

A NOÇÃO JURÍDICA DO DELITO

Rubens Sant'Anna

*O delito é uma dissonância harmônica.
Carrara — "Programa".*

Introdução

O estudo do delito suscita as mais variadas questões. Constituído êle o centro de interesse da ciência criminal, pode ser apreciado sob diversos prismas.

Se formos investigar suas causas, seguindo as rotas da Criminologia, irá nos preocupar, precipuamente, o autor do ato punível, as condições biopsicológicas, bem como as influências que o meio pode exercer sobre a pessoa do delinqüente.

Atualmente, uma teoria completa do delito não pode desprezar a pessoa do delinqüente, tão avançados estão os estudos da personalidade humana.

Sendo o crime, necessariamente, um ato humano, êsse ato, para sua integral compreensão, deve ser apreciado à luz da lei e através da estrutura psicológica de seu autor.

Em todos os tempos, houve a consideração do aspecto legal do ato punível. Hoje, talvez mais do que nunca, o problema jurídico do delito está a exigir novos estudos, visando o alcance de uma caracterização de amplo sentido, embasada em sólidos princípios jurídicos e informada pelas modernas conquistas da ciência psicológica.

No que tange à disciplina penal em si, é expressiva a observação de Luis Jimenez de Asua, quando declara que "a teoria jurídica do delito constitui hoje a pedra angular do Direito punitivo".⁽¹⁾

Dentre as diversas facêtas por que pode ser encarado o delito, nos cingiremos, aqui, ao exame de sua noção jurídica, através das principais enunciações que têm sido feitas dentro da doutrina penal.

Retrospecto histórico

Nasceu o delito com o primeiro ato humano que feriu os supremos princípios de estrutura do primeiro grupo social, organizado à base de comuns interesses associativos e sob a inspiração de inatos princípios de ordem interior.

Dessa forma imaginamos a origem do ato delituoso, porque não é possível falar-se em qualquer fenômeno concernente ao mundo jurídico, sem o relacionar com a idéia de sociabilidade humana.

A idéia clássica do homem como um animal social, remonta à antiguidade grega. Modernamente, Romagnosi retomou a idéia, sustentando-a no sentido de que ela constitui o carácter essencial da espécie humana.

Tal noção, entretanto, foi completada por Francesco Carrara, quando, ao definir o homem como um "animal jurídico", apresentou a característica da sociabilidade como decorrente da sociedade *civil* e derivada, conseqüentemente, da juridicidade.⁽²⁾

O critério de juridicidade, decisivo para Carrara, êle o justificou dizendo que "entre os animais o homem é o único que está dotado de direitos e tem a consciência de possuí-los".⁽³⁾

Aquela definição do homem, deve ser tomada como básica dentro da doutrina carrareana. Fundamentalmente, serviu ela para que seu autor encontrasse "na natureza mesma do homem a gênese do direito criminal". Ela serve, igualmente, como pressuposto para a teoria do delito como ente jurídico, sustentada por Carrara, que mais tarde examinaremos.

Através da história da ciência penal, encontra-se sempre o delito como uma infração da norma legal. Desde os tempos remotos, no primitivo Oriente, na Pérsia, em Israel, na Grécia, em Roma, sempre o critério da responsabilidade penal existiu em função do resultado anti-jurídico da ação delituosa.

O delito, na antiga Roma, era considerado como uma infração à lei. Sustenta Albertário, segundo informa Florian, que "delictum", na época clássica, "significou o ato ilícito fonte de *obligatio*, castigado pelo *jus civile* com pena privada; o "crimen", o ato ilícito castigado pelo *jus publicum* com pena pública".⁽⁴⁾

Posteriormente, na época post-clássica e justiniana, quando o direito penal privado e as penas privada e pública foram absorvidas pelo direito penal público, a antítese desapareceu e os dois termos passaram a ter significação idêntica.

Entre os romanos, nos pirmórdios, a reação contra o delito ou o crime tinha por fundamento a "vindicta", tanto privada como pública. Conforme esclarece Rudolf von Jhering, o objetivo final da vingança era "a satisfação do prejuízo", e podia ser obtida por um

convênio entre as pessoas. Tal objetivo era mais facilmente alcançado pela justiça privada que pela pública, onde era impossível satisfazer a exigência de todos os cidadãos. (5).

Daí afirmar o insigne romanista que “talvez a vingança pública, se assim nos pudemos expressar, fôsse muito mais forte, muito mais opressora e, por isso mesmo, menos intensa do que a vingança privada” (6).

Conseqüentemente, quando se organizou em Roma a justiça criminal, o povo passou a ser representado por uma pessoa autorizada, e a satisfação do prejuízo a ser exigida através de um modo de resgate específico que contentasse a todos.

Mesmo assim, na República, era imperfeito o funcionamento dessa justiça, como podemos inferir ainda do ensinamento de Jhering: “sabe-se que o resultado dos debates que se realizavam perante o povo não dependiam tanto da grandeza e do grau de criminalidade do delito, como da sede de vingança do povo e da intensidade de seu ressentimento” (7).

Antes da República, os reis exerciam a jurisdição criminal com um “carácter puramente militar” (8).

O sistema de organização e os resultados alcançados pela justiça criminal romana, decorriam do fundamento convencional de sua primitiva organização social. Em Roma, escreve, Jhering, “a vontade do Estado é a vontade do conjunto dos cidadãos, a lei um contrato, pelo qual êstes se obrigavam recíprocamente a observar certo modo de proceder; a obrigação de todos, que disso resulta, é o direito no sentido objetivo. O sujeito do poder legislativo não é o Estado, considerado como um ser superior aos cidadãos, mas sim os indivíduos. A forma primitiva da lei não é uma ordem ou uma proibição, dirigida aos subordinados, mas um convênio concluído entre pessoas iguais. O direito, no sentido objetivo, deriva-se do pacto” (9).

