

**WALTER BARBOSA BITTAR**

**AS CAUSAS EXCLUDENTES DE PUNIBILIDADE E  
A SUA REPERCUSSÃO NA TEORIA DO DELITO**

**Londrina**

**2004**

## **DEDICATÓRIA**

A Deus e a toda a minha família, inspiradores da minha existência

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus queridíssimos pais Walter e Maria Jose. Minha mulher Karina, minha filha Giorgia, minha irmã Érika e minha tia Eloina, pela motivação ao estudo, pelo exemplo de vida que me permitiram compartilhar, pelo carinho, pela dedicação a família, por me ensinarem a ser persistente e, em especial, pelas lições diárias de vida.

Ao professor doutor Rodrigo Sánchez Rios, orientador de minha dissertação de mestrado, que originou a presente obra.

Ao professor doutor Cezar Roberto Bitencourt, pela inestimável ajuda intelectual, insistência e incentivo ao início de minha vida acadêmica.

Ao magistrado paranaense e professor Álvaro Rodrigues Junior, pelas excelentes referências bibliográficas remetidas de Portugal, quando lá cursava o seu mestrado, fundamentais para a pesquisa realizada.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
1.1 Considerações iniciais.....	07
1.2 Dos diversos critérios de identificação das causas condições objetivas de punibilidade e das causas pessoais de exclusão da pena.....	11
1.3 Orientação dogmática penal adotada referente à categoria da punibilidade.....	24
2 PRINCÍPIOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DA CATEGORIA.....	28
2.1 Considerações iniciais.....	28
2.2 Orientações teóricas que fundamentam o instituto das causas excludentes de punibilidade.....	29
2.2.1 Merecimento e necessidade de pena.....	29
2.2.2 Da concepção da norma primaria e norma secundaria.....	35
2.2.3 Critérios de política criminal e razões de oportunidade legislativa.....	39
3 AS CAUSAS EXCLUDENTES DE PUNIBILIDADE NA ESTRUTURA DO DELITO.....	47
3.1 Considerações iniciais (Análise das diversas posições em torno da ubiquação sistemática).....	47
3.2 As condições objetivas de punibilidade.....	48
3.2.1 Classificação.....	48
3.2.2 As concretas condições objetivas de punibilidade na legislação penal brasileira.....	61
3.2.2.1 Análise das aparentes condições objetivas de punibilidade.....	65
3.2.2.2 As condições objetivas de punibilidade na lei penal brasileira.....	71
3.3 As causas pessoais de exclusão da pena (escusas absolutórias).....	74
3.3.1 A questão da imunidade parlamentar.....	90

3.4 Outras teses em torno da ubiquação sistemática das condições objetivas de punibilidade e das causas pessoais de exclusão da pena.....	93
3.4.1 Anexo ao injusto culpável.....	93
3.4.2 Natureza processual.....	98
3.4.3 A punibilidade como categoria substantiva na estrutura geral do delito.....	103
3.4.4 Diferença com os delitos qualificados pelo resultado.....	108
4 - DELIMITAÇÃO ANTE FIGURAS AFINS.....	115
4.1 Causas de liberação ou anulação da pena.....	115
4.2 Causas de extinção da punibilidade.....	121
4.3 Desistência na tentativa e arrependimento eficaz.....	127
5 – REPERCUSSÕES RELEVANTES NA TEORIA DO DELITO.....	138
5.1 O erro.....	138
5.2 Participação.....	148
5.3 Tempo e local da comissão do delito.....	151
5.4 Prescrição.....	153
6 – BIBLIOGRAFIA.....	159

## RESUMO

O trabalho busca abordar de forma global as repercussões dogmáticas provocadas pelas condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena – aqui denominadas causas excludentes de punibilidade – sobre a teoria do delito, tais como: os critérios de identificação da categoria, os princípios existentes para a sua fundamentação, sua ubiquação sistemática na estrutura do delito, a diferença com figuras na teoria do delito. Para o cumprimento de seu fim, são analisadas as muitas posições existentes sobre o tema na doutrina e o efeito causado em alguns pontos importantes, tais como: o erro; a participação; a consumação do delito quando presente uma causa excludente de punibilidade; o tempo e local da comissão do delito e a prescrição, dentre outros aspectos tratados para melhor compreensão do tema.

**Palavras-chave:** Condições Objetivas de Punibilidade; Escusas Absolutórias; Causas Pessoais de Exclusão da pena; Sistema Penal; Teoria do Delito; Pressupostos; Política Criminal; Princípios; Direito Penal; Punibilidade.

# 1 - INTRODUÇÃO

## 1.1 Considerações iniciais

O objeto de estudo contido no presente trabalho centra-se no que se costuma designar comumente como condições objetivas de punibilidade e excusas absolutórias (neste trabalho tratadas sob a terminologia: causas pessoais de exclusão da pena) o que não é nenhuma novidade para o Direito Penal, tampouco tem a pretensão de revolucionar conceitos sobre estas figuras, ou até mesmo recriá-las, posto que parte dos conceitos já existentes sobre o tema escolhido, que pouca atenção tem merecido pela doutrina, mas provocando – dentro do pequeno universo dos estudos existentes – incríveis controvérsias, começando pela terminologia adotada para o tratamento destas questões, culminando com um desencontro de posicionamentos poucas vezes visto na dogmática criminal, chegando Jorge de Figueiredo Dias<sup>1</sup> a dizer que aqueles que se deparam com o tratamento tradicional do capítulo relativo aos ditos pressupostos adicionais da punibilidade, não poderão evitar um sentimento de perplexidade e frustração.

Estes elementos ou pressupostos, que não recebem a atenção necessária, têm levado a doutrina, de uma forma geral, a conclusões nem sempre satisfatórias, estando o estado atual sobre o tema, muito distante de uma solução pacífica, reforçando a necessidade da elaboração de reflexões críticas, com o intuito de ultimar se, em alguns tipos concretos, concorrerão outras circunstâncias, aparte da responsabilidade por uma ação injusta, para que exista punibilidade, ou se a concorrência de determinadas circunstâncias exclui a punibilidade que em outro caso se produziria<sup>2</sup>.

O apego à dogmática tradicional e a conseqüente dificuldade de encaixar estas figuras com o conceito analítico tripartido de crime é um dos

---

<sup>1</sup> Questões fundamentais do direito penal revisitadas, p. 244.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal, t. I, p. 970.

aspectos de destaque, que podem causar – em princípio – uma resistência em se admitir sua ubiquação sistemática na teoria do delito<sup>3</sup>.

Mas com a crescente hipertrofia normativa do Direito Penal e a impressionante aceleração constatada na produção de normas jurídico-penais, ganha uma ressalva especial a crítica prefacial de Luiz Luisi<sup>4</sup>, de que atualmente o Código Penal brasileiro possui uma nova parte geral e uma problemática legislação especial, com uma desvairada tipologia, contendo criminalizações impostas pela contemporânea sociedade tecnológica, observando-se (não só no Brasil conforme se demonstrará), um aumento da utilização de limitadores da punibilidade, não codificados e até mesmo previstos em legislações extraordinárias, que não conseguem encontrar supedâneo dogmático adequado que lhes possam dar respaldo adequado e seguro, quer por ser ignorados pela doutrina, quer por ser tratados de formas tão díspares, chegando-se a constatação de que há autores que possuem o mesmo entendimento sobre o tema tratado, mas que não utilizam a mesma terminologia, conforme procurar-se-á demonstrar nas páginas adiante.

Outra observação importante é que, o uso abusivo do Direito Penal como forma de controle social termina por resultar na utilização – pelo próprio legislador - de limitadores de punibilidade como forma de amenizar os efeitos drásticos, que surgem do uso desmedido da sanção penal, resultando, conforme o entendimento de uma parte da doutrina, na proliferação das figuras aqui tratadas<sup>5</sup>, nas legislações penais em geral, o que reforça a necessidade de se conhecer melhor os critérios que as diferenciam de outras figuras, na busca de sua correta compreensão e aplicação no caso concreto, eis que a resposta da doutrina, em regra, tem sido confusa e pouco aprofundada.

O que é possível asseverar é que já está devidamente identificado pela maioria da doutrina à existência de circunstâncias que, para

---

<sup>3</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Algumas reflexões sobre as chamadas condições objetivas de punibilidade, p. 29.

<sup>4</sup> In, PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica, 2 ed., p. 8.

<sup>5</sup> CERREZO MIR, Jose chama atenção para o fato de que o número de escusas absolutórias aumentou no novo código penal espanhol. Derecho penal, parte general (lecciones 26-40), p. 240.

fundamentarem a aplicação de pena – mesmo ante a um injusto culpável - necessitam estar reconhecidas para possibilitar a imposição da sanção penal, incluídos aqueles autores que não dão importância à distinção conceitual ou até mesmo negam a existência das chamadas condições objetivas de punibilidade<sup>6</sup>. Estas circunstâncias, não obstante as mais diversas expressões destinadas a sua conceituação, fazem com que a constatação da inexistência de equanimidade sobre o fundamento destas condicionantes justifique uma busca conceitual, em face da existência de outras figuras que possuem alguma semelhança<sup>7</sup> e que, também afastam a punibilidade do fato, mas sob fundamento diverso<sup>8</sup>.

A elaboração conceitual ganha importância, na medida em que se observa as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena, por vezes, tratadas em conjunto com aquelas hipóteses em que a concorrência de tipicidade, ilicitude e culpabilidade também não bastam para aplicar a pena, como por exemplo as causas extintivas de punibilidade, mas justifica-se pela presença de uma causa de isenção ou exclusão da responsabilidade criminal, e não sob o argumento de que a punibilidade - elemento que para muitos constitui o último dos que compõem o conceito jurídico-penal de delito<sup>9</sup> – não esteja caracterizada.

Mesmo reconhecendo que o fundamento sobre estas excludentes seja heterogêneo, existindo uma certa polêmica até mesmo se estas circunstâncias pertencem ao injusto culpável<sup>10</sup>, buscar-se-á superar esta dificuldade, no intuito de permitir uma melhor compreensão destas figuras e a

---

<sup>6</sup> Para ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, Jose Henrique, as condições objetivas de punibilidade, como foram concebidas “dissipam-se numa série de elementos heterogêneos e a pretensão de sua existência unitária choca-se com o princípio da culpabilidade”. Manual de direito penal brasileiro, p. 772-3. ROMEIRO, Jorge Alberto sustenta que não lhe repugna “a conceituação jurídica da representação do ofendido e da queixa como condição de punibilidade, atendendo que é impossível punir se não se pode proceder e vice-versa”. Da ação penal, p. 175.

<sup>7</sup>As exceções à punibilidade podem integrar-se em diversas instituições dogmáticas, JAKOBS, Günther. Derecho penal, parte general, p. 411.

<sup>8</sup> Observado o entendimento de parte da doutrina que não faz esta distinção, como por exemplo TOLEDO, Francisco de Assis, sob o argumento de que a doutrina penal não define com exatidão a natureza e o perfil destas figuras, negando até a existência das chamadas condições objetivas de punibilidade. Princípios básicos de direito penal, p. 155 e ss.

<sup>9</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzáles. Manual de derecho penal, p. 445.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, tomo I, p. 970.

possibilidade de compreendê-las dentro do que a doutrina costuma tratar como condições objetivas de punibilidade e escusas absolutórias (terminologia mais utilizada pelos autores pátrios).

O cerne da questão reside no fato de que - comumente - as legislações penais não descrevem as situações em que não se aplica pena, sem embargo de que, a existência de um fato típico, antijurídico e culpável, em regra, quando presentes, impõem a aplicação da punição<sup>11</sup>, sem fundamentar os motivos pelos quais isenta o agente de pena, surgindo o complexo problema para a dogmática penal que se procurará discorrer no presente trabalho: explicar o fundamento jurídico, as diferenças destas figuras com outras semelhantes e as conseqüências que podem produzir na teoria do delito.

Uma exceção conhecida encontra-se no Código Penal italiano, em seu artigo 44<sup>12</sup>, que procura descrever o que vem a ser condição objetiva de punibilidade. Mesmo assim, além da confusão dos termos utilizados, esta norma não aclara a natureza das condições de punibilidade, porque se limita a estabelecer a possível independência entre a condição e a voluntariedade do fato, e não entre aquela e a economia estrutural do delito<sup>13</sup>.

Assim, faz-se necessário observar os critérios de individualização, que podem ser utilizados para distinguir estas causas excludentes de punibilidade ante outros institutos, reconhecidos por uma parte da doutrina - ainda que sob fundamentação heterogênea - que também restringem a possibilidade de punição do agente, para uma melhor compreensão destas figuras. É justamente esta heterogeneidade que termina por não recomendar a elaboração de um rol taxativo das circunstâncias que as configuram, comentando-se cada uma daquelas, mas sim a busca de critérios, conforme o colocado, pois embora o presente trabalho enfrente a questão de onde estariam configuradas na

---

<sup>11</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzales, op. cit., p. 445.

<sup>12</sup> “Quando, para a punibilidade do delito, a lei requer que se verifique uma condição, o réu responde pelo delito, ainda que o evento, do qual depende a ocorrência da condição, não seja por ele querido” (Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il cospevole risponde del reato, anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto).

<sup>13</sup> BETTIOL, Giuseppe. Derecho penal, p. 183.

legislação brasileira, isto não significa que se tenha criado uma catalogação absoluta das espécies de condições objetivas de punibilidade e causas pessoais de exclusão da pena.

## **1.2 Dos diversos critérios de identificação das condições objetivas de punibilidade e das causas pessoais de exclusão da pena**

Com a presença de elementos que não permitem à aplicação de pena e que não pertencem nem ao injusto, nem a culpabilidade, verifica-se indistintamente, tanto na parte geral, quanto na especial do código penal e nas legislações extravagantes, sem que exista uma descrição, sequer indicativa, dos motivos pelos quais o legislador os distribui desta forma<sup>14</sup>, que não são poucos os casos em que a culpabilidade jurídico-penalmente captável não justifica, por si só, a pena e que, em todos os casos, deverá agregar-se à necessidade prática de fazer uso da pena para a proteção da ordem social. Daí supor que, além da realização do injusto culpável, existem outros pressupostos que restringem a punibilidade, que se referem a esta proteção. Isto porque há comportamentos que justificam a necessidade de uma intervenção punitiva que se fundamentam por circunstâncias situadas além da culpabilidade<sup>15</sup>. Como o que se pretende aqui é a delimitação de um critério para fundamentar esta categoria, as hipóteses existentes na legislação brasileira e estrangeira serão analisadas no desenvolvimento do trabalho, ressaltando alguns exemplos da própria lei pátria, bem como da italiana, espanhola e alemã, com o objetivo de não se buscar o casuísmo, colocando a questão de forma universal. Isto porque o estudo das figuras aqui tratadas tem se mostrado descuidado, limitando-se os Manuais e Tratados, a fazer referências genéricas, pois a identificação seria um trabalho da

---

<sup>14</sup> Ressalvada a hipótese já citada do artigo 44 do código penal italiano.

<sup>15</sup> STRATENWERTH, Günter, Derecho penal, parte general, I, p. 72/73. Segundo Stratenwerth, este grupo de elementos constitui o último dos pressupostos da punibilidade, distinguindo-os em 3 categorias: condições objetivas de punibilidade, escusas absolutórias (causas pessoais que excluem a punibilidade) e causas que deixam sem efeito a punibilidade.

parte especial, já que, em regra, é onde se encontram<sup>16</sup>, observando-se, porém, que nas obras da parte especial, em várias ocasiões, há omissão quanto à natureza dos elementos mais conhecidos como condições objetivas de punibilidade e escusas absolutórias<sup>17</sup>.

Resta oportuno analisar que, embora as condições objetivas de punibilidade e as chamadas escusas absolutórias (aqui tratadas como causa pessoal de exclusão da pena) estejam integradas por supostos muito heterogêneos<sup>18</sup>, tratam-se de circunstâncias alheias ao injusto culpável<sup>19</sup>, podem ser pessoais e objetivas<sup>20</sup>, não se relacionam com o dolo ou a culpa do agente<sup>21</sup> e sua existência é reconhecida de forma quase unânime pela doutrina<sup>22</sup>.

Por outro lado, na maioria dos delitos a comprovação de que se está diante de um fato típico, antijurídico e culpável é suficiente para a imposição de pena, mas, em alguns delitos, o legislador incluiu certas exceções que operam como pressupostos necessários para que surja o castigo<sup>23</sup>. Tais pressupostos contraem a eventual ausência de uma causa pessoal de exclusão da pena (escusas absolutórias) e a existência de uma condição objetiva de punibilidade<sup>24</sup>.

Nestes casos, conforme a definição de Octavio Garcia Perez “(...) os preceitos penais conectam a imposição da pena à concorrência de uma circunstância adicional (condição objetiva de punibilidade) ou a ausência de um

---

<sup>16</sup> Uma das exceções a qual se costuma fazer referência encontra-se no Código Penal uruguaio, onde as escusas absolutórias estão elencadas taxativamente na parte geral. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Curso de derecho penal, t. I, p. 406 a 408. No mesmo sentido JIMÉNEZ de ASUA, Luis. Op. cit., p. 433. No Código Penal do Brasil no art. 7º, § 2º, alíneas “b” e “c”, consideram-se condições objetivas de punibilidade.

<sup>17</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio. Op. cit., p. 98.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: El desistimiento voluntario de consumir el delito, p. 64.

<sup>19</sup> GARCIA PEREZ, Octavio. Op. cit., p. 59.

<sup>20</sup> FARALDO CABANA, Patrícia. Las causas de levantamiento de la pena, p. 75.

<sup>21</sup> Contra, no sentido de que estas não se relacionam com o dolo ou a culpa do agente, MESTIERI, João, para quem as condições objetivas de punibilidade integram o tipo subjetivo e devem ser abrangidas pelo dolo. Teoria Elementar do Direito Criminal, p. 383.

<sup>22</sup> GARCIA PEREZ, Octavio, op. cit., p. 33.

<sup>23</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzales, op. cit., p. 446.

<sup>24</sup> Idem, ibidem.

elemento determinado (escusa absolutória)<sup>25</sup>. Mais: estas condicionantes de punibilidade têm por característica concorrerem durante a execução do delito, podendo ser pessoais e objetivas, sendo estas últimas as que supõem o reverso positivo das condições objetivas de punibilidade<sup>26</sup>, evitando assim que esta surja quando não configuradas<sup>27</sup>, pressupõem a existência de um injusto culpável<sup>28</sup>, podem existir não só por motivos de política criminal<sup>29</sup>, como também por razões de política geral ou extrapenais, e pertencem ao Direito material<sup>30</sup>. Mas não é só.

Para que concorra uma causa excludente de punibilidade permitindo caracteriza-la (condição objetiva de punibilidade ou causa pessoal de exclusão da pena), é preciso observar, além do que já foi supra mencionado, o momento consumativo do delito, bastando notar se, no decorrer do *iter criminis*, seja possível verificar a presença ou ausência desta, impossibilitando ou autorizando que surja a punibilidade, independentemente da vontade do agente, pois não se relacionam com o dolo ou a culpa. Contudo, Carlos Martínez Pérez<sup>31</sup> faz a ressalva de que resulta possível a verificação de uma condição objetiva de punibilidade posteriormente a consumação de um fato delitivo, como pode acontecer nos delitos falimentares (onde a exigência de uma sentença declaratória de falência para que surja a punibilidade seria um exemplo emblemático de condição objetiva de punibilidade). Conquanto a sentença declaratória seja posterior a consumação do fato delitivo tal fato, por si só, não desautoriza sustentar que uma das características das condicionantes de punibilidade é

---

<sup>25</sup> Op. cit., p. 33. No mesmo sentido: CEREZO MIR, Jose. Curso de derecho penal español, parte general, p. 18. CÓRDOBA RODA, Juan. In, Tratado de Derecho penal de MAURACH, Reinhart, nota n. 15, p. 75

<sup>26</sup> FARALDO CABANA, Patrícia, op. cit., p. 75.

<sup>27</sup> Idem, p. 45.

<sup>28</sup> A questão de se – em alguns tipos concretos – concorrem outras circunstâncias, aparte do injusto culpável para que haja punibilidade, ou se a concorrência de determinadas circunstâncias exclui a punibilidade que em outro caso se produziria é extremamente polêmica, questionando-se até mesmo sua existência, a quais elementos pertencem e quais os critérios comuns existentes em seu caso que as caracterizem, existindo somente acordo sobre o ponto de partida: que tais elementos não podem pertencer ao injusto ou a culpabilidade. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, tomo I, p. 970.

<sup>29</sup> Para um setor da doutrina as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias têm em comum o fato de basearem-se em razões de política criminal. Neste sentido, por todos: CEREZO MIR, Jose, Curso de derecho penal español, tomo II, p. 18.

<sup>30</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal, parte general, p. 500.

<sup>31</sup> La condiciones objetivas de punibilidad, p. 128 e ss.

concorrer durante o cometimento do delito, ou até mesmo antes. Para tanto se deve observar que, no tangente a prática do delito falimentar, já se sabe de antemão que a punibilidade somente advirá, caso o juiz prolate a pertinente sentença de quebra, o que é uma condição anterior que poderá ou não advir. De tal modo que, a sentença de quebra - neste caso - só faz depender a punibilidade do agente, não cria uma situação (ou fato) posterior fazendo com que dependa a condição de punibilidade, que – no caso do crime falimentar – é anterior a própria conduta do agente.

Embora tenha em comum o fato de que tratam de liberação de pena de caráter jurídico-material adiante do injusto e da culpabilidade<sup>32</sup> e, em princípio, possa haver uma dificuldade em designar todo o conteúdo objetivamente comum das causas que excluem a punibilidade, principalmente por serem inúmeros os casos particulares de liberação de pena<sup>33</sup>, resta possível adotar o critério de discernimento aqui sugerido, que se pretende suficiente para delimitá-las, até porque, “(...) é possível dizer que as causas pessoais de exclusão da pena também são condições de punibilidade do delito. Todavia, são condições de punibilidade negativamente formuladas, excluindo a punibilidade do crime no tocante a determinadas pessoas (...)”<sup>34</sup>.

Não poucos doutrinadores admitem que a exclusão da pena possa encontrar fundamento, ainda quando já exista um delito perfeito, por motivos de política criminal<sup>35</sup>, porém, nem sempre será possível fundamentar a não punibilidade do fato, ainda que exista um injusto culpável, somente em face de ponderações político criminais, quando desde já se reconhece que a liberação de pena poderá ocorrer por outros interesses de caráter extrapenal<sup>36</sup>, discussão que será objeto de apreciação específica mais adiante.

---

<sup>32</sup> Segundo ROXIN, Claus há consenso doutrinário neste sentido, in *Dogmática penal y política criminal*, p. 116.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>34</sup> PRADO, Luiz Regis. *Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa*, p. 449/450.

<sup>35</sup> HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe: *Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutórias*, p. 387.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, p. 120.

A busca do critério de distinção entre as diversas causas que restringem ou excluem a punibilidade em determinados delitos, não possui apenas importância formal, pois, em face do entendimento que se tenha destas figuras, podem surgir distintos efeitos jurídicos, principalmente quanto à punição do partícipe<sup>37</sup> e as repercussões que podem ecoar em matéria de erro<sup>38</sup>, onde há restrições de uma parte da doutrina sobre sua irrelevância em face das excludentes de punibilidade<sup>39</sup>.

Claus Roxin<sup>40</sup>, reconhece que são numerosos os casos particulares de liberação de pena, cujo pertencer à categoria de causas de exclusão da pena é amplamente discutível, não encontrando um critério de conteúdo que poderia designar o objetivamente comum de todas as causas de exclusão da pena. Mesmo assim, sugere a existência de dois grupos nos quais se realiza o injusto culpável, mas aos quais, por outras razões, lhes nega a punibilidade.

No primeiro grupo estariam: a desistência voluntária na tentativa, o incesto quando os irmãos tenham mais de 18 anos (artigo 173, III,

---

<sup>37</sup> Neste sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estúdio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidade*, p. 158. Por entender que, diferentemente das causas pessoais de exclusão da pena, o reconhecimento de uma condição objetiva de punibilidade afeta tanto ao autor quanto aos partícipes, devido a sua natureza objetiva, bem como quando não haja simultaneidade entre o momento de comissão do fato principal e a verificação do elemento condicionante a participação que se produza nesse espaço temporal intermédio merecerá uma valoração jurídica de acordo com a natureza de dito elemento. Se se trata de condição extrínseca, havida conta de que o objeto da valoração de apoio somente poderão castigar-se, em seu caso, como encobrimento. Pelo contrário, são formas de participação os comportamentos de cumplicidade posteriores ao fato principal mas anteriores a condição objetiva intrínseca ou imprópria.

<sup>38</sup> Segundo FARALDO CABANA, Patrícia, como as excludentes de punibilidade situam-se fora do injusto e da culpabilidade, nem o dolo e nem o conhecimento da proibição necessitam referir-se a elas, resultando irrelevante o erro sobre as mesmas, posição adotada pela maioria da doutrina, *op. cit.*, p. 180. Entretanto, BACIGALUPO, Enrique tem se manifestado criticamente sobre a irrelevância do erro nas excusas absolutórias, *Delito y punibilidad*, p. 165 e s.s.

<sup>39</sup> A maioria da doutrina considera que a falta de representação pelo autor do elemento condicionante não impede que este seja penalmente relevante, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *op. cit.*, p. 119. No mesmo sentido, narrando quanto às excusas absolutórias, de que a opinião majoritária considera que é irrelevante o erro sobre a punibilidade e sobre os pressupostos que servem de fundamento as excusas absolutórias, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *Las excusas absolutórias*, p. 155. ROXIN, Claus, ao contrário de JAKOBS, Günther entende, por exemplo, que nas causas de exclusão da pena a participação não seria sempre punível, e o erro segue a regra geral. *Dogmática penal y política criminal*, p. 121.

<sup>40</sup> *Dogmática penal y política criminal*, p. 115.

StGB<sup>41</sup>), e o encobrimento de punição a favor de parentes (artigo 258, VI, StGB<sup>42</sup>). Tais casos pressupõem uma conduta injusta, mas o legislador renuncia a pena, por parecer preventivamente inadequado e não necessária. Nestes casos são ponderações sobre os fins da pena que conduzem a impunidade. No segundo grupo não é baseado em reflexões político-criminais, senão em ponderações extrapenais, como por exemplo, a imunidade parlamentar (motivo de Direito Público de proteger a liberdade de expressão); a reciprocidade na punição de delitos contra estados estrangeiros (motivo de política exterior)<sup>43</sup>. Mas esta divisão, ainda não permite um conceito mais exato do que se entende por excludente de punibilidade.

Importante destacar que, ausentes os motivos que autorizam o reconhecimento de uma condicionante de punibilidade, esta em si ainda não surgiu, embora já se esteja diante de um fato ilícito<sup>44</sup>. É o caso, por exemplo, de quando, na situação concreta, verificam-se determinadas circunstâncias que não se produzem até depois de haver realizado a ação punível e eliminam com caráter retroativo a punibilidade já existente<sup>45</sup>. Também não se pode confundi-las com outras causas que impedem a aplicação de pena, como as causas de levantamento (ou liberação) de pena, as causas de extinção da punibilidade e a desistência da tentativa (que serão analisadas individualmente neste trabalho), conforme se observa em uma parte da doutrina, até porque algumas destas podem se configurar, ainda que verificada a punibilidade, ou seja, podem ser independentes da punibilidade e podem possuir consequências distintas.

---

<sup>41</sup> “O que consuma o coito com um descendente biológico, será castigado com pena privativa de liberdade até três anos ou com multa. III. Os descendentes e irmãos não serão castigados de acordo com este preceito quando no momento do fato não tenham ainda dezoito anos de idade” .

<sup>42</sup> “quem cometa o fato em favor de um familiar não será castigado”.

<sup>43</sup> Idem, pp. 116/8. Para o autor somente os casos do segundo grupo devem ser reconhecidos como causas de exclusão da pena e condições objetivas de punibilidade, p. 119/120.

<sup>44</sup> Também é importante não confundir as causas que excluem a punibilidade, com as causas de exclusão do crime, “posto que nestas a conduta humana é lícita, isto é, autorizada pelo Direito”. DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal, p. 671. Por outro lado, “uma coisa é deixar que um delito se extinga antes de ditar-se sentença – que até pode ser absolutória – e outra permitir que se extinga a pena como consequência jurídica da infração, já declarada em uma sentença penal condenatória”. BETTIOL, Giuseppe, Derecho penal, parte general, p. 714.

<sup>45</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich faz esta referência para explicar, utilizando a desistência da tentativa como exemplo principal, que, em tais casos, há uma causa pessoal de anulação de pena, op. cit., p. 501.

Como em quase todas as questões relativas a distinção das causas de restrição de pena, não há critério pacífico, existindo outros utilizados para fundamentar a inexistência de condições objetivas de punibilidade e causas pessoais de exclusão da pena (escusas absolutórias) adiante do injusto culpável, sob diversos argumentos que serão analisados posteriormente, discorrendo sobre a natureza jurídica e análise das diversas posições sobre a ubiquação sistemática na estrutura do delito destas figuras. Mas, embora de uma forma geral a denominação condições objetivas de punibilidade<sup>46</sup> seja utilizada indistintamente, inclusive por aqueles autores que negam o caráter material destas, o mesmo não ocorre com as causas pessoais de exclusão da pena, mais conhecidas como escusas absolutórias, cuja questão terminológica utilizada para delimitá-las termina por trazer ainda mais confusão a sua compreensão.

Alguns autores, embora sustentando que as condições objetivas de punibilidade pertencem ao tipo objetivo, devendo ser abrangidas pelo dolo ou culpa; enquanto outras delas seriam apenas condições de procedibilidade<sup>47</sup>, admitem que apesar de que, em regra, todo delito é merecedor de pena, esta ocasionalmente não será aplicada, porque existe impedimento à sua imposição, aceitando que a coerção penal pelo delito atua somente sob certas condições, as quais chamam de condições de operatividade da coerção penal, preferindo-o por entenderem que o termo adotado na maioria dos casos negativos, ou ausência destas condições, chamadas de escusas absolutórias, não teriam um sentido dogmático definido, distinguindo-as em penais e processuais, pois costumam depender de disposições de ambos os caracteres<sup>48</sup>, porém reconhecem, quanto ao caráter penal, que podem consistir em causas pessoais que excluem a punibilidade, como por exemplo, o artigo 181<sup>49</sup> do Código Penal

---

<sup>46</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, assevera que a denominação utilizada para identifica-las é pouco afortunada, pois grande parte das circunstâncias do delito que se conhecem como condições objetivas de punibilidade somente em um sentido lato podem admitir dita denominação. Entretanto prefere manter o nome majoritariamente aceito para não acrescentar outro ponto de confusão e conflito. Op. cit., p. 12.

<sup>47</sup> Assim: ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 769.

<sup>48</sup> Idem, p. 743.

<sup>49</sup> “É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural”.

brasileiro, para alguns delitos patrimoniais entre parentes próximos, podendo ser também causas pessoais que extinguem o castigo porque, “(...) dependendo de um ato ou de uma circunstância superveniente ao delito, fazem cessar a coerção penal que até esse momento se havia posta ou poderia ter sido posta em movimento”<sup>50</sup>.

Certo é que a utilização do termo *excusas absolutórias* não é pacífica, embora a exclusão de punibilidade em tais casos seja admitida, mas sob outras denominações, com fundamentos semelhantes<sup>51</sup>.

Jescheck<sup>52</sup>, que não utiliza a expressão *excusas absolutórias*, ao abordar os pressupostos da punibilidade localizados fora do injusto e da culpabilidade, admite que as exceções pessoais à punibilidade são circunstâncias que não afetam ao bem jurídico protegido, nem ao modo de cometer-se o delito, nem a atitude do autor frente ao Direito segundo aquele se manifesta no fato, senão que se situam além do injusto e da culpabilidade, guardando relação com a pessoa do autor, também entendendo que estas se encontram fora do injusto e da culpabilidade e que, nem o dolo do autor nem o conhecimento da proibição necessitam referir-se as mesmas, fazendo a importante ressalva de que certas circunstâncias pessoais alheias ao injusto culpável não se configuram como causas de exclusão da pena, senão que tem somente o efeito de pressupostos processuais. Divide ainda as exceções pessoais a punibilidade como causas de *exclusão da pena* ou causas de *anulação* da pena, ressaltando que as primeiras devem concorrer ao tempo do fato, incluindo a inviolabilidade dos parlamentares<sup>53</sup> e a impunidade dos informes parlamentares verdadeiros<sup>54</sup>, com a particularidade deste último de não atuar pessoalmente, senão objetivamente, como exemplos; e

---

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique incluem ainda como causas extintivas de punibilidade de um ato ou fato, ou circunstância do agente ou de terceiro, ou, ainda, da natureza, posterior ao crime: desistência voluntária e o arrependimento eficaz na tentativa (artigo 15), a prescrição da pena (artigo 109), a graça e o indulto (artigo 107, II), a morte do agente (artigo 107, I), a retratação do agente (artigo 107, VI), o casamento do agente com a vítima ou desta com terceiro, nos casos previstos em lei (artigo 107, VII e VIII), o perdão judicial (artigo 107, IX), o ressarcimento do dano no peculato culposo (artigo 312, parágrafo 3), op. cit., p. 744..

