

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

RICARDO RODOLFO RIOS BEZERRA

**TEORIAS DO DELITO:
Uma análise crítica da conduta em face da ontologia e deontologia penal.**

**BRASÍLIA
2017**

RICARDO RODOLFO RIOS BEZERRA

TEORIAS DO DELITO:

Uma análise crítica da conduta em face da ontologia e deontologia penal.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal do Instituto de Direito Público (IDP) como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito na área de direito penal e direito processual penal.

Orientador: Flávio Rodrigues Calil Daher

BRASÍLIA
2017

RICARDO RODOLFO RIOS BEZERRA

TEORIAS DO DELITO:

Uma análise crítica da conduta em face da ontologia e deontologia penal.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal do Instituto de Direito Público (IDP) como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito na área de direito penal e direito processual penal.

Brasília/DF, ___ de _____ de 2017.

Professor Flávio Rodrigues Calil Daher.
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

TEORIAS DO DELITO:

Uma análise crítica da conduta em face da ontologia e deontologia penal.

Ricardo Rodolfo Rios Bezerra

SUMÁRIO

Introdução; 1. Teorias do Delito; 1.1. Evolução das gramáticas jurídico-penais; 1.2. Teoria Causal-naturalística da Ação ; 1.3. Teoria Neokantista ; 1.4. Teoria Finalista; 1.5 Teoria Social da Ação; 1.6 Teorias Funcionalistas 1.6.1 Teoria funcionalista teleológica 1.6.2 Teoria Funcionalista Sistêmica; 2. Análise Crítica das Teorias em face da Ontologia e Deontologia. Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente trabalho analisa a ontologia, como ciência do ser, e a deontologia, a ciência do dever ser, relativa às ciências sociais, no âmbito das teorias do delito. Para isso, serve-se das teorias do crime e de seus elementos constitutivos dentro da teoria analítica de crime. O trabalho parte da hipótese que a conduta humana tem papel preponderante na estruturação das reconhecidas teorias do crime, que acompanharam a evolução histórica e jurídica do direito penal. A ciência do ser e do dever ser merece análise crítica dentro desse aspecto conjuntural especial. Com base neste marco teórico, o estudo traça uma análise e demonstra como esses elementos valorativos relacionam-se ou não como os conceitos modernos dentro da seara penal.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Crime; Conduta; Ontologia; Deontologia.

ABSTRACT

The present work analyzes the ontology, as the science of being and deontology, the science of the duty to be, relative to the social sciences, in the scope of the theories of crime. In order to do this, it uses theories of crime and its constituent elements in the analytical crime theory. The work starts from the hypothesis that human behavior plays a preponderant role in the structuring of the recognized theories of crime that accompanied the historical and legal evolution of criminal law, the science of being must be critical analysis within this particular conjunctural aspect. Based on this theoretical framework, the study traces a critical analysis and demonstrates how these value elements are related to or not as modern concepts within the criminal justice system

KEYWORDS:

Crime Theory; Conduct; Ontology; Deontology.

INTRODUÇÃO

O delito, como fenômeno, sempre esteve presente no âmbito social e seu progresso acompanhou a evolução humana com o passar do tempo. Seu estudo mostrou-se de tal relevância que seu campo de pesquisa fora subdividido em duas vertentes distintas, a criminologia, tal qual ciência que estuda o crime em sua fenomenologia social, debruçando-se sobre o controle social da criminalidade, bem como na procura de explicações causais para sua ocorrência¹.

Outra vertente é a do direito penal como dogmática, ou seja, o estudo da norma penal como objeto em apartado, interligando o delito e seus elementos às questões relativas ao jus puniendi estatal, e à justiça penal como um todo. E é dentro dessa categoria que encontra-se o estudo da teoria do delito.

Nas exatas palavras de Zaffaroni² a teoria do delito pode ser conceituada como:

a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, que dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito. Essa explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.

Entretanto, para facilitar a análise, tem-se a possibilidade de decompor os elementos estruturais do crime, realizando o estudo das partes que compõe o todo. E nesse sentido, lançando mão do conceito analítico de crime, pode-se conceituar, de maneira genérica, o crime de acordo com seus três elementos estruturais, fato típico, ilícito e culpável.

Analisando mais atentamente o fato típico, entende-se que este substrato se decompõe em quatro outros elementos, a conduta; resultado; nexa causal e a

¹MARINHO, Alexandre Araripe; TAVARES de Freitas, André Guilherme. **Direito Penal, Teoria do Delito**, Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 3

²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General** Manual de derecho penal: parte general. Buenos Aires: Editar, 2006, p.317

tipicidade, sendo a conduta, abarcada como ação e omissão, objeto de análise deste trabalho de maneira mais atenta.

A conduta, como será explicado de maneira pormenorizada posteriormente, tem papel significativo na classificação do crime, sendo por vezes o ponto fulcral do estudo das diversas teorias que buscam satisfazer a conceituação do delito. Ocorre que esta classificação não se mostra pacífica e muito menos inalterável no campo doutrinário.

Ademais, relaciona-se no presente artigo, o conceito de ontologia e deontologia, como as ciências do ser, relativo às ciências naturais e do dever ser, como pressuposto das ciências sociais, e de que maneira essas acepções se relacionaram com as diversas teorias do delitos e especificamente com os conceitos de conduta.

Para tanto pergunta-se, de que maneira se dá a evolução do direito penal, no que tange as distintas teorias do delito. Como se deu a evolução dessas molduras teóricas em face, especialmente da conduta. Como o conceito de conduta fora concebido no seio destes arcabouços teóricos e como se relacionam como ciência, como algo posto ou algo passível de valoração.

Sendo assim, o objetivo geral desse trabalho permeia uma reflexão crítica acerca da conduta inserida nas principais molduras teóricas relativas ao delito como ciência dogmática, bem como suas diversas perspectivas ontologicistas e deontologicistas.

Os objetivos específicos a serem executados durante o trabalho estabelecem:

Analisar a evolução das teorias do delito, ponderando do que forma se deu a evolução da dogmática penal, bem como a concepção embrionária do direito penal como ciência autônoma.

Examinar as diversas teorias do delito, seu viés metodológico, apresentando suas digressões analíticas e seus aspectos mais relevantes, no que tange as mutações conceituais sofridas.

Analisar detidamente o conceito de conduta, sua utilidade como formato prático, assumindo as funções de elemento base, abrangendo o supraconceito de comportamento humano, o elemento de enlace, ancorando os estratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e o elemento-limite, aspecto que exclui irrelevantes ao direito penal.

Destacar a distinção fundamental entre ontologia e deontologia, e como essas abordagens relativas ao direito influenciam na caracterização dos estratos teóricos e da conduta propriamente dita.

A análise dos casos realizada neste estudo, tenta apresentar ao operador do Direito, parâmetros claros e elucidativos quanto à conduta inserida em diferentes contextos teóricos, trazendo a possibilidade de compreensão dos diversos momentos conceituais da conduta em seus mais distintos aspectos.

