

A PROBLEMÁTICA DO CONCEITO DE DELITO NA DOUTRINA BRASILEIRA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

ADRIANO ZAMPIERI CALVO*

BENEDICTO DE SOUZA MELLO NETO**

PATRÍCIA CARRARO ROSSETTO***

PRISCILA KUTNE ARMELIN****

*Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá.

**Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá.

***Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá.

****Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá.

Orientador Professor Dr. Luiz Regis Prado.

RESUMO: O crime, um dos conceitos básicos da teoria jurídica do delito, pode ser definido sob o aspecto formal, de matiz eminentemente positivista, e material, que leva em consideração apenas o aspecto ontológico do delito. Ambos os critérios, no entanto, se mostram insuficientes, levando a doutrina à construção de um conceito analítico, o qual procura – ainda que apenas para fins metodológicos – decompor as partes constitutivas do delito (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade)

as quais estão estruturadas axiologicamente em uma relação lógica, sem que isso exclua a consideração do fato delitivo como um todo unitário. Nesse contexto, soblevam-se várias classificações, seja quanto ao corte epistemológico das estruturas dogmáticas, seja pela concepção a respeito das várias categorias integrantes daquele conceito.

RESUMEN: El crimen, uno de los conceptos básicos de la teoría jurídica del delito, puede

ser definido bajo un aspecto formal, de matiz eminentemente positivista, y material, que lleva en consideración sólo el aspecto ontológico del delito. Lo dos criterios, entretanto, han sido insuficientes, llevando la doctrina a la construcción de un concepto analítico, a lo cual procura – aún que solamente para fines metodológicos – descomponer las partes constitutivas del delito (conducta,

tipicidad, ilicitud y culpabilidad) a las cuales están estructuradas axiológicamente en una relación lógica, sino que eso excluya la consideración del hecho delictivo como un todo unitario. En ese contexto, sobrellevan varias clasificaciones, sea cuanto al corte epistemológico de las estructuras dogmáticas, sea por la concepción a respeto de las varias categorías integrantes de aquel concepto.

Palavras-chave: Conceito de delito - Conceito analítico - Teoria finalista.

Palabras-clave: Concepto del delito - Concepto analítico - Teoría finalista

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais - 2 O conceito formal de delito - 3 O conceito material de delito - 4 O conceito analítico de delito - 4.1. Delito como conduta típica e antijurídica - 4.2. Delito como conduta típica, antijurídica e culpável - 4.3. Delito como conduta típica, antijurídica, culpável e punível - 5 Conclusões.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

No moderno Direito Penal têm-se como conceitos básicos o delito, a pena e a medida de segurança, sendo que a descrição do conceito de delito está nos fundamentos deste Direito¹.

A ciência jurídica estuda o delito como objeto regulado pelas normas jurídicas e não como um fenômeno real, que se funda na experiência, campo este abrangido pela criminologia. Portanto, “sob o ponto de vista da técnica jurídica, a elaboração da teoria do delito constitui a parte mais interessante da nossa disciplina”².

Ensina a doutrina que a teoria jurídica do delito utiliza estruturas racionais rígidas, que mantém no Direito Penal uma capacidade de racionalização da lei maior que os outros setores jurídicos. Trata-se de uma teoria “cuja profundidade

¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte geral. Trad. Miguel Olmed Cardeneti. 5. ed. corr. e ampl. Granada: Comares, 2002. p. 14.

² BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal*. Parte Geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. Euclides Custódio da Silveira (notas). São Paulo: Saraiva, 1964. p. 110.

e refinamento lhe conferiram uma influência tal, que não resulta exagero afirmar que a maioria das modificações legislativas relacionadas a critérios de exigência de responsabilidade penal foi aplicada previamente, com escasso apoio legal na jurisdição”³.

Assim, a primeira tarefa da teoria jurídica do delito é dar um conceito de crime, no qual estejam presentes todas as características a todos os delitos⁴, ou seja, que envolva os aspectos comuns a todos os fatos puníveis, entendendo a ação delitiva com um todo, mediante a elaboração teórica dos elementos gerais.⁵

Essa tarefa compreende o conceito analítico do delito, que será o objeto principal do estudo proposto. Isto porque, é o conceito estratificado uma construção dogmática, sendo esta a que mais interessa para o estudo jurídico-penal do delito. Tal concepção varia conforme a diretriz científica adota pelo autor, como será apontado no curso do presente estudo⁶.

Todavia, antes de adentrar no tema, entende-se, por oportuno, pela necessidade de se realizar algumas diferenciações.

A primeira se refere à diferença entre infração e delito⁷. Infração é o gênero, que abrange as espécies delito e contravenções⁸. Porém, delito e contravenções também não são sinônimos. A Lei das Contravenções Penais, em seu artigo 5º, sanciona a contravenção com prisão simples e multa; o Código Penal pune os delitos, conforme artigo 32, com as seguintes espécies de pena: privativas de liberdade, restritiva de direito e de multa. Desta forma, o legislador brasileiro adotou a divisão geral bipartida das infrações penais, ou seja, de um lado delito ou crime (são sinônimos), de outro a contravenção

³ DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78 e 112.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 1-3.

⁵ JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal ...op. cit.*, p. 210.

⁶ “A correta análise da responsabilidade do autor do fato punível exige a formulação de um conceito estratificado de delito que propicie o avanço das considerações através de um procedimento que guarde obediência a uma ordem lógica. O trabalho de estratificação do delito foi elaborado e reelaborado por diversos penalistas e suas proposições não apresentam plenamente uniformes” (GRECO, Rogério; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 51).

⁷ Tem-se, também, a diferença entre infração administrativa e delito. Segundo a doutrina, esta diferença parte do merecimento da pena de um fato. O grau de periculosidade do ataque ao bem jurídico, na infração administrativa, em geral, é inferior ao delito. E o alcance do objeto da ação tutelado é, também, na maioria das ocasiões, inferior (JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal...op. cit.*, p. 63).

⁸ GRECO, R.; ROCHA, F. A. N. *Estrutura jurídica do crime...op. cit.*, p. 25-26. O Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941, no seu art 1º, prescreve que: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

penal, sendo que a diferença entre eles é simplesmente quantitativa, ou seja, conforme a gravidade da conduta tem-se a pena⁹.

Em outras palavras, na visão do legislador, o que os distingue é a maior ou menor necessidade de prevenção geral, sendo que haverá crime quando a previsão deôntica do comportamento estiver inscrita dentro ou fora do Código Penal, mas que tenha previsão de pena de reclusão ou detenção, se for prisão simples, é contravenção¹⁰. Como dizia Nélon Hungria, a contravenção “é senão crime de menor entidade, o *crime anão*”¹¹.

Outra diferenciação a ser feita, é entre delito e figura delitiva. Esta é mais abrangente e envolve tudo o que antecede a pena, conceituada na técnica penal como “a forma exterior, a exterioridade do delito, representado pelas circunstâncias que o caracterizam e individualizam.”¹²

Ensina a doutrina estrangeira que todo delito deve ser formulado mediante uma definição especial que, em cada caso assumirá, pois, uma estrutura muito particular a qual se chama de figura delitiva. E assim, em todo o sistema legislativo existe, em consequência, uma grande variedade de figuras, as quais, para sua apresentação legislativa ou para seu estudo, podem ser agrupadas com diferentes critérios classificadores, como por exemplo, a característica da ação, do bem jurídico protegido, o número e a qualidade de sujeitos considerados em cada caso, e muitas outras características¹³.

Enfim, na figura delitiva são abarcadas, além das estruturas dogmáticas e dos elementos que fundamentam o injusto específico, as circunstâncias relevantes à conformação da punibilidade, assim como, aquelas que influam na magnitude do injusto ou da culpabilidade.

Ao passo que o delito é um conceito restrito, com base ontológica¹⁴, que alcança a todos os tipos penais, não é restrito a um caso. Assim, as

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 238. No sistema tripartido, as infrações penais são: crime, delitos e contravenções, segundo sua gravidade. Entende-se que essa concepção é preferível, visto que traduzem a hierarquia dos comportamentos reprováveis e permite maior diferenciação valorativa das infrações penais (p. 238).

¹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

¹¹ HUNGRIA, Nélon. *Do crime*. In: HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. II, p. 39.

¹² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 292.

¹³ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1976. v. I, p. 221.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positiva-normativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 839, set. 2005, p. 422. Os autores acrescentam que “a estrutura ontológica da finalidade condiciona a concreta imputação de resultados. Por esse motivo, a ação (ou omissão) finalista deve

categorias que compõem o conceito de delito estão presentes a todos os crimes em particular; sendo isto que o identifica como ação/omissão, típica, ilícita e culpável.

Enfim, o intuito do presente estudo é analisar na doutrina nacional brasileira como tem sido acolhida essa construção, apresentando críticas e posicionando-se dentro do melhor conceito dogmático acolhido. Com vistas a facilitar a apreensão do tema, preferiu-se agrupar os juristas que defendem, em linhas gerais, as mesmas premissas dogmáticas, procedendo às devidas individualizações quando assim for necessário.

