

DOCTRINA NACIONAL

A CULPABILIDADE E O CONCEITO TRI-PARTIDO DE CRIME

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

Professor da FADUSP e advogado criminal

1. Introdução — 2. Teoria do crime: Visão analítica — 3. Teoria do crime: Visão estrutural — 4. Teoria do crime e culpabilidade — 5. Conclusão.

1. Introdução

Este breve estudo pressupõe a compreensão da ciência penal como ciência dogmática.¹ Assim, porque o objetivo do trabalho é contrastar certa inclinação doutrinária que vê o delito como um fato típico e antijurídico, constituindo-se a culpabilidade tão só pressuposto da pena.

Fundamental, portanto, para a realização de uma crítica que aponte o equívoco metodológico da postura acima citada, situar-se no mesmo plano científico, a utilização da mesma linguagem científica, operando na mesma perspectiva metodológica, transitando dentro de idêntico sistema jurídico-penal.

Conhecidos são os conceitos material, formal e analítico de crime.² Os dois primeiros deitam raízes na construção científica primeira do Direito penal. Carmignani já identificava no delito dois elementos, um objetivo e outro subjetivo, denominando-os respectivamente força física e força moral.³ Carrara, adotando a mesma terminologia, “força física” e “força moral”, acrescentou a contradição ao direito como elemento essencial na composição do crime, elaborando uma consistente teoria, de injeável logicidade.

Enquanto o conceito material contém elementos de natureza econômica, so-

ciológica, moral filosófica, o conceito analítico atende a exigências lógico-sistemáticas. Este somente se tornou possível após a decisiva evolução da ciência do direito penal, principalmente no final do século passado e início deste.

Necessário foi o surgimento das categorias da antijuridicidade (Rudolph Von Ihering), da tipicidade (Ernst Beling) e da culpabilidade (Adolfo Merkel) para que se contruísse o conceito analítico, primeiramente pensado por Von Liszt.⁴

As condutas danosas ou perigosas às condições fundamentais de existência da sociedade transformam-se em crime por força da legislação penal, que lhes prevê contornos, fixando-lhes o desvalor. Cabe ao jurista “a tarefa de revelar a realidade jurídica dessas condutas”.⁵

O trabalho de adequação de conceitos, a operação silogística de subsunção do fato, enquanto conceito naturalístico, à norma penal, enquanto conceito jurídico, é missão do penalista.⁶

Caminha este estudo no estabelecimento de algumas precisões conceituais na teoria do crime, dentro de uma perspectiva estruturalista, com o objetivo de neutralizar a noticiada tendência de ver o delito simplesmente como conduta típica e antijurídica, ficando a culpabilidade como pressuposto da pena.⁷

2. Teoria do crime: visão analítica

O método analítico procede pela decomposição do objeto ou situação em partes, com a repartição destas em partes ainda mais simples. Sua finalidade é resolver a situação ou objeto nos seus elementos mais simples.⁸

Contrapõe-se ao método analítico o sintético. Enquanto o primeiro segue do geral ao particular, do complexo ao simples, do todo aos elementos, o segundo, o método sintético, vai do princípio ao principiado, dos constituintes ao constituído, das partes ao todo, do simples ao composto.⁹

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.

O método analítico, a partir da constituição do Direito penal como ciência dogmática, encontrou terreno propício à abordagem do delito sob aspecto normativo, com a constituição, no primeiro quartel deste século, das categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.

A abordagem dogmática fez a decomposição do crime em conduta, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, esta última retirada do conceito por considerar-se apenas consequência jurídica, dando resultado à conhecida definição analítica.¹⁰

A afirmação do delito como composto não de elementos mas de requisitos, aspectos ou faces não nega o método analítico, mas o confirma, pois a seguir faz-se a decomposição do conceito em elementos. Elementos estes decomponíveis em outros ainda mais simples, os quais, sem perder o sentido de coordenação sistemática com os demais elementos, seriam compreensíveis isoladamente.

3. Teoria do crime: visão estrutural

Os elementos, ou requisitos, ou aspectos, ou faces do delito (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade), pouco importando o batismo que se dê,¹¹ na verdade compõem o conceito jurídico penal de ilícito,¹² numa relação de implicação conceitual.