Uma das hipóteses levantadas, utilizando como instrumento o estudo dogmático, é de que a conduta merece especial atenção por parte do direito penal e deve ser analisada no contexto da teoria do delito, emprestando, quase sempre, uma intensa carga valorativa ao mesmo. Ademais, a ontologia e a deontologia, aspectos pouco estudados no âmbito da teoria do crime, merecem especial relevância pois carregam consigo o pensamento vigente à época das formulações teóricas.

Em suma, o trabalho será desenvolvido a partir da análise doutrinária, adentrando no cerne das teorias abordadas. O primeiro capítulo versa a respeito das bases teóricas e suas evoluções, ressaltando a conduta como núcleo teórico. No segundo capítulo será feito o atrelamento do conceito de conduta com suas acepções ontológicas e deontológicas.

1. TEORIAS DO DELITO

A Teoria do Delito, tal como se apresenta contemporaneamente, investida das mais distintas roupagens, constitui objeto fundamental na dogmática penal. Segundo

o professor Santiago Mir Puig³ “A teoria do delito é obra da doutrina jurídico-penal e constitui a manifestação mais característica e elaborada da dogmática do Direito Penal”, motivo esse que provoca tamanho embate doutrinário no âmbito dogmático-criminal.

O delito, como fenômeno criminal, pode ser avaliado pela perspectiva do fato social, aplicando à ele um ponto de vista criminológico, como também pelo prisma de sua dimensão jurídica, relacionando o crime a partir de suas instituições normativas formais, como bem leciona Paulo César Busato⁴. Contudo, faz-se necessário pontuar que a teoria do delito deve ser encarada sob o ponto de vista instrumental, na busca da compreensão da conceituação, causas e consequências do delito em si.

Segundo Busato⁵, “a teoria do delito é uma rede de conceitos instrumentalizada em torno de identificar o crime como fenômeno, influenciada pela tendência histórico-social de cada momento e local”. Desta forma, teorizar o delito tem como escopo a decomposição do evento delituoso, delimitando seus recortes temporal e espacial exatos permitindo, assim, a incidência da lei penal.

As teorias do delito relacionam-se intrinsecamente com os conceitos de conduta, que figuram em seus modelos adotados, dada a extrema relevância da evolução do conceito doutrinário de conduta. Faz-se imprescindível, realizar a distinção de conduta humana típica e pré-típica⁶, conduta esta que deve ser enquadrada em previsão geral do código criminal, relativo ao agir humano capaz de gerar a incidência de lei penal em sentido amplo.

A função pré-típica da conduta assume três funções primordiais, afigura-se como elemento-base, como conceito-base, podendo abarcar, deste modo, formas variadas de conduta, independente de consideração posterior por parte do legislador como figura típica. Já a segunda função, diz respeito ao liame existente entre esta

³ SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 112

⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 193

⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 194

⁶ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

espécie de conduta e os estratos valorativos seguintes adotados na teoria do crime, tais quais tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A respeito da segunda função, Bittencourt⁷ afirma:

Para desempenhar a função de elemento de união com os demais elementos constitutivos do crime, os conceitos de ação e de omissão devem ser valorativamente neutros, no sentido de não prejudicarem aqueles elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Por fim, como terceira função da conduta pré-típica, apresenta-se o papel limitador, delimitando a incidência da aplicação da lei penal somente aos casos relevantes para o direito penal, excluindo-se portanto casos de mera cogitação ou não-ações, que não se confundem com omissões.

No que tange a teoria do delito, resta claro que sua abordagem, conceituação e caracteres não se mantiveram estáticos, razão pela qual antes de adentrar às teorias propriamente ditas, cabe aqui contextualizar brevemente como se deu a evolução das chamadas "gramáticas jurídico-penais".

1.1 Evolução da gramáticas jurídico-penais

As diversas mutações em relação ao próprio entendimento da dogmática penal imprimiram severas mudanças na concepção de delito, desta feita deve-se seguir o trajeto criado pela evolução do Direito Penal, traçando um breve resumo de seu progresso. O grande marco no desenvolvimento do direito penal se deu no momento de sua pretensa afirmação como ciência autônoma.

Segundo Busato⁸ esta nova classificação pretendida iniciou-se com a influência do iluminismo no campo do saber, mudando largamente a visão do direito penal, que, anteriormente, se restringia ao caráter de merecimento do castigo, aspecto retributivo da pena, e que sofria grande influência das altas instâncias de poder, principalmente do clero, no período medieval até o princípio do período denominado Revolução Industrial.

⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 286.

⁸BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 200

Já no âmbito penal especificamente, em meados do século XIX, houve a passagem do direito naturalístico religioso para o direito natural antropocêntrico, voltado para questões da razão humanística, propiciando um terreno mais fértil e favorável ao desenvolvimento da evolução científica do direito penal. Busato⁹ afirma "Nesse momento histórico, era imperativo o controle dos abusos do Estado, constituindo um direito que formasse uma barreira de proteção dos indivíduos contra a atuação daquele".

Com o paulatino desenvolvimento desse conceito humanístico de Direito, especialmente do Direito Penal, surgem as concepções materiais e formais do delito, vinculadas de maneira irrefutável ao cunho protecionista, surgindo sob o aspecto de delito como mera violação de norma que resguarda direitos dos cidadãos.

O crime como acontecimento empírico seguiu por caminho autônomo, desencadeando em ciência apartada, denominada Criminologia Clássica. Contudo, o estudo jurídico do crime, focado puramente na dogmática encontrou barreiras bem mais inflexíveis, pela dificuldade de adequação metodológica do objeto de estudo.

Nas palavras de Busato¹⁰:

Não causa estranheza a pretensão de levar o direito à categoria de ciência, como modo de salva-lo. Para tal realização, era absolutamente necessário que as ferramentas do jurista correspondessem tanto quanto possível aos padrões científicos da época. O direito precisava livrar-se das referências metafísicas e de adotar conceitos e padrões próprios das ciências da natureza.

Deste cenário, surge o conceito analítico de crime, subdividindo o todo em partes menores com a finalidade de, analisando os elementos menores de maneira conjugada, ajudar no seu estudo e conclusão final da existência ou não do fato considerado delituoso.

Abalizado por todo esse contexto, o final do século XIX apresenta a teoria causal naturalista, também conhecida como teoria clássica, cuja raiz filosófica era o positivismo naturalista.

⁹BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 202

¹⁰BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 205

1.2 Teoria causal-naturalística da ação

Sistema amplamente dominante no início do século XX, pois era fundamentado por meio do empirismo jurídico, considerando o termo como a extração de uma lei geral a partir de seguidas verificações de veracidade por meio experimental, trazendo desse empirismo a relação positiva de causa e efeito das ciências naturais para a classificação do delito.