2 O CONCEITO FORMAL DE DELITO

O delito sob o aspecto formal versa sobre a relação de contrariedade entre a norma penal e a conduta perpetrada pelo agente. Sob essa perspectiva, de matiz nitidamente positivista, delito será “toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena”.¹⁵

Grande parte da doutrina faz breve menção ao conceito formal (nominal) de delito¹⁶, no entanto, dentre os adeptos dessa concepção destacam-se Bento de Faria e Everardo da Cunha Luna.¹⁷

figurar, com base material, o ser sobre a qual incidem juízos de valor que lhe conferem plenitude de sentido. Isso significa que a estrutura da conduta humana é a condição fundamental de possibilidades para juízo de valor que, para adquirirem sentido, devem ter como objeto a incidência exatamente aquela, dando-lhe *significação social*. [...] A necessária vinculação do método finalista às categorias ontológicas – consideradas ou não como estruturas lógico-objetivas – representa a base sólida que legitima e autoriza o Direito Penal a cumprir corretamente sua função e seus fins, vale dizer, a proteção de bens jurídicos essenciais ao homem e à coletividade.” (p. 422).

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 12. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 147.

¹⁶ Nesse sentido vide: COSTA E SILVA, A. J. da. *Comentários ao código penal brasileiro*. Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: [s. l.], 1967. v. I, p. 48; FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal...* op. cit., p. 144; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1. ed. rev., atual. e reform. Campinas: São Paulo: Bookseller, 1997. v. II, p. 25; MARTINS, José Salgado. *Direito Penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 127; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 93; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Confino, 1950. t. 1, p. 235; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 281; COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 276-277; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p. 235; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978. v. I, t. I, p. 194; PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 3.

¹⁷ Embora Damásio Evangelista de Jesus mencione ser adepto do conceito formal de crime, entende-se que o autor perfilha a concepção analítica, pois ao conceituá-lo como conduta típica e antijurídica, acaba por defini-lo a partir da decomposição de seus elementos, razão pela qual, opta-se por classificá-lo dentre os autores que acolhem a concepção analítica bipartida de delito. Sobre o exposto, vide: *Direito Penal*. Parte Geral. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 151-154.

Bento de Faria preconiza que delito será toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais. Os elementos que o integram são classificados em *materiais* – ação criminosa do sujeito ativo; resultado; relação de causalidade – , e *psíquicos* tido como a vontade livre e consciente manifestada externamente e a imputabilidade. A partir daí, afirma que o indivíduo ao agir de forma consciente e voluntária contra um preceito de lei proibitivo (ação) ou imperativo (inação) pratica um crime, pouco importando que se dê ou não a lesão ou perigo de lesão ao interesse que a lei penal pretende tutelar.¹⁸

Everardo da Cunha Luna, por sua vez, define crime como o fato do homem proibido por lei sob a ameaça de uma pena, sendo o crime uma realidade valorada, já que a proibição valoriza a realidade.¹⁹ Para o autor, o delito divide-se em elementos objetivos e subjetivos. “Os elementos objetivos, ou, numa palavra, o fato, a ação, precedem, na ordem lógica e dogmática, aos elementos subjetivos, ou seja, a culpa, a culpabilidade”.²⁰

A reação da doutrina a esse conceito “rigidamente formal ou demasiadamente impreciso”²¹ permitiu a evolução, e conseqüente construção, de outros conceitos de delito que captassem, por um lado, os elementos que o compõe, e de outro, a realidade fenomênica do fato delituoso.

Isso porque, embora se reconheça a utilidade do conceito formal, já que é cediço o entendimento de que crime será o que a lei concebe como tal, entende-se que esta definição, além de tautológica²², é insuficiente para se proceder ao estudo científico do delito, pois não parte de sua noção ontológica. Em outras palavras, trata-se de um conceito vazio em termos de conteúdo, que deixa ao alvedrio do legislador a criação indiscriminada de novos tipos penais, em

¹⁸ FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro: comentado: decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Parte Geral. 2. ed. atual.* Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1958. v. II, p. 117.

¹⁹ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal. Parte Geral: com observância à nova parte geral do Código Penal.* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 69-70.

²⁰ LUNA, E. da C. *Capítulos de Direito Penal...op. cit.*, p. 70-71. Mais adiante, sustenta: “Fato e culpa apresentam-se, na realidade jurídica do crime, dentro das palavras lei. Na expressão legal do crime, ou tipicidade, expressa-se a sua contrariedade ao direito, ou antijuridicidade. O crime, considerado como um todo, é, a um tempo, fato e culpa típicos, fato e culpa antijurídicos. A ação e a culpabilidade resultam de uma análise; a tipicidade e a antijuridicidade, puras relações jurídicas, constituem uma síntese. Análise de uma realidade humana concretamente indivisível; síntese de uma realidade social e de uma figura legal”. (p. 71).

²¹ *Ibidem*, p. 281.

²² Cf. SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal...op. cit.*, p. 229, em que o autor, citando Ihering, aponta a tautologia da definição, em que diria apenas que “crime é crime”. Nesta esteira vem o entendimento de Vincenzo Manzini, pois segundo o autor tal definição se reduz a uma mera tautologia já que para a pergunta sobre *qual será a ação punível*, a única resposta cabível seria *a ação punível*. (*Trattato di Diritto Penale italiano. 5. ed.* Torino: UTET, 1985. v. 1, p. 613).

desrespeito aos princípios mais comezinhos do Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Além disso, “nada diz acerca dos elementos que deve ter essa conduta para ser assim punida”²³ refletindo uma realidade parcial²⁴, pois como já realçado é preferível o entendimento de que crime será a ação ou omissão típica, que contraria a ordem normativa, sendo, portanto, ilícita, cuja reprovabilidade recai sobre um indivíduo responsável e que poderia e tinha capacidade de agir conforme o ordenamento, ou seja, culpável.

3 O CONCEITO MATERIAL DE DELITO

Sob o aspecto material (substancial), o delito será a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídico-penais individuais ou supra-individuais, “quer dizer, o que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal”²⁵. Para Magalhães Noronha o conceito material parte do aspecto ontológico do delito, definindo-o como “a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a ofensa ao bem jurídico, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela”.²⁶

Aníbal Bruno ensina que sob a perspectiva material o delito é “um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental

²³ MUÑOZ CONDE, F. *Teoria geral do delito...* op. cit., p. 2

²⁴ Nesse sentido vem o entendimento de Aníbal Bruno o conceito puramente formal alcança apenas uma das facetas do fenômeno delituoso, que é sua contradição a uma norma jurídica. (*Direito Penal...* op. cit., p. 281).

²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...*, p. 235.

²⁶ NORONHA, E. M. *Direito Penal...* op. cit., p. 93-94. Costa e Silva entende que sob o ponto de vista material “delito é o atentado (Gefährdung) das condições vitais da sociedade comprovado (konstatirte) pela legislação e só evitável por meio da pena” (*Comentários ao código penal brasileiro...*, p. 48). Para Fragoso, conceito material define o delito como um “desvalor da vida social”, aferido pelo fato de ter causado um dano ou exposto um bem jurídico a perigo (*Lições de Direito Penal...* op. cit., p. 147). José Frederico Marques declara que o conceito material refere-se à violação do bem jurídico penalmente tutelado. (*Tratado de Direito Penal...* op. cit., p. 25). Da mesma forma, José Salgado Martins preconiza que segundo o conceito material crime é “o fato externo em que se resolve a conduta humana, quando, opondo-se conscientemente à norma ético-jurídica, causa dano ou perigo de dano a um bem que corresponde à satisfação de uma exigência social, valorada de um modo relevante pelo Direito”. (*Direito Penal...* op. cit., p. 128). Galdino Siqueira entende que o conceito material comporta o conteúdo do delito. (*Tratado de Direito Penal...* op. cit., p. 236). Nesse sentido vide: GRECO, R.; ROCHA, F. A. N. G. da. *Estrutura jurídica do crime...* op. cit., p. 31; JORGE, William Wanderley. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.v. 1, p. 191; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. p. 1-2; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80; GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal...* op. cit., p. 80. PIMENTEL, M. P. *O crime e a pena na atualidade...* op. cit., p. 3; MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano...* op. cit., p. 613.

para a co-existência social e por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena”.²⁷

Desse conceito substancial, portanto, emerge a idéia de bem jurídico como fator de limitação, de caráter político-criminal, da atividade produtora de normais penais do Estado²⁸, o que o reveste de um caráter teleológico: a finalidade da construção legislativa de um determinado comportamento como criminoso é a proteção de um valor ou interesse social que esteja a merecer a proteção legal, ou seja, de um bem jurídico.²⁹

É claro que, comparativamente ao conceito formal de delito, o enfoque material é mais moderno e garantista, tendo em conta o destaque dado à importância da noção de bem jurídico. Todavia, a exemplo do que se dá com o conceito formal, também o conceito material de delito será insuficiente para servir como critério delimitativo do conceito de delito, na medida em que a proteção de bens jurídicos é uma tarefa que compete a todos os setores do ordenamento jurídico, e não apenas ao Direito Penal.³⁰

Desse modo, pode-se afirmar que o conceito de delito, dentro de uma linha evolutiva, partiu de um viés formal, que foi, na seqüência, recheado por um prisma material, para, finalmente, ter agregado os elementos constitutivos do delito, analisados a partir de um conceito analítico, adiante tratado.