<sup>51</sup> Sobre esta diversidade terminológica ver: GARCIA-PUENTE, Jose LLamas. Nuestra concepción de las excusas absolutórias, p. 81 e ss.

<sup>52</sup> Op. cit., p. 500 e ss.

<sup>53</sup> arts. 46 I GG e parágrafo 36 StGB.

<sup>54</sup> § 37 StGB.

as segundas como circunstâncias que não se produzem até depois da realização da ação punível, eliminando com caráter retroativo a punibilidade existente, citando como exemplo principal à desistência da tentativa<sup>55</sup>.

Da mesma forma, o fundamento utilizado por Jescheck para descrever as causas pessoais de exclusão da pena<sup>56</sup>, encaixa-se no que se denomina como escusas absolutórias, ressalvada a questão da desistência da tentativa, que parte da doutrina inclui sob a denominação de escusas absolutórias, hipótese que será analisada posteriormente, mas serve de exemplo para demonstrar a confusão causada pela terminologia utilizada para definir o instituto.

Carlos Martínez Pérez<sup>57</sup>, que também prefere o termo causas pessoais de exclusão da pena ao de escusas absolutórias, sob o fundamento de que há uma maior propriedade para esclarecer sua preferência, ressalta que as genuínas condições objetivas de punibilidade se encontram estreitamente vinculadas àquelas. Tal vinculação foi tradicionalmente ressaltada na doutrina alemã<sup>58</sup>, na ciência penal italiana (advertindo que se afirmasse que semelhante relação permaneceu, em geral, desatendida), onde por vezes se fala de causas de não punibilidade, e na espanhola, em que é freqüente utilizar a expressão escusas absolutórias<sup>59</sup>.

Ainda segundo Martínez Pérez<sup>60</sup>, o íntimo parentesco destas emana da idéia (destacada pela doutrina alemã dominante) de que em ambas se

---

<sup>55</sup> JESCHECK ressalta, todavia, que o indulto, a anistia e a prescrição da persecução penal oferecem uma dupla natureza: constituem tanto causas de anulação de pena como obstáculos processuais, op. cit., p. 502. Quanto à tentativa, ROXIN considera que no caso da desistência voluntária, desde um ponto de vista sistemático, é uma causa de exclusão da culpabilidade, tornando-se até necessário um aprofundamento sobre a posição de ROXIN, inviável nos limites deste trabalho, podendo ser consignado apenas que considera ser preciso ver os conceitos de tentativa e desistência como uma unidade, e que não considera a culpabilidade unicamente do ponto de vista do poder atuar de outro modo, senão interpretando-a partindo da teoria do fim da pena, mas a responsabilidade jurídico-penal desaparece, sendo assim, partindo da teoria do fim da pena, não existe razão para impor sanção, Sobre el desistimiento en la tentativa inacabada, pp. 269 e ss.

<sup>56</sup> Terminologia também empregada por JAKOBS, Günther, Derecho penal, parte general, pp. 410 e ss.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 91.

<sup>58</sup> JAKOBS, Günther assevera que quanto às exceções pessoais da punibilidade, excepcionalmente não pertencem sequer ao Direito substantivo, mas sim ao processual, op. cit., p. 411.

<sup>59</sup> Op. cit., p. 91.

<sup>60</sup> Idem, p. 91/2.

trata de pressupostos materiais da punibilidade que se situam fora do injusto culpável, equiparados na estrutura da teoria do delito. Porém, após acrescentar que a própria doutrina alemã usualmente distingue as causas de exclusão da pena, com outra conhecida como causas pessoais de levantamento de pena, que podem ser equiparadas para o efeito de distinção com as condições objetivas de punibilidade, consigna que a delimitação destas deve efetuar-se sobre a base de seus efeitos opostos, pois admite que as causas pessoais de exclusão da pena constituem o reverso ou contrapartida das condições objetivas de punibilidade. Assim, compreende ser possível assegurar que ambas as instituições divergem na medida em que nas causas de exclusão da pena o fato típico é geralmente punível salvo nos supostos especiais em que determinadas pessoas ficam excluídas do castigo penal; pelo contrário, nas condições objetivas de punibilidade, o fato típico não é geralmente punível para nada: exceto no caso de que concorra à condição objetiva<sup>61</sup>.

Contudo, tanto nas condições objetivas, como nas causas pessoais de exclusão da pena (ou escusas absolutórias), o que se renuncia é o combate de um comportamento, apesar de que a conduta é desvaliosa e a ameaça da pena poderia estender um efeito inibitório<sup>62</sup>. A este fato, deve-se somar que “ (...) o reconhecimento das condições objetivas de punibilidade e das escusas absolutórias é fruto da identificação pela doutrina e jurisprudência de uma série de circunstâncias recolhidas em diferentes preceitos que não se podem introduzir inequivocamente no injusto culpável. Afirma-se que são circunstâncias alheias a este. Sem embargo, mais adiante desta caracterização negativa não se oferecem critérios para delimita-las dos componentes do injusto culpável. Ele pode ser devido a que as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias abarcam – segundo se diz – supostos muito heterogêneos. Daí que a única via para proceder a sua identificação seja a interpretação do correspondente preceito penal”<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Idem, p. 92.

<sup>62</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique., *Estudios de derecho penal*, p. 233 e ss.

<sup>63</sup> GARCIA PEREZ, Octavio, *op. cit.*, p. 34/5.

O que se pode verificar em comum da análise da doutrina, ressalvada a incrível disparidade de posições surgidas sobre uma mesma hipótese, é que nem sempre o injusto culpável se basta para o advento da punibilidade, mas que a questão terminológica não se apresenta como um obstáculo intransponível para fundamentar a categoria, isto porque, dentre aqueles que admitem a existência de condições objetivas de punibilidade, observa-se que a discussão não reside no termo empregado para delimitá-las, mas muito mais em sua ubiquação sistemática na teoria do delito. Este ponto, como visto, não se verifica nas excusas absolutórias<sup>64</sup>, termo de origem francesa<sup>65</sup> que, embora adotado pela maioria da doutrina espanhola e italiana, é admitida sob fundamentos semelhantes pela doutrina alemã que prefere o termo causa pessoal de exclusão da pena e causa de supressão ou levantamento de pena. Aliás, quanto a esta última (causa de supressão ou levantamento de pena), deve-se ressaltar – por enquanto - que não possui o mesmo embasamento das chamadas excusas absolutórias, aqui chamadas de causa pessoal de exclusão da pena.

O que se observa é que a preferência terminológica – se excusas absolutórias ou causa pessoal de exclusão da pena<sup>66</sup> – tem pouca importância para a delimitação e fundamentação da categoria, pois há outros exemplos em Direito Penal, tais como o emprego como sinônimo dos termos

---

<sup>64</sup> Este termo foi empregado pela primeira vez por Luis Silvela, na obra *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente em España*, em 1879, p. 249 e ss.. Apud, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *Las excusas absolutórias*, p. 30. e ss.

<sup>65</sup> Apud, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *Las excusas absolutórias*, p. 29. No mesmo sentido FARALDO CABANA, Patrícia, reforçando que a denominação excusas absolutórias é de procedência francesa, entendendo ser mais clara a classificação, habitual na doutrina alemã, entre causas de exclusão da pena (*Strafausschließungsgründe*) e causas de levantamento ou anulação da pena (*Strafaufhebungsgründe*). Op. cit., p. 45. ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique, preferem o termo “condições da operatividade penal e não a que uma parte da doutrina deu à maioria dos casos negativos, ou ausência destas condições, chamados de ‘excusas absolutórias’, que para estes autores não têm um sentido dogmático definido, op. cit., p. 743.

<sup>66</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos, utiliza o termo fundamentos excludentes de pena, asseverando que também se chamam excusas absolutórias. *A moderna teoria do fato punível*, p. 273. Segundo JIMÉNEZ de ASUA, Luis, as chamadas excusas absolutórias são reconhecidas pelos escritores alemães sob os termos causas pessoais que liberam da pena (*persönliche Straffreiheitsgründe*) e causa pessoais que excluem a pena (*persönliche Strafausschließungsgründe*). *Princípios de derecho penal*, p. 432.

antijuridicidade e ilicitude, cuja preferência terminológica não compromete o tratamento da matéria.

A doutrina brasileira, em regra, prefere o termo *escusas absolutórias* para tratar das situações em que se renuncia ao advento da punibilidade, mesmo ante a um incontroverso injusto culpável. Contudo, o termo não consegue delimitar o conceito daquelas figuras que excluem a punibilidade, em face de uma característica agregada a condição pessoal do agente. Pior: embora seja freqüente a utilização do termo *escusas absolutórias*, inclusive por uma parte expressiva da doutrina estrangeira<sup>67</sup>, é possível afirmar que assiste razão a Luzón Peña<sup>68</sup> quando - ressaltando a confusão terminológica - recorda que, primeiro a posição tradicional também emprega o termo *escusas absolutórias* para definir as causas de supressão ou anulação – *a posteriori* – da punibilidade, outros o reservam somente para estas últimas ou somente para as de exclusão de punibilidade; e segundo porque “*escusa absolutória*” pode fazer pensar em uma exculpação ou exclusão da culpabilidade, não recomendando esta terminologia, por entende-la como uma denominação muito extensa, sugerindo somente a distinção entre causas pessoais de exclusão e de supressão da punibilidade.

No presente trabalho a opção pelo termo *causas pessoais de exclusão da pena* é adotada, por ser a que melhor permite conceituar as figuras aqui tratadas, bem como para propiciar uma melhor distinção com outras causas (que também serão abordadas neste trabalho) que impedem o castigo mesmo ante a um injusto culpável, já que a divergência de fundamentação sobre esta instituição sugere um grande esforço para não polemizar, ainda mais a matéria, pois sendo o seu reconhecimento pela ciência penal uma realidade - embora seja inegável o mal estar doutrinal causado pelas distintas explicações surgidas desde então – resta em nossa opinião válido o esforço em distingui-la de outras afins.

Não obstante a questão terminológica existente sobre o termo *escusas absolutórias* ou *causas pessoais de exclusão da pena*, afora tantos posicionamentos dissonantes sobre o tema, o tratamento das causas excludentes

---

<sup>67</sup> Segundo LUZÓN-PEÑA, Diego-Manuel, desde SILVELA (1879), a doutrina espanhola emprega o termo *escusas absolutórias*. La punibilidad, p. 839.

<sup>68</sup> Idem, 839/840.

de punibilidade, como uma categoria inserida como causas excludentes de punibilidade, Roxin sustenta que “(...) em contraposição as condições objetivas de punibilidade, as causas de exclusão de punibilidade (ou de pena) são aquelas circunstâncias cuja concorrência exclui a punibilidade ou cuja não concorrência é pressuposto da punibilidade. A este respeito é freqüente voltar a distinguir entre causas pessoais de exclusão de punibilidade, causas materiais (objetivas) de exclusão de punibilidade e causas de supressão da punibilidade”<sup>69</sup>. Assim, o mesmo autor, adverte ainda que “(...) a diferença entre condições objetivas de punibilidade e causas materiais de exclusão de punibilidade é de caráter puramente formal; pois é indiferente que, por exemplo, se qualifique a impossibilidade de provar a verdade na injúria como condição objetiva de punibilidade, ou que se qualifique o fato de lograr a prova da verdade como causa material de exclusão de punibilidade”<sup>70</sup>.

Todo esse desencontro doutrinário, especialmente no que tange a terminologia adequada para o tratamento destas figuras, permite asseverar que em um ponto há convergência de opinião: o de que tanto as condições objetivas de punibilidade, como as causas pessoais de exclusão da pena, são pressupostos (quer positivos, quer negativos) da punibilidade. Assim, com supedâneo em Octavio Garcia Pérez<sup>71</sup>, é possível concluir que como a pena se vincula geralmente a presença de um injusto culpável, tanto as condições objetivas de punibilidade como as causas pessoais de exclusão da pena viriam a constituir circunstâncias que restringem o âmbito da punibilidade, ainda que existam indícios que apontam a existência de diferenças materiais entre elas. Mas as diferenças existentes entre uma e outra não impedem o tratamento de ambas sob a denominação de causas excludentes de punibilidade, eis que esta é a grande questão que se apresenta: entender aquelas hipóteses onde se está diante de um injusto culpável, mas para a aplicação da pena ainda há dependência de outros fatores cuja explicação pela doutrina é heterogênea e não satisfatória.

---

<sup>69</sup> Derecho penal, parte general, tomo I, p. 971.

<sup>70</sup> Idem, p. 972.

<sup>71</sup> Op. cit., p. 33 e ss.

Como existe uma necessidade de condensar as diversas opiniões existentes sobre o tema, alinhando-as onde são semelhantes, especialmente separando as causas excludentes de punibilidade de figuras afins, já cientes dos critérios que as fundamentam, resta analisar estas outras figuras, disciplinando sua individualização, permitindo observar onde difere das figuras aqui tratadas, tanto no aspecto formal, quanto às conseqüências que advém no caso concreto.

### **1.3 Orientação dogmática penal adotada referente à categoria da punibilidade**

Conforme recorda Adela Asúa Batarrita<sup>72</sup>, desde a orientação teleológica-político-criminal, que se proclama continuadora da perspectiva valorativa neokantiana, a apelação aos fins da pena e aos fundamentos político criminais do direito penal, tem enriquecido as explicações sobre o fundamento das categorias tradicionais do sistema tripartido de delito. Ainda neste sentido, argumenta Batarrita que<sup>73</sup>, as bases assentadas por Roxin no início dos anos 70 sobre o sentido e limites da pena estatal assinalaram o marco normativo do Estado de direito e do Estado democrático e social como referente de legitimação e de limitação da faculdade punitiva. Desde estes parâmetros se reconstrói a cadeia argumental integrando na explicação do significado das categorias à referência aos fins, mas também aos limites e funções garantistas que se predicam da faculdade punitiva estatal. A orientação teleológica político-criminal se desenvolve soltando as amarras do porto da construção formalista-conceitual com o fim de aproximar o discurso dogmático da realidade social do que significa a intervenção punitiva e suas conseqüências. Em resumo, a obra de Claus Roxin aspira restringir a separação entre política criminal e sistema dogmático,

---

<sup>72</sup> Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional, p. 221/222.

<sup>73</sup> Op. cit., p. 222.

permitindo concluir que “a abertura ao problema, como característica do giro metodológico que se produz na ciência do direito, resulta potencializada na proposta funcional-teleológica ou político criminal, sem renunciar ao sistema cuja construção ou reelaboração prossegue como tarefa irrenunciável ainda quando se proponha um sistema aberto, como síntese provisional em constante revisão (...)”<sup>74</sup>, no que arremata Bernd Schünemann que “(...) a opção por um sistema aberto do Direito Penal implica, por um lado, que o conhecimento existente se dispõe em uma ordem removível em qualquer momento; e, pelo outro, que os casos e problemas todavia não advertidos não se julgarão em reparos pela mesma razão, senão que sempre haverá ocasião para modificar o sistema dado”<sup>75</sup>.

Mas esta possibilidade de modificação não autoriza a conclusão de que se deve renunciar a este sistema, conforme observa o próprio Schünemann<sup>76</sup> (entendendo sistema como simplesmente uma ordenação lógica dos conhecimentos particulares alcançados na ciência de que se trate<sup>77</sup>), lecionando que, “(...) ordenação e regulação do saber existente, averiguação das contradições que se dêem e disponibilidade permanente de dito saber em forma orientada ao problema provam, portanto, o valor da construção sistemática, iniludível em qualquer ciência desenvolvida”<sup>78</sup>.

Sendo assim, neste intróito, resta advertir que a orientação dogmática pertinente à categoria da punibilidade neste trabalho, ao buscar soluções materiais e sistemáticas, que se impõem sobre o tema aqui tratado, reconhece que somente se poderá realizar a ubiquação sistemática das causas excludentes de punibilidade, adotando-se o conceito de sistema aberto de Direito Penal, o que não significa adotar *in totum*, a proposta de Roxin, porém partindo desta para desenvolver o raciocínio que se pretende dilatar sobre a categoria da

---

<sup>74</sup> Op. cit., p. 222.

<sup>75</sup> Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal, p. 37

<sup>76</sup> Idem, p. 31.

<sup>77</sup> Esta advertência sobre o significado da idéia de sistema faz-se necessária, pois este significado, é tema dos mais discutidos da metodologia jurídica, restando as opiniões muito divididas. CANARIS, Claus-Wilhelm, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 5.

<sup>78</sup> Idem, p. 32.

punibilidade, tendo como referencial o ensinamento de Schünemann de que o sistema pode ser alterado, o que não significa renunciar a sua existência e importância para a compreensão da ciência penal, conforme se poderá sentir na busca de se compreender as figuras aqui tratadas.

Feito o esclarecimento, cabe - por ora - recordar a conclusão do penalista pátrio Juarez Tavares de que, apenas uma pequena parte da doutrina propõe, no plano teórico em que se move o jurista dogmático, na formulação analítica do conceito de delito, a punibilidade da conduta, alinhando-a junto às categorias jurídicas do injusto e da culpabilidade. A formulação de crime como ação típica, antijurídica e culpável ganhou corpo definitivo e é a mais aceita pela doutrina<sup>79</sup>, permanecendo como os pressupostos básicos da imputação da responsabilidade.

Todavia, como já está consignado de que se parte do entendimento de Roxin, não se pode ignorar que para este autor a culpabilidade fica integrada a categoria ao qual denomina como responsabilidade, incluindo a necessidade preventiva de sanção penal, onde a constatação da responsabilidade do injusto culpável conduz a afirmar a punibilidade, salvo em casos particulares quando esta requer a concorrência de uma condicionante<sup>80</sup>. Desse modo, é possível concluir que, para Roxin, a punibilidade como categoria não pode ostentar a mesma classe que a antijuridicidade ou a responsabilidade, não sendo uma categoria própria do conceito analítico de crime, mas funcionando como verdadeiro filtro para excluir a sanção penal em alguns casos específicos. Noutra vertente, um amplo setor da doutrina alinha, ao conceito de delito, ao lado do injusto e da culpabilidade, também a punibilidade, categoria do delito que procede em suas origens de Binding<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Teorias do delito, p. 1.

<sup>80</sup> Derecho penal, parte general, tomo I, p. 977/978.

<sup>81</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 50. Segundo FRAGOSO, Heleno Claudio, foi BINDING quem primeiro destacou a existência das condições objetivas de punibilidade, tendo-as disciplinado com fundamento em sua teoria das normas, Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade, 1ª parte, p. 744. Segundo HASS, citado por CAFFARENA, o mérito deve ser compartilhado com FRANKE (*Das Deutsche Strafgesetzbuch und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit vor dessen Gesetzeskraft*, en "GA", 1872, 20, p. 14 e ss., op. cit., p. 16, nota de rodapé n. 4.

Ao reconhecer a existência de elementos fora do injusto culpável que limitam a punibilidade, não se assume, via transversa, a idéia de que se pode incluí-los em uma categoria alusiva a punibilidade<sup>82</sup>. As excludentes de punibilidade de fato não afetam ao injusto nem a culpabilidade, mas tal não significa adotar uma orientação dogmática, alusiva a punibilidade, quando as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena, na verdade, delimitam o âmbito do punível e não somente a aplicação de pena.

Fica assim estabelecida a orientação adotada neste trabalho, relativa a questão da punibilidade, que voltará a ser tratada, em tópico específico, ficando outras questões dogmáticas de grande relevância - que só podem ser analisadas após discorrer sobre todas estas questões já suscitadas - e que, depois de ultrapassadas, possibilitam um tratamento mais adequado das conseqüências que podem surgir, de acordo com a orientação dogmática ora seguida.

---

<sup>82</sup> Contra: FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit., p. 37; BUJAN-PÉREZ, Carlos Martinez. Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, p. 133; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes, Derecho penal, parte general, p. 417 e ss; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 500, GARCIA PÉREZ, Octavio. op. cit., p. 380 e ss., dentre outros.

## 2. PRINCÍPIOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DA CATEGORIA

### 2.1 Considerações iniciais

Afora divergências de ordem terminológica já assinaladas, a doutrina de uma forma geral reconhece, quase unanimemente, a existência de condições objetivas de punibilidade e de causas pessoais de exclusão da pena<sup>83</sup>. Mas estas denominações, ainda que geralmente aceitas, não explicam qual (ou quais) o fundamento pelo qual o legislador reconhece a existência de um injusto culpável, mas decide soberanamente a não castigar seu autor. Assim, quando em alguns casos concretos verifica-se que, mesmo em face de um injusto culpável que se apresenta como um requisito necessário, mas não suficiente da pena, os preceitos penais conectam a imposição da pena a concorrência de uma circunstância adicional (condição objetiva de punibilidade) ou a ausência de um elemento determinado (causa pessoal de exclusão da pena)<sup>84</sup>. São, portanto, circunstâncias que restringem o âmbito da pena<sup>85</sup>.

Pois bem, também quanto ao fundamento das causas excludentes de punibilidade, a doutrina não oferece um critério pacífico. Embora Caffarena<sup>86</sup> destaque que somente a partir de um acordo doutrinário sobre os fundamentos, pelos quais o legislador adote a esta técnica, seria possível um

---

<sup>83</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 33.

<sup>84</sup> CERESO MIR, Jose. Curso de derecho penal español, parte general, t.II, 5 ed., Madrid: Tecnos, 1997, p. 18.

<sup>85</sup> Contudo, há autores que entendem que as condições objetivas não constituem causa de restrição senão extensão da pena, pois se criaram para subtrair a certas circunstâncias de algumas figuras delitivas da exigência de ter que ser abarcadas pelo dolo ou a imprudência. GARCIA PÉREZ, Octavio. Op. cit., p. 33, nota de rodapé n. 3.

<sup>86</sup> Op. cit., p. 29. Com a ressalva de que este autor faz este comentário somente com relação somente às condições objetivas de punibilidade. Contudo, é possível estender o posicionamento as causas pessoais de exclusão da pena.

tratamento dogmático diferenciado ou o estabelecimento de critérios seguros para fundamentar a existência destas figuras, mesmo ante a esta realidade, faz-se necessário superar toda esta prudência e avançar na busca deste fundamento, posto que o legislador, ignorando a confusão dogmática existente sobre estas continua utilizando-as, obrigando a doutrina a oferecer uma resposta mais adequada ao tão polêmico tema, até porque é tranquilo afirmar que este acordo doutrinário sugerido está muito distante de ocorrer, mostrando-se até mesmo uma forma de utopia.

Desse modo, torna-se necessário analisar os critérios já conhecidos, na tentativa de explicar se, de fato, existe um fundamento para os chamados pressupostos da punibilidade, localizados fora do injusto e da culpabilidade para, posteriormente, buscar expor uma definição sobre esta questão.

## **2.1 Orientações teóricas que fundamentam o instituto**

### **2.2.1 Merecimento e necessidade de pena**

Admitida à existência de causas que excluem a punibilidade, no âmbito dos delitos em que se aplicam, se reconhece que a reação penal do ordenamento jurídico, ausente uma condição objetiva de punibilidade ou presente uma causa pessoal de exclusão da pena, é inútil para cumprir seu objetivo protetor<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Neste sentido, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. Las excusas absolutórias, p. 65, observando-se que o autor faz tal assertiva somente com relação às causas pessoais de exclusão da punibilidade, adotando a terminologia excusa absolutória.

Desta realidade exsurge a ilação de que, na concorrência destas figuras, a não aplicação do castigo se fundamenta, geralmente, em verificar se o comportamento do autor de um injusto culpável é, por si só, merecedor de pena, bem como se esta é também necessária, explicação ao qual uma parte da doutrina alemã recorre para fundamentar estas figuras, fenômeno também verificável nas doutrinas espanhola e italiana<sup>88</sup>, mas que – ainda – não se verifica na doutrina brasileira, que tem dispensado menos atenção ao tema<sup>89</sup>.

Não bastassem as divergências em torno da existência das figuras aqui tratadas, o binômio merecimento-necessidade de pena, utilizado na busca de um embasamento dogmático, paradoxalmente, comporta problemas de definição, bem como enfrenta contestação de uma parte da doutrina sobre o seu valor dentro da teoria do delito<sup>90</sup>. Entretanto não se pode aguardar que a jurisprudência pelo casuísmo, e a doutrina pela ordenação de teses, permitam uma estruturação jurídica mais humana, tendo em vista a natureza do dano<sup>91</sup>, com vistas a justificar o conceito de merecimento e necessidade de pena, para adotá-los como explicação ao fato de que nem sempre ante a um injusto culpável se desencadeará uma pena.

Quanto ao merecimento de pena, Roxin<sup>92</sup> adverte que este é um conceito difuso e utilizado com múltiplos significados, que é empregado, por exemplo, por Schmidhäuser, para caracterizar a quarta categoria do delito,

---

<sup>88</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 49/50; MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 29 e ss.

<sup>89</sup> Não é incomum no Brasil encontrar autores que sequer tratam do tema do presente trabalho. BITTAR, Walter Barbosa, op. cit., p. 29.

<sup>90</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 50.

<sup>91</sup> É o que sugere ANDREUCCI, Ricardo quando discorre sobre a reparação do dano como causa extintiva de punibilidade, sem especificar a natureza jurídica. A propósito do conceito de pena e de ressarcimento de dano em Del Vecchio, p. 59/60.

<sup>92</sup> Derecho Penal, p. 981/982.

partindo de que as condições objetivas de punibilidade são ‘elementos adicionais do delito’, que em alguns tipos penais concretos acrescentam-se ao injusto típico e a culpabilidade típica para fundamentar, em atenção ao merecimento de pena do fato, o correspondente fato punível, acrescentando as causas de exclusão da punibilidade, que fazem desaparecer o merecimento de pena do fato.

Roxin<sup>93</sup> rechaça esta concepção argumentando que reconhece como finalidades extrapenais as que constituem o princípio das condições de punibilidade e das causas pessoais de exclusão da pena, que chama de causas de exclusão da pena, “(...) estas que não podem ter nada haver com o merecimento de pena! Por outra parte, quando o merecimento de pena depende de determinados critérios, que muitos enquadram na quarta categoria do delito, a verdade é que os mesmos pertencem realmente ao tipo, a antijuridicidade ou a culpabilidade, e portanto devem extrair-se da categoria aqui empregada”<sup>94</sup>.

Por outro lado, busca-se sustentar que o merecimento de pena criminal, além de seus aspectos preventivos, contém também um juízo de desvalor ético-social, sendo merecedor de pena somente aquela conduta que merece a desaprovação ético-social por sua capacidade para por em perigo ou danificar gravemente as relações dentro da comunidade jurídica<sup>95</sup>.

Mas, conforme o magistério de Octavio Garcia Pérez<sup>96</sup>, pode-se concluir que não resulta fácil encontrar referências aos elementos ou circunstâncias que servem de base para a formulação do correspondente juízo do

---

<sup>93</sup> Idem, p. 982.

<sup>94</sup> Idem, ibidem.

<sup>95</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. Cit., p. 30/31.

<sup>96</sup> Op. cit., p. 51.

merecimento de pena, até porque “ (...) pelo que se refere ao merecimento de pena, junto às posições que se limitam a identificar este com o injusto culpável outros autores identificam como critérios de merecimento de pena somente alguns aspectos daquele (...)”<sup>97</sup>.

Assim, torna-se arriscado admitir o conceito de merecimento de pena como fundamentador das excludentes de punibilidade, quando existem diversos fatores, de características heterogêneas, cuja referência como fator constitutivo do merecimento de pena não merece prosperar.

Quanto ao juízo de necessidade de pena, acrescenta Jakobs<sup>98</sup> que não havendo motivos (necessidade) para castigar-se não há que se falar em merecimento de pena. Contudo, há quem entenda, como Jescheck<sup>99</sup>, que a necessidade de pena pressupõe que o fato seja merecedor de pena, resultando decisivo, sobretudo, o valor do bem jurídico tutelado<sup>100</sup>.

Mais específica Adele Asúa Batarrita<sup>101</sup>, citando o entendimento de Wolter Jürgen<sup>102</sup> assinala que, para este, em sua reconstrução do sistema dogmático, os critérios penais básicos de merecimento e necessidade de pena atravessam como machados os elementos do sistema estabelecendo uma espécie de dupla entrada, por um lado a que agrupa o injusto culpável, no

---

<sup>97</sup> Idem, ibidem.

<sup>98</sup> Op. cit., p. 408.

<sup>99</sup> Op. cit., p. 43.

<sup>100</sup> Na doutrina brasileira ALICE BIANCHINI observa que, o merecimento de tutela penal seria condição necessária, mas não suficiente, para legitimar a intervenção criminalizadora. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal, p. 88.

<sup>101</sup> Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico, p. 228.

<sup>102</sup> Este autor sustenta que o tema das condicionantes de punibilidade não encontra ubiqação adequada no sistema jurídico-penal convencional, devendo ser solucionados com a ajuda do Direito Constitucional, classificando as aqui chamadas condicionantes de punibilidade, como causas constitucionais de exclusão da punibilidade. In, Las causas constitucionales de exclusión del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en actualidad, p. 1 e ss.

sentido estrito de imputabilidade, categorias que ficam unidas por conformar os pressupostos do merecimento de pena, constituindo o núcleo do delito, a base pela qual pode valorar-se a necessidade preventiva de pena, considerações sobre finalidade, merecimento, oportunidade, proporcionalidade de pena só podem estas operar uma vez constatado o injusto culpável. No segundo grupo se incluem a responsabilidade e a punibilidade (necessidade de pena). A responsabilidade expressaria a necessidade preventiva de punição como necessidade de pena, na punibilidade estaria à faculdade estatal de punição, onde se situariam as condições objetivas e as causas de exclusão da pena.

Por outro lado, Juan Bustos Ramírez<sup>103</sup> considera o princípio básico de limitação ao poder punitivo do Estado a necessidade de pena, asseverando que se não há um bem jurídico, desaparece a necessidade de pena. Sem embargo, estas conclusões não são suficientes para fundamentar as causas excludentes de punibilidade, quer porque instauram uma nova polémica, quer porque não respondem as inúmeras indagações existentes sobre o tema.

Contudo, a heterogeneidade que se percebe da análise destas figuras, que alguns pretendem incluir neste grupo criado, segundo a teoria da necessidade e merecimento de pena, por razões de prevenção geral e especial, não permite uma explicação coerente de todos os supostos<sup>104</sup> como, por exemplo, o proposto por Mir Puig<sup>105</sup> da vontade do legislador de exigir a reciprocidade no país afetado - com o objetivo de determinar se aquela conduta será ou não punível - não encontra justificação desde uma perspectiva final, pois o

---

<sup>103</sup> Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, p. 101.

<sup>104</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 34.

<sup>105</sup> Derecho penal, p. 122.

motivar um Estado estrangeiro a proteger um chefe de outro Estado não está dentre aqueles correspondentes aos fins da pena, nem desde a perspectiva da prevenção geral, nem da especial.

