



**MARCELINO BRAGA DA SILVA JÚNIOR**

**DIREITO PENAL PARTE GERAL:  
TEORIA DO CRIME**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao colegiado do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI, como requisito para a obtenção do certificado de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador/Esp.: Gabriel Amorim

**PARNAÍBA, PIAUÍ – 2013**

**MARCELINO BRAGA DA SILVA JÚNIOR**

**DIREITO PENAL PARTE GERAL: TEORIA DO CRIME**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao colegiado do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI, como requisito para a obtenção do certificado de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Resultado \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Orientador/Esp.**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI**

---

**Examinador (a)**

---

**Examinador (a)**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me conduzir até este ponto; a minha querida e amada mãe que sempre me apoiou e esteve comigo em todos os momentos da minha vida; ao meu amado pai, homem de coragem e exemplo de ser humano; ao meu irmão Danúbio que me mostrou o maravilhoso mundo do conhecimento; ao meu irmão Nereu pelo apoio e pela força; a minha avó Maria Braga, que não está mais presente neste mundo, mas estará sempre em meu coração; a minha doce e adorável esposa Valéria que tem um sorriso tão doce e um brilho tão intenso; a minha madrinha Sânia, mulher de determinação; a minha madrinha Joana; aos professores do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI Campus de Parnaíba, em especial ao meu orientador Gabriel Amorim; aos Defensores Públicos que se dedicam plenamente para que a justiça seja eficaz, a minha amiga Laís Barroso, a minha amiga Lanna Pereira, ao meu amigo Robert Raminelli, ao meu amigo Nivaldo Coelho; ao meu amigo José de Anchieta, ao meu amigo Nelson e a todos os meus amigos que contribuíram para o meu viver e tiveram paciência para comigo.

## EPÍGRAFE

### Certeza

De tudo ficaram três coisas: a certeza de que estava sempre começando; a certeza de que continuaria e a certeza de que seria interrompido antes de terminar.

Fazer da interrupção um novo caminho, da queda um passo de dança, do sonho uma ponte e da procura um encontro.

(Fernando Pessoa)

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe, ao meu pai, aos meus irmãos e a minha doce Valéria; ofereço este esforço a vocês que são a razão da minha vida.

## RESUMO

Este trabalho trata da Teoria do crime e os principais conceitos adotados pelos doutrinadores pátrios, bem como aborda a importância da Teoria do delito no âmbito jurídico e a sua consequência. Nesta monografia há o pensamento dos mais influentes juristas nacionais, visando a um pensamento condizente com o nosso ordenamento jurídico no que se refere ao delito e os seus componentes.

Esta pesquisa busca, também, construir uma reflexão a respeito do universo que abrange a Teoria do crime, especificamente sobre os seus elementos constitutivos.

Analisamos as teses levantadas pelos doutrinadores e verificar qual a que predomina em nosso país. Acreditamos que esta análise é fundamental para se buscar um conceito de um fenômeno que está presente no nosso cotidiano: o crime. Neste sentido, buscamos contribuir significativamente para a formação de um conhecimento a respeito do conceito de delito. A monografia foi realizada através de pesquisa bibliográfica e indiretamente através da reflexão das principais teorias a respeito do tema supramencionado.

Percebemos que a Teoria analítica (tripartida) do crime é a predominante na doutrina nacional.

Assim sendo, a monografia foi dividida da seguinte forma: no primeiro capítulo fizemos uma retrospectiva histórica sobre a origem do crime, bem como conceituamos o direito Penal a sua relevância e, como surgem os delitos e, o conceito material; no segundo capítulo definimos a teoria bipartida do delito; no terceiro capítulo conceituamos a teoria tripartida do crime; no quarto capítulo deliberamos a teoria quadripartida do crime; já nas considerações finais expomos as razões pelas quais a teoria analítica prepondera na doutrina nacional.

Palavras Chave: Teoria do crime, ordenamento jurídico, juristas.

## ABSTRACT

This paper deals with the theory of the crime and the main concepts adopted by patriotic scholars , and discusses the importance of the theory of the crime in the legal framework and its consequence . This monograph there is the thought of the most influential national lawyers, aiming at a consistent thought in our legal system in relation to the offense and its components .

This research also seeks to build a reflection on the universe that encompasses the theory of crime , specifically on its constituent elements .

We tried to analyze the arguments raised by scholars and check which predominates in our country . We believe that this analysis is essential to get a concept of a phenomenon that is present in our daily lives : the crime . In this sense , we seek to contribute significantly to the formation of a knowledge of the concept of crime. The monograph was performed through a literature review and indirectly through the reflection of the main theories regarding the above subject .

We realized that the analytical theory of crime is prevalent in national doctrine.

Thus, the monograph is divided as follows : the first chapter made a historical retrospective on the origins of crime as well as the right Criminal conceptualize their relevance and , as the offenses and material concept arise , in the second chapter we define the bipartite theory of the crime , in the third chapter conceptualize the tripartite theory of crime, in the fourth chapter the quadripartite theory of deliberate crime; already in the final considerations expose the reasons why the analytical theory prevails in national doctrine.

Key words : Theory of crime , law , lawyers .

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I</b> .....	11
<b>EVOLUÇÃO DA TEORIA DO CRIME</b> .....	11
<b>E A RELEVÂNCIA DO DIREITO PENAL</b> .....	11
1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS .....	11
1.1. DIREITO PENAL E A SUA RELEVÂNCIA .....	12
1.2. A TEORIA DO CRIME.....	13
1.3. CONCEITO DE CRIME SOB O ASPECTO MATERIAL.....	14
<b>CAPÍTULO II</b> .....	16
<b>TEORIA BIPARTIDA DO DELITO</b> .....	16
<b>2. CONCEITO DE CRIME SOB O ASPECTO FORMAL</b> .....	16
<b>CAPÍTULO III</b> .....	22
<b>TEORIA TRIPARTIDA DO DELITO</b> .....	22
3. CONCEITO ANALÍTICO (OU ESTRATIFICADO) DE CRIME .....	22
3.1 A EQUIVOCADA EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE DO CONCEITO DE CRIME .....	31
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	33
<b>TEORIA QUADRIPARTIDA DO DELITO</b> .....	33
4. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO .....	33
4.1 CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS E POLÍTICO-CRIMINAIS DECORRENTES DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. ....	35
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	38
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	40

## INTRODUÇÃO

A definição de crime sempre trouxe muita discussão entre os doutrinadores, quando comecei a estudar este tema “abri as portas” para um mundo fascinante de ideias onde pude verificar a grandeza e profundidade de tal assunto.

Observei que a doutrina colaciona vários conceitos de crime, mas somente três instigaram-me a realizar o presente trabalho, quais sejam: conceito formal, analítico e constitucionalista. A definição material de delito não é aprofundada, pois refere-se ao conceito social, ou seja, a sociedade caracteriza uma conduta criminosa levando em consideração a gravidade do comportamento. Conceito este norteia o Poder Legislativo para que este, após utilizar os princípios de “filtros” ou limites, legisle com fundamento no princípio da reserva legal com todos os seus desdobramentos, nascendo, portanto, o conceito formal de crime.