Conclui aquêl autor: “em sua origem, a lei e o contrato não se distinguem pela sua eficácia intensiva, mas, unicamente, pela extensão de seu campo de aplicação, do mesmo modo que a *vindicta pública* se diferencia da *vindicta privata*” (10).

Durante a Idade Média, prevaleceu a preocupação pelo resultado da ação considerada ilícita, a tal extremo que até os animais e as coisas podiam ser sujeitos das mesmas, havendo, portanto, absoluto desprezo pelo elemento subjetivo do delito.

Na Inglaterra, no século XIII, o Rei João promulgou a *Magna Charta*, cujo preceito proibitivo da analogia “continha, sem dúvida, a idéia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face da liberdade individual” (11).

E’ face ao testemunho da história que Jimenez de Asua afirma que “o delito foi sempre o antijurídico e por isso um *ente jurídico*” (12).

O direito primitivo, entretanto, não determinou os verdadeiros pressupostos e os elementos integrantes da noção legal do delito. An-

tes da reforma liberal inspirada pelos princípios da Revolução Francesa, as leis expressavam tão-somente o absolutismo do poder temporal reinante.

Durante três milênios, desde os primórdios até o décimo-oitavo século, viveu o direito penal um estágio em que, na expressão de Carrara, não passou de uma doutrina *teológica*. Nesse período, — escreveu o mestre de Pisa — “el pecado se confunde con el delito, y el delito con el pecado; la pena con el sacrificio, y el sacrificio con la pena” (13).

Para completar a valorização jurídica do delito faltava a devida caracterização da autoridade social, seus pressupostos e sua exata posição face ao homem.

O axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*, sustentado por Feuerbach, e explicitamente constante da Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Revolução Francesa, firmou em definitivo, nos sistemas jurídicos posteriores, o princípio de legalidade dos delitos e das penas.

Como acentua o Desembargador Nelson Hungria, “antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado” (14).

Sobre o alcance daquele axioma, escreve Donnedieu de Vabres: “Il faut considérer ces deux règles: *Nullum crimen sine lege* et *Nulla poena sine lege* comme solidaires, inséparables l’une de l’autre, et comme constituant le fondement nécessaire de la liberté individuelle. Si ces règles n’étaient pas observées, s’il était admis que l’action publique peut être mise en mouvement pour la répression d’un fait que la loi n’incriminait pas lorsqu’il a été commis, que le juge peut pronocer une peine à laquelle le délinquant n’a pas dû s’attendre, la justice pénale serait une justice de circonstance, d’occasion, abandonnée à l’influence des passions individuelles” (15).

Essa fase na história do direito penal foi decisiva. Os acontecimentos político-sociais, desenrolados na Europa durante o último quartel do século dezoito, se refletiram no campo da doutrina e das leis penais, sepultando no passado o sombrio quadro das crueldades resultantes do *plenum arbitrium* judicial.

Para que fôsem fixados os conceitos basilares e verdadeiros do direito penal, era mister, preliminarmente, que uma nova ordem social fôsse estabelecida, onde pairassem soberanos e intangíveis os princípios de igualdade e de fraternidade humanas.

A era do liberalismo, resultante da Grande Revolução, criou as condições necessárias à construção da disciplina penal em bases eminentemente jurídicas, inspiradas nos princípios do direito natural.

A obra de Beccaria foi o chamando à renovação. Êle, na expressão de Florian, "inaugura la guerra santa contra los abusos y las arbitrariedades del magisterio penal y señala al mismo un fundamento completamente humano y social" (16).

Mais tarde, Kant, Romagnosi e Bentham, em suas obras, demoliram o que restava do passado arcaico, e tentaram expressar a doutrina penal através de fórmulas, em termos metafísicos.

Novos rumos foram traçados, na primeira metade do século dezenove, por Carmignani, que deu à ciência criminal a estrutura de uma doutrina ontológica, enunciando a noção genérica do ente chamado delito, para cuja compreensão aflorou a teoria das forças do mesmo. A Carrara coube a tarefa máxima da sistematização.

A doutrina de Carrara

A noção de delito, como vimos através de um rápido retrospecto histórico, sempre esteve ligada ao aspecto legal do ato punível. Insuficiente, entretanto, era essa genérica caracterização legal, de vez que não ficavam estabelecidos os seus necessários pressupostos.

Faltava, nas concepções anteriores, a exata e total caracterização da norma penal, a qual deve ter por objeto a tutela da sociedade, respeitando, entretanto, a pessoa humana, que não vive para o Estado mas no Estado, expressado êste na autoridade social.

Para Carrara, a autoridade social tem sua gênese na natureza primitiva do homem, "enquanto o homem é um animal jurídico" (17).

Radicando no homem, sêr jurídico, a autoridade social existe por exigência e necessidade mesmas do direito, protegendo e tutelando-o. A necessidade de uma direção dessa tutela fundamenta o princípio da autoridade.

Os direitos, a serem tutelados, constituem o centro de interesse da autoridade social. Ela, em seu tríplice exercício tutelar de "prevenção, coação direta" e "repressão", deve existir em função do bem e para utilidade dos membros da sociedade, cujos direitos protege, não podendo jamais os ferir despoticamente.

Lapidamente, frisa Carrara: "En efecto, incluso el culpable es siempre un animal juridico. Y si con justicia debe sufrir una disminucion de sus derechos, en cuanto ha violado los derechos ajenos, sin embargo tiene derecho a exigir que respecto de todos los demás derechos suyos se mantenga la tutela juridica, y que la autoridad social la ejerza fielmente para protegerlo, como lo hace para proteger a los demás" (18).

