

GABRIEL BARBOSA DE OLIVEIRA

**TEORIA GERAL DO CRIME E ASPECTOS FORMAIS DA  
CLASSIFICAÇÃO DO DELITO**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2019

GABRIEL BARBOSA DE OLIVEIRA

**TEORIA GERAL DO CRIME E ASPECTOS FORMAIS DA  
CLASSIFICAÇÃO DO DELITO**

Projeto de Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da Uni-Evangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Me. Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS-GO

2019

GABRIEL BARBOSA DE OLIVEIRA

TEORIA GERAL DO CRIME E ASPECTOS FORMAIS DA  
CLASSIFICAÇÃO DO DELITO

Anápolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus que tem me dado saúde, pois sem ela não seria possível chegar onde cheguei, agradeço também a Deus por sempre me fortalecer, fazendo com que eu nunca desanimasse de meus objetivos.

Também agradeço ao Centro Universitário UniEvangélica, seu corpo docente, direção e administração que proporcionou, e ainda continua proporcionando, um ensino de excelência nos preparando para uma carreira promissora no campo de mercado de trabalho.

Ao meu orientador Adriano Gouveia pela dedicação e empenho para com toda a pesquisa realizada, auxiliando em cada momento.

Agradeço ainda, aos meus pais, que com muito esforço e dedicação conseguiu me proporcionar uma educação privilegiada, tanto na área acadêmica, como na área social, com ética e moral, também os agradeço pelo incentivo e motivação que me deram em cada momento de adversidade.

A todos que participaram dessa fase única da minha vida, o meu mais sincero agradecimento.

## RESUMO

Esta monografia tem como objeto de estudo a teoria geral do crime, mais especificamente, o conceito analítico de crime, sob a percepção das teorias doutrinaria conflitantes que existem a respeito desse assunto. Sob uma análise mais sintetizada foram estudadas as correntes majoritárias, sendo elas a teoria bipartida e a tripartida, onde é possível observar a partir de que momento uma ação se torna um crime e quais seus elementos constitutivos.

**Palavra-chave:** teoria do crime, teoria bipartida, teoria tripartida

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DO CRIME</b> .....	8
1.1 Evolução histórica da teoria geral do delito .....	8
1.2 Conceito de crime .....	11
1.3 Definição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.....	14
<b>CAPÍTULO II – ELEMENTOS DO CRIME</b> .....	16
2.1 Fato típico.....	16
2.2 Ilícitude .....	21
2.3 Culpabilidade.....	25
<b>CAPÍTULO III- POSIÇÃO DOUTRINARIA A RESPEITO DAS TEORIAS CONCEITUAIS DO CRIME</b> .....	29
3.1 Teoria bipartida .....	29
3.2 Teoria tripartida .....	31
3.3 Análise combinada das duas teorias.....	32
<b>CONCLUSÃO</b> .....	37
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	38

## INTRODUÇÃO

O principal objetivo deste trabalho é o estudo da teoria do crime e suas teorias no conceito analítico. Além de estudar os elementos essenciais para caracterização delitiva.

Sua finalidade é esclarecer qual teoria pode melhor se adequar no âmbito jurídico brasileiro, além de verificar a modernidade e desenvolvimento constante do direito penal.

O primeiro Capítulo tem o objetivo de analisar a teoria do crime como um todo, observando sua evolução histórica, seu conceito e também o conceito adotado no Brasil.

No segundo Capítulo são observados os elementos que constituem o crime, local em que se gera a polémica discussão entre as teorias estudadas.

O terceiro Capítulo, por fim, tem como objetivo analisar de forma separada e conjunta as teorias conceituais delitivas.

## **CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DO CRIME**

Este capítulo estará voltado para toda concepção histórica, desde a criação das primeiras teorias utilizadas para definir o conceito delitivo, além de mostrar todas as concepções, dos principais doutrinadores do mundo, quanto a conceituação do crime. Por último será mostrado qual fator ou concepção doutrinaria o código penal brasileiro adotou.

### **1.1. Evolução histórica da teoria geral do delito.**

A partir do século XIX a principal definição de delito se dava pelo método analítico inicialmente elaborado pela doutrina alemã, posteriormente sendo aperfeiçoado com o auxílio de outros países, formando o conceito clássico de delito, criado para resolver as limitações impostas pelo positivismo científico. O direito positivo visava uma interpretação formal da ação humana, estruturando-se com um tipo objetivo-descritivo, antijuridicidade objetiva-normativa e culpabilidade subjetiva-descritiva, afastando qualquer espécie de valor social, psicológico e filosófico. (BITENCOURT, 2012)

Entende Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini que a compreensão da teoria geral do delito passa por uma metodologia própria e conhecimento científico prévio, a saber:

O único conhecimento científico válido era aquele produzido de acordo com a metodologia própria das ciências naturais, da física e da biologia, fundamentada sobre a observação e descrição de fenômenos empiricamente demonstráveis. (2014, p.155).

Von Liszt e Bebel foram os criadores do conceito clássico de delito. Formado por uma ação, um resultado e uma relação entre a ação e o resultado, denominado nexa causal. Tal conceito foi grandemente influenciado pelo movimento iluminista, trazendo suas características ao Direito Positivo. A doutrina de Von Liszt tinha como atributo a ciência dogmática, que por sua vez era dividida em duas: primeiramente a ciência sistemática, análise das proposições jurídicas, e em segundo lugar a ciência prática. Com os estudos de Von Liszt, o naturalismo trazia uma base legal, criando segurança jurídica, e ao mesmo tempo analisava o direito no caso concreto buscando a realidade no mundo jurídico. (BITENCOURT, 2012).

A partir do século XX, na Alemanha, foi criada uma teoria jurídica chamada de modelo neokantista que nasceu para transformar o conceito clássico de delito. Esse modelo permitia uma melhor compreensão dos institutos penais, trazendo conceitos valorativos, sem deixar de lado a cientificidade. Essa transformação aconteceu sem deixar de lado os princípios fundamentais do conceito clássico. O novo conceito priorizava o normativismo e a axiologia, que tinha como base a teoria teleológica do delito. (BITENCOURT, 2012).

Segundo Luiz Regis Prado, o positivismo abriu uma brecha para o surgimento da antítese crítica propagada pelo neokantismo, causando reações contrárias ao pensamento positivista.

A consolidação da tese positivista abriu terreno para a emergência da antítese crítica, lastreada no pensamento neokantista. De fato, a partir da última década do século XIX, houve forte reação contra a mentalidade positivista, tendo como lema a volta à metafísica e aos valores. (PRADO, 2007, p.75).

Com a teoria neokantiana todos os elementos do crime sofreram modificação. Inicialmente a ação que era fraco por ser totalmente voltado para o naturalismo causava complicações nos crimes omissivos e tentados. A tipicidade tinha fatores fortemente objetivos, e com a descoberta dos elementos normativos, foi deixado o conceito clássico. A ilicitude parou de ser lógica e começou a ser adotada a ideia de perigo social. Por fim a culpabilidade tornou reprovável o dolo contrário ao dever. (BITENCOURT, 2012).

Sem retirar a estrutura criada por Liszt e Berling, o neokantismo gerou uma nova visão a respeito dos aspectos do crime e os colocou em uma análise axiológica dando origem a teoria neoclássica. Essa teoria conseguiu distinguir o injusto objetivo e a culpabilidade subjetiva, trazendo uma elucidação para diferir injusto e culpabilidade. (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2014).

