

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ALINNE KERYMI SANTOS

**CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDUTA NO DIREITO PENAL:
A IMPORTÂNCIA DAS CAUSAS DE AUSÊNCIA COMO FATOR INICIAL NA
ANÁLISE DO CRIME**

**CURITIBA
2007**

ALINNE KERYMI SANTOS

**CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDUTA NO DIREITO PENAL:
A IMPORTÂNCIA DAS CAUSAS DE AUSÊNCIA COMO FATOR INICIAL NA
ANÁLISE DO CRIME**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Joscelito Giovani Cé.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINNE KERYMI SANTOS

CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDUTA NO DIREITO PENAL: A IMPORTÂNCIA DAS CAUSAS DE AUSÊNCIA COMO FATOR INICIAL NA ANÁLISE DO CRIME

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

ORIENTADOR: _____ JOSCELITO GIOVANI CÉ _____

AVALIADOR: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2007.

DEDICATÓRIA

Aos professores da disciplina de Direito Penal Geral que tanto influenciaram na realização da presente monografia.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento a todos que, direta ou indiretamente
contribuíram para que fosse possível a realização dessa pesquisa
e a finalização desse estudo.

Em especial à minha mãe, amigos, meu orientador que me auxiliou na coleta de materiais,
na leitura, e me deu atenção sobre o
que necessitei saber a respeito do tema central indagado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 CONDOTA	10
2.1 AÇÃO E OMISSÃO	11
2.2 TEORIAS DA CONDOTA	12
2.2.1 Teoria Causal da Ação	12
2.2.1.1 Teoria Causal-Naturalística	12
2.2.1.2 Teoria Causal-Valorativa.....	13
2.2.2 Teoria Finalista da Ação.....	14
2.2.3 Teoria Social da Ação	15
2.2.4 Teoria Teológica ou Funcionalista da Ação	16
2.2.4.1 O Pensamento Funcionalista	16
2.2.4.1.1 Teoria Personalista da Ação	17
2.2.4.1.2 Teoria da Evitabilidade Individual	18
2.2.4.2 Outras Vertentes do Funcionalismo	19
2.2.4.2.1 Negação do Conceito Pré-Típico de Conduta	19
2.2.4.2.2 Teoria Negativa da Ação	20
2.3 TEORIA DO CONCEITO SIGNIFICATIVO DE AÇÃO	21
3 CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDOTA	24
3.1 ATOS REFLEXOS	24
3.1.1 Ações Automáticas.....	25
3.1.2 Movimentos Habituais ou Mecânicos Repetidos	27
3.2 ESTADOS DE INCONSCIÊNCIA.....	27
3.2.1 Particularidades nos Casos de Inconsciência.....	28
3.2.1.1 A Hipnose	28
3.2.1.2 A Embriaguez.....	31
3.2.1.3 A Inconsciência Pré-Ordenada ou a Involuntariedade Procurada.....	31
3.3 FORÇA FÍSICA IRRESISTÍVEL (<i>VIS ABSOLUTA</i>)	32
3.3.1 Coação Moral	33
3.3.2 Força Física Indireta	33
3.3.3 Forças Físicas Irresistíveis Decorrentes da Natureza	34
3.3.4 Força Física Irresistível “Interna” ou Reflexos Corporais Estritamente Somáticos.....	34

3.3.5 Ausência de Conduta na Omissão ou Involuntariedade por Incapacidade de Dirigir Movimentos ou Falta de Ação.....	34
3.3.6 Comportamentos Impulsivos ou Ações em Curto Circuito.....	35
3.4 PROCESSOS DA VIDA PSÍQUICA INTERNA	35
3.5 ATUAÇÃO DE ANIMAIS	36
3.6 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DAS CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDOTA	37
4 A IMPORTÂNCIA DAS CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDOTA COMO FATOR INICIAL NA ANÁLISE DO CRIME.....	38
4.1 CONCEITO DE CRIME	38
4.1.1 Conceito Formal de Crime	38
4.1.2 Conceito Material de Crime	38
4.1.3 Conceito Estratificado ou Analítico de Crime.....	39
4.2 ELEMENTOS DO CONCEITO ESTRATIFICADO DE CRIME	40
4.2.1 Elemento Conduta	40
4.2.2 Elemento Tipicidade.....	40
4.2.2.1 Tipo Penal.....	40
4.2.2.2 Tipo e Tipicidade.....	41
4.2.3 Elemento Antijuridicidade.....	41
4.2.4 Elemento Culpabilidade	42
4.3 DA IMPORTÂNCIA.....	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS	47

RESUMO

Para se estabelecer quais são as causas de ausência de conduta, faz-se necessário primeiramente defini-las. Para isso deve-se entendê-las diante de suas diversas teorias. Tais como: a naturalista, a finalista, a social, a funcionalistas e diversas outras vertentes. Depois de chegar a uma mais correta definição dentro de todas as evoluções das teorias da conduta, estabelecem-se como causas de ausência: os atos reflexos, os estados de inconsciência, que se divide na: hipnose, na embriaguez e na inconsciência pré-ordenada, na força física irresistível, na força física indireta, nas forças físicas irresistíveis decorrentes da natureza, na força física interna, na falta de ação, nos comportamentos impulsivos, nos processos psíquicos da vida interna e na atuação dos animais. Mas além de saber o que é conduta, quais são as causas que há a ausência da conduta, deve-se também saber para que serve a conduta e suas causas de ausência, ou seja, estabelecer a sua importância para o Direito Penal. Para isso o presente trabalho finaliza-se mostrando os conceitos de crime, e onde está localizado o elemento conduta na definição do delito. Desta forma demonstra-se que a conduta nada mais é do que o elemento essencial para a estruturação do delito, pois sem ela não há que se falar em crime, já que funciona como primeiro filtro do conceito estratificado.

PALAVRAS-CHAVE: Causas de Ausência de Conduta, Conduta, Crime, Filtro, Teorias.

1 INTRODUÇÃO

As causas de ausência de conduta mostram-se de grande importância para o Direito Penal. Elas servem como primeiro filtro da escala encontrada no conceito analítico de crime, que se baseia no princípio do *nullun crime sine conducta*, ou seja, sem conduta não há delito.

Além de servir como filtragem da definição do crime, elas também refletem no trabalho dos legisladores e intérpretes do direito (aplicadores), isso porque necessitam saber do conceito de conduta e os conseqüentes elementos do crime para poderem aplicá-los ou realizá-los de forma correta, eficiente e justa.

Assim, para melhor compreensão dessa pesquisa, faz-se necessário desenvolver o conteúdo pelo método dedutivo, pois parte-se de idéias gerais, retratadas inicialmente pelo conceito de conduta. Para tanto foi utilizada pesquisa doutrinária pertinente ao assunto.

Dessa forma, a organização desse conteúdo será elaborada em três etapas, sendo na primeira, desenvolvimento da conduta, onde aborda o seu conceito, também o da ação e omissão; as teorias da conduta, que se inicia pela teoria causal, dividida em naturalística e valorativa, continuando com a finalista, a social, a funcionalista da ação que se divide também em personalista, teoria da evitabilidade social e ainda as outras vertentes que surgiram dessa última teoria e por último a do conceito significativo da ação.

No segundo momento, faz-se necessário demonstrar as causas de ausência de conduta, como por exemplo, os atos reflexos, a discussão sobre as ações automáticas, os movimentos habituais ou mecânicos e os estados de inconsciência, que se divide: hipnose, embriaguez e inconsciência pré-ordenada.

Também se explana sobre a força física irresistível, que segue a seqüência com a coação moral, força física indireta, forças físicas irresistíveis decorrentes da natureza, força física interna, a falta de ação, os comportamentos impulsivos. Sem poder esquecer-se dos processos psíquicos da vida interna, a atuação dos animais e finalmente os efeitos que decorrem das causas de ausência de conduta.

Na terceira etapa, exhibe-se a importância das causas de ausência de conduta como fator inicial na análise do crime, demonstrando o conceito formal de crime, material e analítico. Por conseguinte, elucidando e definindo os elementos do crime, como a conduta, a tipicidade – fazendo a distinção de tipo e tipicidade –, a antijuridicidade e a culpabilidade. E por último a real importância das causas de ausência de conduta para o Direito Penal.

Finalizando, analisa-se nas considerações finais os pontos convergentes e divergentes dessa problemática. A partir da visão de alguns autores que irá ser mencionado, buscando-se apresentar deduções lógicas verificadas, assim como a hipótese que se tinha em princípio.

2 CONDUTA

Existiram e existem vários conceitos sobre a conduta no Direito Penal. A mais típica citada, por autores como por exemplo Damásio E. de Jesus,¹ Rogério Greco,² e Francisco Munhoz Conde,³ é definida como a ação ou omissão humana consciente e dirigida a uma determinada finalidade.

Damásio E. de Jesus, comenta que a conduta tem como características: o comportamento do homem como forma de expressão de sua personalidade, e que essa não pode ser realizada por animais, pois os animais são irracionais, e não possuem consciência para determinarem-se conforme a sua personalidade.

Precisa ainda ser pessoa física, porque pessoa jurídica não tem condão de delinquir.⁴

Também, considera-se como características as condutas externas, que não punem a atividade psíquica, isto é, o que o sujeito tem em mente. Deve a conduta ser voluntária, a partir de um movimento ou uma abstenção de movimento corporal.

Portanto fala-se em conduta quando há uma opção pelo autor do fato. Quando ele pensa em realizar algo, escolhe os meios e o realiza.

Conforme Damásio E. de Jesus, os elementos da conduta são:

- a) ato dirigido a uma determinada finalidade;
- b) atuação positiva ou negativa, como forma de manifestação de vontade.

O mesmo autor, diz também que para Welzel haveria a divisão do item “a”, em: objetivo pretendido, meios usados na execução, e conseqüências secundárias da prática; e o item “b” em aspecto psíquico e mecânico ou neuromuscular.

Mesmo com todos esses elementos há, contudo grandes discussões sobre o conceito de conduta. Desde sua concepção no âmbito penal, dentro de todo o seu processo evolutivo, aliado a vários acontecimentos históricos.