Para elaboração de seu sistema, a que denominou de "Programa", procurou Carrara inicialmente enunciar em uma fórmula simples "a verdade reguladora de toda a ciência criminal", e que contivesse "em si o gérmen de todas as verdades nas quais tivesse vindo a compendiar-se a ciência do direito criminal em seus particulares desenvolvimentos e aplicações" (19).

Tal fórmula êle a encontrou na noção constitutiva do delito, e a expressou nestes termos: "o delito não é um ente de fato, senão um ente jurídico" (20).

E' um ente jurídico "porque — explicou o insigne mestre — sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito" (21).

O direito, como vimos, é intrínseco ao homem, cuja característica primária é ser um animal jurídico. Êle possui direitos e tem a consciência de possuí-los, porque êles lhe são congênitos, inscritos por Deus em sua natureza, como necessários à sua convivência no seio da sociedade civil.

Daí ter o delito, como ente jurídico, origem e fundamento na natureza dessa mesma sociedade civil.

Definiu Carrara o delito como "a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso" (22).

Definindo o delito como uma "infração" e não como uma "ação", acentuou Carrara que "sua noção não se deduz nem do *fato material* nem da *proibição da lei*, isoladamente considerados, senão do conflito entre aquêle e esta" (23).

Conseqüentemente, a idéia do delito é uma idéia de *relação*: "relação *contraditória* entre o fato do homem e a lei". Nessa contradição está manifestada a natureza jurídica do delito (24).

E' um ente que possui elementos materiais e elementos morais, cujo conjunto lhe dá unidade. "Mas o que completa o seu ser é a contradição dêsses antecedentes com a lei jurídica" (25).

Assim, aceita Carrara a fórmula que expressa o delito como uma *dissonância harmônica*. A dissonância consiste em ser o delito um fato do homem, contrário ao direito. Mas a relação que se forma, da reação da lei, que o proíbe, frente ao fato delituoso, restabelece a harmonia no reino do direito.

Pertence às condições ontológicas do delito não só a relação de contradição entre a vontade e o fato do agente e o direito tutelado pela lei penal, como também tudo o que corresponde à intenção e constitui o elemento moral ou psicológico do ato delituoso (26).

Dessa forma, é completa a noção ontológica do delito, não se esgotando esta numa caracterização abstrata exclusivamente de relação jurídica, mas abarcando, em sua generalidade, a totalidade dos aspectos fundamentais que envolvem a complexa figura do delito.

Como ente jurídico, o delito tem por objeto não uma coisa ou o homem, senão uma *idéia*, o *direito* violado, protegido pela lei.

Aqui se faz necessária uma distinção fundamental: a ação do homem (comissão ou omissão), que expressa a materialidade da conduta criminosa, tem por objeto uma coisa ou um ser humano, mas o ente jurídico só pode ter por objeto o próprio direito tutelado, atingido pelo ato delituoso.

Resulta o delito do "choque do fato com a lei", mercê do concurso de elementos que constituem as forças do delito. A teoria das forças é fundamental dentro da doutrina em exame, porque por intermédio dela ficou traçada a distinção entre os fatos que podem se considerar legítimamente delitos e aqueles que não podem sê-lo senão por despotismo ⁽²⁷⁾.

Duas são as forças que concorrem na consecução do delito: a moral e a física. Essas duas forças foram dadas pela natureza ao homem, constituindo o conjunto de ambas a sua personalidade, devendo, por isso, concorrer no delito, para que este seja um ato humano ⁽²⁸⁾.

Carrara qualificou sua doutrina de ontológica. E' uma ontologia, como acentuou o Professor Sebastián Soler no prefácio de sua tradução do "Programa", de entes ideais e não de coisas ⁽²⁹⁾:

Esses entes ou seres ideais, entretanto, estão dotados de "força constrictiva, semelhante à que deriva dos fatos da natureza" ⁽³⁰⁾.

Como os seres do mundo real, também os objetos jurídicos têm uma natureza, a qual não pode ser alterada pelos legisladores.

Acentua o Professor Soler que esse conceito de natureza não se identifica com o de realidade material, mas o abarca ⁽³¹⁾.

Essa elaboração da doutrina penal por meio do manejo de objetos ideais, reconhecendo nêles qualidades preexistentes, constitui o fundamento da ontologia jurídica de Carrara.

E' de se notar que essa elaboração de princípios jurídicos, com o emprêgo de entes ideais, não constitui u'a mera elocubração abstrata, mas é um pressuposto necessário à própria formulação concreta do direito.

A doutrina penal de Carrara é eminentemente jurídica. Daí se poder afirmar que a ciência criminal começou a existir, como disciplina jurídica propriamente dita, a partir da sistematização por êle feita da mesma.

Assim, com o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, com a definição da verdadeira função da autoridade social e com a precisa caracterização jurídica do delito, a justiça penal viu-se purificada das iniquidades do passado, o homem, mesmo o culpado, senhor dos seus direitos, e a sociedade mais livre.

"Estabelecido, de uma vez para sempre, o limite do *proibido*", podia-se afirmar que a ciência criminal era "o supremo código da liberdade" ⁽³²⁾.

A Escola Positiva

Em fins do século passado, verificou-se, na Europa, uma forte reação à doutrina de Carrara, produzida pelas concepções de Lombroso, Ferri e Garófalo, que organizaram a Escola Criminal Positiva.

Justificou-a Ferri escrevendo "que *antes* de estudar o crime como o "ente jurídico" e infração da lei penal, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto naturais como sociais e avaliando-o como expressão anti-social de uma dada personalidade delinqüente" ⁽³³⁾.

