



A CONDUTA HUMANA E OS ILÍCITOS

VIOLÊNCIA E ANARQUIA

Dale Fonseca e Silva Nunes

RESUMO

Ao exame da manifestação da conduta humana, surgem interpretações tão diversas dessa conduta, quanto diversas são as ciências que a estudam, ou tão variados são os modos de pensar dos observadores, não importa qual o seu conceito de Direito.¹

A conduta do indivíduo, ou da soma dos mesmos em movimentos coletivos, está em debate, nas ruas e nos Tribunais, na mídia com os modernos meios de comunicação, que mostram crescente onda de violência, sobretudo entre jovens, movimentos anárquicos e escândalos na Administração Pública, que são fenômenos sociais não estritamente jurídicos, porém meta-jurídicos de exuberante problemática, e universais.

A conduta é a face interna da ação humana e seu estudo pertence à filosofia do direito, sendo na praxe conceito ligado à ilicitude e à culpabilidade da conduta lesiva, matéria aqui mais aprofundada no reino público do direito penal, pois o direito penal surge onde outros instrumentos morais, costumes ou religião, ou de outros ramos do direito, não solucionaram a harmonia e a paz que o próprio direito quer. Sob o prisma de direito privado, a ação humana interessa na hora que frustra os limites do direito alheio, sendo então estudada nas conseqüências que a ilicitude gerou, na responsabilidade do agente, tomando-se a culpabilidade como pressuposto da reparação dos danos, ou seja, pressuposto da pena.

O presente artigo é uma síntese modificada da monografia: *A CONDUTA HUMANA E OS ILÍCITOS — CONSEQÜÊNCIAS*, e que foi elaborada pela autora como requisito parcial à conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Público — Latu Senso.

1 INTRODUÇÃO

O motivo dessa reflexão é a grande preocupação com “o homem total”; ou “homem concreto”, com o ser², com as minorias, com as elites privilegiadas. Primeiro, com a individualidade do ser — natural, que busca e quer realizar

seu destino transcendental, dentro de uma existência própria, única e livre, longe do tecnicismo de interesses imediatos; depois, uma preocupação com o ser social, cuja conduta pode ser analisada sob os mais diversos prismas da vivência em grupo, sobretudo do meio restrito — comunitário — onde vive, de moral resistente, conservadora, ou da

1 “Direito é luta” (Rudolf Von Ihering), “Direito é comunicação; a sociedade é comunicação” “Há lacunas no direito” (Herbert Luman Hart), ou “Direito é dever ser” (Hans Kelsen).

2 Enquanto a filosofia das ciências põe todo seu empenho em promover a atividade científica na era da técnica, através dos subsídios indispensáveis da reflexão metodológica, Heidegger vê, em todo este processo, um signo do esquecimento do ser. (Heidegger — Vida e obra — Nova Cultural — fls. 18 A preocupação com o ser como o quer o jus naturalismo: maior proximidade da norma com a realidade.

moralidade e da ética da sociedade como um todo, um povo regido também pelo “direito achado nas ruas”, no campo, nas periferias miseráveis ou favelas e nos cárceres.

Sufocando a individualidade do ser estão os limites impostos pelas estruturas sociais; seguindo-se a isso, o poder e o interesse do Estado, que tudo normatiza. Na normatização e na aplicação das normas surge o Direito.

2

DA CONDUTA HUMANA E O DIREITO

Quando se fala em conduta, que vem do latim, *conducere*, quer dizer: “maneira de atuar de uma pessoa sob o ângulo ético”.³ Esse modo de atuação que explode em ação pode também se manifestar na abstenção de qualquer ato obrigatório. Portanto, conduta e ação não são sinônimos embora sejam as expressões usadas uma pela outra.

A conduta ou o ato é sempre humano, e a ação — como movimento — pode ser de todos os seres da natureza. Quando se fala de conduta individual do homem social, pensa-se em responsabilidade penal ou civil, traça-se um viés interpretativo do complexo dos atos humanos, que é tecido pelas ciências que auxiliam o Direito, expressado nas diversas teorias e insculpido nas normas legais, quando não nos princípios gerais de Direito, tomados emprestados na hora de uma decisão jurídica.

Como ser natural, o homem está condicionado à estrutura individual própria; socialmente ligado à gênese de um povo e sua orientação de valor; ainda preso às necessidades básicas de sobrevivência digna, e às estruturas sociais injustas, porque não equitativas na distribuição de benefícios, embora legais.

No Brasil a conduta está dentro da moralidade de uma pluralidade étnico cultural, com valores próprios. “A ética dos valores traz dos seus defensores a afirmação de que a conduta do homem não é boa nem má, mas é um processo psicológico que se dá no tempo e no espaço”.⁴ A valoração, portanto, é dada pelo Direito.

Negros, índios ou outros não contemplados no poder de decisão política ou governamental possuem seus valores, que enriquecem a nação e estão vivos nas referências mais profundas de amor e respeito à natureza, como o sentimento das nações indígenas; da preocupação do destino sobrenatural do homem mais o cultismo herdado dos negros, bem como a alegria e a cor que essas raças emprestam à vida. São valores aliados à poesia e à melancolia do português — seu espírito de aventura e de descobrimento — que resultam no temperamento e na forma de viver do brasileiro. Essa identidade nacional não pode desaparecer na emergente globalização. Atributos de raça, que são meta-jurídicos e anteriores ao Estado organizado, evoluindo na história, no caminhar do homem, plasmados sobretudo no sofrimento e na intuição de sobreviver.

Direito achado nas ruas — CEAD e NEP — Universidade de Brasília-D.F.