A partir de 1930 e 1960 se desenvolveu a doutrina finalista, tendo como pensador Welzel. Essa teoria tinha como principal formulação um conceito pré-jurídico, como a conduta humana sendo o valor jurídico a ser observado. Welzel questionava o modelo neokantiano pela sua análise subjetiva acerca da conduta humana, fruto de uma atribuição individual, sustentando, diferentemente, que as condutas já estão pré-estabelecidas em cada ação, formando uma estrutura lógica que devia ser seguida, segundo a cultura e a sociedade em que o indivíduo estava inserido. Além disso Wetzel afirmava que o homem tinha conhecimento sobre o resultado de suas ações, e isso lhe colocava certos limites de agir, chamando isso de atividade final, enquanto o acontecer causal está voltado para cada caso analisado individualmente. (BITENCOURT, 2012).

Uma das principais contribuições do finalismo foi a retirada dos elementos subjetivos inseridos na culpabilidade fazendo com que ela se concentrasse na reprovabilidade social. O finalismo também retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, transferindo-o para o injusto, desvalorizou a ação e também adequou os tipos penais. Porém o finalismo se estabeleceu pela sua falta de explicações a certa da punibilidade de crimes culposos, não sendo considerado um acontecimento causal da finalidade humana, muito menos podia explicar a omissão, trazendo delimitações a respeito da punição. Embora tivesse falhas trouxe uma base para o direito penal sobre ótica realista ao caso. (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2014).

Zaffaroni e Pierangeli utilizam uma metáfora para explicar a teoria do delito, que se parece com um edifício que necessita de várias características para ser fundado:

A teoria do delito é um edifício, em que o alicerce é constituído pelo conceito de conduta. Qualquer alteração nos alicerces implica uma mudança na estrutura. A partir do instante em que os alicerces são lançados sabemos o peso que o peso que poderão suportar e a distribuição da carga. (ano, p. 402).

O movimento pós-finalista tinha duas vertentes. A primeira sustentada por Roxin trazendo um caráter de finalidades a política criminal, sobre um juízo de valor, com características teleológicas e axiológicas. A segunda sustentada por Jakobs, que buscava uma reformulação total do sistema penal. (BITENCOURT, 2008).

O normativismo teleológico preocupava-se com os fins do direito penal, enquanto o normativismo sistêmico buscava os fins da pena, o resultado do direito penal. Enquanto base teleológica se voltava para as políticas criminais, embasados em princípios garantistas, o funcionalismo sistêmico, considerava apenas o direito penal se ajustando as necessidades sistêmicas. O modelo teleológico não foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro pois pela peculiaridade da sociedade brasileira e necessário um modelo mais imperativo para atender as necessidades sócias. (BITENCOURT, 2012).

## **1.2. Conceito de crime**

No pensamento de Zaffaroni a teoria do crime é uma parte do ramo penal que visa trazer a uma definição geral do que é o delito, além de detalhar suas características.

Chama-se teoria do delito à parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito. (2002, p.384).

O delito pode ser interpretado como injusto penal ou como injusto punível. Injusto penal é o fato típico e antijurídico. O injusto punível seria os dois aspectos mencionados acrescentando um terceiro que seria a punibilidade abstrata. Ou seja, após cometer um fato contrário a lei e que tal fato não excluía qualquer ilicitude, tal agente deveria ser punido. (GOMES, 2004).

O direito penal brasileiro adotou a concepção dualista para a infração penal, sendo crime ou delito sinônimos, o que não ocorre em outros países, como por exemplo a Espanha que difere delito de crime em relação as penas. No direito brasileiro além de crime, ou delito, há também a contravenção penal, em que se encontra diferença em relação a penas, sendo esta de prisão simples, cominada ou

não com multa, enquanto aquela é punível com reclusão ou detenção, conforme estabelece o decreto-lei nº 3.914 em seu artigo 1º, bastando, para se tratar das duas ao mesmo tempo, usar a terminologia *infração penal* onde se encontra estas tuas ramificações. (GRECO, 2011).

A conceituação do crime pode se dar em três aspectos, sendo eles, formal, material ou analítico. Porém, antes a concepção se dava apenas de forma material ou formal. Não sendo elas suficientes para caracterizar o crime, bem como seus elementos, foi necessário a criação do conceito analítico que estuda o crime de uma forma a dividir seus elementos sem modificá-lo. (GRECO, 2011).

Outrora, entende Damásio de Jesus, que o delito não pode ser dividido em elementos, fazendo uma metáfora relacionada a uma fruta partida em pedaços, a saber:

O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos. (2015, p.196)

O critério formal, considera crime qualquer conduta que colida contra a norma penal, atendo-se ao *sub specie iuris*, considerando todo ato humano proibido pela lei penal. Mas não apenas isso, pois o tal critério observa o ponto de vista do legislador que nos direciona para o que é crime em relação a infração penal, sendo ele, de acordo com o legislador, qualquer fato que comine em pena de reclusão ou detenção. (MASSON, 2015).

O aspecto material é toda ação ou omissão que fere um bem jurídico penalmente tutelado. Esse critério leva em consideração todo mal causado as vítimas, titulares de direitos e garantias constitucionais tuteladas pelo direito penal. Essa forma é voltada para as políticas criminais que auxiliam o legislador a tipificar determinadas condutas que exponham a perigo qualquer bem jurídico tutelado, desde que observado o princípio da intervenção mínima do estado, em que o direito penal é *ultima ratio* só se preocupando com causas de relevante com alto grau de periculosidade social, em que outros ramos do direito não possam mais observar. (MASSON, 2015).

Damásio de Jesus entende que o critério material, é a base pela qual o legislador se fundamenta para criar o critério formal:

É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o jus libertatis dos cidadãos. (Jesus, Damásio – direito penal – parte geral, 2015, p.193).

Em relação ao conceito analítico, deve-se observar que a uma grande discussão doutrinária a respeito de sua forma, sendo ela bipartida ou tripartida, objeto de estudo dos próximos capítulos. Por hora será abordado apenas suas características gerais.

O critério analítico, como o próprio nome já diz, analisa os elementos principais do crime, sem lhe causar rupturas, estudando-o como unitário. Seus elementos são o fato típico, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade. A punibilidade, de acordo com grande parte da doutrina, não deve ser considerada característica do crime, mas sim o resultado do delito, uma vez que pela ação danosa se tem a punição. (MASSON, 2015).

Essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois, a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática. Não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade (2015, p.201).

O precursor desse critério foi Carmignani, embasado nos estudos de Deciano e Bohemero. Para Carmignani a ação criminosa seria composta por dois elementos, a força física e a força moral. A força física seria a causa do dano ao bem jurídico tutelado, e na força moral estaria a culpabilidade, juntamente com o dano moral causado pelo ato delitivo. Essa ideia gerou a estruturação da teoria bipartida do conceito clássico de crime, separada em critério objetivo e subjetivo, que se sustentou até o surgimento da doutrina de Liszt e Beling que inseriu a característica da tipicidade. Com isso o crime se conceituaria com a ação típica, antijurídica e culpável. (BITENCOURT, 2012).

### 1.3. Definição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro

Para Zaffaroni durante a vigência do código penal de 1940, a maior parte da doutrina brasileira utilizava, para conceituar o crime, o critério da teoria causalista, em que a culpa e o dolo se encontravam na culpabilidade. A partir de determinado período de vigência desse código começou a ser estabelecido um novo critério para conceituar o delito, embasado na estrutura finalista como método analista mais eficaz. (ZAFFARONI, 2002).

