

A TEORIA DO CRIME

Márcio R. Marques¹

RESUMO

Nesta pesquisa são objetos cognoscíveis as principais teorias da ação, por isso, é importantíssimo realizar uma perscrutação sobre as principais existentes na doutrina, como por exemplo: a teoria finalista da ação, elaborada por Hans Welzel no início do século XX e que hodiernamente é a adotada; a teoria naturalista-causal da ação, de Franz von Liszt e Ernest von Beling e fundamentado por Radbruch, no século XIX e que atualmente está superada; e a teoria da socialista da ação que tivera como seus principais teóricos, Jescheck, Wessels, Maihofer, Schmidt, Bocklmanm, Engisch, Maurach, e que também teve o seu desenvolvimento histórico no século XX, porém, nunca fora adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante deixar claro que, no conceito analítico existem várias concepções, sendo elas a bipartida (tipicidade e ilicitude) a tripartida (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e uma outra que inclui a punibilidade como um quarto caractere no conceito analítico de crime, e logicamente, sendo a concepção tetrapartida (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade).

Outrossim, a teoria bipartida e a teoria tripartida acerca de crime, delito e contravenção, serão as primeiras a serem analisadas e que não podem haver quiproquó com as concepções tratadas acima.

PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO HUMANA, CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, TEORIAS, CONCEPÇÕES.

¹ Graduando da Faculdade de Direito de Campos; pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional – UNIFLU/FDC/Mestrado; discente da Fundação de Apoio, Ensino e Pesquisa de Desenvolvimento da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro – FAEPOL; associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e inscrito no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

A THEORY OF CRIME

Márcio R. Marques²

ABSTRACT

In this poll, is the main object hidden theories of action, therefore, is very important hold a research on the major in the doctrine, eg the theory finalist of action drawn up by Hans Welzel; at the beginning of the twentieth century, and that in this day and age is adopted, the naturalist causal theory of action, by von Franz Liszt and Ernest von Beling and reasoned by Radbruch, in the nineteenth century and which is currently overcome, and socialist theory of the action that had as its main theorists, Jescheck, Wessels, Maihofer, Schmidt, Bocklmann, Engisch, Maurach, which also had its historical development in the twentieth century, however, never was adopted in the Brazilian legal system.

It is important to make clear that the concept analytical several concepts, and they bipartite a (typical characteristics and unlawful) a tripartite (typical characteristics, unlawful and guilt) and another that includes criminality as a fourth character in the analytical concept of crime, and logically, and the design tetrapartite (typical characteristics, unlawful, guilt and criminality).

Also, the theory bipartite and tripartite theory about crime, crime in contravention, which will be the first to be reviewed and that there can be no confusion dealt with the concepts above.

KEYWORDS: HUMAN ACTION, ANALYTICAL CONCEPT OF CRIME, TEORIAS, CONCEPÇÕES.

² Graduating from the School of Law Field; researcher at the Group of Search Inter-municipal Development / Regional - UNIFLU / FDC / Master. Student the Foundation for Support, Education and Research for Development of the Civil Police of the State of Rio de Janeiro – FAEPOL. Associate at the National Council of Research and Post-Graduate Studies in Law - CONPEDI and subscribed to the National Council for Scientific and Technological Development - CNPq.

INTRODUÇÃO

A teoria do crime na verdade é o alicerce do Direito Penal, no entanto, ter conhecimentos sobre a sua origem, isto é, sua história, como também os seus principais doutrinadores, faz o sujeito cognoscível ter uma base e ter mais segurança e entendimento ao abordar os conceitos, as teorias, os caracteres e os elementos do delito.

Por isso, antes de serem investigados os caracteres e elementos do conceito analítico de crime, far-se-á uma análise sobre os principais conceitos, sendo eles o conceito material, formal e analítico ou estratificado e neste caso, há divergências doutrinárias.

