

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 148

outubro/dezembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Teorias da conduta no direito penal

Cláudio Brandão

Sumário

1. A conduta na teoria do delito. 2. Evolução dogmática do conceito de ação. a) Teoria causalista da ação. b) Teoria finalista da ação. c) Teoria social da ação. 3. Considerações críticas sobre as teorias da ação.

1. A conduta na teoria do delito

A conduta humana é a pedra angular da teoria do delito. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da *conduta* com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da *conduta* e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da *conduta*.

As modalidades de conduta humana são a ação e a omissão. Muitas vezes, toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, o que ao nosso ver está correto. Isso se dá porque o termo ação envolve a *comissão*, que se identifica com a *ação positiva*, e a *omissão*, que se identifica com a *ação negativa*.

O direito penal não cria o conceito de ação, ele o retira do mundo fenomênico dos fatos. Ainda que não houvesse o Direito, é obvio que se realizariam ações. Não se pode, pois, pensar em vida humana sem o *agir*. E esse conceito de ação, retirado do mundo dos fatos, funciona como um elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando a sistematização desses ditos elementos. Portanto, deve-se enfatizar, todos os elemen-

Cláudio Brandão é Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, da Faculdade de Direito de Olinda e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

tos do crime referem-se, de um modo ou de outro, à ação.

A necessidade da existência de uma ação para a constituição do conceito de crime, fato que hoje parece óbvio, é uma grande conquista de um direito penal liberal, voltado para a proteção dos bens jurídicos vitais para o homem e a sociedade. Todavia, em tempos remotos, o direito penal prescindiu do conceito de ação para aplicar a pena, desse modo até coisas e animais poderiam ser punidos.

2. Evolução dogmática do conceito de ação

a) Teoria causalista da ação

No século XIX, a ciência jurídica estava impregnada das idéias do positivismo. Isso significa que se adotava no Direito a mesma metodologia das ciências da natureza, ao invés de se *compreender* o Direito, procurava-se *explicá-lo*. Com efeito, nessa época o homem estava deslumbrado com os progressos, advindos das ciências da natureza (física, química, etc.), que possibilitaram a industrialização, o desenvolvimento dos transportes por meio de vários meios, como, por exemplo, com a construção das estradas de ferro, entre outros.

Para que um ramo do conhecimento humano ganhasse *status* de ciência, precisava ter leis gerais, de validade universal, a exemplo do que acontecia nas ciências da natureza. A sociologia, inclusive, surge nessa época como a física social, com leis gerais, válidas para todas as sociedades.

É nesse panorama que surge o conceito causalista de ação.

O nome dessa teoria (causalista) deriva do nome causalidade. A lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se numa relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem. Um exemplo da causalidade é a fervura da água: a cem graus centígrados, nas condições naturais de tempe-

ratura e pressão, dar-se-á a fervura da água; pode-se dizer que a fervura da água foi efeito da situação de ela estar a cem graus centígrados. Nesse mesmo raciocínio, transmutando-o para a ação, pode-se dizer que a modificação do mundo exterior é efeito da volição do sujeito¹.

Para a teoria causalista, *a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior*. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior a uma volição.

Grandes expoentes dessa teoria foram Franz von Litz e Ernst von Beling.

Litz definia ação como “conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não-impediente de uma modificação no mundo exterior”². A conceituação de Litz tem três elementos: vontade, modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade, que liga a ação ao resultado. A vontade e a modificação no mundo exterior podem ser unidas em um único conceito: *a manifestação da vontade*³. Deve-se entender a manifestação de vontade como toda realização ou omissão voluntária de um movimento corpóreo que, livre de qualquer violência, está motivada pelas representações mentais do agente; em poucas palavras, é a vontade objetivada. Litz dizia, ainda, que a manifestação de vontade deve realizar uma modificação no mundo exterior e que “nós chamamos de resultado esta modificação, perceptível pelos sentidos”⁴. Completa-se o conceito de vontade com o liame que possibilita a imputação de um resultado como consequência de uma manifestação de vontade, isto é, com o *nexo de causalidade*⁵.

Beling, seguindo a mesma linha de raciocínio, define ação como “um comportamento corporal voluntário”⁶. O comportamento corporal corresponde à fase externa da ação; a voluntariedade indica que essa fase externa é produzida pelo domínio sobre o corpo, pela liberdade de inervação muscular⁷. A ação pode constituir-se em um fazer, que é uma ação positiva, ou um não-fazer, que é uma omissão, isto é, a distensão dos músculos⁸.