O código penal brasileiro não estabelece um critério claro para definição do que seria um crime. A legislação apenas diferencia crime de contravenção, no artigo 1º das leis de introdução ao código penal, analisando apenas o tipo penal incriminador. Diferentemente acontecia no código criminal do império e no primeiro código penal republicano, que faziam definições de crime. (GRECO,2011).

Hoje em dia o conceito se dá apenas doutrinariamente, criando duas fortes correntes, de uma forma analítica, a teoria tripartida e bipartida. Segundo alguns doutrinadores como Cleber Masson dizem que o código penal de 1940, em sua redação original, tinha um caráter de conceito tripartido, pois estava relacionado ao sistema clássico em que se fazia necessária a presença da culpabilidade, sendo o elemento subjetivo onde se encontrava o dolo ou a culpa. Mas com a mudança trazida pela lei 7.209/1984, o sistema fica ligado obrigatoriamente ao finalismo, em que o dolo ou a culpa, elementos subjetivos passam a ser integrados pelo fato típico, sendo desnecessário considerar a culpabilidade como um elemento constitutivo do crime. (Masson, 2015).

Em primeiro lugar, no título II da parte geral o código penal trata do "do crime", enquanto logo em seguida, no título III, cuida "da imputabilidade penal". Dessa forma, crime é o fato típico e ilícito, independente da culpabilidade, que tem a imputabilidade penal como um dos seus elementos. O crime existe sem a culpabilidade, bastando seja o fato típico e revestido de ilicitude. (2015, p.203).

Em contrapartida há doutrinadores como Rogério Greco que veem a culpabilidade como um dos elementos caracterizadores do crime, visto que sem ela o ato não seria punido, e sem a punibilidade o direito penal não alcançaria sua

efetividade jurídica. Além disso resta salientar que a culpabilidade não somente exclui a punição, mas todo o crime. Um dos elementos que se encontra dentro da culpabilidade é o erro de proibição, que exclui a culpabilidade pela falta de saber jurídico inevitável. O agente cometendo um fato típico e ilícito, mas não culpável não vai responder por crime sendo este excluído. Essa é uma das teses que defendem o conceito tripartido. (GRECO,2011).

## **CAPÍTULO II – ELEMENTOS DO CRIME**

Neste capítulo serão trabalhados todos os elementos constitutivos do crime, sendo alisados pela ótica tripartida, pois essa abrange também a teoria bipartida. Inicialmente será trabalhado o fato típico com seus elementos necessários, em seguida será apresentada a antijuridicidade com suas respectivas excludentes. Por último será estudado a culpabilidade e suas excludentes.

### **2.1 FATO TÍPICO.**

O fato típico é a ação humana que se adequa especificamente ao elemento descrito na lei penal. Ao contrário, se encontra o fato atípico que é a conduta que não preenche os requisitos descritos no tipo penal. O fato típico é fundamental para a criação de um crime, devendo ele ser observado primeiramente para só depois serem observados os outros elementos do crime, pois sem ele não há uma conduta que necessite da tutela do direito penal. O fato típico tem seus elementos necessários, para que na falta de um deles a conduta seja considerada atípica, sendo eles a conduta, o resultado, a relação de causalidade ou nexos causal e a tipicidade. (DAMÁSIO, 2013).

A conduta é o primeiro elemento do fato típico, e pode ser considerada a ação e comportamento humano. No direito penal brasileiro a conduta é exclusiva de pessoa física e não de pessoa jurídica, não podendo essa realizar infração penal, salvo contra os crimes ambientais, em que a pessoa jurídica pode ser polo ativo de uma conduta delituosa. A conduta humana pode ser tanto ativa comissiva quanto passiva, enquadrando-se ainda em dolosa ou culposa. (GRECO, 2011).

No ordenamento jurídico brasileiro o código penal não define um conceito sobre a conduta, ficando essa missão para a doutrina. Por sua vez, os autores criaram algumas teorias a respeito da definição da ação e omissão. (BITENCOURT, 2015).

A primeira teoria que define a conduta é a da ação. Von Liszt, um dos fundadores desse pensamento dizia que a ação é um movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior, criada pela vontade de uma ação ou omissão voluntária. (BITENCOURT, 2015).

Em síntese, a vontade é a causa da conduta, e a conduta é a causa do resultado. Não há vontade no tocante a produção do resultado. O elemento volitivo, interno, acarreta um movimento corporal do agente, o qual, objetivamente, produz o resultado. (MASSON, p.245).

A teoria da ação foi alvo de diversas críticas pela sua definição de ação, embasado nas ciências naturais, conseguia explicar a ação, mas pecava em tentar definir a omissão que igualmente está enquadrada dentro da conduta. (GRECO,2011).

A segunda teoria criada para definir a conduta foi a finalista. Seu principal idealizador foi Welzel, tem como alicerce a ideia de que o homem é um ser consciente e responsável pelas suas ações, por isso o direito não pode interferir em determinados atos causais, mais apenas nas ações específicas que levavam a um fim. Para o finalismo a conduta é uma atitude humana, consciente e voluntária destinada a um final. A conduta comissiva ou omissiva pode ser tanto contrária como conforme o ordenamento jurídico, a depender do elemento subjetivo, sendo o dolo ou a culpa. (MASSON, 2015).

A terceira é a teoria social, criada para complementar tanto a teoria da ação como a teoria final, pois segundo Johannes Wessels tais teorias eram insuficientes para conceituar a conduta. Segundo essa teoria um aspecto fundamental para conceituar a conduta seria o aspecto social. Assim pela liberdade proporcionada ao ser humano, de acordo com a situação, seria socialmente

relevante que a conduta afetasse a relação com a sociedade em que está inserido. (MASSON, 2015).

De acordo com a teoria social da ação, conforme preleciona Daniela de Freitas Marques, o conceito jurídico de comportamento humano é toda atividade humana social e juridicamente relevante, segundo os padrões axiológicos de uma determinada época, dominada ou dominável de vontade. (GRECO, p.149).

As condutas podem ser comissivas ou omissivas. As comissivas, também chamada de ação é o movimento humano que gera alguma mudança no mundo externo, a omissão em contrapartida é toda falta de ação necessária que desencadeia uma mudança no mundo externo. Além disso, as condutas podem ser classificadas em dolosas ou culposas. O dolo é toda vontade humana geradora de um resultado, enquanto a culpa a falta de uma vontade que gerou o resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (GRECO, 2011).

Existem, ainda, hipóteses da exclusão da conduta, sendo elas o caso fortuito e a força maior, atos ou movimentos reflexos ou coação física irresistível. O caso fortuito e a força maior são os casos em que não há previsibilidade além de ser inevitável, não estando no alcance da vontade humana. Os atos ou movimentos reflexos são as reações motoras causadas excitação dos sentidos, em que determinada ação é realizada sem a vontade do agente, como o sonambulismo ou hipnose. A coação física irresistível e quando o indivíduo não tem liberdade em suas ações sendo forçado fisicamente a realizar uma ação. (MASSON, 2015).

O segundo elemento do fato típico é o resultado. Pode ser encontrada a nomenclatura evento como sinônimo de resultado, embora tenham significados diferentes podem assim ser, mas no direito brasileiro existe a preferência pela palavra resultado. O resultado nada mais é do que a modificação no mundo exterior, causada pela conduta de um indivíduo. Embora a própria conduta já faça tal mudança, o resultado é a transformação criada pela conduta com seus efeitos, como explica Damásio de Jesus. (DAMASIO, 2013).