Impossível a compreensão de um desses conceitos sem a referência aos demais e ao todo. Esses conceitos completam-se, implicam-se, auto-explicam-se, auto-referem-se, integrando-se, nada significando por si próprios. O conceito de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade apenas se tornam “inequívocos” se integrados no sistema, na estrutura de que fazem parte e onde têm lugar definido.¹³

Destacar a tipicidade na construção do crime da referência à antijuridicidade, à culpabilidade e à punibilidade é tornar obscuro o conceito, pois o direito se utiliza, em especial o direito tributário, do princípio da tipicidade como idéia de modelo de correspondência e adequação.¹⁴

Isolar o conceito da antijuridicidade dos demais que compõem a estrutura do crime, mesmo que dele se diga a essência, é nada esclarecer, pois a antijuridicidade não é exclusiva do Direito penal, mas nota característica de todo o universo jurídico.¹⁵

Separar a culpabilidade da referência obrigatória à estrutura do crime é deixar vazio o conceito de ilícito criminal: todo o direito trabalha com o conceito de culpa a exigir-lhe, ou não, a presença para precisas consequências jurídicas.¹⁶

Divorciar, por fim, a punibilidade da referência à estrutura do delito é negar o que de característico há no Direito penal, qual seja a específica sanção criminal.¹⁷

Muitos penalistas intuem a abordagem estruturalista que se põe adequada

à concepção do crime. Maggiore ensina que “il reato non è l'azione più l'antigiuridicità più la colpevolezza, ma è, secondo l'aspetto da cui se consideri, tutto azione, tutto antigiuridicità, tutto colpevolezza”.¹⁸ Zaffaroni, expressando sua concepção realística de crime, adere ao método analítico, todavia não compreendidos os resultados como uma “suma de elementos”, porque a unidade é dada pela ação.¹⁹ Bettiol, aplaudindo Carnelutti, Maggiore, Antolisei e parcialmente Mezger, sustenta a unidade do delito quanto a seus aspectos naturalísticos, mas decomponível pela análise na “tela normativa”, buscando o “justo caminho do meio”.²⁰

A inafastável colocação estrutural do delito pode ser observada na própria evolução dos conceitos que o compõem.

Afirmou-se inicialmente ser a tipicidade a *ratio cognoscendi* ou a *ratio essendi* da antijuridicidade.²¹ A seguir, o surgimento da teoria finalista da ação, que inovação não trouxe senão a recolocação dos elementos dos conceitos; a teoria dos elementos negativos do tipo penal; a discussão do erro e o posicionamento da consciência da ilicitude se no dolo, por isso no tipo, se na culpabilidade, por isso conceito normativo.²² Igualmente a idéia de antijuridicidade material, cujo trabalho principal foi ligar o conceito de contrariedade formal ao direito ao bem jurídico e seus pressupostos, estabelecendo vínculo mais estreito com o tipo penal, como modelo de proibição. Modernamente, a concepção da dupla colocação do dolo (na culpabilidade e no tipo), com a afirmação de uma culpabilidade dolosa, portadora de um diferenciado desvalor do ânimo, diferente da função do dolo no tipo penal, que é portador do sentido jurídico-social da ação.²³

A política criminal da atualidade não enxerga a culpabilidade como pressu-

posto isolado de aplicação da pena. Seguindo as coordenadas do princípio da intervenção mínima, a pena não deve ser aplicada se inexistente a reprovabilidade intensa da conduta, ou, também, se o delito for de escassa lesividade social.²⁴

Essas realocações sistemáticas dentro da estrutura da teoria do delito, na feliz imagem de Ricardo Antunes Andreucci “um jogo de xadrez”, evidenciam a natureza estrutural do delito. A inequivocidade dos conceitos somente é encontrável com referência ao conjunto.

Como observa Jorge de Figueiredo Dias, a ciência penal não logrou até o presente momento uma apreciação unitária e sincrética de seu objeto essencial, em decorrência “da necessidade de análise e dissociação, cindindo aquele objeto numa pluralidade de elementos parcelares e transformando a simultaneidade entitativa numa sucessão lógica”.²⁵

O formidável Prof. Miguel Reale, em trabalho dedicado ao estudo da estrutura do delito, finaliza com penetrante observação do filósofo-jurista: “Em conclusão, em todo delito, tipicidade fática, antijuridicidade e culpabilidade se integram e se correlacionam, para dar-nos a plenitude de seu significado, devendo aquelas notas determinantes ser examinadas analítica e sinteticamente, como elementos distintos de uma unidade estrutural, ficando concomitantemente atendidos, de um lado, a intencionalidade pessoal e irreduzível do agente e, do outro, o significado social objetivo de sua conduta”.²⁶

Evidente, contudo, a utilidade do trabalho analítico, principalmente na operacionalidade de que se dotou o direito penal, na compreensão, interpretação e explicação do fenômeno criminal, sob prisma jurídico, e consequente aplicação da sanção criminal.