O interesse jurídico do delito deslocou-se do plano ontológico para o da realidade social, que passou a ser estudada com o emprêgo do método experimental.

O ato delituoso, constituindo um mero fenômeno natural e social, devia ser encarado através da pessoa do delinqüente, considerado agora como o principal "protagonista" da ciência criminal, na expressão de Ferri.

Para êle, o crime tem um objeto jurídico genérico e um objeto jurídico específico. "O genérico é a *norma penal*, imposta pelo Estado e violada pelo delinqüente. O específico é o direito subjetivo (que na maior parte dos casos existe e é regulado e protegido também por outras normas de direito civil, público, etc.) ou realmente ofendido ou pôsto em perigo; e, na sua falta, o bem ou *bem-interesse* juridicamente protegido pela norma penal e respeitante ou a um indivíduo, ou a uma coletividade ou à sociedade inteira, juridicamente organizada no Estado ou ainda à sociedade dos Estados" ⁽³⁴⁾.

E desta forma conclui seu pensamento: "tudo isto, entenda-se, como resulta da organização jurídico-positiva de cada povo" ⁽³⁵⁾.

O direito penal foi absorvido pela Sociologia, da qual se tornou parte. A noção jurídica do delito perdeu seu substrato ontológico e passou a ser mera expressão da lei, objetiva ou subjetivamente considerada.

Ao lado de Ferri, seguindo diretrizes semelhantes, avulta-se Garófalo, com sua teoria do "delito natural", o qual assim definiu: "o delito social ou natural é uma lesão daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais (piedade e proibidade) segundo a medida média em que se encontram nas raças humanas superiores, cuja medida é necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade" ⁽³⁶⁾.

Também a noção de Garófalo refoge ao campo da dogmática-jurídica penal.

A construção da Escola Positiva, por orientar seus estudos com o emprêgo de um método insuficiente e por "dedicar-se, como afirma Asua, de um modo quase exclusivo à crítica das leis", desvirtuou a noção jurídica do delito em seu profundo e universal significado.

Incisiva é esta crítica de Jorge Frias Caballero: "La Escuela Positiva pugna, pues, por destruir el edificio jurídico del Derecho Penal. Inicialmente la ciencia del Derecho Penal es o una rama de la Antropología criminal o un capítulo de la Sociología criminal. Es evidente que el positivismo, volviendo más tarde sobre sus pasos, emprende con

tardio brio la tarea de la elaboración jurídica; pero lo cierto es que su exageración primitiva acarrea para esta disciplina un notable rezago respecto de las otras ramas del Derecho" (37).

Tentativas de síntese

Passado o fervor inicial da orientação positiva, uma outra surgiu no campo do direito penal, intitulada Terceira Escola e liderada por Alimena e Carnevale.

Quanto ao método, aproximava-se da escola anterior, aceitando, entretanto, a investigação filosófica.

O delito era encarado como um fenômeno individual e social, semelhantemente ao ponto de vista de Ferri e seus companheiros de escola. Por isso mesmo, não trouxe a nova escola substanciais alterações.

Na Alemanha, Franz von Liszt e os demais fundadores da União Internacional de Direito Penal, postulando princípios semelhantes, apresentaram uma contribuição mais avançada.

Pregava v. Liszt uma nova Política Criminal, a qual definiu como o "conteúdo sistemático de princípios — garantidos pela investigação científica das causas do delito e da eficácia da pena —, segundo os quais o Estado dirige a luta contra o delito, por meio da pena e de suas formas de execução" (38).

Para ele, o crime, a pena constituíam as idéias fundamentais do direito penal. Sua preocupação principal foi a de apresentar um fundamento jurídico à pena finalista, com a aplicação, no campo do direito penal, das idéias desenvolvidas por Jhering na Filosofia do Direito.

Genéricamente, para Liszt, "delito (ato punível) é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência" (39).

No fato delituoso, destaca os seguintes caracteres:

a) o delito é um ato humano, voluntário; b) é um ato *contrário ao direito*, que "implica na lesão ou perigo de um bem jurídico"; c) é um ato culpável por dolo ou culpa.

O delito, escreveu em seu Tratado, "é um ato apreciado juridicamente em duas direções: no elemento essencial contrário ao direito e no elemento característico de culpabilidade. E conclui: "O conceito do ato, apreciado pelo direito, se estabelece como conceito fundamental da teoria do delito" (40).

Especificamente, o delito é a infração penal: "o delito é o ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena" (41).

A reprovação jurídica que recai sobre o ato é dupla. O ato é *formalmente* contrário ao direito enquanto é transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado, de um mandato ou de uma proibição da ordem jurídica. É *materialmente* ilegal enquanto significa uma conduta contrária à sociedade, isto é, anti-social.

Acentua Liszt que "o ato contrário ao direito é um ataque aos interesses vitais dos particulares ou da coletividade, protegidos pelas normas jurídicas" (42).

O dever fundamental, primeiro, das normas jurídicas, é proteger esses interesses vitais. Constituem eles "bens jurídicos", em razão da proteção que lhes outorga o direito.

A sua vez, o dever principal da ordem jurídica positiva é assegurar a consecução da convivência social, humana. Resulta daí que "a lesão de um bem jurídico só será materialmente *contrária ao direito* quando estiver em contradição com os fins da ordem jurídica" (43).

Essa lesão pode ser legítima mesmo quando fira interesses juridicamente protegidos, uma vez que, e na medida, responda aos fins da ordem jurídica, conseqüentemente, da comunidade. Seria, para exemplificar, o caso da legítima defesa.

O juiz está adstrito à lei, não podendo, em circunstância alguma, retificar o direito positivo. Significa isso não só a aceitação do princípio de legalidade do delito, como também a proibição da analogia em matéria penal.