Por isso, serão expostas as três principais correntes sendo elas a corrente da concepção bipartida (tipicidade, ilicitude), pois para os que adotam esta concepção a culpabilidade é um mero pressuposto de aplicação da pena, logo, não fazendo parte do conceito analítico de crime, sendo esta adotada pelos doutrinadores Damásio de Jesus, Fernando Capez, Celso Delmanto, Renê Ariel Dotti, Julio Fabbrini Mirabete entre outros.

A corrente da concepção tripartida, que é majoritária, (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), adotada pelos doutrinadores Rogério Greco, Hans Welzel, Luis Regis Prado, Cezar Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, Edgard Magalhães Noronha, Heleno Fragoso, Frederico Marques, Paulo José da Costa Júnior, Aníbal Bruno, Néelson Hungria, Guilherme Nucci, Fernando Galvão, Juarez Tavares, entre outros.

E a corrente da concepção tetrapartida (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e a punibilidade), sendo adotada pelos doutrinadores Basileu Garcia, Claus Roxin, entre outros.

O que também causa grande confusão são as teorias bipartidas e tripartidas do conceito de infrações penais, no entanto, não tem nada haver com as concepções tratadas acima, pois aquelas são pertinentes aos caracteres do crime e estas são pertinentes às modalidades de infrações penais, sendo elas o crime, o delito e a contravenção penal, no entanto, há países que distingue o crime, do delito; e outros, como é o caso do Brasil, que conceituam o crime e o delito como sinônimos, de maneira que, mais adiante serão pesquisados.

Não obstante, será analisado também o elemento da punibilidade, que é sustentado por alguns autores da concepção tetrapartida como: Basileu Garcia e Claus Roxin, entendendo que este quarto caractere faz parte do conceito analítico de crime e que já no ponto de vista de Assis Toledo é rechaçado.

Antes da reforma de 1984 do decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal, isto é, do ano de 1940 à 10 de julho de 1984, o código adotara a teoria naturalista-causal da ação que tinha sido idealizado no século XIX, por Franz von Liszt e Ernest von Beling, entretanto, com a reforma do código em 11 de julho de 1984, pela lei ordinária de nº 7.209, passou-se a adotar a teoria finalista da ação, que fora idealizado por Hans Welzel no início do século XX, logo, o artigo 14, incisos I e II, corrobora que o atual diploma penal fita a finalidade do agente, por isso, que a sua conduta ao praticar uma infração penal somente poderá ser consciente e voluntária na modalidade dolosa ou culposa.

Por conseguinte, existem outras teorias, mas, a pesquisa vai ser ater tão-somente acerca das mais importantes, porque estas são as que causam seriíssimas dúvidas.

1. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO CRIME

Neste ponto da pesquisa, será o momento para obter conhecimentos dos conceitos sobre o Direito Penal, isto é, dirimir as dúvidas que não podem permanecer, porque serão imprescindíveis as seguintes noções básicas.

No entanto, com uma pequena digressão ao tema, é bom ressaltar que para alguém ser considerado autor de um crime, é sabido que, deve-se respeitar o princípio previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, sobre a anterioridade da lei penal previsto no artigo 5^a, inciso XXXIX, 1^a parte,³ “não há crime sem anterior que o defina(...).”

1.1 CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

É importante frisar que infração penal, é gênero, ou seja, é hiperônimo de crime e contravenção, já estes são os específicos, isto é, são os hipônimos de infração penal.

O Código Penal adotou a teoria bipartida ou dicotômica, tendo em vista que, com fulcro no Decreto-lei nº 3.914 de 9 de dezembro de 1941⁴ que é a Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais, em seu artigo 1^o, descreve a distinção entre elas.

Em nosso país, as infrações penais são divididas em duas partes: os crimes ou delitos, que são sinônimos; e as contravenções ou crime anão, segundo a definição de Néelson Hungria. Para o jurista Cezar Bitencourt, ontologicamente não há diferença entre crimes e contravenções, pois estas apresentam menor gravidade em relação aos crimes, logo, o fundamento da distinção é puramente político-criminal.⁵

Todavia, em outros países como França, Alemanha e Rússia, adotaram-se a teoria tripartida, porque, para eles, o crime, o delito e a contravenção, são infrações penais distintas, conforme a sua gravidade, como trata o catedrático em direito penal da Universidade Pablo de Olavide, o jurista Francisco Muñoz Conde:

³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2004. p. 18.