4. Teoria do crime e culpabilidade

Dizer constituir o delito uma conduta típica e antijurídica, sendo a culpabilidade pressuposto da pena, não é exato por variadas razões.

Primeiramente porque a tipicidade e a antijuridicidade também são pressupostos da pena, constituindo elementos antecedentes necessários à aplicação da sanção penal.²⁷

Em segundo lugar porque o juízo de reprovação, essência do conceito normativo de culpabilidade, não recai somente sobre o agente mas inclusive e necessariamente sobre a ação.

Frank ao construir a teoria normativa da culpabilidade²⁸ acrescentou aos momentos do dolo e da culpa a reprovabilidade da conduta, “construindo seu conceito não só com o dolo e a culpa, mas com a imputabilidade e a normalidade das circunstâncias concomitantes”. (*Normalität der begleitenden Umstände*).²⁹

O juízo de reprovabilidade tem como destinatário o agente, mas constrói-se a partir do fato concreto em que ele agiu, na consideração e avaliação das circunstâncias fáticas que cercaram o agente. O fato é o suporte “que exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma”.³⁰ Daí porque Fragoso, fazendo remissão a Aníbal Bruno e a Frank, define a culpa como a “reprovabilidade que recai sobre a ação praticada por imputável, com dolo ou culpa, tendo ou podendo ter o agente consciência de que viola um dever, em circunstâncias de inexigibilidade de comportamento diverso”.³¹

A inexigibilidade de conduta diversa, do poder agir de outra maneira, implica na consideração do fato e suas circunstâncias, referidos ao agente, procedendo-se a uma global apreciação axiológica, para, finalmente, emitir-se definitivo juízo normativo de culpabilidade.³²

Welzel mesmo observa: “como es primaria la voluntad de acción, a través de la cual el autor hubiera podido dirigir su comportamiento conforme a la norma, así es objeto primario de la reprochabilidad la voluntad de acción y solamente a través de ella, también la acción toda. Por eso se puede denominar, con la misma razón como “culpable”, tanto la voluntad de acción como la acción total”.³³

Não se encontra o juízo normativo, portanto, desligado do fato, a recair isoladamente sobre o sujeito.³⁴

Não há, por outro lado, razão para afirmar ter a legislação brasileira agasalhado esta ou aquela orientação científica. A lei penal não faz decididas opções doutrinárias, nem assume compromissos com esta ou aquela teoria dogmática.

Ricardo Antunes Andreucci, um dos autores da nova parte geral do Código Penal, estudando a culpabilidade adverte que a “lei, em sua construção e enunciado, não se compadece com opções doutrinárias prévias”.³⁵

Igualmente a lei penal, muita vez, usa dos termos sem precisão técnica e conceitual. Muitos códigos, inclusive o brasileiro, não definem juridicamente o que seja crime, usando de uma terminologia anárquica, que pouco esclarece.³⁶

Daí distinguir Zaffaroni entre delito em sentido estrito e sentido amplo, sendo aquele a conduta típica, antijurídica e culpável, enquanto este a conduta típica, ou típica e antijurídica (injusto).³⁷

Desse modo, não se pode inferir da legislação brasileira que o uso da locução “isento de pena” signifique necessariamente a exclusão da culpabilidade e que para exclusão da criminalidade a lei refira sempre “não há crime”.³⁸

Assim, p.ex., no erro de tipo permissivo. Quando o erro recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação inexistente, evidentemente, tipicidade

da conduta por ausência de dolo. O legislador, contudo, refere “isento de pena” (art. 20, § 1º). Mesmo se tratando de uma descriminante, a lei adverte que “não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

O legislador não afirmou a existência de um crime, todavia declarou o autor isento de pena. Não fica configurada a modalidade típica dolosa, podendo restar a forma culposa. Somente se configurada tipicamente a modalidade culposa haverá crime: o erro exclui o dolo, que, estando no tipo, prejudica a tipificação da forma dolosa.