Von Liszt erigiu sua doutrina com fundamento no direito positivo. O direito positivo são as normas jurídicas que protegem os interesses individuais e coletivos da sociedade, elevados por elas à categoria de "bens jurídicos".

Sub specie juris, o delito é *formalmente* ilegal enquanto transgredir aquelas normas, é *materialmente* ilegal enquanto expressa uma conduta anti-social.

A investigação do fundamento jurídico do delito está ligada à da norma jurídica. Esta, a seu turno, expressará os fins ou interesses da sociedade, os quais lhe cumpre resguardar.

Não há, aqui, uma fundamentação ontológica do ato delituoso, mas há, entretanto, uma superação da doutrina penal positiva, porquanto enuncia pressupostos de ordem filosófica, informadores da estrutura do direito temporal.

Em começos do corrente século, originou-se na Itália uma nova orientação dentro da doutrina penal, hoje conhecida pela denominação de Escola Técnico-Jurídica.

Entre seus maiores vultos, assinalam-se Rocco, Manzini, Massari, Vannini e outros, destacando-se atualmente Filippo Grispigni.

Sobre essa escola, escreve Florian: "Ela prescindiu da liberdade de arbítrio, mas a figura do homem imputável não muda; ademais, ela repudia o método puramente racional da investigação filosófica, rechaça, em suma, aquêlê método do direito natural que havia dado à escola clássica perfeição, glória e consideração, de onde se infere que restringe o estudo do direito penal ao campo do direito positivo, vigente" (44).

A orientação de Grispigni, por ele mesmo denominada de "orientação técnico-científica", tem por objetivo "estudar a decisão cri-

minal com os critérios e finalidades práticos da psicologia experimental, sem fechar a ninguém a possibilidade de integrar, em *sede filosófica*, os limitados conhecimentos oferecidos pela psicologia experimental” (45).

Visa, no tratamento dos problemas do direito penal, uma superação filosófica, tentando uma “síntese” dos princípios da Escola Clássica e da Escola Positiva.

Substitui o método filosófico pelo científico, no estudo dos delitos e seus autores, e atribui ao direito penal uma função “meramente técnico-instrumental, como meio de tutela social” (46).

Com o emprêgo do método próprio — chamado de jurídico ou empírico-científico — constrói uma teoria do delito-tipo objetivo.

Encarado sob o ponto de vista puramente formal, o delito, para Grispigni, é “todo o fato ao qual o ordenamento jurídico faz seguir uma pena, como consequência jurídica” (47).

Dessa definição, como acentua seu autor, resulta que, para se identificar um delito, é necessária a referência à sua consequência jurídica: a pena.

Comporta, assim, o delito, conceito sociológico: “é o delito a conduta que faz impossível ou põe em grave perigo a convivência e a cooperação dos indivíduos que constituem uma sociedade” (48).

Sob esse aspecto, o delito implica “lesão ou perigo de lesão dos bens e interesses fundamentais da sociedade” (49).

Encara, ainda, Grispigni, o delito sob o ponto de vista político-jurídico ou teleológico, ou seja, do ordenamento jurídico.

Ainda aqui o delito é encarado sob o prisma da sanção específica que acarreta. Essa circunstância específica o conteúdo jurídico do delito, que é qualitativamente diferente do conteúdo jurídico dos demais ilícitos.

Enquanto os outros ilícitos são “causa de dano ou de perigo diretos e imediatos, o delito é encarado como “causa de dano ou de perigo sociais indiretos” (50).

Assim é, porque o ordenamento jurídico lança mão de sanções extra-penais como reação contra o dano e o perigo direto e imediato, e da pena frente ao dano e ao perigo sociais indiretos.

O bem tutelado pelas leis penais e atacado pelo delito, “constitui o direito do Estado à sua própria existência e conservação, porque o delito é a negação do Estado mesmo em sua vida e conservação” (51).

Dentro desse princípio geral, Grispigni encontra que o objeto jurídico do delito é o direito subjetivo do Estado à sua existência e conservação. Como consequência, a função do direito penal é a de tutelar os bens fundamentais e essenciais do Estado.

Mais positiva do que clássica, apesar de seu enderêço conciliador, a orientação de Filippo Grispigni busca trabalhar a realidade jurídica temporal com um método empírico, ao qual atribui carácter de científico.

Alheia a qualquer investigação de natureza filosófica, pretendendo mesmo transcendê-la, a posição técnico-jurídica encara o delito, juridicamente, através da pena, cuja natureza sancionadora específica o ilícito penal.

Essa concepção constitui uma rígida dogmática jurídica formalista do direito penal, cujos fundamentos entende radicam no Estado.

A teoria da tipicidade

Em 1906, Ernest Beling, professor da Universidade de Munich, lançou, em sua obra “Teoria do delito”, a teoria da tipicidade.

O “tipo”, em delito, anteriormente, tinha o carácter de especificidade, compreendendo o ato delituoso em todos os seus elementos, inclusive o dolo e a culpa.

Com destaca Jimenez de Asua, a tipicidade, na “evolução do conceito de conjunto do ato punível, compreende três fases” (52).

A primeira, é representada pela doutrina de Beling, em que a tipicidade tem função apenas descritiva, destacada da antijuridicidade e da culpabilidade da ação delituosa.

Para Beling, *tipicidade* é a “qualidade do fato, em virtude da qual êste se pode enquadrar dentro de alguma das figuras de crime descritas pelo legislador mediante um processo de abstração de uma série de fatos da vida real” (53).

Em função dessa idéia, define o delito como uma ação típica, contrária ao direito, culpável, sancionada com uma pena adequada e suficiente às condições objetivas da penalidade.