²⁷ BRUNO, A. *Direito Penal...* op. cit., p. 285. O autor faz uma breve digressão sobre o conceito material de delito. Menciona que parte da doutrina procurou “construir uma definição que contivesse a essência do crime em sua realidade fenomênica e fosse, porventura, universalmente válida, independente do sistema jurídico positivo vigente” (p. 282). Nesse sentido, tomou forma a teoria defendida por Garófalo, para quem o crime (natural) era “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade” (p. 283). Essa formulação, entretanto, não foi aceita pela doutrina, pois acabava por afirmar duas espécies de crime – natural e legal – o que era inconcebível e, além disso, inseria no conteúdo do crime a violação de sentimentos e princípios éticos. Para sanar tais imperfeições, Von Ihering trouxe o conceito material (ou substancial) de delito definindo-o como o “ato que põe em perigo as condições de vida da sociedade, constatado pela legislação e só evitável mediante pena” (p. 284). Essa formulação foi a base do conceito sociológico de crime, que o entende como “um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência social e por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena” (p. 285), ou seja, “o ato que ofende ou ameaça o bem jurídico tutelado pela lei penal” (p. 285).

²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48.

²⁹ Sobre o tema, preceitua Vincenzo Manzini que o Direito Penal representa o *mínimo do mínimo ético*, que baseado num critério político, é requisito indispensável e suficiente para manter a ordem jurídica de uma dada sociedade num dado momento histórico. (*Trattato di Diritto Penale italiano...* op. cit., I, p. 614).

³⁰ MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 55-56. Assevera o autor que “o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, portanto, não pode ser monopólio do Direito penal nem pode ser referência para determinar a função específica que corresponda ao Direito penal no conjunto do ordenamento jurídico” (p. 57).

4 O CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO

O método analítico procede à descrição ou interpretação de uma situação ou de um objeto qualquer nos termos dos elementos mais simples pertencentes à situação ou ao objeto em questão.³¹ Segundo David Teixeira de Azevedo a “análise ganhou preponderância por seu cunho didático, pela singular capacidade de fazer conhecidos os objetos e de explicá-los logicamente, coincidindo com a tendência empirista do cientificismo.”³²

Juarez Tavares atribui a Feuerbach os primeiros indícios da construção analítica do delito, ao dividi-lo em ação externa antijurídica (aspecto objetivo) e desejo antijurídico do agente (aspecto subjetivo, caracterizador da culpabilidade).³³ No entanto, entende-se que a construção do modelo analítico, tal como se concebe nos dias hodiernos, é fruto da evolução dogmático-jurídica de seus elementos: conduta (ação ou omissão), tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.³⁴

Segundo Luiz Regis Prado, a ação, como categoria do delito, surge com Berner (1857). Mais tarde, a idéia da ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para o direito civil, influenciou a dogmática penal com sua adoção por Liszt-Beling (1881) e a de culpabilidade, cuja origem se atribui a Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Finalmente, no início do século XX, Beling acaba por formular a idéia da tipicidade.³⁵

³¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 51. A finalidade desse processo seria a resolução da situação ou objetos propostos a partir de seus elementos, de modo que um processo analítico é considerado bem sucedido quando tal resolução é realizada.

³² AZEVEDO, David Teixeira de. A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, v. 2, abr./jun. 1993, p. 47.

³³ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 12-13. Sobre o tema faz-se necessário traçar alguns aspectos fundamentais. Segundo a lição de Nilo Batista, no Brasil o modelo conceitual *objetivo-subjetivo* encontra suas bases no artigo 2º, §1º do Código Criminal do Império que preconizava: “Art. 2º Julgar-se-há crime ou delicto. §1º. Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais. (Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 1, jul./dez. 2004, p. 113). Tal modelo conceitual foi adotado por inúmeros juristas, dentre os quais se destacam: Galdino Siqueira (*Tratado de Direito Penal...op. cit.*, p. 235-238); José Salgado Martins (*Direito Penal...op. cit.*, p. 127-130) e Roberto Lyra (*Expressão mais simples do Direito Penal: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953. p. 87-88).

³⁴ Nessa direção aponta o entendimento de David Teixeira de Azevedo. Para o autor enquanto “o conceito material contém elementos de natureza econômica, sociológica, moral filosófica, o conceito analítico atende a exigências lógico-sistemáticas. Este apenas se tornou possível após a decisiva evolução da ciência do direito penal, principalmente no final do século passado e início deste” (*A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime... op. cit.*, p. 46).

³⁵ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro... op. cit.*, p. 237. Acrescenta Cerezo Mir que o conceito do tipo de injusto fora elaborado pela Ciência penal alemã, a partir de Beling, que se aparta da velha concepção do tipo como conjunto de todos os elementos do delito. “Para Beling o tipo é uma parte da lei penal e a ele pertencem unicamente os elementos objetivos da figura de delito que devem estar compreendidos pelo dolo” (*Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara, 2006. t. II, p. 458).

O conceito analítico, portanto, decorre da decomposição das partes constitutivas do delito - conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade -, “estruturadas axiologicamente em uma relação lógica (análise lógico-abstrata). Isso não exclui a consideração do fato delitivo como um todo unitário, mas torna a subsunção mais racional e segura”.³⁶

Ressalte-se, por oportuno, que a estratificação de delito refere-se a uma questão metodológica, ou seja, atende a aspectos puramente didáticos, não retirando do delito sua característica naturalística unitária. Estratificado, portanto, não é o delito, mas o conceito que dele se obtém por via da análise³⁷. O crime é um todo, insuscetível de fragmentação, razão porque concebê-lo “como um prisma, seus componentes devem ser representados por suas faces e não como suas partes”.³⁸

Parte da doutrina tece ácidas críticas à expressão elementos, entendendo preferível a utilização dos vocábulos: requisitos, caracteres, aspectos ou faces³⁹. Nesse sentido é o entendimento de Paulo José da Costa Junior que aconselha o uso do termo aspectos em lugar de elementos, por entender que aquela “retrata melhor essa estrutura indissolúvel, apresentando-se mais consentânea com a unidade ontológica da infração.”⁴⁰

No entanto, é usual o emprego do termo elementos para designar os componentes estruturais do conceito de delito. De qualquer modo, como bem salienta Juarez Tavares, não se deve olvidar que “a divisão do delito em fases de valoração não exclui a necessária permeabilidade dessas fases, que se interligam de modo lógico e constituem uma unidade orgânica”⁴¹.

³⁶ PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p. 236. Acrescenta o autor que os elementos do delito “estão em uma seqüência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só a última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável”. (p. 237). Nesse sentido, Cláudio Brandão preconiza que “somente se pode caracterizar uma ação como antijurídica se ela estiver proibida através de uma lei, através de um tipo penal. É proibido ao Estado considerar uma conduta como antijurídica no âmbito penal se na houver uma previsão legal. A culpabilidade por sua vez, necessita dos juízos de tipicidade e de antijuridicidade porque só se pode reprovar o autor de um fato típico e antijurídico se existir um fato típico e antijurídico” (*Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13).

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio R.; IERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 391.

³⁸ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal...* op. cit., p. 150.

³⁹ Nesse sentido: GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal...* op. cit., p. 213; FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal...* p. 150; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Universitária de Direito, 1997. p. 61; AZEVEDO, D. T. de. *A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime...* op. cit., p. 47; PIMENTEL, M. P. *O crime e a pena na atualidade...* op. cit., p. 48; JESUS, D. E. *Direito Penal...* op. cit., p. 152.

⁴⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1, p. 28-29.

⁴¹ TAVARES, J. *Teorias do delito...* op. cit., p. 02.

Fixadas essas necessárias premissas, passa-se a analisar a abordagem dogmática do conceito analítico de delito, conforme as diversas diretrizes científicas adotadas por grande parte da doutrina nacional.

4.1 DELITO COMO AÇÃO OU OMISSÃO, TÍPICA E ANTIJURÍDICA

A concepção bipartida do delito, como conduta típica e antijurídica, figurando a culpabilidade como mero pressuposto da pena, é uma construção patricia atribuída a René Ariel Dotti⁴², em sua obra “O Incesto”⁴³ e expressamente adotada por Damásio Evangelista de Jesus⁴⁴, Celso Delmanto⁴⁵, Julio Fabbrini Mirabete⁴⁶, Walter Coelho⁴⁷, entre outros⁴⁸.