Outro exemplo. No erro de tipo que recai sobre a pessoa contra quem é o crime praticado, o § 3º, do art. 20, afirma não estar o agente “isento de pena”, o que situaria a questão nos domínios da culpabilidade. Todavia, como se sabe, trata-se de erro de tipo, que anula o dolo. Somente não se exclui plenamente a tipicidade dolosa porque tal erro é acidental, não recaindo sobre dado essencial do modelo típico.

Pense-se também no estado de necessidade exculpante, em que o agente para salvar um bem jurídico de menor relevância sacrifica aquele entitativamente superior, todavia não lhe sendo exigível, nas excepcionais circunstâncias em que atuou, conduta diversa.³⁹

Sua conduta não é censurável pelo direito, não sendo possível formular-lhe juízo de culpabilidade. Todavia, tal estado de necessidade, que exclui a culpa, tanto quanto aquele que afasta a ilicitude, em ambas configurações diz o Código “não haver crime”. (art. 23 do CP).⁴⁰

Na coação irresistível, seja física ou moral, somente é punível o autor da coação, ficando isento de pena o coagido (art. 22 do CP).

Dessa disposição não se autoriza concluir que, isento de pena, o coagido terá praticado o delito, já aperfeiçoado

apenas com a tipicidade a antijuridicidade.

Tanto na coação física, ou irresistível por violência, em que o agente atua como verdadeiro autômato, quanto na moral, em que há um coeficiente de vontade, embora tolhida, em ambas hipóteses evidentemente o crime é praticado pelo coator, verdadeiro autor. Exclui-se com a locução “só é punível o autor da coação” a modalidade típica extensiva da co-autoria, pela falência, na coação física, da própria ação,⁴¹ e ausência do elemento subjetivo típico da co-autoria ou participação, na coação moral.

Na primeira, na coação física absoluta o coacto é apenas instrumento e não o autor de uma ação típica e antijurídica. Na segunda, o coacto não pratica uma conduta típica e antijurídica porque falece dado essencial da ação humana característico do concurso no crime de outrem: a consciência e a convergência de vontade na obtenção do resultado.

Ainda que não se argumente com a ausência de conduta, a configuração de um delito estará obstada pela atipicidade da conduta do coacto, porque excluído o tipo extensivo da co-autoria.⁴² Não se cuida simplesmente da inexigibilidade de comportamento diverso (art. 29 do CP), mas a questão situa-se em momento anterior, com a não configuração da tipicidade extensiva.

Na coação irresistível, portanto, há uma pluralidade de situações, que vão desde a inexistência da conduta, passando pela atipicidade extensiva da co-autoria, chegando por fim ao terreno da culpabilidade. A essas variadas hipóteses, a lei dispensa o mesmo tratamento: “só é punível o autor da coação”.

A conclusão imperativa, destarte, é de que a ação total contrária ao direito, portanto o injusto e a culpabilidade, unidos indissolivelmente no fato, globalmente compõem o conceito de crime, constituindo o pressuposto, ambos, da pena.

Com acerto, observa Enrique Bacigalupo: “si llamamos injusto a la acción contraria a la norma y tomamos en cuenta que éste es un complemento imprescindible para la culpabilidad, están dados los dos términos que componen la estructura del delito: injusto y culpabilidad. Lo injusto tiene, entonces, una función limitadora: sólo la culpabilidad referida a un injusto será presupuesto de una pena”.⁴³

Maurach, com acuidade, trata o injusto e a culpabilidade como uma unidade, numa consideração “totalitária” do delito, afirmando: “El derecho penal, si bien no conoce culpabilidad sin injusto, ni sin embargo injusto sin culpabilidad”.⁴⁴

5. Conclusão

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, traz sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, e desmonta lógica e essencialmente a idéia jurídico-penal de delito.

Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão só como índice de periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramatica,⁴⁵ cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade.