Desse modo, aparte de mais uma polêmica doutrinária, a questão como se pode averiguar, da necessidade e do merecimento de pena é tão ou mais flutuante do que o próprio conceito de excludente de punibilidade, não parecendo ser um fundamento adequado para justificar sua posição na teoria do delito. Nesta seara é que Luzón Peña leciona que “(...) sobre o alcance, significado material, função, ubiquação sistemática e relação recíproca entre os conceitos de merecimento de pena e de necessidade de pena (categorias utilizadas, sobretudo na dogmática penal alemã: *Strafwürdigkeit*, merecimento de pena, e *Strafbedürftigkeit* ou *Strafbedürfnis*, necessidade de pena) não existe unanimidade em absoluto (...)”<sup>106</sup>, concluindo que o mesmo problema, se apresenta referindo-se à ubiquação sistemática destes conceitos dentro, ou fora, da estrutura do delito, pois existem posições completamente distintas<sup>107</sup> e ainda que é necessário esclarecer que “os critérios de merecimento e a necessidade de pena, não constituem um elemento autônomo do delito – nem sequer englobado sobre a difusa categoria da punibilidade – senão que operam, ainda que desde perspectivas distintas, em todos os elementos do delito e também em outros pressupostos materiais e processuais da pena”<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, p. 21.

<sup>107</sup> Idem, p. 23.

<sup>108</sup> La punibilidad, p. 833.

Portanto, conforme o que se procurou demonstrar, há problemas em se buscar fundamento sobre os elementos em tela, no ainda não consistente conceito de merecimento e necessidade de pena, tanto mais quanto se observa que seus pressupostos extrapolam o direito material.

### **2.2.2 Da concepção da norma primária e norma secundária**

Uma outra parte da doutrina busca fundamento para o problema criado a partir do reconhecimento da existência das causas excludentes de punibilidade, sob a premissa de que a chamada norma secundária estaria integrada pelo conjunto de pressupostos que desencadeiam a pena. Assim argumentam que, entre uma norma e outra (primária e secundária), existe uma conexão na medida em que o primeiro pressuposto desta é a infração da norma primária. Desse modo, somente se castiga com uma pena a infração culpável da norma<sup>109</sup>.

Jesus-Maria Silva Sánchez<sup>110</sup> assevera que a doutrina distingue, habitualmente, no seio do direito penal, duas classes de normas: as normas primárias, que se entendem como dirigidas aos cidadãos proibindo-lhes a comissão de delitos, e as normas secundárias, dirigidas aos juízes ordenando-lhes a imposição de sanções penais no caso de que se cometam delitos.

Segundo Luiz Flavio Gomes<sup>111</sup> a norma jurídica é gênero ao qual pertence à norma jurídico-penal, depreendida dos textos legais (dos

---

<sup>109</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio. Op. cit., p. 58.

<sup>110</sup> Aproximación al derecho penal contemporáneo, p. 311.

<sup>111</sup> Norma e bem jurídico penal, p. 14

enunciados legais; às vezes de um só, às vezes de vários). Neste entendimento são os textos legislativos os veículos das normas. No caso das normas penais estas estariam divididas em duas categorias: (a) normas de conduta<sup>112</sup> (chamadas normas primárias ou de valoração) e (b) normas de sanção (denominadas normas secundárias). Assim, conclui Flavio Gomes, que é comum em nossa doutrina distinguir no tipo penal o preceito primário (descrição típica) do preceito secundário (sanção), ressaltando ainda que tal divisão nada tem a ver com essa classificação<sup>113</sup>. Ainda segundo este autor, repetindo o conceito de Silva Sánchez, as normas primárias são aquelas que definem ou delimitam o âmbito do proibido, o âmbito da liberdade, sendo dirigidas a todas as pessoas; já as secundárias cuidam do castigo penal, delimitando o âmbito do punível, tendo como destinatário o juiz<sup>114</sup>.

Esta distinção remonta a Binding<sup>115</sup>, que constatou que o delinqüente não infringe a lei penal senão que atua conforme ela, não se podendo falar de infração da lei penal<sup>116</sup>. A questão reside, com base no entendimento de Armin Kaufmann<sup>117</sup>, em que se identifica a lei penal com as leis que realmente violam o indivíduo. Tais leis se denominam normas, que são o pressuposto lógico das leis penais, ambas (norma e lei penal) possuem diferentes destinatários, a norma se dirige aos cidadãos, a lei ao próprio estado.

---

<sup>112</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Notas a la obra El sistema moderno Del derecho penal: cuestiones fundamentales, p. 81.

<sup>113</sup> Op. cit., p. 14.

<sup>114</sup> Idem, ibidem.

<sup>115</sup> Die normen und ihre Übertretung, p. 3 e ss. Apud, TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. Sobre el concepto del derecho penal, p. 74/75.

<sup>116</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 57.

<sup>117</sup> Teoria de las normas, p. 3 e ss.

Maurach<sup>118</sup>, comentando esta posição assumida por Binding, assinala que as normas são mandatos do Direito, escritos ou não, anteriores a lei penal, pertencentes ao Direito Público, cujo conteúdo, no caso de não poder ser averiguado fora do Direito Penal recorrendo ao Direito Positivo ou ao consuetudinário, podendo ser extraído da parte dispositiva da cominação penal.

Jesus-Maria Silva Sánchez<sup>119</sup>, insurge-se desfavoravelmente a esta posição sob o argumento de que, contra esta concepção, se tem sustentado a autonomia do Direito Penal na configuração de suas normas, asseverando que este constitui a forma mais antiga de aparição do Direito, com o que freqüentemente não é possível falar de modo prévio a sua incidência em um determinado campo, de normas pertencentes a outro setor do ordenamento jurídico. Por outro lado, inclusive nos casos em que o Direito Penal incide em um campo em que já existem outras normas jurídicas, sua intervenção produz a aparição de normas autônomas, caracterizadas por expressar não meramente a proibição jurídica de uma conduta, senão a *proibição jurídica sob ameaça de pena*, com a conseqüente afirmação de que o fato contrário à norma não é meramente um fato injusto, senão um injusto merecedor de pena<sup>120</sup>.

Contudo, Silva Sánchez<sup>121</sup> põe em um primeiro plano a distinção entre norma primária e secundária na elaboração da teoria jurídica do delito. Isto representa que, para ele, a norma primária manifesta a decisão de proibir um comportamento, algo que se pretende evitar, desde a perspectiva do

---

<sup>118</sup> Op. cit., p. 258.

<sup>119</sup> Aproximación al derecho penal contemporáneo, p. 317.

<sup>120</sup> Idem, ibidem.

<sup>121</sup> Idem, p. 377/378.

Direito Penal, tendo sentido dirigir uma cominação penal e limitar o âmbito de atuação do agente, sob a ameaça de pena, dissuadindo da realização da conduta. Já a norma secundária expressa uma segunda decisão político-criminal, “(...) a que leva não já a limitar a esfera individual de liberdade de ação através da ameaça da pena, senão incluso a incidir diretamente, em termos limitadores, sobre os direitos fundamentais dos cidadãos mediante o castigo(...)”<sup>122</sup>. Portanto, ainda segundo este autor<sup>123</sup>, o delito contempla dois momentos essenciais, que seriam a infração da norma primária e os pressupostos de aplicação da norma secundária penal, fazendo com que o delito contenha duas categorias fundamentais, ou seja, a antijuridicidade penal e a sancionabilidade penal. Nesta última categoria inclui a culpabilidade, o resultado e outros elementos eventualmente concorrentes e condicionantes da punibilidade do mesmo.

Com estes argumentos, poder-se-ia, de fato, encerrar-se a questão sobre o fundamento, enquadrando-se a ubiquação sistemática destas figuras na teoria do delito, não fosse a sagaz objeção de Octavio Garcia Pérez<sup>124</sup> de que, o âmbito do punível é mais reduzido que o da infração da norma e, portanto, a norma secundária, junto à infração da norma, contém outros pressupostos. Contudo, tal distinção não é capaz de precisar quais são esses outros pressupostos, ou seja, afirmar que, entre estes pressupostos, existem circunstâncias que condicionam a punibilidade (pessoal ou objetivamente) é aceitar a existência destas circunstâncias, mas não significa que se tenha encontrado um fundamento para estas.

---

<sup>122</sup> Idem, ibidem.

<sup>123</sup> Idem, p. 378 e ss.

<sup>124</sup> Op. cit., p. 59.

### 2.2.3 Critérios de política criminal e razões de oportunidade legislativa

Uma parte expressiva da doutrina tem calcado suas ilações sobre o fundamento das causas excludentes de punibilidade por critérios de política criminal, na busca da compreensão dogmática destas figuras, provocando cerrada discussão sobre o tema, porém, até o momento, ainda não é possível divisar consensos amplos sobre a matéria<sup>125</sup>.

Se para uma parte da doutrina os critérios político-criminais, tendem a converter o sistema penal em um sistema aberto e conectado a realidade social para evitar soluções injustas e desproporcionadas aos conflitos sociais<sup>126</sup>, outra parte adverte para outras questões oriundas do conceito de política criminal, em especial quanto ao significado do recurso a política criminal, como elemento fundamentador do conteúdo das categorias do sistema dogmático e a incidência de limites externos (em particular, ontológicos) a tal recurso, sobretudo quando lhes imputam conseqüências de arbitrariedade, decisionismo e insegurança jurídica<sup>127</sup>.

Deve-se ressaltar, que não se ignora que a política criminal como referência do sistema dogmático, proposto por Roxin, traz uma visão da dogmática jurídico-penal superadora do modelo positivista e orientada a por de relevo os aspectos criadores da mesma, mas tal não é capaz de afastar a crítica

---

<sup>125</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 245.

<sup>126</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal español, parte general, p. 133

<sup>127</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites. In, Política Criminal y nuevo derecho penal, p. 17/18.

de que traz consigo aspectos relativistas. Certo é que poucos se dispõem a rechaçar a conveniência de integrar considerações de política-criminal na construção do sistema de delito e na atribuição de seu conteúdo a suas diversas categorias<sup>128</sup>.

Esta realidade traz consigo outros problemas, posto que resta quase impossível negar que o Direito penal nasce de exigências político-criminais<sup>129</sup>, não se podendo simplesmente ignorar sua importância na interpretação das normas, mesmo reconhecendo algumas limitações como por exemplo: como se tem acesso aos seus princípios e como se orienta o sistema aos mesmos.

No caso das excludentes de punibilidade a discussão em torno do conceito de política criminal ganha ainda outra dimensão, quando uma parte significativa da doutrina, para justificar os casos em que o legislador procura não aplicar a ameaça penal, senão quando acompanhada de alguma outra circunstância, o faz sob o argumento de que faltaria um fundamento político-criminal suficiente para justificar a sanção nestes casos<sup>130</sup>. Tais fundamentos podem estar, segundo esta doutrina, motivados por razões pessoais, no caso as causas pessoais de exclusão da pena, ou se referem à punibilidade do fato, ou seja: as condições objetivas de punibilidade<sup>131</sup>.

Mais: Há autores como, por exemplo, Cerezo Mir, que chegam a sustentar que as circunstâncias condicionantes de punibilidade obedecem

---

<sup>128</sup> Idem, p. 17.

<sup>129</sup> Idem, p. 19.

<sup>130</sup> BACIGALUPO, Enrique. Lineamentos de la teoria del delito, p. 95.

<sup>131</sup> Idem, p. 96.

(exclusivamente) a considerações de política criminal<sup>132</sup>, e há ainda quem acrescente a estas razões éticas<sup>133</sup>. Sem chegar a este extremo, Winfried Hassemer<sup>134</sup> observa que existem grupos de casos a respeito dos quais o legislador, apesar da existência do injusto típico, considera conveniente renunciar a pena, casos este que se baseiam em decisões político-criminais nas quais se pode estudar o clima de um ordenamento jurídico. Esta posição, todavia, não se sustenta quando se observa, com relativa tranqüilidade, que os critérios político-criminais determinaram um Direito Penal inspirado no princípio de culpabilidade, as condições são precisamente a contra-categoria que mantém vigentes aspectos residuais do *versari in re ilícita*. Portanto, aquelas nunca poderiam justificar-se em razões de política criminal, senão, pelo contrário, em simples necessidades de oportunidade, pois, por detrás de uma grande parte das condições objetivas de punibilidade não existem razões penais (político-criminais), senão metapenais<sup>135</sup>.

Jorge De Figueiredo Dias<sup>136</sup>, asseverando concordar com o posicionamento de Roxin, admite que muitas das hipóteses tidas como condições objetivas ou análogas, são imposições de fins extrapenais que fundamentam a

---

<sup>132</sup> Derecho penal. Parte general (lecciones 26-40), p. 236 e ss. Para QUINTERO OLIVARES, Gonzáles, quanto às causas pessoais de exclusão da pena, há consenso doutrinário em se admitir que estas se explicam político-criminalmente, o mesmo não ocorrendo com as condições objetivas de punibilidade, Manual de derecho penal, p. 448. No Brasil, PRADO, Luiz Regis, sustenta que tanto nas condições objetivas de punibilidade quanto às causas pessoais de exclusão da pena a possibilidade de aplicação da pena é sobrestada por considerações político-criminais. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, p. 450.

<sup>133</sup> Como por exemplo RODRIGUEZ RAMOS, Luiz, referindo-se as causas pessoais de exclusão da pena. Compendio de derecho penal, p. 228.

<sup>134</sup> Fundamentos del derecho penal, p. 301. O mesmo autor chega a sustentar que quase sempre se recorre ao argumento qualificado de político-criminal quando fracassam os sistemáticos e ético jurídicos, idem, p. 238.

<sup>135</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 35/36. Este autor cita como exemplo o limite de punibilidade de quantidade de cinco milhões no delito fiscal (artigo 349 do Código Penal Espanhol anterior ao atual), para demonstrar que este é estabelecido por critérios de política-fiscal, não político criminal.

<sup>136</sup> Op. Cit., p. 249.

impunibilidade. Mas ao fazer esta opção, Figueiredo Dias faz questão de consignar que, ao corroborar com Roxin, “(...) não significa contestar que tais imposições de fins se traduzem em opções político-criminais que, por sua vez, não são vertidas em categorias da doutrina geral do fato punível(...)”<sup>137</sup>. Segue ainda acrescentando que, “(...) foi Roxin quem disse uma vez (e, dizendo-o, abriu uma nova era no domínio da nossa disciplina e trouxe para o seu espaço tantas novidades que só agora começam a frutificar!) que as categorias da doutrina do crime não podem deixar de ser político-criminalmente cunhadas. Se estou *ab imo* de acordo com essa afirmação, não consigo descortinar qualquer razão válida para que ela não valha também para a última categoria constitutiva da doutrina do crime e para que nesta se faça antes uma espécie de ‘importação direta’ de imposições finais extrapenais para o âmbito jurídico-penal. É minha convicção, bem ao contrário, de que tais imposições finais extrapenais, onde quer que existam, se conformam em opções político-criminais que, através da idéia-base da dignidade penal, são recebidas na categoria sistemática dos pressupostos de punibilidade”<sup>138</sup>.

Entretanto, no caso daquelas circunstâncias que correlacionam a punibilidade (ou seu agravamento) baseada no tratamento penal que o outro Estado dispensa a determinados fatos como, por exemplo, a garantia de reciprocidade prevista no artigo 606.2 do atual Código Penal Espanhol<sup>139</sup>, resta difícil sustentar que esta é uma opção político criminal. Esta garantia, em nada se

---

<sup>137</sup> Op. cit., p. 249.

<sup>138</sup> Idem, ibidem.

<sup>139</sup> “quando os delitos comprendidos neste artigo e o anterior não tenham assinalada uma penalidade recíproca nas leis” (Cuando los delitos comprendidos en este artículo y el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes).

relaciona com princípios político-criminais, ou até mesmo, servem de fundamento jurídico-penal para justificar a inaplicabilidade de pena nestas circunstâncias, o que existe, nestas hipóteses, não obstante a observação de Figueiredo Dias, é uma opção político-estatal.

Mais: é o próprio Roxin<sup>140</sup> quem esclarece que categorias como condições objetivas de punibilidade e causas de extinção ou exclusão pessoal de punibilidade recebem seu conteúdo, de valorações político-jurídicas, de caráter independente e geral em face de considerações político criminais, acrescentando que, “se a indenidade do deputado ou a ausência de concessão de reciprocidade nas ações puníveis contra Estados estrangeiros devem obstar a uma punição, isto não é decidido com base nos fins do direito penal, mas no interesse de que o parlamento funcione, ou em ponderações de política internacional.”<sup>141</sup>.

Assim, o que se quer demonstrar é que é possível sustentar a posição de que algumas condicionantes de punibilidade se fundamentam predominantemente em interesses político-estatais, que podem ser baseados em considerações de *utilidade* político-criminal, posto que é nítido que na análise individual das causas pessoais de exclusão da pena e das condições objetivas de punibilidade, se encontram fundamentos de política geral (política social, política fiscal, etc), que em nada se relacionam com a política criminal, mas que, sim, podem ser úteis, o que não significa que as excludentes de punibilidade se fundamentam (ou obedecem) – exclusivamente – a ponderações político-

---

<sup>140</sup> Política criminal e sistema jurídico-penal, p. 74.

<sup>141</sup> Idem, p. 74/75.

criminais, pois, conforme o sustentado, resta evidente que outros critérios (não só de política criminal), são utilizados pelo legislador, bem como são reconhecidos por parte da doutrina.

Portanto, em que pese à observação de Figueiredo Dias, da análise dos fundamentos sugeridos como fundamentadores das figuras aqui tratadas, que se arraigam em questões ainda não devidamente esclarecidas pela doutrina, não se pode ignorar a necessidade de um tratamento diferenciado a esta categoria, bem como dos critérios utilizados para o seu reconhecimento, que não se esgotam em ponderações de ordem político-criminal, ainda que se busque estender o conceito desta expressão.

Esta realidade da existência de figuras estranhas ao Direito Penal faz com que a observação de Bloy<sup>142</sup>, corroborada por Roxin<sup>143</sup>, ganhe relevo, especialmente quando constata que “(...) o grupo de disposições cuja função consiste em fazer prevalecer interesses extrapenais põe de manifesto o enlace do Direito Penal com as necessidades do conjunto da sociedade, que, aparte de expressar-se no interesse do ótimo funcionamento da justiça penal, se manifestam também em outras finalidades. A concorrência de diversas prioridades faz preciso um equilíbrio, que se concretiza em impedimentos da punição – alheios ao sistema desde a perspectiva do Direito Penal – na medida em que devam ceder as finalidades perseguidas pela justiça penal. Bloy reconhece assim mesmo que sobre esta base...também se pode desenvolver a categoria complementar das condições objetivas de punibilidade, cujo respeito menciona o §

---

<sup>142</sup> Apud, ROXIN, Claus. Derecho penal, tomo I, p. 979.

<sup>143</sup> Idem, ibidem.

104<sup>a144</sup>. Sobre a natureza jurídica desses preceitos indica que em quanto a seus efeitos pertencem ao Direito Penal, o que não sucede enquanto as considerações em que se baseiam”<sup>145</sup>.

Embora reconhecendo que a aplicação de pena pode se dar em função de critérios de conveniência ou necessidade preventiva ou político-criminal, Quintero Olivares<sup>146</sup> conclui que a existência de uma escusa absolutória no direito positivo não é fruto do capricho do legislador, senão que deve encontrar uma explicação que enlace a escusa com os princípios essenciais do direito penal.

Contudo, em que pesem as considerações de Quintero Olivares, a própria doutrina reconhece que algumas condicionantes de punibilidade violam o princípio da culpabilidade<sup>147</sup>, sendo certo que o legislador – por vezes - termina por introduzir dentro do sistema do Direito Penal figuras estranhas a este, forçando-o à adaptar-se a uma realidade que lhe é imposta, podendo existir, sim, não só escusas, como também condições objetivas de punibilidade que não se “enlaçam” com os princípios essenciais do direito penal<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> “os delitos deste título somente serão perseguidos quando a República Federal da Alemanha mantenha relação diplomática com o outro Estado, a reciprocidade está garantida e também estaria garantida no momento do fato, exista uma queixa do governo estrangeiro e o governo federal conceda a autorização para a persecução penal” (§ 104a. Los delitos de este título serán sólo perseguidos cuando la República Federal de Alemania mantenga relación diplomática con el otro Estado, la reciprocidad esté garantizada y también estuviese garantizada en el momento del hecho, exista una querrela del gobierno extranjero y el gobierno federal conceda la autorización para la persecución penal).

<sup>145</sup> Idem, ibidem.

<sup>146</sup> Op. cit., p. 446/448.

<sup>147</sup> Veja-se, por todos, MARTINEZ PÉREZ, Carlos, Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 57 e ss.

<sup>148</sup> Sobre a necessidade do reconhecimento de um sistema aberto de direito penal, SCHUNEMANN, Bernd, demonstra que o Direito penal não pode ordenar-se em um sistema fechado nem tampouco se deixar à mercê de um pensamento tópico, que opere a margem do sistema, senão que no lugar dele, se obriga à construção de um sistema aberto, em que cada novo

Assim, observados os critérios sugeridos para fundamentar estas figuras, resta imperioso reconhecer - em face das particularidades específicas das causas pessoais de exclusão da pena e das condições objetivas de punibilidade - que o fundamento destas depende do caso concreto, podendo ter como critério fundamentador, além da política criminal, razões de oportunidade, utilidade e conveniência do próprio legislador, já que as condicionantes de punibilidade em nada acrescentam ao interesse tutelado pela norma. Contudo, resta ainda esclarecer outras questões suscitadas pelo caso concreto, especialmente no que tange a participação e ao erro, questões que serão analisadas separadamente em capítulo próprio.

### **3 – AS CAUSAS EXCLUDENTES DE PUNIBILIDADE NA ESTRUTURA DO DELITO**

#### **3.1 Considerações iniciais (Análise das diversas posições em torno da ubiquação sistemática)**

---

problema se discuta com o conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se em dito sistema ou force sua modificação. Op. cit., p. 40.

Com o que já foi exposto até o momento resta possível asseverar que tanto nas hipóteses em que se caracteriza a existência de uma condição objetiva de punibilidade ou uma causa pessoal de exclusão da punibilidade, na forma aqui tratada, o que se renuncia é o combate de um comportamento, mesmo se reconhecendo que a conduta é desvaliosa e a ameaça de pena poderia estender um efeito inibitório<sup>149</sup>. Outra assertiva que se extrai é que, admitidas estas figuras (o que ocorre de forma quase unânime pela doutrina), conseqüentemente, reconhece-se que, dentro do sistema do Direito Penal, existem elementos disfuncionais - na categoria das excludentes de punibilidade - divididos em dois grupos: as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da punibilidade<sup>150</sup>.

Não obstante ao caráter de excepcionalidade destas figuras, sendo sua essência inconstante, o que tem levado a diversidade já demonstrada de opiniões existentes na doutrina, a falta de coerência sobre estas figuras leva a conclusão de que o seu uso deveria ser reduzido, fazendo com que a advertência de Jimenez de Asúa<sup>151</sup>, neste sentido, ainda permaneça bastante atual.

Contudo, o legislador, também conforme já ressaltado, ignora as dificuldades dogmáticas e continua a lançar mão destas figuras, já não mais se podendo afirmar com segurança que sejam estas escassas nas legislações penais contemporâneas.

---

<sup>149</sup> Neste sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. op. cit., p. 233.

<sup>150</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 95.

<sup>151</sup> Op. cit., p. 417.

Por tais motivos é que se faz a opção metodológica de se buscar uma definição conceitual sobre estas figuras, evitando – por ora – elencar os casos concretos, existentes nas legislações em geral, onde estaria configurada uma condicionante objetiva ou uma causa pessoal de exclusão da punibilidade, até porque só se poderá elencá-las após delinear um esboço de conceito destas, não se olvidando de que a configuração depende do caso concreto.

## **3.2 As condições objetivas de punibilidade**

### **3.2.1. Classificação**

Sendo a mais admitida, e sobre a qual pairam menos divergências de ordem terminológica, em que pese as já ressaltadas dificuldades sobre a tarefa de elaboração conceitual da categoria e sua não aceitação por uma parte minoritária da doutrina, passa-se a abordar as condições objetivas de punibilidade, observando-se que uma parte da doutrina adverte<sup>152</sup> que, na aproximação mais detida sobre estas figuras, é aconselhável e necessário atender a uma mínima diferenciação que, posteriormente, irá repercutir nos problemas derivados de sua ubiquação sistemática e de seu tratamento dogmático, restando outra abordagem fadada ao fracasso, caso se opte por uma ótica unitária. No mesmo sentido, Jescheck<sup>153</sup> leciona que só é possível obter uma imagem correta da função das condições objetivas de punibilidade distinguindo-as

---

<sup>152</sup> Neste sentido: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 20.

<sup>153</sup> Op. cit., p. 504.

em diferentes grupos de casos, restando analisar estas figuras partindo da própria classificação<sup>154</sup>.

Estas recomendações supra mencionadas reforçam o entendimento de que a importância da classificação não se trata de um mero detalhe acadêmico, quando se observa que – em regra – os autores que negam (ou não optam) por uma classificação<sup>155</sup>, o fazem porque negam a substantividade das condições objetivas de punibilidade, ou ao menos a substantividade de um dos grupos resultantes da classificação<sup>156</sup>, fazendo com que esta reste sem sentido. Isto porque, há autores que sublinham que aquelas condições objetivas que restringem a culpabilidade não deveriam ser consideradas sob esta denominação<sup>157</sup>, o que se mostra um argumento coerente.

Dentre as classificações ou grupos de casos<sup>158</sup>, sugeridos por alguns autores, possibilitando vislumbrar de forma mais nítida as condições e sua função, interessante observar aquelas que o fazem distinguindo-as em intrínsecas e extrínsecas, denominação amplamente aceita pela doutrina italiana<sup>159</sup>, ou, ainda,

---

<sup>154</sup> No Brasil os autores, em regra, não costumam abordar a questão classificatória. BITTAR, Walter Barbosa, op. cit., p. 30. Excepcionalmente é possível encontrar autores que fazem esta referência. Dentre estes: PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 444/445; TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal, p. 200 e ss..

<sup>155</sup> Alguns doutrinadores, embora não neguem a substantividade das condições objetivas de punibilidade, não adotam as classificações sugeridas. Dentre estes destacamos: MUÑOZ CONDE, Franciso; GARCIA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 419; ROXIN, Claus, Derecho penal, t. I, p. 969 e ss.; GÜNTHER, Jakobs, op. cit., p. 403 e ss.; WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, p. 70 e ss., dentre outros;

<sup>156</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. Cit., p. 21. Adverte ainda este autor que esta circunstancia constitui-se em uma vantagem em favor da negativa da pesquisa classificatória, já que geralmente rechaçam as condições objetivas de punibilidade, e tal fato, ao menos para aquelas condições que lesionem o princípio da culpabilidade, resulta em uma posição coerente com os princípios gerais que inspiram o Direito Penal moderno.

<sup>157</sup> OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO. Derecho penal, p. 342.

<sup>158</sup> Expressão utilizada por JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 504.

<sup>159</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. Cit., p. 22.

de acordo com a divisão mais comumente utilizada por parte das doutrinas alemã e espanhola<sup>160</sup>: próprias e impróprias.

A classificação mais usada pelos doutrinadores alemães e espanhóis, distinguindo as condições em próprias e impróprias, reside na diferenciação quanto ao fundamento destas, sendo as primeiras puras causas de restrição da pena<sup>161</sup>. Ainda que configurados o injusto e a culpabilidade, o legislador rechaça, em determinados casos, a necessidade da pena quando não acrescentado uma circunstância ulterior que pode se referir ao próprio fato, ou à evolução do mesmo<sup>162</sup>. Assim, serão condições próprias todos os elementos que servem para restringir a punibilidade por razões de proporcionalidade da reação punitiva estatal<sup>163</sup>.

Já as chamadas condições objetivas impróprias comportam uma maior objeção. Admite Jescheck que estas constituem uma restrição do princípio da culpabilidade por questões político-criminais<sup>164</sup>. A esta posição acrescenta Caffarena que as condições impróprias, irrelevantes para o princípio da culpabilidade, estão verdadeiramente fundamentando o conteúdo do desvalor ético-social do fato<sup>165</sup>. Por sua vez Carlos Martinez Pérez<sup>166</sup> assinala que o aprofundamento na natureza dos elementos condicionantes faz descobrir que na realidade, a zona comum de todas as circunstâncias inscritas no conceito lato de condições objetivas de punibilidade, põe de relevo a presença de dois tipos de

---

<sup>160</sup> A distinção da doutrina alemã também é adotada por alguns autores espanhóis. MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 41.

<sup>161</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 504

<sup>162</sup> Idem, ibidem.

<sup>163</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 22.

<sup>164</sup> Op. cit., p. 505.

<sup>165</sup> Op. cit., p. 22.

<sup>166</sup> Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 30.

condições, que diferem substancialmente, exemplificando com as hipóteses previstas nos artigos 137<sup>167</sup>, parágrafo 2º, e no artigo 408<sup>168</sup>, ambos do antigo Código Penal Espanhol<sup>169</sup>, a primeira norma seria o exemplo de uma condição objetiva de punibilidade própria, e a segunda de imprópria.

Dessa forma, discorre Martínez Pérez<sup>170</sup> que, no caso do parágrafo 2º do artigo 137, onde estava previsto que a imposição das penas estabelecidas para os comportamentos de atentar contra o Chefe de um Estado

---

<sup>167</sup> “O que violar a imunidade pessoal do Chefe de outro Estado ou de uma pessoa internacionalmente protegida por um Tratado será castigado com a pena de prisão menor. Quando os delitos comprendidos neste artigo e no anterior não tiverem assinalada uma penalidade recíproca nas leis do país a que correspondam as pessoas ofendidas, se impondrá ao delinqüente a pena que seria própria do delito, conforme as disposições deste Código, se a pessoa ofendida não tiver o carácter oficial mencionado no parágrafo anterior” (el que violase la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de una persona internacionalmente protegida por un Tratado será castigado con la prisión menor. Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tuvieren señalada una penalidad recíproca en las leyes de país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviere el carácter oficial mencionado el párrafo anterior).

<sup>168</sup> “Quando brigando vários e acometendo-se entre si confusa e tumultuariamente houver resultado morte e não constar seu autor, mas sim os que houveram causado lesões graves ao ofendido, se impondrá a todos os que houverem exercido violências em sua pessoa a de prisão maior. Não constando tampouco os que houverem causado lesões graves ao ofendido, se impondrá a todos os que houverem exercido violências em sua pessoa a de prisão menor” (Cuando riñendo varios y acometiéndose entre si confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero si los que hubieren causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violências en su persona la de prisión menor).

<sup>169</sup> Chamado na Espanha de Código de 1944/73. O art. 408 ficou sem conteúdo pela lei orgânica 3/1989 (21.jun.89), enquanto que o art. 137 esteve vigente até a entrada em vigor do Código Penal de 1995. O novo Código (de 1995) não contém nenhum equivalente ao delito de riña tumultuária, mas sim um equivalente. Trata-se do art. 606: “1. O que violar a imunidade pessoal do Chefe de outro Estado ou de outra pessoa internacionalmente protegida por um Tratado, será castigado com a pena de prisão de seis meses a tres anos. 2. Quando os delitos comprendidos neste artigo e no anterior não tenham assinalada uma penalidade recíproca nas leis do país a que correspondam as pessoas ofendidas, se impondrá ao delinqüente a pena que seria própria do delito, conforme as disposições deste Código se a pessoa ofendida não tivesse o carácter oficial mencionado no apartado anterior” (1. El que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. 2. Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior).

<sup>170</sup> Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 30.

estrangeiro ou pessoa internacionalmente protegida por um Tratado vigente em Espanha, descritos no parágrafo 1º do próprio artigo 137 ou no artigo anterior, se condiciona ao fato de que exista um tratamento punitivo recíproco nas leis do país das pessoas ofendidas. Tal significa, ainda conforme este autor, que “(...) a observância de reciprocidade não afeta em modo algum ao injusto e a culpabilidade da conduta do sujeito que atenta contra, vol. gr., o Chefe de um Estado estrangeiro; a verificação do cumprimento dessa condição *pressupõe* um comportamento antijurídico e culpável (o matar ao Chefe de Estado, p. ex.), suficiente em si mesmo para a imposição da grave penalidade que se configura no tipo. A missão do elemento aludido é a de restringir a punibilidade, no sentido de que, apesar de que concorram injusto e culpabilidade na conduta do agente, o legislador não impõe essa elevada pena se não existe uma circunstância adicional, a reciprocidade, que se erige assim em um obstáculo suplementário para a integração dos delitos contra o direito de pessoas mencionado”<sup>171</sup>.

O que resta claro do exemplo citado é que os pressupostos para aplicação de pena, descritos como condições objetivas de punibilidade próprias, estão atreladas a princípios político-criminais, e ainda aos critérios de oportunidade, conveniência e utilidade do legislador, funcionando verdadeiramente como um dispositivo limitador de punibilidade, e que não violam o princípio da culpabilidade<sup>172</sup>, justamente em face de que a idéia de culpabilidade funciona

---

<sup>171</sup> Idem, p. 30/31.