Surgiram diversas teorias, e as mais aceitas foram a teoria causal, teoria finalista e a social.

Existem outras, que são adotadas pelo doutrinador Luiz Regis Prado, Fabio André Guaragni (na obra *As Teorias da Conduta em Direito Penal*) e Paulo César Busato (na obra *e Direito Penal e Ação Significativa*).

¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. vol. 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 225.

² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 156.

³ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Tavares, Juarez e Prado Luiz Regis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11.

⁴ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 225.

2.1 A AÇÃO E OMISSÃO

Paulo César Busato cita que dentro da definição adotada por Claus Roxin, como sendo Hegel “o pai do conceito jurídico de ação Penal”, desenvolveram-se várias outras, tanto para a ação como para a omissão.

A exemplo, de que a ação é todo o comportamento que depende da vontade humana, uma opção e um ato humano voluntário.⁵

Eugenio Raúl Zaffaroni comenta que o cometimento de um ato é o mesmo que realizar a ação, e a omissão é a realização de um não fazer.⁶

Damásio E. de Jesus, diz que a “ação é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade”, em que se mostra nos núcleos dos tipos como modo positivo de um agir.⁷

Mas mesmo que um verbo dite um agir positivo, nem sempre o será por ação, podendo ser mediante a omissão.

Fábio Bittencourt da Rosa, semelhantemente a Eugênio Raúl Zaffaroni, retrata que a conduta é regulada por normas. Se o sujeito realiza um comportamento que causa modificações no mundo exterior, ele está praticando uma ação. E se deixar de cumprir algo que a norma lhe imponha, fica caracterizada a omissão.

Portanto, se se acaba por modificar o mundo externo não há somente a ação, mas há também a omissão, quando se deixa de fazer algo que se é obrigado a fazer e não faz.⁸

Explica Munhoz Conde: “A direção final da ação se realiza em duas fases: uma externa, outra interna”.⁹

A fase interna, é quando o sujeito pensa, se propõe a determinada finalidade, escolhe os meios para poder atingir o fim e considera os efeitos que podem ser causados. Na fase externa, depois dos meios escolhidos, procede-se a realizar sua meta proposta.

Logo a ação é uma causalidade, um resultado do agir e a omissão do não agir, compelido pela norma ao não fazer, em que a vontade, para a Welzel, implica a uma finalidade voltada a busca do fim.

⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 01.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 355.

⁷ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 235.

⁸ ROSA, Fábio Bittencourt da. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 66.

⁹ CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit. p. 11.

2.2 TEORIAS DA CONDUTA

Luiz Regis Prado comenta que para o Direito Penal existem, quatro teorias sobre o conceito de ação e omissão, são elas: teorias causais divididas em causal-naturalística e causal-valorativa; teoria social; teoria finalista; teoria teleológica ou funcionalista, dividida em teoria personalista da ação e teoria da evitabilidade individual.¹⁰

Damásio E. de Jesus, além das teorias naturalística, social e finalista, narra que há duas teorias sobre a natureza da omissão: a teoria naturalística e a normativa.¹¹

O autor Fábio André Guaragni comenta também sobre a funcionalista, do pós-finalismo,¹² e Paulo César Busato ainda sobre o conceito significativo da ação.¹³

2.2.1 Teoria Causal da Ação

2.2.1.1 Teoria Causal-Naturalística

Eugenio Raúl Zaffaroni retrata que a teoria causal-naturalística, também chamada pelos precursores Franz Von Liszt e por Ernest Von Beling de teoria acromática ou clássica do delito, não teve uma base filosófica concreta para o seu despertar, mas houve alguns momentos históricos que puderam dar ensejo a essa teoria.¹⁴

Em princípio, a conduta se baseou no positivismo mecanicista, vindo das concepções de Newton, no final do século XIX, em que todo o universo era regido pelas causas e efeitos. Transplantou-se às ciências humanas (psicologia, história, direito, etc.), para os métodos e as leis das ciências da natureza.

Pela definição de Lizst, trata-se de uma “... causa voluntária, ou não impeditiva, de uma modificação no mundo exterior”.

Portanto, se a conduta humana faz parte desse “todo”, também é vista pelo sistema das causas e dos efeitos.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 314.

¹¹ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 228; 235.

¹² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 234.

¹³ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 151.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 364.

Desta forma Luiz Regis Prado disserta que, para Liszt, a teoria causal-naturalística nada mais, nada menos, decorre da ação, como um movimento corporal, impulso mecânico ou uma inervação muscular, externa, que produz um resultado.¹⁵

Welzel denominou tal teoria como o sistema clássico de Liszt-Beling-Radbruch, que separou em dois segmentos: o “querer interno” do agente; e o outro o “processo causal” visível, isto é, uma conduta corporal do agente em decorrência do efeito ou do resultado.

Mais tarde, conforme diz Paulo César Busato, o próprio Beling começou a admitir o fator vonluntariedade no campo da ação, em que a ausência do movimento do corpo era guiada pela vontade.¹⁶

Assim, tudo começou a girar em torno do nexu de causalidade: vontade, conduta e resultado.

A partir do momento que a conduta passou a ser voluntária, verificou-se que se podia ter domínio sobre o corpo, restringindo-se a um fazer (ação) ou a um não-fazer (omissão).

O que importa para o sistema de Liszt-Beling não é o conteúdo da vontade, e sim a produção do resultado. Por isso o conteúdo é deslocado para a culpabilidade (dolo e culpa), que reprova a conduta do autor por não ter agido de acordo com a ordem jurídica, isto é, a culpa verifica a relação subjetiva ou psicológica entre a ação e o autor.

A crítica que se faz diante dessa teoria, é em relação à omissão, pois como se poderia definir a conduta omissiva? Seria pela realização da ação voluntária produzida pelo corpo, ou negá-la diante de sua existência nos crimes de omissão.

Fábio André Guaragni comenta que se para Liszt, o não-fazer, significava a omissão aos deveres do ordenamento jurídico, não iriam existir pré-deveres no mundo jurídico que partissem da teoria naturalística. A ação que decorre de um fenômeno natural acabaria sendo seria contraditória ao conceito de conduta, ao fundar-se no dever-ser do perfil normativo.¹⁷

2.2.1.2 Teoria Causal-Valorativa

Com influência na fase do neokantismo, teve como origem a escola do sudoeste alemão, pela obra Windelband, Stamler, Rickert e Lask, conforme disserta Paulo César Busato.¹⁸

Um dos precursores mais importantes dessa teoria foi E. Mezger e W. Sauer.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 12-13.

¹⁶ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 07.

¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p.

¹⁸ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 09.

Ela trouxe como base a filosofia dos valores, passando a valorar a conduta como uma atuação de vontade no mundo exterior.

Nessa teoria a conduta deixou de ser apenas a realização típica do mundo exterior produtora de resultados.

Posteriormente apareceu como uma opinião isolada a de Radbruch, em que o conceito de ação perdeu importância, passando a dar-se mais ênfase a realização do tipo.

Essa nova concepção acarretou várias consequências, como as do conceito de crime, em que o delito era a ação tipicamente antijurídica (o denominado injusto).

Também apresentou como resultados a retirada do conceito formal de antijuridicidade, protegendo bens jurídicos, buscando a reprovabilidade normativa, e diferenciando a culpabilidade do injusto.

Tornou desvinculada a consciência do sujeito do crime sobre o seu respeito e conteúdo. Fez com que pouco se importasse a consciência com o seu próprio querer.

Pela “nova” teoria, passou-se a verificar primeiramente a antijuridicidade e depois a tipicidade do delito. Tornou-se a ação como uma causalidade que devia ser relevante, assim como para com o resultado.

2.2.2 Teoria Finalista da Ação

Luiz Regis Prado disserta que a teoria finalista veio para se opor ao critério utilizado pela causal, que separava a vontade e o conteúdo da ação.¹⁹

A ação humana passou a consistir em um exercício de uma atividade finalista. O homem se baseou no saber causal. Passou a prever psicicamente dentro dos seus limites a possibilidade das consequências de seus atos, conforme a busca de seu objetivo previamente determinado.

Assim, podendo antecipar as consequências, juntamente com a seleção de meios, considerando seu efeito, poderia prever o resultado final do esperado.

A vontade finalista, consciência do fim e querer do agente, dirigiam o processo causal externo, convertendo-se em um fim.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 318.

Contudo, perante esse conceito de ação, pode-se selecionar comportamentos humanos de capacidade valorativa jurídico-penal, passando o conceito a ser mais axiológico (ciência dos valores) do que ontológico (ciência do ser).

Por esse conceito, Luiz Regis Prado diz que, o homem passou a seguir as seguintes etapas:

- 1) Subjetiva: esfera intelectiva ou pensamento
 - a) antecipação do fim esperado (o pretendido);
 - b) seleção dos meios para a execução do fim (meios de execução);
 - c) visualização dos efeitos relacionados ao uso dos meios e o fim a ser alcançando (conseqüências);
- 2) Objetiva: ocorre na realidade, a experiência.²⁰

Tais etapas ocorrem dentro do conteúdo da vontade, ou do querer do agente, e do fator causal.

2.2.3 Teoria Social da Ação

Afirma Luis Régis Prado que a teoria social teve sua origem com Eb. Schimidt, na década de 30. Definia-se a conduta como um fenômeno social. Era a manifestação externa da vontade que deveria ter relevante valor social – método neokantiano, que se baseava em valores.²¹

Francisco de Assis Toledo cita que tal teoria define a ação como o comportamento humano socialmente relevante que:

... a resposta do homem a exigências situacionais, por meio da concretização da possibilidade da reação que lhe é ensejada pela sua liberdade. Assim ... o comportamento pode consistir no exercício de uma atividade finalista (finalidade), como pode restringir-se à causação de efeitos domináveis pelo homem (causalidade); finalmente, pode manifestar-se pela simples inatividade diante de uma determinada ação que se espera. Nessa linha socialmente relevante.²²

Por essa teoria verificava-se que o fator mais importante era a sociedade – conceito que valora a ação vinda da sociedade.