Segundo René Ariel Dotti, o crime seria tão-somente a ação ou omissão típica e ilícita (*prius*), sendo o juízo de reprovação (culpabilidade) um efeito, não integrando seu conceito. Dessa forma, “o crime, visto como ação tipicamente ilícita é um fenômeno distinto e separável da pena cuja imposição depende dos pressupostos da imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa”.⁴⁹

Nessa esteira vem o entendimento de Damásio de Jesus. Para o autor, a culpabilidade não faz parte da definição do crime, servindo apenas como pressuposto da pena que “liga o agente à punibilidade”. Nas palavras do jurista: “O crime existe por si mesmo, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade”.⁵⁰

Ocorre que não apenas a culpabilidade, mas também a tipicidade, antijuridicidade e até mesmo a punibilidade são pressupostos da pena⁵¹, de

⁴³ Cf. BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, jul./dez. 2004, p. 129. Sobre a obra de René Ariel Dotti, membro da comissão de reforma do Código Penal (de 1984) vide: *O Incesto*, Curitiba: Lítero-Técnica, 1976.

⁴⁴ JESUS, D. E. *Direito Penal...op. cit.*, p. 151-156.

⁴⁵ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. ampl. por Roberto Delmanto. São Paulo: Renovar, 1991. p. 18-19.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97.

⁴⁷ COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 36.

⁴⁸ Nesse sentido vide: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 107 e seguintes; BARROS, Flávio Augusto Monteiro de Barros. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 75-76; SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13-23; ANDREUCCI, Ricardo Antônio, *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 33; SILVA, César Dario Mariano, *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 51; SILVA, José Geraldo da. *Direito Penal brasileiro*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996, v. 1, p. 147.

⁴⁹ DOTTI, R. A. *Curso de Direito Penal...op. cit.*, p. 337.

⁵⁰ JESUS, D. E. *Direito Penal...op. cit.*, p. 455.

modo que resulta vazia qualquer argumentação fulcrada na idéia de pressuposto de aplicação de pena.

Como já salientado alhures, o conceito analítico procede à descrição do objeto analisado a partir dos elementos que o integram. O crime, como dado ontológico, captado pela mente do sujeito através de conceitos, dado epistemológico, não pode ser cindido, mas sim apreendido. Na culpabilidade o objeto da reprovação será a vontade e, por meio dela, a totalidade da ação, pois a vontade de ação poderia ter feito o autor se conduzir de acordo com o ordenamento. Assim, esta reprovabilidade pela direção de vontade, embora se refira ao autor, refere-se ao fato delitivo, constituindo um dado ontológico, da mesma forma que as demais categorias essenciais do delito.⁵²

Ora, o direito sancionador em geral, e o Direito penal em particular, regulam o acontecer somente no sentido de evitar a produção de determinadas situações ou de fomentar a realização de outras, o que somente será possível se dirigir seus imperativos a alguma instância com capacidade de orientar-se, de modo calculável, em um determinado sentido, sem que seja necessário confiar na concorrência ou não de eventos puramente causais, aos quais não se pode calcular. Portanto, uma vez definido que tais instâncias não podem se identificar com as forças da natureza nem com os instintos animais, o Direito penal somente pode ter por objeto a conduta humana⁵³, enquanto acontecer racionalmente calculável e enquanto possa ser dirigida no sentido pretendido pela regulação, ou seja, a conduta humana final realizada por um indivíduo responsável.⁵⁴

Na regulação da ordem jurídica adota-se como critério valorativo fundamental a concepção do homem como ser racional⁵⁵, ou seja, sua base essencial funda-se na idéia de liberdade humana.⁵⁶ A partir dessa concepção, destacam-se com elementos essenciais que necessariamente devem ser objeto de valoração do Direito determinadas estruturas lógico-objetivas, sendo elas: ação ou omissão final, participação e culpabilidade.⁵⁷

⁵¹ Nesse sentido: AZEVEDO, D.T. de. *A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime...* op. cit., p. 49.

⁵² Nesse sentido, também, é o entendimento de David Teixeira de Azevedo. Segundo o autor "não se encontra o juízo normativo, portanto, desligado do fato, a recair isoladamente sobre o sujeito. [...] A conclusão imperativa, destarte, é de que a ação contrária ao direito, portanto o injusto e a culpabilidade, unidos indissolavelmente no fato, globalmente comporão o conceito de crime, constituindo pressuposto, ambos, da pena" (p. 49-50).

⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. corr. e aplic. Granada: Comares, 2002. p. 08.

⁵⁴ MARTÍN, L. G. *Fundamentos de dogmática penal...* op. cit., p. 81

⁵⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. pref. e notas. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

⁵⁶ PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., I, p. 298.

⁵⁷ CERREZO MIR, Jose. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982. p. 50.

Assim, uma vez selecionado o critério fundamental, os elementos que se destaquem como essenciais deverão constituir *necessariamente* o objeto de valoração do Direito, não sendo outorgada discricionariedade na escolha de quais elementos ônticos deverão ser valorados, pois a relação entre um critério determinado e a correspondente estrutura lógico-objetiva é *indissolúvel*.⁵⁸

Diante dessa realidade, infere-se que o conteúdo da culpabilidade funciona como uma garantia do indivíduo, ao qual somente poder-se-á imputar uma ação ou omissão, típica e ilícita quando se verificar, que, no caso concreto, o agente tinha plenas condições de adequar livremente sua direção de vontade à ordem normativa. E, justamente, esta verificação parte da análise dos elementos que constituem a magnitude da culpabilidade, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.

Em verdade, a culpabilidade, tal qual a tipicidade e a ilicitude, possui natureza ontológica. Assim, por ser um elemento que diz respeito às condições do agente no momento da prática delituosa, acaba por delimitar o *jus puniendi* estatal aos casos em que o agente detinha plena capacidade de frear seus impulsos de forma a conformá-los ao ordenamento jurídico. Dessa forma, resta desacertada a visão do conteúdo da culpabilidade como merô pressuposto positivo da aplicação da pena, alheio ao conceito de delito.

De outra banda, para piorar, a doutrina tupiniquim costuma verberar que o conceito bipartido de delito adveio dos apontamentos da doutrina finalista de Hans Welzel. Para esses autores, há a equivocada argumentação no sentido de que, tendo sido direcionados o dolo e a culpa para a conduta, a culpabilidade teria sido esvaziada, ou seja, perderia a “única coisa que interessava ao crime, ficando apenas com elementos puramente valorativos. Com isso, passou a ser mero juízo de valoração externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal”⁵⁹. Ou seja, se o dolo e a culpa foram direcionados à conduta e se “a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como ‘fato típico e antijurídico’”.⁶⁰

Ainda sobre esta argumentação, além de jamais ter partido dos ensinamentos de Welzel, resta imperioso afirmar que o conteúdo da culpabilidade não foi esvaziado pelo fato de o dolo (elemento subjetivo) e a culpa (elemento normativo) terem sido direcionados ao tipo. De acordo com a autêntica lição de Hans

⁵⁸ CEREZO MIR, J. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 50.

⁵⁹ CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal...op. cit.*, p. 107.

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97. Nesse sentido, sustenta René Ariel Dotti que conceber a culpabilidade como elemento integrante do crime seria remontar às teorias causais, que a concebiam com um conteúdo recheado de elementos anímicos (dolo e culpa) (*Curso de Direito Penal...op. cit.*, p. 337).

Welzel “com a inclusão do dolo no tipo não se retira desta nenhum elemento objetivo, nem fica, portanto, sequer subjetivado; de outro lado, o objeto da reprovabilidade da culpabilidade não fica reduzido, em absoluto, porque a atitude subjetiva do autor em relação ao fato é elemento constitutivo da reprovabilidade.”⁶¹

Sobre o tema, preconiza José Cerezo Mir que “a ação típica e antijurídica (e, portanto, o dolo) pertence a culpabilidade como pressuposto inescusável que é do juízo de reprovação. Com a inclusão do dolo no tipo do injusto não se desloca a culpabilidade do existencial do homem a um plano puramente intelectual, nem se restringe o ser como pessoa do homem”⁶².

Em síntese: o conteúdo da culpabilidade não foi esvaziado. Justifica-se tal entendimento em razão de que o juízo de reprovabilidade sempre recairá sobre a vontade livre e consciente de realização dos elementos objetivos do tipo legal, ou seja, o dolo. “Culpável é somente a ação se era reprovável a formação antijurídica da vontade. O caráter decisório do dolo não é negado com isso. A inclusão do dolo no tipo de injusto não supõe, por outra parte, sua exclusão da culpabilidade, mas pelo contrário.”⁶³ Somado a isso, tem-se que a culpabilidade não é meramente normativa, já que também agrega elementos psíquicos, como a potencial consciência da ilicitude.

Por derradeiro, menciona-se que outra argumentação em favor do conceito bipartido de delito pauta-se na terminologia adotada pelo Código Penal.

De acordo com seus adeptos, o Código ao utilizar a expressão “não há crime”, estaria determinando a exclusão da tipicidade ou antijuridicidade, enquanto que ao mencionar “é isento de pena”, pretenderia a exclusão da culpabilidade. Portanto, ainda segundo essa corrente, se a expressão “é isento de pena” corresponde a “não é culpável” o Código Penal estaria concebendo o crime ainda quando inexistisse a culpabilidade, figurando esta, apenas, como pressuposto para a aplicação da pena e não para a configuração do delito.⁶⁴

Com fundamento similar, defendem que para a configuração do delito de receptação, seria necessário que o produto adquirido seja “produto de crime”, elemento este que integra o dolo do agente (art. 180, §4º). Entretanto, mesmo

⁶¹ WELZEL, H.. *O novo sistema jurídico-penal...* op. cit., p. 92.