3 SANTOS, Mário Ferreira — Dicionário de Filosofia — vol 1, p. 312

4 In Santos, Mário Ferreira — vol III — fls. 610 — op. cit. — Kant afirmou que é necessário um juízo de validade universal para que se afirme se isso é bom ou mau... as noções são dados *a priori*, e há uma lei moral válida em qualquer circunstância — Hart chama isso de moralidade... (Em contraposição vide Teoria Pura do Direito de Kelsen — Ed. Coimbra, p. 119 — Portugal; “Existe uma praxis social construída na sua experiência comum de luta por justiça social e por direito... Trata-se da percepção do direito como processo histórico, e é assim que ele deve ser reexaminado conforme afirmava Roberto Lira” — Curso de Extensão Universitária a Distância — vol. V. José Geraldo de Souza Júnior.

A conduta humana, geradora do ato, está dentro de um contexto ético do momento do cometimento do ilícito, dentro de uma vivência sócio-econômica própria, e comumente numa estrutura de desigualdade e conflitos sociais, que motivam determinados atos ilícitos, ou até contratos, pode estar sendo realizada numa tessitura absolutamente diferente ou contrária àquela da edição ou criação da norma, quando o momento a ser considerado é o da ocorrência do fato.

Os fatos que interessam ao Direito, resultantes de uma vontade humana livre, atuante como movimento de não acatamento de uma ordem normativa, que se expressa na abstenção ou no cometimento de um ato, inserem-se portanto, num contexto temporal e social, obrigando que a conduta individual do ser, manifestada em ação, (que tem causas próprias, psicológicas — às vezes distantes) seja fruto de uma ordem estatal, ora justa, ora injusta, mas imperativa. Daí porque se afirma que ao jurista compete reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares dentre as classificações gerais de conduta que o Direito positivo faz, preso à moralidade do povo, que inspira a Constituição Federal num dado momento. Cabe aos Tribunais a distribuição de igualdades, para restaurar os desequilíbrios, competindo-lhe interpretar como um artista, com sensibilidade, com conhecimento da técnica e a inspiração do que é equitativo para não usar a expressão justo, cumprindo a função de ser uma ponte entre a norma e o fato particular que o legislador previu em termos gerais. O intérprete

medita, é uma conjunção, no sentido que lhe deu CARNELUTTI.⁵

Nesse campo de conduta humana, o Direito puro não explica, apenas se impõe, mas sua aplicação existe com vistas à prática da justiça, para harmonizar. “Não se trata de saber quais e quantos direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.⁶

Vive-se na era dos direitos, isto é, com a grande preocupação da efetivação dos avanços sociais da Constituição Federal brasileira, efetividade nunca tão buscada com o exercício da *facultas agendi*, com arguição de todos os direitos individuais, que a Carta Magna inspira.

Direitos, liberdades e garantias devem ser efetivados no aprofundar das razões e dos finalismos dos atos humanos, e devem corresponder aos anseios de cada indivíduo como personalidade em sua dignidade humana, transcendental, que se expressa dentro de uma estrutura ético-social, local: espacial e temporal. Essa efetividade de direitos se dá nas decisões judiciais, se não for garantida antes.

O Direito constitucional do Brasil, como fundamento de outros ramos, à exemplo do Direito português herdado, tem fincado sua exposição doutrinária no Direito positivo, deixando para sociólogos e antropólogos, quando não para os psicólogos, o aprofundamento sobre a conduta do homem, e para a história o estudo do desenvolvimento e evolução da

5 “Direito, pois não consiste na ordenação e sim naquilo que ordena, isto é, une, ou de maneira mais realista que liga: e portanto é uma força”. (A arte do Direito — Coleção Fórum — p. 23)

6 A era dos Direitos — Norberto Bobbio — Ed. Campus — p. 26. Vide “O Direito achado nas ruas”: As sentenças são o próprio direito colocando numa linha reta de evolução política os indivíduos, pois o direito resulta de luta concreta pelo espaço do poder condicionada pelas determinantes históricas e sociais de cada tempo.” Jairo Bisol

norma, Direito constitucional — considerando-se mais e mais o seu aspecto político e administrativo. Talvez porque, segundo o platonismo, não é o homem, mas a *polis* o objeto da ciência jurídica.

Mas é ao jurista que compete estudar as normas legais regentes da conduta do indivíduo, dentro das estruturas da sociedade, tanto o estudo dos fatores que a inspiraram na hora da sua criação, quanto no momento da aplicação das mesmas. Trata-se da aplicação como fonte de direito, e como direcionamento político.

Também pelo fato de não haver uma disciplina ou uma teoria de decisão jurídica, não havendo uma epistemologia única que oriente a interpretação para o legislador e para o sentenciante, ou aplicador da lei, ao jurista é dada a obrigação de estar informado em todas as áreas do saber científico, para lutar no sentido de que uma norma inexecutável e inobservável esteja fora do alcance de aplicação pelo Estado. Sendo que o Direito traça normas nos diversos ramos — civil, penal, trabalhista e outros — e que são normas derivadas de princípios fundamentais constitucionais, temos que a Constituição ideal para um povo seria aquela que se preocupasse apenas com o conjunto de normas de organização do poder político e com o rol dos direitos, liberdades e garantias individuais, como o quer CANOTILHO⁷

Com tal proteção constitucional não seria possível a criação de normas jurídicas, nem a aplicação da lei, sem a compreensão da conduta do homem voltada para sua realização pessoal, personalíssima, e a mesma conduta em relação aos

seus semelhantes, conduta que adquire nuances várias, no tempo e no espaço, segundo os princípios que estão efetivados na atividade humana, e que inspiram a constituição pois as “normas constitucionais devem ser princípios aceites e intencionalmente queridos”, como o diz o mesmo Mestre Português. Sempre na busca da felicidade do homem, segundo afirma e prova o maior teólogo da Igreja católica — Santo Agostinho⁷⁻⁸

A positividade teve seu momento histórico-teórico na hora da criação da norma, e a mesma deverá ser considerada de acordo com a sua validade objetiva no momento da ação correspondente, como se estivesse o fato social iluminado por um fecho de luz difusa, que na perspectiva tem origem num só ponto: a norma fundamental, os direitos naturais, a razão e a divindade ou o Deus de Santo Tomaz de Aquino.