Essa noção do delito é composta de vários elementos, que integram a figura do delito em um todo.

Em primeiro lugar, o delito é uma ação *típica*, enquadrável dentro de uma determinada figura legal de ilícito penal.

O segundo carácter do delito é a *antijuridicidade*. Deve êle ser um fato contrário ao direito, à ordem jurídica vigente.

O fato deve, ainda, ser culpável. E' o critério da *culpabilidade*, compreendida em sua dualidade de dolo e culpa.

Por último, a ação delituosa deve ser sancionada com uma pena específica. Esse critério da *punibilidade* tem em mira a adequada e suficiente aplicação da pena, a fim de que ela atenda às condições objetivas da *penalidade*.

A doutrina de Beling, pelo rigor lógico de sua dogmática formalista do direito, tem tido grande repercussão junto aos penalistas que encaram o direito penal sob o ângulo único do tecnicismo.

A segunda fase da teoria da tipicidade está expressa, de acôrdo com Jimenez de Asua, no Tratado de Direito Penal de Mayer, publicado em 1915.

Mayer revisou a noção de tipicidade de Beling, a qual, de mera descrição do delito, ganhou valor indiciário.

Distingue, também, a tipicidade da juricidade. Entretanto, entende que a circunstância que torna típica uma determinada ação, constitui, já, um indício de sua antijuridicidade. “A função indiciária — esclarece Jimenez de Asua — se cumpre principalmente em relação aos elementos normativos, como por exemplo a inclusão no tipo do furto da qualidade *alheia da coisa*” (54).

Edmundo Mezger, em seu Tratado de Direito Penal, publicado em 1931, expõe nova teoria da tipicidade, constituindo-se, então, a terceira fase de investigação da matéria.

A doutrina de Mezger está sucintamente expressa na sua definição de delito: “Ação tipicamente antijurídica e culpável”.

Três classes de elementos contêm a idéia de *tipo*, para Mezger: objetivo, subjetivo e normativo.

O elemento objetivo está representado pela descrição objetiva correspondente ao caso legal particular. Refere-se, assim, à totalidade dos elementos materiais que interferem num determinado delito.

O elemento subjetivo corresponde aos elementos psíquicos, relativos ao agente delituoso e, via de regra, omissos no dispositivo legal que descreve o fato incriminado.

O elemento normativo se desdobra em uma série de outros elementos. Depende desses elementos o juízo sobre a verdade ou não de uma afirmação.

São êles: os elementos cognoscitivos de valorização, as circunstâncias de perigo comum, as circunstâncias de perigo individual, os conceitos de valorização jurídica e os conceitos de valorização cultural.

Sobre a doutrina de Mezger, declara Jimenez de Asua: “Na concepção de Mezger a tipicidade é muito mais que indício, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, chegando a constituir a base real desta, ou seja sua *ratio essendi*” (55).

Como observa aquele autor, a doutrina de Mezger cria uma antijuridicidade penal frente à antijuridicidade geral.

A teoria geral da tipicidade, encarada englobadamente nas três expressões assinaladas, trouxe uma alta contribuição à teoria do delito.

Foi destacado e ficou assinalado o aspecto “típico” do ato punível. Entretanto, não é aceitável o exagêro a que certos doutrinadores quiseram levar a função da tipicidade na explicação do delito.

Florian, criticando a doutrina da tipicidade, entende que a mesma não faz mais do que “revestir de muitas sutilezas e abstrações um conceito tão simples, como é o de que um fato para ser punível deve exatamente corresponder a alguma figura delituosa descrita no sistema do direito vigente” (56).

Uma conclusão atual

A Primeira Conferência Pan-Americana de Criminologia, reunida, em 1947, no Rio de Janeiro e em São Paulo, incluiu, entre os temas oficiais, o referente à “estrutura jurídica do crime”.

Foi relator oficial da tese o Professor Sebastián Soler, membro da Sociedade Argentina de Criminologia.

Como resultado do brilhante trabalho daquele ilustre professor, a Conferência adotou a seguinte conclusão sobre o tema: a) é possível assinalar uma estrutura jurídica do delito válida para a maioria dos países, sem prejuízo das peculiaridades nacionais; b) êsse conceito pressupõe, como característica essencial, o princípio “*nullum crimen sine lege*”; c) a noção de delito deve construir-se sobre a base do conceito de ação definida.

Para chegar ao primeiro ponto da conclusão acima, Soler sustenta que hoje se pode intentar a estruturação de um conceito de delito de largos alcances. Para isso, é necessário proceder-se a um trabalho de *síntese*, pondo em frente tôdas as figuras possíveis do direito vigente, e tratando de extrair delas o denominador comum.

O devido conceito é o de *fato humano*, que, por não resultar apenas da vida biológica do homem, mas envolver também uma participação psíquica, se transforma em *ação humana*. Resulta, assim, a primeira conceituação genérica e universal do ato punível: o delito é ação.

Êsse elemento humano do delito pode ser encarado sob dois aspectos ou ângulos diferentes: de fora ou de dentro da pessoa do autor; ou seja, o acento pode ser pôsto no resultado, no *dano*, ou na fonte, na *mens rea*.

Mas, acentua Soler, “nem a *mens rea* nem o dano são conceitos firmes e substantivos dos quais possamos partir sem equívocos com relação a todos os delitos. O conceito substantivo que achamos comum a todo delito no direito civilizado é o conceito de *ação*, que não é só subjetividade ou só cega agitação de elementos naturais, senão a forma especificamente humana de mesclar-se com a realidade” (57).