É certo de que a própria conduta já constitui modificações no mundo exterior. Todavia, o resultado é a transformação operada por ela, é o seu efeito, dela se distinguindo. (DAMASIO, p.283).

O resultado pode ser dividido em duas espécies, jurídico ou normativo. O resultado jurídico é toda a lesão ou perigo de lesão de um bem juridicamente tutelado pela lei, ou seja, é a mera desobediência a lei penal que vai gerar o resultado. O resultado naturalístico, também chamado de material, é a mudança no mundo exterior causada pela conduta do agente. Toda infração penal tem resultado jurídico, pois sempre há um bem jurídico que está sendo violado, mas nem sempre tem o resultado naturalístico que é derivado de um crime material. (MASSON, 2015).

O terceiro elemento do fato típico é o nexa causal. É a ligação entre a conduta realizada pelo sujeito e o resultado que foi gerado pela ação, ou seja, só se pode imputar sanção a uma pessoa se ela tiver gerado o resultado. O ordenamento jurídico brasileiro aderiu a teoria da *conditio sine qua non*, também chamada de teoria da equivalência dos antecedentes, em que a ação comissiva ou omissiva será considerada, sendo que sem ela o resultado não aconteceria. Através dessa teoria deve-se analisar o crime do resultado para trás, para se chegar no que o causou. (DAMASIO, 2013).

Conquanto tudo que acontecer para o delito possa ser tido como causa, sendo esta superveniente e, por conta própria criou o resultado, não poderá ser imputado ao sujeito, visto que a ocorrência do fato não está ao alcance do agente causador. Para essas situações o código penal acolheu a teoria da causalidade adequada, não mais a da equivalência dos antecedentes. (MASSON, 2015).

Nos crimes classificados como de mera conduta ou os formais, em que não necessita da existência do resultado, não há o nexa de causalidade, pois este só ocorre como ligação entre a causas e o resultado. Se tais delitos não encontram resultado obviamente haverá relação causal. (DAMASIO, 2013).

Existem as causas dependentes e independentes no nexa causal. As causas dependentes são todas as que tiveram relação direta com o agente e o resultado, ou seja, a causa dependente não elimina o nexa causal, pois depende da ação do sujeito, existindo dependência entre os fatos, sendo que sem um o outro também não aconteceria. Já nas causas independentes não há relação causal entre

o agente que realiza a ação com o resultado gerado, pois este se deu de maneira isolada, independente e de forma inesperada. (MASSON, 2015).

As causas absolutamente independentes são aquelas que desvinculam completamente a ação ou omissão realizada pelo agente com o resultado, sendo a própria causa criadora do evento. As causas independentes absolutas podem ser subdivididas em três, sendo elas preexistentes, concomitantes ou supervenientes. As preexistentes, também chamada de estado anterior é aquela que existe antes da ação delituosa, ou seja, mesmo sem a interferência do agente o resultado ia se concretizar. A concomitante por sua vez se dá no mesmo momento da ação do sujeito ativo do crime, o resultado ocorre de forma inesperada juntamente com a ação do agente. Já a superveniente ocorre depois da ação do agente, mas o seu resultado não tem relação com a ação empregada pelo sujeito. (MASSON, 2015).

Já as causas relativamente independentes ocorrem justamente pela ação do agente. A preexistente, a agente pratica primeiramente a ação que leva a um resultado, e a concomitante, que juntamente com a causa independente gera um resultado, o agente responderá pelos atos já praticados, respeitando a teoria da equivalência dos antecedentes. A causa superveniente relativamente independente pode se dar de duas formas, em que produzem o resultado por si só, respondendo o agente pelos atos já praticados, e os que não produzem por si só, adendo a teoria da causa adequada, é quando a causa não é mais fato que criou o resultado, mas passa a ser unicamente a conduta própria. (MASSON, 2015).

O quarto elemento do fato típico é a tipicidade. Tipicidade nada mais é do que a adequação de uma conduta humana com relação a lei, se encaixados todos os itens comuns entre o fato no mundo real com o que a lei descreve haverá a tipicidade, que pode ser dividida em duas formas. Tipicidade material é toda ação humana que se adequa ao modelo descrito no tipo penal. A tipicidade material, por sua vez é toda a conduta humana que fere ou põe em perigo de lesão algum bem jurídico tutelado, ou seja, não basta que uma conduta esteja perfeitamente enquadrada ao tipo penal, mas necessita que essa ação tenha relevante valor jurídico em obediência ao princípio da intervenção mínima. (MASSON, 2015).

A adequação típica é o método pelo qual se conecta a conduta do agente com o modelo descrito em lei, e a adequação típica pode se dar de duas formas, imediata e mediata. A tipicidade imediata é aquela que se enquadra diretamente no tipo penal, não necessita de outros recursos para que seja adequada a tipicidade. Já a tipicidade mediata é aquela que exige recursos, geralmente encontrados na parte geral do código penal. É o que ocorre com a tentativa, em que acontece uma ampliação temporal sendo analisado o período antecedente a consumação, também encontrada na participação, que busca não só o autor mas todos que tiveram relação com o fato, e também nos crimes omissivos impróprios, que busca aqueles que devendo agir não o fizeram. (BITENCOURT, 2015).

## **2.2. ILICITUDE.**

Ilícitude é a contrariedade de uma ação praticada por alguém em relação ao ordenamento jurídico, colocando em risco os bens jurídicos penalmente tutelados. Pode-se entender a antijuridicidade como a tipicidade, pois qualquer ato tipificado em lei também é ilícito. A ilicitude pode ser formal, quando o fato praticado contraria o ordenamento jurídico, como material ou substancial, quando o conteúdo da ação delitiva analisa o comportamento sob o aspecto social. (GRECO, 2013).

Em face da recepção da teoria da tipicidade como indício de ilicitude, quando exercido o fato típico se prevê a característica ilícita. Mas essa presunção é relativa, pois um fato típico pode ser considerado lícito, desde que esteja amparado pelas causas de excludente de ilicitude, que são a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, e o exercício regular de um direito. (MASSON, 2015).

O estado de necessidade é o a primeira excludente de ilicitude, ou seja, o agente cometendo um fato típico ainda assim não comete um crime pois esse fato típico não é ilícito. O estado de necessidade é um conflito entre dois bens jurídicos, em que um deverá se sobressair mesmo cometendo uma ação delituosa, amparado pela excludente em tela. O estado de necessidade busca proteger um bem jurídico pessoal ou de terceiros, desde que tal bem ameaçado seja de inferior ou igual valor, e que também não tenha provocado a situação danosa. (GRECO, 2013).

O estado de necessidade é amparado por duas teorias, sendo elas a unitária e a diferenciadora. A unitária utiliza o estado de necessidade justificante, que exclui a antijuridicidade independentemente do valor do bem sacrificado, ou seja, se os direitos em conflito forem do mesmo porte ainda assim será excluída toda a ilicitude do fato. Em contrapartida a teoria diferenciadora, adotada na Alemanha, utiliza o estado de necessidade exculpante, que se preocupa em diferir a importância dos bens conflitantes para aplicação da lei de forma distinta, isto é, caso o bem jurídico sacrificado seja de menor valor haverá a exclusão da antijuridicidade, mas se os direitos forem de mesma amplitude não haverá a exclusão da ilicitude, esta permanecerá, será excluído apenas a culpabilidade, em relação a aplicação da pena. (GOMES, 2004).

