

TEORIAS DA CONDUTA NO DIREITO PENAL

*Jovanessa Ribeiro da Silva**

1. Introdução

O conceito de crime varia a depender da teoria que se adote em relação a um dos elementos do fato típico, qual seja, a conduta. Independentemente da espécie de crime, seja dolosa ou culposa, a sua exteriorização no mundo natural somente é possível através da ação. Visando à sua conceituação, destacam-se na doutrina penal três importantes teorias, a saber: Teoria Naturalista, Teoria Finalista e Teoria Social.

Inúmeros autores alemães contribuíram para a evolução dessas teorias. Franz von Liszt e Beling foram os precursores da teoria naturalista¹; Hans Welzel², divergindo dos conceitos adotados pela teoria clássica, fundamenta a teoria finalista; Johannes Wessels acrescentou a essas teorias o conceito de relevância social, criando a teoria social da ação³.

2. Teoria naturalista

Para a teoria naturalista, também denominada clássica, causal ou mecanicista, a conduta representa um puro fator de causalidade (“teoria causal”), ou seja, um comportamento humano voluntário, consistente em um fazer ou não fazer, modificativo do mundo exterior. Assim, a conduta é tratada como uma simples movimentação ou abstenção de movimento desprovida de qualquer finalidade. Como esclarece Damásio de Jesus⁴, trata-se de uma relação unicamente de causa e efeito, sem a necessidade de se avaliar o conteúdo da vontade, seja o volitivo (dolo), seja o normativo (culpa).

O conceito gira em torno do nexos de causalidade, elo de ligação entre a conduta, fruto da vontade (mas sem a análise de seu conteúdo), e o resultado. Essa relação de causalidade é feita de acordo com as leis da natureza (“teoria naturalista”), sem qualquer apreciação normativa ou social. No dizer de Aníbal Bru-

* Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

¹ Direito Penal, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, São Paulo, Saraiva, 1995, v. I, p. 201 e 202.

² “Una introducción a la doctrina de la acción finalista”, Hans Welzel, trad. Luiz Regis Prado, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 27-46.

³ Direito Penal, Parte Geral, Johannes Wessels, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Fabris, 1976, p. 20-22.

⁴ Op. cit., p. 202.

no, “Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo”⁵. Assim, se, por exemplo, um sujeito estivesse conduzindo seu veículo prudentemente em via pública e, sem que pudesse esperar ou prever, um suicida se precipitasse sob as rodas de seu carro, vindo, conseqüentemente, a falecer, para a teoria mecanicista, o motorista, que não quis matar a vítima, nem teve culpa nessa morte, cometeu um homicídio. A aferição dos elementos subjetivos, como explica Julio Fabbrini Mirabete⁶, dolo ou culpa, fica para um momento posterior, quando da análise da culpabilidade. Assim, complementa José Frederico Marques: “O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não à ação”⁷.

Os defensores dessa teoria dividem o delito em dois aspectos: um externo e o outro interno. Ao primeiro atribuem a ação típica e antijurídica, ao passo que ao segundo, o vínculo psicológico que une o agente ao fato por ele praticado, ou seja, a culpabilidade. O delito é, pois, conceituado como a ação típica, antijurídica e culpável.

A antijuridicidade, assim como a conduta, é analisada objetivamente, sem a necessidade de se indagar sobre o elemento subjetivo do agente, limitando-se à constatação de que a conduta do agente contraria o ordenamento penal. Assim, as causas de exclusão de ilicitude também são analisadas objetivamente.

O dolo ou a culpa, assim, apenas serão observados posteriormente, quando da análise da culpabilidade. Em não sendo constatados, o fato não será culpável, não tendo, pois, o agente cometido crime, embora seja o fato considerado típico. O dolo, por sua vez, é normativo, trazendo em sua essência a potencial consciência da antijuridicidade, agregada à vontade de realizar a conduta e produzir o resultado e à consciência da conduta, do resultado e do nexo de causalidade.

A teoria clássica era adotada pela antiga Parte Geral do Código Penal.

Severas críticas sofre essa teoria. O conceito naturalístico da ação não consegue explicar a essência da omissão, uma vez que se importa somente com o aspecto causal da questão. Ademais, não se consegue explicar adequadamente a tipicidade quando o tipo penal contém elementos subjetivos, como no crime de rapto. Ainda, a adoção dessa teoria não explica os crimes de mera conduta, nos quais não há o resultado natural no mundo exterior. Por fim, a teoria causal deixa a desejar na doutrina da tentativa. Para que um crime seja considerado tentado é preciso que tenha havido uma conduta tendente a um certo resultado quisto pelo agente, mas não obtido por circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, na conduta da tentativa existe o conteúdo da vontade. Se este está presente na tentativa, seguirá sendo assim quando se produz o resultado.

O crime, para essa teoria, tem a seguinte estrutura:

⁵ Direito Penal, Parte Geral, Aníbal Bruno, Rio de Janeiro, Forense, 1959, Tomo 1º, p. 299.

⁶ Manual de Direito Penal, Parte Geral, Julio F. Mirabete, São Paulo, Atlas, 2003, v. I, p. 102-104.

⁷ Tratado de Direito Penal, José Frederico Marques, São Paulo, Bookseller, 1997, v. II, p. 66.

1. Fato típico, possuindo os seguintes elementos:

- a) Conduta (não sendo analisada a finalidade do agente);
- b) Resultado;
- c) Nexo causal;
- d) Tipicidade.

2. Antijuricidade: salvo se presente uma das causas excludentes de ilicitude, a prática de um fato típico leva à presunção de antijuricidade (teoria da “ratio cognoscendi”).