²⁰ Idem. p. 319.

²¹ Idem. p. 317.

²² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 104.

Deste modo, só teria relevância a ação se afetasse um indivíduo da sociedade, que de acordo com suas ambições e desejos acabariam por trazer dentro do fenômeno social um juízo de valor, buscando-se consigo um conceito normativo.

Aquilo que é reprovável pela sociedade é o que se tornaria relevante para o fazer ou para o não fazer (a omissão humana).

São todos os padrões axiológicos de uma determinada época.

Assim comenta Rogério Grecco, quando interpreta a ação como sendo o fator que estrutura o sentido da realidade social, engloba vários fatores sociais, como os pessoais, finais, causais e normativos.²³

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a ação é qualquer ato proibido pelo âmbito penal. Mas não são consideradas as simples ações de escovar os dentes ou barbear-se. Estas são ações que não passam da pessoa do indivíduo. São aquelas que se inserem na sociedade, perturbam a ordem e transcendem a terceiros, fazendo parte da interação da humanidade.²⁴

Além disso, comenta-se que a teoria social reuniu parcelas da teoria causal e finalista, porém deixou de apresentar a estrutura sistemática do delito. Trata-se de um conceito abstrato e muito amplo de ação, passando a englobar as formas de conduta dolosa, culposa e omissiva.

A crítica que se faz é que se esquece que as condutas individuais que o Direito Penal não pode punir, também são ações. Além do que a lesividade social, em uma sociedade pluralista, seria difícil de dizer o que poderia ser excessivamente perigoso e proibido, ilícito.

Como salienta novamente Eugenio Raúl Zaffaroni: “Implica um sociologismo demasiadamente apressado, cujas conseqüências são imprevisíveis”.²⁵

2.2.4 Teoria Teológica ou Funcionalista da Ação

2.2.4.1 O Pensamento Funcionalista

Conforme Fabio André Guaragni, o funcionalismo surgiu em meados da década de 60, se valendo de uma “renormativização” do pensamento neokantiano.

²³ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 156.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 366.

²⁵ Idem. p. 366.

Passou a abandonar o finalismo e deu continuidade à teoria social.²⁶ Retornou a todos os métodos relativos a valores de relevância sociais, absolutamente contrários à concepção finalista.

Fábio André Guaragni cita Knut Amelung:

... após engajar-se como partidário do pensamento funcionalista – que os penalistas neokantianos tinham na construção de um sistema teológico uma velha aspiração... neste sentido é que Roxin assume sua intenção de elaborar, desenvolver e fazer avançar com um novo conteúdo os pontos de partida neokantianos (e neohegelianos).²⁷

O funcionalismo também assegurou as pretensões normativas do papel social de cada indivíduo, criando um sistema mais estável e seguro. Deixou o apego ao universo do ser, e ressuscitou a velha concepção de Kant, só que mais aprimorada.

Fábio André Guaragni cita Eugenio Raúl Zaffaroni: “Os humanos atuam funcionalmente à medida que se adaptassem a papéis para obter o sustento do seu equilíbrio: e assim seguiríamos dentro deste círculo”.²⁸

Portanto, para tal teoria, quer-se fazer com que os conceitos atuem não de forma isolada, mas que cumpram suas reais finalidades, como, por exemplo, a do Direito Penal, a finalidade da pena e da política criminal.

2.2.4.1.1 Teoria Personalista da Ação

A teoria personalista da ação, conforme diz o autor Paulo César Busato, defendida inicialmente por Claus Roxin, é toda manifestação exteriorizada da personalidade humana. A relação do “eu” consciente com o mundo exterior, compreende todos os atos anímicos-espirituais.²⁹

Mas para que se possa entender essa teoria primeiramente deve-se saber o que é a personalidade.

²⁶ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p.

²⁷ GUARAGNI, Fábio André cita AMELUNG, Knut. **Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de ROXIN**. El sistema moderno del derecho penal: cuestionones fundamentales. p. 240.

²⁸ GUARAGNI, Fábio André cita ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245.

²⁹ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 141

A personalidade é toda a organização mais ou menos estável do caráter de uma pessoa, duradoura e que acompanha o seu intelecto, temperamento, e estado físico, de acordo a adaptação ao meio em que se exterioriza.

Luiz Regis Prado continua, explicando que, por se tratar da exteriorização da personalidade, não há dificuldades em se demonstrar hipóteses que são produzidos efeitos na esfera corporal ou somática, na parte material, vital, animal do ser humano, sem que seja submetido pelo “eu”.³⁰

Por se tratar de personalidade, essa teoria implica também, o conceito normativo de conduta para demonstrar a sua exteriorização como fator de relevância social, podendo ser revelada como forma de atuação positiva por meio da ação e omissiva por falta de atuação corporal.

A crítica que se faz a essa teoria, por Fábio André Guaragni, é que tais concepções são genéricas, já que as manifestações são basicamente tudo aquilo que de acordo com o consenso geral não aparece como ação.³¹

2.2.4.1.2 Teoria da Evitabilidade Individual

Trata-se de uma teoria extremada, radical, defendida por Günther Jakobs, com um sistema muito diferente da teoria funcionalista anterior – a de Claus Roxin.

Substitui-se a finalidade, atuando a ação como a evitabilidade de um resultado. Isso significa que o resultado danoso poderia ser evitado se houvesse uma motivação dirigida as causações que não seriam produzidas para evitar conseqüências indesejadas.

Nessa teoria o que mais importa é saber como seria possível conseguir evitar determinadas condutas previsíveis, sem qualquer relação entre a vontade e a consciência.

Fábio André Guaragni exemplifica com o caso das telhas nas calçadas:

Se alguém joga telhas de um telhado numa calçada, pode evitar a ação de jogar telhas na calçada. Quando esta consciente disso, basta-lhe omitir o jogar; se não esta consciente da existência da calçada, ou as arremessa sem consciência atual (automatismo), ainda assim pode evitar ação se , suposta uma motivação dominante, reconhecer as características próprias da ação que esta realizando e a omitir... em todos esses casos há ação.³²

³⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 321.

³¹ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 260.

³² Idem. p. 291.

E elucida que, quando se diz que para essa teoria não interessa o conhecimento da norma, não importa se o autor realiza ou não alguma coisa, mas que o seja leal ao direito para fim de evitar o proibido.³³

Desta forma um dos problemas é saber se a conduta poderia ser evitada. Ou ainda se uma norma poderia determinar se o comportamento do agente poderia determinar se ele agiu em desapego à norma ou não.

2.2.4.2 Outras Vertentes do Funcionalismo

2.2.4.2.1 Negação do Conceito Pré-Típico de Conduta

Relatado no livro do doutrinador Fábio André Guaragni, essa teoria nada mais é do que uma nova aplicação ao método neokantiano, o conseqüente do funcionalismo penal.³⁴

Ela nega a autonomia da conduta no conceito analítico de crime. Separa o mundo do ser e do dever-ser. Deixa claro e evidente que somente interessa ao Direito Penal as condutas previstas no tipo. E já que os tipos prevêem várias ações e omissões, elas abarcam diversas formas do comportamento humano.

Roxin, em 1962, retorna, expressando que ao contrário da corrente finalista, a ação teria que ser absorvida dentro do elemento tipo, no conceito analítico de crime.

Tal fato deu lugar a uma nova teoria: “teoria final da tipicidade”. Deixando claro que, como já dito, condutas naturais ou comportamentos humanos não interessam ao Direito Penal, mas sim o que as torna desvaliosas.

Vários autores seguiram Roxin. Assim como relata o autor Fábio André Guaragni, ao citar H. J. Hirsch:

... as normas penais devem sustentar juízos de desvalor social e eticamente fundamentados e que, portanto trata-se unicamente de questionar tipos de circunstâncias, nas quais se baseia o juízo de desvalor jurídico, compõem a específica incorreção do comportamento humano.³⁵

Nesta mesma linha seguiu Hellmuth von Weber, Bustos Ramírez, Marunucci-Dolcini, que diz ser crime o “fato humano antijurídico, culpável e punível”, faz da conduta apenas o

³³ Idem. p. 290.

³⁴ Idem. p. 304.

³⁵ GUARAGNI, Fábio André cita HIRSCH, H. J. **La polémica en torno de la acción de la teoría del injusto em la ciencia penal alemana**. Trad. Carlos J. Suárez Gonzáles. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1993. p. 305.

elemento do fato. E também Fiandaca-Musco assumindo a posição de que a conduta deveria ser absorvida pela tipicidade.

A crítica que faz o autor Fábio André Guaragni, é que:

...não se pode construir um conceito de crime que não tenha objeto, destino ou substrato,... porque funcionalmente de fato existem tarefas que o conceito de ação cumpre como primeiro escalão analítico, como elemento básico, de enlace e limite... o conceito de ação absorvido no tipo, eliminando com isso o sistema tradicional princípio *nullum crimen sine conducta*.³⁶

Isso quer dizer que, como poderá ser analisado o crime, se não houve primeiramente a passagem pelo elemento conduta, já que se trata do primeiro elemento que enlaça o tipo. Se assim fosse, estaria se extinguindo o princípio de que sem conduta não há crime.

2.2.4.2.2 Teoria Negativa da Ação

A teoria negativa da ação teve por fim acabar com o problema entre a ação e a omissão. Passou a abarcar as duas formas de conduta: a ação e a omissão, e explicou-as a partir de uma forma negativa de ação, o omitir.

Partiu-se do princípio da evitabilidade, tendo Herzberg, como um dos pioneiros.

Para ele a ação no Direito Penal é a evitação do evitável em posição de garante.