⁴ BRASIL, *Decreto-lei nº 3.914 de 09 de dezembro de 1941*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm, acessado em 04/04/2008.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25.

“Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave; son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave; son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.”⁶

1.2 CONCEITO DE DIREITO PENAL

Para o intróito deste tema, pode-se citar este conceito conforme preleciona Mezger: “O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando o delito, como pressuposto, a pena como conseqüência.”⁷

Quando se toma conhecimento desse conceito, o que leva a entender, é que o *jus puniendi* é do Estado, de maneira que, a maioria dos crimes previstos no Decreto-Lei nº 2.848/40⁸, o Código Penal, são de ação pública, por conseguinte, cabe ao Estado por meio do seu órgão oficial competente, que o Ministério Público, o oferecimento da denúncia, sendo esta, a peça exordial para o início da ação penal pública.

No livro, *Derecho Penal Aleman*, de Hans Welzel, define o Direito Penal da seguinte forma:

“El Derecho Penal es aquella del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y lê impone penaso medidas de seguridad.

La funcion ético-social del derecho penal es proteger los elementales de la vida en comunidad.”⁹

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 24-25.

⁷ MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*, v. 1. p. 27-28 In Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt. *Elementos de Direito Penal, parte geral*. Coleção resumos n.º 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.

⁸ BRASIL, *Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*, São Paulo: Saraiva. 2008.

⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez*, 4ª edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1993. p. 1.

1.3 CONCEITO DE CRIME

Na obra de Franz von Liszt, verifica-se o seguinte conceito de crime: “Crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao direito.” (sic)¹⁰

A doutrina debita a Tiberio Deciano, juriconsulto italiano, a primeira formulação sistemática do delito, em 1590, em que definira o crime como: “fato humano proibido por lei, sob ameaça de pena, para o qual não se apresentava justa causa para a escusa.”¹¹

Como forma de reprimir o crime, sempre fora imposta leis que definira as respectivas limitações e proibições; a pena tinha sido o meio usado pelas autoridades em nome do Estado para impor contra àqueles que cometessem um delito.

Podem ser citadas como exemplo, as Leis das XII Tábuas, na Tábua 2, no artigo 6º que dizia: “Se o ladrão durante o dia defender-se com arma, que a vítima peça socorro com altas vozes e se, depois disso, matar o ladrão, que fique impune.”¹²O Código de Hamurabi, no artigo 6º que dizia: “Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto.”¹³

Como antítese ao exposto anteriormente e idealizando a finalidade de buscar meios de prevenir o crime, Cesare Beccaria traz em sua obra “Dos delitos e das penas”:

¹⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora F. Briguret & C. 1899. p. 183.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.* p. 15 *In* Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 46.

¹² PRADO, Antônio Orlando de Almeida, (organizador). *Código de Hamurabi, Leis da XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei de Talião*. São Paulo: ed. Paulistanajur. 2004. p. 57.

¹³ *Ibidem*. p. 10.

“É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que recuperá-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes e contrários à finalidade que se propõem.”¹⁴

Logo, a partir do momento em que alguém pratica uma conduta tipificada como crime, e não haja nenhuma excludente de ilicitude e nenhuma dirimente da culpabilidade, essa pessoa será considerada criminosa.

No entanto, fazendo uma pequena digressão, a respeito do sujeito ativo *criminoso*, César Lombroso, na Itália, por meio de seus estudos, dera início a um movimento científico que considera criminoso um ser humano atávico, e a Antropologia Criminal fora responsável pelas modificações de referenciais quando da análise do delito.