⁶² Cf. CERZO MIR, José. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982. p.58

⁶³ CERZO MIR, J. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p.58

⁶⁴ Cf. DOTI, R. A. *Curso de Direito Penal*, p. 336; JESUS, D. E., *Direito Penal...*, p. 455. Sobre o tema aduz Damásio de Jesus: “Quando o CP trata de causa excludente da antijuridicidade, emprega expressões ‘não há crime’ (art. 23, *caput*), ‘não se pune o aborto’ (art. 128, *caput*) ‘não constituem injúria ou difamação punível’ (art. 142, *caput*), ‘não constitui crime’ (art. 150, §3º) etc. Quando porém, cuida de causa excludente da culpabilidade, emprega expressões diferentes: ‘é isento de pena’ (art. 26, *caput*, e art. 28, §1º), ‘só é punível o autor da coação ou da ordem’ (art. 22, pelo que se entende que ‘não é punível o autor do fato)’ (p. 455).

que o agente de quem proveio o produto de crime seja isento de pena, o sujeito ativo da receptação responderia por esse crime, evidenciando, por conseguinte, a existência de crime sem culpabilidade.⁶⁵

Ocorre que tal argumentação mostra-se superficial e falaciosa, pautada exclusivamente na interpretação gramatical, método este insuficiente para a apreensão do conhecimento científico e para servir como alicerce da teoria jurídica do crime. Na realidade, deve-se construir uma teoria do crime com base na pesquisa filosófica e dogmática; averiguar acerca da natureza do instituto e, a partir daí, verificar se o texto normativo guarda pertinência técnica e terminológica com a Ciência Criminal.⁶⁶

Enfim, tendo em vista as argumentações tecidas, entende-se que a concepção bipartida de delito não se sustenta frente ao estudo mais detido sobre o assunto, tendo em vista a superficialidade e fragilidade de seus preceitos fundantes.

4.2 DELITO COMO AÇÃO OU OMISSÃO TÍPICA, ILÍCITA E CULPÁVEL

A doutrina majoritária entende que crime é ação ou omissão típica, ilícita e culpável.

Dentre os autores que comungam desse entendimento, destacam-se os seguintes autores: Álvaro Mayrink Costa⁶⁷, Aníbal Bruno⁶⁸, Cezar Roberto Bittencourt⁶⁹, Cláudio Brandão⁷⁰, Costa e Silva⁷¹, Edgar Magalhães Noronha⁷², Edílson Mougnot Bonfim⁷³, Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁷⁴, Fábio Guaragni⁷⁵, Fernando de Almeida Pedroso⁷⁶,

⁶⁵ Cf. CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal...* op. cit., p. 107.

⁶⁶ Cf. MORAES, Rodrigo Iennaco. Breve análise sobre a teoria geral do crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, set. 2003, p. 451. Da mesma forma, David Teixeira de Azevedo preconiza que “não se pode inferir da legislação brasileira que o uso da locução ‘isento de pena’ signifique necessariamente a exclusão da culpabilidade e que a para a exclusão da criminalidade a lei se refira sempre a ‘não há crime’ (A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime, p. 49).

⁶⁷ COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 276-278.

⁶⁸ BRUNO, A. *Direito Penal...* op. cit., I, p. 288.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 185.

⁷⁰ BRANDÃO, C. *Teoria jurídica do crime...* op. cit., p. 3-14.

⁷¹ COSTA E SILVA. *Comentários ao código penal brasileiro...* op. cit., p. 48-52.

⁷² NORONHA, E. M. *Direito Penal...* op. cit., p. 92-102.

⁷³ BONFIM, Edílson Mougnot e CAPEZ, Fernando, *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 252-253. Nessa obra, os autores divergem quanto ao conceito analítico de delito. Enquanto o primeiro adota o conceito tricotômico, o segundo defende o dicotômico.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 392.

⁷⁵ GUARANI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 43

⁷⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. Parte Geral: estrutura do crime. 2. ed. rev., atual.

Francisco de Assis Toledo⁷⁷, Guilherme de Souza Nucci⁷⁸, Heitor Piedade Júnior⁷⁹, Heleno Cláudio Fragoso⁸⁰, Jair Leonardo Lopes⁸¹, João José Leal⁸², João Mestieri⁸³, José Cirilo Vargas⁸⁴, José Frederico Marques⁸⁵, Juarez Cirino dos Santos⁸⁶, Juarez Tavares⁸⁷, Néelson Hungria⁸⁸, Rogério Greco⁸⁹ e Fernando A. N. Galvão da Rocha⁹⁰, Luiz Regis Prado⁹¹, Miguel Reale Junior⁹², Paulo de Souza Queiroz⁹³, Rodrigo Iennaco de Moraes⁹⁴, Vicente Sabino Júnior⁹⁵, Wellington Roberto Jorge e William Wanderley Jorge⁹⁶, entre outros.

Em que pese a uniformidade do conceito de delito adotado pelos juristas acima mencionados (ação ou omissão típica, ilícita e culpável), o mesmo não ocorre quanto ao conteúdo e significado de seus elementos estruturais, adotando-se, pois, diferentes entendimentos, conforme a teoria ou concepção de delito à qual se filiam os autores.

e ampl. São Paulo: Leud, 1997. p. 61-66.

⁷⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.

⁷⁹ PIEDADE Jr, Heitor, *Direito Penal*, Parte Geral: Perguntas e Respostas. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 58

⁸⁰ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal...* op. cit., p. 140 e 151.

⁸¹ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104

⁸² LEAL, João José. *Direito Penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 167

⁸³ MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 106.

⁸⁴ VARGAS, José Cirilo. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 157

⁸⁵ MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal...* op. cit., p. 21-28.

⁸⁶ SANTOS, J. C. dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 02.

⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito...* op. cit., p. 01. Este autor aduz que: “no plano teórico-abstrato, em que se move o jurista dogmático, ganhou corpo definitivo a formulação analítica do conceito de delito, como ação típica, antijurídica e culpável.”

⁸⁸ HUNGRIA, N. *Do crime...* op. cit., p. 09-27.

⁸⁹ GRECO, Rogério, *Estrutura Jurídica do Crime: noções fundamentais*, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 31.

⁹⁰ GRECO, Rogério; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, 33-34.

⁹¹ PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, I, p. 237.

⁹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147.

⁹³ QUEIROZ, Paulo de Souza, *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 97.

⁹⁴ MORAES, Rodrigo Iennaco de. Breve análise sobre a teoria geral do crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, , set. 2003, p. 447.

⁹⁵ SABINO JUNIOR, Vicente, *Direito Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. p. 119

⁹⁶ JORGE, Wellington Roberto e JORGE, William Wanderley, *Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1983, p. 145. Concordam que crime é a ação humana, típica, antijurídica e culpável. Entretanto, estes autores, equivocadamente, aduzem que “a partir, porém, da teoria da ação finalista de Hans Welzel, parte da doutrina deixou de considerar o crime como uma ação típica, antijurídica e culpável. Para essa teoria finalista o crime deve ser definido como um fato típico e antijurídico, afastando-se a culpabilidade da categoria de elemento”. Estes autores chegam ao absurdo de afirmar que pela teoria finalista a culpabilidade é mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta. Recomendaram o estudo através das obras de Damásio de Jesus.

Numa primeira acepção, de matiz causalista, entende-se que a culpabilidade figura como elemento subjetivo do tipo, restando à tipicidade, a conduta, o nexos causal e o resultado. Como preconiza Magalhães Noronha, embora não se rechace a idéia de ação como atividade dirigida a um fim, analisar o dolo na tipicidade seria inoportuno, sendo correto fixá-lo na análise do elemento subjetivo do delito, ou seja, a culpabilidade.⁹⁷

Dessa forma, para os adeptos da teoria causalista da ação, o delito é definido como “o fato (humano), típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica”.⁹⁸ Com isso, costumam identificar no delito dois elementos distintos: um de caráter material (exterior) e outro meramente moral (psíquico)⁹⁹, sendo que este último corresponde à culpabilidade.

Tais autores rechaçam a doutrina finalista, pois entendem que com o direcionamento do dolo e da culpa para a tipicidade, a culpabilidade restaria totalmente esvaziada. Todavia, esse entendimento não merece acolhida, pois, como já tratado anteriormente, a vontade da ação e o fim objetivado são idéias que não podem ser cindidas, uma vez que a finalidade está vinculada à vontade do agir, em virtude da natureza ontológica da ação.¹⁰⁰ Sobre o tema adverte Miguel Reale Junior o tipo penal “[...] assume a estrutura da ação e se instaura ele próprio como estrutura, que se caracteriza pelo seu conteúdo axiológico,

⁹⁷ NORONHA, E. M. *Direito Penal...* op. cit., p. 94.