Essa moralidade social defendida por Hart é a reconciliação do Direito com a moral, separada por Kelsen. Mas não com a moral rígida defendida por Kant séculos atrás, também não com a pureza que Kelsen defendeu, a ponto de considerar legal uma ordem jurídica imoralmente imposta, portanto ilegítima.

3 OS ILÍCITOS

A palavra “ilícito” provém do latim *illicitus*, tendo passado para a nossa língua como o que é proibido ou o que a lei não permite. Ato ilícito⁹ ou seja, “Todo fato ou ato que importe numa violação ao direito, ou em dano causado a outrem,

7 A constituição normativa... “os princípios fundamentais de uma ordem de domínio ou de uma estrutura básica de justiça não são de mera natureza existencial” decisória ou “valorativa” são princípios aceites e intencionalmente queridos (de forma implícita ou explícita) como normas de uma constituição (D. constitucional — J.J. Gomes Canotilho — Ed. Coimbra — Portugal — fls. 66).

8 Cidade de Deus — “O homem não tem razão para filosofar senão para atingir a felicidade”.

9 Manual de Filosofia c. Lahr — 1952 — Porto — Portugal (fls. 35, 113, 273, 386)

provenha do dolo ou se funde na culpa”, são acontecimentos resultantes das ações ou das condutas transgressoras da norma, sejam ilícitas, pela comunicação deficiente do poder como um movimento de resposta aos direitos individuais não efetivados pelo Estado — conduta de rebelia, porque a norma é repelida repetidamente, no lado ético por motivos sociais, políticos e econômicos, numa manifestação ontológica coletiva e inconsciente; ou, sejam ilícitas como ação individual voluntária, mas premida por outros fatores — pessoais e próprios.

O *ato lícito*, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, é ato jurídico humano, legítimo, enquanto libertador, tomado no sentido de ter vida para efetivar as garantias constitucionais sem propósito de efeito; enquanto fato, que o código civil não definiu, é a situação jurídica que gera o Direito e se não destoar da lei, terá validade e eficácia. Se há ação que se ajusta à norma correspondente, o fato se torna ilícito.

No exame da conduta ilícita é necessário transpor as fronteiras das leis e, é preciso, antes de examinar os fatos típicos descritos como ação ilícita, considerar muitos elementos dos quais destacaremos neste texto: liberdade, dever, em antítese à anarquia e violência. Conceitos que se inserem num contexto cultural, que ficam estratificados no amadurecimento de um povo.

1 — Liberdade

Liberdade de conduta e conhecimento dos legítimos limites da ação são o su-

premo bem para a paz social. Sartre dizia em outras palavras que a liberdade define a humanidade dos humanos, e que estamos condenados à liberdade.⁹

Espinosa, Hegel, Marx conservaram a idéia de Aristóteles de que a “a liberdade é auto-determinação ou *ser causa de si*.”¹⁰

Não é o homem vítima do progresso ou determinismo histórico, como o queria MARX, e como o querem os materialistas. Vive-se no final do segundo milênio da civilização o fracasso das correntes materialistas, provando à História que o homem é dotado de livre-arbítrio e pode processar os seus atos, não apenas deixá-los acontecer. Não é fatal que o homem deixe correr no tempo a soma das suas ações, como se estivesse programado, incapaz de interferir nos acontecimentos. O homem não é um fantoche. Ele pode humanizar ou animalizar a si e aos outros. Provou também a História, com o fracasso do comunismo, que não existe a menor probabilidade de ser vencedora a teoria que nega a individualidade do homem, sua capacidade criativa e destino transcendental; isto é, sua volta para Deus, depois de experimentar a liberdade e escolher o bem, e procurar a felicidade temporal, pois, Deus, vendo que na sua criação tudo era bom, criou o homem para que de tudo se servisse no mundo natural.

Esse mundo naturalístico pertence ao mundo do *ser*, que é o primeiro, o real e o concreto. O Direito, por sua vez, trata da conduta humana normatizada, ou seja, do *dever ser*. As noções de Direito surgem destes dois canais: o jusnaturalismo e o dogmatismo.

10 SANTOS, M. F. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*. São Paulo: Maltese, 1964.



Para ser livre o homem se desenvolve no mundo natural, material, com vistas e tendência de voar além dos limites legais, num processo de vida, e não numa história apenas, em que a liberdade de escolha o compele a não ser escravo da rebeldia contra as normas ou transgredilas arcando com as conseqüências. As escolhas têm resultado prático, mas o Direito surge vivo na hora da escolha da ação contrária a ele ou que se conforma com o seu enunciado.

Essa liberdade de escolha, liberdade não de *querer* alguma coisa, mas de *fazer* uma entre várias possíveis, (distinção feita por Espinosa e Hobbes no séc. XVII), significa que o curso de uma situação pode ser mudado por nós, e quando se diz coisa *possível*, aí já se encontram todos os condicionamentos ou circunstâncias que fazem nascer a necessidade de agir como se age. A ação possível não é milagre, é o movimento que as circunstâncias abriram para a ação, no dizer de MARILENA CHAUÍ. Essa noção de liberdade, é sinônimo de livre arbítrio, contrário de determinismo ou fatalismo, é para o pensamento cristão apenas sujeito à graça divina.