A Sociologia Criminal, de Enrico Ferri, e a Criminologia, de Garofalo, logo depois, deram prosseguimento nos passos exordiais de Lombroso e firmaram como um fundamento da responsabilização penal o fato de que o delinqüente vivera em sociedade.¹⁵

1.3.1 CONCEITO MATERIAL

O conceito material do crime é a violação de um bem jurídico penalmente protegido, e alguns destes bens jurídicos tutelados estão positivados em títulos no Código Penal, como por exemplo: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio, dos crimes contra os costumes, dos crimes contra a administração pública, entre outras.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene.1764*. Traduzido pela editora Martn Claret. São Paulo: 2007. p. 101.

¹⁵ GALVÃO, Fernando; GRECO Rogério, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 40-41.

Edgard Magalhães Noronha, afirma a melhor orientação do conceito material: “Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal.”¹⁶

O mesmo conceito no ponto de vista de Giuseppe Bettiol: “Crime é qualquer fato do homem, lesivo de um interesse, que possa comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade.”¹⁷

Para Jiménez de Asúa:

*“Crime é a conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social.”(sic)*¹⁸

1.3.2 CONCEITO FORMAL

No conceito formal, seria uma contradição entre a lei penal e o fato praticado pelo agente, no entanto, este tópico não exaure o conceito de crime e como afirma Mirabete, este conceito alcança somente um dos aspectos do fenômeno criminal.

Sob este aspecto, temos os seguintes conceitos: “Crime é qualquer ação punível.”¹⁹ (Giuseppe Maggiore). “Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui pena.”²⁰ (Manoel Pedro Pimentel).

Sob o aspecto formal, para Fernando Capez o conceito analítico de crime resultada mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto,

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 410 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82.

¹⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal, parte geral*. v. I. Coimbra: Coimbra editora. 1978. p. 105 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82.

¹⁸ ASÚA, Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. v. 3. Buenos Aires: Losada. 1951. p. 61 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82.

¹⁹ MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. v. I, 5ª ed. Bolonha: Nicola Zanelli. 1951. p. 189.

²⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 2 In Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 81.

considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo.²¹

1.3.3 CONCEITO ANALÍTICO OU ESTRATIFICADO

No conceito analítico ou estratificado do crime há divergências, e vai ser a partir deste momento que ocorre uma das maiores controvérsias acerca da teoria do crime, e nela serão investigados os temas acerca desse conceito e posteriormente a teoria da ação, que também é outro tema que causa muitas divergências.

Após o crivo dos conceitos abordados, percebe-se que aqueles não definem com exatidão o conceito de crime, logo, a finalidade da criação do conceito analítico é exatamente para que se obtenha uma análise dos caracteres e dos elementos do crime.

Acerca desse conceito, o histórico desses caracteres, de maneira bem sucinta preleciona Luiz Régis Prado:

“A ação, como primeiro requisito do delito, só aparecera com Berner em 1857, sendo que a idéia de ilicitude, desenvolvida por Rudolf von Lhering em 1867 para área civil, fora introduzida no Direito Penal por obra de Franz von Liszt e Beling em 1881, e a culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolvera-se pelos estudos de Binding em 1877. Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling em 1906, surgira a idéia de tipicidade.”²²

Como esta parte é bem complexa, será desenvolvida a partir de agora, uma abordagem específica para que fique claro este conceito, arrolando suas diversas posições.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral*. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 106.

²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, parte geral*. p. 135 In Rogério Greco. *Curso de Direito Penal, parte geral*. v. 1. Niterói: Impetus, 2007. p. 141.

1.3.3.1 CONCEPÇÃO BIPARTIDA

Para esta corrente, crime é todo “fato típico, e ilícito”, logo, para esses, a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, sendo então apenas um pressuposto de aplicação da pena, logo, essa linha de raciocínio é seguida pelos doutrinadores como: Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Renê Ariel Dotti, entre outros.

Por esta concepção soa uma lacuna, isto é, torna o conceito analítico de crime incompleto, ao cogitar que a culpabilidade não faz parte deste. Logo, é muito mais correta a análise concomitante da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, portanto, esta conclusão é corroborada pela maioria da doutrina, que será vista a seguir.