⁹⁸ HUNGRIA, N. *Do crime...* op. cit., p. 9. Sobre o conceito dado pelos causalistas deve-se advertir que Costa e Silva, embora adepto do causalismo entende que a tipicidade não integraria o conceito do delito, pois a construção de Beling, embora não seja desacertada, seria supérflua. o crime. Assim aduz que crime é uma ação, expressão esta que abrange tanto o movimento corporal (ação) como sua abstenção (omissão). Esta ação, tanto positiva quanto negativa, implica na modificação no mundo externo (evento), que em sentido restrito pode ser conceituado como “a parte das modificações do mundo externo a que o direito objetivo liga consequências jurídico-penais” (*Comentários ao código penal brasileiro*, p. 48, nota 04).

⁹⁹ Com efeito, sustenta Nelson Hungria que “o fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o elemento material (exterior, objetivo) e o elemento moral (psíquico, subjetivo) do crime; a injuricidade é a sua própria essência, e a punibilidade, a sua nota particular”. (Ibidem, p. 09).

¹⁰⁰ Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte General. 4. ed. Castellana. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1997. p. 167 e ss. Para o autor, a acusação de “deixar vazio o conceito de culpabilidade”, da mesma forma que a acusação da “subjetivização do injusto”, desconhecem a íntima conexão entre a exclusão da estrutura já superada e defeituosa, ‘objetivo-subjetivo’, e sua substituição pelos contrários ‘ser-dever ser’ no desenvolvimento da teoria do injusto e da culpabilidade. (p. 169). Segundo o autor, a culpabilidade deve ser definida como a reprovabilidade da configuração da vontade, no sentido de não ter se omitido à ação antijurídica quando poderia fazê-lo. Além disso, as faculdades e predisposições humanas (tudo aquilo que o homem simplesmente é) não deve ser levado em conta como mérito ou reprovabilidade, mas apenas aquilo que o indivíduo faz com essas faculdades e predisposições ou como as coloca em movimento em comparação com o que poderia ou deveria ter feito com elas ou como poderia ou deveria tê-las colocado em movimento. (p. 167).

ponto de convergência de todas as partes que o integram”.¹⁰¹ Assim, segundo o autor, “[...] se a intencionalidade é dado real e inafastável da estrutura da ação, não é permissível que o aspecto subjetivo, o dolo como nexó psicológico, venha a constituir um elemento ou aspecto do crime alheio à ação e ao tipo”.¹⁰²

De outro viés, como já dito, os autores finalistas que aderem ao conceito de delito como ação ou omissão típica, ilícita e culpável, retiram o dolo (elemento subjetivo) e a culpa (elemento normativo) da culpabilidade, restando-lhe o juízo de reprovabilidade pessoal pela realização de uma conduta típica e ilícita, estando o agente em condições de se portar conforme a ordem normativa (teoria normativa pura ou finalista).

Assim, a culpabilidade, numa concepção finalista, deve ser entendida como o juízo de censura ou reprovação pessoal endereçado ao agente, de caráter normativo, cujo conteúdo será a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa. Para Luiz Regis Prado, “excluem-se do conceito de culpabilidade a maioria dos elementos subjetivos, anímicos ou psicológicos – integrantes do tipo de injusto -, conservando-se fundamentalmente o critério da censurabilidade ou reprovabilidade (elementos valorativo).”¹⁰³

Em linhas gerais, tais autores aderem ao conceito ontológico da conduta como ação ou omissão finalisticamente dirigida a um resultado, que se amolda à descrição prevista em um tipo legal (tipicidade objetiva e subjetiva), contrária ao direito, quando ausentes causas de justificação (antijuridicidade) e reprovável ao autor, por não ter agido conforme o direito quando tinha condições de assim proceder.

Outras questões passíveis de análise se referem à divergência quanto ao corte epistemológico do conceito dogmático de delito, se tripartido¹⁰⁴ (a conduta é avaliada em conjunto com a tipicidade) ou quadripartido¹⁰⁵ (ação ou omissão figuram como primeiro elemento do crime), e ainda, sobre a essência da ilicitude.

¹⁰¹ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, p. 136.

¹⁰² REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, p. 136.

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...op. cit.*, p. 415.

¹⁰⁴ Dentre os autores que defendem essa concepção, destacam-se: TOLEDO, F. A., *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 80; BRANDÃO, C. *Teoria jurídica do crime*, p. 166; BRUNO, A. *Direito Penal...op. cit.*, p. 268; GRECO, R.; ROCHA, F. A. N. G. da. *Estrutura jurídica do crime*, p. 33-34; LEAL, J. J. *Direito Penal geral*, p. 167; NUCCI, G. de S. *Código penal comentado*, p. 53; AMERICANO, O. I. do B. *Manual de Direito Penal*, p. 69; BONFIM, E. M.; CAPEZ, F. *Direito Penal...op. cit.*, p. 252-253. Ressalte-se, por oportuno, que os autores divergem quanto ao conceito analítico de delito. Enquanto o primeiro adota o conceito tricotômico, o segundo defende o dicotômico.

¹⁰⁵ Neste sentido tem-se: PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, I, p. 135; BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, p. 136; COSTA, Á. M. *Direito Penal...op. cit.*, p. 280; FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal...op. cit.*, p. 146-147; GUARAGNI, F. A., *As teorias da conduta em Direito Penal...op. cit.*, p. 46; LOPES, J. L., *Curso de Direito Penal...op. cit.*, p. 104; TAVARES, J. T. *Teorias do delito...op. cit.* p. 57-59; VARGAS, J. C. *Instituições de Direito Penal*, p. 157-159;

Com relação a tal discussão entende-se que a concepção quadripartida é a que demonstra um maior rigor científico, devendo-se avaliar em primeiro lugar a conduta final para, a partir de sua configuração, passar ao estudo da tipicidade. Isto porque, a conduta é sempre pressuposto fático para a ocorrência de qualquer delito, em qualquer das teorias, pois não é possível vislumbrar fato delituoso sem ação ou omissão humana.¹⁰⁶

Quanto à antijuridicidade destaca-se a teoria dos elementos negativos do tipo preconizada, no Brasil, por Miguel Reale Junior. Extrai-se dos ensinamentos do autor que o crime “se compõe da ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade. A antijuridicidade “seria a constatação de que a ação é típica pela ausência das causas de justificação” e que os “tipos penais requerem a ausência dessas causas de exclusão, como elemento negativos do fato delituoso”. Mais adiante aduz que esse entendimento não importa em prejuízo “de se examinar a face negativa da tipicidade separadamente, ou seja, as causas de exclusão da tipicidade, sob o nome de antijuridicidade”¹⁰⁷

Trata-se de posição isolada na doutrina nacional, visto que incorpora ao conceito de tipo tanto a conduta (ação/omissão) quanto a ilicitude. Contudo, tal concepção não é a melhor, pois os elementos constitutivos do delito comportam categorias próprias, com características e elementos distintos e específicos. Os elementos que fundamentam as causas de justificação, portanto, não são elementos negativos do tipo de injusto, elas possuem um preceito autorizante ou permissivo, visto que se presentes à conduta típica, torna-a lícita.¹⁰⁸

Embora haja uma relação lógica entre a tipicidade e a antijuridicidade, posto que a análise da ilicitude deva necessariamente ocorrer após a afirmação da tipicidade, tem-se que as figuras representam facetas diferentes de um mesmo fenômeno jurídico incindível ontologicamente. As causas de justificação, por sua vez, não se identificam com o injusto típico, constituem verdadeiros tipos permissivos, ou seja, modelos de conduta lícita cuja função é excluir a ilicitude da conduta lesiva (juízo da antijuridicidade do fato - procedimento negativo) após a constatação e afirmação da tipicidade (juízo de tipicidade – procedimento positivo).

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p. 392.

¹⁰⁶ Sobre o tema vide: CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español...* op. cit., p. 349. Ensina o autor espanhol que nos delitos dolosos no juízo de desvalor da ação são avaliados: o dolo; os elementos subjetivos do injusto; as infrações dos deveres jurídicos que obrigam o autor nos delitos especiais; e ainda, a o modo, a forma, o grau de realização da ação e sua periculosidade do ponto de vista *ex ante*. Já no juízo de desvalor do resultado deve-se proceder à análise do grau de afetação do bem jurídico, ou seja, a lesão ou o perigo de lesão sofrido pelo bem jurídico. Já nos delitos culposos, o juízo de desvalor da ação recai sobre a inobservância do dever objetivo de cuidado.

¹⁰⁷ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, p. 147.

¹⁰⁸ PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p. 380.

Ressalte-se, por oportuno, que a idéia de que tipo é ilícito, decorre da escola clássica de delito, onde se prescindia da tipicidade, construção esta posteriormente incorporada à teoria jurídica do delito por Beling. Assim, trata-se à noção já ultrapassada ante a nova concepção de delito.

4.3. DELITO COMO CONDUTA TÍPICA, ANTIJURÍDICA, CULPÁVEL E PUNÍVEL

Há na doutrina uma linha, minoritária, que inclui a punibilidade no corte epistemológico do conceito de delito.