Os elementos oriundos do conceito de delito abordados neste trabalho são quatro: Fato Típico ou Tipicidade; Fato Antijurídico ou Ilícitude; Fato Culpável ou Culpabilidade; Fato Punível ou Punibilidade.

À luz destes elementos, a doutrina divide-se, no que tange à conceituação de crime, admitindo-se várias posições a respeito, dentre as quais destacamos as seguintes:

1º entendimento: crime é fato típico e antijurídico, onde a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena, a chamada Teoria formal ou Bipartida do Delito, cujos adeptos são Damásio E. de Jesus, Julio Fabrinni. Mirabete, René Ariel Dotti, Celso Delmanto, dentre outros;

2º entendimento: crime é fato típico, antijurídico e culpável, Teoria Analítica ou Tripartida do Delito a qual são adeptos Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, Cezar Roberto Bittencourt, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Raúl Zaffaroni, Luis Régis Prado, Rogério Greco, dentre outros;

3º entendimento: crime é fato típico, antijurídico e punível, onde a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena, a chamada Teoria Constitucionalista ou quadripartida do Delito de Luiz Flávio Gomes.

O delito é uma construção fundamentalmente jurídico-penal, embora possa ser objeto das mais variadas ciências (sociologia, medicina legal, criminologia etc). Outrossim, a compreensão do fenómeno delitivo requer uma reflexão levando em conta a sua valoração, bem como a evolução do ordenamento jurídico nacional.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar, por razões históricas, sociológicas e jurídicas, que o conceito tripartido (analítico) é o que se sobressai na hodierna realidade jurídica nacional, uma vez que harmoniza a Ciência Penal às bases ideológicas do Estado Democrático de Direito.

# CAPÍTULO I

## EVOLUÇÃO DA TEORIA DO CRIME E A RELEVÂNCIA DO DIREITO PENAL

### 1. Noções fundamentais

Desde as primeiras civilizações, ao cunhar a lei, esteve presente um dos seus objetivos primordiais que é limitar e regular o procedimento das pessoas diante de condutas amplamente consideradas como nocivas e reprováveis.

Um dos escritos mais antigos é o código sumeriano de "Ur-Nammu" que data de aproximadamente 2100 a.C. no qual se vêm arrolados 32 artigos, alguns dos quais preconizando penas para atos delitivos.

O Código de Hamurabi, que é compilação maior e posterior dentre outros regramentos penais contra o crime, adota a chamada Lei de Talião ou a conhecida lei do "olho por olho, dente por dente", que concedia aos parentes da vítima o direito de praticar com o criminoso a mesma ofensa e no mesmo grau por ele cometido.

Destaca-se também, na antiga Lei de Moisés, a cominação de penas severas. Não haveria perdão por parte de Deus, sendo o criminoso (ou pecador) sujeito às sanções ditas divinas. Acredita-se que a teoria humanista de Jesus de Nazaré, bem como a dura pena pela qual passou, tenha abrandado as formas de punição e introduzindo o perdão na teoria criminal.

Até a idade média a noção de crime não era muito clara, frequentemente confundida com outras práticas reprováveis que se verificavam nas diversas esferas legais, administrativas, contratuais, sociais e até religiosas.

Até a consagração do princípio da reserva legal, em matéria penal ou *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime, não há pena, sem lei anterior), crime e pecado se confundiam pela persistência de um vigoroso direito canônico que às vezes confundia (e até substituíria) a legislação dos Estados.

Na época atual os doutrinadores entendem que a sociedade é a criadora inaugural do delito, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador

transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos.

Vale ressaltar que a norma existe para a tutela de um bem jurídico. Aliás, como já afirmava em seu tempo Artur Rocco:

É impossível conceber uma norma jurídica e uma obrigação jurídica que não servem à tutela de um interesse ou de um bem da vida, individual ou supraindividual, e, em consequência, uma violação de uma norma jurídica e de uma obrigação jurídica que não se reconduz a uma lesão ou ao menos a uma ameaça a um interesse ou a um bem jurídico, é dizer, a um dano ou a um perigo de dano em sentido jurídico [...];[recorde-se] que o dever jurídico é o meio que utiliza o Estado para tutelar de maneira preventiva um bem ou interesse humano, individual ou social, contra as manifestações de vontades, é dizer, ações ou omissões humanas, danosas ou perigosas ao bem ou interesse protegido (Rocco, 1913, p. 147 apud Gomes, 2010, p.135).

### **1.1 Direito penal e a sua relevância**

Preliminarmente não se poderia falar de crime sem mencionar a importância do Direito Penal, pois este é o ramo do Direito Público que contém o conjunto de normas que o Estado emprega para prevenir ou reprimir os fatos que atentam contra a segurança e a ordem social, definindo as infrações, estabelecendo e limitando as responsabilidades, bem como relacionando as sanções punitivas correspondentes. A sua finalidade imediata é tutelar os bens mais relevantes e necessários para a sobrevivência da coletividade.

Quando a sociedade entende necessário criminalizar uma determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo que aprovando uma lei “materializa” o tipo penal.

Destarte, no intento de definir os crimes surge a celeuma de especificar a sua definição no âmbito jurídico, uma vez que o nosso código não nos fornece um conceito de crime, pois este fica a cargo da doutrina. Saliente-se, que a definição de delito é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados

por um juízo de percepção sensorial, visto que torna-se impossível apontar uma conduta, ontologicamente, qualificando-a de criminosa.

Não foram poucos os doutrinadores, que durante anos, tentaram fornecer um conceito de delito, entretantes, surgiram as teses de delito formal, analítico, constitucionalista, dentre outras.

A conceituação jurídica do crime, portanto é ponto culminante e ao mesmo tempo um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal. Diante das considerações acima, pode-se perceber que o conceito de crime ainda está em constante evolução e necessita de muita reflexão para se chegar a uma definição condizente com o nosso ordenamento jurídico.

## 1.2 A teoria do crime

A teoria do crime é a parte do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito, quer dizer: quais são as características que devem existir em qualquer delito. Esta explicação atende a uma função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.

Zaffaroni descreve que a teoria do delito é:

A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é delito em geral, quer dizer, quais as características que devem ter em qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto (Zaffaroni, 1996, p. 317 apud Greco, 2010, p. 131).

Impende mencionar que embora o delito não pode ser fragmentado, pois é um todo unitário, mas para efeitos de estudo deve-se proceder a uma análise de cada um de seus elementos fundamentais, quais sejam: o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Welzel dissertando sobre o tema afirma que:

A tipicidade a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em delito. A culpabilidade – a

responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionados logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito antecede o anterior (Welzel, 1987, p. 87 apud Greco, 2010, p.136).

O legislador não conceituou o crime. O conceito hoje apresentado, portanto, é essencialmente doutrinário.

### **1.3 Conceito de crime sob o aspecto material**

Embora não seja o cerne desta pesquisa, contudo é de bom alvitre fazer uma breve consideração sobre o crime no sentido material.

De acordo com Damásio de Jesus (2010, p. 192-193) o conceito de crime sob a feição material é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime.

É importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. Dar um norte ao legislador é relevante, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras sem esquema de orientação, o que fatalmente, viria lesar o *ius libertatis* dos cidadãos.