O Brasil recepcionou a teoria unitária uma vez que o artigo 23 do código penal entendeu o estado de necessidade unicamente como exclusão da antijuridicidade, salvo em relação ao código penal militar, em seus artigos 39 e 45, que acolheu a teoria diferenciadora. O estado de necessidade também exige certos requisitos para que seja válido, sendo eles o perigo atual ou iminente, direito próprio ou alheio, não ter provocado o perigo, inevitabilidade do comportamento lesivo, proporcionalidade, aspecto subjetivo. (GOMES, 2004).

O perigo atual ou iminente quer dizer que o agente só estará amparado pelo estado de necessidade se o perigo estiver no presente, pois se o risco ocorrer posteriormente ou futuramente não há que se falar em estado de necessidade. O código penal diz respeito apenas ao perigo atual, tendo alguns doutrinadores que entendem não poder ser exercido o estado de necessidade de perigo que iminente, ou seja, que está prestes a acontecer mais ainda não aconteceu. Por outro lado, a doutrina majoritária entende que não já justiça em ter o agente que esperar o perigo iminente se tornar atual, podendo ele agir para proteger seu direito quando o fato está em sua iminência. (DAMASIO, 2013).

Direito próprio ou alheio diz respeito a quem pode ser usado o estado de necessidade. O direito próprio, chamado de estado de necessidade próprio, em sentido amplo é todo bem jurídico tutelado de uma pessoa que será protegido por estar lesando outro direito de outrem. O direito alheio salienta que o agente com

uma conduta típica para proteger direito ou bem de outra pessoa, chama-se estado de necessidade de terceiros. Entende Luiz Flavio Gomes que o direito a ser protegido pelo estado de necessidade deve estar em conformidade com a lei, e para isso cria um feliz exemplo a respeito:

O condenado a morte não poderá invocar estado de necessidade para praticar alguma conduta lesiva contra o executor da morte, visando salvar sua própria vida que, nesse caso, já não se acha juridicamente protegida. (GOMES, p. 206).

Não ter provocado o perigo dolosamente. Quem pratica uma ação dolosa com resultado gerador de perigo não pode alegar estar amparado pelo estado de necessidade mais será responsabilizado por todo e qualquer dano que sua ação venha a ter gerado inclusive a que lhe gerar riscos e para extingui-los tenha praticado mais ações delitivas. Terceiro que age em estado de necessidade de terceiro que tenha causado o perigo responde por suas ações, desde que tenha ciência de que tal pessoa criou aquela situação, pois se não tiver tal ciência estará amparado pela excludente de ilicitude, pois fica evidente sua ação de boa-fé. (GOMES, 2004).

A inevitabilidade do comportamento lesivo deve existir, pois o sacrifício do direito alheio deve ser a última opção necessária para salvar direito próprio, não existindo qualquer outra maneira de fazê-lo. A proporcionalidade também é fundamental para que esteja configurado o estado de necessidade, pois não há que se falar em estado de necessidade quando o bem jurídico protegido é de menor valor que o bem sacrificado, o que pode acontecer nesses casos é a simples redução facultativa de um a dois terços. (GOMES, 2004).

O aspecto subjetivo é quando o agente tem a consciência de ter agido para salvar direito próprio ou alheio. Faltando algum desses critérios não estará formalizada a excludente de ilicitude em tela. Também não há que se falar em estado de necessidade quando o agente tem o dever legal de agir, a pessoa que diante da lei tem obrigação de enfrentar o perigo, a exemplo o bombeiro, o que não se confunde com dever jurídico, que poderá exercer o estado de necessidade. (GOMES, 2004).

Legítima defesa é a segunda excludente de antijuridicidade. Ela tem como característica principal, e está intrinsecamente ligada, a injusta agressão, pois é necessário que haja tal ação para que o agente da legítima defesa possa agir. Além disso, a legítima defesa assim como o estado de necessidade poderá ser para defender direito próprio ou alheio. Também em semelhança ao estado de necessidade a legítima defesa depende de alguns requisitos para se concretizar. (DAMASIO, 2013).

O requisito subjetivo é a ciência de que o agente está agindo para defesa de direito próprio ou alheio. Os requisitos objetivos são a agressão injusta atual ou iminente, direito próprio ou alheio, uso dos meios necessários, moderação no uso dos meios necessários. A agressão injusta sempre é resultado de ação humana, nunca de animais, salvo se usado como mero instrumento do homem, ou de efeitos da natureza. Direito próprio ou alheio, pois é admitida a legítima defesa de terceiro que sofre a agressão injusta, bem como sua própria. Uso dos meios necessários, o agente poderá usar qualquer meio necessário para se defender da agressão sofrida. Moderação no uso dos meios necessários pode ser entendida como a proporcionalidade da agressão e da defesa, sobre o fato Luiz Flavio Gomes dá um exemplo, a saber:

Se o sujeito ataca a socos, em princípio, a reação não poderá ser armada. Mas tudo isso é relativo. Depende de quem ataca e quem defende. Ataque a socos de um lutador de boxe logico que vai permitir a vítima, inferior fisicamente, reação armada. (2004, p.213).

A legítima defesa tem algumas espécies. A defensiva é aquela em que o agente se defende sem cometer qualquer fato típico, enquanto a ofensiva é aquela em que o agente, para se defender, utiliza fato tipificado como crime. A legítima defesa putativa é aquela em que o agente acha estar amparado pela excludente de ilicitude quando na verdade não está. Legítima defesa subjetiva é aquela em que o agente excede na defesa, mas que é justificável diante da situação. A legítima defesa sucessiva é quando um agente, amparado pela excludente de ilicitude, começa a exceder em sua ação é o que inicialmente começou a agressão precisa usar da legítima defesa. (GOMES, 2004).

Estrito cumprimento do dever legal é uma excludente de antijuridicidade voltada, geralmente para os funcionários e autoridades públicas que tem um dever legal de agir. Os funcionários públicos, em alguns cargos, têm a obrigação de agir utilizando uma conduta típica em lei, mas como também tem o dever de atuar de forma legal então estão amparados pelo exercício regular do direito. É comum o agente público fazer uso dessa prerrogativa, mas também é possível que um particular esteja amparado por tal excludente, como no caso do advogado que não respondera por falso testemunho, se chamado para depor contra cliente, pois a lei permite o sigilo entre advogado e cliente. (MASSON, 2015).

Exercício regular de um direito é uma excludente de ilicitude que protege os direitos individuais, baseada no princípio da legalidade. O direito deve ser visto como um todo e por isso não pode haver contradição entre os ramos do direito, o que é proibido no direito penal também é proibido em qualquer área do direito e vice e versa. Por isso existe o exercício regular de um direito, para que em primeira mão seja um fato típico, ainda assim não será um fato antijurídico, pois facultado ao agente exercer tal direito. A exemplo temos, as práticas desportivas como as lutas e procedimentos cirúrgicos que embora sejam tipificadas como lesão corporal estão sendo realizadas amparada por tal excludente. Para que estes sejam configurados é necessário que atuem dentro das devidas regras técnicas de atuação. (MASSON, 2015).

### **2.3. CULPABILIDADE.**

Este elemento é o causador de todo debate a respeito das teorias *bipartite* e *tripartite*. Alguns doutrinadores entendem como sendo este elemento apenas pressuposto de pena enquanto outros acham ser um dos elementos construtivos do crime, visto que sem ele não há que se falar em delito.