O livre arbítrio é atributo da vontade, que pode ser exercido ainda que sob o constrangimento da lei com o sentimento de que se cumpre a lei, porque se é livre, e não por ser escravo; ou não se cumpre a lei, também com liberdade, por pensá-la injusta e se aceita arcar com as conseqüências.

Esse raciocinar do possível está dentro da concepção de que a vontade quer necessariamente o bem, que este se apresenta de diversas formas e de diferentes ordens, e que o homem pode escolher entre os bens que almeja, sen-

do o possível aquilo que se consegue fazer apesar da opressão das estruturas. Por isso o dolo, necessário na ação ilícita é ao mesmo tempo representação do resultado e vontade livre, como o quer NELSON HUNGRIA.

1.1 — Liberdade moral

Descartes diz que a segurança da liberdade moral está em que “não há nada que conheçamos com maior clareza”. Já KANT designa a liberdade moral como a vontade boa que quer o bem, o acordo entre vontade e dever. O motivo moral da vontade boa é agir por dever. O motivo social da vontade boa é agir por imposição legal. Por conclusão.

A consciência moral exige uma justificativa para o interior do indivíduo, para si mesmo. Acrescente-se a observação de que desde a mais tenra idade, o homem tem noção dos seus direitos e os reclama como um bem, e após violar o direito do outro, se chamado à atenção para sua conduta, é capaz de reconhecer que o seu ato não foi indiferente. Essa noção é universal, fazendo parte da razão intuitiva, como defendem alguns filósofos, e seria o indício da consciência moral.

O ato livre, (liberdade moral) aquele vindo de consciência humana chamada consciência moral, que pode discernir o bem e o mal, individual e social, dá ao autor da ação a sensação plena de responsabilidade, porque este é capaz de um juízo de fato e de valor.

Toma-se aqui a responsabilidade como sinônimo de culpa, obrigação, imputabilidade, e como valor, a norma legal ou o dever ser. É imputável a quem o pratica, o ato livre.

2 — Dever

Vamos resumi-lo na obrigação da liberdade moral e jurídica de revelar conduta através da ação de fazer o bem e abster-se do mal, em relação a outrem. Nisso se compreende a ética subjetiva de “amar ao próximo como a si mesmo”... e a prática de ações em sociedade, com atitudes de elevamento da dignidade do ser humano — ou seja: uma ética objetiva dentro dos postulados morais do grupo em que se está, e da sociedade humana como um todo.

O dever exige explicação para outrem das razões da decisão e da conduta, e exige que seja assumida uma responsabilidade. No cumprimento do dever está a chave para a conduta de harmonia social, que é o próprio Direito envolvido pela norma.

3 — Anarquia

Anarquia é um termo que passou para a História como caos, confusão, motim. Inicialmente significava desordem na falta de um governo, se bem interpretada a raiz “anarchos”, palavra que vem do grego.

Na história do mundo, nas diferentes nações onde a crítica social foi violenta, na denúncia da exploração do homem pelo homem, nas indagações do povo quanto ao papel dos governos, ou nos pensamentos filosóficos a respeito dos direitos individuais e coletivos, surgiram os anarquistas. Eles se diferenciaram, na Itália, na Rússia, na França, segundo os meios usados para convencerem dos seus propósitos.



O anarquismo foi até denominado cristão, segundo se interpreta Leon Tostói, por exemplo, que jamais admitia a violência, mas denunciava as injustiças sociais.

A Igreja católica, cumprindo sua função política de formadora de opinião cristã, se manifesta com toda sua pedagogia de fé: É preciso dar um basta à anarquia criada pelos que se rebelam contra a autoridade, a lei e o governo, mesmo que com suas táticas queiram comunicar a insatisfação e procurar a ordem mais justa, tendo em vista o indivíduo, preconizando uma nova sociedade. Há formas e meios de comunicar dentro da lei, até pelo caminho mais natural que é o cumprimento do dever de respeitar o direito do outro.

No princípio dos movimentos contra o Estado monstruoso está a busca da liberdade do homem. Porém, quando leva ao terror, no campo ou na cidade, pode até ser necessário a subtração dessa mesma liberdade, em nome do direito de todos e da própria justiça.

Muitos dos anarquistas convictos reconheceram que a desordem gera crueldade, e esta “seria sempre um mal, um grande desastre”. Palavras de Kropotkin, anarquista russo, que defendia os camponeses e os trabalhadores; mas até à morte foi contrário à tomada do poder, e já em 1917 receava pela sorte do socialismo russo.

Para onde vamos? Com que armas? Em que companhia? Não há meio científico de saber para onde vamos, pelo que a utopia é constitutiva de qualquer pensamento de transformação social.

O grande compositor Richard Wagner, que combateu em revolução

11 Um opúsculo de CAIO TULIO COSTA nos ensina que por anarquistas foram conhecidos pela primeira vez os revolucionários de França, onde se dizia: “quem negue a autoridade e a combata é um anarquista”. “Como todas as revoluções, diria Camus, a liberdade está no seu princípio — in Caio Tulio Costa, *O que é anarquismo* — 15°. Ed. Ed. Brasiliense, 1990.



anarquista, compôs obras “em que a imagem das lutas é traduzida por sons e timbres de metais que de tão vibrantes dão a noção da destruição da natureza, dos homens e da vida”.

O contrário de anarquia é a ordem. Essa geradora de paz. Resultado da luta pelo direito, dentro da lei. A anarquia gera a violência.

4 — Violência

Há um caráter político na violência. A violência de alguns segmentos — menores de rua, sem-terras, sem-tetos, policiais e jovens em geral, escancarada nas pautas jornalísticas da televisão nos últimos tempos — serviu não só para despertar sentimentos de revolta, mas também para uma análise dos reais fatores, sem paixões.