No sentido substancial Manzini afirmar que:

O delito é ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei. (Manzini, 1955, p. 496 apud Damásio de Jesus, 2010, p. 193)

Damásio de Jesus (2010, p. 193) conclui que o crime sob o aspecto material ou substancial visa aos bens protegidos pela lei. Desta forma nada mais é que uma violação de um bem penalmente protegido.

Bettioli refletindo sobre o delito no sentido material garante que:

O crime sob o aspecto material significa que todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade (Bettioli, 2000, p. 209 apud Greco, 2010, p. 136).

Assim sendo, para Rogério Greco (2010, p. 136) o conceito material de crime é vago e impreciso, não sendo suficiente para traduzir o que seja delito.

## CAPÍTULO II

### TEORIA BIPARTIDA DO DELITO

#### 2. Conceito de crime sob o aspecto formal

Delito do ponto de vista puramente formal é o que o Estado descreve literalmente na lei como tal. Exemplo: Código Penal, artigo 121 caput, "matar alguém" (neste artigo de lei o legislador descreve o delito de homicídio).

Para se praticar um crime, formalmente, o agente precisa realizar a conduta descrita na lei pelo legislador, violando desse modo a correspondente norma penal. A sanção cominada (para essa infração) ou é uma pena ou é uma medida de segurança. O conceito formal de delito está vinculado ao princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

Esta teoria é adotada por Damásio de Jesus, René Ariel Dotti, Julio Fabrinni Mirabete, Celso Delmanto, Fernando Capez, dentre outros.

Para Damásio (2010, p. 193) crime é um fato típico e antijurídico, ou seja: para que haja o delito é preciso uma conduta positiva ou negativa (ação ou omissão). Contudo, nem todo comportamento humano constitui crime.

Em face do princípio da reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. Por conseguinte, por exemplo, a subtração de uma coisa com o intento de usá-la não é um fato relevante para a nossa lei penal, pois não se subsume à norma penal incriminadora do artigo 155 (furto). Falta-lhe o fim de assenhoreamento definitivo (*o animus rem sibi habendi*), contido na expressão "para si ou para outrem" do tipo. Sem ele o fato não se ajusta à norma, é atípico (Damásio, 2010, p. 195).

Desta forma, somente o fato típico, o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante. Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, ou seja, antijurídico (Damásio, 2010, p. 195).

O legislador, tendo em vista o complexo de atividades do homem em sociedade e o entrelaçamento de interesses, às vezes permite determinadas condutas que em regra são proibidas. Assim, não obstante enquadradas em normas penais incriminadoras, tornando-se fatos típicos, não ensejam a aplicação

da sanção, por exemplo: "A, mediante legítima defesa, atira em B, matado-o". Este fato se enquadra na descrição legal do homicídio. Não basta, porém que seja atípico necessita também ser contrário à ordem jurídica e no caso concorre uma causa de exclusão da antijuridicidade, prevista no artigo 23, inciso III e artigo 25, ambos do Código Penal (Damásio, 2010, p. 195).

Excluída a antijuridicidade não há crime, logo a antijuridicidade é o segundo requisito do crime. Por meio de um juízo de valor sobre ela é que se saberá se o fato é ou não contrário ao ordenamento jurídico (Damásio, 2010 p. 196).

Quando o código Penal trata de causa excludente de antijuridicidade, emprega expressões como "não há crime" (artigo 23, caput), "não se pune o aborto" (artigo 128, caput), "não constitui injúria ou difamação punível" (artigo 142, caput), "não constitui crime" (artigo 150, § 3º) etc. Quando, porém, cuida de causa excludente de culpabilidade, emprega expressões diferentes: "é isento de pena" (artigo 26, caput e 28, § 1º), "só é punível o autor da coação ou da ordem" (artigo 22, pelo que entende que não é punível o autor do fato) (Damásio, 2010 p. 499).

Qual a razão da diferença? Damásio (2010, p. 499) declara que Maggiore, lembrado por José Frederico Marques, ensinava que desde que exista causa de exclusão da ilicitude não há crime, pois um fato não pode ser ao mesmo tempo lícito e antijurídico; quando, porém, incide uma causa de exclusão da culpabilidade o crime existe, embora não seja efetivo, não em si mesmo, mas em relação à pessoa do agente declarado não culpável.

Destarte, Damásio (2010, p. 499) afirma que Maggiore admitia a existência de crime não punível. É que, segundo este, para exista crime a parte objecti, basta dois requisitos: fato típico e antijuridicidade. A culpabilidade liga o agente à punibilidade e a pena é ligada ao agente pelo juízo de culpabilidade. O crime existe por si mesmo, mas para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade.

Damásio de Jesus (2010,p.499) refletindo a respeito das considerações no parágrafo antecedente assevera que o Código Penal brasileiro de 1940 aceitou a orientação de Maggiore. Para a existência do crime, segundo a lei brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico.

Objetivamente, para a existência do crime é prescindível a culpabilidade. O crime existe por si mesmo com os requisitos "fato típico e

antijurídico, mas o delito só será ligado ao agente se este for culpável. É por isso que o código penal, no artigo 23, emprega a expressão "não há crime" (as causas de exclusão da antijuridicidade excluem o crime); nos artigos 26, caput e 28 § 1º, emprega a expressão "é isento de pena" (corresponde a não é culpável) (Damásio, 2010, p. 499-500).

Se a expressão "é isento de pena corresponde a não é culpável", subtende-se que o código considera o crime mesmo quando não existe a culpabilidade em face do erro de proibição (artigo 21, caput, segunda parte). É como se o código dissesse: "não é culpável quem comete o crime". Assim, "o legislador penal separou de forma bem patente, a ilicitude, parte objectiva, da culpabilidade, a antijuridicidade objetiva da relação subjetiva com o fato e do juízo de valor sobre a culpa em sentido lato". Entende assim o código pátrio que havendo fato típico e antijurídico, configurado se encontra o ilícito penal (Damásio, 2010, p. 500).

Ademais, o ilustre doutrinador Damásio de Jesus (2010, p. 500) dá o seguinte exemplo: a receptação pressupõe receber, adquirir, ocultar coisa produto de crime (artigo 180, caput). Suponha que agente tenha receptado coisa furtada por agente inimputável, nos termos do artigo 26 caput. Ele responde por receptação, (artigo 180, § 4º). Ora, o agente inimputável, nos termos do artigo 26 caput, não é culpável: o fato típico e ilícito não apresenta a culpabilidade do agente. Então, a coisa não seria produto de crime se culpabilidade fosse requisito ou elemento do delito. Mas, o artigo 180, § 4º, diz que "a receptação é punível, ainda que... isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa". Assim, o pressuposto da receptação é um fato em que não se exige a culpabilidade do agente.

Impende mencionar que a culpabilidade, para o autor mencionado no parágrafo antecedente, é um pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime. A culpabilidade deve ser tratada como um dos pressupostos da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em setor da teoria geral do delito. O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre o comportamento passado (Damásio, 2010, p. 500-501).

Em síntese, Damásio (2010, p. 500) entende que para o legislador brasileiro existe crime sem culpabilidade.