1.3.3.2 CONCEPÇÃO TRIPARTIDA

Esta concepção, certamente aparenta ser a mais coerente, tendo em vista que não somente a tipicidade e ilicitude são pressupostos da pena, mas também a culpabilidade, no entanto, ambas colaboram para que o agente seja responsabilizado ou não pelo delito praticado.

Partindo para o lado histórico, percebe-se que a concepção tripartida, sugira com Beling, que ao criar o conceito de tipo, passou-se a integrar no conceito estratificado de crime, como se vê na obra de Fernando Galvão e Rogério Greco; “A inicial estruturação analítica bipartida pelo critério objetivo-subjetivo sofreu constantes revisões. Com Beling, tomou a forma tripartida, através da introdução do conceito de tipo.”²³

Para esta segunda corrente, entretantes, o próprio Welzel admite que para ocorrer uma análise de maneira completa, e concluir que o fato praticado na finalidade do agente é crime ou não, deve-se analisar os caracteres da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Para ratificar esse parágrafo trago *a lumen* à definição de Winfried Hassemer: “La definicion según la cual el hecho punible es la acción típica, antijurídica y culpable.”²⁴

²³ BELING, Ernest von. *La Doctrina del Delito-Tipo*, p. 11 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 47.

²⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: casa editorial Boch – Urgel, 51 bis. 1984. p. 255.

No mesmo diapasão, preleciona o professor Luís Augusto Freire Teotônio, que traz o mesmo raciocínio:

“Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel, considerado pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis Toledo, entre outros, nunca disseram que o crime formava-se apenas pelo fato típico e ilícito, considerando sempre a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos.”(sic)²⁵

Assis Toledo, também adota esta concepção, sendo a sua definição a seguinte:

“Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm 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 típica, ilícita e culpável.”²⁶

Nesta concepção seguem a maioria, como os seguintes doutrinadores: Cezar Bitencourt, Edgard Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo,

²⁵ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade, Concepções e modernas tendências internacionais e nacionais*. Campinas – SP: ed. Minelli. 2002. p. 120.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, São Paulo: Saraiva p.80. In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 30.

Helena Fragoso, Anibal Bruno, Frederico Marques, Nelson Hungria, Juarez Tavares, Guilherme Nucci, Paulo José da Costa Júnior, Luís Régis Prado, Rogério Greco, Fernando Galvão, Hans Wlezel, João Mestieri, David Teixeira de Azevedo, entre outros.

1.3.3.3 CONCEPÇÃO TETRAPARTIDA

Existe também esta terceira corrente, apesar de ser minoritária e nunca ter sido adotada pelo Código Penal brasileiro, que o crime é todo fato “típico, ilícito, culpável e punível”, sendo esta defendida por Basileu Garcia.

Quem também sustenta a concepção tetrapartida é o professor Claus Roxin da Universidade de Munich, com a seguinte definição:

“Considerando que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação, bem como os postulados da dogmática jurídico-penal, Roxin sustenta que a responsabilidade do autor do fato punível também deve ser elemento do conceito analítico do delito.”²⁷

1.3.3.4 CONCEPÇÃO PENTAPARTIDA

Francesco Carnelut, chegou a vislumbrar esta concepção, adotando em seu estudo qualitativo do delito conceitos sistemáticos peculiares ao negócio jurídico, sendo os caracteres: “da capacidade, da legitimação, da causa, da vontade e da forma”; não percebendo as diferenças ontológicas entre o delito e o negócio jurídico.²⁸

2. TEORIAS DA AÇÃO:

A partir deste capítulo será analisado acerca das três principais teorias ação delitiva, e notas-se que antes da reforma de 1984 do Código Penal, a teoria naturalista-causal da ação vinha sendo adotada, e continha no caractere da culpabilidade os elementos da imputabilidade, a exigibilidade de conduta

²⁷ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos de Delito en la Base a la Política Criminal*. Barcelona: PPU, 1992. p. 62 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p.49

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria General del Delito*, p. 56-256 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 1999. p.48.

diversa, o dolo e a culpa. Logo, para essa teoria, a culpabilidade era o lugar adequado ao estudo dos elementos subjetivos, dolo e culpa.²⁹

Entretanto, com aquela reforma do código em 11 de julho de 1984, pela lei ordinária de nº 7.209³⁰, passou-se a adotar a teoria finalista da ação, onde o dolo deixa de ser normativo e passa a ser um dolo somente natural³¹ ao ser deslocado para o elemento da conduta humana juntamente com a culpa, que se encontram no caractere da tipicidade, e com isso é levado em conta a finalidade do agente, podendo ele responder apenas por delitos dolosos e culposos.