É uma picada aberta ao abandono do direito penal de fato, pelo desvalor da conduta, e acolhimento do direito penal do autor, de pesarasas lembranças.⁴⁶

Como advertiu Juarez Tavares, “o isolamento da culpabilidade como 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”.⁴⁷

NOTAS

1. O direito já não pode ser visto e compreendido como uma ciência puramente dogmática. Tércio Sampaio Ferraz, na linha de Viehweg (“Tópica e jurisprudência”) fala de uma perspectiva zetética de investigação, que não situa sua indagação a partir das normas jurídicas postas, mas dos antecedentes e pressupostos da própria norma, numa permanente postura especuladora, indo às bases e origens do próprio processo de formação do direito (*Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1991). Sob a perspectiva zetética, o fenômeno jurídico interessará à sociologia, à economia, à psicologia, à criminologia etc., estando sempre sob questionamento. Jorge de Figueiredo Dias, em artigo que cuida do estado atual da teoria do crime, pretende a construção de um conceito de delito teleológico, funcional e racional, propondo um novo paradigma da doutrina do crime fincado em determinadas premissas político-criminais. (*Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano I, 1, 1991, Aequitas Editorial Notícias, pp. 9 e ss.).

2. Para exposição e crítica do conceito material, formal e analítico de crime, v., principalmente, Everardo da Cunha Luna, *Estrutura jurídica do crime*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1970, pp. 171 e ss.

3. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milão, 1882, apud Heleno Claudio Fragoso, *Comentários ao Código penal*, RJ, Forense, 1978, I/493, t. II. Sobre a história do direito penal, José Sainz Cantero, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, Bosch, 1975.

4. V. a formulação do conceito analítico por Von Liszt no t. II, do *Tratado de derecho penal*, Madrid, Reus, 1927, trad. de Asúa, da 20ª ed. alemã. Aqui o delito é visto como um ato antijurídico e culpável, afirmando Liszt: “Cuando falte uno de los tres caracteres esenciales a la idea, entonces no hay delito” (p. 253).

5. Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. 17. A afirmação de constituir o delito uma realidade jurídica não invalida outras abordagens do fenômeno delituoso de acento macro-sociológico, nem prejudica o valor de perspectivas criminológicas de feito crítico, nomeadamente as vertentes da reação social, a interacionista, ou do *labelling approach*. A respeito dessas

perspectivas, Antoni Garcia-Pablos, *Problemas actuales de la criminología*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, especialmente pp. 79-113. V. também Edmundo Oliveira, *Criminologia crítica*, Pará, CEJUP; Juarez Cirino dos Santos, *A criminologia da repressão*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

6. Não é privativo da tipicidade o trabalho de adequação silogística. A operação mental de subsunção do fato à norma envolve o conceito de norma jurídico-penal, como premissa maior, e o conceito de fato como realidade fenomênica, como premissa menor, com a realização do raciocínio de adequação no terreno da tipicidade, da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade. Inobstante haja estágios na elaboração desse raciocínio (delegado de polícia: relevância típica; ministério público: *opinio delicti*; juiz: admissibilidade da ação penal) é a sentença, como um todo, em definitivo, o juízo de adequação ou inadequação, condenando, absolvendo ou extinguindo a punibilidade.

7. Damásio Evangelista de Jesus, *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 1º vol., "nota do autor", e p. 150; Júlio Fabrini Mirabete, *Manual de direito penal*, parte geral, Atlas, 1983, p. 55. René Ariel Dotti (*O incesto*, Curitiba, 1976) foi o precursor da atual posição de Damásio Evangelista de Jesus, como observa Juarez Tavares em *Teorias do delito*, São Paulo, RT, 1980, p. 11, nota 20.

8. Nesse sentido, Nicola Abagnano, *Dicionário de filosofia*, São Paulo, Ed. Mestre Jou, 1982, v. "análise", p. 48.

9. *Dicionário*, cit., loc. cit.; *Enciclopédia Saraiva do Direito*, n. 6, v. "análise".

10. Sobre o conceito analítico de crime e em especial o posicionamento da punibilidade, v. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, parte geral, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 163; Aníbal Bruno, *Direito Penal*, parte geral, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 287; Magalhães Noronha, *Direito penal*, 1/94, São Paulo, Saraiva, 1968; Giuseppe Bettiol, *Direito penal*, 1/261, São Paulo, RT, 1977; Giuseppe Maggiore, *Diritto penale*, 1/204, parte generale, tomo primo, Bologna, Nicola Zanichelli Ed., 1951. Entre os que incluem a punibilidade dentro do conceito de crime, v. p.e., Nelson Hungria, *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, I/9, t. II; Eduardo Correa, *Direito criminal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1963, p. 198; Giulio

Battaglini, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 339 e ss. Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. 21, adota posição *sui generis*, pois compreende a antijuridicidade como essência do crime, não elemento ou requisito, afirmando corretamente ser a tipicidade uma "relação de adequação entre o fato criminoso concreto e a figura legal abstrata".