<sup>172</sup> Contra, por todos: ZAFFARONI, Eugênio Raul, ressaltando que o princípio da culpabilidade não é afetado quando existe uma circunstância pessoal do autor que impeça a coerção penal. Contudo quando se trata de circunstâncias que não são do autor, senão que pertencem ao fato, o mesmo não se sucede, sendo nestes casos as condições objetivas características do tipo e conclui: “a discrepância é total: ou se aceita o princípio da culpabilidade ou se rechaça a existência de condições objetivas de punibilidade”, Tratado de derecho penal, t. V, p. 56/57.

como fundamento e limite da pena<sup>173</sup>, e a condição objetiva, nestes casos, verdadeiramente limita a punição, independentemente da gravidade do injusto culpável. Neste sentido, importa recordar a lição de Welzel de que “(...) como a existência ou não de condições de punibilidade não altera em nada o conteúdo do injusto do fato, o reconhecimento de meras condições externas, a respeito das quais não se refere o dolo ou a culpabilidade, é compatível com o princípio de culpabilidade imperante no Direito Penal”<sup>174</sup>.

Mas, voltando ao exemplo do artigo 408 do anterior Código Penal Espanhol, citado por Martínez Pérez<sup>175</sup>, no caso a hipótese de *riña tumultuária*<sup>176</sup>, onde se pune o sujeito ativo com uma pena maior pelo mero fato de haver causado qualquer classe de lesões graves, ou resultar da *riña* (rixa) o resultado morte, ainda que dita morte não tenha existido uma relação de causalidade entre a morte do sujeito e a conduta do sujeito que originou as lesões graves (já que a lei espanhola exigia que não constasse o autor). A pena de prisão mais severa (a que corresponderia às lesões graves de primeiro grau, em princípio ao menos mortalmente idôneas), “(...) representa um marco penal que desborda sensivelmente o conteúdo de culpabilidade da conduta base, um marco penal que se exaspera em função da pura verificação de um dado objetivo (a morte da vítima). Por conseguinte, este dado objetivo está contribuindo a fundamento do

---

<sup>173</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 103.

<sup>174</sup> Derecho penal alemán, p. 70.

<sup>175</sup> Op. cit., p. 31.

<sup>176</sup> No Brasil a norma equivalente seria a rixa qualificada, prevista no parágrafo único do art. 137: “Participar de rixa, salvo para separar os contendores. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa”. Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”. Esta norma será tratada no tópico referente a diferença das excludentes de punibilidade com os crimes qualificados pelo resultado. O atual Código Penal da Espanha (1995) não contempla mais esta modalidade de conduta.

injusto: não *pressupõe* um comportamento antijurídico e, portanto, não tem a missão de restringir a punibilidade, senão, ao contrário, a de fundamentar uma agravação da penalidade”<sup>177</sup>.

Patrícia Faraldo Cabana<sup>178</sup>, após discorrer sobre a classificação das condições objetivas de punibilidade em próprias e impróprias (e que é a mais utilizada na Alemanha), sugeridas por Jescheck, reconhece que estas podem ser trasladadas ao ordenamento jurídico espanhol, fazendo, contudo a ressalva de que a denominação condições objetivas de punibilidade deveria ser reservada somente para as próprias, o qual, em seu conceito, entende resultar correto atendendo-se a verdadeira natureza jurídica das que se classificam como impróprias, bem como as causas de exclusão da pena podem ser pessoais e objetivas, sendo unicamente estas últimas as que supõem o reverso positivo das condições objetivas de punibilidade.

Mais contundente é a conclusão de Juarez Tavares quando conclui que a diferenciação em próprias e impróprias, de fato, só confunde o intérprete, argumentando que, “(...) de qualquer modo, as agravações objetivas da pena, previstas em determinados delitos, independentemente do fato realizado, ou estão vinculadas à punibilidade ou pertencem ao tipo”<sup>179</sup>.

Não obstante a existência ou não de condições objetivas de punibilidade impróprias, quando uma parte da doutrina admite a existência destas, em que pese o reconhecimento de que violam o princípio da culpabilidade, indica que o fundamento das chamadas condições objetivas de punibilidade, além dos

---

<sup>177</sup> MARTINEZ PÉREZ, Carlos. Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 31.

<sup>178</sup> Op. cit., p. 74 e ss.

<sup>179</sup> Teoria do injusto penal, p. 201.

fatores político-criminais, também pode obedecer a critérios de conveniência, oportunidade e utilidade aferida - exclusivamente - pelo legislador no processo de criação da norma, conforme já consignado neste trabalho, e, em algumas hipóteses, não encontram o devido respaldo dogmático, pelo menos aquele que não admite uma política-criminal que ignore os princípios de culpabilidade<sup>180</sup>. Esta realidade de que o princípio da culpabilidade é violado, com o reconhecimento da existência de condições objetivas impróprias, demonstra a dificuldade da doutrina tradicional em encaixar os pressupostos de punibilidade, localizados fora do injusto culpável, na teoria do delito, especialmente porque não se poderia admitir (pelo menos em tese), uma figura que vá de encontro com um de seus mais importantes princípios da teoria: a culpabilidade<sup>181</sup>.

Mas os problemas doutrinários não param por aí, especialmente quando se observa que se encontra na doutrina outra distinção em duas espécies de condições objetivas de punibilidade, porém nomeadas sob os termos extrínsecas e intrínsecas, havendo até quem sustente que as diferenças não se restringem a questões puramente terminológicas<sup>182</sup>, mas sim do próprio conceito que se faz das diferentes categorias.

---

<sup>180</sup> Como por exemplo, a observação de HASSEMER, Winfried de que os critérios político-criminais determinaram um Direito Penal inspirado no princípio da culpabilidade. Op. cit., p. 301. O mesmo HASSEMER ressalta ainda quanto às condições objetivas de punibilidade quão incompatíveis são às vezes a lei penal e o princípio da culpabilidade, concluindo que o princípio da culpabilidade está sendo hoje amenizado em função dos interesses de uma política criminal eficaz. Alternativas ao princípio da culpabilidade?, p. 234 e ss.

<sup>181</sup> Contudo, há autores como ROXIN que, em face das dificuldades surgidas em torno do conceito de culpabilidade e sua utilidade para o Direito Penal, propõem o abandono do conceito, buscando assentar o Direito Penal sobre uma base diferente, contida no conceito de responsabilidade (local onde ROXIN pretende encaixar as aqui chamadas excludentes de punibilidade). Que queda de la culpabilidad en derecho penal, p. 673 e ss.

<sup>182</sup> Como, por exemplo, MARTINEZ PÉREZ, Carlos. Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 41.

Para Caffarena<sup>183</sup> - sob o argumento de que haveria um duplo sentido para tanto - deve evitar-se a todo custo cair em uma questão formal ou puramente terminológica na hora de abordar a classificação. Primeiramente, porque negar esta não fará desaparecer da estrutura do delito certos elementos de duvidoso compromisso com os requisitos da imputação subjetiva, ao contrário, entende que, mantendo uma diferenciação conceitual, será mais fácil alcançar sua progressiva restrição. Em segundo lugar, a definição adotada deve estar orientada precisamente em uma direção restritiva. Esta é uma das razões pelas quais prefere este autor utilizar a terminologia mais comum utilizada pela doutrina italiana (extrínsecas e intrínsecas), em lugar da que se utiliza freqüentemente, na Alemanha e que se encontra na atualidade reconhecida na Espanha (próprias e impróprias).

Mais: para Caffarena<sup>184</sup>, a diferenciação reconhecida pelos alemães e espanhóis, não tem sido rechaçada em si mesma pela doutrina, mas que há um rechaço implícito naqueles autores que diferem do entendimento geral em favor da substantividade das condições. Inclui ainda neste grupo, a existência de uma sutil diferenciação de forma que as condições impróprias se incorporam a todos os efeitos aos elementos objetivos do tipo e as próprias aos pressupostos processuais.

Assim, sabido que na doutrina italiana não se conhece a distinção empregada por alguns autores alemães e espanhóis (próprias e impróprias), mas que um relevante setor doutrinal utiliza outra divisão, qualificando

---

<sup>183</sup> Op. cit., p. 21.

<sup>184</sup> Idem, p. 22.

as condições objetivas de punibilidade em extrínsecas e intrínsecas, obriga a análise desta espécie de classificação<sup>185</sup>.

Quanto à classificação mais aceita pela doutrina italiana<sup>186</sup>, pode-se asseverar que as intrínsecas caracterizam-se por qualificar e atualizar as lesões dos interesses tutelados pelo delito e as extrínsecas por limitar sua função a determinar um fato externo do qual o legislador faz depender a relevância penal da conduta do agente, mas sem nenhum vínculo desde o ponto de vista jurídico com a lesão de um interesse já perfeito em seus elementos<sup>187</sup>. Assim, acrescenta-se sobre esta distinção, que as intrínsecas atualizam a ofensa dos interesses que já são potencialmente realizados pelo fato em sentido estrito, como por exemplo o artigo 423.2, do Código Penal italiano no qual sem o perigo para a segurança das pessoas, o tipo de incêndio sobre coisa própria não tem conteúdo ofensivo, senão que se entende como o exercício de um direito do agente<sup>188</sup>.

Segundo Caffarena<sup>189</sup>, a condição intrínseca modifica o conteúdo do dolo nos delitos condicionados, mas não sua eventual atualização ou sua potencialidade marginal, exemplificando, no caso do código penal espanhol, com a hipótese da sentença no crime de falso testemunho<sup>190</sup>.

---

<sup>185</sup> Não obstante encontre-se autores italianos que utilizam os termos extrínsecas/intrínsecas e próprias impróprias como sinônimos. Como por exemplo: D'ASCOLA, VOL. N. Punti Fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità, p. 666.

<sup>186</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, ressalta que a doutrina mais recente começa a acolher a dicotomia germânica (condições próprias e impróprias). Op. cit, nota de rodapé n. 56, p. 41.

<sup>187</sup> Neste sentido: NUVOLONE, Pietro. O sistema do direito penal, p. 184/185.

<sup>188</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 22.

<sup>189</sup> Idem, p. 23.

<sup>190</sup> "Art. 458. 1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses".

Esta distinção – conforme a observação de Martinez Pérez<sup>191</sup> - comumente empregada por parte da doutrina italiana, coincide com aquela utilizada por uma parte das doutrinas espanhola e alemã, na hora de estabelecer o critério básico de diferenciação, sendo as condições extrínsecas constituídas por elementos que não afetam a vulneração do bem jurídico tutelado pela norma, limitando-se a refletir motivos de oportunidade, conectados a um interesse externo. Já as condições intrínsecas são determinadas circunstâncias que qualificam ou atualizam a lesão do interesse protegido, que já se havia produzido, de forma implícita ou potencialmente, com a realização dos elementos do tipo.

Desse modo, poder-se-ia concluir que existe um paralelo entre as distinções próprias e impróprias, e as extrínsecas e intrínsecas, pois, em resumo, “(...) a condição será própria ou extrínseca quando por razões de proporcionalidade e por interesse alheio aos bens jurídicos concretos se restringe à punibilidade; deverá, em troca, qualificar-se de imprópria ou intrínseca uma circunstância, quando atualize interesses tutelados pelo delito ou próximos a ele, fundamentando o desvalor ético-social do fato e lesionando o princípio de culpabilidade”<sup>192</sup>.

Porém, Carlos Martinez Pérez<sup>193</sup>, não admitindo tal semelhança, argumenta que esta correlação não se sustenta, quando se observa que o reflexo da dicotomia da doutrina italiana, em face da compatibilidade com o princípio da culpabilidade, o que não se verifica na divisão em próprias e impróprias - que delimitam com clareza que as primeiras - são puras causas de

---

<sup>191</sup> Op. cit., p. 41.

<sup>192</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. Cit., p. 27.

<sup>193</sup> Op. cit., p. 41 e ss.

limitação da pena e as segundas circunstâncias que restringem o princípio da culpabilidade. É que, para este autor, a doutrina italiana não conhece a distinção entre próprias e impróprias, no sentido empregado por alguns autores alemães e espanhóis<sup>194</sup>. A diferença salvo posturas isoladas, é que, para estes doutrinadores, existe acordo sobre a identificação das concretas condições de punibilidade e sobre sua ubiquação em um ou outro grupo, o que não é o caso dos autores italianos, cujo ponto de vista é bastante variável<sup>195</sup>.

Assim, ainda conforme o entendimento de Martinez Pérez, a distinção entre condições extrínsecas e intrínsecas, de um setor da doutrina italiana, não representa um correlato da divisão em próprias e impróprias e, por outro lado, carecem de utilidade desde a perspectiva conceitual, não somente pela enorme disparidade de opiniões existentes sobre os critérios, como também porque o ponto de partida desta distinção não acrescenta nada de novo à dicotomia proposta<sup>196</sup>.

Esta posição, contudo, é criticada por Caffarena<sup>197</sup>, pois tanto na Itália, como na Alemanha e Espanha, as condições pranteiam as mesmas dificuldades doutrinárias, e que o próprio Martinez Pérez, adota a classificação germana, para chegar a conclusões radicalmente diversas a de autores, que adotam a mesma classificação, como, por exemplo, Jescheck, que fundamenta a culpabilidade nas condições impróprias na idéia de risco. Por isso é que

---

<sup>194</sup> Idem, ibidem

<sup>195</sup> Idem, p. 43/44.

<sup>196</sup> Idem, p. 44/45.

<sup>197</sup> Op. cit., p. 27.

Caffarena<sup>198</sup> conclui que, a disparidade de opiniões não apresenta dificuldades para a utilização da mesma classificação, pois se a doutrina italiana não está de acordo sobre se há ou não lesão ao princípio de responsabilidade pessoal nas condições intrínsecas, por outro lado, não impede que possam se assemelhar com as impróprias propostas pela doutrina alemã.

Por fim, embora Caffarena prefira a dicotomia extrínseca e intrínseca para classificar os elementos condicionantes, e já admitindo que este tem razão quando pleiteia que, não há motivo para não admitir a existência de semelhanças incontestes, facilmente perceptíveis no fundamento utilizado pelos autores italianos, espanhóis e alemães que não adotam o tratamento unitário da matéria, em face da imperiosa necessidade de simplificar (no que for possível) o entendimento dogmático, é que a terminologia mais comumente utilizada pelos espanhóis e alemães, merece acolhida, assistindo razão, neste ponto, a Martínez Pérez, até porque já se tem notícia de que a própria doutrina italiana começa a acolher a divisão das condições objetivas de punibilidade em próprias e impróprias<sup>199</sup>, tornando possível afirmar que a classificação em duas categorias distintas e delineadas, serve para melhorar a compreensão e análise da estrutura dos elementos condicionantes na teoria do delito, ao que se deve acrescentar que permitem minimizar mais uma polêmica sobre o tema, não obstante a opinião daqueles que não optam pela classificação.

Mas, em que pese os argumentos invocados para a justificação de uma classificação, o próprio reconhecimento de que as condições

---

<sup>198</sup> Idem, ibidem.

<sup>199</sup> MARTINEZ PÉREZ, Carlos. Op. cit, nota de rodapé n. 56, p. 41.

objetivas de punibilidade impróprias violam o princípio da culpabilidade, já não recomenda sua aceitação dogmática. Noutra vertente, as divisões propostas, além de confusas, restam sem objeto prático, eis que, além de dificultarem a compreensão destas figuras, não se encaixam no conceito de condições objetivas de punibilidade, podendo configurar outra figura da teoria do delito, mas não uma excludente de punibilidade.

### **3.2.2 As concretas condições objetivas de punibilidade na legislação penal brasileira**

Não bastassem todas estas dificuldades, demonstrando quão instável é a esfera das condições objetivas de punibilidade, deve-se ainda ter presente que seu reconhecimento unânime, é muito inferior ao daquelas que tem a sua natureza discutida<sup>200</sup>, sendo realmente escassas as hipóteses que podem ser tratadas sob esta denominação, trazendo a questão de sua enumeração ao campo da ousadia, o que certamente traz mais polêmica ao tema. Esta realidade não permite concluir que seja possível criar um rol completo de todas as circunstâncias que se entendem como condições objetivas de punibilidade. Contudo, é necessário superar mais uma dificuldade, tomando a cautela de restringir a enumeração à luz da legislação pátria. Esta opção pela lei brasileira é adotada, com a pretensão de demonstrar que o legislador nacional também faz uso destas figuras, e que os critérios de identificação analisados, admitem identificar estas figuras, permitindo, inclusive, uma melhor apreciação do conteúdo

---

<sup>200</sup> MAURACH, Heinhart, op. cit., p. 297.

ora consignado<sup>201</sup>, mesmo assim as hipóteses a que se passa a abordar, certamente, encontram opositores.

Conforme recorda Heleno Cláudio Fragoso<sup>202</sup> na lei brasileira não há disposição sobre as condições objetivas de punibilidade, não obstante a doutrina em geral e a jurisprudência, afirmarem sua existência, ressaltando ainda que, da análise das figuras do delito previstas na parte especial, revela-se à existência de condições exteriores a conduta, das quais dependem a punibilidade.

Embora a maioria da doutrina brasileira admita a existência das condições objetivas de punibilidade, não há consenso sobre quais as hipóteses previstas em nosso ordenamento jurídico em que a punibilidade reste dependente de uma condição objetiva de punibilidade (sem olvidar daqueles autores que negam a existência destas ou incluem-nas dentre as condições de procedibilidade, ponto que será abordado em tópico específico adiante). Esta realidade pode ser percebida quando se observam alguns autores que, após discorrerem sobre o conteúdo destas figuras, procuram exemplificá-las, em face da lei penal pátria<sup>203</sup>.

Para Julio Fabbrini Mirabete<sup>204</sup> é exemplo de condição objetiva de punibilidade a sentença declaratória de falência em relação aos crimes falimentares, desde que a conduta não tenha sido a causa da quebra. Mirabete

---

<sup>201</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio, com base no conceito de SCHOENKE-SCHROEDER, afirma que somente é possível saber se determinada circunstância é condição de punibilidade ou característica do tipo diante de cada disposição de lei, e não de forma geral. Op. cit., p. 754.

<sup>202</sup> Op. cit., p. 756

<sup>203</sup> MARQUES, Jose Frederico, embora reconhecendo a existência das condições objetivas de punibilidade, asseverando que se trata de elemento extrínseco ao delito, na ligação deste com a sanção contida no preceito secundário da norma penal, não se utiliza de exemplos. Tratado de direito penal, vol. II, p. 35.

<sup>204</sup> Manual de direito penal, vol.1, p. 368.

não cita outros exemplos, limitando-se a consignar as hipóteses em que não se pode confundi-las com as condições de procedibilidade.

Juarez Cirino dos Santos<sup>205</sup> cita como exemplos, também a sentença declaratória de falência, em relação aos crimes falimentares, citando o artigo 186, do Decreto-lei 7.661/45<sup>206</sup>, o resultado de morte ou de lesão corporal grave no induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, hipótese prevista no artigo 122 do Código Penal<sup>207</sup>, mesmos exemplos mencionados por João Mestieri<sup>208</sup>, que faz a ressalva quanto aos crimes falimentares de que, os delitos ocorridos *antes* da sentença declaratória de falência têm nela uma condição de punibilidade, o mesmo não ocorrendo com eventuais crimes cometidos com a falência em curso, em que a declaração de quebra é pré-existente, que, neste caso, seria pressuposto necessário da punibilidade, mas não condição objetiva. Por sua vez Damásio Evangelista de Jesus<sup>209</sup> menciona as hipótese prevista no artigo 7º. § 2º, b e c, do Código Penal<sup>210</sup>.

Antonio Carlos Barandier<sup>211</sup>, em posição isolada na doutrina pátria, entende que o art. 83 da lei 9.430/96<sup>212</sup>, que condicionou o envio da

---

<sup>205</sup> Op. cit., p. 272.

<sup>206</sup> “Será punido o devedor com detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos...”

<sup>207</sup> “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

<sup>208</sup> Op. cit., p. 384.

<sup>209</sup> Direito penal, vol. 1, p. 590.

<sup>210</sup> “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes... § 2º. Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição”.

<sup>211</sup> Condição objetiva de punibilidade e crimes contra o sistema tributário, p. 13.

<sup>212</sup> “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério

representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, depois de proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência do crédito tributário correspondente, configura uma condição objetiva de punibilidade, argumentando que não há crime tributário sem a definição da existência de tributo, que no caso do citado art. 83 seria uma condição objetiva de punibilidade.

Já Luiz Regis Prado<sup>213</sup> é taxativo quanto às hipóteses da legislação brasileira, não se limitando a citar exemplos, mas sim enumerar as condicionantes objetivas em: sentença declaratória de falência no crime falimentar, prejuízo superveniente no delito do artigo 164 do Código Penal<sup>214</sup> e o resultado morte ou lesão grave no delito do artigo 122 do Código Penal. Finalizando, é dentre os autores pátrios, Heleno Cláudio Fragoso<sup>215</sup> aquele que apresenta o maior rol destas hipóteses, assinalando que estas existem claramente no artigo 122 do Código Penal; o prejuízo no crime do artigo 164 do Código Penal e a possibilidade de dano, nos crimes dos arts. 153<sup>216</sup> e 154<sup>217</sup>, também do Código Penal, concluindo com a assertiva de que a sentença declaratória de falência é condição objetiva de punibilidade, em relação aos crimes falimentares, nos quais a ação é anterior à sentença.

Tudo isto está a indicar que os autores pátrios - salvo poucas exceções - evitam elencar um rol taxativo, tendo em vista a grande probabilidade

---

Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

<sup>213</sup> Curso de direito penal brasileiro: parte geral, p. 487.

<sup>214</sup> “Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo”.

<sup>215</sup> Op. cit., p. 759.

<sup>216</sup> “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”.

<sup>217</sup> “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

de incorrerem em erro por deixar de trazer à baila alguma hipótese prevista em lei ou, por outro lado, reforçar a conclusão que a matéria não merece a atenção da doutrina, e ainda de que só é possível caracterizar estas figuras no caso concreto. Não obstante esta realidade é possível afirmar que as hipóteses que configuram condições objetivas de punibilidade em nosso ordenamento jurídico, são inferiores aquelas elencadas pelos autores citados. Cumpre assim observar, em um primeiro momento, as hipóteses da lei brasileira, que não configuram o que se considera condição objetiva de punibilidade.

### **3.2.2.1 Análise das aparentes condições objetivas de punibilidade**

Embora (com razão) não mencionado pelos autores pátrios pesquisados, se opta por iniciar a presente análise mencionando as hipóteses previstas no inciso II, do § 3º, do artigo 168-A e o § 2º do artigo 337-A, ambos do Código Penal<sup>218</sup>, por que sendo circunstâncias que limitam a punibilidade do agente a uma quantia a ser imposta pela previdência social, não podem ser confundidos com as condicionantes objetivas, somente porque condicionam a punibilidade – em um momento - objetivamente a um fator externo, independente do injusto culpável que, para que sobrevenha o advento da punibilidade, necessita de uma quantia previamente estabelecida.

---

<sup>218</sup> “§ 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se agente for primário e de bons antecedentes, desde que: II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais”;

“§ 2º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se agente for primário e de bons antecedentes, desde que: II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais”.

Na verdade o que ocorre na situação em exame é que, para a não aplicação da pena, ainda há dependência de um juízo subjetivo do magistrado, acrescida de uma conduta pós-delitiva positiva do agente, razão pela qual não pode ser considerada como condição objetiva de punibilidade, mas sim uma hipótese de perdão judicial<sup>219</sup>.

Também não se encaixam no conceito as hipóteses previstas nos arts. 153, 154 e 164 do Código Penal pátrio.

No caso dos arts. 153 e 154, aos quais Heleno Cláudio Fragoso considera a possibilidade de dano como uma condição objetiva de punibilidade, não subsiste tal entendimento posto que, a subsunção típica à norma, independe de uma circunstância externa ao injusto culpável, eis que se trata de crime formal que se consuma no momento da conduta, independente da superveniência de dano efetivo<sup>220</sup>, ou seja de um fato externo que faça depender a punibilidade da conduta.

Quanto ao art. 164, ao qual, mesmo reconhecendo a existência de posicionamentos divergentes, Luiz Regis Prado<sup>221</sup> considera que o causar prejuízo constitui condição objetiva de punibilidade, sem embargo, tal fato - por si só - não implica no reconhecimento da condicionante objetiva, até porque o próprio autor reconhece que trata a hipótese deste artigo de um tipo misto alternativo/anormal/congruente<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> Neste sentido: RIOS, Rodrigo Sanchez. Tutela penal da seguridade social, p. 38.

<sup>220</sup> DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida, op. cit., p. 333.

<sup>221</sup> Curso de direito penal brasileiro, volume 2, p.461.

<sup>222</sup> Idem, p. 460.

Na verdade, em face do que leciona Cezar Roberto Bitencourt, é possível concluir que a interpretação de Luiz Regis Prado, de que a hipótese prevista no art. 164 do Código penal brasileiro seria condição objetiva de punibilidade, não se sustenta, pois o “causar prejuízo”, descrito na norma em tela, é de fato um elemento normativo do tipo, reconhecendo que o tipo penal é composto de elementos descritivos, normativos e subjetivos<sup>223</sup>, portanto, como os elementos normativos “(...) são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma *atividade valorativa*(...)”<sup>224</sup>, o causar prejuízo resta devidamente caracterizado como um elemento normativo do tipo, pois implica em um juízo de valor, este juízo não é uma condição de punibilidade, somente por ser sua ocorrência um fato incerto porque faz parte do próprio tipo, não havendo supedâneo para seu reconhecimento como excludente de punibilidade.

Mais: o prejuízo referido neste art. 164 deve, obrigatoriamente, possuir um nexos com a conduta, e estar relacionado com o dolo do autor para a configuração do delito, o que não permite a interpretação de que seja uma condicionante objetiva, pois, “a diferença fundamental entre os requisitos ou resultados *objetivos* definidos como condições objetivas de punibilidade e os elementos objetivos do tipo é a seguinte: as condições objetivas de punibilidade não precisam ser apreendidas pelo dolo ou se relacionar com a imprudência do autor, enquanto os elementos objetivos do tipo de injusto devem ser apreendidos

---

<sup>223</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 199.

<sup>224</sup> Idem, p. 200.

pelo dolo ou se relacionar com a imprudência do autor”<sup>225</sup>. A não ser que se vislumbre as condições objetivas como elementos constitutivos do crime ou do tipo penal<sup>226</sup>, hipótese rechaçada neste trabalho, onde se compreende a condição objetiva de punibilidade como circunstância alheia à noção de delito e, conseqüentemente, do nexos causal. Outrossim, o elemento normativo do tipo, implica sempre uma valoração e, portanto, um certo grau de subjetivismo<sup>227</sup>, o que se contrapõe ao objetivismo requerido pela condicionante de punibilidade.

Acrescente-se ao raciocínio que ora se desenvolve que, em qualquer caso, a concorrência da condição de punibilidade foge ao controle do autor do fato, cuja ação não pode influir em que se dê ou não o resultado típico, ou seja, diferentemente do resultado típico, a condição objetiva de punibilidade não tem que ser abarcada pelo dolo e a culpa do agente, já que é independente de sua conduta e de sua vontade, tampouco, há de ter relação de causalidade – nem de imputação objetiva – entre a ação e a condição<sup>228</sup>.

Também não possui supedâneo considerar a hipótese do art. 83, da lei 9.430/96, como uma condição objetiva de punibilidade sob o argumento precípua de que não se configura o crime contra a ordem tributária<sup>229</sup> sem a

---

<sup>225</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 272.

<sup>226</sup> Hipótese repudiada por PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral, p. 482, nota de rodapé nº 9.

<sup>227</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. Op. cit., p. 273.

<sup>228</sup> LUZÓN-PEÑA. La punibilidad, p. 835.

<sup>229</sup> A lei 8137, de 27 de dezembro de 1990, em seu Cap. I, trata dos crimes contra a ordem tributária, prevendo-os, em seus arts. 1º e 2º: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de

definição da existência de tributo, que em face do art. 83 seria uma condição objetiva de punibilidade. Tanto no crime previsto no art. 1º, como no art. 2º da lei 8.137/90, deve ficar claro ao exegeta que não se verifica a condicionante objetiva, posto que no primeiro caso, são descritos crimes de dano, crimes materiais, onde o resultado danoso se realiza posteriormente à conduta do agente, tal conduta constitui o meio pelo qual o resultado<sup>230</sup> poderá ou não ser produzido, restando a conclusão de que as condutas descritas no art. 1º, que é um único crime com ação múltipla<sup>231</sup>, não são suficientes para a consumação do crime, cuja efetivação depende da supressão ou redução de tributo<sup>232</sup>. Mas, neste caso, o elemento “tributo” é normativo e, portanto faz parte do tipo, não sendo uma condicionante, somente porque seu advento pode ser posterior a conduta do agente.

No segundo caso (art. 2º), embora já se tenha ressaltado que há uma certa dificuldade quanto a sua interpretação, reconhece-se que, em sua maioria, são crimes formais ou de mera conduta, sendo certo que o *caput* deste artigo estatui que constitui crime da mesma natureza do art. 1º a prática das ações

---

mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornece-la em desacordo com a legislação; Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao entendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inc. V. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa da que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

<sup>230</sup> ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária, coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva, p. 50

<sup>231</sup> Idem, ibidem.

<sup>232</sup> Idem, ibidem.

previstas em seus diversos artigos<sup>233</sup>, restando o fundamento utilizado para concluir que no caso do art. 1º da lei 8.137/90, não configura uma condição objetiva de punibilidade, somente pelo fato de que a supressão ou redução do tributo pode ser posterior a conduta, já devidamente analisada, aproveitando-se para ambas as hipóteses de crime tributário previstas na lei penal pátria<sup>234</sup>.

Sem embargo, estas hipóteses supra analisadas, que uma parte da doutrina admite como circunstâncias que caracterizam uma condição objetiva de punibilidade, não podem subsistir, pois, conforme se buscou demonstrar, ou são elementos do próprio injusto típico penal ou são confundidas com as chamadas condições de procedibilidade, que pertencem ao direito processual. Em qualquer caso não são condições objetivas de punibilidade.

Ficam assim esclarecidos os motivos pelos quais estas hipóteses ora descritas – apesar dos entendimentos dissonantes – não podem ser compreendidas como condições objetivas de punibilidade, pois faltam-lhe basicamente os requisitos marcantes desta modalidade excludente de punibilidade: são independentes do dolo e da culpa, não possuem nexo causal entre conduta e resultado e são exteriores ao injusto culpável.

### **3.2.2.2 As condições objetivas de punibilidade na lei penal brasileira**

---

<sup>233</sup> SOUZA, Nelson Bernardes de, Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo, p. 95.

<sup>234</sup> A doutrina brasileira, em sua maioria, entende ser a hipótese do art. 83, da lei 9.430/96, como uma condição de procedibilidade, posição que corrobora a linha adotada neste trabalho. Neste sentido vejam-se: TORON, Alberto Zacharias e TORIHARA, Edson Junji. Crimes tributários e condição de procedibilidade, p. 8; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei nº 9.430/96 – Artigo 83, p. 4. ROSENTHAL, Sergio. A lei 9.430/96 e os crimes tributários, p. 8; SANTOS JR. Belisário dos. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal contra a ordem tributária, p. 5; MACHADO, Hugo de Brito. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária, p. 231 e ss., dentre outros.

Apesar do reconhecimento das figuras aqui mencionadas como condições objetivas de punibilidade, esta explanação não significa que se tenha terminado um rol destas em nosso ordenamento jurídico, eis que, como já foi consignado, além da divergência de opiniões sobre o tema, é o caso concreto quem melhor permite caracterizar a existência ou não de uma condicionante objetiva, mas sempre se tendo em conta que esta age como verdadeiro limitador da punibilidade, caso contrário, se uma determinada circunstância funciona como um ampliador do alcance do punível, não poderá ser considerada como uma presunção de que se esteja diante de uma excludente de punibilidade.

Neste contexto é que se conclui, quanto à lei penal brasileira, que somente podem ser consideradas verdadeiras condições objetivas de punibilidade a sentença de falência, em relação aos crimes falimentares e a exigência de que os crimes cometidos no estrangeiro sejam puníveis também no país em que foi praticado, bem como estar tal crime incluído dentre aqueles em que a lei pátria autoriza a extradição.