2.1 TEORIA NATURALISTA, CAUSAL-NATURALISTA, CAUSALISTA OU MECANICISTA.

Esta teoria foi elaborada pelo ilustre professor de Berlim, Franz von Liszt no final do século XIX e que perdurou até meados do século XX, e teve como um de seus maiores defensores, o professor penalista alemão da Universidade de Munique, Ernest von Beling, sendo este o responsável pela tipicidade, e Radbruch. Além desses podemos citar outros defensores desta teoria como: Battaglini, Pietro Nuvolone, Luiz Juménez Assúa, entre nós: Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Baliseu Gracia, Nelson Hungria, Frederico Marques, Costa e Silva.

Para os adeptos desta teoria, não há distinção entre a ação de uma lesão dolosa e a de uma lesão culposa, pois, tanto uma quanto a outra o resultado é mesmo, logo, configura-se um desprezo total da vontade, ou seja, do conteúdo finalista.

Para Franz von Liszt, o conceito de ação é a exteriorização do movimento corporal causando a modificação no mundo exterior, que tem de ser perceptível pelos sentidos e também produzida por meio de uma manifestação de vontade, isto é, uma ação ou omissão voluntária, porém desprovido de qualquer finalidade.

²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral*. v. I. Niterói: Impetus. 2007. p. 385.

³⁰ BRASIL, *Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984*, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm, acessado em: 04/04/08.

³¹ GRECO, Rogério. *Op cit.*, p. 392.

Outrossim, Jescheck, descreve em sua obra, ambas concepções acerca da teoria do delito, primeiramente, é importante trazer para esta pesquisa, um dos seus tópicos.

”El concepto clásico de delito, defendido en Alemania desde la vuelta del siglo por la doutrina dominante, se caracterizaba por una estructura sencilla, fácil de abarcar y didácticamente ventajosa.

La base de este sistema era el concepto de acción, entendida por Beling y von Liszt de manera totalmente naturalística como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos por el vínculo de la causalidad, que, conforme a la teoría de la equivalencia, parecía excluir todos los distingos objetivos en la realización del tipo”.³²

Nesta teoria, o dolo e a culpa eram analisados na culpabilidade. Então, significa que independente da vontade do agente, a sua conduta é típica, como por exemplo, Mozart, dirigindo o seu carro tranqüilamente em uma pista em alta velocidade, surpreende-se, quando de repente, Desafinado, querendo se suicidar, pula na frente do automóvel de Mozart e falece instantaneamente.

Este caso na análise da teoria clássica é visto como crime, isto é, não importa se Mozart quis ou não atropelar Desafinado, o que importa é que aquele foi o responsável pela morte deste, por isso, a conduta de Mozart será típica, e não havendo excludente de ilicitude será também antijurídica, e finalmente a conduta de Mozart será definida somente na culpabilidade, onde serão analisados o elementos de dolo e culpa, chegando a conclusão de que sua conduta não era culpável, por ausência do elemento dolo ou culpa.

³² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción del José Luis Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada – Espana: editorial Comares. 1993. p. 182.

2.2 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

A teoria da ação desenvolvida por Samuel Von Puffendorf (1636-1694), cujas raízes remontam a Aristóteles, foram decisivas para que o eminente Welzel elaborasse a doutrina da ação final.