Para Beling, como a ação tem uma fase objetiva e uma fase subjetiva, exclui-se do seu conceito aqueles fenômenos humanos que são somente objetivos ou somente subjetivos, como:

- a) uma mera propriedade do homem (sua perigosidade não-manifestada);
- b) um mero estado do homem (enfermidade);
- c) um simples querer ou pensar puramente interno;
- d) os estados de inconsciência (por exemplo, um dano causado por um desmaio);
- e) aqueles comportamentos que são provenientes de excitações irresistíveis (por exemplo, os movimentos reflexos)⁹.

A crítica que deve ser feita a essa teoria é que o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade. Destarte, não se deve investigar no âmbito da multirreferida ação se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (dolo) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou (culpa).

A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os *juízos objetivos* à ação típica e antijurídica e todos os *juízos subjetivos* à culpabilidade, como se pudesse haver uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo. Se todo o subjetivo deve ser analisado na culpabilidade, deve-se deslocar o estudo do conteúdo da vontade da ação para a culpabilidade, esvaziando-se, enfatize-se, o conteúdo da própria ação.

b) Teoria finalista da ação

A teoria finalista da ação foi criada por Hans Welzel, na primeira metade do século XX, e aperfeiçoada logo em seguida à queda do nacional-socialismo alemão, na segunda grande guerra.

Por meio da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao es-

tágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática. Dizia Welzel que

“se nós desejamos, porém, superar a corrupção do direito operada pelo totalitarismo, não podemos simplesmente retornar ao estado existente antes de sua aparição, mas devemos examinar a doutrina precedente, que em parte nós mesmos tínhamos defendido, ou na qual crescemos, recercando os seus limites”¹⁰.

O finalismo vem revalorizar o caráter ético-social do direito penal, rompendo definitivamente com a concepção nazista¹¹, a qual afirmava ser o direito penal, por meio da pena, o meio de purificar biologicamente o povo¹².

Todavia, Welzel iniciou os estudos de sua teoria antes do fim da segunda grande guerra. Córdoba Roda, fazendo uma análise magistral sobre a evolução do pensamento do criador da teoria finalista da ação, afirma que as primeiras idéias sobre essa teoria surgiram em 1931, com a publicação da obra *Kausalität und Handlung* (Causalidade e Ação). Outra obra relevante surge em 1935, intitulada *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo e Filosofia dos Valores em Direito Penal), em que Welzel utiliza o conceito de finalidade, inspirado nas idéias de Nicolai Hartmann. A doutrina de Welzel, contudo, somente aparece de modo completo em 1939, no livro *Studien zur System des Strafrechts* (Estudos para o Sistema de Direito Penal)¹³.

A ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as conseqüências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado¹⁴.

Welzel propõe um exemplo para diferenciar a finalidade da causalidade. Se um raio eletrocuta um homem que trabalha no campo, esse fato se baseia na lei da causalidade,

visto que entre o homem e a nuvem se deu a máxima tensão necessária para a descarga elétrica. Essa tensão também poderia ter sido originada por qualquer outro objeto que estivesse a certa altura da nuvem. Não existe, pois, um acontecer final para determinar a descarga elétrica. A situação, nas ações humanas, é totalmente diversa; quem deseja matar outrem elege, conscientemente para atingir esse fim, os fatores causais necessários, como a compra da arma, averiguação da oportunidade, disparar ao objetivo¹⁵.

A finalidade, portanto, baseia-se na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim. “A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal”¹⁶, sem ela a ação seria rebaixada a um acontecimento causal cego¹⁷.

Em resumo: pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento. Dito de forma gráfica, a finalidade é vidente e a causalidade é cega¹⁸.

A direção final da ação debruça-se em duas fases. A primeira fase ocorre na esfera do pensamento e abarca três elementos: o primeiro é o fim que o agente almeja; o segundo são os meios que o mesmo deve adotar para a consecução dos fins e o terceiro são as conseqüências secundárias coligidas ao emprego dos próprios meios.

A segunda fase ocorre no mundo real, é a realização concreta da ação que se opera. É um processo causal dominado pela determinação do fim, dos meios e dos efeitos concomitantes na esfera do pensamento. “Se não se alcança este domínio final no mundo real – por exemplo, o resultado não se produz por qualquer causa – a ação final correspondente fica somente tentada”¹⁹.

Quando se diz que a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um

fim, diz-se na verdade que o *dolo* reside na ação. Essa é a fundamental diferença entre a teoria causalista, e a teoria finalista: na teoria causalista, não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação; para essa teoria, o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim dirige a causalidade, logo o conteúdo da vontade, isto é, o *dolo*, é integrante da ação.