Note-se que, nestas situações, a punibilidade dependerá, inapelavelmente, de elementos do fato punível localizados fora do tipo de injusto, independentes da culpabilidade, mas “(...) previstos no complexo típico como manifestação da valoração de sua punibilidade(...)”<sup>235</sup>, fazendo depender a punibilidade do fato, bem como a possibilidade da participação<sup>236</sup>. Acrescente-se ainda que estas circunstâncias não se encaixam na concepção clássica de injusto

---

<sup>235</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 200.

<sup>236</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 508.

culpável, tampouco dependem de uma circunstância posterior ao fato, senão ao contrário.

A exigência de sentença declaratória de falência (reconhecidamente uma condição objetiva de punibilidade), no caso do crime falimentar, não está descrita na norma incriminadora, mas condiciona a punibilidade, limitando-a, em face da necessidade da sentença.

Assim, é possível concluir, com base no entendimento de Juarez Tavares que, para uma melhor compreensão do alcance desta restrição, deve-se ter presente que “(...) a declaração de falência continua sendo uma condição objetiva de punibilidade também nos crimes pós-falimentares, de tal sorte que se essa sentença, por algum motivo for reformada ou anulada, embora os fatos se tenham consumado, restarão impuníveis(...)”<sup>237</sup>, posto que uma das principais características das condicionantes objetivas é justamente a limitação da punibilidade<sup>238</sup>, não havendo motivos para estende-la nos casos de reforma ou anulação da sentença declaratória de falência, pois se o dolo e a culpa a ela (condição objetiva) não diz respeito, não se justifica a punição quando por qualquer situação a causa excludente de punibilidade deixar de subsistir.

Partindo do raciocínio desenvolvido no tema investigado, é que se corrobora com Damásio Evangelista de Jesus e Luiz Flavio Gomes<sup>239</sup>, quando estes citam como exemplo de condicionante objetiva, as hipóteses

---

<sup>237</sup> Teoria do injusto penal, p. 204.

<sup>238</sup> Assim: ANTONINI, Elisabeta. La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazioni in tema di rapporti fra incesto e violenza carnale presunta, p. 1281; QUINTERO OLIVARES, Gonzáles, citado por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, que também compartilha tal entendimento. La punibilidad, p. 835.

<sup>239</sup> Direito Penal: parte geral, p. 227.

previstas no art. 7º do Código Penal brasileiro<sup>240</sup>, § 2º, alíneas “b” e “c”, que restringem a punibilidade dos crimes cometidos no estrangeiro a ser o fato também punível no país em que foi praticado, bem como estar incluído entre aqueles em que se autoriza a extradição, quando admite que, por vezes, “a punibilidade ou pretensão punitiva pode estar sujeita a determinadas circunstâncias”<sup>241</sup> que impõem limites a punibilidade, e que em nada se relacionam com o injusto culpável.

Tal exigência da lei penal brasileira é claramente um limitador da punibilidade, que independe do dolo, cingindo-se a uma circunstância objetiva, que deve existir no momento em que o injusto culpável já está caracterizado, mas não autoriza o advento da punibilidade, razão pela qual deve ser reconhecida como uma condição objetiva de punibilidade.

### **3.3 As causas pessoais de exclusão da pena (escusas absolutórias)**

Quanto à fundamentação das hipóteses consideradas como causas excludentes de punibilidade, é possível asseverar que estas só constituem uma unidade quando se reconhece que ambas, em determinados casos, excluem a pena ou sua agravação. Contudo, do ponto de vista teleológico, não é possível lhes dar unidade, pois tanto as condições objetivas de punibilidade, quanto às causas pessoais de exclusão da pena, trazem em si supostos muito heterogêneos. Porém, quando se trata de buscar fundamentos para estas figuras

---

<sup>240</sup> “Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro (...) II – os crimes: § Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições (...) b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição”.

<sup>241</sup> Direito Penal, vol. 1, p. 589.

a doutrina tem recorrido aos princípios de política criminal, política jurídica, merecimento e necessidade de pena<sup>242</sup>, e até incluindo-as dentro das normas secundárias, argumentos já analisados no presente trabalho, onde se concluiu que os critérios de conveniência, oportunidade ou utilidade, ao lado da política criminal estão em um primeiro plano de discussão, para a fundamentação da categoria<sup>243</sup>.

Ao contrário das condições objetivas, as causas pessoais de exclusão da pena, embora, por vezes, delimitadas por uma parte da doutrina sob outras denominações (escusas absolutórias, fundamentos excludentes de pena), comporta uma menor objeção doutrinária quanto a sua existência e ubiquação sistemática na teoria do delito.

Conforme observa Carlos Martinez Pérez<sup>244</sup> as condições objetivas de punibilidade genuínas se encontram estreitamente vinculadas às chamadas causas pessoais de exclusão da pena<sup>245</sup> (terminologia que embora não utilize o termo punibilidade, possui o mesmo significado). Esta vinculação emana da idéia (subtraída da doutrina alemã dominante) de que em ambos os casos se tratam de pressupostos materiais da punibilidade situados fora do injusto e da culpabilidade, equiparados na estrutura da teoria do delito, recordando que na doutrina alemã é comum distinguir as causas pessoais de exclusão da pena, em uma outra categoria, chamada causas pessoais de liberação de pena<sup>246</sup>.

---

<sup>242</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 95.

<sup>243</sup> Não obstante seja sempre necessário lembrar a possibilidade de que podem existir excludentes de punibilidade que possuem fundamento diverso da conveniência, oportunidade ou utilidade.

<sup>244</sup> Las condiciones objetivas de punibilidad, p. 91.

<sup>245</sup> Idem, destacando que a doutrina italiana usa a terminologia causas de não punibilidade e a espanhola escusas absolutórias, mas que esta terminologia não significa que atendam a um mesmo conceito sobre o que a doutrina alemã chama de causas pessoais de exclusão da pena. Idem.

<sup>246</sup> Idem, p. 92.

Embora - assim como nas condições objetivas de punibilidade - também exista, no âmbito das causas pessoais de exclusão da pena, autores que utilizam classificações<sup>247</sup> que as subdividem, a questão terminológica (se o termo causa pessoal de exclusão da pena, ou escusas absolutórias ou outro) apresenta outras dificuldades, que não existem nas condições objetivas, cuja terminologia não comporta os problemas que surgem na busca de uma classificação como nas causas pessoais de exclusão da pena<sup>248</sup>.

Neste caso, a falta de unidade na doutrina sobre o termo que melhor as definem, termina por instaurar outro ponto de confusão no momento de discerni-las de outras figuras. Desta realidade é que Patricia Faraldo Cabana<sup>249</sup> sustenta que a denominação escusas absolutórias não é tão clara quanto aquela habitualmente utilizada na doutrina alemã, entre causas de exclusão da pena (*Strafausschließungsgründe*) e as causas de liberação ou anulação da pena (*Strafaufhebungsgründe*), ressaltando que a doutrina espanhola tradicionalmente utiliza o termo escusas absolutórias<sup>250</sup> para definir os diversos supostos de circunstâncias coetâneas e posteriores a comissão do delito recolhidas expressamente pelo legislador com efeitos de isenção ou levantamento da pena, inclusive atenuação<sup>251</sup>. Neste caso argumenta a autora que, o termo causa de

---

<sup>247</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 42.

<sup>248</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, acrescenta ainda outro problema o de que a catalogação e classificação das causas pessoais de exclusão de punibilidade (que trata como escusas absolutórias) são das mais difíceis, pois em nenhum ordenamento jurídico estas figuras estão taxativamente enumeradas na parte geral, com exceção do Código Penal do Uruguai. Curso de derecho penal, t. I, p. 406 a 408. No mesmo sentido ASUA, Luis Jiménez. Op. cit., p. 433.

<sup>249</sup> Op. cit., p. 43 e ss.

<sup>250</sup> Para outros as verdadeiras escusas absolutórias seriam as causas de levantamento de pena e as causas pessoais de exclusão da pena. FARALDO CABANA, Patricia, op. cit., nota de rodapé n. 3, p. 44. Vide por todos: MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 102 e ss.

<sup>251</sup> Neste sentido é a posição de MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes, que consideram como escusas absolutórias no atual Código Penal da Espanha o artigo 480, 1 (que

liberação de pena seria uma escusa absolutória posterior<sup>252</sup>, o que sugere para aqueles que preferem a terminologia escusas absolutórias – sem reconhecer as causas de levantamento de pena - duas espécies de escusas: coetâneas e posteriores.

Discorrendo sobre a classificação das escusas absolutórias Octavio Garcia Pérez<sup>253</sup> acrescenta que o setor da doutrina que as distingue em duas espécies (em sentido estrito e posteriores ou supervenientes), o fazem por uma questão de ordem cronológica, pois as primeiras concorrem ao tempo da realização do fato (o que Patricia Faraldo Cabana chama de coetâneas) e as segundas após a execução deste. Citando Jiménez de Asúa, que justifica esta divisão, assinalando que se, nas autênticas escusas absolutórias, se trata de um perdão legal, e que estas não de ser anteriores ao fato que reúne todas as características do delito - salvo a pena que se perdoa pela lei e não posteriores a ela - Garcia Pérez, entende que “(...) as circunstâncias posteriores que eximem de pena não constituem escusas absolutórias em sentido estrito. Nestas ‘o que se perdoa é a pena; libera-se dela em virtude de uma conduta posterior aos fatos qualificados como delito’. Sem embargo – segue o autor – eles não impedem que se incluam estas circunstâncias no aspecto negativo da punibilidade”<sup>254</sup>.

---

deixa isento de pena o implicado na rebelião que a revelar a tempo de poder evitar suas conseqüências); os arts. 305, 4, 3 e 308,4 (que declaram isento de responsabilidade penal ao que regularize sua situação tributária ou ante a seguridade social, ou reintegre as quantidades recebidas em conceito de subvenção pública, antes da notificação de uma inspeção ou da interposição de denúncia ou queixa); e o artigo 268,1 (que declara isentas de responsabilidade determinadas pessoas, por razão de seu parentesco com o sujeito passivo, em alguns delitos contra o patrimônio); artigo 16, I (desistência na tentativa); arts. 56,3º e 71, 1º da Constituição (imunidade do Chefe de Estado e dos parlamentares). Derecho penal, p. 419/420.

<sup>252</sup> Op. cit., p. 43.

<sup>253</sup> Op. cit., p. 42 e ss.

<sup>254</sup> Idem, p. 43.

Na Alemanha o termo causas de exclusão da pena é utilizado para as escusas absolutórias em sentido estrito e para as escusas posteriores, causas de anulação de pena<sup>255</sup>. Na Itália costuma-se admitir uma classificação (similar à alemã) que se vale da ordem cronológica utilizando os termos: causas originárias de não punibilidade (ou causas de não punibilidade em sentido estrito) e causas supervenientes de não punibilidade<sup>256</sup>.

Apesar destas divergências de ordem terminológica, o que se observa é que a doutrina se limita a reconhecer duas categorias bem distintas de escusas absolutórias: uma que deve concorrer ao tempo do fato e outra após<sup>257</sup>. Uma exceção a esta classificação pode ser encontrada em um dos poucos trabalhos monográficos sobre as escusas absolutórias conhecidos, elaborado por Juan Felipe Higuera Guimera<sup>258</sup>, que busca realizar uma grande classificação sistemática destas figuras subdividindo-as em oito modalidades: 1) preexistentes a comissão do delito; 2) posteriores; 3) pessoais; 4) objetivas; 5) que guardam certa analogia com o injusto; 6) que guardam certa analogia com a culpabilidade; 7) facultativas; 8) totais. Contudo esta classificação não resta devidamente justificada, tampouco permite facilitar a compreensão ou fundamento destas figuras, até porque a própria extensão da classificação (oito modalidades) já comprova um preciosismo excessivo e desnecessário, não justificando sua adoção, quer pelo próprio descomedimento de divisões, quer por não acrescentar nenhuma utilidade prática ou teórica. Estas diferentes posições terminológicas,

---

<sup>255</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit. p. 500 e 501.

<sup>256</sup> VASSALI, Giuliano. Cause di non punibilità, p. 629 e ss. e 635 e ss.

<sup>257</sup> RODRIGUEZ RAMOS, Luis, classifica-as em dois tipos bem distintos: as escusas absolutórias que impedem a reprovação da conduta, sendo todas as demais correspondentes a comportamentos pós delitivos. Compendio de derecho penal, p. 228.

<sup>258</sup> Op. cit., p. 105 e ss.

refletidas sobre a classificação suscitam a interessante questão sobre o momento a que se refere à punibilidade<sup>259</sup>.

Começando pelo ponto de maior convergência existente na doutrina, o de que as excusas absolutórias estão situadas fora do injusto culpável, é possível corroborar com Octavio Garcia Pérez, quando este assevera que, “(...) o injusto se fixa a partir da consumação. Uma vez realizados todos os elementos do tipo, fica constituído o injusto. Também a culpabilidade fica constituída com a consumação na medida em que a concebe como culpabilidade pelo injusto realizado. O problema que surge é determinar se sucede o mesmo com respeito à punibilidade. Nesta direção pareceria apontar a definição separada das causas de anulação de pena que viriam a eliminar uma punibilidade já existente”<sup>260</sup>. Para este autor, não parece que esta bipartição tenha por finalidade resolver esta questão, pois no caso das condições objetivas de punibilidade estas podem ser posteriores a comissão do fato, e enquanto não apareça o fato não é punível. Já no caso das causas de anulação de pena, se estas eliminam a punibilidade, ainda que seja retroativamente, esta seria em todo caso provisional<sup>261</sup>. Neste caso conclui Garcia Pérez<sup>262</sup>, que atualmente um importante setor da doutrina tem se manifestado contra esta bipartição, sob o argumento de ser esta um dado puramente externo, irrelevante do ponto de vista dogmático, não respondendo as diferenças nas conseqüências jurídicas e em sua imputação, impondo-se cada vez mais na Alemanha a distinção entre causas de exclusão da pena pessoais e

---

<sup>259</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio. Op. cit., p. 44.

<sup>260</sup> Idem, ibidem.

<sup>261</sup> Idem, p. 44/45.

<sup>262</sup> Idem, p. 45.

objetivas. As primeiras somente se aplicam aos intervenientes no fato em que concorram, e as segundas afetam a todos, da mesma forma que as condições objetivas, concluindo que os autores que as admitem põem em questão o dogma do caráter pessoal das causas de exclusão da pena.

É justamente este caráter pessoal, aliado ao fato de que para que concorra uma escusa absolutória (causa pessoal de exclusão da pena) esta deve existir antes ou durante o *iter criminis*, impossibilitando o advento da punibilidade, independentemente da vontade do agente, pois independem do dolo, que permitem discernir quando estas se aplicam. Caso não cumpridos estes requisitos pode-se estar diante de outra figura, mas seguramente não uma escusa absolutória (causa pessoal de exclusão da pena). Mas esta assertiva está longe de ser pacífica.

Dentre os autores espanhóis (que tem preferência pelo termo escusas absolutórias) é possível verificar uma tendência em considerar como escusa absolutória às hipóteses da lei que declaram isento de responsabilidade penal aquele que regularize sua situação tributária ou ante a seguridade social, ou reintegre as quantidades recebidas em conceito de subvenção pública, antes da notificação de início da fiscalização ou da interposição de denúncia ou queixa<sup>263</sup>, hipótese prevista com algumas diferenças, mas com o mesmo sentido na legislação brasileira, no artigo 34 da lei 9.249/95<sup>264</sup>, e nos §§ 2º e 3º do artigo 168-

---

<sup>263</sup> Neste sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes, op. cit. p. 420; CEREZO MIR, Jose, Derecho penal, parte general (lecciones 26-40), p. 240; BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico, p. 260 e ss, dentre outros.

<sup>264</sup> “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729/65, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

A do Código Penal<sup>265</sup>. Esta realidade pode estar conectada a advertência de Patricia Faraldo Cabana<sup>266</sup> - ao qual se necessita retornar - de que a doutrina tradicional espanhola enquadra os diversos supostos de circunstâncias coetâneas e posteriores a comissão do delito com efeitos de isenção ou liberação de pena (inclusive atenuação), ao fenômeno conhecido por escusa absolutória. Isto porque separa as excusas absolutórias (Faraldo prefere o termo causas pessoais de exclusão da pena), das causas de levantamento da pena, distinguindo-as pelo momento em que o agente finaliza a execução do delito, pois as excusas absolutórias concorrem durante a execução do delito (ou preexistem a ele), evitando que surja a punibilidade, enquanto que as causas de liberação de pena são posteriores a realização do fato delitivo e supõe a existência de um injusto culpável e punível<sup>267</sup>.

Esta constatação supra mencionada pode ser observada nas conclusões de Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo<sup>268</sup>, quando estes comentam o artigo 305.4 do Código Penal espanhol, que isenta de responsabilidade penal ao sujeito que regularize sua situação tributária uma vez consumado o delito e cumpra com suas dívidas não satisfeitas: 1) antes que a administração lhe haja notificado a iniciação de atuações de comprovação; 2) antes de ter conhecimento formal de qualquer tipo de atuação penal (denúncia ou queixa); 3) antes de ter

---

<sup>265</sup> “§ 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento de contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”.

“§ 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário de bons antecedentes, desde que: I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios.

<sup>266</sup> Op. cit., p. 44 e ss.

<sup>267</sup> Op. cit., p. 43 e ss.

<sup>268</sup> Op. cit., p. 262/263.

conhecimento formal da iniciação de diligências por parte do Ministério fiscal ou do Juiz da instrução. Reconhecem estes autores que esta norma torna possível até a exclusão de sanções previstas na lei tributária mesmo que o delito se tenha consumado, sendo considerada escusa absolutória, que se consuma no momento da liquidação definitiva do débito fiscal e ainda, que em face de que tal ato jurídico-tributário se produz, segunda cada tributo, em momentos díspares, pode ocorrer que os pagamentos realizados pelo contribuinte constituam alguns casos regulados pelo citado artigo 305.4 e, portanto, escusa absolutória, e em outros configurando a desistência da tentativa, com as conseqüências que acarretam apreciar ambas categorias dogmáticas.

Na forma como entendem a hipótese supra, tais doutrinadores, supostamente escorados pela doutrina dominante<sup>269</sup>, pretendem estender por demasiado o alcance do que se compreende por escusas absolutórias, bem como introduzir requisitos estranhos à personalidade e a objetividade, quando sugerem a introdução de aspectos subjetivos, quais sejam, atos positivos de vontade dos agentes, espontâneos sim, mas que não existem no momento da consumação do delito, não podendo ser tratado como escusa absolutória, entendimento que pode trazer reflexos em questões importantes da teoria do delito como o erro e a participação que serão vistos oportunamente.

---

<sup>269</sup> Segundo estes autores a doutrina dominante, também entende a hipótese em tela como sendo escusa absolutória, p. 261. No que são corroborados por CEREZO MIR, Jose. Derecho penal, parte general (lecciones 26-40), p. 240, MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ÁRAN, Mercedes. Op. cit., p. 419/420; dentre outros.

Porém, esta posição pode ser plenamente justificada para aqueles autores como Enrique Bacigalupo<sup>270</sup>, que dividem as escusas absolutórias em duas classes de fundamentos pessoais que podem excluir a punibilidade ou liberá-las. As primeiras excluem *ab initio* a punibilidade e as demais em face da punibilidade pela comissão do delito liberam de pena. As primeiras têm vigência eminentemente pessoal, relacionam-se ao próprio autor, não beneficiando a nenhum outro partícipe, as segundas – uma categoria de escusas – também são fundamentos pessoais que liberam a punibilidade e são circunstâncias posteriores à realização do fato, citando como exemplo a desistência voluntária da tentativa, reconhecendo que se trata na verdade, juntamente com as condições objetivas de punibilidade, de um recurso do legislador para limitar a punibilidade<sup>271</sup>. O mesmo pode ser observado no entendimento de Quintero Olivares<sup>272</sup>, que embora não chegue a sugerir uma classificação, é bastante claro quando divide as escusas absolutórias em situações onde concorre algo que reside na pessoa do autor do delito (o parentesco) ou que este faz (pagar, abandonar sua atitude), preocupação que outros autores não tem<sup>273</sup>.

Estas observações buscam demonstrar que as divergências terminológicas acabam por erigir novos obstáculos à compreensão destas figuras, eis que, conforme já consignado, não há diferença significativa entre os termos escusas absolutórias (mais comuns no Brasil e Espanha) e causas pessoais de exclusão da punibilidade (mais comuns na Alemanha), desde que não se estenda

---

<sup>270</sup> Lineamentos de la teoría del delito, p. 96.

<sup>271</sup> Idem, p. 99.

<sup>272</sup> Op. cit., p. 446/447.

<sup>273</sup> Como por exemplo, CALÓN, Eugênio Cuello, que basicamente tem a mesma concepção de escusas absolutórias, mas não faz sequer uma referência classificatória. Derecho penal, tomo I, p. 594/597.

demasiadamente, como faz a doutrina espanhola majoritária o conceito de escusas absolutórias, ao tratar como uma única espécie causas de liberação de pena - que exigem um comportamento positivo posterior ao delito - e escusas absolutórias, como uma única figura (sem olvidar que há autores que nem esta distinção fazem) por tais motivos, neste caso, deve-se concordar com Patrícia Faraldo Cabana<sup>274</sup>, conforme já ressaltado, que a denominação utilizada pelos alemães (causas de exclusão da pena e causas de liberação ou anulação de pena) é mais clara que aquela utilizada pelos brasileiros e espanhóis.

O efeito desta realidade é que um grupo de figuras não semelhante é tratado sob um mesmo termo, porém comportando divergências que não justificam esta abordagem com idêntica terminologia, dificultando a compreensão destas figuras, bem como sua aplicação ao caso concreto, culminando tal problemática no momento em que se pretende estabelecer quais as hipóteses que devem ser consideradas sob o termo escusas absolutórias, demonstrando que o desencontro da doutrina neste sentido impressiona.

O que existe é que, nos casos baseados em comportamentos posteriores a infração da norma, os critérios que se buscam para justificar estas figuras não encaixam na concepção tradicional do injusto culpável. Daí concordar que a divisão da doutrina alemã resta mais clara, quando separa causas pessoais de exclusão da pena das causas de anulação ou liberação da pena.

Jescheck<sup>275</sup> é bastante esclarecedor quando - sob o título “classes de exceções pessoais à punibilidade” - destaca dois grupos bem

---

<sup>274</sup> Op. cit., p. 43 e ss.

<sup>275</sup> Op. cit., p. 501.

distintos: as causas pessoais de exclusão da pena; causas pessoais de anulação de pena. As primeiras como sendo certas circunstâncias contrárias a punição que devem concorrer ao tempo do fato, incluindo como exemplo a inviolabilidade dos parlamentares (arts. 46 I GG e § 36 StGB<sup>276</sup>), a impunidade dos informes parlamentares verazes<sup>277</sup> (§ 37 StGB<sup>278</sup>); e as segundas são circunstâncias que não se produzem até depois de haver se realizado a ação punível e eliminam o caráter retroativo a punibilidade já existente, exemplificando com a desistência da tentativa nos §§ 24<sup>279</sup>, 31<sup>280</sup> e 159<sup>281</sup>. Finalizando admite que a anistia, o indulto e

---

<sup>276</sup> “Aos membros do parlamento Federal, da Assembléia Federal ou de um órgão legislativo de qualquer dos Estados não se poderá exigir responsabilidade em nenhum momento, fora da instituição, por razão de seus votos ou de suas declarações realizadas na instituição ou em uma de suas comissões. Isto não se contemplará no caso de ofensas caluniosas” (§ 36. A los miembros del Parlamento Federal, de la Asamblea Federal o de un órgano legislativo de cualquiera de los Estados no se les podrá exigir responsabilidad en ningún momento, fuera de la institución, por razón de sus votaciones o de sus declaraciones realizadas en la institución o en una de sus comisiones. Esto no se contemplará en el caso de ofensas calumniosas).

<sup>277</sup> Neste caso JESCHECK ressalta que constitui igualmente uma causa de exclusão da pena, que oferece a particularidade de não atuar pessoalmente, mas sim objetivamente, favorecendo os intervenientes. Op. cit, p. 501.

<sup>278</sup> “As atas fidedignas das sessões públicas das instituições assinaladas no § 36 ou de suas comissões estarão isentas de responsabilidade” (§ 37. Las actas fidedignas de las sesiones públicas de las instituciones señaladas en el § 36 o de sus comisiones estarán exentas de responsabilidad).

<sup>279</sup> “I. Por razão da tentativa não incorrerá em pena alguma o que voluntariamente renuncie à permanência na realização do fato ou impeça a sua consumação. Se o fato, sem intervenção do que renuncia, não é consumado, tampouco se incorrerá em pena quando o autor se esforce voluntária e sinceramente em impedir a consumação. II. Quando concorrerem vários partícipes na realização do fato, não incorrerá em pena alguma o que, em grau de tentativa, impeça voluntariamente a consumação. Sem embargo, basta para não ocorrer na pena o que voluntária e sinceramente se esforce em impedir a consumação, quando o fato sem sua intervenção não seja consumado, ou independentemente de sua anterior cooperação seja cometido”. (§24 I. Por razón de la tentativa no incurrirá en pena alguna el que voluntariamente renuncie a la permanencia en la realización del hecho o impida su consumación. Si el hecho, sin intervención del que renuncia, no es consumado, tampoco se incurrirá en pena cuando el autor se esfuerce voluntaria y sinceramente en impedir la consumación. II. Cuando concurren varios partícipes en la realización del hecho, no incurrirá en pena alguna el que, en grado de tentativa, impida voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para no incurrir en pena el que voluntaria y sinceramente se esfuerce en impedir la consumación, cuando el hecho sin su intervención no sea consumado, o independentemente de su anterior cooperación sea cometido).

<sup>280</sup> “I. De acordo ao § 30 não incorrerá em pena o que voluntariamente

1. renuncie ao intento de convencer a outro para cometer um delito e evite o perigo verossímil de que o outro cometa o delito,
2. depois de haver-se declarado disposto a delinquir, renuncie a seu propósito;

a prescrição da persecução penal oferecem uma dupla natureza, sendo também obstáculos processuais.

Por sua vez Muñoz Conde e García Arán<sup>282</sup>, sem realizar uma classificação quanto ao que entendem como escusas absolutórias, consideram que, no Código penal espanhol, estas são consideradas no artigo 480,1 (isenção de pena ao implicado em rebelião que revelar a tempo de poder evitar suas conseqüências); os arts. 305,4, 307,3 e 308,4 (que declaram isento de responsabilidade penal ao que regularize sua situação tributária ante a Seguridad Social, ou reintegre as quantidades recebidas em conceito de subvenção pública, antes do início da fiscalização ou da interposição de denúncia ou queixa); o artigo 268,1 (que declara isentas de responsabilidade a determinadas pessoas, por razão de parentesco com o sujeito passivo, em alguns delitos patrimoniais); a desistência voluntária da tentativa (artigo 16, 2) e a imunidade do Chefe de Estado e dos parlamentares (arts. 56,3° e 71,1° da Constituição).

Note-se que é possível ficar aqui a citar outros autores pesquisados, que poderiam em suas ilações restringir ou ampliar o número de

---

3. depois de haver convencido a comissão de um delito ou de haver aceitado o oferecimento de outro para delinquir, impeça o fato.

II. Se cessa a realização do delito sem intervenção do que renuncia, ou se comete independentemente do comportamento prévio deste, basta para não incorrer em pena seu esforço voluntário e sincero para impedir o delito". (§ 31 I. De acuerdo al § 30 no incurrirá en pena el que voluntariamente. 1. Renuncie al intento de convencer a otro para cometer un delito y evite el peligro verosímil de que el otro cometa el delito, 2. Después de haberse declarado dispuesto a delinquir, renuncie a su propósito, 3. Después de haber convenido la comisión de un delito o de haber aceptado el ofrecimiento de otro para delinquir, impida el hecho. II. Si cesa la realización del delito sin intervención del que renuncia, o se comete independentemente del comportamiento prévio de éste, basta para no incurrir en pena su esfuerzo voluntario y sincero para impedir el delito.)

<sup>281</sup> "Corresponderá aplicar os §§ 30, separado I, e 31, separado I, número 1 e separado II à tentativa de indução a uma declaração não jurada (§ 153) e a uma falsa declaração jurada (§ 156)". (§ 159. Corresponderá aplicar los §§ 30, apartado I, número 1 y apartado II a la tentativa de inducción a una declaración falsa no jurada (§ 153) y a una falsa declaración jurada (§ 156).

<sup>282</sup> Op. cit., p. 419/420.

figuras entendidas como escusas absolutórias ou causas pessoais de restrição de pena<sup>283</sup>, porque absolutamente não existe o mínimo consenso. Mesmo assim, com a divisão mais comumente utilizada pela doutrina alemã, resta mais claro para o exegeta onde encaixar as figuras que se compreendem dentro da esfera das escusas absolutórias (ou causas pessoais de exclusão da pena), até porque a diferença entre as posições supra citadas, já demonstra que seria impossível unir as conclusões que pairam sobre o tema, com vistas a chegar a um conceito único sobre quais as situações que, na verdade, configuram as escusas absolutórias.

Na doutrina brasileira este problema quanto à classificação não se verifica, pois, guardadas as exceções<sup>284</sup>, o termo escusas absolutórias é adotado quase unanimemente e os autores não optam por uma classificação. Por outro lado, são quase inexistentes os estudos da doutrina pátria, que dedica ainda menos espaço as escusas absolutórias do que as condições objetivas de punibilidade.

Segundo Fragoso<sup>285</sup>, que utiliza o termo condições negativas da punibilidade do crime como sinônimo das escusas absolutórias, na lei brasileira, podem ser consideradas escusas absolutórias ,por exemplo, a imunidade penal absoluta nos delitos contra o patrimônio (arts. 181, I e II, Código Penal)<sup>286</sup> e a isenção de pena no favorecimento pessoal (artigo 348, § 2º, Código

---

<sup>283</sup> Aliás o próprio JESCHECK quando elenca suas conclusões faz a ressalva de que, para outros autores, o círculo das causas de anulação ou restrição de pena por ele traçado pode ser mais amplo. Op. cit., p. 502

<sup>284</sup> Como por exemplo, SANTOS, Juarez Cirino dos, que prefere o termo fundamentos excludentes de pena, dividindo-as em fundamentos ou circunstâncias de *isenção de* pena e fundamentos ou circunstâncias de *suspensão* da pena, op. cit, p. 272/273.

<sup>285</sup> Op. cit., p. 761.

<sup>286</sup> “artigo 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste Título, em prejuízo:

Penal)<sup>287</sup>. No que é corroborado por Luiz Regis Prado<sup>288</sup> e Damásio de Jesus<sup>289</sup>, acrescentando que estas são também chamadas de causas de exclusão ou de isenção de pena, onde não se associa pena por razões de utilidade pública, independentemente do injusto e da culpabilidade. Já João Mestieri<sup>290</sup>, cita como exemplo apenas a hipótese do artigo 181 do Código Penal, concluindo que as escusas são casos legais excepcionais, nos quais a impunibilidade é expressa, podendo sua ocorrência ser identificada na parte especial<sup>291</sup>.

Como se percebe, expressiva parte da doutrina pátria sequer cogita a hipótese da existência de escusas absolutórias surgidas após a consumação do delito<sup>292</sup>, o que facilita a compreensão destas figuras, pois embora não façam menção a doutrina que admite a existência de causas de levantamento ou supressão de pena, ou, conforme prefere a doutrina alemã causas de anulação da pena, limitando (como deve ser) as escusas como uma exceção de caráter pessoal à punibilidade, que não afetam o bem jurídico protegido, nem a comissão do delito, sendo uma condição existente antes do cometimento do delito<sup>293</sup>, sendo independente da vontade do agente.

---

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

“artigo 183.

<sup>287</sup> “§ 2º. Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.”

<sup>288</sup> Curso de direito penal brasileiro, p. 484.

<sup>289</sup> Op. cit., p. 591/592.

<sup>290</sup> Op. cit., p. 385.

<sup>291</sup> Deve-se recordar que somente o Código Penal do Uruguai em seu artigo 30, prevê as escusas absolutórias na parte geral. nota de rodapé nº 215.