A propósito, Basileu Garcia acolhe o seguinte conceito de delito: ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível. O tipo é entendido como sendo o “[...] ajustamento a um quadro legislativo penal dominante”; e na culpabilidade está o elemento interno (dolo e culpa), sendo a ação/omissão humana o elemento externo objetivo ou físico do crime. Considera a punibilidade essencial ao conceito de delito¹⁰⁹.

Feu Rosa¹¹⁰ e Romeu Falconi¹¹¹ também defendem que não é possível conceber um delito sem a correspondente pena. Apresentam a punibilidade como elemento essencial do seu conceito. Neste sentido, argumenta Romeu Falconi que “o crime é esse conjunto de pressupostos, entre os quais se inclui a sanção, pois a nota característica do injusto culpável [...] é precisamente a sua força de poder chamar para o responsável pela tal conduta, a responsabilidade da pena”¹¹². Acrescenta que “não fosse a punibilidade, e todas as teorias de todas as Escolas estariam nadando na areia, visto que quase todas se centram na pena como meio pela qual se coibirá o crime”¹¹³.

Um forte defensor na doutrina estrangeira nessa linha de incluir a punibilidade como elemento que compõe o conceito de delito é Giulio Battaglini¹¹⁴, o qual afirma: “Em conclusão, temos para nós que os elementos que compõem o delito

¹⁰⁹ GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal...* op. cit., p. 195-197.

¹¹⁰ FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 217-218.

¹¹¹ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. São Paulo: Ícone, 1994. p. 126.

¹¹² FALCONI, Romeu, *Lineamentos de Direito Penal*, p. 160.

¹¹³ FALCONI, Romeu, *Lineamentos de Direito Penal*, p. 160.

¹¹⁴ BATTAGLINI, G. *Direito Penal...* op. cit., p. 136. Além de Battaglini, na doutrina alienígena, cita-se dentre outros: MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 5; VELASCO, Carls María Landecho, BLÁZQUEZ, Concepción Molina. *Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 390; CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho Penal, tomo I, parte general*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 291; SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, p. 208. O autor afirma que a punibilidade é sempre resultado da concorrência de todos os demais elementos, e não guarda, portanto, com respeito a cada um desses, a mesma relação que mantém entre si, sempre reciprocamente integrativa, precisamente para determinar a punição. Por este procedimento de substituição fica definido o delito da seguinte maneira: delito é uma ação tipicamente antijurídica, culpável e adequada a uma figura penal.

sejam de acordo com o novo sistema, três. E precisamente: a) fato típico; b) a culpa; c) a punibilidade”.¹¹⁵ Este autor incluir dentro do fato típico o elemento objetivo e dentro da culpabilidade o elemento subjetivo. Para justificar a inclusão da punibilidade no conceito de delito assevera a diferença entre punibilidade e pena aduzindo que a punibilidade é a possibilidade de se aplicar a pena, e assim, defende a punibilidade como uma categoria formal. Destaca que “a punibilidade estaria fora do delito, se o direito de punir fosse concebido como uma categoria de ordem processual”, e ainda, que “não quer dizer que pondo a punibilidade entre os atributos essenciais do delito, se venha a incluir o efeito na noção de causa. A pena é coisa diversa da punibilidade: o delito é um fato punível e não um fato punido. De vez que o delito é um fato punível, a punibilidade não pode nascer depois de ter surgido o delito, e colocar-se entre a infração e a pena”¹¹⁶. Em suma, para o autor, a punibilidade ocupa lugar de destaque, sendo que “A negação de tal fato [...], é fruto de hábito mental formado sob influência de um pensamento retrógrado, que leva a deixar sem conveniente sistematização vários institutos positivos. Tais institutos não podem constituir figuras extravagantes, ou seja, fora da pena e fora do delito. Contudo, admite-se que a punibilidade se enquadre na definição do delito”¹¹⁷.

Nesta esteira vem o entendimento de Luiz Flávio Gomes, que adota o conceito de fato punível, entendido como “antijuridicidade penal e punibilidade (ou sancionabilidade penal)” e não de delito. Preconiza o autor que “o fato punível possui quatro requisitos: a) conduta típica (em sentido material); b) ausência de causas excludentes de antijuridicidade; c) culpabilidade; b) punibilidade. Os dois primeiros integram o conceito de injusto penal (antijuridicidade material); os dois últimos fazem parte da punibilidade em sentido amplo.”¹¹⁸

Em que pese o autor não se posicionar claramente sobre o tema, entende-se que esta construção nada mais é do que uma nova roupagem, acrescida de algumas considerações equívocas, à teoria já anteriormente defendida por Basileu Garcia. O fato de ter agrupado os elementos do delito em duas grandes classes (antijuridicidade penal e sancionabilidade penal) não modifica a inserção, equivocada, da punibilidade como categoria delitiva, conforme adiante será pontuado.

Todavia, importa, a princípio, contra-argumentar a postura do autor em considerar o conceito dogmático de delito superado pelo conceito global do

¹¹⁵ BATTAGLINI, G. *Direito Penal...op. cit.*, p. 136.

¹¹⁶ BATTAGLINI, G. *Direito Penal...op. cit.*, p. 341; 344.

¹¹⁷ BATTAGLINI, G. *Direito Penal...op. cit.*, p. 350.

¹¹⁸ Para Luiz Flávio Gomes não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*.

“fato punível”, o qual considera “que é muito mais completo e amplo que o conceito de delito e reúne ao mesmo tempo melhores condições de explicar, seja do ponto de vista dogmático, seja do ponto de vista didático e prático, a estrutura do que é penalmente relevante (proibido e punível)”. E ainda, afirma “Já não tem sentido ficar discutindo se o delito tem dois ou três requisitos, quando o importante é ver a realidade global do fato punível”¹¹⁹.

Ocorre que o autor confunde o conceito de delito com figura delitiva¹²⁰ (ora denominado de “fato punível”), sendo esta que envolve amplamente o que é proibido e o punível, num contexto abrangente e global. O conceito de delito não comporta elementos tão amplos, vagos e flexíveis. Tem sua estrutura fixa e rígida, o qual traz segurança jurídica, num respeito às garantias fundamentais, que permanecem atuais. O conceito de delito faz parte da “coluna vertebral” do Direito Penal liberal, que prima pelos princípios fundamentais, em atenção a estruturas lógica-objetivas. Desta forma, discutir quais são as categorias que integram o conceito de delito tem alta relevância, visto que não se admitir elementos de política-criminal (punibilidade), nem que elementos ontológicos, que são fundamentos para aplicação da pena, sejam excluídos (como a culpabilidade).

Retomando, quanto às argumentações de que a punibilidade integra o conceito de delito, posiciona-se, de pronto, por rechaçá-las. Entende-se por equivocada a inclusão de punibilidade no conceito de delito, visto que a punibilidade é consequência¹²¹ que pode ou não existir. Acaso não haja punibilidade, nem por isso o delito deixou de estar configurado. Em sendo consequência, não pode ser, ao mesmo tempo, causa.¹²² Todavia, não se quer dizer que a punibilidade deixa de existir, ocorre apenas que ainda não se aplicou a pena, haja vista que o delito é um fato *punível*, não um fato *punido*¹²³, como bem admite Battaglini.

Se o delito é um fato punível, significa que primeiro deve ser analisado se há crime. Este existindo, parte-se para outra categoria, ou seja, se o crime, já perfeitamente definido é punível ou não; adentra-se na punibilidade.

(O princípio da ofensividade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 76-77).

¹¹⁹ GOMES, L. F. *O princípio da ofensividade no Direito Penal*, p. 75.

¹²⁰ Diferenças já apontada anteriormente.

¹²¹ “Ao delito seguem peculiares consequências jurídicas, como reações jurídicas aplicáveis à prática de um injusto punível. O moderno Direito Penal acolhe, como consequências jurídicas penais do delito, as penas e as medidas de segurança” (PRADO, Luis Regis. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*. São Paulo, v. 0, a. 01, 2004, p. 144).

¹²² Nesse sentido: MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*, p. 98; NORONHA, E. M. *Direito Penal...op. cit.*, p. 102-103; BEMFICA, Francisco Vani. *Da teoria do crime*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16.

¹²³ SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal...op. cit.*, p. 532.

Não se compartilha do entendimento de que sem a punibilidade todas as teorias do delito não teriam como se sustentar, sob o argumento de que nada valeria a previsão abstrata de um delito sem a cominação de pena. Em verdade, este raciocínio não é ao todo errado, pois com a hipótese confirmada, há a consequência jurídica. Porém, não se permite à conclusão de que a punibilidade integra o conceito de delito. Explicando melhor. Há distinguir dois momentos: o primeiro diz respeito à previsão abstrata da pena no tipo penal. Tal previsão, em verdade, sob o ponto de vista lógico-formal diz respeito à estrutura da norma penal, de modo que não guarda qualquer correlação com o conceito de delito. Frisa-se que a estrutura da norma penal é composta de dois elementos "hipótese legal, previsão fática ou antecedente (tipo legal = pena/medida de segurança). Isto quer dizer que é uma proposição hipotética, afirmando um *dever-ser* condicionado pelo preceito legal"¹²⁴. No que pertine ao segundo momento, como já realçado, a imposição de pena (ou medida de segurança) no caso concreto não é decisiva para a configuração do delito. Deste modo, pode-se afirmar que a punibilidade concreta é elemento circunstancial, valendo consignar que não há exclusão ou supressão da pena, mas sim a sua aplicação é obstaculizada por questões de política criminal.