A reavaliação das instituições de segurança pública tornou-se debate de rua, nos lares, nos centros policiais, em todos os quartéis e, afinal, no mundo. A tristeza do Brasil pela selvageria de gente da polícia nacional, e dos demais segmentos citados, contrasta com imagem de alegria descompromissada, exportada pela mídia; e tão buscada pelos turistas neste país de tantos atrativos, sobretudo de um povo hospitaleiro e modesto.

No clamor do povo levantam-se questões, culpando-se a Polícia em geral, os poderes constituídos da República e mormente a Justiça. Imediatamente a acontecimentos de repercussão, os ocupantes dos altos cargos são substituídos, e o grande desafio do poder político é encontrar um responsável para ser sacrificado. Este responsável há de ser alguém sem lastro ou apoio político, é o que se tem visto. Acha-do mesmo é quando os responsáveis forem criminosos reconhecidos ou julgados.

Não há, neste país tão novo e sem memória, um estudo sistemático e uma teoria sobre causas da violência. Nossas revistas, periódicos e demais produtos literários, pelo menos não dão ciência das pesquisas. Não há disciplina nas faculdades nem as escolas diplomam sobre o assunto. Não se cultivando a memória, não se evita a repetição dos erros, e não há mudança na postura da classe dominante, que fica no mesmo discurso do despreparo do povo e da “colonização”. Os ouvidos atentos, os que sofrem “na pele”, as pessoas sensíveis, os intelectuais interessados, bem como os dirigentes competentes, no entanto, sabem ler na vivência diária, não apenas a violência *vis corporalis*, mas o desprezo pela criança, com os menores jogados na rua, discriminação e desigualdade de tratamento legal no campo contra os sem-terra, os sem-teto, os sem emprego, os sem cultura, e outras minorias: mulheres ainda são vítimas de machismo. Violência vista nos cárceres — porões das nossas civilizadas cidades. Qual cidade, em maior ou menor escala, não esconde um cárcere desumano? a mendicância? A juventude sem futuro? Há homens bons e trabalhadores sem trabalho; há os que sinceramente querem produzir, genuinamente vocacionados para cultivar a terra, e não podem; os sem-teto, sem o direito fundamental de morar — primeira condição de cidadania.

E a polícia? Envolvê-la com os objetivos comunitários, lutar por ela, para que seja de fato aparelhada para suas funções, não seja “usada” nem corrompida é um dos meios de combater os sinais de violência. É preciso reconhecer nas fileiras das organizações policiais as grandes pessoas humanas, condecorá-las, justificá-las.

E existem os índios. Alguém terá se lembrado que 19 de abril é dia dedicado aos

primeiros habitantes desta terra? Alguém se lembra dos jovens índios Caiuás do Mato Grosso do Sul, que recentemente se suicidavam ante à falta de perspectiva para sua cultura, empurrados de suas fronteiras?

E os jovens delinquentes? Sem modelo melhor de adulto a seguir, revivem como heróis, os poderosos, que detiveram o poder plantado na ilegalidade ou ilegitimidade, nos horrores das guerras, nos genocídios, nos preconceitos.

E a sociedade civil? Onde está? É preciso que a sociedade queira aceitar seus membros doentes para tratá-los. Até porque é a sociedade quem está doente com os exemplos de egoísmo, competição desumana para o chamado “sucesso profissional”.

WOLF MIDDEDORF assim se pronunciou sobre a delinquência juvenil, em outras palavras: O vandalismo é um furor absurdo de destruir, que pode surgir como epidemia, e juridicamente são incêndios e delitos análogos de jovens entre 10 e 16 anos, (as moças de 5 a 10% dos casos) na maioria rapazes, que cometem atos absurdos e inúteis, em bandos ou isolados, que sujam paredes, cometem incêndios culposos, por aventura, por furor, por destruição perversa e premeditada, por vingança, ódio, medo, e até se comete vandalismo em forma de *souvenirs* quando se trata de turistas.¹²

Essa juventude deve ser contida, mas não como bandida, e sim como leviana — mal-formada, mal-exemplada, prejudicada pelo mundo adulto, que são fatores somados à genética do indivíduo.

Se existe fator genético atuando, e se a sociedade é também culpada, qual a uti-

lidade da pena pesada e longa na recuperação do jovem? Há possibilidade de se eliminar a horda de jovens mal-formados? Ou a pedagogia correta é a recuperação? Penas alternativas, eis a solução? Sim enquanto resultar do movimento dialético. A concepção dialética procura resgatar a justiça, adotando uma visão que engloba o reflexo da infra-estrutura econômica, a realidade dos direitos dos oprimidos e os instrumentos necessários à superação da própria dialética: dominação/libertação.”

4 DO ILÍCITO CIVIL

As ações humanas podem ser atos jurídicos ou ilícitos no desenvolver das relações sociais, interessando à sociedade como um todo, no momento que adquirem vida jurídica real, como manifestações injurídicas.

No caso da ação humana causar danos ao indivíduo deve ser coibida, como um legítimo interesse da própria coletividade; pois, o direito do particular, se relegado, vem implicar o direito da sociedade, e até o direito do Estado perante as nações, já que a nação é a soma dos indivíduos, dos seus sentimentos e da sua cultura.¹³

5 DO ILÍCITO PENAL

O crime é antes de tudo um fato humano: existe para o homem e por causa do homem.

Desse pensamento deriva toda beleza e complexidade da ciência penal, da criminologia.

¹² Criminologia de la juventud — Ariel, p. 83 — Tradução nossa.

Introdução crítica ao Direito — Universidade de Brasília, D.F. — Roberto Lyra Filho, v.1.