<sup>292</sup> Exceção: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 272/273. Ressalvada a utilização do termo fundamento excludente de pena, ao invés de escusa absolutória.

<sup>293</sup> Não foi encontrado na doutrina pátria pesquisada o entendimento de que nas hipóteses tidas como escusas absolutórias o crime já não esteja consumado.

Isto significa que no Brasil a doutrina rechaça a hipótese mencionada por alguns de que o indulto, a anistia<sup>294</sup>, a graça e o perdão judicial<sup>295</sup> sejam hipóteses de escusas absolutórias<sup>296</sup>, pois nestes casos todas estas circunstâncias que impedem a punibilidade – em regra - surgem após o cometimento do delito, afastando a punibilidade sim, mas não podendo ser delimitada dentre as poucas hipóteses de escusas absolutórias.

Portanto, é possível asseverar que no ordenamento jurídico brasileiro, as hipóteses da imunidade penal absoluta nos delitos contra o patrimônio (arts. 181, I e II, Código Penal) e a isenção de pena no favorecimento pessoal (artigo 348, § 2º, Código Penal), configuram escusas absolutórias, pois preenchem os requisitos da natureza pessoal e da objetividade requeridos, bem

---

<sup>294</sup> Na lição de BATISTA, Nilo, comentando a lei 6638, de 28.ago.79 que propôs a anistia, esta se insere como espécie do que se chama direito da graça ao lado do indulto e da graça. As opiniões sobre oportunidade e eficácia do instituto divergem embora convirjam quanto à dificuldade de determinar seu cabimento em situações concretas, tendendo MARAT e JESCHECK a dizer que sua natureza tende para uma correção do direito. Entende ainda que “ao desconectar a pena do tipo o ato de graça extingue o caráter criminal do acontecimento”. Para o autor embora o legislador tenha inserido a anistia como extinção da punibilidade, sua natureza é de extinção do crime e todos os seus efeitos penais (mas não os civis), citando Aníbal Bruno.. Aspectos jurídico-penais da anistia, p. 33/37.

<sup>295</sup> Segundo ROMEIRO, Jorge Alberto, o perdão judicial é o instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, declarando-o não passível de pena, atendendo a que, agindo por essa forma, evita um mal injusto, por desnecessário, e o acusado não tornará a delinquir. Ex. a compra de frango pela dona de casa a domicilio por preço abaixo do custo (presumindo-os furtados), artigo 180 parágrafo 3 e o adultério artigo 240, parágrafo 4, n. I, após cessação da vida comum dos cônjuges. Diferença de figuras afins: da suspensão condicional da pena, extrema-se por não importar numa condenação, nem imposição de pena, o perdão ocorre logo na sentença, o perdoado ã se torna reincidente. Diferença do indulto, este exsurge por ato do Executivo e pressupõe uma condenação. Com a anistia, não só pelo mesmo motivo de que não é limitado a determinados delitos, mas por ser ato do poder legislativo, não tem caráter pessoal, mas real ou impessoal, não exclui as infrações penais que já tenham resultado punições. O que será enquadrado como perdão judicial, variará de país para país (legislação). Exemplos de perdão judicial na lei pátria: artigo 140, parág. 1, I e II; artigo 176, parág. Único; artigo 180, parág. 3; artigo 240, parág. 4; artigo 249, parág. 2(78). Ver tb. Lei de contravenções artigo 8 e 39 parág. 2; lei de falências, artigo 186, parág. Único e lei de imprensa na injúria artigo 12, p. 3, “a” e “b” (78). Previsão legal pela 1 vez no artigo 107, V (79). Perdão judicial, p . 73/79.

<sup>296</sup> MAURACH, Reinhart, discorre sobre esta doutrina, consignando seu entendimento pessoal de que esta classificação é defeituosa já que não concorrem, nestes casos as razões das escusas absolutórias conhecidas. Op. cit., p. 621.

como não se relacionam com o injusto e com a culpabilidade. Contudo, o mesmo não pode ser dito com relação à imunidade parlamentar por opiniões palavras e votos, prevista no art. 53 da Constituição Federal<sup>297</sup>(imunidade material ou indenidade), cuja divergência de opiniões (se configuram uma escusa absolutória) na doutrina pátria, assemelha-se ao da doutrina estrangeira<sup>298</sup>.

### 3.3.1 A questão da imunidade parlamentar

Zaffaroni e Pierangeli, reconhecendo a discussão existente na doutrina, em face de que a imunidade parlamentar material não cessa, quando esteja extinto o mandato, optam por considerar tal hipótese, por ser a mais democrática, como a de “(...) atipicidade da ação (uma ‘não-incriminação’ ou exclusão de toda relevância penal), pois, oferece uma melhor explicação da sua atuação, em consonância com a função que se procura proteger”<sup>299</sup>. De acordo com a tese da atipicidade, defendem os autores que ficam excluídas da responsabilidade penal as ações dos co-autores e partícipes, pois, de outra forma,

---

<sup>297</sup> “Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”.

<sup>298</sup> No Brasil há duas modalidades de imunidade parlamentar: material e formal. A primeira também chamada de imunidade absoluta (penal, civil, disciplinar e política), refere-se à inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; a segunda, também denominada imunidade relativa ou processual, refere-se à prisão, ao processo, a prerrogativas de foro, ou seja: processo e julgamento, sendo uma condição de procedibilidade a prévia licença da Casa Legislativa para o parlamentar ser processado. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 125/126. Na doutrina estrangeira, admitem a imunidade material (também chamada de indenidade) parlamentar como escusa absolutória (ou causa pessoal de exclusão da pena): WESSELS, Johanness. Direito penal, p. 110; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 419/420, JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 501; WELZEL, Hans. Op. cit., p. 86; ROXIN, Claus. Derecho penal, p. 978, dentre outros.

<sup>299</sup> Op. cit., p. 235.

se estreitaria por demasiado a garantia, responsabilizando-se os colaboradores do legislador, inclusive os secretários que cooperam com tarefas simples e os organismos partidários que aconselham o discurso e a opinião<sup>300</sup>.

René Ariel Dotti, levando a hipótese para o campo da antijuridicidade, entende que “(...) a imunidade absoluta, na previsão constitucional, é uma prerrogativa funcional de *exclusão de ilicitude*”<sup>301</sup>. Para Damásio de Jesus, esta prerrogativa “(...) constitui causa funcional de exclusão ou isenção de pena(...)”<sup>302</sup>, o que, de um certo modo, apesar da discrepância terminológica, corrobora com a posição de Heleno Fragoso, que considera à inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, uma causa pessoal de exclusão da pena<sup>303</sup>, no que é seguido por Juarez Cirino dos Santos<sup>304</sup>.

Contra estas posições Zaffaroni e Pierangeli sustentam que “(...) com a tese da atipicidade, ficam excluídas da responsabilidade penal as ações dos co-autores e partícipes, o que é correto, pois, de outro modo, se estreitaria, em demasia, a garantia”<sup>305</sup>. Sem embargo<sup>306</sup>, esta realidade destacada não autoriza, via transversa, que se utilize tal argumento para o não

---

<sup>300</sup> Idem, ibidem. Compartilhando o entendimento de que a inviolabilidade da conduta acarreta a atipicidade da conduta, em face de que esta exclui determinadas pessoas da incidência penal, não lhes restando a qualidade de destinatários da lei penal: BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 124; CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José. Direito penal na constituição, p. 183; PRADO, Luiz Regis. Manual de direito penal brasileiro, p. 110;

<sup>301</sup> Op. cit., p. 283.

<sup>302</sup> Op.cit., p. 595. Praticamente o mesmo entendimento de BRUNO, Anibal, que acrescenta o caráter pessoal desta isenção funcional. Op. cit., p. 236.

<sup>303</sup> Lições de direito penal, p. 133/134.

<sup>304</sup> Op. cit., p. 273.

<sup>305</sup> Op. cit., p. 235.

<sup>306</sup> Não obstante a opinião de DOTTI, René Ariel, de que a hipótese está restrita ao campo da ilicitude, tal fato não pode transformar a indenidade parlamentar em causa de exclusão da antijuridicidade.

reconhecimento de que a hipótese configura uma escusa absolutória ou causa pessoal de exclusão da pena, eis que preenche todos os requisitos inerentes: preexiste ao cometimento do delito, é pessoal, é objetiva, e não se relaciona com o injusto e a culpabilidade.

Roxin<sup>307</sup>, chega ao preciosismo de sustentar que o melhor exemplo de uma causa de exclusão da punibilidade, é constituído pela indenidade, prevista no § 36 StGB<sup>308</sup>, que é uma forma de imunidade absoluta, não restando o argumento de que o fato de que a exclusão da pena não pode afetar ao partícipe, seja suficiente para sustentar a tese da atipicidade. Tal assertiva é possível, pois, ainda com base no que é sustentado pelo mesmo autor<sup>309</sup>, deve-se ter em conta que a questão do alcance do beneplácito da imunidade absoluta ao partícipe, no caso dos deputados e senadores, por suas palavras, opiniões e votos, depende de se as razões extrapenais - que dão lugar à isenção de pena - afetam aos seus ajudantes e conselheiros, que escrevem os discursos e subministram material de apoio. Portanto, “(...) se estes estiverem expostos a incorrer em responsabilidade penal, o eventual processamento destas pessoas, ou o temor ao mesmo, obstaculizariam já a liberdade do deputado, e isso é precisamente o que se quer evitar”<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> Derecho penal, p. 978.

<sup>308</sup> “aos membros do Parlamento Federal, da Assembléia Federal ou de um órgão legislativo de qualquer dos Estados não se lhes poderá exigir responsabilidade em nenhum momento, fora da instituição, por razão de suas votações ou de suas declarações realizadas na instituição ou em uma de suas comissões. Isto não se contemplará no caso de ofensas caluniosas” (A los miembros del Parlamento Federal, de la Asamblea Federal o de um órgano legislativo de cualquiera de los Estados no se les podrá exigir responsabilidad em ningún momento, fuero de la institución, por razón de sus votaciones o de sus declaraciones realizadas em la institución o en una de sus comisiones. Esto no se contemplará en el caso de ofensas calumniosas).

<sup>309</sup> Derecho penal, p. 978.

<sup>310</sup> Idem, p. 979.

Estas observações de Roxin estão a demonstrar que a exclusão da pena existe por motivações extrapenais, e que atingem um determinado grupo de pessoas (deputados e senadores), que recebem do legislador uma prerrogativa pessoal específica, e tal privilégio deve ser estendido aos auxiliares (secretários, funcionários, etc.) do parlamentar, a fim de atingir o objetivo para o qual o legislador o criou, sob pena de não restar justificada sua própria criação. Mas tal não significa que o fato seja atípico, somente pela dificuldade dogmática causada pela extensão do benefício da exclusão da pena ao partícipe, pois esta não é uma regra absoluta, até porque se na hipótese do art. 181, do Código Penal pátrio - quando se isenta o agente de pena por motivos estritamente familiares – os motivos extrapenais que motivaram sua criação não autorizam a extensão do beneplácito ao partícipe, sob pena da perda de seu objeto, o mesmo raciocínio se aplica aos auxiliares dos parlamentares, no caso da exclusão da pena, nas hipóteses admitidas pela legislação, ou seja: estende-se o privilégio da exclusão da pena, pois, como já mencionado, restaria sem sentido, enfraquecido, diminuído, a escusa absolutória da indenidade parlamentar se não fosse estendida aos auxiliares. Portanto, da mesma forma que motivos extrapenais sustentam a existência desta modalidade de escusa absolutória ou causa pessoal de exclusão da pena, motivos extrapenais justificam e fundamentam a extensão do beneplácito aos partícipes, no caso da indenidade parlamentar<sup>311</sup>, que se considera, portanto, uma modalidade de causa pessoal de exclusão da pena.

---

<sup>311</sup> O raciocínio aqui elaborado não se estende as imunidades dos representantes diplomáticos, pois nestes casos o que se exclui é a jurisdição penal do Estado onde se encontram acreditados,

## **3.4 Outras teses em torno da ubiquação sistemática das condições objetivas de punibilidade e das causas pessoais de exclusão da pena**

### **3.4.1 Anexo ao injusto culpável**

Dentre as diversas controvérsias suscitadas pelo tema é possível encontrar autores que situam as causas excludentes de punibilidade, em especial as condições objetivas de punibilidade, próximas ao injusto como elementos típicos.

David Teixeira de Araújo discorre que as condições objetivas de punibilidade integram “(...) o tipo de injusto culpável, numa concepção totalizadora do tipo penal, sem adoção, contudo, da teoria dos elementos negativos do tipo. Com efeito, os exemplos oferecidos de tais condições (o casamento anterior no crime de bigamia; a sentença de falência nos crimes falimentares; o prejuízo no crime de abandono; ou introdução de animais em propriedade alheia), constituem dados do fato típico, ainda que não necessitem ser abarcados pelo dolo. Melhor denominadas condição de integração do tipo penal”<sup>312</sup>.

Desta conclusão, chama a atenção o fato de que este autor consigna textualmente que não adota a teoria dos elementos negativos do tipo,

---

os representantes dos governos estrangeiros. Nestes casos não há impunidade, permanecendo o dever de evitar a prática das infrações penais e, se praticadas, serão consideradas ilícitos penais. Os representantes diplomáticos continuam submetidos à jurisdição de seu país. Se o agente diplomático praticar crime no Brasil, tal fato será levado ao conhecimento das autoridades de seu país para as providências cabíveis. MESTIERI, João. Op. cit., p. 128. Contra, no sentido de que configura causa pessoal de exclusão da pena: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, p. 131.

<sup>312</sup> A representação penal e os crimes tributários, p. 479.

situando as condições de punibilidade no injusto culpável, criando uma hipótese contraditória. Nesta seara, recorrendo a lição de Mir Puig, partidário da teoria dos elementos negativos do tipo, situando as condições próximas ao injusto culpável, afirmando que o tipo penal “(...) descreve não somente os elementos que fundamentam positivamente o injusto, senão também os que condicionam sua punibilidade(...)”<sup>313</sup>.

Resta considerar, conforme recorda Luiz Flavio Gomes, que “(...) a teoria dos elementos negativos do tipo criou o discutido conceito de tipo total do injusto, que congrega em si todos os elementos fundadores e excludentes do injusto, dos quais depende, tanto em sentido positivo como negativo, a qualidade do injusto na conduta(...)”<sup>314</sup>, e ainda que, o tipo total de injusto abrange o conjunto de todos os pressupostos da pena<sup>315</sup>.

Portanto, o entendimento ao qual adere David Teixeira de Araújo, resta insustentável, posto que não cabe afirmar que as condições integram o tipo de injusto culpável, sem adoção da teoria dos elementos negativos do tipo, que, na verdade, para quem a adota, poderia dar sustentação teórica à consideração de serem as condicionantes de punibilidade um anexo do tipo de injusto, em especial as condicionantes objetivas.

Fragoso, por sua vez, quanto às condições objetivas de punibilidade, leciona que estas são, “(...) sem sombra de dúvida, elementos suplementares do tipo, mas não se incluem no mesmo, caracterizando-se

---

<sup>313</sup> Op. cit., p. 121.

<sup>314</sup> Erro de tipo e erro de proibição, p. 66.

<sup>315</sup> Idem, ibidem.

precisamente pela circunstância de serem exteriores”<sup>316</sup>. Entende ainda que “ (...) a análise do conceito de crime revela que ele apresenta, em primeiro lugar, a descrição objetiva de um comportamento humano, expressando-se por uma ação ou omissão, a que se juntam as características da antijuridicidade e da culpabilidade, além de, eventualmente, uma condição exterior (condições objetivas de punibilidade)”<sup>317</sup>. Contudo, não especifica o que seriam os elementos suplementares do tipo, ou seja, o que exatamente as condições acrescentam ao tipo e, se acrescentam, por que não fariam parte deste, pois admite que se caracterizam exatamente por serem circunstâncias exteriores, ponderando finalmente que aquelas “(...) são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente: são, pois, condições de punibilidade do fato”<sup>318</sup>.

Um posicionamento que chama mais atenção é o adotado por Mestieri, para quem as condições objetivas integram o tipo subjetivo (e, portanto, o injusto), isto porque é bem claro em seu entendimento ao consignar que “(...) compõe-se o tipo subjetivo do dolo ou da culpa e de quaisquer outras características subjetivas (...)”<sup>319</sup>, podendo ser considerada sua posição, pelo menos entre os autores brasileiros, como híbrida, contudo alinhando-se dentre os doutrinadores que admitem as condições de punibilidade como anexo do injusto. Neste caso, verifica-se na posição de Mestieri, que esta termina por acrescentar um outro problema de intrincada solução, quanto à punição da tentativa nos

---

<sup>316</sup> Op. cit., p. 758.

<sup>317</sup> Lições de direito penal, p. 157.

<sup>318</sup> Idem, p. 225.

<sup>319</sup> Op. cit., p. 383.

delitos em que se verificar alguma condicionante, conforme será analisado com maiores detalhes em tópico específico.

Resta assaz complicada a posição de atrelar as condicionantes ao dolo do agente, principalmente quando desde já vale reconhecer o acerto da posição de Juarez Cirino dos Santos de que a “(...) diferença fundamental entre os requisitos ou resultados objetivos definidos como condições objetivas de punibilidade e os elementos objetivos do tipo de injusto é a seguinte: as condições objetivas de punibilidade não precisam ser apreendidas pelo dolo ou se relacionar com a imprudência do autor, enquanto os elementos objetivos do tipo de injusto devem ser apreendidos pelo dolo ou se relacionar com a imprudência do autor”<sup>320</sup>. Assim, resta difícil sustentar o argumento de que o dolo se relaciona com as condições, principalmente quanto às questões intrincadas que se desdobrariam no tangente à tentativa.

Deve-se ressaltar que “(...) nem sempre a realização de todos os requisitos típicos importa tenha o autor já logrado a finalidade a que se propunha, mas sim, freqüentemente, esta se estende mais além no tempo, pela vontade criminosa do autor. Desta forma, é freqüente distanciarem-se no tempo a consumação formal e o exaurimento material, dando lugar a um período em que o delito se encontra consumado, mas não exaurido”<sup>321</sup>, como pode ocorrer, por exemplo, quando presente uma condicionante objetiva que independe do dolo do agente.

---

<sup>320</sup> Op. cit., p. 272.

<sup>321</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, Jose Henrique. Da tentativa, p. 23.

A realidade é que as causas excludentes de punibilidade ou são objetivas ou pessoais, portanto, alheias ao dolo e a culpa, daí se concluir não ser possível adotar a posição de Mestieri, razão pela qual chamá-la de híbrida, pois seria inconcebível não considerar as condições objetivas de punibilidade como elementos subjetivos do tipo, que devem ser abrangidas pelo conhecimento (e, portanto, o dolo) ou pela possibilidade de conhecimento (culpa), o que é rechaçado por este autor, quando assevera que as condições precisam ser abarcadas pelo dolo, mas não integram o injusto.

Estas dificuldades, que se apresentam junto àqueles que são partidários das condições como anexos ao tipo de injusto, residem na pretensão de buscar um tratamento unitário para todas aquelas circunstâncias do fenômeno delitivo, alheias ao dolo e a culpa, que não pode ser acolhida em sua totalidade na fenomenologia condicional<sup>322</sup>, pois não é possível perceber antecipadamente os planos do legislador penal e sua capacidade infinita de surpreender a doutrina com criações bizarras, que não encontram eco na teoria do delito tradicional.

### **3.4.2 Natureza processual**

Possivelmente, ao não perceber uma forma não contraditória de buscar respaldo para explicar o fenômeno das condicionantes, no direito material, uma parte expressiva da doutrina, negando natureza substantiva a estas,

---

<sup>322</sup> CAFFARENA, Borja Mapelli, op. cit., p. 64.

mas nem sempre por idênticos fundamentos, o que resulta em diferentes consequências, prefere situa-las no direito formal<sup>323</sup>.

No Brasil, merece destaque a posição assumida por Francisco de Assis Toledo – em especial pela veemência crítica com que defende seu posicionamento - que reduz algumas condições (sem, contudo elencá-las) a meros elementos do tipo, “(...) ou seja, a características do fato típico penal”<sup>324</sup>. Mais: para este autor a distinção dada pela doutrina penal, entre condições de punibilidade e de procedibilidade ou de perseguibilidade, não define com exatidão a natureza e o perfil destas, além da – conforme já mencionada neste trabalho – falta de concordância dos autores na enumeração das hipóteses abrangidas por uma e por outra<sup>325</sup>. Não aceita também as posições de Nelson Hungria<sup>326</sup> e de Fragoso<sup>327</sup>, por não ser dogmaticamente aceitável transformar as condições em elementos do crime, pois nos exemplos da sentença de quebra ou a anulatória de casamento, “(...)ter-se-á que admitir que tais crimes se consumam nos tribunais e... por ato do juiz, não do criminoso”<sup>328</sup>. Desse modo, conclui Assis Toledo que, examinando os casos apresentados para justificar a existência das condições se revela, sem muita dificuldade, que estas se identificam perfeitamente com as denominadas ‘condições de procedibilidade’ (condições específicas da ação penal), sendo as demais características da conduta típica, portanto elementos do

---

<sup>323</sup> Recorda GARCIA PÉREZ, Octavio, que tanto as condições objetivas de punibilidade quanto às excusas absolutórias, pranteiam os mesmo problemas na hora de distingui-las dos pressupostos processuais, tais quais os que se apresentam quanto aos indícios da existência de diferenças materiais entre ambas, op. cit, p. 37.

<sup>324</sup> Princípios básicos de direito penal, p. 158

<sup>325</sup> Idem, p. 155 e ss.

<sup>326</sup> Comentários ao código penal, vol. V, p. 398 e ss.

<sup>327</sup> Lições de direito penal, p. 233.

<sup>328</sup> Op. cit., 156.

tipo, ou dizem respeito ao resultado, também elementos objetivos do tipo<sup>329</sup>. Ainda mais questionável é a posição adotada por Jorge Alberto Romeiro, admitindo que não lhe repugna a conceituação jurídica da representação do ofendido e da queixa como condição de punibilidade<sup>330</sup>, atendendo a que “(...) é impossível punir se não se pode proceder e vice-versa”<sup>331</sup>.

Porém, não há que se confundir os elementos de que dependem o dever de punir, de caráter substancial (material), com a dependência do dever de proceder, que tem caráter processual. Esta colocação não resolve todos os problemas suscitados pela matéria na prática, tampouco na teoria. A dificuldade de se distinguir as condições objetivas e de procedibilidade não pode servir de argumento a uma conclusão simplista, pois a dificuldade existente no que tange a este problema concreto, nada mais é do que o reflexo das dificuldades da distinção entre o Direito Penal e o Processual<sup>332</sup>, muito menos quando admite a queixa como condição de punibilidade, posto que esta, segundo o entendimento de Antolisei<sup>333</sup>, é um instituto de caráter exclusivamente processual, mais precisamente uma condição de procedibilidade, tratando-se de instituição de direito processual.

Mas há outras posições que não chegam ao extremo de negar substantividade as condições de punibilidade, mas chegam a conclusões que em nada esclarecem sobre a semelhança existente com as condições de procedibilidade. É o caso de Magalhães Noronha, que faz a ressalva da falta de

---

<sup>329</sup> Idem, p. 156.

<sup>330</sup> Posição seguida, por TORNAGHI, Helio. Comentários ao código de processo penal, vol. I, tomo, II, p. 46.

<sup>331</sup> Da ação penal, p. 175.

<sup>332</sup> Como recorda MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 70.

<sup>333</sup> Manual de derecho penal, p. 536/537.

nitidez na distinção entre as condições objetivas de punibilidade e de procedibilidade<sup>334</sup> sem, contudo, negar aquela a sua existência. Conclui ainda que “(...) se a punibilidade efetiva está sujeita à procedibilidade – *nulla pena sine iudicio* – parece-nos que realmente as duas circunstâncias se confundem. De qualquer maneira, se distinção houver, será nenhuma no terreno prático”<sup>335</sup>, parecendo partidário de considerar as condições de procedibilidade e punibilidade como uma categoria mista, o que seria admitir a existência de uma subespécie de condições de punibilidade.

Este outro desencontro doutrinário da diferença entre as condicionantes de punibilidade e pressupostos processuais, nada mais é do que a tradução dos problemas existentes da distinção entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, que muitas teorias já se propuseram a resolver, mas com resultados desalentadores<sup>336</sup>.

Na acepção de Jakobs<sup>337</sup>, a delimitação entre o direito formal e o material não se discute somente nos casos concretos, mas também quanto aos princípios. Tampouco, acrescenta ainda<sup>338</sup>, esta delimitação se pode realizar com critérios gerais, senão por âmbitos objetivos, como a determinação do tipo e as exigências do procedimento probatório no processo, dentre outros, e conclui “Assim, se atende para delimitar a se o elemento é próprio da fundamentação ou da exclusão da pretensão punitiva, o que coincidiria com o âmbito de aplicação do

---

<sup>334</sup> Direito penal, vol. I, p. 103.

<sup>335</sup> Idem, p. 104.

<sup>336</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 60. O autor ainda assevera que o reconhecimento da punibilidade como categoria do delito só pode se justificar se é possível distinguir as condicionantes de punibilidade dos pressupostos processuais.

<sup>337</sup> Op. cit., p. 411.

<sup>338</sup> Idem, ibidem.

princípio *nulla poena sine lege*, e a sua vez dependeria deste princípio. Por outra parte, se propôs decidir comprovando com presença da seguinte pergunta: Teria que depender a imposição ou não imposição da pena, em caso de que fosse possível sem processo..., da circunstância em questão? Indicando a resposta positiva pertence ao direito substantivo, e a negativa ao Direito Processual”<sup>339</sup>.

Para Roxin<sup>340</sup>, também reconhecendo a dificuldade da distinção, o problema aumenta, pois é quase impossível desenvolvê-la, partindo das consequências práticas, apesar de que estas sejam distintas, chegando a conclusão de que não é possível dar uma resposta satisfatória, pois as soluções sobre esta delimitação não são inequívocas.

Stratenwerth<sup>341</sup>, limita-se a consignar que a separação dos pressupostos materiais da punibilidade, que para ele condicionam o direito de punir, dos pressupostos formais de punibilidade que condicionam a perseguibilidade penal e que somente se referem à possibilidade de processo, exemplificando que nada pode ser novamente perseguido por um fato punível que já tenha sido julgado, só se pode reconhecer no básico, pois uma classificação segura das condições em um grupo ou outro produz grandes dificuldades.

Os autores como Hilde Kaufmann<sup>342</sup>, que buscaram um critério de distinção, são alvos de grandes objeções. Hilde Kaufmann sugere, para determinar se uma circunstância pertence ao Direito Penal ou ao Processual Penal, faz-se necessário questionar: “Teria que depender a aplicação ou não da

---

<sup>339</sup> Idem, ibidem.

<sup>340</sup> Derecho penal, tomo I, p. 984/985.

<sup>341</sup> Derecho penal, p. 73/74.

<sup>342</sup> Apud, GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 64; STRATENWERTH, Günter, op. cit., p. 74.

pena, no caso de que ela fora possível sem processo, da circunstância cuja natureza é duvidosa ou, pelo contrário, seria esta circunstância irrelevante?”<sup>343</sup>. Se esta circunstância é irrelevante para a aplicação ou não da pena se faz abstração do processo, se esta (segundo Kaufmann) na presença de um pressuposto processual.

Os críticos<sup>344</sup> desta fórmula asseveram que uma das objeções que se faz é exatamente o emprego de uma forma hipotética, já que, o Direito Penal se realiza única e exclusivamente no processo. Assim, “(...) uma concepção que aspire a estabelecer a diferença entre o Direito Penal e Direito Processual não pode prescindir do processo”<sup>345</sup>. Outra objeção seria a de que se reprova a este teste hipotético por seu caráter formal e carência de conteúdo, “(...) já que não oferece nenhum critério material que permita dirimir quando uma circunstância é relevante para a aplicação da pena”<sup>346</sup>.

Esta visão policrômica oferecida pela doutrina força a conclusão de que, ainda não se encontrou um critério seguro para delimitar as condicionantes de punibilidade ante os pressupostos processuais. Contudo, certo é que a as consequências jurídicas em um caso e noutro são diversas. Nesta seara, exemplifica Octavio Garcia Pérez<sup>347</sup>, discorrendo sobre os efeitos da coisa julgada material, que os pressupostos processuais impedem a prolatação de sentença de mérito. Já as condicionantes (ausência de uma condição objetiva de punibilidade ou concorrência de uma escusa absolutória) determinam um

---

<sup>343</sup> Idem, ibidem.

<sup>344</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 64.

<sup>345</sup> Idem, ibidem.

<sup>346</sup> Idem, ibidem.

<sup>347</sup> Idem, p. 66, nota de rodapé n. 202.

pronunciamento sobre o mérito, absolutório, que é afetado pela coisa julgada material.

### **3.4.3 A punibilidade como categoria substantiva na estrutura geral do delito**

Importa observar, no que tange ao conceito analítico de delito, que a importância deste reside na sua finalidade principal de aprofundar o estudo do desenvolvimento interno das normas penais, facilitando a aplicação do direito. Neste sentido, o conceito contribui decisivamente para melhorar a visualização dos problemas e casos penais, de interesse prático imediato, pois, não fosse possível a dissociação do delito em elementos singulares, não se saberia como tratar problemas, como por exemplo, as condições objetivas de punibilidade<sup>348</sup>. Mais: uma consideração unitária ou sintética do delito leva fundamentalmente ao terreno das instituições e das apreensões irracionais<sup>349</sup>, daí também ressaltar a importância do conceito analítico.

Embora seja possível perceber que há uma tendência crescente em um setor da doutrina<sup>350</sup>, de incluir a punibilidade no conceito analítico de delito<sup>351</sup>, sob o argumento precípua, segundo Muñoz Conde e García Arán de que "(...) com a constatação positiva destes elementos tipicidade,

---

<sup>348</sup> TAVARES, Juarez, Teorias do delito, p. 1.

<sup>349</sup> BETTIOL, Giuseppe. Derecho penal, p. 177.

<sup>350</sup> Neste sentido: MARTINEZ PÉREZ, Carlos B. Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, p. 133; FARALDO CABANA, Patricia, op. cit., p. 37; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 417 e ss; JESCHECK, Hans-Heinrich, p. 500, GARCIA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 380 e ss., dentre outros.

<sup>351</sup> No Brasil PAULO JOSE DA COSTA JR. modificou seu entendimento, acrescentando a punibilidade ao conceito analítico de delito por preferir adotar uma concepção quadripartida, com base no entendimento de GIULIO BATTAGLINI. Direito penal: curso completo, p. 127/129.

antijuridicidade e culpabilidade, se pode dizer que existe delito e seu autor pode ser castigado com a pena que se assine em cada caso concreto ao delito na lei. Em alguns casos se exige, sem embargo, para poder qualificar um fato como delito à presença de alguns elementos adicionais que não pertencem nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade. Assim, por exemplo, se exige para castigar a quebra punível a prévia declaração de insolvência....” e concluem: “Se fala nestes casos de penalidade e se considera que esta categoria é também um elemento pertencente a teoria geral do delito”<sup>352</sup>.

Para os defensores do conceito de que a punibilidade é uma categoria substantiva na estrutura do delito, tal entendimento se justifica porque o injusto e a culpabilidade, não são suficientes, sozinhos, para justificar a pena, pois em todos esses casos deve assegurar-se ademais a necessidade prática de se fazer uso da mesma para a proteção da ordem social<sup>353</sup>. A circunstância colocada pelos defensores da punibilidade como categoria autônoma faz supor que além do injusto culpável é possível situar uma série de elementos cuja função é dar conteúdo a um juízo sobre a necessidade de castigo. Esta categoria nova que tem também como função agrupar todos os elementos que não dependem do injusto e da culpabilidade e os pressupostos processuais por meio dos quais se valora a perseguibilidade do fato<sup>354</sup>.

Uma primeira questão que necessita ser esclarecida, antes de adentrar ao cerne da questão da possibilidade de se aceitar esta posição de uma parte da doutrina, já surge quanto à terminologia utilizada para melhor definir a

---

<sup>352</sup> Op. cit., p. 215.

<sup>353</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, El desistimiento voluntario de consumir el delito, p. 64.

<sup>354</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 51.

existência de um suposto quarto elemento, chamado por uns de punibilidade e por outros de penalidade.