Aliás, desponta-se na punibilidade, como já observado, questões de política-criminal (conveniência e oportunidade), com base axiológica, ficando assentado, portanto, que se trata de uma categoria alheia ao delito. Reforça-se: a punibilidade não é um pressuposto essencial da pena, como o delito o é, mas um pressuposto circunstancial, ou seja, em algumas situações o legislador optou por exigir. A punibilidade tem conteúdo próprio, de política-criminal, e abarca as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo, por isto é uma categoria autônoma¹²⁵.

¹²⁴ PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p. 174.

¹²⁵ Nesse sentido leciona Érika Mendes de Carvalho: "A punibilidade é uma categoria que apresenta conteúdo material próprio, representado pelas condições objetivas de punibilidade positivas e negativas. Não se vislumbra tal categoria como essencial à estrutura delitiva, segundo aduz um setor doutrinário, em virtude da escassez dos mencionados elementos na legislação penal. [...] Não obstante, há uma razão decisiva que impede considerar essas circunstâncias como essenciais à estrutura delitiva: condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo (causas pessoais de exclusão de pena e causas pessoais de supressão de pena) baseiam-se em considerações político-criminais, e, em muitas hipóteses, também em exigências vinculadas aos fins da pena, de modo que quando se parte da negativa contundente da proposta elaborada pelas diretrizes metodológicas que pretendem definir o delito a partir de e com referência a pena, o lógico é excluir da configuração do delito uma categoria cujo conteúdo esteja fundado em avaliações relativas aos fins das sanções penais. A punibilidade é uma categoria meramente circunstancial e alheia ao conceito de delito, o qual, do ponto de vista que aqui se defende, não agasalha em suas categorias considerações referentes aos fins da pena" (CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 2, v. 3, jul/dez, 2005, p. 127-128).

Daí o principal argumento para que a punibilidade não faça parte integrante do conceito de delito, já que este tem base ontológica, que não comporta questões de política criminal em sua estrutura, pois são muito flexíveis, tautológicas. Em suma: o conceito de delito é intrínseco, dogmático, científico. Por outra banda, as questões de política criminal não atendem a critérios científicos, pois são embasadas em elementos extrínsecos da política do Estado, do *jus puniendi*.

Inserir a punibilidade no conceito de delito comporta em adotar uma teoria restritiva de fins da pena, fundamentada apenas na prevenção, que a torna instável. A pena não pode basear-se só na prevenção. Sustenta-se que a melhor corrente não só tem na base da pena a finalidade de retribuição (a pena deve ser proporcional ao injusto culpável), mas também na prevenção geral e especial que podem reduzir ou suprimir a pena, posição esta acolhida e perfilhada pela doutrina neo-retributivista dos fins da pena¹²⁶.

Excluir a punibilidade do conceito de delito não significa ter um “hábito mental formado sob influência de um pensamento retrógrado”, como afirma Giulio Battaglini. Pelo contrário, decorre da reflexão científica de que o conceito de delito não comporta questões fluidas, de conveniência e oportunidade, que gera insegurança jurídica e pode afetar as garantias fundamentais. Os argumentos aqui delineados faz com que a punibilidade tenha encontrado o seu lugar ao sol, tendo também relevância dentro da dogmática jurídico-penal, ao dispor de questões de política-criminal e prevenção geral e especial, em separado do conceito de delito. São conceitos que não se misturam, mas se inter-relacionam, permitindo uma melhor conformação do Direito Penal com os princípios penais de garantia.

5 CONCLUSÕES

Tendo em vista o exposto, resta forçoso concluir que:

A tarefa precípua da teoria jurídica do delito é a de dar um conceito de crime, no qual estejam presentes todas as características comuns a todos dos fatos puníveis, mediante a elaboração teórica dos elementos gerais.

O delito sob o aspecto formal versa sobre a relação de contrariedade entre a norma penal e a conduta perpetrada pelo agente. Tal conceito, embora seja importante sob o aspecto do princípio da legalidade, é tautológico e insuficiente para se proceder ao estudo científico do delito, pois não parte de sua noção

¹²⁶ “A pena – espécie do gênero sanção penal – encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja *justa*, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de *necessária* à manutenção da ordem social” (PRADO, L. R. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões...op. cit.*, p. 155).

ontológica da mesma forma que nada diz acerca dos elementos que deve ter essa conduta para ser assim punida, refletindo uma realidade parcial.

Sob o aspecto material (substancial), o delito será a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídico-penais e, da mesma forma que ocorre com o conceito formal, tal concepção é insuficiente para a devida conceituação do delito, à medida que, para que seja considerado crime, esta lesão ou exposição a perigo de bens jurídico-penais deve estar consubstanciada em um tipo legal, onde se delineará a conduta proibida pelo legislador, em respeito ao princípio da legalidade.

O conceito analítico decorre da decomposição das partes constitutivas do delito - conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade estruturadas axiologicamente em uma relação lógica (análise lógico-abstrata). Por oportuno, salienta-se que esta estratificação refere-se a uma questão metodológica, ou seja, atende a aspectos puramente didáticos, não retirando do delito sua característica naturalística unitária. Estratificado, portanto, não é o delito, mas o conceito que dele obtemos por via da análise.

Dentre os autores que adotam o conceito analítico do delito há aqueles que o definem como conduta típica e antijurídica (conceito bipartido), figurando a culpabilidade como mero pressuposto da aplicação da pena. Como mencionado, tal concepção não merece acolhimento, pois esta construção mostra-se superficial e falaciosa, pautada exclusivamente na interpretação gramatical, método este insuficiente para servir como alicerce da teoria geral do crime. Isto porque, na realidade, deve-se construir uma teoria do crime com base na pesquisa filosófica e dogmática; averiguar acerca da natureza do instituto e, a partir daí, verificar se o texto normativo guarda pertinência técnica e terminológica com a Ciência Criminal.

Entende-se que tanto a culpabilidade como o próprio injusto figuram como pressuposto da pena. O conceito analítico procede à descrição do objeto analisado a partir dos elementos que o integram. O crime, como dado ontológico, captado pela mente do sujeito através de conceitos, dado epistemológico, não pode ser cindido, mas sim apreendido. Na culpabilidade o objeto da reprovação será a vontade e, por meio dela, a totalidade da ação, pois a vontade de ação poderia ter feito o autor se conduzir de acordo com o ordenamento. Assim, esta reprovabilidade pela direção de vontade, embora se refira ao autor, liga-se ao fato delitivo, constituindo um dado ontológico, da mesma forma que as demais categorias essenciais do delito.

A maioria dos autores brasileiros define o delito como conduta típica, antijurídica e culpável. Dentro desta corrente, no entanto, diferenciam-se aqueles que optam

por um conceito de matiz causalista, em contraposição à teoria finalista; a posição de Miguel Reale Junior, que adota a teoria dos elementos negativos do injusto, e ainda, as diferenças do conceito tripartido e quadripartido de delito.

Por fim, há autores que incluem a punibilidade dentro do conceito de delito. Ocorre que a punibilidade não integra o conceito de delito, pois se trata de um elemento circunstancial, vislumbrado após a afirmação do delito, com vistas a dar ensejo à aplicação da pena. Sua base é axiológica, uma vez que seu conteúdo (condições objetivas de punibilidade e excusas absolutórias) funda-se em questões de política criminal e preventivo-gerais e especiais. Já as categorias fundamentais do conceito de crime possuem base ontológica, ou seja, o fato.

Portanto, adota-se o conceito quadripartido de delito (conduta, típica, antijurídica e culpável), posto que demonstra um maior rigor científico no trato da matéria, devendo-se avaliar em primeiro lugar a conduta final para, a partir de sua configuração, passar ao estudo da tipicidade. Adere-se ao conceito ontológico da conduta como ação ou omissão finalisticamente dirigida a um resultado, que se amolda à descrição prevista em um tipo legal (tipicidade objetiva e subjetiva), contrária ao direito, quando ausentes causas de justificação (antijuridicidade) e reprovável ao autor, por não ter agido conforme o direito quando tinha condições de assim proceder.

No que respeita à antijuridicidade, repudia-se a teoria dos elementos negativos do tipo, por entender-se que os elementos constitutivos do delito comportam categorias próprias, com características e elementos próprios, enquanto que os elementos que fundamentam as causas de justificação possuem um preceito autorizante ou permissivo, visto que se presentes à conduta típica, torna-a lícita.

Já a culpabilidade, consubstancia-se em um juízo de censura ou reprovação pessoal endereçado ao agente, de caráter normativo, cujo conteúdo será a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.