No mesmo sentido de nossa explicação posiciona-se Marcello Gallo, afirmando que

“A ação humana é, saliente-se, por sua essência finalística; propõe-se os fins, escolhem-se os meios necessários para o alcance do fim e se aplicam segundo um plano pré-estabelecido. O momento da finalidade, se se tratar de uma ação penalmente relevante: o dolo; pertence, pois, a ação e não pode ser dela legitimamente separado.”²⁰

Surge, todavia, uma importante indagação: *se toda ação é dirigida a um fim, como se solucionar a problemática dos crimes culposos?*

Com efeito, sabe-se que no crime culposos a finalidade do agente não é contrária ao Direito. Todavia no crime culposos também existe vontade dirigida a um fim, só que o fim será um fim conforme o Direito. A reprovação jurídica nos crimes culposos não recai na finalidade do agente, mas nos meios que o agente elegeu para a consecução de seu fim²¹, sendo eles qualificados como imprudentes, negligentes ou imperitos.

Assim, ressalte-se, na culpa, o direito não reprova a finalidade do agente, mas reprova os meios que o agente elegeu para a consecução de seus fins. Por exemplo, se o agente dirige a sua vontade para chegar logo ao seu trabalho, dirige a sua vontade para um fim lícito, mas se para galgar esse fim o agente elege um meio imprudente, como dirigir seu veículo acima da velocidade permitida, o Direito reprovará o meio elegido e imputará ao sujeito uma responsabilidade penal a título de culpa.

Quando projetamos a nossa reflexão na teoria finalista da ação, vemos que nela temos todos os elementos da teoria causalista (manifestação de vontade no mundo exterior e nexos de causalidade) e um elemento a mais: a vontade dirigida a um fim. É por isso que já se afirmou que a teoria finalista apareceu como uma conclusão dos sistemas de Litz e Beling²².

Destarte, reafirmando que a teoria finalista transferiu o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação, concluímos esta exposição com as felizes paravras de Gimbernat Ordieg:

“O finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, anti-juridicidade e culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas os separa e os redistribui de outro modo entre os três estados da teoria do delito”²³.

c) Teoria social da ação

O conceito social de ação tem sua origem em 1932, por meio de Eberhard Schmidt, que, ao atualizar o tratado de von Litz, procurou dar uma nova feição ao conceito causalista de seu mestre, livrando-o da excessiva influência do positivismo naturalista²⁴.

O conceito social de ação tem, entretanto, várias vertentes, que ora se prestam a defender o finalismo, ora se prestam a defender o causalismo. Como visto, essa teoria surge a partir do causalismo, mas Welzel também afirma que o conceito social de ação não é antagônico à teoria finalista, *in verbis*:

“Parece haver-se esquecido, hoje, quando se contrapõe à doutrina da ação finalista um conceito social, que um dos propósitos fundamentais do finalismo, desde seu começo, foi a compreensão da ação como um fenômeno social. A ação, como um fenômeno social, não pode ser compreendida senão sobre a base da doutrina da ação finalista”²⁵.

A idéia central da teoria social da ação é buscar a síntese da relação entre o *compor-*

*tamento humano e o mundo circundante, sendo ação todo comportamento socialmente relevante*²⁶.

Atualmente, os defensores dessa teoria afirmam que ela superou a antítese entre finalismo e causalismo. Veja-se, por exemplo, o pensamento de Jescheck. Para ele, a estrutura fundamental da conduta ativa é a finalidade, pois a capacidade de conduzir processos causais fundamenta a posição específica do homem na natureza; mas a finalidade não é hábil para fundamentar a estrutura da conduta omissiva. Existe uma omissão quando não se produz um fazer ativo, que era esperado segundo as normas da Moral ou do Direito²⁷. Só se pode unir a ação e a omissão num conceito superior à luz da teoria social da ação, pois tanto a ação quanto a omissão são comportamentos socialmente relevantes, enquadrando-se na já referida síntese entre o comportamento humano e o mundo circundante. Segundo o autor,

“Se entende por comportamento toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida, ou, ao menos reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação, de que dispõe graças a sua liberdade”²⁸.

Assim, o comportamento tanto pode consistir numa atividade final, quanto numa inatividade frente a uma expectativa de ação. Concluímos a exposição dessa teoria afirmando que o conceito social é um conceito *valorativo*, que reúne as categorias finalidade e causalidade, as quais são contraditórias no plano do ser²⁹.

3. Considerações críticas sobre as teorias da ação

Entre as teorias formuladas, a que melhor explica a essência da ação é a teoria finalista.