De acordo com o posicionamento de Luiz Flavio Gomes, o juízo de reprovabilidade, exercido pelo juiz sobre o agente delitivo, necessita de alguns fundamentos.

O juízo de reprovação da culpabilidade (que é feito pelo juiz e que recai sobre o agente do fato punível que podia agir de modo diverso) tem por fundamentos: a capacidade do agente de querer e de

entender as proibições jurídicas em geral (imputabilidade), a consciência da ilicitude do fato concreto (real ou potencial) e a normalidade das circunstâncias do caso concreto (exigibilidade de conduta diversa). (2004, p.17).

A culpabilidade é uma reprovação jurídica causada pela conduta do agente. Para explicá-la surgiram diversas teorias, sendo elas a teoria psicológica, teoria normativa, teoria normativa pura, teoria limitada. A teoria psicológica diz que a culpabilidade tem como elementos a imputabilidade e o elemento subjetivo, ou seja, dolo ou culpa. A teoria normativa por outro lado entende que a culpabilidade tem como requisitos a imputabilidade, o elemento subjetivo e a exigibilidade de conduta diversa. Já na teoria normativa pura, por ser finalista, entende que o elemento subjetivo deve ficar na conduta, pertencendo a culpabilidade a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A teoria limitada trás os elementos da teoria normativa pura além das discriminantes putativas. (MASSON, 2015).

Também entende Zaffaroni que a estrutura social do agente é de suma importância para caracterizar ou não a culpabilidade, explicando essa teoria através de um claro exemplo.

Se um sujeito de certo grau de instrução e de posição social furta um anel numa joalheria, sem que ninguém o obrigue a isto, ou o ameace, e sem estar mentalmente enfermo, dizemos que esse sujeito podia motivar-se na norma que proíbe furtar, e que lhe era exigível que nela se motivasse, porque nada o impedia. Por esta razão lhe reprovamos o injusto, concluindo que sua conduta é culpável, reprovável. (ZAFFARONI, p.601).

Como a culpabilidade determina se o agente, cometedor de fato típico e ilícito, receba a devida punição, é necessário entender as excludentes de culpabilidade que são imputabilidade por doença mental, desenvolvimento mental retardado, desenvolvimento mental incompleto e embriaguez acidental completa. Ainda pode ser excludente de culpabilidade a potencial consciência da ilicitude através do erro de proibição. Por último a exigibilidade de conduta diversa personificados através da coação moral irresistível, obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal. (MASSON, 2015).

A imputabilidade é o primeiro critério a ser examinado na culpabilidade, dela se derivando os outros. Ela pode se dar por doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto. O código penal brasileiro adotou o critério bi psicológico para analisar tal critério não se admitindo, por exemplo, apenas o atestado de doença mental para que esteja excluída a culpa, mas é necessário também que no momento da conduta delituosa o agente não tinha consciência da ilicitude do fato. (BITENCOURT, 2015).

A imputabilidade em relação a menoridade é, no Brasil, quando o agente é menor de dezoito anos, não podendo ser-lhe imputado fato criminoso, mas sim ato infracional. A legislação adotou para a menoridade o critério biológico, pois nesse caso não há que se falar em conhecimento da ilicitude, mas apenas da idade para critério de culpabilidade. Não obstante, a imputabilidade por embriaguez deve se dar involuntariamente e completa, pois se for incompleta o agente será responsabilizado, podendo haver uma redução na pena. Já no caso da embriaguez voluntária, ou seja, o agente teve a vontade de ingerir bebida alcoólica ou substância alucinógena, embora não tenha consciência da matéria ilícita de sua conduta ainda assim será responsabilizado. (GRECO, 2013).

A potencial consciência da ilicitude é o segundo requisito para a culpabilidade, sendo o erro do tipo sua causa de exclusão da culpabilidade. Para que o agente responda pela sua conduta, deve ele saber da ilicitude da sua ação, caso contrário, será excluída sua culpabilidade, pois, não tinha consciência da ilicitude. Embora o direito brasileiro tenha dito que ninguém pode alegar não saber da lei, a depender da realidade social do agente o direito penal permite que no caso concreto o agente possa ser isento da pena. O erro do tipo pode se dar de duas formas, o escusável ou inevitável, que nada mais é do que a impossibilidade do agente saber que determinada conduta era criminosa, e o inescusável ou evitável, em que o agente poderia suspeitar que sua conduta poderia ser delitiva, nesse caso não haverá a exclusão da culpabilidade mas uma redução de pena. (MASSON, 2015).

A exigibilidade da conduta diversa é o terceiro critério adotado para caracterização da culpabilidade, ou seja, para que o agente seja culpável é

necessário que ele pudesse realizar outras ações que estivessem a favor do direito, caso contrário entraria nas excludentes de culpabilidade, que é o caso da coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem manifestamente ilegal.

A coação moral irresistível não se confunde com coação física irresistível, pois esta é excludente da conduta, na moral o agente se vê obrigado por uma pressão moral que lhe causaram, sendo necessário o cometimento da ação criminosa. Na obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal, deve existir uma relação de direito público, uma vez que o executor da ação deve ser inferior ao mandante, nesse caso o agente por ter, perante a lei que obedecer seu superior, será isento de pena, salvo quando a ordem for manifestamente ilegal, nesse caso o agente também responderá pela ilicitude do fato. (BITENCOURT, 2015).

### **CAPÍTULO III- POSIÇÃO DOUTRINARIA A RESPEITO DAS TEORIAS CONCEITUAIS DO CRIME**

O presente capítulo tem a função de tentar colocar um parâmetro entre as duas concepções de definição do crime. Para isso elas serão estudadas de modo isolado, tendo por base os principais autores que as defendem, visto que não há definição clara sobre o posicionamento do código penal em relação a essa definição. Neste capítulo também serão analisadas as duas teorias conjuntamente para tentar identificar qual seria mais viável para o ordenamento jurídico brasileiro, além de identificar os aspectos positivos e negativos.

#### **3.1. Teoria bipartida.**

Examinaremos primeiramente a teoria *bipartite*. Tendo como principais seguidores: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Cleber Masson, Renê Ariel Dotti, José Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flavio Augusto Monteiro de Barros, Renato Nalini Fabbrini, Maggiore, e outros doutrinadores. Este conceito exclui a culpabilidade da definição de delito, dado que tem por princípio a teoria finalista da ação, idealizada pelo pensador alemão Hans Welzel na época de 1930, que tinha por objetivo modificar a concepção de que o dolo e a culpa se enquadravam na culpabilidade, migrando-os deste elemento para compor o fato típico, mais especificamente dentro da conduta.

Como entende Cleber Masson, a culpabilidade não pode ser considerada como um elemento constitutivo de crime, pois este terá relevância apenas no âmbito da pena.

Para os seguidores dessa teoria bipartida, a culpabilidade deve ser excluída da composição da pena. Destarte, para a configuração do delito bastam o fato típico e a ilicitude, ao passo que a presença ou

não da culpabilidade importará na possibilidade ou não de a pena ser imposta. (MASSON, p.202).

Portanto, a teoria bipartida é composta por fato típico, e ilícito. Sendo considerados os seguintes sub-elementos, conduta, resultado, nexos de causalidade entre o resultado e a conduta e a tipicidade, além de necessitar que seja um fato ilícito, não estando empossada das causas de excludente de ilicitude, a culpabilidade seria apenas um pressuposto para que a pena fosse aplicada. (MASSON, 2015).