Os expoentes dessa teoria foram Franz Von Liszt e Ernest Von Beling, tidos como fundadores da escola clássica do delito, como bem lecionam Pacelli e Callegari¹¹.

Conforme digressão analítica:¹²

TEORIA CAUSAL CLÁSSICA OU TEORIA CAUSAL NATURALISTA – SISTEMA LISZT-BELING	
Fato Típico Neutralidade valorativa INJUSTO OBJETIVO CAUSAL	ação/omissão
	-resultado
	-nexo de causalidade
	-tipicidade formal (constitui um indicio da ilicitude – ratio cognoscendi – sob o aspecto formal, sem valoração
Ilícitude (formal)	Reprovação Jurídica recai sobre o ato por ser contrário ao direito
Culpabilidade Teoria Psicológica Relação subjetiva entre autor e o fato, devendo existir entre este e a mente do agente um vínculo psíquico PARTE ANÍMICO-SUBJETIVA	pressuposto: IMPUTABILIDADE Formas: 1) DOLO 2) CULPA

Em termos constitutivos dos elementos que compõe o conceito de delito, o crime é visto como fato típico, ilícito e culpável, sendo a imputabilidade pressuposto da culpabilidade admitido sob duas formas, o dolo e a culpa, e somente serão analisados nesse momento por meio da Teoria Psicológica da Culpabilidade.

Neste modelo, tem-se uma facilitação do trabalho do intérprete, havendo mera subsunção do fato concreto à regra normativa imposta, com o evidente objetivo de

¹¹ PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal**: parte geral/ Eugênio Pacelli, André Callegari – São Paulo: Atlas, 2015

¹² GOMES, Luiz Flávio, **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)**/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 229

“racionalizar a interpretação e a aplicação do Direito Penal, excluindo o acaso e a arbitrariedade, dando base à administração da justiça justa e equitativa”.¹³ Além da adoção, como fora supracitado, de terminologias emprestadas das ciências naturais, tal como o conceito de ação, que será dissecado detalhadamente à posteriori, herdado da física newtoniana e o conceito psicológico da culpabilidade com claras tendências biologicistas¹⁴.

No que tange aos elementos que constituem o conceito de delito, é possível que a teoria que caracteriza o ilícito penal a partir de dois ramos diversos, o elemento objetivo, correspondente ao injusto, e o elemento subjetivo atinente à culpabilidade. Imprescindível ressaltar, ademais, que Beling subdivide o injusto em tipo e antijuridicidade, complementando assim a conceituação teórica do chamado “sistema Liszt-Beling”¹⁵.

O conceito de conduta, ponto referencial sob o qual se fundamenta toda a cadeia sistêmica da imputação, deve ser analisado de modo pormenorizado. Segundo Luiz Regis Prado¹⁶, ação, na concepção causal-naturalística, é o movimento corporal voluntário que figura como causa de um efeito, consistente na modificação do mundo exterior.

O conceito definido de conduta, demonstra *in prima facie*, a exclusão do cometimento de delitos por animais, objetos inanimados e pessoas jurídicas, como também impede que atos de cogitação sejam considerados como infrações penais, decorrente do brocardo *cogitationis poenam nem opatitur*, pois que há necessidade de movimento corpóreo.

Outro ponto sensível é a voluntariedade do movimento, que não se liga ao liame subjetivo, a culpabilidade, e sim ao aspecto objetivo do tipo, fato da liberdade do movimento corpóreo, a ausência de coação (física ou moral), ou como expunha

¹³MUÑOZ, CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975. p. 118 apud BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 207

¹⁴BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 206

¹⁵GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.

¹⁶PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. / Luiz Regis Prado, Erika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho – 13 ed. Rev. Atual. Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Beling a liberdade de enervação muscular. Nesse diapasão, despreza-se a finalidade almejada com o movimento, como explicita Guaragni¹⁷ “na teoria causal-naturalista, somente o movimento corporal precisava ser voluntário. Esta era a exigência, pouco interessando, no estudo da conduta humana, qual a finalidade do agente, a pretensão almejada com o movimento corpóreo”.

Em relação ao termo final da conceituação, a modificação do mundo exterior, esta é a geração de um resultado naturalístico inexorável no mundo exterior, podendo ser de ordem transitória ou permanente.

1.3 Teoria Neokantista

O modelo neokantista, também conhecido como neoclássico para parte da doutrina, ou também causal-valorativo, pelo seu desenvolvimento ter seguido a partir da estrutura construída no causalismo. Como expoentes dessa corrente é possível citar Rudolf Stammler, Lask/Widelband e fundamentada, posteriormente por Radbruch¹⁸ e Edmund Mezger.

Conforme digressão analítica¹⁹:

TEORIA CAUSAL NEOCLÁSSICA DA AÇÃO OU TEORIA NEOKANTISTA – SISTEMA MEZGER-MAYER-FRANK	
Fato Típico Conteúdo valorativo INJUSTO OBJETIVO VALORADO	-ação/omissão
	-resultado
	-nexo de causalidade
Ilicitude (material)	-tipicidade material: análise valorativa do fato e seu enquadramento típico – esfera do dever ser
Culpabilidade	Reprovação Jurídica que recai sobre um fato formalmente contrário da lei penal e danoso para a sociedade
Teoria Psicológico-normativo Juízo de desaprovção jurídica do ato que recai sobre o autor, sendo exigível que o mesmo autasse, de outra forma PARTE ANÍMICO-SUBJETIVA-VALORATIVA	IMPUTABILIDADE DOLO NORMATIVO (consciência da ilicitude) CULPA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 78.

¹⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 61

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio, **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)**/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 229

No que tange a base filosófica, é possível identificar, assim como no causal-naturalismo, uma visão antagônica à metafísica, contudo posicionou-se contra a visão absoluta da ciência, ou seja, apresentou a ruptura do cientificismo positivista. O fenômeno natural não era mais o objeto de estudo dessa ciência, e sim a atividade cognitiva, reflexão crítica acerca da dogmática criminal. Nesse sentido, a descrição por meio de observação, foi obnubilada pela compreensão e valoração, atinentes às ciências sociais.

O aspecto valorativo surge como cerne da nova moldura teórica do neokantismo, segundo Busato²⁰:

Ao lado das ciências naturais foram identificadas as ciências sociais. As primeiras associadas ao ser e as segundas ao dever ser. Dentro das ciências do dever ser estava o direito, que é uma ciência elaborada a partir de uma premissa valorativa, de um querer.

Desta feita, surge um sistema que abandona a simples formalidade, nascendo uma nova perspectiva teleológica, trazendo para os elementos constitutivos das teorias do crime um suporte valorativo cogente.

Na classificação analítica de crime, as estruturas básicas mantiveram-se inalteradas, contudo, todos os elementos foram arraigados com a axiologia naturalística. No que tange a tipicidade, tem-se a figura da tipicidade material, ou seja, analisa-se a esfera valorativa do fato e seu enquadramento típico. Neste ponto específico, imprescindível salientar, também, a adoção dos elementos normativos do tipo, que se operam a partir de um juízo de valor, não existindo, neste momento a mera subsunção do fato à norma, e sim o juízo valorativo e a comparação normativa previamente à justaposição do fato.