Já Fernando Capez (2010, p. 134) assevera que o crime sob o âmbito formal resulta da mera subsunção da conduta ao tipo penal e, portanto, pouco importando o seu conteúdo. Considera ainda, que a existência de um delito, sem levar em conta sua essência ou lesividade material, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Capez (2010, p. 135) entende que o crime é um fato típico e ilícito por várias razões, quais sejam: para ele a Teoria Naturalista ou Causal, mais conhecida como Teoria Clássica, concebida por Franz Von Liszt, a qual teve em Ernest Von Belling um de seus maiores defensores, dominou todo o século XIX, fortemente influenciada pelo positivismo jurídico. Para ela, o fato típico resultava de uma mera comparação entre conduta objetivamente realizada e a descrição legal do crime, sem analisar qualquer aspecto de ordem interna, subjetiva. Sustentava que o dolo e a culpa sediavam-se na culpabilidade e não pertenciam ao tipo.

Para os seus defensores, crime só pode ser fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável, uma vez que, sendo o dolo e a culpa imprescindíveis para a sua existência e estando ambos na culpabilidade, por óbvio esta última se tornava necessária para integrar o conceito de infração penal. Todo penalista clássico, portanto, forçosamente precisa adotar a concepção tripartida, pois, do contrário teria que admitir que o dolo e a culpa não pertenciam ao crime, o que seria juridicamente impossível de sustentar. Com o finalismo de Welzel, descobriu-se que o dolo e a culpa integravam o fato típico e não a culpabilidade (Capez, 2010, p. 135).

A partir daí, com a saída desses elementos, a culpabilidade perdeu a única coisa que integrava 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. Com efeito, a culpabilidade, em termos coloquiais, ocorre quando o Estado “aponta o dedo para o infrator e lhe diz: você é culpado e vai pagar pelo crime que cometeu! Ora, isso nada tem que ver com o crime, é apenas uma censura exercida sobre o criminoso (Capez, 2010, p. 135).

Capez (Capez, 2010, p. 135) entende que a partir do finalismo, já não há como continuar sustentando que o crime é todo fato típico, ilícito e culpável, pois a culpabilidade não tem mais nada que interessa ao conceito de crime. Welzel não se apercebeu disso e continuou sustentando equivocadamente a concepção tripartida, tendo, com isso, influenciado grande parte dos finalistas, os quais insistiram na “teclã” errada.

Além disso, a culpabilidade não pode ser um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor de crime culpado (Capez, 2010, p. 135).

Quando se fala na aplicação de medida de segurança, dois são os pressupostos: ausência de culpabilidade (ao agente deve ser inimputável) + prática de crime (para internar alguém em um manicômio por determinação de um juiz criminal, é necessário antes provar que esse alguém cometeu um crime). Com isso, percebe-se que pode haver crime sem culpabilidade (Capez, 2010, p. 135).

Capez (2010,p.136) conclui que por estes motivos é correta a concepção bipartida de crime e conclui que não se pode misturar a tipicidade e ilicitude em uma mesma fase, pois matar um inseto (fato típico) não é a mesma coisa que matar uma pessoa em legítima defesa (fato típico, mas não ilícito).

Julio Fabrinni Mirabete (2010, p. 81) ensina que para a existência do crime, é necessária uma conduta humana positiva (ação em sentido estrito) ou negativa (omissão). É necessário, ainda, que essa conduta seja típica, ou seja, que esteja descrita na lei como infração penal. Por fim, só haverá delito se este fato também for antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua sua antijuridicidade. Assim, são características do crime, sob o aspecto formal:

- a) a tipicidade;
- b) a antijuridicidade

Cumprindo aludir que fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal. Assim, se “A mata B” em comportamento voluntário, pratica o fato típico descrito no artigo 121 caput do Código Penal (matar alguém) e, em princípio, um crime de homicídio (Mirabete, 2010, p. 84).

Fato antijurídico é aquele que contraria o ordenamento jurídico. No direito Penal, a antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Se em princípio for antijurídico o fato típico, não será contrário ao direito quando estiver protegido pela própria lei penal. Exemplificando: matar alguém é fato típico se o agente o fez dolosa ou culposamente, mas será antijurídico se o agente praticar a conduta em estado de necessidade, em legítima defesa etc. Não há nessas hipóteses crime (Mirabete, 2010, p. 84).

A culpabilidade, tida como componente do crime pelos doutrinadores causalistas, é conceituada pela teoria finalista da ação como a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. É, em última análise, a contradição entre a vontade do agente e a vontade da norma. Assim conceituada, a culpabilidade não é característica, aspecto ou elemento do crime, e sim mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta (Mirabete, 2010, p. 84).

Mirabete (2010, p. 84-85) ressalta que para a maioria da doutrina, embora o juízo da reprovabilidade tenha como destinatário o agente, ele é construído a partir do fato concreto, que "é o sujeito que exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma".

Outrossim, este jurista crê que a punibilidade (culpabilidade) é apenas a consequência jurídica do delito e não uma sua característica ou elemento. Afirma Mirabete (2010, p. 83), ainda, que José Frederico Marques invoca a doutrina de Ariel Dotti para dizer que Welzel retirou a culpabilidade do conceito de crime, apresentando, ao final, um "quadro comparativo da doutrina clássica com a doutrina finalista". Nesse quadro, a culpabilidade, não integra o conceito de crime, constitui tão-somente pressuposto da pena, ou seja, condição de aplicação da pena.

Consoante esta corrente de doutrinadores o crime é formado pelo fato típico e ilícito (antijurídico), a culpabilidade não integra o delito, portanto esta é pressuposto da pena.

Hoje, o conceito de crime, é eminentemente doutrinário.

Greco (2010, p. 136) salienta que não existe um conceito de crime fornecido pelo legislador, restando, contudo, seu conceito doutrinário, afirmando, ainda, que na verdade os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime.

Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade (Greco, 2010, p. 136).

Assim sendo, é necessário um outro conceito de crime que analise as características ou elementos componentes da infração penal (Greco, 2010, p. 136).

Assis Toledo considera que:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que tem sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação ilícita e culpável (Toledo, 1984, p. 80 apud Greco, 2010, p.136).

Não há diferença entre ação típica e fato típico, segue abaixo o quadro demonstrativo que expõe os elementos integrantes do conceito analítico do crime (Greco, 2010, p. 137).

CRIME		
FATO TÍPICO	ANTI JURÍDICO	CULPÁVEL
Conduta -dolosa/culposa	Obs: quando o agente não atua em	Imputabilidade
Resultado		Potencial consciência da
Nexo de causalidade	Estado de necessidade	ilicitude
Tipicidade-Formal/	Legítima defesa	Exigibilidade de conduta
Conglobante	Estrito cumprimento do dever legal	diversa
	Exercício regular de direito	

O crime como ser entendido como um fato típico, ilícito e culpável, portanto a punibilidade não faz parte do delito, sendo somente a sua consequência (Greco, 2010, p. 138).

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O conceito é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-se, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal, daí a sua importância (Greco, 2010, p. 138).

Roxin na sua precisa lição diz:

Quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria nas últimas décadas como uma migração de elementares entre diferentes andares do sistema (Roxin, 1997, p.85-86 apud Greco, 2010, p.138).