Êsse conceito de *ação* não se confunde com o de *conduta*, porquanto esta compreende a totalidade dos comportamentos de uma pessoa, e a aceitação de tal idéia, conseqüentemente, levaria a um autoritarismo ilimitado. Daí haver necessidade de a lei definir quais as ações que podem ser consideradas culpáveis.

Por êsse motivo, é de importância fundamental, absoluta, o princípio *nullum crimen sine lege*. Entende Sebastián Soler que tal princípio constitui a base constitucional do direito penal moderno.

O sucinto e anterior conceito do ato punível fica, assim, completo: “o delito não é nem uma condição da pessoa, nem abarca o conceito genérico e contínuo de conduta; não é nem sequer uma ação qualquer, senão somente a ação definida, pré-definida, em uma palavra, a *ação tipicamente adequada a uma figura pré-estabelecida*” (58).

Com essa noção é fixado o ponto de partida sólido para que o jurista cumpra sua tarefa: determinar quando uma ação deve ser considerada delito.

Para alcançar êsse desiderato, o Professor Soler entende que não basta o enquadramento externo do fato, faz-se necessária uma ade-

quação em profundidade, não basta haver o enquadramento jurídico da ação, é necessário também que ela seja juridicamente valorizada.

O pressuposto, nesse caso, é o de que o direito é um conjunto de normas, por conseguinte, tudo o que a esse sistema se incorpora fica valorizado.

O delito, portanto, vem a ser a negação fática do valor jurídico: “é a negação do direito mediante a ação” (69).

Mas, atendendo-se ao princípio de descontinuidade, próprio do direito penal, o delito vem a ser, pois, “uma ação tipicamente adequada a uma figura, e antijurídica no sentido e extensão dessa mesma figura e não de outra ou de um modo indefinido ou genérico” (69).

Essa objetividade tipicamente antijurídica estabelece o limite para a Sociedade vulgar os homens.

Precisado, em seus termos, o fato objetivamente ilícito, é suscitado o problema da pena. Esta, nos códigos penais modernos, consta cominada ao lado dos delitos. Aí não está com mera finalidade de simetria, mas como ameaça e, dessa forma dirigida ao homem, sêr espiritual e não apenas físico.

Tem a pena uma função preventiva, pois o direito leva em consideração que o homem *sabe* o que significa o cárcere, a multa, etc. O êxito de um sistema punitivo se funda na coincidência entre a valorização jurídica e a valorização social dos bens sobre os quais irá recair a sanção. Dentro dessa ordem de idéias, portanto, o delito vem a ser uma ilicitude culpável.

Quanto à capacidade genérica da pessoa, nesse particular, a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade.

Concluindo sua admirável exposição do tema, o Professor Sebastián Soler, à base dos elementos examinados, conclui o seguinte conceito: “o delito é uma ação tipicamente antijurídica, culpável e adequada a uma figura legal” (61).

Essa admirável análise, em tórno da estrutura jurídica do delito, realizada pelo Professor Soler, é de grande penetração, do tema, e seu conceito final encerra em síntese todos os elementos que o problema jurídico do delito suscita.

Sua noção de delito como ação tipicamente antijurídica, se coaduna com a idéia de *relação* sustentada por Carrara, ou seja a relação contraditória entre a ação, o fato humano, e a lei.

Essa relação, em última análise, resulta, evidentemente, da comparação entre a ação ou fato do homem e uma valorização social, disciplinada esta pela ordem jurídica vigente.

O elemento de culpabilidade, que integra a noção jurídica do delito, envolve imediatamente o problema da sanção penal e pressupõe as condições de imputabilidade do agente.

Como frisámos, inicialmente, uma teoria completa do delito não pode ignorar a pessoa do delinqüente, encarado êste em sua totalidade biopsicológica. Paralelamente aos interesses de ordem jurídica,

resultantes não só do sistema positivo como também dos princípios ontológicos do direito, devem ser levadas em linha de conta as condições pessoais do agente, na avaliação do delito.

A adequação legal do delito — na conclusão do conceito de Sebastián Soler — reveste-se de transcendental significado, face aos termos em que é exposta por seu autor.

Essa adequação não é de carácter meramente externo, não é um enquadramento estanque, isolado. Ela deve, necessariamente, ser uma adequação com sentido valorativo, em função do direito, e não de acôrdo com o dispositivo isolado da lei.

Evidencia-se, assim, o carácter de universalidade do direito. A valorização jurídica só pode existir em função dêsse princípio.

Uma determinada disposição temporal de carácter iníquo, promulgada para proteger uma situação de arbítrio, sendo contrária aos princípios naturais e universais do direito não terá jamais força valorativa, porquanto será contraditória, não se poderá enquadrar no sistema geral do direito.

Assim, a lei, ao lado de seu carácter obrigatório, deve ter um fundamento racional de justiça.

Asevera com sabedoria Cathrein, que “siendo la ley una norma obligatoria, no podrá ser verdadera ley, evidentemente, ningún precepto contrario a la razón. La obediencia de los súbditos precisa ser racional y no lo sería si se exigiera la sumisión a una ley contraria a la razón; sería, por el contrario, tal obediencia una renuncia del hombre a su verdadera dignidad, a la elevada cualidad que como ser racional posee” (62).

O delito, figura fundamental da disciplina penal, não pode, em sua caracterização jurídica, afastar-se de tais princípios universais do direito, sob pena da ciência criminal regredir aos recuados tempos do despotismo.