Segundo o autor Fábio André Guaragni, o garante foi colocado para limitar a teoria, se assim não fosse, se estaria agindo em relação a todos os cursos causais existentes. Isso levaria o Direito Penal a não dar conta de todas as possibilidades de condutas existentes em todo o universo.³⁷

Paulo César Busato complementa que, por essa teoria, se promove uma inversão dos elementos da análise estratificada do crime. E considera que o autor da ação, ao iniciá-la, coloca-se como garantidor e se torna responsável pelo controle do fato, pois decide ele sobre o continuar ou o “contra-impulsionar”, desistindo do resultado pretendido.³⁸

No que tange à responsabilidade de produzir o resultado, fala-se que ela decorre da não evitação, já que quem atua também é garantidor da não existência do resultado.

Refuta-se que tal posição não se relaciona com os bens jurídicos, mas com o dever de “zelar por determinadas fontes de perigo”.³⁹

³⁶ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 307.

³⁷ Idem. p. 308.

³⁸ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 112.

³⁹ Idem. p. 113.

Como a evitação do resultado é quase comum a todos os delitos omissivos, também tentou-se explicar os tipos comissivos.

Hans-Joachim Behrendt, citado por Paulo César Busato, tentou apoiar tal teoria, definindo como a “contracondução omitida” como sendo a omissão. Seria a “não evitação evitável da situação típica”.

Críticas que se faz a essa teoria é em relação à posição de garante que não abarca as omissões próprias.

Nos ensinamentos do doutrinador Fábio André Guaragni, citando o conceito de Herzberg, diz que:

...se o objeto da não-evitação evitável pudesse ser o próprio movimento, crimes comissivos de mera conduta e formais estariam abrigados no conceito; todavia, crimes omissivos próprios – que são de mera conduta – não estariam, portanto implicam ausência de movimento (obviamente, no sentido ordenado pela norma, pois movimento diverso pode haver, conforme a teoria do *aliud agere*, ou agir diverso do devido, bem como à noção de que omitir não é estar parado).⁴⁰

Portanto os crimes omissos próprios, que são os de mera conduta, ou nos que há ausência de movimento, é a simples maneira de estar ou permanecer que constitui o crime, e não a existência da posição de garantidor. Se assim não é vista, não há que falar de evitação do resultado por meio de ação.

2.3 TEORIA DO CONCEITO SIGNIFICATIVO DE AÇÃO

O conceito significativo da ação é uma moderna interpretação sobre a ação, que demonstra uma nova direção para o conceito de conduta.

Conforme o doutrinador Paulo César Busato, o conceito nasceu com Vives Antón, que se baseou em Ludwig Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermans, também alcançando George Fletcher.⁴¹

Essa nova filosofia passou a se preocupar com a interpretação do conceito de ação dentro da ordem social, buscando o subjetivismo individual. Encontrou uma nova idéia de percepção da ação a partir da transmissão do significado que se pode demonstrar.

⁴⁰ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 309

⁴¹ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 152.

Deixou de ser um conceito ontológico (do ser), naturalista e muito menos axiológico (de valores), conforme Paulo César Busato:

... passando a ser uma composição do fato físico (movimento corporal) e outro mental (a volição); deste modo, resultava factível estabelecer uma diferença ontológica entre as ações e os demais fatos, baseada na aportação da mente... a ação passou a ser entendida não como algo que os homens fazem, mas como o significado do que fazem;... como um sentido.⁴²

Assim sendo, a percepção do sentido da ação não provém da realidade do sujeito (condição interna), nem do objeto (interna), mas do inter-relacionamento dos dois elementos. Enfim a percepção é um sentido.

Conseqüentemente, o conceito significativo de ação passou a se identificar com a interpretação social. Deixou-se de falar sobre aquele que atua, mas sim sobre a idéia que a conduta transmite.

A ação passou a ser vista no contexto a que ocorre. Visto que a determinação da ação não depende unicamente da intenção, mas da sociedade, onde é extraído o seu sentido e significado.

Somente seria possível se dizer ação, aos agentes que pudessem ter capacidade de formular e expressar intenções, dando a ela o verdadeiro significado social.

Para o autor Paulo César Busato, não resta dúvidas que a ação tem uma finalidade específica, mas que este fim não seja a determinação da realização da ação e que essa ação deva ser conectada a valores normativos.⁴³

O conceito significativo de ação passou a se basear na comunicação da ação, formando um processo cooperativo de interpretações que envolvem participantes nesse contexto.

A ação acaba por ser percebida, mas não se determina. É um fenômeno que se relaciona com a comunicação, entre o sujeito e o meio em que ele vive, adotando a interpretação dessa inter-relação.

Novamente o mesmo autor acima citado, diz que:

Nem todas as condutas são vistas como guiadas por intenções. Algumas ações são vistas como causadas por acontecimentos, á margem do que o autor pretendia. A resposta dos demais a uma ação depende de se a consideram causada ou intencional.⁴⁴

⁴² Idem. p. 156.

⁴³ Idem. p.159.

⁴⁴ Idem. p. 161.

Assim, por meio de um movimento corporal exteriorizado que se muda o mundo. Mas pode-se pelo conceito significativo de ação distinguir o movimento que modifica o mundo, do que movimento que se realiza e põe-se de significado.

Novamente o mesmo autor anteriormente citado diz que:

Evidentemente é distinto o movimento físico em si de estender a mão para cima e este mesmo movimento realizado por um guarda de trânsito ordenando que o fluxo de tráfego se detenha. A ação só pode ter sentido jurídico desde que interpretada em conjunto com seu entorno. ... A ação significativa é portanto, resultado da comunicação.⁴⁵

⁴⁵ Idem. p. 162.

3 CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDUTA

3.1 ATOS REFLEXOS

Conforme Luiz Régis Prado, “ato reflexo é um movimento de reação a um estímulo interno ou externo do ato fisiológico”. É exemplo a convulsão epilética e a excitação sensitiva (espirro, acesso de tosse).⁴⁶

Damásio E. de Jesus, explica que o ato reflexo “é uma reação automática de ação ou de inibição que ocorre imediatamente após a excitação de um nervo sensitivo”, e exemplifica que se alguém danifica um objeto por um ato reflexo, não cometerá um delito, pois não há conduta, eis que o movimento corporal se realiza sob o estado anímico do agente.⁴⁷

Fábio André Guaragni conceitua como sendo situações que, por parte do cérebro, sofrem estímulos, e em consequência, produzem movimentos que se desencadeiam o sistema nervoso.⁴⁸ Esses estímulos respondem a uma atuação do sistema, que obedece ao comando do cérebro. O cérebro lê e envia uma resposta neuromotora, consistindo num movimento.

Só que nem todo movimento passa pela mediação cerebral, como é o caso dos atos reflexos.

Ainda o mesmo autor: “o exemplo que se dá é do caso do atleta que, sentado à beira do leito hospitalar, estimulado pelo toque com o martelo no joelho, efetuado por um médico, instantaneamente aplica um chute na enfermeira...”.⁴⁹

Continuando, retrata que sobre os atos reflexos há uma divisão na doutrina, entre atos reflexos puros e não puros. Os puros são os não controláveis pelo agente, como por exemplo, vômito e tosse. E os não puros, ou não puramente somáticos, podem ser controlados, para serem evitados se lesivos, como é o sujeito que no volante espanta uma mosca quando pousa levemente no seu nariz.⁵⁰

Paulo César Busato reporta-se à teoria finalista e diz que se inexistente a vontade não há ação⁵¹. Para essa teoria pouco importa se há a possibilidade de haver controle dos movimentos

⁴⁶ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 336.

⁴⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. vol. 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 226.

⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 175.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 228.

reflexos. Se um sujeito podendo antever o resultado de uma lesão que viria a causar e nada faz nada para impedir, chegando ao fim esperado, ocorreu conduta.

O autor cita como exemplo: as correntes elétricas, reações de feridas, espetadas ou queimaduras, inesperadas, eriçamento dos cabelos ou bater de dentes no frio, sudorese e outras reações fisiológicas.

Günther Jakobs, citado por Paulo César Busato, ainda comenta sobre os impulsos que dever-se-ia se refletir sobre até quando seriam neutralizáveis motivadamente?!

No ponto de vista normativo, seria até possível por meio da motivação, derivada da omissão contrariar o impulso. É o exemplo do apertar de dentes quando está frio.⁵²

Para a teoria social, comenta Hans-Heinrich Jescheck, que o mais importante é em relação à ausência de relevância social dos movimentos corporais reflexos, pois não serão considerados como conduta se eles não forem domináveis pela vontade.

Para o conceito significativo de ação, de acordo com Paulo César Busato:

... o comportamento daquele que sofre descarga elétrica é capaz de aportar uma expressão de sentido de ataque a bens jurídicos... O que desde logo se conclui é que se trata de um acidente... Constatado que o contato com a energia elétrica ocorreu de modo totalmente involuntário em uma situação imprevista em que o sujeito nem mesmo tinha conhecimento da possibilidade de ocorrência do evento, este fato deixa de ser considerado ação para efeitos jurídicos. ... Pelo contrário, se o sujeito que realiza a ação é um engenheiro elétrico que tem conhecimento a respeito de que a carga de energia que transmite um determinado cabo não é letal,... e propõe-se valer-se deste efeito para golpear um colega, a situação é distinta.⁵³

Logo, se os movimentos reflexos voluntários, que serve de exemplo os ataques epiléticos, não expressam intenção, não detêm comunicação alguma, sequer possuem intenção do agente, não há que se falar em conduta.

3.1.1 Ações Automáticas

Fábio André Guaragni aponta que há uma grande discussão na doutrina sobre as ações automáticas, e define-as como atos de prévio conhecimento de quem o realiza, sem ter a existência da consciência. Tais ações também são voluntárias e rápidas.

⁵² BUSATO, Paulo César cita JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luiz Callegari, da versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 229.

⁵³ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 231.

Alega que os automatismos como os casos em que mais repercute no Direito Penal, quando os coloca na mira dos delitos de trânsito. Pois o ato de dirigir é composto por inúmeros automatismos.⁵⁴

Paulo César Busato cita Günther Jakobs, mencionando que “na medida em que o automatismo é neutralizável motivadoramente e não falta tempo necessário para o processo de motivação, trata-se de uma ação”.⁵⁵ Mas acaba reconhecendo que em certos casos, as ações automáticas não designam condutas, pois atuam sem vontade consciente.