¹³ VON IHERING: *A luta pelo Direito* — 16 ed. pp. 44 e 66).



A conduta descrita pelo legislador como ilícita se denomina tipo legal, que tem por núcleo da descrição um verbo. *Nullum crimen sine lege* princípio de garantia, e sopro de vida da democracia.

Diz, Asúa, que além dos tipos normais descritos, há os tipos anormais que descrevem elementos normativos (exemplos: indevidamente, sem justa causa) e subjetivos do injusto (por motivo de, com o intuito de) e ainda podem se eferir à culpabilidade (para fazer diferença entre crime doloso e culposos).

A linguagem pode fazer referências especiais ao sujeito ativo, classificando-o como: funcionário público, por exemplo, ou ao sujeito passivo, seja o Estado; ou ao objeto, ao tempo, lugar e meios empregados.

Esse conceito é estritamente da tipicidade do ato. Pois, além da ilicitude — imputação objetiva do tipo legal — tem-se ainda que examinar a conduta subjetiva.

O ato ilícito é fato típico, antijurídico, e com vistas à teoria social da ação a culpabilidade é resultado de política criminal, quando examinado o crime culposos; e pressuposto da pena, quanto ao crime doloso. Não reside nisso nenhuma fuga do conceito de tipo para teoria clássica, apenas um temperamento com o finalismo e com as limitações do *jus puniendi*.

Estão englobados nos conceitos da conduta o seu sentido subjetivo psicológico e a política criminal — o direito penal científico.

6

TEORIAS DA CONDUTA NO REINO PENAL

O homem como ser vivo não é inerte; não é uma pedra estática; faz movimentos e concretiza comportamentos, que

podem ser dóceis como uma brisa, ternos como o afago materno; mas, por vezes, se apresentam intrépidos e violentos como um furacão. Ao escrever sua história o homem se afasta da natureza, principalmente pelo fato de estar constantemente criando e confrontando valores.

No estudo da ação humana as mais polêmicas e importantes teorias estão assim enumeradas:

1. — Teoria causalista ou clássica

Os causalistas, também conhecidos por naturalistas, (porque somente enxergam a ação humana como ela acontece no mundo natural), entendem que o crime é um movimento físico, mecânico, da pessoa humana, que se resume num fazer ou não fazer. Noção simples do ato ou da ação humana como o queria Franz Von Liszt, sem nenhum significado jurídico, ou sem a devida valoração: “causa voluntária ou não impeditiva de uma modificação no mundo exterior”.

A ação é um comportamento corporal, que se resume na fase objetiva, produzido pelo domínio do ser sobre o físico e na liberdade de energia muscular, que é fase subjetiva da ação. Consiste num *fazer*, *ação positiva*, como levantar a mão e ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, que se traduz no delito de lesão corporal; ou se expressa num ato de deixar de fazer (*omissão ou ação negativa*) — (crime omissivo), como no caso do médico, que não atende o doente ao ser procurado, e estando obrigado pela sua profissão a prestar cuidados e atendimento, não os prestando comete um crime omissivo, chamado próprio.

Outra modalidade de ação criminosa é a atividade *positiva de deixar de fazer*

aquilo a que estava obrigado, ou seja, cometer um delito comissivo-omissivo, (omissão imprópria). Exemplo clássico da omissão imprópria é o da mãe que não alimenta o filho, deixando-o morrer de inanição, ou do porteiro que deixa o condômino preso no elevador em pane e não providencia socorro. Nessa conduta revela-se um *não fazer*, fazendo. Segundo HELENO CLAUDIO FRAGOSO, “omissão — abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar, não é mero não fazer, mas não fazer algo, que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito, e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização” — conceito normativo.

Diz a doutrina brasileira que os causalistas surgem “na plenitude da influência das idéias positivistas dominantes em fins do século XIX, que empreendiam transplantar para a área das ciências humanas os métodos e as leis das ciências da natureza”. Relembre-se que o positivismo aceitava a idéia do homem como ser social, porém estudando-o com métodos empregados pelas ciências naturais, explicando os fenômenos humanos através da observação do comportamento do homem como se fosse uma física social, assim como era a física da natureza.

Para essa teoria, a ação é a quebra da harmonia exterior do ambiente social, ou ambiente comum. Ofende bem ou interesse, o qual é protegido pela lei e pelos princípios gerais de direito. Bem que pode ser próprio do indivíduo — interesse privado ou pertencer à sociedade como um todo: vida, saúde, honra, patrimônio, etc.

Os adeptos dessa corrente acreditam que o homem dotado de vontade própria realiza determinada conduta e obtém um resultado que a lei diz ser crime. Nesse momento da ação não há apreciação da culpabilidade ou da ilicitude. Isto é, não há valoração normativa ou social da ação, mas sim do resultado, *a posteriori*. Essa concepção, na conduta da agressão corporal, se resultar ferimento, tipificará o crime de lesão corporal, se provocar a morte, será o delito de homicídio, por exemplo. E nem sempre é assim considerando-se o crime de tentativa de homicídio

Esse conceito puro da ação tem nos nacionais acompanhantes ilustres: Anibal Bruno, Magalhães Noronha, Nelson Hungria para quem “a teoria de Welsel (teoria finalista da ação) não é mais que a emissão infecunda de exasperada dogmática...”¹⁵

2 — Teoria finalista da ação

Os conceitos jurídicos se transformam com mais lentidão que o acontecer real da conduta humana. Continuavam os penalistas presos à idéia causalista da ação e o positivismo já estava sendo superado pelo neokantismo.

Em que pesem críticas ao pensamento de Kant, como sendo *a parte da moral o ponto frágil da sua filosofia*, tome-se do seu ensinamento a verdade da existência da razão, dos sentidos, das idéias e principalmente do livre arbítrio, para compreender o finalismo que se instaurou no estudo da conduta.