Damásio de Jesus entende que a culpabilidade a desaprovação do ordenamento jurídico em razão de estar unindo o homem a uma conduta tipificada e ilícita, além da reprovabilidade que incide sobre o sujeito delitivo porque a sua conduta era contra a legislação vigente.

Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade que vem recair sobre o agente, ensinava Aníbal Bruno, porque a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária aquela obrigação, no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma. Portanto a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição da pena. (DAMASIO, p.197).

Para a corrente bipartida, a teoria que a baseia é a finalista, pois para esta linha de pensamento o dolo e a culpa, elementos fundamentais para caracterização do crime, devem estar englobados na conduta, elemento do fato típico, e sendo assim a culpabilidade estaria apenas armazenado a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, que analisadas cuidadosamente seriam vistas apenas para a questão da pena, não para caracterização ou não de um crime. Dito isso, para os doutrinadores bipartidos a culpabilidade seria vazia, não devendo ser analisada como um requisito conceitual do delito, então se tira a culpabilidade como esse requisito para deixar apenas a tipicidade e antijuridicidade como elementos do crime. Por isso a bipartição admite o finalismo, pelo fato do dolo e da culpa estarem no fato típico. (MASSON, 2015).

### 3.2. Teoria tripartida.

A teoria tripartida entende que o conceito analítico de crime é o fato típico, ilícito e culpável, sendo a culpabilidade um elemento constitutivo de crime, visto que sem a culpabilidade não há crime. Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt o sistema clássico formou essa teoria, formulando um crime com uma conduta típica ilícita e culpável, tendo dentro de si o dolo e a culpa, que mais tarde tem como concorrente a teoria finalista que mudava o dolo da culpabilidade para o fato típico. Mesmo o criador dessa teoria ainda defendia o conceito tripartido.

O próprio Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico de crime. Deixa esse entendimento muito claro ao afirmar que o conceito de 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. Com essa afirmação Welzel confirma que, para ele, a culpabilidade é um elemento constitutivo de crime, sem a qual este não se aperfeiçoa. (BITENCOURT, p.278).

A concepção causal ou natural, mais comumente chamada de teoria clássica, criada por Franz Von Liszt, tendo Von Belling um dos seus maiores seguidores, se estabeleceu por todo o século XIX, vigorosamente embasada pelo positivismo jurídico. Para esta, o fato tipificado sucedia apenas da descrição legal do crime, sem estudar qualquer ponto de vista interno, subjetivo. Mantinha a ideia de que o dolo e a culpa se recepcionavam na culpabilidade e não pertencia a tipicidade. Para seus apoiadores, o delito vem a ser fato típico ilícito e culpável, posto que, sendo os elementos subjetivos, dolo e a culpa, extremamente necessários para a sua configuração e sua duração e ficando os dois na culpabilidade, por consequência esta última tornava-se imprescindível para compor a definição de crime. Todo pensador clássico, por conseguinte, impetavelmente necessita aderir a concepção tripartite, pois de outro modo precisaria se admitir que o dolo e a culpa não estariam dentro do crime, o que não poderia acontecer no ordenamento jurídico, visto sua importância. (CAPEZ, 2003).

No período em que a teoria clássica vigorava como majoritária era de extrema importância defender a teoria tripartite, pois, como dito anteriormente, o dolo e a culpa se encontravam na culpabilidade. Entretanto, com o advento da teoria

finalista de Hans Welsel, que migrou os elementos subjetivos, dolo e culpa, da culpabilidade para o fato típico, teve um nítido impacto na força da tripartição conceitual do crime, surgindo a teoria bipartida, no entanto ainda existem defensores da teoria tripartida do crime que ainda o faz ser corrente majoritária no direito mundial. (CAPEZ, 2003).

Zaffaroni entende que a conduta típica e antijurídica é um injusto penal, e que considerando apenas o injusto não é suficiente para considerar o delito, mas ainda precisa que seja reprovável. Ou seja, embora o fato seja tipificado em lei, antijurídico, ainda assim necessita que seja reprovável, ou seja culpável. Em sua obra, manual de direito penal brasileiro, Zaffaroni faz uma comparação didática.

Se dentre os muitos edifícios de uma cidade devemos selecionar somente aqueles que tem três plantas que se integram com *hall* e a garagem, espaço para moradia e terraço e *solarium*, selecionaremos primeiro aqueles edifícios que são casas e descartaremos os restantes. Posto que não terá sentido averiguar se tais edifícios se integram desta maneira. Isto é o que fazemos quando, frente ao caso concreto, destacarmos aqueles fatos que não são condutas. Em segundo lugar, a localização lógica do *hall* e da garagem estará na planta baixa. Buscaremos casas que tenham planta baixa composta por *hall* e garagem, porque não tem sentido que lancemos a revisar todas as casas com terraço. Frente a conduta cuja delitividade queremos averiguar, começaremos pela comprovação da tipicidade. Assim que tenhamos individualizado as casas com planta baixa composta desta forma, veremos quais tem espaço para moradia no primeiro andar. Da mesma maneira procederemos quando comprovarmos a presença da antijuridicidade. Como última etapa, veremos quais das casas com planta baixa e primeiro andar assim construído tenham terraço com *solarium*. Isto equivale à indagação da culpabilidade. (ZAFFARONI, p.391).

Para que seja caracterizada a teoria tripartida do crime é necessário que haja o fato típico ilícito e culpável, ao passo que inexistindo qualquer um desses elementos não estará configurado o delito. Para que não exista o crime o fato deverá ser atípico, observando o erro do tipo e as demais causas de atipicidade, ou encaixar em alguma causa de excludente de ilicitude. Ou ainda mais, que seja enquadrado em alguma causa de exclusão da culpabilidade. (GRECO, 2011).

### **3.3. Análise combinada das duas teorias.**

Como já exposto anteriormente, tanto a teoria bipartida quanto a teoria tripartida são adequadas ao finalismo, uma vez que independe se há ou não culpabilidade, uma

vez que o dolo e a culpa se enquadram no fato típico. Já para os causalistas, também chamados de clássicos, seria impossível adotar uma teoria bipartida, uma vez que essa exclui a culpabilidade onde se encontravam os elementos subjetivos. No ordenamento jurídico brasileiro é nítido o embate entre os doutrinadores finalistas que são ajustados aos pensamentos de Welzel, que adotaram a teoria tripartida, e os preceptores finalistas dissidentes, seguidores da teoria bipartida. Nota-se que tanto os defensores da tripartição quanto da bipartição delitiva são adeptos ao finalismo. (MASSON, 2015).

O próprio código penal é nitidamente finalista, mas isso não traz definição clara do que seria o crime, e também não traz vantagem alguma para as duas teorias conflitantes, ficando esta missão para os catedráticos. Contudo, os juristas bipartistas entendem que há uma separação no código penal, fazendo menção ao título II da parte geral, em que trata do crime, e no título III da parte geral diz respeito a imputabilidade. Ou seja, o crime seria um fato típico e ilícito coberto pela ilicitude. Ainda mais falam sobre o código penal, referindo-se ao artigo 23 que trata da excludente de ilicitude onde diz não haver crime na presença destas. Por outro lado, no artigo 26 esboça a inimputabilidade como excludente de pena, tese usada pelos defensores da teoria bipartida. (MASSON, 2015).