A ilicitude também ganha aspectos valorativos, a simples contrariedade do fato com a norma ganha a consideração a respeito da danosidade social da ação delituosa. E por fim a culpabilidade abandona seu caráter puramente psicológico e agrega elementos normativos, adotando-se a Teoria Psicológico-normativa da culpabilidade.

²⁰BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 211

Já o conceito de conduta humana para o neokantismo, pela consequente dissociação das ciências naturais, ganha novas matizes, sendo necessário valorar a conduta humana e não somente observá-la como um fenômeno causal. Nesse sentido, o neokantismo apresenta três modelos de tratamento da conduta humana.

O primeiro modelo tinha como fito retirar a autonomia do elemento conduta da classificação analítica de crime, abolindo, portanto, a conduta pré-típica, devendo, as condutas relevantes serem analisadas no âmbito da tipicidade. Já o segundo modelo, tinha o intento de criar uma conceituação genérica que abarcasse a comissão e omissão, na busca da fuga do caráter ontológico da conduta. Nas palavras de Fábio André Guaragni²¹:

A outra forma de tratar a conduta humana [...] foi construir o conceito mais genérico possível de conduta humana, também desapegado de características fundadas na realidade, de maneira a expressar somente um vocábulo designativo abrangente de comissão e omissão.

O terceiro modelo tinha como condão compreender a conduta humana sob o ponto de vista da atuação do direito penal, voltado às condutas capazes de gerar dano social, tida como ideia embrionária das chamadas teorias sociais da ação, tema que será abordado posteriormente.

1.4 Teoria Finalista da ação

Diferentemente da linha apresentada no neokantismo, que vem como superação teórica do causalismo, o finalismo surge como movimento de negação ao movimento do positivismo jurídico, base fundamental das duas primeiras correntes citadas.

Conforme digressão analítica²²:

²¹ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 107

²² GOMES, Luiz Flávio, Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 230

TEORIA FINALISTA DA AÇÃO – SISTEMA WELZEL-KAUFFMANN	
Fato Típico	- ação/omissão (dolosa – dolo natural/ culposa – previsibilidade objetiva
Atividade Final	- resultado
INJUSTO PESSOAL	-nexo de causalidade
Ilicitude (material)	-tipicidade material: conteúdo baseado na esfera da realidade do ser. Valoração resultante da própria realidade
Culpabilidade	Reprovação Jurídica que recai sobre um fato formalmente contrário da lei penal e danoso para a sociedade
Teoria Normativa Pura	IMPUTABILIDADE
Reprovabilidade pessoal incidente sobre o autor do fato, no sentido de que não deixou de praticar ação ilícita quando lhe era possível nas circunstâncias fazê-lo	POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE (previsibilidade subjetiva do crime culposos)
PARTE VALORATIVA sem conteúdo psicológico	EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

O finalismo teve como seu principal expoente o jusfilósofo alemão Hans Welzel, que teceu severas críticas ao dualismo existente entre o conceito de direito e a ideia de direito. Sua base filosófica remete ao conceito teórico realista, do qual Welzel era adepto, conceito esse que merece menção devido sua especial importância na gênese do conceito finalista da ação.

A teoria realista do conhecimento, segundo Guaragni²³, basea-se na preexistência dos objetos em face das ideias, ou seja, a realidade é tida como estrutura lógico-objetiva prévia aos conceitos relativos ao conhecimento do homem, aplicando-se aqui à toda regulação jurídica. Conceito este, totalmente antagônico ao chamado idealismo, que preordena a ideia, colocando-a como fonte primária das coisas, antes mesmo do objeto, como é o caso do já mencionado conceito dado à conduta, que na visão idealista do neokantismo não possuía conteúdo, somente era utilizada como um artifício da dogmática jurídico-penal neokantiana.

Nas palavras de Mir Puig²⁴:

o ponto de partida do finalismo é a superação do subjetivismo epistemológico característico do neokantismo

²³ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128

²⁴ SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 156

da Escola Sudocidental alemã, através do reconhecimento de que o mundo empírico encontra-se ordenado previamente ao conhecimento humano. Não é o homem, com o uso de suas categorias mentais que determina a ordem do real, senão que ele se encontra diante de uma ordem objetiva que corresponde a certas estruturas lógico-objetivas.

Desta feita, baseando-se no realismo, a teoria finalista, sustentando uma relação entre o ser e o dever ser no ramo do direito²⁵, busca a análise da realidade posta a partir da função deontológica do direito, análise essa que será realizada de maneira mais detida posteriormente.

Como reflexo dessa mudança paradigmática, a conceituação analítica do crime também sofre alterações relevantes, a estrutura tripartida de crime continua vigente, com fato típico, ilicitude e culpabilidade, havendo, entretanto, parte da doutrina que entenda a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena.

No que tange a tipicidade, o tipo se mantém descritivo, agregando aos elementos objetivos os subjetivos, grande novidade dentro deste segmento, relativos à especial finalidade que anima o agente, mantendo ainda os elementos normativos já consagrados pelo neokantismo.

A ilicitude manteve seu caráter material, no entanto, o finalismo apresentou a análise da parte anímico-subjetiva da conduta, havendo, dessa forma a necessária valoração dos requisitos subjetivos para a efetiva configuração das excludentes da ilicitude.

Já no tocante à culpabilidade, a teoria consagrada em sua moldura é a teoria normativa pura, ou culpabilidade puramente normativa²⁶, já que a parte psicológica foi para a conduta, como será visto posteriormente. Na culpabilidade, vista sob a ótica do finalismo, três fatores são considerados para a sua valoração, o discernimento, a autodeterminação e a possibilidade de reconhecer a ilicitude de um fato utilizando como arcabouço a carga experiencial.

²⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 215

²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. / Luiz Regis Prado, Erika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho – 13 ed. Rev. Atual. Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 239

O conceito finalista de ação, por fim, é o ponto fulcral na distinção dos modelos combatidos pela perspectiva finalista. Guaragni²⁷ afirma “a conduta humana, como ponto de partida analítico do crime, funda fortemente a noção de que Welzel estabeleceu verdadeira ponte a ligar os universos do ser e do dever ser, ao condicionar que este universo extraísse daquele primeiro os objetos dos quais trataria”.

Para tecer qualquer consideração a respeito da conduta, primeiro deve-se buscar a referência, o berço embrionário do finalismo, para tanto, tem-se o pensamento clássico de Aristóteles como pedra fundamental deste conceito, pois sustentava que a ideia é algo intrinsecamente vinculado ao ente, tendo, portanto, finalidades dentro de si mesmos²⁸.