15 FREDERICO MARQUES, afirmou que: “ação ou omissão é apenas O querer intencional de produzir o resultado, prossegue o Mestre, é matéria pertinente à culpabilidade e não à ação... A voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade e não à ação. Não se confunde assim a voluntariedade da ação com o juízo sobre a existência da vontade como suporte psíquico do ato; na segunda hipótese, formula-se um juízo de valor sobre o conteúdo vontade” (In *Justitia* — vol 85-1974) — HELENO CLAUDIO FRAGOSO, se expressa: “...A teoria finalista da ação é criticável, embora represente sem dúvida uma vigorosa corrente na doutrina penal moderna, que oferece solução sedutora para muitos árduos problemas.”

No conceito de ROXIN: "... o tipo objetivo não pode ser reduzido à *conexão* de condições entre comportamentos e resultados, senão que os resultados, conforme as pautas político-criminais, teriam que ser imputados aos autores como suas obras".¹⁶

As idéias de Kant viriam influenciar os espíritos dos penalistas, como aconteceu com Hans Welzel. Este concluiu não ser apenas natural ou causal o comportamento humano, porém dirigido a uma finalidade, já que, através de conhecimento e experiências, o homem pode prever conseqüências dos seus atos, e, dotado de livre arbítrio, pode escolher o caminho da sua conduta.

Os finalistas basicamente seguiram o alemão Welzel na sua concepção dos atos ou das ações humanas. Para ele "é impossível impedir a ação causal, ou o movimento natural da expressão corporal, mas o direito penal pode e deve considerar a intenção da ação, ou a finalidade do movimento no momento de tipificar o delito, ou seja, no próprio instante da ação."¹⁷

Afirma o mestre alemão, que a ação humana é o exercício da atividade finalista. O homem conhecendo as conseqüências do seu comportamento pode, se estiver com a vontade livre, escolher o resultado que mais lhe aprouver. Isso é o livre arbítrio.

A ação não é apenas uma movimentação natural do agente com desvalor do

resultado. Ela é também é tendente a um resultado. Quando o homem comete um delito, ele desvaloriza a ação que quer cometer, e não o resultado. Diante dessas idéias filosóficas, para melhor explicar o conceito da ação mecânica corporal do homem na realização do crime à doutrina dos causalistas, os finalistas, sendo pensadores mais modernos, adicionaram a noção da intencionalidade ou a finalidade do movimento físico natural. Sendo a ação um efeito da vontade do homem, deve-se considerar no momento da revelação no mundo exterior o conteúdo dessa vontade ou a finalidade do comportamento. Pretendem eles diferenciar o delito culposos do doloso, exatamente colocando na ação, ou seja, no fato típico, a finalidade da conduta.

Assim, explica Welzel, a ação da enfermeira que mata o paciente colocando na injeção dose excessiva de morfina foi tendente a realizar uma ação finalista de cura, e sem o querer atingiu outro resultado, por imperícia ou negligência, ou imprudência.

Críticas às teorias não faltam. Percebeu-se na teoria causal a dificuldade de diferenciar a conduta dolosa da culposa; mas, por sua vez, foi criticado o finalismo que não explicaria o crime culposos.

Maior dificuldade estaria com os causalistas, no caso da tentativa de um crime, por exemplo; uma vez que, para eles, a ação não se acha integrada pelo ânimo subjetivo, sendo este um juízo de

16 Faculdade da consciência, que cria moralidade (o que para Kelsen é a noção do "dever ser"), é chamada por Kant a "capacidade de querer", e encerra uma parte "sensível" e uma parte "pura". A parte sensível compreende tendências e desejos que provêm dos sentidos que estão sempre dirigidos pelos sentimentos momentâneos de prazer e de dor. A parte mais elevada chama-se "razão prática", e coloca-se dos sentimentos além momentâneos de prazer, e de dor, valoriza-os, aprecia-os e formula leis para a vontade.

17 "... A força prática das regras do direito privado revela-se na defesa dos direitos concretos, e se por um lado esses últimos recebem a vida da lei, por outro lado restituem-lha por sua vez. A relação entre o direito objetivo ou abstrato com os direitos subjetivos ou concretos lembra a circulação do sangue, cuja corrente parte do coração para ali voltar "... A força de um povo corresponde à força do seu sentimento jurídico. Cultivar o sentimento do direito na nação é, portanto, cultivar o vigor e a força do Estado. Por esta cultura não entendo, está claro, a cultura teórica da escola e do ensino, mas a realização prática dos princípios da justiça em todas as relações da vida."

valor, pertencente à culpabilidade, e a outro momento. É possível separar os momentos da ação? Fazer refletir na alma do delinqüente o resultado da sua conduta e aí então dizer: "Cometeu tentativa de lesão corporal?" ou "Cometeu tentativa de homicídio? Como? se o resultado for o mesmo: ferimento da integridade corporal? perguntam os finalistas. E a tentativa sem resultado como seria valorizada, não fosse no momento da ação? Segundo Welzel, a tentativa não é um mero processo causal que não produz seu efeito, mas uma conduta que aponta a um resultado escolhido previamente. Por conseguinte, uma ação, na qual o conteúdo da vontade é o elemento constitutivo.

Como se poderia definir de outro modo a tentativa de homicídio, a não ser como uma ação com a qual o autor quer matar um homem?

Se o conteúdo da vontade é uma parte integrante necessária da ação, na tentativa seguirá sendo.

O conteúdo da vontade é a culpabilidade. É o elemento subjetivo da conduta, é a causalidade psíquica, ou de foro íntimo, que supõe o livre arbítrio. A finalidade do ato ou da conduta voluntária é o que dirige o suceder externo. É o homem, baseado no comportamento natural, traçando um plano mental para chegar a um resultado.