11. Maggiore, op. cit., p. 204. Preferindo a idéia ao nome, Maggiore antecipa uma abordagem estruturalista dizendo ser o crime todo ação, todo antijuridicidade, todo culpabilidade. Günther Stratenwerth, *Derecho Penal*, parte general, t. I, Madrid, Edersa, 1982, fala em níveis da estrutura do delito. Pannain diz ser impossível o isolamento dos elementos conceituais (*Manuale di diritto penale*, Vol. primo, parte generale, Torinese, p. 262). Todavia, contraditoriamente, Pannain afirma: "Ma la prima osservazione da fare è che se fa diffeto da punibilità, non c'è reato, quindi certamente manca la conseguenza giuridica specifica, che è la pena". Ora, se não há crime ausente a punibilidade, esta integra a natureza daquele, que anteriormente fora negado. É que Pannain faz confusão entre a pena, preceito secundário da norma penal, e a punibilidade conceito abstrato e genérico da estrutura do crime.

12. Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. cit. Não se pode acolher sua afirmação de ser a antijuridicidade a essência do ilícito penal, porque se criaria uma específica ilicitude penal, diversa da civil.

13. Cf. J. Mattoso Câmara Júnior, "Estruturalismo", in *Revista tempo brasileiro*, 2ª ed., ns. 15-16; Lucien Sève, *Estruturalismo e marxismo*, Zahar Editores, trabalho do ano de 1968, p. 106. Aliás, Pannain, como já observado, adverte ser impossível o isolamento dos elementos conceituais. A propósito, v. a monografia "El delito como estructura", Ediar, apartado da *Revista de Derecho penal*, Año I, n. III, trabalho de Laureano Laudarabu.

14. V. *Teoria da imposição tributária*, Saraiva, 1983, de Ives Gandra da Silva Martins, em que mostra a identidade do método de interpretação e exegese do Direito penal e do Direito tributário, especialmente no que se refere ao princípio da estrita legalidade e tipicidade. V. também o *Caderno n. 6 de Pesquisas Tributárias*, Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1981, que foi dedicado ao "Princípio da legalidade". A teoria dos modelos jurídicos foi elaborada pelo Prof. Miguel Reale, para

quem a dogmática jurídica trabalha com os modelos jurídicos como estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, constituindo-se num trabalho de qualificação tipológica. (Cf. *Para uma teoria dos modelos jurídicos*, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 16-25).

15. Miguel Reale Júnior, *Dos estados de necessidade*, São Paulo, Bushatsky, 1971, p. 16: "a antijuridicidade é única para todo o ordenamento jurídico". Ao abordar seu âmbito, diz não se restringir a antijuridicidade ao aspecto objetivo, mas deve considerar-se o aspecto subjetivo do comportamento, a intencionalidade e seus elementos particulares.

16. V. arts. 159, 160 e 1.518 e ss. do CC. Consultar a doutrina, a respeito, de Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, parte geral, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 280. Observar igualmente os arts. 100, par. único, 147, 149 e 155 do Código Tributário Nacional e também a doutrina de Rui Barbosa Nogueira, *Curso de direito tributário*, 1976, 4ª ed., p. 168, e ainda o *Manual de direito administrativo*, de José Cretella Júnior, São Paulo, Forense, 1979, pp. 399 e ss. Como diz Heleno Cláudio Fragoso, inexistente diferença substantiva entre o ilícito penal e o civil, e as velhas teorias distintivas que se valiam do elemento subjetivo (culpabilidade e motivos determinantes) "não resistem à análise em face do direito positivo. Não existe diferença de substância entre o ilícito civil e o penal: a diferença é apenas de grau e quantidade. O ilícito penal é mais grave, atingindo mais importantes valores da vida social". (*Lições*, cit., p. 161). Já Von Lizst, ao primeiramente pensar o conceito analítico de delito, afirmara a identidade do ilícito penal e civil. Após oferecer sua definição de crime, observa que "el delito (*Verbrechen*) cae, por consecuencia, con el delito ilicito del Derecho civil, bajo el mismo concepto generico de acto culpable (*Delikt*)", op. cit., p. 263. A diferença específica, portanto, situa-se na sanção penal. Carnelutti, *Il dano e il reato*, Cedam, 1930, pp. 22 e 29, já anotava a identidade entre dano e crime, dizendo ser a mesma coisa o ato proibido pelo direito penal e o resultado, que é a diminuição de um bem jurídico, também de interesse do direito civil, achando a diferença de um e outro apenas na sanção. Atualmente ganha especial destaque a teoria dos fins da pena, que pretende explicar todo o direito penal e a dogmática jurídico-penal a partir da missão do direito penal, da finalidade