Zaffaroni em sua conceituação afirma que:

O delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídico) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável). Figurativamente o crime é como uma rocha, logo para que possa ser melhor estudada pelos geólogos é preciso que seja cortada em estratos, sem que com isso fique descaracterizada. Trazendo essa lição para o Direito Penal, surge, tomando de empréstimo da geologia, o chamado *conceito estratificado de crime*, que quer dizer o mesmo que conceito analítico, asseverando que o crime é composto pelos seguintes estratos: ação típica, ilicitude e culpabilidade. (Zaffaroni, 1997, p. 324 apud Greco, 2010, p. 139).

César Roberto Bitencourt (2010, p. 250) aduz que além dos conhecidos conceitos formal (crime é toda ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena) e material (crime é toda ação omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessário a adoção de um conceito analítico de crime. Os conceitos forma e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

A elaboração do conceito analítico de crime começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano moral da infração penal. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo, que perdurou até o surgimento do conhecido sistema clássico de Liszt Beling (Bitencourt, 2010, p. 250).

A despeito de certa imprecisão sobre o período do surgimento do conceito analítico de delito, é certo, contudo, que sua elaboração somente veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico,

predominante, passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável (Bitencourt, 2010, p. 250- 251).

Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico de crime, deixando tal entendimento muito claro ao afirmar que:

O conceito da culpabilidade acrescenta ao da ação antijurídica - tanto de uma ação dolosa como não dolosa - um novo elemento, que é o que a converte em delito (Welzel, 1964, p. 79 apud Bitencourt, 2010, p. 251).

Com essa afirmação Welzel confirma que, para ele a culpabilidade é um elemento constitutivo do crime, sem a qual este não se aperfeiçoa (Bitencourt, 2010, p. 251)

Vale ressaltar que este conceito analítico mencionado no parágrafo acima continua sendo sustentado em todo o continente europeu, por finalistas e não finalistas. Para Gerezio Mir, o mais autêntico seguidor de Welzel na Espanha, a ação ou omissão típica e antijurídica para constituir crime tem de ser culpável (Bitencourt, 2010, p. 251).

Assim sendo, somente uma ação humana pode ser censurável, somente ela pode ser objeto do juízo de censura. Não se pode confundir o objeto da valoração com a valoração do objeto. Assim, objeto da valoração é a conduta humana, tida como censurável e a valoração do objeto é o juízo de censura que se faz sobre a ação que se valora (Bitencourt, 2010, p. 251).

As consequências do finalismo, segundo Bittencourt (2010, p. 251), na evolução do conceito de delito, como já admitia Jeschek, citado por no final da década de setenta, "se reconhecem como acertadas e em si mesmas defensáveis, inclusive em setores alheios ao conceito final de ação".

No Brasil, no entanto, a primeira obra finalista surge somente em 1970, na qual João Mestieri, analisando os crimes contra a vida, faz a divisão entre tipo objetivo e tipo subjetivo (Bitencourt, 2010, p. 251).

Ademais, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime.

Bitencourt (2010, p. 386) não se convence com o entendimento que foi dominante na doutrina brasileira, no último quarto do século passado, segundo o

qual a culpabilidade, a partir do finalismo Welzeliano, deveria ser tratada como mero pressuposto da pena e não mais como integrante da teoria do delito, logo a seguinte crítica é levantada a respeito da teoria formal defendida por Damásio de Jesus: a) seria possível a imposição de sanção penal a uma ação típica, que não fosse antijurídica? b) poder-se-ia sancionar uma ação antijurídica que não se adequasse a uma descrição típica? c) a sanção penal não é uma consequência jurídica do crime? d) a tipicidade e a antijuridicidade não são também pressupostos da pena?

A sanção penal, conforme Bitencourt (2010, p. 387) é consequência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e antijuridicidade também são pressupostos da pena, que por vez, é consequência do crime. Nesta mesma diretriz Heleno Fragoso, depois de afirmar que:

crime é o conjunto dos pressupostos da pena, esclarecia: crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que se possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável (Fragoso, apud Bitencourt, 2010, p.387).

A conclusão a que chega César Roberto Bitencourt (2010, p. 386) é que o crime é composto de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, porquanto para ele o delito só se integra quando estão presentes estes elementos.

José Frederico Marques tornou-se adepto desta teoria, uma vez que considera a culpabilidade como elemento essencial do delito, fazendo a seguinte afirmação:

Para que o fato típico constitua crime não basta que seja antijurídico. O agente que praticou o fato lesivo de um bem jurídico, só terá cometido um crime se procedeu culposamente. A culpabilidade é inquestionavelmente um dos elementos do crime, e precisamente aquele elemento, como diz Bettiol, que exprime, mais que qualquer outro a base humana e moral em que o delito tem suas raízes (Marques, 1965, p.189 apud Bitencourt, 2010, p. 389).

Já Luis Régis Prado (2010, p. 245) aduz que no século XIX e em parte do século XX, prevaleciam, na teoria do delito, as noções de imputação fática ou objetiva e de imputação subjetiva jurídica ou individual, portanto, desde suas origens, a postura bipartida, mesmo tendo sido alvo de mutações, busca distinguir entre o fato e a culpabilidade, inserindo-se todo o conteúdo objetivo descrito na lei, inclusive os dados de antijuridicidade, no primeiro, e na segunda, todo material de ordem anímica, subjetiva ou psicológica relativo ao fato e autor.

No transcorrer desse processo histórico evolutivo, a ação, como primeiro requisito do delito só apareceu com Berner (1857), sendo que a ideia de ilicitude, desenvolvida por Ilhering (1867) para a área cível, foi introduzida no Direito Penal por obra de Von Liszt Beling (1881), e da culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling (1906), surgiu a ideia de tipicidade. Todo esse desenvolvimento culminou com a formação atualmente adotada: conduta típica, ilícita e culpável (concepção tripartida). Trata-se do modelo teórico preferível, seja por razão científico-sistemática, seja por motivo didático-pedagógico, seja ainda por fundamento de cunho prático e garantista. (Prado, 2010, p. 245).

A doutrina de linha francesa tradicionalmente indica como elementos do delito, o legal (anterior incriminação); o material (norma penal) e o moral (conteúdo subjetivo ou psicológico) (Prado, 2010, p. 245).

Assim sendo, nos dias atuais, como expressão preponderante e mais correta em termos técnicos e científicos, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita e culpável (Prado, 2010, p. 245).

De conformidade com o exposto esses elementos estão em uma sequência lógico necessária, quer dizer: só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas ilícita tem a possibilidade de ser culpável. Noutro dizer, de um lado há o fato – dado ontológico, objeto da valoração que está na realidade e na experiência social; de outro, estão os juízos de valor (níveis de valoração parciais = tipicidade, ilicitude e culpabilidade), que sobre o primeiro tem incidência – valoração do objeto. Cada uma dessas categorias axiológicas acrescentará à conduta (ação ou omissão) um desvalor que é adicionado ao anterior, de sorte que é tão somente com a somatória dos juízos de valor parciais que se vai dar lugar à conformação do injusto culpável,

enquanto “valoração global do fato e do autor”. Assim, tipicidade, ilicitude e culpabilidade não passam de uma parte do juízo negativo de valor global sobre o fato e seu autor, visto que apreendem alguns elementos da unidade ontológica em que se projetam (Prado, 2010, p. 246).