Nessa toada, classificam-se os objetos em duas vertentes diversas, a primeira como resultado dos acontecimentos naturais e a segunda como resultantes da ação humana, entendendo, por conseguinte, que toda ação humana é voltada a uma finalidade específica, sendo teleológica. Diferente do causalismo, a conduta não se mostra como mero componente causal, e sim como um comportamento orientado na busca de um intento. Luiz Regis Prado a respeito dessa comparação assevera: “daí a afirmação gráfica de que a finalidade (ação humana) é vidente e a causalidade (acontecer natural) é cega”²⁹.

Welzel traz ainda à baila o conceito de sobredeterminação da ação, que deriva da capacidade de dominação do saber causal, que como consequência permite a antecipação de possíveis desdobramentos resultantes de sua conduta. Contudo, o finalismo aproxima seu conceito de conduta da realidade (ontologia), pois o desvalor é concebido na ação, e não no resultado, que mostra-se secundário, como nas molduras predecessoras, pois é a conduta dotada de finalidade que por si

²⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

²⁸ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. / Luiz Regis Prado, Erika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho – 13 ed. Rev. Atual. Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 234.

só agride e fere valores éticos e sociais, valores esses que o Direito Penal busca resguardar e proteger.

O conceito de conduta, dissecar-se em duas fases distintas, na elucidação da direção final da ação, sendo a primeira a fase interna, que ocorre inteiramente na esfera psíquica ou mental, que subdivide-se na escolha do fim, na qual o agente antecipa-se mentalmente à realização da ideia; e a eleição dos meios, visando o fim pretendido, ou seja, quais meios serão aptos ao alcance dessa finalidade. Já a segunda fase seria a fase externa, na qual há manifestação prática dos fatores elegidos na fase prévia, buscando a efetivação do fim almejado.

Desta feita, a conduta humana estaria sempre completa, tanto em sua modalidade tentada quanto consumada, tendo em vista o percurso completo e satisfatório das fases internas e externa da ação, esta que deve ser valorada de maneira negativa.

1.5 Teoria Social da Ação

A teoria social da ação já nasce com certo grau de imprecisão quanto ao pertencimento à moldura autônoma ou uma terceira vertente do conceito de conduta do neokantismo. Contudo, dada sua relevância e entrega de aspectos peculiares, tratar-se-á como moldura independente.

Conforme digressão analítica³⁰

³⁰GOMES, Luiz Flávio, Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 231

TEORIA SOCIAL DA AÇÃO – SISTEMA JESCHE	
Fato Típico	- ação/omissão (dolosa – conduta humana dominada ou dominável pela vontade/ culposa – previsibilidade objetiva)
Comportamento socialmente relevante	- resultado
	-nexo de causalidade
Ilicitude (material)	-tipicidade material: conteúdo baseado na esfera da realidade do ser. Valoração resultante da própria realidade
Reprovabilidade do fato em atenção à desaprovada atitude interna manifestada pelo agente	Reprovação Jurídica que recai sobre um fato formalmente contrário da lei penal e danoso para a sociedade
Culpabilidade Teoria Complexa Normativa- Psicológica	IMPUTABILIDADE
	POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE
	EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
	Dolo (portador de desvalor de ânimo)
	Culpa (previsibilidade subjetiva)

Destarte o rigor técnico do finalismo, a concepção social surge, segundo Tavares de Freitas³¹, para suprir o formalismo excessivo e reascender o aspecto valorativo da conduta, visando suprir a lacunas e insuficiências do conceito causal e final da ação³².

Cabe citar, aprioristicamente, que são múltiplas as teorias sociais da ação, vinculadas, contudo, ao mesmo fator comum, a relevância social do conceito de conduta tido como essencial.

Conforme já citado, a base filosófica das teorias sociais da ação é idealista, ou seja, aplica-se a axiologia na conduta humana, valorando-a como fenômeno social. Seu principal idealizador foi Ebehard Schmidt em meados dos anos 1930, contudo, a tese foi aperfeiçoada no pós-finalismo por seus dois principais teóricos, Hans-Heinrich Jescheck e JohannesWessels³³.

No que tange a ilicitude, essa não fora afetada na nova moldura teórica, mantendo, assim, a mesma estrutura adotada pelo finalismo no tocante aos estratos do crime. Em relação a culpabilidade, entretanto, há um abandono da teoria

³¹ MARINHO, Alexandre Araripe; TAVARES de Freitas, André Guilherme. **Direito Penal, Teoria do Delito**, Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 21

³² SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 158

³³ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 213

nôrmativa pura; retornando à concepção psicológico-nôrmativa, adotada pelo neokantismo. Entretanto, cabe salientar que, o aspecto normativo tem maior relevância na teoria ora estudada, seguida, de maneira acessória ou secundária da carga psicológica.

Já o conceito de conduta para tal teoria, deve ser analisado sob o ponto de vista dos dois autores principais (Jescheck e Wessels), de maneira apartada, tendo em vista haver certa diferença nos conceitos dos estudiosos.

Para Jescheck, ação seria o comportamento humano socialmente relevante, contudo, esse conceito necessita de complementação para explicação dos conteúdos axiológicos apresentados³⁴, havendo a imprescindibilidade de estratificar os elementos daquele conceito.

O comportamento humano, como primeiro elemento estratificado, na visão de Jescheck³⁵, pode ser entendido como "... resposta do homem à uma exigência situacional reconhecida, ou ao menos reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação da qual aquele dispõe por força de sua liberdade".

De pronto, é possível depreender da análise sintática do conceito de ação que a conduta deve ser humana. Para haver conduta, deve-se considerar a existência do ser humano, para a conceituação de condutas penalmente relevantes, excluindo-se, portanto, a possibilidade de pessoa jurídica realizar condutas puníveis.³⁶

Esse conceito de comportamento adotado por Jescheck tinha o escopo de abarcar tanto a ação quanto a omissão, criando assim um supraconceito que funcionasse como elemento base.

³⁴ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 214

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Mufloz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981. vol. 1. p. 296 apud GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 214

³⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Mufloz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981. vol. 1. p. 297 apud GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 217

Importante ressaltar que o caráter valorativo encontra-se impingido nessa expectativa de ação, como comportamento ou resposta, a medida que a significação da ação somente deve ser medida a partir da interação, ativa ou omissiva do homem com a situação presente.

A respeito da temática, assevera Guaragni³⁷:

“só é possível estabelecer um supraconceito unívoco axiológico ou valorativo, como comportamento ou resposta do homem - ativa ou omissiva - às exigências que estes mesmos homens percebem existentes nas situações que o envolvem, ocorrentes no âmbito de suas relações com o universo que está à sua volta”

Ademais, Jescheck, ao aduzir que conduta seria uma resposta dada em face de situação que deveria ser reconhecida, ou ao menos reconhecível, o autor tinha como intenção que o conceito abrangesse também as condutas culposas, tendo em vista a efetiva possibilidade de reconhecer a situação factual, empregando a finalidade de resposta, sob o risco de incorrer na quebra de dever de cuidado.