3. Culpabilidade, composta dos seguintes elementos:

- a) Imputabilidade;
- b) Exigibilidade de conduta diversa;
- c) Dolo e culpa – possuindo o dolo o requisito da potencial consciência da ilicitude.

3. Teoria finalista

A partir das críticas dirigidas à teoria mecanicista, Hans Welzel, no ano de 1931, ao publicar “Causalidade e ação” na Revista para a Ciência Penal Conjunta nº 51, na Alemanha, repeliu a idéia de que a conduta era um mero acontecimento causal e a ela acrescentou uma finalidade.

Welzel analisa o delito tendo como pressuposto o fato de que a causalidade é obra da inteligência humana, preconizando:

“A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins”⁸.

A ação é vista como um acontecimento final, não somente causal. Em suma, a conduta passa a ser entendida como a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade.

A teoria finalista trouxe grande modificação para o sistema clássico. Os elementos subjetivos deslocaram-se da culpabilidade, vindo a compor a conduta, que é o primeiro elemento do fato típico. Assim, para os seguidores dessa teoria, crime é um fato típico e antijurídico. O dolo, antes normativo, passa a ser natural, ou seja, prescinde da potencial consciência da ilicitude. Esta permanece junto aos demais elementos da culpabilidade, como a imputabilidade e a exigência de con-

⁸ Op. cit., p. 27.

duta diversa.

A preocupação não se ateve apenas ao conteúdo da vontade, o dolo, mas também à culpa. Tanto os tipos dolosos, como os culposos, estão compreendidos na ação final. No entanto, devem ser analisados sob dois distintos pontos de vista. Nos tipos dolosos a ação visa ao resultado repudiado socialmente, ou seja, à concretização de um fato ilícito, ao passo que nos delitos culposos o autor ou confia que o resultado não será produzido (culpa consciente) ou sequer vislumbra a sua produção, embora seja objetiva e subjetivamente previsível (culpa inconsciente), agindo com inobservância do dever objetivo de cuidado.

Os tipos penais, sob a concepção finalista, passaram a ser considerados complexos, na medida em que compreendem elementos de natureza objetiva e subjetiva (dolo e culpa). Conseqüentemente, a antijuridicidade deixa de ser analisada objetivamente para também ser impregnada do mesmo elemento subjetivo da ação típica.

O crime, para essa teoria, tem a seguinte estrutura:

1. Fato típico, possuindo os seguintes elementos:

a) Conduta dolosa ou culposa – sendo o dolo natural (consciência da conduta e do resultado, consciência do nexo causal e vontade de realizar a conduta e provocar o resultado);

b) Resultado;

c) Nexo causal;

d) Tipicidade.

2. Antijuridicidade.

3. Culpabilidade, composta dos seguintes elementos:

a) Imputabilidade;

b) Exigibilidade de conduta diversa;

c) Potencial consciência da ilicitude.

Críticos, dentre eles Jimenez de Asua⁹ e Magalhães Noronha¹⁰, contestam essa teoria, afirmando o último que o juízo valorativo da ação é feito em momento inoportuno, sendo que deveria ser realizado quando da análise do aspecto interno do delito. Por fim, a teoria finalista encontra dificuldades em explicar de forma convincente os crimes culposos ou os atos chamados automáticos, nos quais não se pode apontar qualquer raciocínio prévio do agente.

⁹ *Tratado de Derecho Penal*, Luis Jimenez de Asua, Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1992, p. 367-380.

¹⁰ *Direito Penal*, E. Magalhães Noronha, São Paulo, Saraiva, 2001, v. I, p. 99.

4. Teoria social da ação

Ainda que essa teoria não tenha sido adotada pela legislação pátria, merece ser estudada.

Trata-se de uma teoria pós-finalista que, ao contrário do que possa parecer ao estudioso mais incauto, incorpora conceitos de ambas as teorias anteriores, acrescentando a estas o de relevância social. Conceitua a ação como a conduta que somente deve ser considerada para efeitos penais quando atingir o meio social em que vive o agente de forma relevante. Conduta socialmente relevante é aquela socialmente danosa. Assim, se um comportamento, embora objetiva e subjetivamente típico, não afronta o sentimento de justiça, o senso de normalidade, sendo adequado à realidade social do povo, não se pode considerá-lo relevante para o direito penal.

Como defende Wessels:

“A preferência deve recair sobre a *teoria social da ação*, que expõe uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa. Ação no sentido do Direito Penal é, de acordo com esta construção aqui representada, a *conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana*”¹¹.

A teoria social da ação vem sofrendo críticas pela maior parte dos doutrinadores, diante do conceito teórico vago e impreciso de “comportamento socialmente adequado”, o que gera no plano prático situações de perigo e instabilidade, avessas à base do direito penal.

5. Considerações finais

Após a reforma do Código Penal, em 1984, cuja Parte Geral foi alterada substancialmente, parte da doutrina inclina-se pela adoção da teoria finalista por nosso ordenamento. No entanto, a pura adoção dessa teoria faz com que fiquem sem explicação as condutas que não se direcionam para um fim previamente deliberado na mente do agente.

Por outro lado, se pensássemos na pura adoção da teoria clássica, também não encontraríamos guarida aos crimes de mera conduta.

Ante o exposto, podemos inferir que não houve filiação exclusiva do legislador pátrio a uma ou outra teoria. Assim, mesmo sendo preponderante a teoria finalista em nosso ordenamento, devemos reconhecer que há pontos em que é vislumbrada a presença da teoria clássica.

¹¹ Op. cit., p. 22.

Bibliografia

ASUA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed. Buenos Aires: Losada, 1992. v. 3.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Parte Geral. 3ª ed. Rio: Forense, 1967. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas/SP:

Bookseller, 1997. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal (aspectos fundamentais)*. Parte Geral. Trad.

Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.