Puffendorf, entendia a ação humana, somente aquela dirigida pelas específicas capacidades humanas, isto é, pelo intelecto e pela vontade.³³

Nesta teoria, Welzel atribuiu grande destaque, à vontade humana, isto é, a finalidade do agente, isto significa que para o direito penal hodierno, não importam os fatos praticados sem finalidade do agente, ou seja, sem dolo ou culpa. Uma das principais descobertas desta teoria foi a existência dos elementos subjetivos do tipo, o dolo é natural, ou seja, despido da consciência da ilicitude.

Nesta teoria, o dolo e a culpa passaram a ser analisados no primeiro caractere (Tipicidade) e especificamente no elemento da conduta humana.

Com a reforma da parte geral do Código Penal, por força da Lei nº 7.209³⁴ de 11 de julho de 1984, o dolo e a culpa saíram da culpabilidade e, integraram-se na tipicidade, e na culpabilidade, integrou-se o potencial conhecimento da ilicitude do fato.

Na teoria finalista, a conclusão é bem diferente ao exemplo que foi visto na teoria causal-naturalista, seria então da seguinte forma, Mozart, dirigindo o seu carro tranqüilamente em uma pista de alta velocidade, surpreende-se, quando de repente, Desafinado, querendo se suicidar, pula na frente do automóvel e falece na hora. Nesse caso sob o ponto de vista finalista, será um irrelevante penal (fato atípico, por ausência de conduta), isto é, significa dizer que, a conduta de Mozart não será considerada como crime, porque ao ser analisado o dolo e a culpa, que na teoria finalista estão localizados no primeiro elemento da tipicidade que é a conduta humana, exclui-se o crime, tendo em vista que Mozart não teve a intenção de matar Desafinado, então por falta de dolo e não estando presente nem a culpa (houve culpa/vontade exclusiva da vítima), fica caracterizada que a finalidade do autor do fato não era criminosa.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. In Welzel, Hans. *Derecho Penal*. p. 60. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 36.

³⁴ BRASIL, *Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm, acessado em: 04/04/08.

Por conseguinte, a teoria finalista da ação nascera de um encontro dos pensamentos filosóficos de Aristóteles, Anaxágoras, Kant, Hegel, e Hartmann, com as colocações jurídicas de Samuel von Pufendorf, Hellmuth von Weber e Alexander Graf Zu Dohna, e tomam como definitivo com Hanz Welzel, passando assim a análise do delito a utilizar como pressuposto o fato de que a causalidade é obra da inteligência humana.³⁵

2.3 TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Outrossim, temos esta teoria, que tivera o desenvolvimento histórico no início do século XX, e que nunca foi adotada, pelo Direito Penal brasileiro.

Seus principais defensores são: Jescheck, Wessels, Maihofer, Maurach, Bockelmanm, Schmidt, Engisch.

A idéia desta teoria, na verdade foi com o intuito de aprimorar o conceito de ação proposto por Liszt.

Aqui, teve o destaque ao aspecto social da conduta humana, então, para esta teoria o direito penal somente trataria das condutas voluntárias que realmente produzissem resultados de relevância social, isso quer dizer que, se determinado fato for considerado socialmente adequado, normal, justo e correto pela coletividade não poderia ser entendido como típico.

Em suma, a ação para esta teoria é o comportamento humano relevante, sendo capaz de afetar o relacionamento do indivíduo em seu meio social, embora o fato praticado pelo agente seja enquadrado no tipo incriminador, não poderão ser entendidas como criminosas, se for socialmente adequada, logo, a ação socialmente adequada exclui a tipicidade da conduta.

Por isso que para Jescheck, a teoria finalista é insuficiente por causa de não considerar o aspecto social da conduta humana.

³⁵ WELZEL, Hans. *Op. cit.* p.60; e TAVAREZ, Juarez, *Op. cit.* p. 53-57 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 61.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta pesquisa, foi possível abordar os principais pontos históricos de maneira bem sucinta e coerente para que se possa ter uma visão mais profunda do Direito Penal.

Em que pese, haver ainda outros tópicos de muitíssima importância, mas, os essenciais foram objetos de investigação.