da resposta criminal. Nesse sentido, Santiago Mir Puig pretende a construção da teoria do delito sobre a função cometida à pena (preventiva), na concepção do Estado social e democrático de direito. ("Política criminal, pena y delito", in *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 78 e ss.

17. Nelson Hungria com acuidade de espírito observou a necessária interdependência conceitual do elemento punibilidade, dizendo constituir ele "nota específica do crime. Somente ele assinala inconfundivelmente o ilícito penal, em cotejo com o ilícito civil e o ilícito administrativo". (op. cit., p. 26). De maneira sucinta, pode-se afirmar integrar-se o conceito de punibilidade na definição de crime por algumas razões: 1. se definir implica aproximação ao gênero próximo, identificando a diferença específica, a punibilidade é que distinguirá o direito penal dos outros ramos do ordenamento jurídico; 2. a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade não são categorias exclusivas com que opera o Direito penal. Constitui nota distintiva deste ramo do direito precisamente a punibilidade na particular modalidade da sanção penal; 3. de outro lado, não é possível se pensar numa conduta impunível como de interesse penal. Somente um fato penalmente punível interessa à nossa disciplina; 4. por fim, a punibilidade não é consequência jurídica do crime. Ela não deve ser confundida com a pena concretamente cominada ao crime, esta sim sua consequência jurídica. (Cf. Battaglini, op. cit., p. 339 e ss.).

18. Op. cit., p. 204.

19. Eugenio Raul Zaffaroni, *Teoria del delito*, Ediar, 1973, p. 60.

20. Op. cit., p. 257.

21. P. ex., Aldo Moro, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, G. Triulla ed., 1947, p. 113 e ss., e Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, São Paulo, Bushatsky, 1973, pp. 91 e ss. Sustentando ser a tipicidade a *ratio essendi* da antijuridicidade, afirma este último autor que a "a ação ao se realizar já é antijurídica, pois se efetua em contraposição aos valores impostos pelo direito". (p. 91). Já Battaglini via o delito como fato, culpabilidade e punibilidade, excluindo do conceito de fato punível a antijuridicidade, sendo as causas de justificação resolvidas no elemento punibilidade (op. cit., pp. 354-355), ao que teria Mezger aderido, reformulando sua teoria (*Deutsches*

Strafrecht, Ein Grundriss, p. 37 e ss., 2ª ed., 1941, pp. 62 e ss. *apud* nota 385 de Battaglini, op. cit., p. 355).

22. O problema do erro é competentemente tratado por Jorge de Figueiredo Dias na excelente monografia *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, v. também Scipione Piacenza, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960.

23. Nesse sentido, consultar Roxin, quem primeiro sustentou esse duplo posicionamento (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970, pp. 42-43). Consultar também Johannes Wessels, *Direito penal*, parte geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Fabris, 1976, pp. 36-37. Em sentido contrário, Enrique Gimbernat Ordeig inseridas no trabalho "El sistema del derecho penal en la actualidad" (pp. 83 a 106, nota 44, p. 99), no livro *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976.

24. Sobre as modernas orientações do direito penal, dividindo o social-jurídico entre áreas de conflito e de consenso, e nesta encartando os delitos de bagatela, v. o precioso trabalho de Luiz Flávio Gomes, "Tendências político criminais quanto à criminalidade de bagatela", na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento, São Paulo RT, 1992, pp. 88-109. Igualmente sobre os princípios da lesividade e da intervenção mínima no direito penal, Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1990, p. 84 e ss.

25. Op. cit., pp. 12-13.

26. "Preliminares ao estudo da estrutura do delito", in *Estudos de filosofia e ciência do direito*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 118.

27. Como ensina Fragozo, "crime é o conjunto de pressupostos da pena". (*Lições*, cit., p. 165). No mesmo sentido, Juarez Tavares, op. cit., p. 109, nota 13, segundo quem "a expressão pressupostos da pena abrange um campo muito mais amplo do que pretendia essa teoria".