Alguns autores ampliam os elementos do conceito de delito, agregando a punibilidade (ação ou omissão típica, ilícita e culpável e punível), e outros o reduzem, eliminando a culpabilidade (ação ou omissão típica e ilícita), em seguida ele faz a seguinte crítica: em relação à primeira hipótese, cabe dizer que a punibilidade, como a possibilidade de imposição da pena, não faz parte do conceito analítico do crime, que aliás, não se confunde com a figura delitiva. Esta última envolve o conjunto de todos os elementos antepostos à consequência jurídica do delito (injusto específico), compreendendo também outros pressupostos da pena que não lhe servem de fundamento, como por exemplo, as condições objetivas da punibilidade, elementos relativos da culpabilidade (Prado, 2010, p. 245).

Luiz Régis Prado (2010, p. 246) explica que o crime no sentido analítico decompõe-se em partes constitutivas, 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. A questão, segundo ele, é de ordem metodológica, ou seja, emprega-se o método analítico para decompor o todo em partes, seja materialmente, seja idealmente, visando a agrupá-la em uma ordem simultânea. Opõe-se ao método sintético que avança por tese, antítese e síntese.

O conceito de crime não constitui produto da elaboração legislativa, mas através de uma investigação lógica e sistemática decorrente de um esforço da construção doutrinária com vistas à formação de um conceito geral justo e sistemático, em prol da segurança jurídica (Prado, 2010, p. 245).

Outrossim, o delito se forma com o fato típico, ilícito e culpável, desta maneira isolar-se-á a culpabilidade do complexo do injusto, conduziria a uma postura contraditória em si mesma. Além disso, o isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal, subordinando-o de modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade (Prado, 2010, p. 245).

Ademais, não se pode dissociar, seja no plano da realidade, seja no plano normativo, o fato e o seu autor, visto que um não existe sem o outro. O delito é um todo que existe na experiência como resultado da atuação humana e é decomposto em níveis de valoração exatamente para ser bem entendido e aplicado. Daí não ser admissível que o juízo normativo se encontre desligado do fato, a recair isoladamente sobre o sujeito. A conclusão imperativa é de que a ação contrária ao Direito, portanto o injusto e a culpabilidade, unidos indissolavelmente no fato, globalmente compõem o conceito de crime, constituindo, ambos, pressuposto da pena (Prado, 2010, p. 248).

O conceito de crime para Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 123), é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível apontar a uma conduta, ontologicamente, qualificando-a de criminosa. Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos.

Nucci (2010, p. 123) explica que a estrutura analítica do crime não se liga necessariamente à adoção da concepção finalista, causalista ou social da ação delituosa. Aliás, segundo ele, o causalismo busca ver o conceito de conduta meramente naturalístico, desprovido de qualquer valoração, ou seja, neutro (ação ou omissão voluntária e consciente que exterioriza movimentos corpóreos). O dolo e a culpa estão situados na culpabilidade. Logicamente, para quem adota o causalismo, impossível se torna acolher o conceito bipartido de crime (fato típico e antijurídico), logo o delito possui dois elementos objetivos (tipicidade e antijuridicidade), mas não prescinde da parte subjetiva (culpabilidade) para formar-se completamente.

Não se pode acolher a concepção bipartida, segundo Nucci (2010, p. 125), que refere ser o delito apenas um fato típico e ilícito, simplificando em demasia a culpabilidade e colocando-a como mero pressuposto da pena. O isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal.

Assim sendo, haveríamos de considerar criminoso o menor de 18 (dezoito) anos simplesmente porque praticou um fato típico e antijurídico ou

aquele que sob coação moral irresistível, fez o mesmo. Em idêntico prisma, o autor de um fato típico e antijurídico que tenha sido levado à sua prática por erro escusável de proibição. Destarte, sem ter a menor ideia de que o que praticava era ilícito, seria considerado um criminoso e ainda o subordinado que segue a ordem não manifestamente ilegal de autoridade superior (obediência hierárquica). Ora, se não se pode reprovar a conduta desses agentes, porque ausente a culpabilidade (seja por inimputabilidade, seja por falta de consciência potencial de ilicitude, seja ainda por ausência de exigibilidade de conduta conforme o direito), é incabível dizer que são “criminosos”, deixam apenas de receber pena. Se não há reprovação (censura) ao que fizeram, não há crime, somente um injusto que pode ou não dar margem a uma sanção (Nucci, 2010, p. 126).

Nucci (2010, p. 126) conclui afirmando que culpabilidade se alarga no direito penal de forma que não pode ficar de fora do conceito de crime, afinal delito é o ilícito que a sociedade almeja ver punido com pena e não com qualquer outro tipo de sanção, portanto, o autor continua convencido de que o crime é formado pelo fato típico, ilícito e culpável.

### **3.1 A equivocada exclusão da culpabilidade do conceito de crime**

Em síntese, esta corrente de doutrinadores que aderem à teoria analítica do delito faz a seguinte conclusão a respeito da equivocada exclusão da culpabilidade do conceito de delito:

- A criança e adolescente, ao contrário do que Damásio Evangelista afirma, não praticam crime, mas ato infracional. Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança ou o adolescente que concretizar fato definido como crime, realizará ato infracional (Lei nº 8.069/1990, art. 103), ou seja, por faltar imputabilidade, elemento da culpabilidade, não haverá crime.
- O doente mental, completamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, que praticar fato definido como crime estará sujeito à medida de segurança, a qual não é espécie de sanção, mas medida administrativa do Estado. Essa afirmação encontra amparo no CP, eis que ele autoriza a execução de efeitos civis da condenação, por

meio da homologação da sentença estrangeira, mas não autoriza a execução da pena imposta no exterior. A medida de segurança imposta no exterior pode ser executada no Brasil (CP, art. 9º), isso porque a pena e a medida de segurança têm naturezas diversas. Assim, do crime decorrerá a pena, enquanto do ato definido como crime decorrerão outras medidas (medida protetiva, medida sócio-educativa; medida de segurança ou, até absolvição) que não constituem sanções decorrentes de crimes.

- A culpabilidade é um requisito indispensável para a integração do delito e não só um pressuposto da pena.

Isto posto, para estes juristas o conceito analítico de crime não comporta mais a adoção da Teoria Bipartida. Assim sendo, os adeptos desta teoria consideram que um delito dotado daqueles três elementos não irá reduzir a aplicação da lei, mas sim deixará a cargo da Teoria da Pena a punibilidade.