Os idealistas da teoria bipartida argumentam que com o desenvolvimento da teoria da ação imposta pelo finalismo o dolo e a culpa, inseridos na conduta típica, não teria mais a necessidade de utilizar a culpabilidade como requisito do crime, ou seja, quando se utilizava o causalismo seria lógico usar a culpabilidade como elemento do crime, mas com o finalismo não existe essa lógica. (MIRABETE, 2006).

O próprio doutrinador Luiz Flavio Gomes entende que há muita divergência a respeito desse tema, pois a dúvida que se alastra é se a culpabilidade seria predicado de crime ou pressuposto de pena ou simplesmente estaria entre seus fundamentos. E mesmo sendo adepto da teoria bipartida entende ser majoritária, a teoria tripartida do crime, tanto no Brasil, como em todo o mundo. Para

ele a culpabilidade não seria nem um ramo teoria do crime nem da teoria da pena, mas seria um elo entre o crime e a pena.

É inegável que há muita polêmica sobre se a culpabilidade seria predicado do crime ou pressuposto da pena ou constituiria um de seus fundamentos. Discute-se ademais se ela pertence à teoria do crime ou ao mundo da pena. A doutrina penal majoritária conceitua o crime como fato típico, antijurídico e culpável. Logo, para essa corrente a culpabilidade é, antes de tudo, predicado do crime. O finalismo brasileiro é dissidente e não pensa assim. Entende que crime, do ponto de vista analítico, é constituído apenas do fato típico e antijurídico. Logo, para essa corrente dissidente, a culpabilidade seria tão somente pressuposto de pena. Para nós a culpabilidade é juízo de valor que recai sobre o agente do fato punível que podia agir de modo diverso e não agiu. Com o juízo de valor ou de reprovação não pode evidentemente pertencer nem a teoria do delito nem a teoria da pena. Ela compre exatamente o papel de ligação ou de união entre o crime e a pena, justamente porque sua primeira e distinguida função é a de constituir um dos fundamentos indeclináveis da pena. (GOMES, p.16).

O senso de reprovação da culpabilidade versa tanto sobre o autor do fato quanto o próprio fato delitivo. Para os que entendem ser a culpabilidade requisito constitutivo do crime admitem que a reprovabilidade recaia sobre o fato. Já para quem não admite a culpabilidade como um dos elementos do delito observa que ela é um juízo de valor que incide sobre o autor do fato criminoso. Entretanto a culpabilidade incide primeiramente sobre o autor do fato punível, e os requisitos para tais fatos deve ser apresentado de forma sequencial e lógica, sendo eles a tipicidade, ameaça de pena e ilicitude. O primeiro requisito é indispensável para que possa ser analisado o segundo, e assim por diante, não podendo o juiz, de qualquer forma, fazer juízo de valoração sem antes averiguar o fato típico e a ilicitude. (GOMES, 2005).

O jurista Luiz Flavio Gomes ainda trata, em sua obra, sobre um questionamento que nos remete ao máximo ponto da discussão em tela, fazendo com que tais respostas nos levam ou a teoria tripartite ou a bipartite.

Menor, com dezessete anos, pratica crime? O louco pratica crime? A resposta, segundo nosso ponto de vista, só pode ser a seguinte: de acordo com a teoria clássica tripartida (crime é fato típico, antijurídico e culpável), não; de acordo com nosso pensamento, sim, praticam crime, entendido como fato punível. E por que não sofrem pena?

Porque não são culpáveis, porque não há culpabilidade, que é um dos fundamentos da pena. (GOMES, p.17).

Os apoiadores da teoria tripartida, no entanto, entendem que culpabilidade deve ser examinada como um elemento do delito. Caso esta fosse excluída do crime, sendo observada apenas como causa de pena, haveria uma impropriedade sobre sua materialidade visto que todos os elementos, tanto o fato típico como o ilícito, havendo suas excludentes, também excluem as respectivas penas, e nem por esse motivo há qualquer sinal de sua descaracterização como parte do conceito analítico de crime, tanto que se considerado atípico ou não for ilícito o autor terá sua pena afastada. (GRECO, 2011).

Ainda respondem, os adeptos a teoria tripartida, em relação a argumentação de que o código penal estaria voltado para a bipartição do crime, falando que muito embora o código, realmente, se dirija as causas de culpabilidade como isenção de pena, tal discricionariedade legislativa não nos permite concluir que esta afirmação seria de fato verdade, pois tal exteriorização também pode ser encontrada em outros dispositivos, que não tem ligação alguma com a culpabilidade. (GRECO, 2011).

Em contrapartida a teoria bipartida, a tripartida inverte a argumentação a respeito do que viria a ser crime ou não, pois segundo a doutrina dualista se alguém amparado pela excludente de culpabilidade cometesse um fato típico e ilícito já cometeria um crime. Através de uma severa crítica, Nucci diz que apenas considerar os dois elementos para caracterização de um crime seria equivocado. Um menor de idade, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, não comete um crime, mas sim um ato infracional, se fosse adeptos a bipartição do crime tal situação não existiria. Mesmo alguém cometendo uma conduta tipificada e ilícita, mas atuando mediante coação moral irresistível, cometeria um crime, o que de fato não condiz com a verdade. (NUCCI, 2006).

Também entende Cezar Bittencourt, que o próprio criador do finalismo, corrente que originou os adeptos da teoria bipartida, via o crime sobre o conceito

analítico analisando a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, ao passo que na falta de qualquer um destes não existiria o crime.

O próprio Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico de crime. Deixa esse 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”. Com essa afirmação Welzel confirma que, para ele, a culpabilidade é um elemento constitutivo do crime, sem a qual este não se aperfeiçoa. (BITENCOURT, p.407).

Nota-se, por fim, que embora as duas teorias sejam majoritárias, há uma predominância, nacional e mundial, da teoria tripartida. Isso porque é uma teoria mais garantista, em que para caracterização de um crime deve ser analisado os requisitos de uma forma mais divisível, observando o máximo do interior do crime, para que assim ele possa ser caracterizado ou não. Além de que se tirar a culpabilidade como requisita do crime, haveria um pleonasma conceitual, visto que todos os requisitos do crime também são pressupostos de pena, e não somente a culpabilidade. (GRECO, 2011).

## **CONCLUSÃO**

É possível verificar, nesse estudo, que ainda há muita discussão a respeito de qual deva ser a teoria adotada, com argumentações convincentes de ambos os lados. No entanto, é possível observar que com o passar das épocas o conceito de crime vem se tornando mais objetivo diminuindo seus elementos ao máximo, para que possa se fazer uma análise, no caso concreto, de forma mais objetiva possível. Portanto fica evidente que a teoria bipartida é mais moderna e alcança com qualidade seus objetivos de conceituar o crime de forma analítica, visando apenas a tipicidade e a ilicitude, observada a culpabilidade, não sendo um elemento do crime, mas um pressuposto de pena.

## REFERENCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, v.1. 17ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral**, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – parte geral**. V. 3. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – parte geral**. V. 7. São Paulo: RT, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, v.1. 12ª Ed. Niterói. Impetus, 2011.

JESUS, Damásio – **direito penal** – parte geral, ed 36, Saraiva. 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patricia – **manual de direito penal** – parte geral. 3º ed. 2014.

MASSON, Cleber. **direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / Cleber Masson.** — 10. ed. — Método, 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal – parte geral**, v. I. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**, v. 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José. **Manual de Direito Penal – parte geral**. Ed 4º, Tribunais, 2001.