Claus Roxin, também citado por Paulo César Busato, dá exemplo das manobras de trânsito, como o uso de embreagem, troca de marcha, o ato de caminhar, que ocorrem muitas vezes inconscientemente.⁵⁶

Mas como explicar se há ou não conduta?

Bom, pelo conceito finalista, Fábio André Guaragni, entende que há nesses casos conduta humana, porque nos automatismos há uma espécie de finalidade inconsciente, que vem à luz da consciência. Mesmo que haja a inconsciência, são ações que dentro delas podem se tornar conscientes.

Explica que tal teoria acaba deixando a desejar nas suas considerações.

A solução que se encontra para a teoria finalista seria guiar a conduta humana a uma finalidade. Contudo, se essa busca do fim se basear na má utilização dos meios, como aquele sujeito que dirige distraído passa no “sinal vermelho” e acaba atropelando uma pessoa, causando-lhe lesões corporais, haverá conduta, e se enquadrará no delito de lesões corporais culposas.⁵⁷

Paulo César Busato conclui que:

Uma vez que o acontecimento global aporte o significado de um ataque a bens jurídicos, por força de uma manifestação externa correspondente à formação e expressão de uma intenção, é possível reconhecer a presença de ação. Caso isso não seja identificado no caso concreto, não se pode falar em tipo de ação.

Deste modo sabe-se que ações rotineiras acontecem automaticamente, fugindo da consciência do ser. Mas somente serão valoradas se forem integradas a uma ação global de conduzir, que serão averiguadas tais manifestações.

Portanto se houver conhecimento do autor, haverá conduta.⁵⁸

⁵⁴ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 181.

⁵⁵ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 234.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César cita ROXIN, Claus. **Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação.** Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Veja, 1986. p. 235.

⁵⁷ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 181– 184.

⁵⁸ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 236.

3.1.2 Movimentos Habituais ou Mecânicos Repetidos:

O doutrinador Fábio André Guaragni reporta-se aos movimentos habituais ou mecânicos repetidos, quando exemplifica os operários que trabalham nas linhas de produção que ao manejar o equipamento denominado esteira rolante, por meio de pedais, deve imobilizá-la durante certo tempo para um engenheiro passar pelo equipamento, mas acabam movendo-a por descuido, causando um acidente.

Desta maneira, os movimentos habituais apesar de serem guiados pela consciência acabam deixando-se levar por alguns minutos de inconsciência – semelhante às ações automotivas.

Mas para se acreditar na existência da conduta parte-se do mesmo entendimento das ações automotivas.

Pela corrente finalista, como dito anteriormente, ou traz a inconsciência ao nível da consciência, ou pela segunda opção e mais aceita, explica-se de modo que se o operário tivesse sido cuidadoso na escolha dos meios de um fazer final (finalidade), que era a fabricação do produto e não desviado de sua atenção, não teria acontecido tal acidente.⁵⁹

3.2 ESTADOS DE INCONSCIÊNCIA

Conforme Luiz Régis Prado, estados de inconsciência são aqueles “atos realizados independente da vontade humana”, tais como sonambulismo, sono profundo, embriaguez letárgica e hipnose profunda.⁶⁰

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a consciência possui vários significados, mas o que interessa para o Direito Penal é o sentido clínico que versa sobre o resultado das atividades mentais, como a reunião de todo o funcionamento da memória, atenção, percepção sensorial, juízo crítico, etc.⁶¹

Sustenta Paulo César Busato, que a maioria da doutrina entende que nos estados de inconsciência não há ação. Na seqüência relata que se o ziguezaguear de um carro, conduzido

⁵⁹ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 184.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 336.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 376.

por um bêbado, seguiria sendo ação. E responde dizendo que somente seria causa de ausência se o condutor não conseguisse mais se estabelecer.⁶²

Para Fábio André Guaragni meras contrações musculares, gesticulações ocorridas em sonhos sob o estado de sonambulismo, há a inconsciência. De mesma maneira acontecem com pessoas em delírio febril, ou com convulsões por simples condição patológica ou aquelas que se debatem em estado de desmaio e coma.⁶³

3.2.1 Particularidades nos Casos de Inconsciência

Eugenio Raúl Zaffaroni glosa sobre a ocorrência da inconsciência nos fatos que não intervêm nos centros superiores do cérebro, ou quando se faz de forma altamente descontínua ou incoerente.

Nesses casos, nem todos são derivados de patologias, havendo dúvida sobre a ausência de conduta. São os estados de hipnose e o sonho fisiológico. Há os casos dos narcóticos, que também serão valorados caso a caso, para ver se no momento em que praticam uma ação estariam completamente inconsciente, e se não se colocaram a esse estado para praticar crimes. Se não se pôs a esse estado, será o caso de perturbação da consciência, que assim sendo inexistirá conduta.⁶⁴

3.2.1.1 A Hipnose

Enrico Altavilla comenta que a hipnose é a determinação de um processo desintegrador da psique. O hipnotizador poderá dominá-la, criando falsas indagações ou potencializando emoções.⁶⁵

Consiste, também, na interrupção de nexos lógicos, associações e perturbações, na recordação do tempo e do espaço, como nas fantasias – produto da imaginação de um estado de sonho.

⁶² BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 237.

⁶³ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 185.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Op. cit. p. 377.

⁶⁵ ALTAVILLA, Enrico. Psicologia judiciária. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981. p. 441.

Os estados de hipnose provocam sérias alterações na consciência do ser humano – é aí que surgem as dúvidas sobre a ausência ou não da consciência.

Quando uma pessoa se submete à hipnose, seus movimentos tornam-se enfraquecidos e inibidos. Somente o hipnotizador é que terá o condão de controlá-los ou não.

O hipnotizador tem o poder, também, de deixar a pessoa em um estado perigoso e sugestivo. Isso ocorre quando, numa falsa confissão, se diz a verdade pela falta de resistência do hipnotizado.

Por isso é que se estabelece que não se deve fazer perguntas sugestivas, pois poderá influenciar as respostas do hipnotizado quando algo lhe for indagado, posto que a hipnose tem tendência a automaticidade da obediência, sem haver o consentimento ou aceitação do hipnotizado. Se essas condições não forem seguidas poderá provocar até alucinações.

O hipnotizado, quando submetido a esse estado, poderá ser levado ao reforçamento ou ao contraste – essas são as duas formas que se sugerem na hipnose. O primeiro se desenvolve pela vontade e consciência do sujeito. No segundo poderá haver resistência, que acabará até por haver o despertar do hipnotizado.

Desta forma, para Enrico Altavilla, o hipnotizador terá que suscitar falsas representações, que “não podendo obter que uma pessoa bem educada se dispa em público, lhe diz: a sua roupa está a arder, livre-se dela, criando a ilusão das chamas e impondo o gesto instintivo de afastá-las”.⁶⁶

Pelo simples estado de sonambulismo, ainda o mesmo autor, diz que o hipnotizador pode determinar que o sujeito se submeta a algo tão forte, que “basta o paciente vê-lo para poder cair naquele estado”. Só hipnotizador hábil, poderá orientar o paciente a realizar qualquer coisa que ele queira, e no sentido que ele deseja.

È por isso que Fábio André Guaragni comenta que há várias discussões sobre o tema da hipnose.

Santiago Mir Puig, citado por Paulo César Busato, se refere a três correntes doutrinárias. A primeira estaria adstrita à Escola de Nancy, que reconhece haver a possibilidade da influência do hipnotizado pelo hipnotizador, caso em que exclui a conduta.

A segunda corrente, balizada pela Escola de Paris, nega a possibilidade apontada acima. A terceira corrente doutrinária diz que a personalidade se condiciona à “capacidade de sugestão no sentido da realização delitiva”.⁶⁷

⁶⁶ Idem. p. 442.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César cita MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 238.

Diego-Manuel Luzón Pena, também citado por Paulo César Busato, alega que “sobre se há ação condicionada às avaliações periciais, rechaçando a ação tão somente mediante a prova técnica de que ao ficar nenhuma consciência ao hipnotizado no momento de sua realização”.⁶⁸

Fábio André Guaragni entende que a posição mais correta seria a de que inexistente estado de inconsciência na hipnose. Complementa que, apesar disso, há a possibilidade de o hipnotizador dominar completamente o hipnotizado, chegando próximo de uma força física irresistível.⁶⁹

O mesmo autor relata que, para alguns doutrinadores, a posição é diferente. Coloca-se a frente disso, o fato de que aquele que é hipnotizado jamais praticaria algo contrário a sua índole (direito penal de autor). Mas não se sabe ao certo se mesmo não tendo um caráter violento, poderia quebrar essa barreira da hipnose e praticar um homicídio, por exemplo.⁷⁰

O doutrinador continua, e diz que os critérios para verificar se há ou não conduta deve ser estabelecida pelo:

... controle do curso causal etc. – devem dizer respeito ao ato que, em si, sofre análise. Neste aspecto, a hipnose caracteriza-se por adaptação ao mundo circundante, havendo um fazer guiado por um fim, e, pois conduta. Não se pode falar de inconsciência se os atos praticados neste estado são, inclusive, objeto de registro mnemônico (daí o expediente da hipnose forense). A liberdade de escolha do fim é problema a ser discutido na culpabilidade, já que o grau de domínio do hipnotizador sobre o hipnotizado pode tolhê-lo quanto à capacidade de agir de acordo com a norma.⁷¹

Paulo César Busato afirma que os defensores da teoria finalista tentam explicar a ausência de conduta na hipnose por meio da ausência de vontade. E sustenta que no conceito significativo da ação:

... se valor globalmente a atuação segundo todas suas circunstâncias e a identificação da ação coincide com que se possa captar no ato realizado inconscientemente m sentido de ataque a bens jurídicos. ... a relação do agente com seu entorno não transmite nunca um tal sentido, não há ação. ... No âmbito do conceito significativo importa a percepção da relação daquele que atua com seu entorno.⁷²

Enrico Altavilla afirma que, pelo fato de haverem tantas discussões a respeito da hipnose, a única maneira de ser utilizada a hipnose no judiciário seria no âmbito da

⁶⁸ BUSATO, Paulo César cita LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Derecho penal de la circulación**. 2. ed. ampl. e atual. Barcelona: PPU, 1990.