Guillermo Sauer<sup>355</sup> difere a penalidade da punibilidade<sup>356</sup>, afirmando que a primeira estaria por detrás da segunda, ou na maior parte das vezes. A penalidade seria assim o conjunto dos pressupostos positivos da pena segundo a lei, ou sentença de acordo com as exigências da idéia do Direito. A punibilidade, ainda neste magistério, é o conjunto daqueles pressupostos da pena que devem ser realizados na lei e na sentença a fim de que se satisfaça a idéia de direito. Sauer<sup>357</sup> faz ainda uma graduação: punibilidade, pressupostos da pena, fundamentos da medição da pena, correspondente a uma grande hierarquia: Direito, lei, sentença, três pontos de apoio que deveriam ser adaptados, ajustados e analisados de modo que se correspondam exatamente, que começa no reino das idéias e dos valores absolutos. Como a meta do jurista, para este autor, é a concreção da justiça na vida social, da mesma forma vale para o Direito penal: a punibilidade a que se configurar concretamente nos fundamentos de medição da pena, resultando sucessivas exigências para a legislação, a jurisprudência e a ciência.

Contudo, esta distinção não apresenta nenhum dado relevante para que seja adotada, tampouco se justifica. Nesta seara, o próprio Muñoz Conde<sup>358</sup>, que prefere utilizar o termo penalidade, o faz sem justificar porque o

---

<sup>355</sup> Derecho penal, p. 36/37.

<sup>356</sup> Segundo MANUEL COBO não se pode prescindir desta diferença. Funcion y naturaleza del artículo 226 del código penal español, p. 147.

<sup>357</sup> Idem, p. 37.

<sup>358</sup> Op. cit, p. 213/216.

escolhe ao invés do termo punibilidade. Jiménez de Asúa<sup>359</sup> ao discorrer sobre a suposta quarta categoria do delito emprega ambas as expressões (penalidade e punibilidade) como sinônimas não fazendo diferença à utilização de um ou outro termo, que na realidade tem um único significado. Dessa forma, não há motivos para diferenciar penalidade de punibilidade, pois, em regra, estas expressões, além do próprio termo pena, podem ser utilizadas como sinônimos, não alterando seu conteúdo.

Esclarecida a questão da divergência terminológica, não obstante as já mencionadas posições favoráveis à existência de uma quarta categoria do delito, denominada punibilidade, categoria que é assim cognominada “(...) para designar a última pedra do edifício do conceito de fato punível e da respectiva doutrina geral – é, sob um certo ponto de vista, um conceito equívoco”<sup>360</sup>.

Um ponto importante para não acatar a punibilidade como uma categoria autônoma, é o de que a própria noção de punibilidade não é inequívoca, apresentando dificuldades quanto ao seu verdadeiro alcance e sentido<sup>361</sup>. Outro, também relevante, é o de que não se pode admitir um conceito, cuja justificação encontre supedâneo na necessidade de acomodar os elementos que são alheios ao injusto e a culpabilidade, pois, esta forma de elaboração dogmática romperia a concepção unitária do delito e faria surgir outras tantas

---

<sup>359</sup> Op. cit., p. 417/431.

<sup>360</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 250.

<sup>361</sup> PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, p. 440.

categorias<sup>362</sup>. E mais: “(...) pode ainda acontecer, na verdade, que a punição acabe por não se dever efetivar por razões que já não têm a ver com a doutrina do fato, mas autonomamente com a doutrina da consequência jurídica, com a doutrina da pena”<sup>363</sup>.

Este esforço da doutrina visa conseguir integrar as excludentes de punibilidade, dentro da categoria punibilidade, que abrange ainda outras circunstâncias, tais como a prescrição, a anistia e o perdão da vítima<sup>364</sup>, mostrando-se “(...) um esforço artificial para manter uma visão totalizadora da estrutura do delito”<sup>365</sup>. Recorda Cerezo Mir<sup>366</sup> que embora a punibilidade tenha conteúdo próprio, não está correta sua inserção no conceito de delito, pois as condicionantes da punibilidade (escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade), além de possuírem natureza material diversa, são escassas na legislação penal, não se podendo asseverar que sejam elementos indispensáveis à configuração do delito. A esta conclusão pode-se arrematar com o entendimento de Hungria demonstrando que “(...) o *jus puniendi* não é unicamente o direito de exigir a imposição da pena cominada, mas também o direito de reclamar a execução da pena imposta *in concreto*”<sup>367</sup>. Isto está a demonstrar que a punibilidade supre o direito ou o poder de punir por parte do Estado, ou o que tem

---

<sup>362</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 53.

<sup>363</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 250.

<sup>364</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 52.

<sup>365</sup> Idem, p. 56.

<sup>366</sup> Curso de derecho penal español, vol. II, p. 22.

<sup>367</sup> Extinção da punibilidade em face do novo código penal, p. 580.

o mesmo significado, a possibilidade de aplicação da pena, a punibilidade do fato incriminado<sup>368</sup>, mas não que represente um novo elemento do crime.

Destarte, a punibilidade é algo posterior ao delito, do qual tem origem, estando por vezes subordinada ao implemento de uma condição objetiva de punibilidade, ou isentando o agente de pena em razão de uma condição pessoal (escusa absolutória)<sup>369</sup>.

### **3.4 Diferença com os delitos qualificados pelo resultado**

Deve-se evitar, a todo custo, confundir os delitos qualificados pelo resultado<sup>370</sup>, com os delitos subordinados a uma condicionante objetiva de punibilidade, embora se reconheça que os aspectos em que um e outro coincidem são numerosos<sup>371</sup>.

Hassemer<sup>372</sup> reconhece que as condições objetivas de punibilidade se parecem com os delitos qualificados pelo resultado, em que surgem também de uma ação na qual estão plenamente representados os

---

<sup>368</sup> Esta conclusão deve ser creditada a HUNGRIA, Nelson, que elaborava suas ilações não sobre as condicionantes, mas sim sobre as causas de extinção da punibilidade, o que não impede que esta sirva para o objeto deste trabalho. Extinção da punibilidade em face do novo código penal, p. 580.

<sup>369</sup> Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, p. 441.

<sup>370</sup> Alguns autores utilizam as expressões crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado como sinônimas. Contudo, “segundo a melhor corrente, especialmente na Itália, no crime qualificado pelo resultado, ao contrário do preterdoloso, o resultado ulterior mais grave derivado involuntariamente da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a lesão corporal seguida de morte (artigo 129, § 3º) seria preterintencional, o aborto seguido de morte da gestante (artigo 125 e 126 combinados com o 127, in fine) seria crime qualificado pelo resultado. O raciocínio é simples: nunca se conseguirá matar alguém sem ofender sua saúde ou integridade corporal, enquanto para matar alguém não se terá necessariamente de fazê-lo abortar”. BITENCOURT, César Roberto. Manual de direito penal, vol. 1, p. 232.

<sup>371</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 95.

<sup>372</sup> Fundamentos del derecho penal, p. 236.

aspectos do autor e do fato, mas faz a ressalva de que há uma parte dessa ação que somente contém o do fato.

Observando-se o artigo 44 do Código penal italiano, o único que ousou positivar o que se entende por condições objetivas de punibilidade, Pietro Nuvolone, destaca que, no tangente ao estabelecimento da relação existente entre o fato-condição e a conduta humana, “(...) não se pode deixar de levar em consideração a circunstância de que a lei fala em ‘*verificar-se de uma condição*’: uma vez que a infração penal já é perfeita na ação, na omissão e no evento (pois, se assim não fosse, não haveria necessidade de norma específica), a lógica exige que se trate de ocorrência *externa* à conduta e a seu resultado típico: de uma ocorrência, portanto, que, por sua própria natureza, não está ligada por relação de causalidade à conduta, e para cuja relevância não se faz necessária a demonstração do nexo de causalidade. Isso leva a que não se possa falar em condição objetiva de punibilidade, quando o fato for qualificável como modalidade da conduta ou como seu resultado típico”<sup>373</sup>.

Quintero Olivares<sup>374</sup> - comparando as condições objetivas de punibilidade com os delitos qualificados pelo resultado - acrescenta que há uma diferença importante, pois, no caso das primeiras, não há relação causal entre estas e a ação, mas se parecem aos delitos qualificados em um ponto essencial: a pena a ser aplicada depende de algo que não há de ser nem querido nem previsto.

---

<sup>373</sup> Op. cit., p. 184.

<sup>374</sup> Op. cit, p. 448.

Um exemplo típico de delito qualificado, que pode ser confundido com uma condição objetiva de punibilidade, pode ser encontrado no parágrafo único do artigo 137 do Código Penal brasileiro<sup>375</sup>, que prevê a hipótese típica qualificada estabelecendo uma pena maior do que a rixa não qualificada, quando pelo fato da participação na rixa, resulte lesão corporal de natureza grave ou morte.

A exposição de motivos do Código Penal do Brasil, de 1940, em seu item 48, discorre que “A participação na rixa é punida independentemente das consequências desta. Se ocorre morte ou lesão corporal grave de algum dos contendores, dá-se *uma condição de maior punibilidade*, isto é, a pena cominada ao simples fato de participação na rixa é especialmente agravada. A pena cominada à rixa em si mesma é aplicável separadamente da pena correspondente ao resultado lesivo (homicídio ou lesão corporal), mas serão ambas aplicadas cumulativamente (como no caso do concurso material) em relação aos contendores que concorrerem para a produção deste resultado”.

Esta postura do legislador pátrio termina por criar uma espécie que não se enquadra dentre as condicionantes objetivas, pois ao rixoso que abandona a rixa antes do evento qualificador, aplica-se o tipo qualificado<sup>376</sup>. Por outro lado, “(...) o juiz penal deve tomar em consideração, ao realizar o juízo de adequação típica na rixa qualificada, o artigo 19 do Código Penal, a saber:

---

<sup>375</sup> “artigo 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena – detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos”.

<sup>376</sup> SALES, SHEILA JORGE SELIM DE, op. cit., p. 117.

'Pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que o houver causado, ao menos culposamente"<sup>377</sup>.

Desse modo, no artigo 19, mesmo que não querido o resultado pelos agentes, este necessita ser, ao menos, previsível, "(...) como consequência do fato típico rixa, para cuja realização prestaram a sua contribuição consciente e voluntariamente"<sup>378</sup>. Só o fato da necessidade da previsibilidade, já afasta a objetividade da punibilidade, bem como não exige nenhuma circunstância pessoal que, se presente, possa afastar a punibilidade.

Por força do citado artigo 19, introduzido na reforma penal de 1984, o delito qualificado pelo resultado, entendido como "(...) aquele delito cuja ação era dolosamente realizada, mas cujo resultado mais grave atribuído ao agente sem qualquer pressuposto de que tenha sido querido ou pelo menos fosse previsível"<sup>379</sup>, não é mais admissível, pois se passou a exigir para essa responsabilidade pelo resultado mais grave, pelo menos, o obrar culposamente, o que configura uma categoria de crime qualificado pelo resultado<sup>380</sup>.

Importa destacar que a rixa não possui os mesmos traços nas diversas legislações<sup>381</sup>, posto que, por exemplo, na legislação cubana, resta classificada a rixa simples (que não resulta lesões corporais ou morte), entre os crimes contra a ordem pública, e a rixa qualificada entre os crimes contra a vida e a integridade corporal (sob a denominação legal *riña tumultuária*)<sup>382</sup>, e não como

---

<sup>377</sup> Idem, ibidem.

<sup>378</sup> Idem, p. 117/118.

<sup>379</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 193.

<sup>380</sup> Idem, ibidem.

<sup>381</sup> Idem, por todos, , op. cit., p. 121/122.

<sup>382</sup> Idem, p. 121.

no Brasil, onde a rixa é prevista em capítulo autônomo, sendo a rixa qualificada prevista no parágrafo único.

Os códigos penais suíço (artigo 133, rixa prevista como crime de dano ou lesão real e não de perigo, ao contrário dos sistemas penais em que se pune a simples participação em rixa, como no Brasil) e grego (artigo 313), só punem a rixa quando da mesma resulte lesão corporal ou morte<sup>383</sup>. Já o novo Código Penal espanhol não mais prevê a rixa qualificada<sup>384</sup>.

O que importa desta breve passagem por algumas legislações estrangeiras, é procurar demonstrar como o caso concreto e a postura do legislador, pode ser decisiva no momento de se compreender quando se esta diante de uma condicionante de punibilidade e quando se esta diante de outra figura, como por exemplo, um crime qualificado, mesmo que se trate da mesma figura, no caso a rixa qualificada que, dependendo da elaboração da norma pode configurar ou não uma condicionante de punibilidade.

Contudo, aqueles que compreendem as condições de punibilidade como próprias características do tipo, aquelas que, por estarem situadas fora do âmbito da congruência não precisam referir-se ao dolo, nem ser objeto, nos fatos culposos, da inobservância contrária ao dever, estendem por demasiado as condições de punibilidade que, por sua qualidade de corpos estranhos no sistema legal, deveriam ter somente uma vigência limitada, não considerando que existem próprias características do tipo que não são abarcadas

---

<sup>383</sup> SALES, Sheila Jorge Selim de, op. cit., p. 121.

<sup>384</sup> Idem, p. 121/122.

pelo dolo<sup>385</sup>. Desse modo, pode-se concluir que “Segundo este ponto de vista, as graves consequências dos delitos qualificados pelo resultado constituiriam condições de punibilidade ou condições de punibilidade agravada. Se passaria por alto que as graves consequências, se bem não são elementos da ação, se constituem, por razão do nexa causal e da imprudência exigida, resultados atribuíveis e, em consequência, características do tipo”<sup>386</sup>.

Portanto, nos delitos qualificados pelo resultado, deve-se observar que possuem “(...) um conteúdo típico de periculosidade que, materializando-se o perigo compreendido no tipo básico, têm uma cominação penal notavelmente superior a do fato simples”<sup>387</sup>. Essa característica representa que a pena será aplicável desde que devidamente reconhecidos o injusto e a culpabilidade, a circunstância ou resultado, de que depende a aplicação de uma pena mais grave, não diz respeito a uma condicionante objetiva ou pessoal de punibilidade, que dependem de uma circunstância alheia ao fato, não para majorar ou diminuir a quantidade da pena a ser aplicada, como ocorre no delito qualificado pelo resultado, mas sim para determinar a incidência ou não da punibilidade do fato em si. Fato é que nada impede a utilização do termo condicionante de maior (ou menor) punibilidade como sinônimo da qualificadora do resultado, o que não significa reconhecer uma subespécie ou subgrupo de condicionantes de punibilidade.

---

<sup>385</sup> Neste sentido, por todos: MAURACH, Reinhart, op. cit., p. 297.

<sup>386</sup> Idem, ibidem.

<sup>387</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 519.

## **4 DELIMITAÇÃO ANTE FIGURAS AFINS**

### **4.1 Causas de liberação ou anulação da pena**

Uma confusão muito comum observada, refere-se à distinção existente entre as circunstâncias existentes na legislação penal, que excluem ou impedem a punibilidade, também localizados fora do injusto culpável, mas que

configuram outros institutos, que possuem alguma semelhança com as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena.

Já foi ressaltado no capítulo anterior a confusão causada pela utilização indistinta do termo escusas absolutórias para delimitar tanto as causas pessoais de exclusão da pena, como as causas de liberação de pena. Aqui será possível perceber que a questão terminológica adquire uma importância fundamental para o melhor discernimento destas figuras, que são semelhantes como já dito acima, mas não são idênticas.

Antes de adentrar na questão desta diferenciação deve-se observar que o termo causas de liberação de pena, pode ser entendido como levantamento de pena<sup>388</sup>, bem como causas de supressão ou de anulação da punibilidade<sup>389</sup>. Contudo, opta-se neste trabalho pelo uso do termo causa de liberação de pena, por permitir compreender as expressões também utilizadas, ora como supressão, ora como a anulação da punibilidade, dependendo do autor pesquisado.

Conforme ressalva Patrícia Faraldo Cabana, “para a formulação do conceito de causas de liberação de pena há que partir do pressuposto de que a estimação das mesmas como instituição jurídica unicamente poder ser factível quando com esse nome se designe uma matéria que revista um carácter diferencial com relação as restantes circunstâncias eximentes da responsabilidade penal comumente aceitadas”<sup>390</sup>. Além desta advertência, esta

---

<sup>388</sup> Expressão utilizada por FARALDO CABANA, Patrícia, em sua obra *Las causas de levantamiento de la pena*, op. cit. p. 23 e ss.

<sup>389</sup> Como prefere LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *La punibilidad*, p. 833.

<sup>390</sup> Op. cit., p. 23.

autora menciona como caráter diferencial e específico destas figuras, a partir de um ponto de vista estrutural, três aspectos: sua concorrência uma vez finalizada a execução do fato delitivo; seu conteúdo, consistente em um comportamento positivo do autor ou partícipe baseado na reparação dos efeitos do delito ou em colaboração com a Administração da Justiça; seu caráter voluntário; o tratar-se de ser um comportamento livre e não coacionado<sup>391</sup>. Em suma, esta tese libra-se na existência de um comportamento voluntário que deve existir em todos os supostos do que chama de comportamento pos-delitivo positivo, para que produza uma atenuação ou o levantamento da pena cominada ao delito cometido<sup>392</sup>.

A posição de Faraldo possibilita um melhor esclarecimento das figuras cuja concorrência exclui a punibilidade ou cuja não concorrência é pressuposto desta. Roxin<sup>393</sup>, nesta seara, observa que é comum a distinção entre causas pessoais de exclusão da punibilidade, causas materiais (objetivas) de exclusão da punibilidade e causas de supressão (ou liberação) da punibilidade, delimitando cada uma delas.

Se a diferença entre condições objetivas de punibilidade e causas materiais de exclusão da punibilidade é puramente formal, em face de que nos crimes contra a honra a indiferença, por exemplo, de se qualificar a impossibilidade de provar a verdade na maledicência como condição objetiva de punibilidade, ou que se qualifique o fato de lograr a prova da verdade como causa material de exclusão da punibilidade<sup>394</sup>, tal indiferença não pode ser estendida às

---

<sup>391</sup> Idem, p. 23/24.

<sup>392</sup> Idem, p. 30.

<sup>393</sup> Derecho penal, tomo I, p. 971.

<sup>394</sup> Idem, ibidem

causas pessoais de exclusão da pena, quando se confunde causa de liberação ou anulação da pena com escusas absolutórias, conforme ocorre, em especial com uma parte da doutrina espanhola, quando assevera que as escusas absolutórias são situações onde “(...) concorre algo que, ou bem reside na pessoa do autor (por exemplo, o parentesco) ou bem em algo que este faz (pagar, abandonar sua atitude)”<sup>395</sup>.

Esta realidade termina por induzir a conclusões de que o número das escusas absolutórias tendem a crescer nas legislações contemporâneas, conforme o alerta de Cerezo Mir<sup>396</sup>, de que houve um aumento significativo da presença destas figuras no novo código penal espanhol. Contudo, tal assertiva é fruto muito mais da confusão que se faz entre causas de liberação ou supressão da pena e escusas absolutórias, cujas diferenças estão bem delineadas.

No entanto, se é certo que existem autores que tratam as causas de liberação de pena, inseridas no contexto do que entendem por escusas absolutórias, sem fazer nenhuma das distinções já sustentadas, há outros que reconhecem a existência de duas classes de fundamentos pessoais que podem excluir a punibilidade ou levanta-las, as primeiras excluem *ab initio* a punibilidade e as outras em face da punibilidade pela comissão do delito liberam a pena, admitindo que as primeiras têm vigência eminentemente pessoal, relacionando-se com o próprio autor, não beneficiando a nenhum outro partícipe, já as segundas

---

<sup>395</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzáles, op. cit., p. 446.

<sup>396</sup> Derecho penal, p. 240.

seriam uma outra categoria de escusas absolutórias, chamadas de posteriores à realização do fato, que têm em comum o evento de ser um fundamento pessoal<sup>397</sup>.

Jescheck<sup>398</sup> termina por fazer uma distinção mais clara, quando faz uma subdivisão entre as causas pessoais de exclusão da pena (termo que se assemelha ao que a doutrina brasileira trata como escusas absolutórias) e causas pessoais de anulação (termo empregado como sinônimo de liberação/levantamento) da pena, que se caracterizam por serem circunstâncias, que não se produzem até depois da realização da ação punível, principalmente por destacar que as causas de anulação eliminam com caráter retroativo a punibilidade já existente, citando como exemplo principal a desistência na tentativa, o que permite concluir que nas escusas absolutórias a punibilidade não chega a ser considerada.

O motivo pelo qual a divisão das escusas absolutórias em anteriores e posteriores já comentadas não parece recomendável se faz pela razão de não trazer vantagem para a interpretação destas, terminando por confundir a delimitação e o alcance destas figuras, posto que as chamadas escusas absolutórias posteriores são na verdade causas de liberação de pena. Por isso a necessidade de ressaltar a importância da terminologia empregada, que possibilita uma melhor delimitação, pois causa pessoal de exclusão da pena não comporta nenhuma divisão (coetâneas e posteriores) como alguns autores sugerem para configurar o que seja uma escusa absolutória, o que só faz dificultar a compreensão destas figuras.

---

<sup>397</sup> Por todos: BACIGALUPO, Enrique. Lineamentos de la teoria del delito, p. 95 e ss.

<sup>398</sup> Op. cit., p. 500/501.

Assim, não rejeitando por completo a divisão sugerida por uma parte da doutrina, verifica-se na diferenciação entre as causas de liberação de pena e as causas excludentes de punibilidade (condições objetivas de punibilidade e causa pessoal de exclusão da pena), que existem três diferenças capitais, que produzirão efeitos, em especial quanto à participação, posto que nas condicionantes (ao contrário das causas de liberação), a questão da concorrência ou não concorrência de determinadas circunstâncias como pressuposto da punibilidade, não está ligada a finalização da execução do fato delitivo; seu conteúdo, não consistente em um comportamento positivo do autor ou partícipe baseado na reparação dos efeitos do delito ou em colaboração com a Administração da Justiça, pois independem da vontade do autor, não tendo, portanto, caráter voluntário, juízo que se estende ao entendimento de que, nas causas de liberação de pena, faz-se imprescindível o comportamento livre e não coacionado do agente, o que é absolutamente indiferente para a caracterização de uma condicionante objetiva ou uma causa pessoal de exclusão da pena.

Por fim, importa destacar que o termo causas de liberação de pena possui o mesmo conteúdo (ou significado) do termo escusas absolutórias posteriores, para aqueles autores que fazem esta distinção. Contudo, esta questão terminológica pouco adianta para o esclarecimento da questão, fazendo com que ganhe destaque à conclusão de que há maior propriedade no emprego do termo causas pessoais de exclusão da pena, ao invés de escusas absolutórias<sup>399</sup>. Entretanto, importa sempre recordar que, na doutrina brasileira, o termo escusas absolutórias é empregado corretamente, tanto mais quando se

---

<sup>399</sup> MARTINEZ PÉREZ, Carlos, la condiciones objetivas de punibilidad, p. 91.

observa que esta não faz a referência as causas de liberação de pena, que, em regra, são tratadas dentro das causas extintivas de punibilidade<sup>400</sup>.

No Brasil exemplos das causas de liberação de pena estão previstos no artigo 34 da lei 9.249/95, que prevê extinção da punibilidade nos casos em que o agente promova o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, nos delitos definidos na lei 8.137/90 e na lei 4.729/65; nos arts. 168-A, § 2º do Código Penal e 337-A, § 1º, quando o agente *espontaneamente*, declara, confessa e efetua o pagamento de contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, antes do início da ação fiscal<sup>401</sup>; no § 3º, do art. 15 da lei 9.964/00<sup>402</sup> se o agente aderir ao programa de recuperação fiscal (REFIS), antes do recebimento da denúncia e efetue o pagamento integral dos débitos ou, mesmo após o recebimento da exordial<sup>403</sup>, conforme facultado pelo art. 9º da lei 10.684/03; no artigo 342, § 2º do Código Penal, quando o agente, antes da sentença em que ocorreu o ilícito, se retrata ou declara a verdade; no artigo 143 do Código Penal,

---

<sup>400</sup> Veja-se, por todos: PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 489 e ss.

<sup>401</sup> Note-se que no mesmo artigo 168-A do Código Penal brasileiro, no § 3º, o juiz *poderá* deixar de aplicar a pena caso o agente tenha promovido, após início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia. Nesta hipótese, como se trata de ato que comporta análise subjetiva e pessoal do julgador, trata-se conforme a lição de RIOS, Rodrigo Sánchez de perdão judicial, op. cit., p. 38. Mas não uma causa de liberação de pena ou causa extintiva de punibilidade.

<sup>402</sup> “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.”

<sup>403</sup> Neste sentido veja-se a obra de RIOS, Rodrigo Sánchez. Das causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos, p.213 e ss.

que trata da retratação nos casos de calúnia ou da difamação; nos casos de delação premiada<sup>404</sup>; .

Em tais casos, faz-se imperativo verificar se há de fato um ato de vontade positivo do agente, após o delito, para que não subsista a punibilidade. Caso contrário (sem um ato de vontade do agente, que efetivamente possa ser considerado como uma colaboração com a administração da justiça) não há que se falar em liberação da pena, mas em outra figura qualquer<sup>405</sup>.

## 4.2 Causas de extinção de punibilidade

De uma forma genérica as causas de extinção de punibilidade podem ser conceituadas como os “(...) atos ou fatos que impedem a aplicação da sanção penal”<sup>406</sup>. No entanto esta definição resta ainda insuficiente, quando se percebe que nas causas excludentes de punibilidade, também se impede a aplicação de uma sanção penal, contudo, pelas suas próprias características é possível distingui-las como uma categoria autônoma dentro da teoria do delito, assim como as causas de liberação de pena, daí a necessidade de bem definir suas características.

---

<sup>404</sup> A disciplina normativa desta figura foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), passando o Estatuto Criminal pátrio a adotá-lo no artigo 159, parágrafo 4º (extorsão mediante seqüestro). Posteriormente outras legislações penais extraordinárias também adotaram-na, como por exemplo a lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), em seu parágrafo único, artigo 16; na lei 9.034/95 (organizações criminosas), que em seu artigo 6º; a lei 9.080/95, que estabeleceu a delação premiada nas infrações praticadas por quadrilha ou em co-autoria, acrescentando um dispositivo, inserido como § 2º do artigo 24, da lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro); a lei 9.269/96 (alterando a redação do artigo 159, § 4º, do Código Penal); o § 5º, do artigo 1º, da lei 9.613/98 (lavagem de capitais); artigo 14 da lei 9.807/99 (proteção especial a vítimas e testemunhas). OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias. O direito premial brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos, p. 277/279.

<sup>405</sup> Neste sentido, FARALDO CABANA, Patrícia, op. cit., p. 30.

<sup>406</sup> DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 671.

Conforme o magistério de René Ariel Dotti<sup>407</sup>, as causas de extinção de punibilidade caracterizam-se por poder ocorrer tanto após o fato, como durante o processo ou depois da condenação. Mais: algumas destas causas fazem desaparecer a própria tipicidade do fato, no caso da retroatividade da lei que não mais considera o fato criminoso; outras excluem a reprovabilidade do fato (anistia), outras somente a pena (indulto)<sup>408</sup>, “(...) mantendo-se o caráter ilícito do fato para os demais efeitos jurídicos, como o dever de indenizar o dano (prescrição da ação penal)”<sup>409</sup>.

No Brasil as causas extintivas de punibilidade estão elencadas no artigo 107<sup>410</sup> do Código Penal, o que não impede que também estejam previstas em leis especiais<sup>411</sup>, e até mesmo em outros artigos do próprio Código<sup>412</sup>, pois não se pode falar em enumeração taxativa destas figuras contidas na lei penal ordinária<sup>413</sup>.

---

<sup>407</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>408</sup> Segundo MAURACH, Reinhart, uma parte da doutrina qualifica o indulto e a anistia como escusa absolutória. Contudo, ainda conforme observa MAURACH esta qualificação é defeituosa, pois não concorrem nestes casos as razões das escusas absolutórias conhecidas. Para este autor a anistia e o indulto possuem natureza puramente formal, *op. cit.*, p. 621

<sup>409</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>410</sup> “Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

<sup>411</sup> Lei 9.099/95, artigo 89, Medida provisória 1.571-7, de 23.out.

<sup>412</sup> Conforme BITENCOURT, Cezar Roberto “o atual elenco do artigo 107 não é *numerus clausus*, pois outras causas se encontram capituladas em outros dispositivos, como, por exemplo, o *perdão judicial* (arts. 121§ 5º.; 129, § 8º, 180, § 3º; 181; 240, § 4º, e 348, § 2º, do CP etc.); a *restitutio integrum* (artigo 249, § 2º); as hipóteses do artigo 7º, § 2º, *b e e*, do CP etc.” *Op. cit.*, p. 664.

<sup>413</sup> Como a enumeração não é taxativa, há outras causas de que podem decorrer a extinção da punibilidade, mas por exigência do sistema são incluídas sob outras rubricas. Aníbal Bruno. *Direito Penal*, tomo III, p. 197.

Para Anibal Bruno<sup>414</sup>, além de ser inútil ensaiar uma classificação dessas causas sob qualquer dos critérios admitidos, o Código penal brasileiro fez bem em englobar todas estas causas sob o título comum de extinção da punibilidade, que não deixa de ser uma forma de classificação, quando as menciona.

O que se deve ter presente é o fato de que as causas extintivas de punibilidade fazem cessar, diretamente, “(...) o *jus* ou a *potestas* do Estado concernente à imposição da pena cominada ou execução da pena imposta. Dá-se, na espécie, por motivos vários, naturais ou políticos, subseqüentes ao crime, uma abdicação ou renúncia desse direito ou poder (*Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch*, como dizem os autores alemães), rompendo-se o binômio *crime-pena*, ou seja, na expressão de Carnelluti, o nexo jurídico entre o crime e a pena. Trata-se de circunstâncias que, supervenientemente ao crime, extinguem a correlativa *pretensão punitiva* do Estado. Secundariamente ou por via de consequência é que fica impedido o exercício da ação penal ou inexeqüível a condenação”<sup>415</sup>. A definição de tais circunstâncias pode ser resumida, conforme ressalta Nelson Hungria de que elas “(...) fazem cessar o já concretizado direito de reclamar a pena e, conseqüentemente, impedem a sua atuação”<sup>416</sup>. Esta definição permite delinear que no caso da ausência de uma condicionante objetiva ou da presença de uma condicionante pessoal, o direito de reclamar a pena do Estado, ainda não surgiu, nem se questionando o fato de ter ou não o direito de exercer o *jus puniendi*, pois

---

<sup>414</sup> Idem, ibidem.

<sup>415</sup> HUNGRIA, Nelson. Extinção da punibilidade em face do novo código penal, p. 579.

<sup>416</sup> Idem, ibidem.

no caso das condicionantes este somente surge quando está resta devidamente configurada.

Impõe-se também registrar outra colocação de Hungria de que, “Segundo adverte o Ministro Campos, na sua ‘Exposição de Motivos’ não era de aceitar-se, em retificação da antiga epígrafe, a fórmula com que o Código Rocco procurou corrigir a do revogado Código Zanardelli, isto é, ‘extinção do crime e da pena’. Se se pode dizer que as ‘causas extintivas’ em questão, quando subseqüentes à condenação, suprime *lex nunc* a pena, não é exato que elas, em qualquer hipótese, eliminem o crime. Não deixa este de existir, quer como *fato* (pois *factum infectum fieri nequit*), quer como *entidade jurídica*, pois sobrevive como tal, apesar das ditas causas, não só para efeitos civis (*actio civilis ex delicto*, efeitos civis de intercorrente condenação), como, de regra, para certos efeitos *penais* (subsistência da intercorrente condenação para o fim de ulterior declaração de reincidência ou exclusão do benefício de suspensão condicional da pena; continuidade da agravação da pena decorrente da conexão, *ut* parágrafo único do artigo 108<sup>417</sup> do novo Código)”<sup>418</sup>.

Hungria é ainda mais claro quando observa que as causas extintivas de punibilidade “(...) não negam a violação da lei penal (pois, ao contrário, a pressupõem), mas apenas excluem, no caso concreto, a *pretensão jurídica* do Estado concernente a inflicção da pena (direito subjetivo de punir,

---

<sup>417</sup> O atual Código Penal em seu artigo 107 repete quase todos os preceitos do artigo 108 (anterior), deixando de elencar como causa extintiva da punibilidade: a reabilitação do agente; o ressarcimento do dano no peculato culposo. Acrescenta, entretanto, o perdão judicial, nos casos previstos em lei.