## CAPÍTULO IV

### TEORIA QUADRIpartida DO DELITO

#### 4. Teoria constitucionalista do delito

Outra teoria mencionada nesta pesquisa é a teoria Constitucionalista do delito ou quadripartida. Esta define o crime como um fato típico, antijurídico, culpável e punível, citada assim como visão quadripartida para a definição do crime. Para os defensores dessa teoria, há necessidade do requisito "punibilidade", não basta a culpabilidade, diferentemente dos defensores da tripartida onde a punibilidade está inserida na culpabilidade. Estes entendem que além do fato ser culpável a punibilidade é um requisito à parte e, não está inserido na da culpabilidade e sim fora dela.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina (2010, p. 137) refletindo sobre o tema, entendem que a tipicidade material tem por fundamento dois juízos valorativos: a) juízo de valoração (desaprovação) da conduta e b) juízo de valoração (desaprovação) do resultado. Quando a conduta é socialmente aceita fica afastada a desaprovação da conduta (porque se trata de conduta que cria que cria risco tolerado, aceito). Em casos concretos, em que a conduta do autor aparece claramente como algo comum, normal, conforme determinado lugar e período histórico-cultural, ou ao menos tolerada, acaba a 'necessidade' de pena, que político-criminalmente só se justifica quando em jogo está a convivência social, quer dizer, frente a ataques socialmente perturbadores e transcendentais para bens jurídicos de grande importância.

No Estado constitucional e democrático de Direito, de onde emana a teoria constitucionalista do delito, este pressupõe também a tipicidade material, que é composta de duas exigências valorativas sumamente relevantes: (a) valoração da conduta, consoante o critério do risco proibido relevante de Roxin e (b) valoração do resultado jurídico (que deve ser concreto, transcendental, grave, intolerável, objetivamente imputável ao risco criado e que esteja no âmbito de proteção da norma penal) (Gomes; Molina, 2010, p.139)

Não basta o desvalor da ação, portanto, é também indispensável o desvalor do resultado. Destarte, deve-se respeitar o princípio da proporcionalidade, ou seja, se a liberdade é um bem jurídico de extremada

relevância, sua eliminação ou restrição ou ameaça só se justifica quando o agente do fato, com sua conduta, tenha ofendido concreta e gravemente (lesão ou perigo concreto) bem jurídico de igual ou similar importância. O princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) não autoriza nenhuma afetação desponderada ou desarrazoada do direito fundamental da liberdade (Gomes, 2010, p 142).

Artur Rocco assim considera:

É impossível conceber uma norma jurídica e uma obrigação jurídica que não servem à tutela de um interesse ou de um bem da vida, individual ou supraindividual, e, em consequência, uma violação de uma norma jurídica e de uma obrigação jurídica que não se reconduz a uma lesão ou ao menos a uma ameaça a um interesse ou a um bem jurídico, é dizer, a um dano ou a um perigo de dano em sentido jurídico [...];[recorde-se] que o dever jurídico é o meio que utiliza o Estado para tutelar de maneira preventiva um bem ou interesse humano, individual ou social, contra as manifestações de vontades, é dizer, ações ou omissões humanas, danosas ou perigosas ao bem ou interesse protegido (Rocco, 1913, p.147 apud Gomes, 2010, p.135).

O conceito de delito, consoante Luiz Flávio (2010, p. 142), como ofensa a um bem jurídico, conseqüentemente deve ser proclamado como um conceito com dimensão constitucional, apesar da inexistência de um texto normativo explícito. As razões para isso são diversas. Daí a defesa que se pode fazer da ideia de um conceito constitucional de delito ou de fato punível, que é sustentada na Espanha (por exemplo) por Vives Antón.

O jurista Luiz Flávio (2010, p. 143) defende sua tese afirmando que a fundamentação constitucional do conceito de delito entendido como ofensa a um bem jurídico, por conseguinte, para além da constatação de que a legalidade do delito não pode jamais significar uma atividade vazia ou arbitrária, conta com outras dimensões. Em outras palavras, o princípio da ofensividade obriga que a atividade de criminalização primária seja taxativa, clara e inequívoca e, de outro lado, determina uma das missões do Direito penal ou da pena, que outra não é senão a de proteção de bens jurídicos.

Especialmente por sua posição hierárquica elevada, é precisamente a Constituição a que orienta, de modo primordial, por meio dos seus princípios, regras e valores, direta ou indiretamente, tanto os objetivos do Direito penal como seus principais limites. Um deles, dos mais relevantes, reside na proporcionalidade de toda sanção estatal. Daí se infere o seguinte: se o delito implica sempre a afetação de um bem jurídico fundamental (liberdade, patrimônio etc.), só é correto admitir sua incidência quando outro direito (de terceiras pessoas) de relevância essencial tenha sido turbado (Gomes, 2010, p. 143).

#### **4.1 Consequências dogmáticas e político-criminais decorrentes da teoria constitucionalista do delito.**

Parece mais que natural que o conceito material e, porque não dizer, constitucionalista (ou teleológico-constitucional) de delito, como o que está sendo aqui apresentado, precisamente porque pode (e deve) ocupar uma posição destacada no sistema jurídico-penal, tende a produzir uma série enorme de implicações, consoante Luiz Flávio Gomes e Antonio García (2010, p. 144-145), quais sejam:

- No que se refere ao princípio da fragmentariedade : sabe-se que para a criminalização de um fato é fundamental tanto o grau de relevância do bem jurídico, em razão do seu valor para o desenvolvimento da personalidade da pessoa, como o grau de sua afetação. O nível da ofensa, portanto, joga um papel político-criminal sumamente relevante. Sublinhe-se que o merecimento da tutela penal depende fundamentalmente desses fatores. É justamente na relação que se estabelece entre a graduação da afetação do bem jurídico e o seu valor é que reside a essência do princípio da fragmentariedade, que vai indicar qual é o nível de tutela mais adequado: penal ou não penal, delito de lesão ou delito de perigo, punição da tentativa ou não, punição da modalidade culposa ou não etc. Se compararmos o bem jurídico vida e o bem jurídico patrimônio, facilmente constataremos que o nível de proteção penal é

distinto: uma morte culposa é punível; um dano culposos não o é. Isso se deve ao princípio da fragmentariedade, que se destina então servir de base para a seleção do nível da tutela jurídica;

- O conceito material de delito como o que está sendo desenhado neste trabalho não só reúne capacidade de compreender a ofensa (lesão ou perigo concreto) como pressuposto indispensável da punibilidade, senão também que obriga a excluir do Direito penal todas as incriminações de condutas meramente imorais (especialmente no âmbito dos delitos sexuais) ou puramente ideológicas, das cominações arbitrárias etc;
- Todas as decisões político-criminais consistentes em ampliar ou restringir o âmbito do punível deve levar em conta o conceito material de delito sugerido, sem prejuízo, além disso, de que toda decisão sobre criminalizar ou descriminalizar determinada conduta deveria também ser precedida de investigações empíricas (criminológicas) sobre o impacto real da decisão na sociedade, o grau de periculosidade social da conduta, o impacto no potencial infrator, em sua família, em seu grupo de trabalho etc. Toda decisão político-criminal que não conta com o respaldo dessas orientações criminológicas move-se num terreno movediço, oscilante e meramente intuitivo.

Com efeito, Luis Flávio (2010, p.144), faz a seguinte reflexão: que como pode o legislador cominar para a infração de uma norma penal uma sanção que tem a relevância de uma pena ou medida de segurança, que constituem as duas formas mais contundentes de reação estatal, se não conta anteriormente com suficientes dados e informações sobre a oportunidade, adequabilidade ou necessidade da medida?