Por fim, a expressão “capacidade de reação” refere-se à distinção realizada entre a incapacidade de agir e a conduta humana omissiva. A ausência de conduta deve ser interpretada na circunstância específica em que o omitente não possui capacidade de ação.

Em relação à parte complementar do conceito de ação, a relevância social, o autor define, com exatidão a relevância social da conduta como o comportamento que afete a relação do indivíduo com seu mundo circundante, alcançando a este último suas consequências³⁸.

³⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 215.

³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Mufloz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981. vol. 1. p. 297 apud GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 218

Para o segundo autor, Wessels, a ação seria a “conduta socialmente relevante, denominada ou denominável pela vontade humana.”³⁹ Wessels entendia a conceituação de conduta aplicando-se o já citado supraconceito, abrangendo ação e omissão, assumindo a função de elemento-base. Ademais, tem-se na expressão “dominada ou dominável pela vontade”, a intrínseca relação com a modalidade dolosa e culposa da ação.

Já a relevância social, pode ser entendida como a relação do indivíduo com o meio em que se encontra, ou, nos dizeres de Wessels⁴⁰ “socialmente relevante é toda a conduta que afeta a relação do indivíduo para com seu meio e, segundo suas ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor”, sendo punível somente nessas circunstâncias trazidas.

1.6 Teorias Funcionalistas da ação

O funcionalismo surge como a quebra do paradigma naturalístico na imputação do resultado, surgindo como um novo sistema penal estabelecido sob a perspectiva normativa⁴¹, e voltado para concretização de determinadas funções, ou políticas criminais estabelecidas.

Segundo Busato⁴², para as teorias funcionalistas, o sistema de imputação tinha como finalidade a satisfação de uma proposição geral externa, seus componentes não mais seriam encarados de maneira autossuficiente, e sim funcionalizados.

Nas palavras de Paulo César Busato⁴³:

³⁹ WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais. Parte geral*. Trad. Juarez Tavares da 5.ª ed. alemã de 1975. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 22. Apud GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 220

⁴⁰ WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais. Parte geral*. Trad. Juarez Tavares da 5.ª ed. alemã de 1975. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 22. Apud GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 222

⁴¹ PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*/ Eugênio Pacelli, André Callegari – São Paulo: Atlas, 2015. p. 66

⁴² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017.

⁴³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 224

A verdade absoluta, a ideia de uma realidade unívoca, própria das teorias ancoradas em pressupostos ontológicos, é substituída pelo reconhecimento da plurivocidade da realidade, da coexistência de distintas formas de interpretação. Isso conduz, naturalmente ao envio dos problemas jurídico-penais para uma solução no campo axiológico dos valores que subjazem ao próprio sistema penal.

Segundo o professor Luiz Flávio Gomes⁴⁴, a sociedade é um sistema do direito penal, visto sob tal enfoque, funcionaria como subsistema, existente para cumprir determinadas funções.

Há que salientar que as funções da dogmática penal tendem a ser agrupadas em dois grupos distintos, o primeiro tido como funcionalismo moderado, teleológico ou orientado aos fins da política criminal de Claus Roxin, que tinha como função precípua a proteção dos bens jurídicos e como segundo segmento o funcionalismo radical ou sistêmico, defendido pelo professor GüntherJakobs, que entendia como função do direito penal a confirmação do reconhecimento normativo e a estabilidade da norma.

Essa distinção merece especial recorte no bojo deste artigo devido às peculiaridades no entendimento das teorias na visão dos autores.

1.6.1 Teoria Funcionalista Teleológica

Claus Roxin, expoente dessa vertente teórica, e seu pensamento era considerado a pedra fundamental do funcionalismo. Entendia a política criminal como a finalidade pela qual os estratos teóricos do delito deviam prestar obediência, e somente como viés subsidiário tinha a de bens jurídicos.

Era avesso à separação dicotômica entre à política criminal e à dogmática penal, como até então sempre existira. Compreendia a limitação do jus puniendi como um dos objetivos da política criminal, e o direito penal como instrumento de ultima ratio.

⁴⁴GOMES, Luiz Flávio; Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 234

Conforme digressão analítica⁴⁵:

TEORIA FUNCIONALISTA DA AÇÃO – SISTEMA ROXIN	
1º Estrato do Injusto penal: Fato Típico	- ação/omissão (dolosa – dolo natural/ culposa – previsibilidade objetiva
	- resultado
	-nexo de causalidade: agora não mais baseado apenas na conditio sine qua non – adoção de critérios normativos para afastamento do nexu causal (imputação objetiva)
2º Estrato do Injusto penal: Ilicitude (material) Responsabilidade	-tipicidade material (em consonância com a reserva legal) Ilicitude voltada a pacificação social – tem funcionamento parecido com os elementos negativos do tipo de Merkel
Culpabilidade Funcional Atua como limite da pena + Verificação da necessidade de pena sob o prisma preventivo	IMPUTABILIDADE POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE (previsibilidade subjetiva do crime culposos) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA Necessidade Concreta de Imposição da Pena

No que tange o conceito analítico do delito, segundo Luiz Flávio Gomes⁴⁶, o crime é organizado em três substratos, o fato típico, ilicitude e a responsabilidade, sendo este último entendido como o vínculo entre a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa cumulada com a necessidade concreta de imposição de pena. Contudo, a fato típico e a ilicitude devem ser entendidos como dois estratos do injusto penal, entendida a teoria, portanto, como bipartida.

Apesar de os três elementos do crime sofrerem influências do funcionalismo em seus segmentos, a culpabilidade merece especial atenção pois é tida como uma culpabilidade funcional, na qual as funções da pena se inserem. Ou, na palavras de Roxin, que “a pena, precisamente em relação àquele fato, e àquele autor, concretamente considerados, fosse também necessária para fins de prevenção de novos delitos”⁴⁷

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio, Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 231

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio, Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016. p, 234

⁴⁷ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2002. p, 208

No que tange o conceito de conduta, como bem explicita Guaragni⁴⁸, cabe de pronto ressaltar o caráter valorativa da conduta, revisitando o método normativo neokantista. Roxin define a conduta como a manifestação da personalidade, que se dá no momento em que “pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com os acontecimentos do mundo exterior”⁴⁹, sendo absoluta a necessidade de exteriorização desses.

Já a personalidade, pode ser entendida como “tudo que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação”⁵⁰, à esse conceito o autor tem o fito de atribuir aspecto generalizante, buscando adequação como elemento base, e não sendo, portanto, acidental.

1.6.2 Teoria Funcionalista Sistêmica

Como segundo modelo funcionalista, temos o arquétipo sistêmico ou radical, que baseava-se na ideia central de estabilização da norma, normatizando as categorias jurídicas.