Notas bibliográficas:

- (1) Luiz Jimenez de Asua — El Criminalista — tomo 2.º — pág. 28.
- (2) e (3) Francesco Carrara — Programa del Curso de Derecho Criminal — Apêndice — B. Aires, 1949 — pág. 12.
- (4) Eugênio Florian — Parte General del Derecho Penal — Tomo I — Habana, 1929, — pág. 370.
- (5) Rudolf von Jhering — O Espirito do Direito Romano — Vol. I — Ric, 1943 — págs. 156 e 157.
- (6) Jhering — Op. cit. — pág. 157.
- (7) Jhering — Op. cit. — pág. 158.
- (8) Jhering — Op. cit. — pág. 159.
- (9) Jhering — Op. cit. — pág. 159.
- (10) Jhering — Op. cit. — pág. 160.
- (11) Nelson Hungria — Comentários ao Cód. Penal — Vol. I — pág. 28.
- (12) Jimenez de Asua — La Ley y el Delito — Caracas, 1945 — pág. 250.
- (13) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 63.

- (14) Hungria — Comentários — pág. 10.
 (15) H. Donnedieu de Vabres — *Traité de Droit Criminel et de Legislation Penale Comparee* — Paris, 1947 — pág. 53.
 (16) Eugênio Florian — Op. citada — pág. 45 e 46.
 (17) Carrara — Apêndice — pág. 12.
 (18) Carrara — Apêndice — pág. 16.
 (19) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 4.
 (20) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 4.
 (21) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 4.
 (22) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 41.
 (23) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 48.
 (24) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 48/49.
 (25) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 49.
 (26) Carrara — Programa — Vol. VII — pág. 162.
 (27) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 61.
 (28) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 67.
 (29) Carrara — Programa — Vol. I — Prefácio — pág. XV.
 (30) Carrara — Programa — Vol. I — Prefácio — pág. XV.
 (31) Carrara — Programa — Vol. I — Prefácio — pág. XV.
 (32) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 5.
 (33) Henrique Ferri — *Princípios de Dir. Criminal* — S. Paulo — pág. 40.
 (34) Ferri — Op. cit. — pág. 399.
 (35) Ferri — Op. cit. — pág. 399.
 (36) Garófalo — *Criminologia* — Turin — Bocca, 1885 — pág. 30.
 (37) Jorge F. Caballero — *El Proceso Ejecutivo del Delito* — pág. 89.
 (38) Franz von Liszt — *Tratado de Derecho Penal* — Tomo 2.º — Segunda Edição — Madrid, 1927 — pág. 56.
 (39) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 252.
 (40) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 253.
 (41) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 254.
 (42) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 324.
 (43) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 325.
 (44) E. Florian — Op. cit. — pág. 32.
 (45) Filippo Grispigni — *Derecho Penal Italiano* — Vol. I (1) — Buenos Aires, 1948 — pág. XXX.
 (46) F. Grispigni — Op. cit. — pág. XXXIX.
 (47) F. Grispigni — Op. cit. — Vol. I (2) — pág. 44.
 (48) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 45.
 (49) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 45.
 (50) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 61.
 (51) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 260.
 (52) Jimenez de Asua — *El Criminalista* — tomo 2.º — pág. 30.
 (53) Beling — “*Die Lehre vom Verbrechen*” — 1906.
 (54) J. de Asua — Op. cit. — pág. 32.
 (55) J. de Asua — Op. cit. — pág. 33.
 (56) E. Florian — Op. cit. — pág. 382.
 (57) Sebastián Soler — *Anais da Primeira Conferência Pan-Americana de Criminologia* — Imprensa Nacional, 1948 — “*Estrutura Juridica del Crimen*” — pág. 171.
 (58) S. Soler Op. cit. — pág. 173.
 (59) S. Soler Op. cit. — pág. 174.
 (60) S. Soler Op. cit. — pág. 175.
 (61) S. Soler Op. cit. — pág. 178.
 (62) Victor Cathrein, S. J. — *Filosofia del Derecho* — Madrid, 1945 — pág. 54.

FUNÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE *

Mem de Sá

Transporte é o deslocamento material dos bens no espaço.

Assim, sendo a circulação dos bens, em Economia, definida como a passagem dêles do produtor ao consumidor, o transporte em amplíssima margem se confunde com o fenômeno da circulação, pois que, via de regra, esta implica aquêle. Daí, costumar-se distinguir, nos compêndios, dois conceitos de circulação: o econômico, próprio, amplo, e o restrito. No primeiro, circulação é a passagem ou transmissão de direitos sôbre os bens, entendendo-se que êles circulam quando mudam de proprietário. A distinção tem pleno cabimento quando se pensa na hipótese de transmissão de bens imóveis e, particularmente, quando se refere às operações correntes nas Bôlsas e nos chamados Armazéns Gerais. Em todos êstes, a circulação se opera independentemente de transporte. Mas, abstraídos que sejam, na prática e na realidade corrente da vida econômica, transporte se confunde com circulação ou, mais precisamente, não se pode verificar esta última sem a ocorrência do primeiro. Teríamos, assim, em forma muito genérica, expressa a função primacial do transporte.

Remontando a períodos recuados da vida econômica e social, bem é de ver que, então, a confusão ou implicação aludida teria sido a norma.

Em tais períodos foi o transporte por terra, usando da força humana ou da animal, o que primeiro se praticou. Era o transporte terrestre entre tribos e clãs, entre agricultores e artesãos, entre os produtores do campo e os dos primeiros agrupamentos na vila.

Desde que a evolução econômica chegou ao surgimento do comércio como ato específico de intermediação, com a característica de habitualidade e de profissão, natural é que o transporte se haja igualmente desenvolvido; mais preciso, talvez, fôra dizer que o desenvolvimento do transporte é que permitiu a eclosão daquela atividade. E, nesta fase, via de regra a função comercial se confundiu com a transportadora. O transportador era o comerciante. Nesta fase, cuja

*) Prova escrita do concurso prestado recentemente pelo autor para provimento da cátedra de Economia Política, sôbre ponto sorteado na ocasião.