A teoria causalista investiga o objeto ação com o método das ciências da natureza, procurando simplesmente *explicá-la*, ao invés de *compreendê-la*. Com efeito, a explicação é o ato gnosiológico próprio das ci-

ências naturais, mas não serve para investigar as ciências do homem, que tem um ato gnosiológico apropriado: a compreensão. Essa teoria, portanto, deve ser rechaçada por apresentar um erro metodológico.

A teoria social, por sua vez, procura um conceito *valorativo* de ação, *valorando sua relevância social*. Ora, foi dito que o conceito de ação serve como elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando sua sistematização. Por isso o conceito de ação deve ser valorativamente neutro, pois os juízos de valor serão feitos por meio da tipicidade e da antijuridicidade. Se nós utilizamos um conceito que não seja valorativamente neutro, poderemos até mesmo pré-julgar a tipicidade e a antijuridicidade, o que não corresponde às exigências de um direito penal liberal. Por isso, a teoria social também não é hábil para revelar a substância da ação humana.

Quando refletimos sobre a ação humana, podemos facilmente constatar que ela é dirigida à consecução de fins. Aristóteles, já na antigüidade grega, elencava entre as causas primeiras do ser a *causa final*. Por isso, quando o finalismo atribuiu a finalidade ao conceito de ação, ele compreendeu que a atividade humana tem um motor propulsor, que, enfatize-se, é a finalidade.

Portanto, quando falamos em ação humana, estamos dizendo que o homem se propõe a fins, elege os meios para a obtenção de seus fins e modifica o mundo exterior. Concluimos, por conseguinte, dizendo que a ação humana é finalista.

Notas

¹ A doutrina soa uníssona em identificar a influência determinante do positivismo na teoria causalista, veja-se, por exemplo, Stratenwert (p. 51); Zaffaroni (v.3, p. 100); Gallo (p. 6); Bitencourt (p. 187).

² Litz, Tomo 2, p. 297.

³ Idem, ibidem, p. 297.

⁴ Idem, ibidem, p. 300.

⁵ Idem, ibidem, p. 301-2.

⁶ Belig, 1944, p.20.

⁷ Idem, ibidem, p. 19.

⁸ Idem, ibidem, p. 20.

⁹ Idem, ibidem, p. 20.

¹⁰ Welzel, 1951, p. 2.

¹¹ Idem, ibidem, p. 6.

¹² Idem. Ibidem, p. 2.

¹³ Roda, 1963, p. 41,42,46.

¹⁴ Welzel, 1997, p. 39.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 40.

¹⁶ Welzel, 1964, p. 25-26.

¹⁷ Welzel, 1997, p. 40.

¹⁸ Welzel, 1964, p. 25.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 26.

²⁰ Gallo, p. 16.

²¹ Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Cerezo Mir (1982, p. 19): "*En la acción culposa el fin es, sin duda, juridico-penalmente irrelevante. El contenido de la voluntad en relación al medio aplicado y la forma de su aplicación, es, al contrario, jurídicamente relevante*".

²² "*La teoría final de la acción aparece, considerada en su vinculación histórica, como la conclusión provisional de una evolución caracterizada por la progresiva descomposición y transformación del sistema de Litz y Beling.*" Gallas, 1959.

²³ Ordieg, 1990, p. 164.

²⁴ Nesse sentido veja-se: Zaffaroni, v. 3, p. 111; Mir, 1993, p. 272.

²⁵ Welzel, 1964, p. 34.

²⁶ Jescheck, 1993, p. 201.

²⁷ Idem, ibidem, p. 200.

²⁸ Idem, ibidem, p. 201.

²⁹ Idem, ibidem, p. 201.

Bibliografía

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Buenos Aires : Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar. *Manual de direito penal*. São Paulo : RT, 1999.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Barcelona : Bosch, 1959.

GALLO, Marcello. *La teoría dell'azione finalística nella più recente dottrina tedesca*. Milano : Giuffré, 1967.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Granda : Comares, 1993.

LITZ, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo 2. Madrid : Reus, s./d.

MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español*. Tomo 1. Madrid : Tecnos, 1993.

MIR, Jose Cerezo. El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal. In: *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*. Madrid : Tecnos, 1982.

ORDIEG, Enrique Gimbernat. El sistema de derecho penal en la actualidad. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1990.

- RODA, Juan Córdoba. *Uma nueva concepción del delito: la doctrina finalista*. Barcelona : Ariel, 1963.
- STRATENWERT, Günter *Derecho penal: parte general I*. Madrid : Edersa, 1982.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 1997.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona : Ariel, 1964.
- WELZEL, Hans. La posizione dogmatica della dottrina finalista dell'azione. *Rivista Italiana de Diritto Penale*. Milano : Guiffrè, a. 4, n. 1 e 2, gen./apr. 1951.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Ediar, 1981.