Dentre tantas outras numerosas repercussões que o conceito constitucional de delito está predestinado a provocar (no âmbito da política-criminal, na teoria do delito, na teoria da pena etc.), mais duas repercussões e que devem ser postas em destaque, quais sejam (2013, Gomes):

1ª) A vinculação do legislador, do intérprete e do aplicador da lei penal ao referido paradigma da ofensividade: o primeiro já não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias reconduzíveis ao mero voluntarismo (à vontade) do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo que é ou pelo que pensa, senão pelo que faz ofensiva e intoleravelmente aos outros; os intérpretes e aplicadores da lei têm a tarefa de interpretar todos os tipos penais em termos ofensivos: de todos os significados possíveis que se extraem da literalidade legal deve-se preferir sempre o que se ajusta ao modelo de delito como ofensa a um bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal;

2ª) A refutação das tendências penais exageradas, desproporcionalmente intervencionistas, que buscam configurar o delito não segundo o modelo marcadamente garantista que aqui se indica, senão como mera violação de um dever ou de uma norma ou, mais grave ainda, como simples modo de viver.

A premissa básica da teoria constitucionalista do delito é a seguinte: a afetação concreta (não presumida), transcendental (ofensa a terceiros), grave (ofensa com significado jurídico relevante) e intolerável (insuportável) de um bem jurídico relevante (digno de proteção) é, portanto, condição sine qua non do ius poenale do ius libertatis (do Direito penal centrado na sanção privativa da liberdade), ou seja, é sua ratio essendi.

Em resumo, para a teoria constitucionalista do delito, não existe crime sem ofensa a bem jurídico relevante e a intervenção do Direito Penal só se justifica diante de ofensas graves.

Fora dessas circunstâncias, outras normas do ordenamento jurídico devem decidir o conflito (caráter subsidiário do Direito Penal). Por seu lado, a concepção objetiva consiste em focar o crime não mais somente em seu aspecto formal (fato típico e antijurídico). Na pós-modernidade o conceito de tipicidade penal passa a ser formal e material ou normativa, numa perspectiva constitucionalista e internacionalista.

## 5. Considerações finais

A diversidade de teorias que a doutrina apresenta a respeito do conceito de crime instigou-me a pesquisar tal temática. No horizonte das minhas preocupações refleti a respeito da relação deste objeto com o seu caráter didático e político-social, uma vez que a justiça de uma decisão judicial depende de como o magistrado entende sobre os componentes do delito.

Como já foi dito, o crime surge de acordo com as necessidades da coletividade em reprimir uma determinada conduta. Sendo assim, o Poder Legislativo tem a competência de criar os tipos penais, incriminando certos comportamentos nocivos aos bens jurídicos.

O nosso sistema jurídico-penal não nos fornece um conceito de crime, pois este encargo fica sob a responsabilidade dos estudiosos das ciências jurídicas. Estes criam as suas teorias não só para criar discórdias, mas também para dar um norte ao legislador para criar os tipos penais, orientar os juizes no momento de enquadrar uma determinada conduta como criminosa, bem como proferir as suas sentenças.

Analisando estas principais correntes teóricas mencionamos ao longo deste trabalho as principais teorias e divergências dos doutrinadores a respeito dos elementos integrantes do crime. Percebemos que eles têm algo em comum, consideram o delito como um todo unitário que não se fragmenta.

Desse modo, este trabalho analisou a evolução dos elementos componentes do delito, através da qual procura-se identificar o atual estado em que se encontra o Direito Penal brasileiro.

A ocorrência do tipo penal pressupõe, hodiernamente, o preenchimento, além dos requisitos da conduta, resultado, nexos causal e tipicidade, a ocorrência dos elementos estruturais do crime, quais sejam: fato típico, ilícito e culpável.

No caso concreto, a adoção de uma teoria, dada pelo aplicador da lei, poderá condenar ou absolver um indivíduo, tornando-o primário ou reincidente, visto que a possibilidade de injustiças poderá ser decorrente da teoria do crime.

Outrossim, a necessidade premente de que o Direito Penal brasileiro acompanhe a evolução da ciência penal, em consagração aos princípios

norteadores do estado democrático de direito, possibilita diante do caso concreto, maior justiça na imputação do fato criminoso a determinado autor, após a acurada verificação de todos os elementos do delito.

Assim sendo, após o estudo de cada uma das teorias supramencionadas chegamos à conclusão de que a Teoria Analítica do crime é a que prevalece na doutrina pátria, uma vez que esta considera necessário se fazer o aumento de elementos do tipo penal, ou da tipicidade como preferem alguns. Desse modo a verificação de um crime no sentido analítico pressupõe a prática de um fato típico, antijurídico e culpável. A culpabilidade, portanto, não é só um pressuposto da pena, mas também um elemento integrante do delito.

Destarte, para os autores da Teoria Analítica, um delito dotado daqueles três elementos não irá restringir a aplicação da norma, mas sim deixará a cargo da Teoria da Pena a punibilidade.

Do exposto, pode-se concluir que predomina na doutrina nacional o conceito analítico de crime. A Teoria Bipartida está superada pela evolução (mutação) do Direito Penal brasileiro, cuja modernização dá espaço para o debate e verificação do conceito cada vez mais estratificado do delito, o qual proporciona a adequação da Ciência Penal às bases ideológicas do Estado Democrático de Direito.

Acredito que poderemos avançar nessa discussão sempre em busca de uma teoria do delito que seja compatível com a nossa sociedade, afinal o direito está sempre em mutação e não se sabe afirmar com certeza absoluta o que seja crime.

## 6. Referência bibliográfica

Bettiol, Giuseppe, Direito Penal, Campinas, Red Livros 2000;

Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de direito Penal, 10ª edição 2010, Saraiva;

Capez, Fernando, Direito Penal Parte Geral, 3ª edição 2010, Saraiva;

Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Espanol parte general, Editorial Tecnos 2001, Madrid;

García-Pablos de Molina, Antonio, Direito Penal Parte Geral, 2ª edição, Revista dos Tribunais;

Gomes, Luiz Flávio, Direito Penal Parte Geral, 2ª edição, Revista dos Tribunais;

Greco, Rogério, Curso de Direito Penal Parte Geral, 13ª edição 2011, Impetus;

Jesus, Damásio E. de, Direito Penal Parte Geral, 32ª edição 2011, Saraiva;

Mirabete, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal Parte Geral, 27ª edição 2011, Atlas;

Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Temis 1971, Bogotá;

Marques, José Frederico, Tratado de Direito Penal, Campinas, Bookseller 1997;

Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 10ª edição 2010, Saraiva;

Prado, Luiz Régis Prado, Curso de Direito Penal Parte Geral, 9ª edição 2010, Revista dos Tribunais;

Publicação de artigos científicos, Gomes, Luiz Flávio. Prática da Pesquisa, setembro 2013, disponível em: <HTTP//WWW.jusnavegandi.com.br/artigos/teoriadocrime

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, 1997 Civitas, Madrid;

Toledo, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, 1994, Saraiva;

Zaffaroni, Eugenio Raul, Manual de Derecho Penal Parte General, 1996, Ediar, Buenos Aires.