Foi obtido um conhecimento preexistente para depois concretizar a abordagem do tema principal, por isso, teve de ser pesquisado primeiro alguns conceitos que preenche a teoria do delito, sendo estes os conceitos de infração penal, de direito penal, e do crime.

Logo, após essa perscrutação obtivemos o conhecimento de que a teoria adotada pela doutrina majoritária é a teoria finalista da ação (finalidade do agente); como também, ficou sabido que a concepção adotada pela maioria é a concepção tripartida (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e que não se pode confundir com a teoria bipartida (crime ou delito e contravenção), porque ficou claro que a teoria acerca das infrações penais adotada pela maioria é essa, sendo ela aplicada mormente em nosso ordenamento jurídico, então, para ratificar, crime e delito são sinônimos e a outra espécie de infração penal que é a contravenção penal ou segundo Nélson Hungria, crime anão.

Doravante, será preciso se ater aos caracteres e elementos pertinentes ao conceito analítico ou estratificado de crime ou delito, pelo aspecto da concepção tripartida.

Como consequência desta pesquisa, e para complementar o raciocínio, em outra pesquisa apartada, seguirá a continuação deste estudo com o tema: “Os Caracteres e Elementos do Conceito Analítico do Crime.”

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*.1764. Traduzido pela editora Martn Claret. São Paulo: 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto; **CONDE**, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2004.

BRASIL, *Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm, acessado em: 04/04/08.

BRASIL, *Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*, São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL, *Decreto-lei nº 3.914 de 09 de dezembro de 1941*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm, acessado em 04/04/2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral*. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

GALVÃO, Fernando; **GRECO** Rogério, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral*. v. I. Niterói: Impetus. 2007.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: casa editorial Boch – Urgel, 51 bis. 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción del José Luis Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada – España: editorial Comares. 1993.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora F. Briguret & C. 1899.

MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. v. I, 5ª ed. Bolonha: Nicola Zanelli. 1951.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; **FABBRINI**, Renato N. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

PRADO, Antônio Orlando de Almeida, (organizador). *Código de Hamurabi, Leis da XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei de Talião*. São Paulo: Paulistanajur. 2004.

PRADO, Luiz Régis; **BITENCOURT**, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal – parte geral*, Coleção resumos n 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade, Concepções e Modernas Tendências Internacionais e Nacionais*. Campinas – SP: Minelli. 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemã. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez*, 4ª edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1993.

AGRADECIMENTOS

Dedico esta pesquisa às bibliotecárias: Maria Helena e Daniélly Monteiro, e a equipe de funcionários da Biblioteca; à equipe do CPD, em especial ao Diego e ao Gilberto; à equipe do Laboratório de Informática; à equipe de atendimento das secretarias 1 e 2; à equipe da Livraria; à secretária Fátima; ao diretor Dr. Levi Quaresma; a todos os docentes, em especial aos professores Jorge Batista de Assis e Maria Amélia, que me passaram o conhecimento da metodologia de pesquisa em direito; ao Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal do Mestrado, em especial ao Dr. Auner Pereira Carneiro; e a todos aqueles que direta e indiretamente colaboram para a concretização de mais uma pesquisa científica.

MENSAGEM DO AUTOR

Conhecimento, é a capacidade de absorver informações, oriundo de um relacionamento que se protraí no tempo, entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível;

Sabedoria, é a experiência que se adquire com a vivência por meio da interação social, sendo esta imprescindível;

Inteligência, é a forma pensante de dirimir os obstáculos paulatinamente, tornando-os o mais reles possível.

Márcio R. Marques.



Márcio Rangel Marques / marciomarques1104@hotmail.com .

- Graduando da Faculdade de Direito de Campos: www.fdc.br, (2008.1. 4º Per. 2ª Tur.);
- Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional – UNIFLU/FDC/Mestrado/CNPq;
- Discente da Fundação de Apoio, Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro - Brasil - FAEPOL/Acadepol;
- Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI;
- Inscrito no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq;
- Estagiário extra-oficial da Defensoria Pública na 1ª Vara Cível de Campos dos Goytacazes – Rio de Janeiro - Brasil.