28. "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", em *Festgabe für di juristische Facultät des Universität*, Giessen, 1907.

29. Aníbal Bruno, op. cit., p. 29.

30. Idem, *ibidem*.

31. *Comentários ao Código penal*, cit., p. 498. Ao cuidar do tema da culpabilidade e sua conexão com o erro, textualmente afirma José

Henrique Pierangelli não se poder "conceber no Direito Penal moderno a existência de crime sem culpabilidade..." (RT 616/270).

32. Aliás, a desvinculação do fato poderia conduzir a um direito penal autoritário, voltado somente ao autor e à sua personalidade. Relativamente ao princípio da culpabilidade, adverte Córdoba Roda que "no se deben tomar en consideración presupuestos distintos a los concernientes a la acción culpable a los efectos de crear o agravar la responsabilidad penal". (*Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, p. 21). Dentro de um direito penal do fato, do qual o estado social e democrático de direito é tributário, a personalidade do agente será toda considerada no ajuizamento do ilícito penal, apenas na medida em que ela apareça expressa no fato punível. (Cf. Günther Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, p. 48).

33. *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956, trad. Fontán Balestra, p. 148.

34. A reprovabilidade, como admite Zaffaroni, é o "conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochada a un autor". O desvalor no juízo de reprovação é, portanto, eminentemente da conduta, conquanto referível ao agente. Esse "desvalor", como observa Zaffaroni, envolve muito mais um juízo fático de averiguação da conduta exigível, que uma apreciação axiologicamente negativa. A conduta exigível, por outro lado, é fixada atendendo a critérios legais, por isso que reprovabilidade é "el conjunto de características que la ley requiere para reprochar (desvalorar) una conducta". De sorte que a culpabilidade não está na cabeça de ninguém, mas na conduta mesma. Daí afirmar Enrique Cury ter o juiz apenas o trabalho de comprovação axiológica, estando a reprovabilidade na própria ação como mera qualidade sua. (*Orientación para el estudio de la teoría del delicto*, ediciones nueva universidad, 1973, pp. 179-180).

35. *Reforma penal*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 119.

36. Zaffaroni, op. cit., p. 53.

37., Zaffaroni, op. cit., loc. cit.

38. Em sentido contrário, Damásio, op. cit.

39. Miguel Reale Júnior, op. cit. O Código Penal de 1969 explicitamente adotou, no art. 28, a teoria diferenciadora.

40. Entendemos, como visto, haver a legislação brasileira, mesmo anteriormente à reforma penal de 1984, acolhido as duas formas de estado de necessidade: descriminalizante e exculpante. O § 2º do art. 24, ao dispor sobre a redução da pena na hipótese de sacrifício de bem entitativamente superior, de 1/3 a 2/3, não teve em vista o cotejo de bens, senão a especial situação do agente. A interpretação generosamente extensiva, *in bonam partem*, desse dispositivo abre passagem ao acolhimento do estado de necessidade exculpante, que já não precisará residir na supralegalidade como causa de exclusão da culpabilidade. Afirmando tratar-se o estado de necessidade de situação única de ausência de antijuridicidade, Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios*, cit., pp. 107-122.

41. V. o excelente trabalho de Pierangelli "Conduta: "Pedra angular" da teoria do crime", *RT* 573/315 e ss.

42. Nesse sentido, Ricardo Antunes Andreucci, *Coação irresistível por violência*,

São Paulo Bushatsky, 1973. Andreucci, op. cit., p. IX, concluindo não ser hipótese, a coação absoluta, nem de concurso de agentes, nem de autoria mediata, mas de ausência de ação do coagido, e autoria simplesmente do coator (p. 62).

43. "Problemas del sistema de la teoría del delito", in *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, Depalma, Año 3, 1974, p. 9.

44. *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, trad. de Córdoba Roda, t. I, p. 167.

45. Filippo Gramatica, *Principi di difesa sociale*, Padova, CEDAM, 1961.

46. O nacional socialismo alemão, já se sabe, pretendeu o aniquilamento do conceito analítico de crime, sob inspiração filosófica da Escola de Kiel (Schaffstein, Dahm), privilegiando o delito como manifestação de rebeldia ao direito, adotando o denominado "Willens-*trafrecht*", o direito penal da vontade.

47. Ob. cit., p. 109, nota de rodapé.