⁶⁹ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 187.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 239.

psicanálise “para arrancar ao subconsciente a recordação de um gesto realizado em estado de ausência”.⁷³

3.2.1.2 A Embriaguez

Hipótese abrangida por Fábio André Guaragni, a embriaguez é a derivação de todas as substâncias do álcool.

Tal fato pode levar à ausência de conduta se chegar ao seu estado chamado de comatoso (embriaguez letárgica ou terceira fase ou embriaguez completa). Nos casos de embriaguez de primeiro grau (fase de euforia), ou completa de segunda fase (fase depressiva), o sujeito ainda possui certo controle causal, perdendo-se um pouco quanto à sua direção.

Todavia, a única forma de se avaliar a existência ou não da conduta será no âmbito do caso concreto. Nesses casos deverá ser avaliado se no momento do fato o agente estava absolutamente “tolhida a dirigibilidade do curso causal,... sendo possível esta governabilidade”.⁷⁴ – estando os dois elementos presentes, há conduta.

3.2.1.3 A Inconsciência Pré-Ordenada ou Involuntariedade Procurada

A inconsciência pré-ordenada ocorre quando um sujeito, querendo praticar um ato lesivo, por qualquer motivo não consegue realizá-lo ou algo que não queira fazê-lo conscientemente, acaba se submetendo a um estado prévio de inconsciência.

Explana Eugenio Raúl Zaffaroni, que esse é aquele indivíduo que procura por um estado de incapacidade psíquica, para realizar uma conduta, que poderá vir a ser típica dependendo das circunstâncias postas.⁷⁵

O exemplo que Fábio André Guaragni fornece, é o da mãe que não tem coragem de matar o filho, mas dorme junto dele, esperando que inconscientemente acabe sufocando-o. Se o matar será processada por homicídio, mesmo que no exato momento da morte estivesse sem conduta.

⁷³ ALTAVILLA, Enrico. Op. cit. p. 443.

⁷⁴ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 188.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 377.

Assim o autor faz menção à teoria da *actio libera in causa*, em que se verifica o conhecimento e da vontade (dolo) no início do elo causal (caso que a mãe decide em ir dormir para conseguir matar o filho).⁷⁶

Eugenio Raúl Zaffaroni interpreta que, nesses casos, a conduta de procurar estar em fase de incapacidade é causa direta do resultado lesivo, pois o sujeito com o auxílio “de seu corpo como se fosse uma máquina, pôs-se a isso. As soluções são as mesmas para casos de indivíduos que se colocam sob o efeito de uma força física irresistível”.⁷⁷

3.3 FORÇA FÍSICA IRRESISTÍVEL (*VIS ABSOLUTA*):

É força externa irresistível o que obriga e constrange fisicamente alguém a fazer ou deixar de fazer algo que não queira, de forma que perca o domínio de seu próprio corpo.

Eugenio Raúl Zaffaroni aponta:

...aquelas hipóteses em que opera sobre o homem uma força de tal proporção que o faz intervir como uma mera massa mecânica... Exemplos destes acontecimentos são os seguintes: não há delito de dano (art. 163 do CP) quando um indivíduo que está diante de um armário cheio de cristais e porcelanas é empurrado contra ele, quebrando o que ali estava guardado.⁷⁸

Paulo César Busato reporta-se à força física irresistível como sendo “... atos realizados sob a influência de força física contra a qual não se pode resistir não são imputáveis a aquele que atua, por ausência de ação”.⁷⁹

Para o conceito finalista, Fábio André Guaragni diz que não há como se falar em conduta, pois aquele que foi submetido a fazer ou a não fazer algo que não queria, sua conduta não estaria guiada por um fim e nem estaria sob o controle causal da situação. Somente estaria ligado a esse fim aquele que o constrangeu.⁸⁰

Para o conceito significativo de ação, comentado por Paulo César Busato, desconsidera-se também a hipótese de força física irresistível consistir conduta. Nessa teoria a análise é global, pois verifica o ataque aos bens jurídicos.⁸¹

⁷⁶ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 188-189.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 377.

⁷⁸ Idem. p. 372.

⁷⁹ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 240.

⁸⁰ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 173-174.

⁸¹ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 241-242.

Portanto se o ataque é causado por aquele que tem o controle fático do ato, e é ele que se serve do outro como instrumento à lesão desse bem, será esse o que possui conduta e não o coagido.

3.3.1 Coação Moral

Outra coisa que se fala é sobre a coação moral. Nesses casos não há ausência de conduta, uma vez que aquele que é submetido a tal constrangimento tem a opção de agir de forma diferente.

Para Fábio André Guaragni, o que não existe é a liberdade na manifestação da vontade.

A coação moral ainda pode ocorrer mediante violência física. A exemplo do sujeito em que lhe seria arrancado o cabelo se não preenchesse um documento falso.⁸²

Mas Eugenio Raúl Zaffaroni comenta que os casos de coação, tanto moral como física, não são causas que excluem a conduta. Para ele, não se pode confundir a coação física com a coação moral, que excluem a culpabilidade, com a força física irresistível, que excluem a conduta – institutos presentes no art. 22 do Código Penal.⁸³

Isso porque, os casos de coação constituem uma mera limitação da liberdade. Como é o exemplo de um indivíduo que se joga numa piscina para fugir do touro que ameaça-o em vir a sua direção, ou aquele que para desviar o veículo de um caminhão que vem contra si, acaba causando ferimentos em uma pessoa. Nesses casos se dirige a conduta, mas não há a livre motivação da vontade, portanto se há vontade, há conduta. Assim sobre o que se diz, trata-se de causas de ausência de justificação ou de culpabilidade e não de conduta.⁸⁴

3.3.2 Força Física Indireta

Paulo César Busato alega a hipótese da força indireta, que geralmente se aplica a coisas e não a pessoas, dando o exemplo das avarias no sistema de freios de um carro alheio que provoca o atropelamento de um pedestre. Conclui que não há ação, pois o sujeito não expressa nenhuma intenção de atuação, já que isso é fato alheio à sua vontade.⁸⁵

⁸² GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 174.

⁸³ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 dez. 1.940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1.940. Artº. 22.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 373.

⁸⁵ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 243.

3.3.3 Forças Físicas Irresistíveis Decorrentes da Natureza

Fábio André Guaragni comenta sobre as forças físicas irresistíveis decorrentes das forças da natureza, que possuem o mesmo caráter de irresistibilidade. Expõe o exemplo de uma pessoa que é arremessada contra uma vitrine por um vendaval. Caso esse que também se desconsidera a conduta.⁸⁶

3.3.4 Força Física Irresistível “Interna” ou Reflexos Corporais Estritamente Somáticos

Eugenio Raúl Zaffaroni traz em sua obra uma outra hipótese, a força física interna.

Comenta que a força física irresistível é a que elimina a conduta de fora do sujeito, por isso é externa. Diferentemente do que a jurisprudência francesa justifica:

... a jurisprudência francesa fez um uso inadequado da fórmula..., entendendo que nela cabiam os estados emocionais, que no CP brasileiro são claramente puníveis (art. 28, inc. I). Não é verdade que dentro desta causa de exclusão da conduta caibam os estados emocionais, é claro, mas tampouco é certo que a força física irresistível, sempre, deva ser uma força exterior.⁸⁷

É certo que dentro da força física irresistível vinda da natureza encontram-se fenômenos que decorrem do próprio corpo, mas que são movimentos incontrolláveis. É o caso dos movimentos reflexos e respiratórios, v.g., rubores na bochecha, batidas do coração e extinto de preservação da espécie, como levar um choque.

3.3.5 Ausência de Conduta na Omissão ou Involuntariedade por Incapacidade de Dirigir Movimentos ou Falta de Ação

Eugenio Raúl Zaffaroni defende que nos casos omissivos não se pratica ação, por falta de capacidade de conduta. É quando aquele que se acha em meio a uma crise de histeria, cai a adrenalina, perde a capacidade de agir, fica paralisado durante certo tempo e deixa de gritar para uma pessoa cega que está atravessando a rua com o sinal aberto; o que fica paralisado

⁸⁶ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 175.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 374.

também por um choque emocional num acidente de trânsito e não pode prestar socorro às pessoas, etc.

Algumas pessoas nem sequer entram nesse estado, outras passam por isso, só que mais rapidamente, outras ficam por muito tempo.

Portanto quando isso ocorre, não há como se exigir que haja conduta.⁸⁸

3.3.6 Comportamentos Impulsivos ou Ações em Curto Circuito

De acordo com Fábio André Guaragni, as ações em curto circuito são fenômenos humanos que acontecem muito rapidamente, são reações que estão ligadas ao indivíduo, sendo elas impulsivas ou explosivas, por efeito a um estímulo qualquer. Ocorrem nas hipóteses:

.....em que o sujeito é movido por violenta emoção, como no caso do sujeito que, cancelando a viagem de rotina para fazer uma romântica surpresa à esposa, surpreende-a nos lençóis com o jardineiro, em pleno ato sexual. A reação violenta, furiosa, de sacar a arma de fogo e atirar repetidas vezes, levada a termo pelo marido traído, muito embora se forme em um átimo, é um fazer guiado por um fim. Evidentemente não há, neste caso, aquele bem planejado passo a passo que caracteriza a antecipação biocibernética do resultado...⁸⁹

Mas resta a dúvida nos casos em que o sujeito se impõe a tal ação, ou impulsividade, de forma voluntária, mesmo que não se permita contramotivação.

Para a teoria finalista aplica-se o mesmo que na inconsciência pré-ordenada ou involuntariedade procurada. Isso porque, se o sujeito se valeu do seu próprio corpo, para, por exemplo, ligar dois fios que fizesse com que ele levasse um choque, eletrificasse-se e acabasse causando lesão ou dano a alguém, há conduta.