Defendida pelo professor GüntherJakobs, aluno de Welzel, a teoria funcionalista sistêmica entendia a violação da norma como fator socialmente disfuncional, na medida de seu questionamento ao sistema normativo vigente, e não pela violação do bem jurídico em si.

Por se tratar de um sistema normativista, conforme afirma Pacelli⁵¹, rejeita os conceitos de ação final e de causalidade no resultado. É considerada sistêmica tendo em vista a sua base teórica advir da Teoria dos Sistemas do cientista social

⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 270.

⁴⁹ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 271

⁵⁰ ABRAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Trad. Alfredo Bosi et al. da 1.ed. italiana de 1971. 4. cd. São Paulo: Marins Fontes, 2000. Apud GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p, 271

⁵¹ PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral/ Eugênio Pacelli, André Callegari** – São Paulo: Atlas, 2015. p, 71

NiklasLuhmann⁵². Como pensamento diametralmente distinto à concepção teleológica, deve-se buscar a compreensão da teoria sob dois aspectos distintos, o do direito penal como subsistema social e a função de cada componente da teoria do delito.

No tocante ao conceito analítico, a teoria adota o fato típico, ilícito e culpável como estruturas fundamentais do delito. O dolo e a culpa permanecem alocados no fato típico, cabendo salientar que, preocupado com a norma, Jakobs tem por finalidade resguardar o sistema, sendo a norma em si o verdadeiro bem jurídico que dever ser protegido, sendo através destes que ocorre a proteção dos bens tradicionais.

Relativo ao conceito de conduta, tem-se, prima facie, a visualização de dois conceitos prévios, o conceito de sujeito e o conceito de ação. Sujeito pode ser entendido como a relação entre o “sujeito modelo”, na execução de um papel social e às capacidades individuais que singularizam o sujeito.

Nas palavras de Guaragni⁵³:

Se a vinculação ao mundo exterior deve cingir-se ao sujeito, a imputação penal está orientada segundo as capacidades individuais, de maneira que o modo standard de executar um papel social não serve como referência para a imputação do acontecimento ao agente. A imputação, portanto, para Jakobs, não se baseia nos elementos identificadores do titular de um determinado papel, senão afeta também a parte do sujeito que o fundamenta em sua singularidade, em distintos papéis, ou seja, de modo que os elementos de identidade são independentes dos papéis.

Já a direção da ação deve ser definida a partir da capacidade individual do autor da ação, daí extrai-se sua carga axiológica, logo somente poderá ser penalmente imputável na medida da possibilidade de evitar-se, no caso concreto.

Desta feita, surge o conceito de ação como a causação de um resultado individualmente evitável, conceito esse que, mesmo abarcando dolo e culpa mostra-

⁵²BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 224

⁵³GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 301

se impreciso e fraco como elemento de enlace, sendo mais tarde substituído pelo próprio autor como conduta sendo o converter-se de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado.

Resta claro que ao introduzir o resultado no conceito de conduta, que deve ser prévio, a cogitação não deve ser abarcada como ação. Outro fator de importância se encontra na possibilidade do sujeito da imputação não necessariamente ser humano, admitindo a pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes, pois também seria apta a confrontar a norma.

2. Análise Crítica das Teorias do Delito em Face da Ontologia e da Deontologia Jurídica

Cabe, de pronto, traçar de maneira clara a distinção do conceito ontológico e deontológico, aplicado ao âmbito jurídico. Para somente em seguida analisar sua efetiva carga conceitual no bojo das teorias do delito infra citadas.

Apresentada, segundo alguns autores, como adaptação epistemológica ao direito penal, a ontologia constitui, inegavelmente um dos eixos da dogmática penal. Concebido como uma extração da realidade fática e com a finalidade de garantir domínio seguro e diligente quanto à sua aplicação.

Busato⁵⁴ ensina que “a composição do sistema se dá através de ordenação de elementos, de categorias, que correspondem tanto quanto possível a conceitos e categorias extraídos de verdades científicas preconcebidas por outras formas de ciência”, ou seja, aplicam-se conceitos de caráter estacado, como tentativa de conceituação satisfatória do delito.

Etimologicamente a ontologia é caracterizada como junção da expressão grega *onthos*, que exprime a noção do ser, como criatura e *logos* que significa estudo.

⁵⁴BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 206

Segundo o grande dicionário unificado da língua portuguesa⁵⁵, ontologia pode ser definida, no ramo da filosofia, como a “teoria ou ramo da filosofia cujo objeto é o estudo dos seres em geral, o estudo das propriedades mais gerais e comum a todos os seres; metafísica ontológica.” Ou mesmo como “Estudo ou conhecimento dos seres e dos objetos enquanto eles mesmos, em oposição ao estudo de suas aparências e atributos.”

A deontologia, por seu turno, trabalha não com o ser figurando como objeto final do estudo, mas sim com a valoração desse objeto tendo como ponto de primordial o dever-ser.

A deontologia deve ser entendida como a classe de tratados ou disciplinas que se centram na análise dos deveres, e dos valores regidos pela moral, ou seja, ciência elaborada a partir de uma premissa valorativa, que fundamenta algumas das teorias do delito.

O Causal-naturalismo, apontado como marco inicial do sistema jurídico penal como ciência, lança mão do eixo ontológico como base fundamental, utilizando conceituações precisas na sistematização do objeto de estudo.

Como bem leciona, a respeito da sistematização, Franz Von Liszt⁵⁶:

Como ciência eminentemente prática, que trabalha continuamente para satisfazer as necessidades da administração de justiça, criando sempre novos frutos, a ciência do Direito é e deve ser uma ciência propriamente sistemática; pois somente a ordenação de conhecimentos, em forma de sistema, garante aquele domínio seguro e diligente sobre todas as particularidades, sem o que a aplicação do Direito, entregue ao arbítrio ou aleatoriamente, não passaria de ser um mero diletantismo

Ainda, a respeito do positivismo jurídico como análise crítica, explicita Andrei Zenckner Schmidt⁵⁷:

⁵⁵RIOS, Demival Ribeiro. Grande dicionário unificado da língua portuguesa / Demival Ribeiro Rios – São Paulo: DCL, 2010. p. 493

⁵⁶LISZT, Franz Von. Tratado de derecho penal. 4 ed. Trad. de Luiz Jimenez de Asúa, Madrid: Editorial Reus, 1999 v1. p. 06 apud BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 206

Epistemologicamente, o positivismo-naturalista é evidentemente falho ao ser adaptado ao direito penal. Em primeiro lugar, porque a realidade não possui um sentido em si, completamente alheio à valoração jurídica, em segundo lugar, porque é evidentemente temerário adaptar uma ciência social e normativa, como é o Direito, ao método de uma ciência exata. E em terceiro lugar, porque o fenômeno criminal não pode ser explicado por meio de relações de causa e efeito, na medida em que o crime não é uma criação da natureza, mas sim um fato social que, em termos jurídico-dogmáticos, não passa de um produto da atividade legislativa

Desta feita, destarte virtuoso progresso em relação à conceituação da teoria jurídico-penal como ciência, o positivismo era vocacionado para o entendimento da realidade das coisas como são, e no direito essa adequação mostra-se insuficiente, tendo em vista que a norma penal aduz um dever quanto ao seu cumprimento e não a prescrição de uma realidade de como as coisas efetivamente são.