3 — Teoria social da ação

Na Alemanha, Welzel fez aprimorar o conceito naturalístico com o seu finalismo, e, em seguida, a corrente da teoria social visou reunir o que de melhor havia nas duas anteriores e conciliá-las.

Se a ordem jurídica quer as ações

finalistas evitadas para que os crimes não sejam cometidos, da mesma forma quer o direito que os comportamentos naturalísticos não realizem resultados delituosos: sejam os delitos de resultado querido e determinado, como nos crimes dolosos, sejam os delitos culposos, onde o direito exige que a conduta do homem capaz, medianamente inteligente, realize atos com previsibilidade do resultado para não incorrer nos delitos culposos. Desse raciocinar da exigência social normatizando a conduta humana surge a corrente da teoria social da ação, que visa conciliar a teoria causalista com a finalista e juntar a elas a necessidade do aspecto social.

Para essa corrente, na hora de tipificar o delito, além da consideração do ato causal e do finalismo desse ato, é preciso estudar a relevância do transcurso, que a conduta individual causa no meio da comunidade de convivência do agente causador do delito. *Relevância social* é o conceito que pretende unificar as correntes para dar sentido até mesmo aos fenômenos físicos do ambiente de vida. Nesse passo, grande consideração se deve dar aos crimes mais modernos: contra o meio ambiente e crimes culposos por imperícia. Entendendo-se que o homem negligente e imprudente na profissão é um mal-formado, portanto: imperito e perigoso em potencial.

É a própria sociedade quem cria, mas não tolera os maus profissionais, ou, indo mais além, é o próprio Estado como gestor da segurança, quem suporta a formação errônea; não fazendo valer sua força de ente moral para educar e selecionar os profissionais, cuja valoração do seu comportamento é estritamente social.

DAMÁSIO DE JESUS criticou com muito acerto essa teoria: “Se a ação é a causação de um resultado socialmente relevante, então não há diferença entre uma conduta de homicídio doloso e um comportamento de homicídio culposo, uma vez que o resultado é idêntico nos dois casos”. Ora, tal perplexidade é a mesma para a teoria causalista que quer separar os momentos da ação e da culpabilidade. DAMÁSIO DE JESUS, hoje da corrente finalista, na sua obra de Direito Penal de 1972, mostra que era causalista.

Ensina FRANCISCO CAMPOS DE TOLEDO: “faça-se um exame menos superficial dos delitos culposos e se verá que, no centro de todos eles, está a inobservância de um dever de cuidado, ou a violação de uma proibição, o que já constitui, por si mesmo, uma conduta voluntária na causa, portanto, finalista.”...

“De qualquer ângulo que se examine a questão, topamos com a finalidade da ação humana”. (*Princípios básicos do Direito Penal* — fls. 45)

7

CONCLUSÃO

Severas e fundadas contraposições devem ser aceitas em todas as correntes.

Examine-se cada uma das correntes já referidas com olhos de quem se volta para o passado, tentando extrair delas os ensinamentos aplicáveis em todas as épocas.

A linguagem é um sistema simbólico e mais estável que as mudanças da natureza, embora seja viva como o progresso do homem, que transmuda-se,

mas que seus conceitos a respeito da ação permanecem estáticos num certo lapso de tempo, enquanto se elaboram novos conhecimentos.

Disso resulta que as explicações para a conduta humana, além de estarem filiadas às tendências e aos estudos de cada época, ainda retratam a realidade com dados passados. Portanto, quando nascem, já estão superadas.

Ressalte-se que a lentidão nas mudanças dos conceitos jurídicos são condições de segurança e estabilidade, tão necessárias à paz social.

Sobre a validade das normas, Kelsen assim se pronunciou: “É verdade que apenas consideramos válida uma ordem normativa quando ela é globalmente considerada eficaz; e, que quando uma ordem normativa, particularmente uma ordem jurídica, é eficaz, isto é, quando a conduta humana que ela regula, considerada de modo global, lhe corresponde, podemos afirmar: se os pressupostos que são estatuídos nas normas da ordem social efetivamente se verificam, também as conseqüências que nessas normas são ligadas àqueles pressupostos se verificarão com toda probabilidade. Ou, no caso de uma norma jurídica eficaz: se foi praticado um ilícito previsto pela ordem jurídica, também será provavelmente realizada a conseqüência do ilícito por aquela mesma ordem jurídica prescrita.” (*Teoria Pura do Direito* — E. 1995 — p. 97). ■

Dale Fonseca e Silva Nunes é Promotora de Justiça aposentada, hoje Advogada em Uberaba- MG.

bibliografia

ARANHA, M. L. A. e MARTINS, M. H. P. *Filosofando: introdução à Filosofia*. São Paulo: Moderna, 1986.

CHAUÍ, M. *Convite à Filosofia*. Buenos Aires: Indugraf, 1995.

DELMANTO, C. *Código Penal comentado*. São Paulo: Renovara, 1986.

DIAS, J. A. *Da responsabilidade civil*. v. 1. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

IHERING, R. V. *A luta pelo Direito*. Trad. João Vasconcelos. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JESUS, D. E. *Teoria finalista da ação e teorias da culpabilidade no Código Penal de 1969*. *Justicia*, ano XXXVI, 2º. Trim. 1974, v. 85. p. 350.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAHR, C. *Manual de Filosofia*. 6ª ed. Porto: Apostolado da Imprensa, 1952.

MIRANDA, D. A. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. 4ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, M. F. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*. São Paulo: Maltese, 1964.

SILVA, D. P. *Vocabulário jurídico*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.