Desta forma, Eugenio Raúl Zaffaroni relata que “as soluções são as mesmas que para os casos de indivíduos que se colocam sob o efeito de uma força física irresistível”.⁹⁰

3.4 PROCESSOS DA VIDA PSÍQUICA INTERNA

Os meros processos da vida psíquica interna, como atividades do sistema anímico, ou a psique, não são expressados como manifestações externas de conduta.

⁸⁸ Idem. p. 377.

⁸⁹ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 178-179.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 377.

Paulo César Busato afirma que a doutrina é pacífica no sentido de que não se pode constituir em prática de delito o mero pensamento, ou seja, se exclui a possibilidade de punição das convicções e outros processos psicológicos.⁹¹

Sob o foco do conceito significativo da ação, há concordância com o perfil humanitário referido, desta forma o mesmo autor cita Winfried Hassemer:

O pensamento não é livre apenas pelo fato de que não podemos prendê-lo, mas também porque um Sistema jurídico-penal democrático deve ser entendido como um Direito penal do fato, e com isso se exclui a possibilidade de que e o prognóstico de uma lesão futura o diagnóstico de uma periculosidade atual possa converter-se no único pressuposto da punibilidade.⁹²

3.5 ATUAÇÃO DE ANIMAIS

Concorda Paulo César Busato no sentido de que a doutrina, em geral, nega a existência de ação na atuação de animais, por falta de consciência.

Tal negação não se faz tendo em vista a vontade ou a finalidade, mas no sentido de que nas atuações dos animais não há existência de ataque a bens jurídicos.

Somente será possível exigir o ataque a bens jurídicos daqueles que conseguem reconhecer a existência deles.

Não podendo compreender, os animais estão impedidos de tomar uma decisão, *v. g.*, como se os animais pudessem agir com dolo ou com culpa, pela má escolha dos meios.

Eles não podem ser submetidos às regras comuns que determinam sentidos numa sociedade, pois são incapazes de identificá-las.

Para que haja a possibilidade de se falar em ação é necessário que no mínimo se tenha capacidade de demonstração de intenções, e que haja compreensão dos efeitos que delas podem decorrer. Se os animais não conseguem mostrar suas intenções, e nem conseguem compreender o significado social disso, não se poderá falar em existência de ação ou omissão por parte deles.⁹³

⁹¹ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 225.

⁹² BUSATO, Paulo César cita HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 227.

⁹³ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 225.

3.6 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDUTA

Esclarece Eugenio Raúl Zaffaroni, que a ausência de conduta traz efeitos práticos e imediatos:

- a) sem conduta não há crime (*nullum crimen sine conducta*);
- b) quem se vale de interposta pessoa que não tem conduta para cometer o crime, quando esta não tem conduta, é autor direto do crime não mediato;
- c) não se pode alegar legítima defesa de manifestação corporal de quem não tem conduta. O exemplo que se dá, é do sonâmbulo que agride uma pessoa. O agredido age em estado de necessidade e não em legítima defesa, pois afasta agressão atual;
- d) não pode ser partícipe de quem não realiza conduta;
- e) nos tipos de pluralidade de sujeitos não é computada a pessoa que não tem conduta.⁹⁴

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 377-378.

4 A IMPORTÂNCIA DAS CAUSAS DE AUSÊNCIA DE CONDUTA COMO FATOR INICIAL NA ANÁLISE DO CRIME

4.1 CONCEITO DE CRIME

4.1.1 Conceito Formal de Crime

Tal conceito nada mais é do que uma conduta proibida por lei, mediante ameaça de uma pena – enfoque no texto da lei.

E para isso ser verificado, Damásio E. de Jesus interpreta que deve-se primeiramente analisar a existência de uma conduta humana. E depois se essa conduta é comissiva ou omissiva, pois nem todo comportamento humano é uma infração penal, eis que o princípio da legalidade somente pune os comandos proibitivos da lei.

Mas além de haver conduta, deve-se ponderar que o fato em que ela ocorreu deva ser típico, e também se é contrário ao ordenamento jurídico (antijurídico) para que exista crime.

De tal modo, as características do crime, sob conceito formal configuram-se em:

- a) fato típico;
- b) antijuridicidade.

Ainda dentro do fato típico, também se encontra a conduta humana dolosa ou culposa, o resultado (exceto nos crimes de mera conduta), nexos de causalidade entre a conduta e o resultado (exceto os crimes de mera conduta), enquadramento material (conduta, resultado e nexos) a uma norma penal incriminadora.⁹⁵

Por conseguinte, o doutrinador considera que:

O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos.⁹⁶ (p. 153)

4.1.2 Conceito Material de Crime

Conceitua-se crime como sendo o desvalor de uma conduta social, face o bem penalmente tutelado.

⁹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. vol. 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152-154.

⁹⁶ Idem. p. 153.

O conceito material de crime, para Fábio Bittencourt da Rosa, é pré-jurídico, vez que se traduz em uma conduta que implica em desordem social. Sendo o comportamento danoso, já se demonstra lesão a bens jurídicos da vida.

Assim se expressa o autor:

A cultura de uma sociedade, sem dúvida, estrutura-se nos valores por ela eleitos e que dão a razão de ser das reações na vida... Tais valores, por seu lado, moldam as normas de convivência que as expressam, em geral, por preceitos escritos.⁹⁷

Logo, tal definição surge antes da violação da lei proibitiva. Inicialmente, um comportamento lesivo fere os valores sociais e os bens da vida. Secundariamente, viria a norma para tutelar os sujeitos assim lesionados, e seus bens.

4.1.3 Conceito Estratificado ou Analítico de Crime

O conceito estratificado ou analítico de crime é elucidado por Eugenio Raúl Zaffaroni como sendo uma seqüência analítica de passos sucessivos.

Exemplifica que:

Quando queremos averiguar se o que temos diante de nós é uma zebra, antes devemos dispor do conceito geral de zebra, isto é, do conjunto de caracteres que deve ser um ente para ser qualificado de “zebra”. Supondo que este conceito geral é um animal e, só no caso de uma resposta afirmativa, nos perguntamos se seu pêlo apresenta listras de cor mais escura. Não frá sentido que nos perguntemos se um pato (que não responde ao conceito de cavalo) ou uma pedra (que não responde ao conceito de animal), tem pêlo com listras de cor mais escura. As perguntas surgiram em uma certa ordem a partir de um conceito “estratificado”, isto é, de um conceito de “zebra” que tem estratos; que corresponde a um caráter genérico (“animal”) e outros estratos que correspondem a caráter específico (“cavalo” e “listrado”).⁹⁸

Mas porque é denominado esse conceito como estratificado? O autor diz que tal terminologia vem da geologia. Estrato quer dizer “camadas minerais de densidade uniforme que constituem os terrenos sedimentários”.⁹⁹

⁹⁷ ROSA, Fábio Bittencourt da. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 63.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 332.

⁹⁹ Idem. p. 333.

Eugenio Raúl Zaffaroni diz em relação ao conceito analítico de crime: “são suas características analiticamente obtidas, formando diversos planos, níveis ou estratos conceituais, mas o delito é uma unidade e não uma soma de componentes”.¹⁰⁰

Na verdade o que interessa para conceitos práticos são os elementos necessários que deva ter uma conduta para ser considerada como delito punível.

Desta forma, para se analisar se há crime, se verifica a existência de conduta, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

4.2 ELEMENTOS DO CONCEITO ESTRATIFICADO DE CRIME

4.2.1 Elemento Conduta

Já conceituada no “item 2”. Constitui o elemento inicial do conceito de crime.

4.2.2 Elemento Tipicidade

4.2.2.1 Tipo Penal

Eugenio Raúl Zaffaroni diz que tipo penal é:

...um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).¹⁰¹

Francisco de Assis Toledo assimila que: “tipo é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida”.¹⁰²

Eugenio Raúl Zaffaroni alude que o tipo pertence à lei, como nos tipos penais da parte geral e especial do Código Penal e nas leis especiais. Considerando que o tipo é uma fórmula legal, que serve para individualizar as condutas que são proibidas por lei.¹⁰³

¹⁰⁰ Idem. p. 334.

¹⁰¹ Idem. p. 381.

¹⁰² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 84.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 381.

Ainda faz-se necessário dizer que o tipo é essencial para averiguação dos elementos da antijuridicidade e a culpabilidade, pois sem o tipo não há como se seguir adiante no conceito de crime.

Francisco de Assis Toledo ainda se reporta sobre a existência dos tipos incriminadores, que descrevem a conduta proibida, e os permissivos ou justificadores, que se referem às condutas permissivas.

4.2.2.2 Tipo e Tipicidade

O tipo não pode ser confundido com a tipicidade, pois são coisas distintas. Isso porque o tipo é uma norma descritiva constante na lei, e a tipicidade é o segundo elemento de averiguação do crime que pertence à conduta.

Francisco de Assis Toledo narra que a “tipicidade é a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime”.¹⁰⁴

Eugenio Raúl Zaffaroni aponta que tipo é a fórmula que descreve a conduta de “matar alguém”, e a tipicidade é a característica da subsunção do tipo. É exemplo do sujeito que mata alguém com o disparo de cinco tiros causando-lhe a morte. Portanto essa conduta é típica, já que possui as especificidades da tipicidade.¹⁰⁵

As causas que excluem a tipicidade são: o princípio da insignificância, o da adequação social e o erro de tipo.

4.2.3 Elemento Antijuridicidade

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, a antijuridicidade ou ilicitude não surge do Direito Penal, mas provém de toda a ordem jurídica.

Aquilo que é contrário a norma pode ser paralisado por uma permissão que é capaz de aparecer em qualquer área do direito.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 84.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 382.

¹⁰⁶ Idem. p. 487.

Para o autor acima referido: “a antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.”¹⁰⁷

Francisco de Assis Toledo entende que a ilicitude é “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão a um bem jurídico tutelado”.¹⁰⁸

Portanto a única forma de ser constatada a antijuridicidade, dentro da conduta típica, é olhar para toda a ordem jurídica e conferir se não existem causas que justifiquem o crime (causas de justificação ou preceito permissivo).

