosso autor critica Mayer, precipuamente, por haver abandonado, na

teoria do delito, o conceito de "lesão a bens ou interesses jurídicos", abrindo ensejo às arbitrariedades que caberiam no indefinido conceito de "infração a uma ordem jurídico-social ou de segurança". Além disso, o sistema finalista dá tratamento mais adequado à divisão dialética entre o objetivo e o subjetivo (§ 49, ns. 107-108).

No sistema do Prof. Hans Heinrich Jescheck (sob cuja orientação Juarez Tavares realizou seu curso de pós-graduação na Universidade de Freiburg), o ponto de partida, na análise do delito, é o conceito de ação, derivado da teoria social: conduta humana socialmente relevante, conceito superior, abrangente de todas as formas de atuação humana, positivas e negativas, dolosas e culposas.

De acordo, porém, com o finalismo, inclui o dolo no tipo legal de injusto e trata, separadamente, os delitos dolosos, culposos e omissivos. Sua maior particularidade consiste em que engloba no tipo, concebido como tipo de injusto (como no finalismo), "toda a proibição, menos as causas permissivas", de tal sorte que "o tipo serve como ^ufundamentador do conteúdo material do injusto de um delito", isto é, "como componente fundamentador de antijuridicidade". Associados, o tipo de injusto e o tipo ^{de} culpabilidade perfazem o tipo de delito, "conceito amplo que compreende em si todos os caracteres ou pressupostos da punibilidade". Como consequência prática, que o autor salienta, "qualquer variação do injusto, para menos ou para mais, (...) induz uma alteração correspondente na culpabilidade", dado importante "no tratamento do erro de proibição, como na criação de causas supra-legais de exculpação e de justificação".

O que mais se pode censurar em Jescheck — assim conclui o nosso autor — é que a noção de "ânimo adverso ao Direito", erigida em fundamento da culpabilidade, leva à conclusão antiliberal da "culpabilidade pela conduta de vida e de caráter" (§ 49, n. 109).

Wessels — que também merece esta última crítica — apresenta poucas variações em relação a Jescheck, mas é mais nítido e firme do que ele em incluir o dolo, seja no tipo de injusto subjetivo (integrando "os elementos objetivos, independentemente do conhecimento da antijuridicidade"), seja no tipo ^{de} culpabilidade ("para determinar ou medir o grau de censura"). Com isso — observa nosso autor — Wessels "dá nova feição à teoria do erro e (...) fundamento à teoria da culpabilidade

de limitada", em harmonia com a fórmula do art. 17, § 1º, c/c o art. 15, do nosso Cód. Penal.

Na relação tipo-antijuridicidade, Wessels se afasta de Jescheck e Mezger, para voltar "ao conceito de que o tipo constitui um indício de antijuridicidade", o que permite diferenciar esses conceitos, precisando os contornos da tipicidade, na conceituação do delito (§ 4º, n. 110).

Finalizando esta parte do livro, vem o resumo das posições, ora "em evolução", de Roxin e Bockelmann, que a apresentam importância em inúmeras questões da teoria do delito, em especial no tratamento do erro e nas hipóteses de escusas abolutórias e de outras situações em que a doutrina tradicional ainda não deu a última palavra" (§ 4, n. 111).

* * *

A penúltima parte da obra é dedicada às transformações da teoria do delito no Brasil. Anota-se, de começo, a predileção dos brasileiros pela doutrina italiana, a exemplo de Nelson Hungria, influenciado grandemente pela Escola Técnico-Jurídica, de Rocco, na sua "concepção unitária do delito, bem distante dos sistemas acima analisados". Contudo, antes dos seus Comentários, que marcaram época, as insuficiências da nossa doutrina foram postas em relevo por Esmeraldino Bandeira e Anibal Bruno, destacando-se do trabalho comum de exegese dos textos legais, as significativas contribuições de Galdino Siqueira, Costa e Silva e, depois, Roberto Lyra.

Foi Anibal Bruno, contudo, segundo o autor, quem se ocupou sistematicamente com o conceito de delito, aceitando, em princípio, a concepção causal de Liszt e Beling, mas acolhendo subsídios das teorias mais modernas e chegando a aceitar muitos ensinamentos do finalismo.

Hoje, a par da corrente causal-naturalista, ainda majoritária, a teoria finalista, nos termos de Welzel, vai ganhando terreno entre nós, mas o primeiro livro que a perfilhou, de João Mestieri, só foi publicado em 1970. Tornou-se pioneiro, não apenas da teoria finalista, mas de novo método de análise das figuras delituosas, segundo um padrão eminentemente

científico e não meramente prático".

Heleno Fragoso, vindo da teoria social da ação, produziu "o primeiro estudo completo da teoria do delito, subordinado ao finalismo, a aparecer no Brasil". Nele, aparou os excessos do sistema: deixou de acolher o conceito de injusto pessoal e de fundar no caráter ou na conduta de vida a culpabilidade, limitando os elementos desta à imputabilidade, à possibilidade de conhecimento do injusto e à exigibilidade de comportamento em conformidade com o direito. Com o apoio de Fragoso, entende o nosso autor que o finalismo se fixou no Brasil "de modo definitivo, não dominante, mas com razoável desenvolvimento e influência".

Inclui, assim, entre os finalistas, "pelo menos em suas teses fundamentais ou como ponto de partida", Damásio E. de Jesus, Francisco de Assis Toledo, Heitor Costa Jr., Juarez Cirino dos Santos, Luiz Luizi, Miguel Reale Jr., Nilo Batista, René Dotti, entre outros.

Não obstante, a teoria social tem aqui o apoio do grupo conservador, ou causal-valorativo, especialmente de Everardo Luna, Magalhães Noronha e, "de certa forma", Ricardo Andreucci, cada qual com suas peculiaridades. J. Frederico Marques, mostra-se, ora causalista, ora normativista, como quando dispensa o conceito superior de ação, o que também faz Benjamin Morais, que admite crime sem ação.

Alcides Munhoz Netto, "antes adepto de uma concepção causal-naturalista mitigada de ação, ao estilo de Anibal Bruno", inclina-se para a linha de política criminal, de Roxin.

* * *

Concluída a dissertação crítica, o autor enuncia, em oito itens, as suas conclusões, francamente favoráveis à concepção finalista, mau grado suas deficiências ou exageros. A seu ver, é "a mais coerente formulação sistemática até hoje proposta no Direito Penal", e muitas das suas teses "acerca da teoria do delito são compatíveis com o direito positivo".

Este apanhado incompleto, ao mesmo tempo que lhe ressalta a cultura jurídica, dá idéia do que custou a Juarez Tavares, em pesquisa, comparação, meditação e planejamento, tão exaustivo levantamento da doutrina européia — especialmente alemã — e da brasileira, na conceituação analítica do delito. De ora em diante, como os de Mestieri e Heleno Fragoso, este estudo será de consulta compulsória para quantos queiram caminhar nessa espessa floresta. Ao pleitear com ele o seu mestrado universitário, o jovem jurista curitibano se revelou um mestre no sentido mais amplo da palavra.

Rio de Janeiro, fevereiro de 1980.

- VICTOR NUNES LEAL -

(21.02.80)