O fato de o direito residir no campo das ideias impede sua precisa justaposição, contudo não se pode olvidar os preciosos avanços arrastados no campo da sistematização dos elementos e inauguração do conceito analítico de crime.

Já a segunda teoria, o neokantismo, tem mais sucesso, no que tange a implementação de um modelo de valoração. Como fora salientado anteriormente, às ciências sociais deveriam estar ligadas ao conceito de dever ser, bem como o direito, pelo seu lógico pertencimento àquelas.

Nesse sentido o direito como ciência da cultura, apresentava um método próprio em relação aos valores, levando o positivismo jurídico a outro plano, ocupando-se do valor contido na regra jurídica⁵⁷. Sendo portanto adotada a deontologia nesta segunda teoria

Percebe-se ao analisar à moldura, que o direito deve direcionar seus esforços com o fito de basilar seus mandatos, proibições e permissões, ou seja, seu modal deôntico, para que esses alcancem as finalidades almejadas pela lei. Devendo

⁵⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28

⁵⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 211

preocupar-se com a caráter porvindouro, metas e objetivos de sua regulação, que em nada associa-se com o objetivo neutro e avaloradodo método causal naturalista.

Devido ao fato de o neokantismo não ter tido sucesso na assunção da possibilidade de que o valor, axiologia, poderia interferir na própria validade do sistema⁵⁹, o modelo abriu espaço para as críticas posteriores do finalismo.

O finalismo como terceira corrente pode ser entendido com a retomada da ontologia como eixo base. Conduta previamente eivada de finalidade específica. Seu expoente, Welzel, acreditava na existência de uma relação entre o ser e o dever ser. Nas palavras de Luiz Regis Prado⁶⁰, para o finalismo, “o Direito existe para disciplinar o agir humano em sociedade, devendo sempre conjugar o ser (fato) e o dever-ser (norma): o ser enquanto dever ser”.

Contudo, sustentava que a valoração seria precedida de análise da realidade ontológica, sendo essa pressuposto daquela. Pregava a ideia de que determinadas estruturas retiradas da realidade (ser), vinculavam o direito, sendo portanto o conceito da ação um conceito ontológico.⁶¹

As críticas criminológicas e filosóficas acabaram por corroer as bases ontológicas do finalismo, devido, primordialmente pelo seu alto grau de engessamento, relativo ao fato de o direito ser um sistema de valores confeccionado para a gerência da vida no âmbito social, e mutável. Mostrando-se incompatível com sistemas fechados, intocáveis e com metodologias exclusivamente vinculadas aos princípios ontológico predeterminados.

No que tange a teoria social de ação, as bases metodológicas similares ao neokantismo, que como já fora citado, para alguns é considerada simples vertente neokantiana. Aplicando-se de igual modo a base deontológica, tendo em vista o conceito valorado de ação, na busca da relevância social.

⁵⁹BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 214

⁶⁰PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. / Luiz Regis Prado, Erika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho – 13 ed. Rev. Atual. Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 237

⁶¹BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 216

O funcionalismo surge em face da negação da ancoragem ontológica, na busca de soluções axiológicas em face do próprio sistema penal, como corrente normativista. O funcionalismo, para ambas as correntes, tinha como aceção básica o crime como escolha política, fundamentando o primado axiológico, negando a possibilidade de construir uma sistemática dogmático-penal a partir de uma estrutura lógico-objetiva.⁶²

Roxin, expoente da primeira corrente funcionalista, refuta a consideração pré-jurídica e ontológica da conduta, defendendo seu conceito a partir das funções, e não de uma realidade posta, evitando, inclusive o substrato material. Contudo a teoria também perde força devido a diferenciação das finalidades da pena, como preventivas, e das finalidades do direito penal em si, na proteção de bens jurídicos.

Conclusão

Após uma análise das teorias dos delitos, seus elementos constitutivos, e de maneira mais atenciosa a conduta, resta patente a especial posição da conduta frente à conceituação dogmática do delito.

Frente a esse caráter específico, mostra-se manifesto que com a evolução das teorias da conduta as escolhas de bases fundamentadoras na ontologia e na deontologia foram, por vezes revezando, na busca satisfatória de um modelo teórico capaz de traçar essa delimitação de maneira satisfatória, gerando, assim conforto social.

Foram apresentados, dentro das delimitações do trabalho, de que maneira cada teoria se relaciona com o eixo epistemológico inerente, e conclui-se que nas teorias ontológicas o enfoque é quase sempre dado no momento da elaboração da norma, ou seja o direito se faz no momento da edição da lei.

Por outro lado, em teorias voltadas ao eixo axiológico, deontologistas, a valoração tem papel primordial, por vezes balizando não só a força do jus puniendi estatal como também se é o caso de aplicá-lo ou não. Nesse segundo caso, resta

⁶²BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v.1 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 234

claro o forte viés judicial, tendo em vista que a valoração será realizada por membro julgante, no momento do cometimento da suposta infração penal.

Alguns pontos ocorreram como limitações do trabalho, tais quais a elucidação a respeito das teorias funcionalistas do controle social de Hassemer, bem como o funcionalismo reducionista de Zaffaroni. Outro ponto presente como limitador foi a análise a partir do pós-funcionalismo, representado fortemente pela Teoria da ação significativa de Vives Antón.

Limitou-se o trabalho, da mesma forma, quanto aos aspectos criminológicos, tais e conceitos trazidos nas políticas criminais, no tocante ao emprego criminológico do conceito de delito.

Como futuras pesquisas decorrentes desse trabalho surge a possibilidade de adentrar no rendimento das teorias da ação, pormenorizando as funções de elemento base, como supraconceito; elemento de enlace, e em como relacionam-se com os outros elementos estratificados do crime; e como elemento limite, analisando detidamente elementos como a coação física irresistível, atos reflexos, ações em curto-circuito e automatizadas, estados de hipnose embriaguez e inconsciência.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral, v.1** – São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Luiz Flávio, **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)**/ Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini; Flávio Daher – Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINHO, Alexandre Araripe; TAVARES de Freitas, André Guilherme. **Direito Penal, Teoria do Delito**, Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**/ Eugênio Pacceli, André Callegari – São Paulo: Atlas, 2015

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** / Luiz Regis Prado, Erika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho – 13 ed. Rev. Atual. Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIOS, Demival Ribeiro. **Grande dicionário unificado da língua portuguesa** / Demival Ribeiro Rios – São Paulo: DCL, 2010.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2002.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**
Manual de derecho penal: parte general. Buenos Aires: Editar, 2006.