São causas de exclusão da antijuridicidade as hipóteses previstas no art. 23 e seguintes do Código Penal:¹⁰⁹ legítima defesa, estrito cumprimento do dever do dever legal, estado de necessidade, e perdão do ofendido nos casos de ação penal privada.

4.2.4 Elemento Culpabilidade

Conforme Francisco de Assis Toledo, culpabilidade é o quarto elemento do conceito de crime (*nullun crimen sine culpa* – sem culpabilidade não há crime).

O conceito de culpabilidade é um dos conceitos mais debatidos em toda teoria do delito.

Para se entender tal conceito faz-se necessário pensar na culpabilidade como um juízo de reprovação que se apóia em culturas ou crenças sociais. Com ela, se faz necessário exigir do homem certas atitudes que se forem contrárias a ordem normativa poderão constituir crimes, ou seja, o juízo de reprovação cairá nele se no momento que era possível evitar, ou agir de outro modo, não o fez.¹¹⁰

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a culpabilidade é um conceito normativo, que significa “... a reprovabilidade do injusto ao autor”.¹¹¹

Logo, culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor do fato, que somada ao injusto forma o crime.

E o que seria o injusto? O injusto é a conduta típica e antijurídica.

¹⁰⁷ Idem. p. 488.

¹⁰⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 85.

¹⁰⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 dez. 1.940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1.940. Artº. 23 e seguintes.

¹¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 86-87.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 519.

Todavia, para que se forme o crime, a partir do conceito de culpabilidade, deve-se verificar a existência dos elementos que a pertencem, que são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito.

E o que é imputabilidade? É a capacidade de culpa. O imputável tem a maturidade compatível, de acordo com a lei, de 18 anos de idade (art. 27 do Código Penal).¹¹² E a sanidade? Quer dizer que no momento da ação ou da omissão ele era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se segundo esse entendimento (art. 26 do Código Penal).¹¹³

Melhor dizendo, imputabilidade é a capacidade que o indivíduo tem de compreender a ilicitude do seu ato e de livremente querer praticá-lo.¹¹⁴

E o potencial conhecimento da ilicitude? É uma consciência possível da ilicitude, devendo ser presente e concreta. Deve-se entender se aquilo é ilícito.

E a exigibilidade de conduta conforme o direito? É aquilo que se é estabelecido pelo indivíduo que não seja contrário ao ordenamento jurídico.

Irvin Nagima aponta que “a exigibilidade da conduta conforme o direito (ou diversa) pode ser definida, pois, como a possibilidade, adotada pelo autor, de agir nos ditames do ordenamento jurídico, isto vale dizer que poderia ter atuado de maneira diversa da pretendida”.¹¹⁵

Exclui a culpabilidade: a inimputabilidade pela menoridade (menor de 18 anos de idade), pela doença mental completa, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e a embriaguez completa ou fortuita; o não potencial conhecimento da ilicitude pelo fato; e a inexigibilidade de conduta diversa.

4.3 DA IMPORTÂNCIA

A razão que se encontra para a existência de conduta no Direito Penal é amparada pelo princípio do *nullum crimen sine conducta*, ou seja, sem crime não há conduta – compreendida pela ação e a omissão.

¹¹² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 dez. 1.940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1.940. Artº. 27.

¹¹³ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 dez. 1.940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1.940. Artº. 26.

¹¹⁴ BELLAN, Rosana Aparecida. **Culpabilidade**. Santa Catarina, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=10680>>. Acesso em: 08 set. 2007.

¹¹⁵ NAGIMA, Irving. **Exigibilidade de conduta conforme o direito**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/190307.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2007.

Desta forma Eugenio Raúl Zaffaroni elucida que:

A conduta, como caráter genérico do delito, cumpre função de alicerce dentro de sua estrutura teórica, a qual levada à análise dos casos particulares traduz-se em uma função de seleção prévia. Assim, através dela, desde o começo da análise são descartados alguns fatos que não são conduta, e por cuja tipicidade resultaria absurdo interrogar-se, já que se sabe que o tipo traduz uma proibição e o direito só pode proibir condutas.¹¹⁶

Por isso, torna-se relevante estudar primeiro a conduta e depois as suas causas de ausência, já que serve de alicerce para a análise dos delitos penais. Ela incide como primeiro filtro na teoria estratificada ou analítica de crime.

Mas o que quer dizer com primeiro filtro? É um primeiro passo a se considerar no conceito analítico de crime, pois dentro da definição de que se tem, separam-se acontecimentos que não propiciam o mínimo exigido para se existir um crime.

Portanto, é de suma importância se verificar a existência do elemento mínimo que configura as ações ou omissões estabelecidas pelo comportamento humano, porque somente aquelas que sejam relevantes é que interessarão ao Direito Penal.

Contudo sabe-se que não basta apenas a conduta, existem outros elementos necessários para se verificar a existência do crime. Isso significa que são utilizados outros meios que servem de filtragens na análise do crime.

Fábio André Guaragni comenta que é um “autêntico método de trabalho consistente na apreciação escalonada dos elementos do crime”. Primeiramente passa-se pela conduta, depois pela tipicidade, antijuridicidade e por último a culpabilidade.

Cada momento que constitui na definição do crime deve ser visto por “etapas isoladas” e quando verificado esse fenômeno é que se poderá passar por uma nova fase seguinte até chegar ao final, para que se revele o crime.¹¹⁷

Continuando, o mesmo autor defende que é tal a importância ao elemento conduta, que aflige também o trabalho do legislador que:

...ao elaborar uma *novatio legis* incriminadora, tem diante de si um limite intransponível, porquanto só poderá descrever *in thesi* uma conduta humana tomando por base a estrutura conceitual que lhe seja dada (ou seja, a concepção do injusto jurídico-penal, que, agregado a culpabilidade do agente, conforma os requisitos essenciais do crime).¹¹⁸

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 371.

¹¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 28.

¹¹⁸ Idem. p. 29.

Desta forma, o Poder Legislativo também é parte de todo esse trabalho de análise da conduta. Porque antes de elaborar uma lei em tese, deve primeiramente saber o conceito de conduta, sua estrutura e suas teorias, para juntamente com a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade estabelecer a descrição dos crimes.

Além disso, também cabe ao intérprete, para a correta aplicação da lei, e agilidade com a justiça e bom senso, saber conhecer e afastar a conduta, e os outros elementos do crime.

Fábio André Guaragni complementa que o conceito de conduta no Direito Penal:

... acaba por tocar, em favor do indivíduo, seu âmbito de liberdade, á medida que fixa uma barreira a mais par ao exercício do *jus puniendi* estatal, erigindo mesmo verdadeiro pressuposto para um direito penal democrático garantista, contribuindo para não superdimensionar o poder punitivo do sistema penal. ... sobre a tríade de destinatários, o legislador, o interprete... e o cidadão, espraia efeitos uma definição de conduta humana previa à tipicidade, o que demonstra de logo o seu valor conceitual e justifica sua colocação destacada – dentro da teoria do crime – como primeiro escalão ou estrato analítico.¹¹⁹

Destarte, não se pode negar a sua existência, pois com ela podemos retirar todas aquelas condutas humanas que desinteressam para o Direito Penal.

Logo, é também uma maneira de coibir o poder arbitrário estatal, para que desta forma possa ser realizado um Direito Penal mais democrático e justo.

¹¹⁹ Idem. p. 30-31.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição de conduta passou por diversas formulações durante várias décadas e ainda é um tema de profunda discussão.

Dentre as diversas teorias, as mais modernas possuem influência européia.

Apesar de existirem, não há como serem aplicadas, pois no direito brasileiro a teoria apresentada no Código Penal é ainda a finalista.

Mesmo que se diga que ao código se aplica a teoria finalista, não é em sua totalidade. Existem alguns artigos, que se utilizam da teoria causal, como o artigo 59 que fala sobre as circunstâncias judiciais da aplicação da pena.

Nesse artigo verifica-se o direito penal de autor, ao se examinar a personalidade do agente, por exemplo, qual seria a causa que o levou a praticar aquele efeito, ou seja, o crime que cometeu sobre esse efeito, seria sua personalidade voltada para o crime?!

Por tanto, não se pode fugir dessa razão.

Mas além do problema sobre a definição do conceito conduta, há sérias controvérsias sobre as causas de ausência de conduta; como a hipnose, os movimentos automáticos, dentre outros. Para alguns autores, aquilo que a ciência não pode explicar não caberá ao Direito Penal entender. Mas como se deveria resolver essa questão?

A melhor maneira que se entende é ver caso a caso. Ver se pode ser compreendida por peritos, técnicos no assunto, para se estabelecer se era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, ou ainda, mesmo que isso aconteça se o agente quis se por a esse estado para ter ânimo de praticar um delito. Nesse caso haveria conduta.

Mas qual a importância da conduta para a análise do crime? Se a conduta é o primeiro elemento que serve como filtro inicial para a estrutura do delito, ela se torna algo mais do que essencial para se verificar a existência ou não do crime.

Se não foi verificada corretamente a sua existência, será imputado a um sujeito um delito injustamente.

Para isso se faz necessário entender primeiramente o que é conduta, para que ela serve, qual sua importância na estrutura do crime, bem como quais são suas causas de ausência.

Depois que os aplicadores do direito, os intérpretes, aos legisladores, utilizem-na corretamente na aplicação da pena, na existência ou não do crime, na descrição do crime e etc. E que possam, desta maneira, retirar do Direito Penal todas as condutas que não o interessem.

Para que desta forma, se realize um Direito Penal mais democrático, algo livre dos abusos arbitrários do poder estatal e justo.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981.

BELLAN, Rosana Aparecida. **Culpabilidade**. Santa Catarina, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=10680>>. Acesso em: 08 set. 2007.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Tavares, Juarez e Prado Luiz Regis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. vol. 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

NAGIMA, Irving. **Exigibilidade de conduta conforme o direito**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/190307.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2007

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Fábio Bittencourt da. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

TOLEDO, Frâncico de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.