<sup>418</sup> Op. cit., p. 580.

pertinente ao direito penal material), cessando, portanto, e tão somente, a *punibilidade* do fato previsto como crime. É preciso não esquecer que a *punibilidade* não é *elemento constitutivo* do crime, mas um *efeito jurídico da existência do crime*; de modo que a sua accidental extinção não pode ter a consequência de anular o crime já praticado”<sup>419</sup>.

Importa destacar que nas condicionantes de punibilidade a punibilidade não é extinta, ela simplesmente não se caracteriza, em outras palavras, não chega a existir, portanto, não pode ser extinto o que jamais existiu. Por outro lado, nada impede que presente uma condição objetiva de punibilidade ou ausente uma causa pessoal de exclusão da pena (escusa absolutória), incidindo a hipótese de extinção de punibilidade em qualquer de suas modalidades (como a prescrição por exemplo) que se considere esta, aí sim, poderá se afirmar que a punibilidade se extinguiu. Mas, admitida a condicionante objetiva ou inexistente a causa pessoal de exclusão da pena, os efeitos civis continuam intactos, desaparecendo somente a pena, restando que as causas extintivas de punibilidade não extinguem a infração, somente a pena é que não se aplica enquanto a punibilidade é tida como extinta, já que continua desenvolvendo seus efeitos possíveis<sup>420</sup>.

Certo é que nas causas extintivas de punibilidade se parte da existência prévia de um delito com todos os seus caracteres, incluídas, a ausência

---

<sup>419</sup> Idem, ibidem.

<sup>420</sup> BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 737.

de escusas absolutórias e a presença de condições objetivas de punibilidade, negando apenas o exercício do *jus puniendi*<sup>421</sup>.

Embora se possa argumentar que as causas extintivas de punibilidade possuam uma certa semelhança com as causas de liberação de pena, deve-se observar que há uma diferença de conteúdo e fundamento entre ambas<sup>422</sup>. Nas segundas exige-se sempre um comportamento positivo pós delitivo e voluntário por parte do agente, e são baseadas no cumprimento parcial dos fins da pena; nas primeiras a responsabilidade não pressupõe a existência de uma conduta por parte do agente, e sua fundamentação concorre razões de índole material, relacionadas com a necessidade da pena e também processuais. Restando que nas causas de liberação de pena, se faz necessário uma conduta voluntária de colaboração com a Administração da Justiça ou de reparação nas consequências do delito, o que não se exige para a aplicação das causas de extinção da punibilidade<sup>423</sup>.

### **4.3 A desistência na tentativa e o arrependimento eficaz**

Neste tema torna-se a abordar outro ponto de grande divergência doutrinária, fruto da própria heterogeneidade da hipótese ventilada,

---

<sup>421</sup> GRACIA MARTIN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, p. 275/276.

<sup>422</sup> FARALDO CABANA, Patrícia. Op. cit., p. 98.

<sup>423</sup> Idem, ibidem.

bem como dos problemas decorrentes do conceito que se tenha sobre as causas que excluem a punibilidade, o que – outra vez - vem a reforçar o entendimento de que não se verifica vantagem em dividir as escusas absolutórias em anteriores e posteriores, causando mais confusão sobre o alcance e limite destas figuras. A questão terminológica para definir o que representa a não punibilidade da desistência na tentativa, ganha um realce importante, pois, dependendo do que se entenda por desistência na tentativa, no caso do tema aqui tratado, ou seja, se causa pessoal de exclusão da pena (escusa absolutória), se causa de liberação da pena, se torna atípica a ação praticada, decorrerão diferentes conclusões sobre o seu fundamento e natureza jurídica, o que termina por trazer - novamente – mais posições conflitantes na doutrina.

Na busca da compreensão da hipótese vertente deve-se ter presente que na configuração da tentativa o agente, em face de interferência de uma causa que *independa* de sua vontade, “(...) deixa de dar continuidade ao já iniciado processo de execução da ação típica (tentativa imperfeita) seja, também, porque, apesar da ação executiva ter se esgotado, através de meios idôneos, não se alcançou, todavia, o resultado proposto (tentativa perfeita ou crime falho)”<sup>424</sup>. Assim, o que caracteriza a tentativa (perfeita e imperfeita) é “(...) a circunstância do processo de execução se *interromper* ou *falhar*, por razão alheia à vontade do agente”<sup>425</sup>.

Contudo, a questão ganha outra dimensão quando, ainda que iniciado o processo de execução de um crime, este não chega a se configurar por

---

<sup>424</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Teoria do delito, p. 202.

<sup>425</sup> Idem, *ibidem*.

uma conduta voluntária do agente. Esta constatação serve para discernir que, “se o agente interrompe voluntariamente o processo de execução a que dera início, mas que não se esgotara, ocorre a desistência voluntária; se o agente após dar completo desenvolvimento ao processo de execução evita eficazmente que se consume o resultado, verifica-se o arrependimento eficaz”<sup>426</sup>. Nestas hipóteses, estatuídas no artigo 15<sup>427</sup> do Código Penal brasileiro, que deve ser examinado em uma relação de complementariedade com o artigo 14<sup>428</sup>, II, também do diploma repressivo penal pátrio<sup>429</sup>, importa tratar da natureza jurídica destas hipóteses, pois, do entendimento que se tenha sobre estas, podem surgir diferentes efeitos práticos – em especial - quanto a sua interpretação com relação à participação.

Sendo assim, importa destacar que tanto o arrependimento eficaz quanto à desistência da tentativa, compartilhem a mesma natureza jurídica das já tratadas causas de liberação de pena, posto que, “(...) a desistência é uma causa de liberação ou anulação da pena de aplicação limitada aos casos em que o comportamento positivo é posterior ao injusto da tentativa, mas anterior a consumação do delito”<sup>430</sup>.

Feito este primeiro discernimento, resta verificar outras posições doutrinárias, quanto à natureza jurídica da desistência da tentativa e do

---

<sup>426</sup> Idem.

<sup>427</sup> “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

<sup>428</sup> “Diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

<sup>429</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 254. ZAFFARONI, Raul Eugênio e PIERANGELI, Jose Henrique, ressaltam ainda que “um exame das duas disposições permite que cheguemos à conclusão de que ambas são complementárias uma da outra, porquanto o art. 15 fala em ‘agente’, expressão que, em Direito Penal e através do exame dos primeiros artigos do tit. II, só pode ser compreendida como agente da tentativa”. Da tentativa, p. 86.

<sup>430</sup> FARALDO CABANA, Patrícia. Op. cit., p. 61.

arrependimento eficaz, pois existem diversas concepções dogmáticas da hipótese, com vistas a permitir diferencia-las das causas pessoais de exclusão da pena.

Na doutrina podem ser encontradas as mais dissonantes concepções<sup>431</sup>. Para uns o fundamento da desistência da tentativa estaria na destipificação desta<sup>432</sup>; para outros se trata de uma causa de liberação de pena ou da punibilidade<sup>433</sup>; também podem ser encontrados autores que as tratam como causas de extinção da punibilidade<sup>434</sup>; excusas absolutórias ou causas pessoais de exclusão da punibilidade<sup>435</sup>; causas pessoais de extinção da punibilidade<sup>436</sup> (que não é o mesmo que uma excusa absolutória, ou causa de exclusão da punibilidade) e ainda outros autores que trasladam a desistência ao âmbito da culpabilidade<sup>437</sup>. Uma posição que se pode considerar híbrida (pois não encontra ressonância com as demais) é aquela sugerida por Günther Jakobs que trata a desistência como uma instituição que possibilita compensar o injusto e a culpabilidade. Segundo este autor a desistência seria uma causa de compensação

---

<sup>431</sup> GARCIA PÉREZ, Octavio, chama atenção para o fato de que a dificuldade dogmática quanto a natureza jurídica destas figuras significam que, “as diferenças na localização da desistência nem sempre se baseiam em fundamentações distintas, senão que uma mesma concepção lhes outorgam ubiquações diversas e vice-versa”. Op. cit., p. 163.

<sup>432</sup> Neste sentido: REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 205; BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 365/366; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, p. 255; JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 293; MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito pena I, vol. 1, p. 160, dentre outros.

<sup>433</sup> Por todos: FARALDO CABANA, Patrícia, op. cit., p. 64.

<sup>434</sup> Posição sustentada por HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, t. 2, p. 93.

<sup>435</sup> Neste sentido: ROXIN, Claus. Dogmática penal y política criminal, p. 115; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 497; WELZEL, Hans. Op. cit., p. 235, que ressalva que a desistência da tentativa é uma excusa absolutória pessoal; MAURACH, Heinhart, op. cit., p. 200 e ss; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, p. 188 ZAFFARONI, Eugenio e PIERANGELI, Jose Enrique, Manual de direito penal brasileiro, op. cit., p. 87 e ss.. PRADO, Luiz Regis; DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. De Almeida. Código penal comentado, p. 27; Curso de direito penal brasileiro, p. 255. DOTTI, René Ariel, p. 331. Ressalte-se que DOTTI acrescenta que esta não está elencada no rol do artigo 107 do Código Penal Brasileiro, o que leva a conclusão de que trata as causas pessoais de exclusão da pena como uma causa extintiva de punibilidade.

<sup>436</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, Jose Henrique. Da tentativa, p. 88/89.

<sup>437</sup> Apud, GARCIA PÉREZ, Octavio. Op. cit., p. 163.

do delito, que não se deve tratar fora do injusto culpável<sup>438</sup>, em suma, para Jakobs, a desistência não se enquadra em nenhuma das concepções dogmáticas mais comuns, restando a conclusão de que rechaça as posições encontradas na doutrina penal.

Uma posição ligada a destipificação, e que merece uma melhor atenção, é aquela que adota o ponto de vista dogmático de que a desistência seria um elemento negativo do tipo da tentativa, implicando em uma decisão que traz sérias consequências de ordem prática. Assim, Patrícia Faraldo Cabana<sup>439</sup>, observa que considerar a desistência como um elemento negativo do tipo da tentativa, tornaria necessário estender a impunidade também aos partícipes, como consequência do princípio da acessoriedade da participação que exige, pelo menos, a existência de um fato típico a que referir a participação; pelo contrário, caso se afirme que a desistência é uma causa de liberação ou anulação da pena a impunidade só alcança aquele interveniente que desistiu por si mesmo, mas não para os restantes que não o fizeram.

Outra consequência prática que se deve ter em conta é que, na desistência da tentativa (tanto na desistência voluntária quanto no arrependimento eficaz), quando se reconhece que esta tem como efeito imediato à exclusão da pena, a *suspensão* da pena seria uma recompensa ao *mérito* do autor<sup>440</sup>, neste caso “a pena é *suspensa* porque o *mérito* da desistência compensa o *injusto* da tentativa, e assim, fundamenta a *exculpação* do autor”<sup>441</sup>. Ora, nos

---

<sup>438</sup> Op. cit. p. 415.

<sup>439</sup> Op. cit, p. 63.

<sup>440</sup> CIRINO, Juarez dos Santos. Op. cit, p. 326.

<sup>441</sup> Idem, p. 326/327.

ordenamentos penais em geral é crescente o número daqueles que contemplam a regulação expressa da desistência<sup>442</sup>, evidenciando que não há interesse por parte do Estado (política criminal) na punição do agente que, voluntariamente, impede o resultado delitivo, estimulando a não-consumação do crime, ao oferecer a oportunidade de sair da situação criada, sem sofrer punição. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a probabilidade de não punição da desistência “(...) é a possibilidade de retornar da esfera da ilicitude em que penetrara para o mundo lícito. Na feliz expressão de Von Liszt, ‘é a *ponte de ouro* que a lei estende para a retirada oportuna do agente”<sup>443</sup>.

Esta opção do legislador, decorrente da chamada teoria premial<sup>444</sup> oriunda da moderna doutrina alemã, busca justificar a desistência voluntária fundando-se no caráter político-criminal, contudo esta diverge do fundamento de Feuerbach<sup>445</sup>, na medida em que não se lastreia na idéia da pena como prevenção geral. Nesta seara alguns autores sustentam que “(...) a impunidade da tentativa abandonada consiste em um prêmio, que se atribui ao agente por não ter consumado o delito. Seria, por conseguinte, uma ato de graça, pelo qual o Estado renuncia ao seu direito de punir”<sup>446</sup>.

Contudo, independentemente da justificação teórica adotada, parece claro que não se explica estender o beneplácito da não punição da desistência, aquele que não tenha uma conduta positiva, com vistas a

---

<sup>442</sup> ÚRZUA, Cury Enrique. Tentativa y delito frustrado, p. 107.

<sup>443</sup> Op. cit., p. 365.

<sup>444</sup> CONDE, Francisco Muñoz divide as diversas teorias que fundamentam a desistência em quatro classes: jurídica, político-criminal, premial e menor intensidade da vontade delituosa. El desistimiento voluntario de consumir o delito, p. 14 e ss.

<sup>445</sup> A teoria político-criminal é defendida por este autor, para o qual é finalidade da pena a prevenção geral. Apud. REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 204.

<sup>446</sup> Idem, p. 205.

impossibilita o resultado. Daí não se admitir, sequer sob um ponto de vista funcional, que a desistência da tentativa corresponda a uma exclusão da tipicidade do fato. Maurach<sup>447</sup> reconhecendo que o privilégio tem seu fundamento político criminal, ressalva que, ao autor arrependido deve se construir uma ponte de prata ao retorno a legalidade, premiando-o por seu arrependimento eficaz. Mas a prerrogativa necessita de um ato positivo do agente, ou seja, aquele que não age voluntariamente não pode ser beneficiado, pois não haveria mérito para quem desiste voluntariamente se o mesmo subsistisse com relação àquele que não corroborou no impedimento da lesão ao bem jurídico-penal tutelado.

Jescheck<sup>448</sup> busca fundamentar esta hipótese asseverando que a desistência voluntária produz a impunidade de quem desiste, pois esta não afeta nem a tipicidade, nem a antijuridicidade e a culpabilidade resta compensada até certo ponto, adotando a concepção de que se trata de verdadeira causa pessoal de anulação da pena. Ainda o mesmo autor acrescenta que este entendimento resulta óbvio para os partidários do fundamento político criminal da impunidade na desistência, pois o que leva a se reconhecer o privilégio da desistência, não se relaciona com o fato, posto que a culpabilidade não está eliminada pela desistência senão compensada com posterioridade. No que arremata Octavio Garcia Pérez, acrescentando que a desistência é um aspecto da tentativa acabada que surge quando já se esvaiu todo o desvalor da ação, “(...) e o desvalor de resultado (perigo para a integridade do bem jurídico) se se aceita também um desvalor do resultado na mesma. Que na tentativa acabada com a

---

<sup>447</sup> Op. cit., p. 201.

<sup>448</sup> Op. cit., p. 497.

execução de todos os atos necessários para a consumação se esgota o injusto ainda que se exija um desvalor de resultado (perigo para o bem jurídico), o demonstra o fato de que, uma vez realizados todos os atos, somente a intervenção ativa do sujeito (desistência) logra salvar o bem jurídico, o que pressupõe logicamente a existência de um perigo de lesão. Em definitivo, com a desistência da tentativa acabada o autor evita que se produza à lesão do bem jurídico ou, o que é o mesmo, impede que o perigo de lesão criado se chegue a concretizar”<sup>449</sup>.

Após estas considerações, em que pesem abalizadas posições que tratam a desistência sob outros fundamentos, a hipótese resta mais bem fundamentada como causa de liberação (ou anulação) da pena, pois é de fato um comportamento posterior ao injusto da tentativa, que não resta excluído, apesar das vozes contrárias, pela desistência, eis que o dolo e o início da execução já estão caracterizados. Por outro lado – repetindo o que já foi ressaltado – admitindo-se que a desistência não configura um fato típico, ficaria sem sentido a punição do partícipe, que seria beneficiado, ainda que quisesse o resultado. Vejamos.

Imagine-se a seguinte hipótese: A querendo matar C envenenada, solicita a B que lhe forneça o veneno, revelando-lhe sua intenção de acabar com a vida de C. Por sua vez, B que também não gosta de C, apreciando a idéia fornece-lhe o veneno. A, de posse do veneno fornecido por B, coloca-o dentro de uma jarra de água, ciente de que C costuma utiliza-la para beber água antes de se deitar. C ingere a água envenenada e vai se deitar. Neste interregno,

---

<sup>449</sup> Op. cit., p. 165.

e antes que o resultado ocorra, A se arrepende e procura B para que ministrem um antídoto, ou até mesmo chamem socorro para C. C ingere a água e começa a sentir os efeitos do veneno. B diz para A que o problema não é seu e que este se vire. A chama socorro e C sobrevive sem nenhuma seqüela.

Nesta breve ficção é possível observar que, se a conduta de A excluir a tipicidade do fato, B não pode ser considerado partícipe, em face do princípio da acessoriedade da participação, ainda que sua conduta não tenha mérito algum para isentá-lo da pena prevista. Pelo contrário, entendendo-se a desistência como uma causa de liberação ou anulação da pena, que tem como um de seus requisitos uma atitude positiva do agente, após iniciado o *iter criminis*, restando óbvio que não existiu no exemplo supra, conduta voluntária de B (que não possui mérito algum, justamente o oposto), este será punido como partícipe a título de tentativa, pois, no exemplo citado, o crime já havia se iniciado, não logrando êxito por uma atitude voluntária de quem lhe deu início (no caso o agente A). Neste caso, não se justificaria, nem por um critério de prevenção geral ou especial, estender uma “ponte de prata” ou de “ouro”, para que B retorne da esfera da ilicitude. Nada poderia justificar trazer um agente para a esfera da licitude, quando este não obrou com mérito algum. Seria premiar quem não merece.

Igualmente, dando supedâneo ao exemplo fictício que se trouxe a baila, há outros motivos para se negar à inclusão da desistência no tipo como elemento negativo, a partir da função motivadora que se lhe atribui. Desse modo, como bem colocado por Octavio Garcia Pérez, deve-se ter presente que “(...) através do tipo se dão umas pautas de atuação do indivíduo, ou seja, se lhe tenta motivar a omitir determinadas condutas e a realização de outras. Pois bem,

da mesma forma que as causas de justificação não consistem em estímulo para a realização da conduta justificada, tampouco o é a desistência a respeito da conduta desistida<sup>450</sup>. Ou seja: “(...) nem a legítima defesa constitui um estímulo para matar nem a desistência para que se tente matar”<sup>451</sup>.

Por outro lado, a desistência não neutraliza o injusto da tentativa, pois, ainda com base em Garcia Pérez, admitindo-se tal coisa, “(...) estaríamos em um suposto de causa de justificação específico da tentativa. Mas a análise da antijuridicidade pressupõe logicamente a existência de uma conduta típica, não uma sucessão temporal da tipicidade e antijuridicidade, senão todo o contrário. Ou seja, na conduta típica concorrem *simultaneamente* tanto os desvalores de ação e de resultado como os valores de ação como de resultado”<sup>452</sup>, e conclui: “A conduta típica que infringe uma norma (proibição ou mandato) está simultaneamente coberta por uma norma permissiva, como o demonstra o fato de que a justificação somente se dá se o sujeito realiza a conduta típica ao menos com o conhecimento da concorrência dos pressupostos da mesma. Na desistência não se dá esta simultaneidade, senão que ao desvalioso da tentativa (posta em marcha da resolução criadora de um risco para o bem jurídico) sucede o valioso, a evitação do resultado ou a renúncia a seguir executando o fato”<sup>453</sup>. Esta realidade faz supor que a infração da norma (começo de execução) resulta permitida por um fato posterior (a desistência). Portanto, se a realidade for esta, estar-se-ia admitindo que o injusto da tentativa “(...) se

---

<sup>450</sup> Idem, ibidem.

<sup>451</sup> Idem, ibidem.

<sup>452</sup> Idem, ibidem.

<sup>453</sup> Idem, ibidem.

compensa com um ato posterior ou construindo um suposto de antijuridicidade condicionada, como proposto por Binding”<sup>454</sup>.

Portanto, ante a estas considerações, conclui-se que a desistência da tentativa e o arrependimento eficaz não afetam o injusto culpável, sendo o critério para a sua aferição estranho a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A justificativa para a não aplicação de uma pena ao agente que, com sua conduta espontânea impede o risco ou exposição de lesão a um bem jurídico, só tem fundamento político criminal, estando suas bases melhor assentadas como uma causa de liberação ou anulação de pena, quer por encontrar uma melhor justificação dogmática, quer porque permite um aproveitamento mais adequado do beneplácito da não aplicação da reprimenda penal, quando impede sua extensão ao partícipe que, voluntariamente, não colabore para evitar o resultado lesivo, pois não se pode conceber, quer por critérios político-criminais, ou em face dos critérios de merecimento e necessidade de pena, que a desistência permita o entendimento que a conduta do agente não se subsuma a norma e, portanto, não seja típica. Outrossim, não há que se considerar a desistência uma causa pessoal de exclusão da pena (escusa absolutória), posto que, por necessitar de um ato de vontade do agente para sua configuração, e ser posterior ao delito, não preenche os requisitos objetivos das causas de exclusão da punibilidade.

---

<sup>454</sup> Idem.

## **5 REPERCUSSÕES RELEVANTES NA TEORIA DO DELITO**

### **5.1 O erro**

A posição majoritária da doutrina considera irrelevante o erro sobre a punibilidade, e no caso deste trabalho o erro sobre as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena argumentando que,

nestes casos o erro é irrelevante<sup>455</sup> pois: o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade já estão plenamente caracterizados, e o agente, em tais casos, já tinha consciência de que sua conduta era típica e antijurídica<sup>456</sup>.

Roxin<sup>457</sup> parte do ponto de vista de que, se reconhecendo a existência de pressupostos adiante do injusto culpável, no caso de uma crença errônea de que falta uma condição objetiva de punibilidade, ou de que concorra uma causa pessoal exclusão da pena não pode haver relevância penal, justamente por não afetar a culpabilidade e a responsabilidade do autor. De outra forma, “a crença equivocada de que concorre uma condição objetiva de punibilidade, ou de que falta uma causa de exclusão da punibilidade, não pode dar lugar a punibilidade”<sup>458</sup>.

Especificamente quanto às condições objetivas de punibilidade próprias (as únicas admitidas neste trabalho, sob os termos extrínsecas e próprias, rechaçando-se a hipótese de condições impróprias ou intrínsecas), Caffarena, embora preferindo a terminologia condições objetivas de punibilidade extrínsecas, também esclarece que “(...) quando se produz a errônea representação de um elemento condicionante extrínseco, o fato não é punível (delito putativo); se, pelo contrário, o autor ignora o elemento condicionante de forma invencível, de todas as maneiras será castigado por sua atuação delitiva”<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> Posição da doutrina brasileira, onde é incomum encontrar autores que divirjam deste entendimento, bem como o assunto não é abordado ou, quando é, não há aprofundamento. Compartilhando o entendimento de que o erro é irrelevante veja-se, por todos, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas e punibilidade, 2ª parte, p. 754;

<sup>456</sup> Veja-se, por todos: GARCIA PÉREZ, Octavio. Op. cit., p. 83 e HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, op. cit., p. 155.

<sup>457</sup> Derecho penal, p. 980.

<sup>458</sup> Idem, ibidem.

<sup>459</sup> Op. cit., p. 120.

Como as condições objetivas não comportam o requisito da personalidade exigido pelas causas pessoais de exclusão da pena, não afetando em nenhum caso o injusto culpável, não há que se falar em erro de tipo, nem de proibição, ante a sua completa dissonância com estas formulações de erro (independente da variação das consequências jurídicas em matéria de erro existentes nas legislações em geral), pois não resultando necessário que as condições sejam abarcadas pelo dolo do autor, nem sendo imputáveis a título de imprudência<sup>460</sup>, não há que se falar na incidência ou não das hipóteses de erro nestas figuras. Contudo, para se chegar a uma conclusão com relação às causas pessoais de exclusão da pena a questão do erro comporta uma outra reflexão.

Da realidade de que as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena são uma demonstração de que não interessa para o legislador que determinados fatos, embora típicos, sejam punidos simplesmente pelo cometimento por um agente culpável, mas somente quando ocorrerem resultados ou consequências específicas, que avaliam relevantes à consecução de sua política-criminal<sup>461</sup>, faz-se mister considerar algumas observações, de uma parte da doutrina, que vê com reservas a questão da não consideração do erro em determinadas hipóteses onde concorra uma causa pessoal de exclusão da pena, pois o caso concreto poderá trazer algumas questões, no mínimo, desconcertantes para aqueles que rechaçam a relevância absoluta do erro sobre algumas causas de exclusão da pena<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 121.

<sup>461</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 200.

<sup>462</sup> Como por exemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich, para quem “as causas pessoais de exclusão da pena se encontram fora do injusto e da culpabilidade, nem o dolo do autor nem o conhecimento

Esta possibilidade de um erro *sui generis*, como propõe Juan Felipe Higuera Guimera<sup>463</sup>, surge da tese de Enrique Bacigalupo Zapater de que as excusas absolutórias (termo utilizado por Bacigalupo para delimitar o que tratamos como causas pessoais de exclusão da pena) elencadas no Código Penal alemão podem estar vinculadas aos efeitos de solucionar os problemas do erro ao injusto ou a culpabilidade, onde as hipóteses de não punibilidade das declarações e dos informes parlamentares (§§ 36 e 37); o privilégio dos advogados defensores e médicos (§ 139.3); o exercício da possibilidade de escolha (§ 139.4); o privilégio da idade (§ 173.3); a possibilidade de provar a verdade, se vinculariam com o injusto, já o privilégio de parentesco (§§ 139.3 e 258.6) e o favorecimento de parentes (§ 258.6), que são no ordenamento jurídico alemão causa pessoal de exclusão da pena, se vinculariam com a culpabilidade.

Segundo o conceito de Bacigalupo<sup>464</sup> quando as excusas absolutórias vincularem-se com a culpabilidade, estas apenas se diferenciam dos pressupostos do estado de necessidade exculpante<sup>465</sup>, motivo pelo qual o erro nestes casos deve ser tratado como um erro sobre o estado exculpante.

Patrícia Faraldo Cabana salienta que esta tese deve ter em conta os argumentos de um setor da doutrina alemã “(...) que afirma que é necessário distinguir, dentro das causas de exclusão da pena, entre aquelas que

---

da proibição necessitam referir-se as mesmas. Somente importa sua presença, e um erro neste ponto resulta irrelevante”. Op. cit., p. 502.

<sup>463</sup> Op. cit., p. 159.

<sup>464</sup> El error sobre las excusas absolutórias, p. 20 e 21.

<sup>465</sup> O código penal brasileiro consagra o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem as restrições adotadas pela legislação alemã. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 251. Portanto, a hipótese do erro sobre o estado de necessidade exculpante não tem sentido em face da lei penal pátria, restando sua consideração abordada, tendo em vista o caráter universal que se pretende neste trabalho, com relação ao estudo das causas excludentes de punibilidade.

se fundamentam em uma situação de motivação similar ao estado de necessidade exculpante e as que se baseiam de forma exclusiva ou predominante em considerações utilitárias de natureza extrapenal. As primeiras supõem uma diminuição da culpabilidade que, a diferença do que ocorre nas causas de exculpação, não chega a alcançar o grau suficiente como para excluí-la completamente, enquanto que as segundas não respondem a uma diminuição do injusto ou da culpabilidade do fato, senão a uma ponderação de interesses alheios ao Direito Penal”<sup>466</sup>.

Assim, o que propõe Bacigalupo<sup>467</sup> é que, no caso daquelas normas do Código Penal alemão que regulam a causa pessoal de exclusão da pena do privilégio de parentesco<sup>468</sup>, a diferença situa-se apenas nos pressupostos do estado de necessidade exculpante do § 35.2, e os casos de erro sobre estas deveriam ser regulados como se fossem um erro sobre o estado exculpante. Para os demais casos citados por Bacigalupo o problema restringe-se a aplicação do § 16, que regula o erro de tipo que estabelece a exclusão do dolo, ou o § 17, que regula o erro de proibição.

Juan Felipe Higuera Guimera<sup>469</sup> sustenta que, quando a hipótese versar sobre as causas pessoais de exclusão da pena vinculadas a culpabilidade, o erro sobre as causas de inculpabilidade, poderá ser aplicado por analogia ao erro de proibição. Já com referência aos casos em que a causa pessoal de exclusão da pena estiver vinculada ao injusto, não há que se aplicar o

---

<sup>466</sup> Op. cit., p. 182.

<sup>467</sup> El error sobre las excusas absolutórias, p. 3 e ss.

<sup>468</sup> Que não se encontra na lei penal brasileira.

<sup>469</sup> Op. cit., p. 159.

erro de tipo, porque o erro sobre as causas pessoais de exclusão da pena não pode excluir o dolo do tipo.

Johannes Wessels ressalta que “(...) as particularidades das respectivas causas de exclusão de pena e as diversas ponderações do legislador para que sejam incluídas no Código Penal só se satisfazem através de uma *solução diferenciada*: deve-se orientar, em todo caso, segundo a *situação objetiva*, onde a regra legal sirva exclusiva ou preponderantemente a *interesses políticos do Estado* ou se baseie em *ponderações práticas de Política Criminal*”<sup>470</sup>. Mais: “Deve-se atender entretanto à *representação do autor*, quando a causa excludente de pena queira dar importância a uma *situação de motivação semelhante ao estado de necessidade e ao conteúdo atenuado da culpabilidade do fato*”<sup>471</sup>.

Esta certa prudência de um setor da doutrina em não refutar por completo a possibilidade de uma suposição errônea sobre a presença de uma causa pessoal de exclusão da pena que impediria a punibilidade do fato, parte de que, na prática, podem surgir situações em que a não consideração sobre o erro do agente, faria com que a fundamentação da aplicabilidade ou não da reprimenda penal ficasse comprometida, pois as legislações não prevêm a regulação do erro nos casos das condições objetivas de punibilidade e das causas pessoais de exclusão da pena, levando a busca de uma justificação para o reconhecimento do erro sobre as circunstâncias excludentes da punibilidade, para o campo da analogia, aplicando-se a regra pertinente ao erro de proibição<sup>472</sup>.

---

<sup>470</sup> Op. cit., p. 112.

<sup>471</sup> Idem, ibidem.

<sup>472</sup> Neste sentido: HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, concluindo que nos casos em que causa pessoal de exclusão da pena (Guimera usa termo *escusa absolutória*) esteja vinculada a

Noutra vertente busca-se sustentar que, às vezes, a aplicação da pena está condicionada por um injusto culpável, por certas exigências político-criminais de punibilidade, dentre as quais se encontram as que impõem limites utilitaristas da ameaça penal, que “(...) quiçá não se achem satisfeitos quando o autor tem um erro acerca do caráter efetivamente punível de seu comportamento”<sup>473</sup>. Por isso se quer admitir a possibilidade da existência de um erro sobre a punibilidade, que não exclui o caráter culpável da ação, “(...) senão que afeta ao princípio segundo o qual ‘somente é justificável a pena que aparece político-criminalmente como iniludível’ a exceção de que o conceito mesmo de culpabilidade seja redefinido com um maior alcance ao que se hoje se lhe designa”<sup>474</sup>. Mas, o reconhecimento do erro sobre a punibilidade, continua a deixar a possibilidade da consideração, desta pouco admitida modalidade de erro, no campo da analogia, agora sob novo fundamento, sem que exista previsão legal, ao contrário do erro de proibição.

Asseverar a impossibilidade da aplicação destas ponderações sobre a incidência do erro nas excludentes de punibilidade, sob o argumento de que não encontram resposta adequada na teoria do delito, tampouco no direito positivo, não evita algumas questões que poderiam não justificar a utilização da reprimenda penal. Pode-se citar, o exemplo de que em regra<sup>475</sup>, a lei pune quem

---

culpabilidade, poderia aplicar-se por analogia o erro de proibição, não se podendo fazer o mesmo com relação aquelas vinculadas ao injusto, onde não se pode aplicar-se o erro de tipo, pois o erro sobre as excusas absolutórias não pode excluir o dolo do tipo, motivo pelo qual se recorre a aplicação do erro de proibição. Op. cit., p. 159.

<sup>473</sup> SANCINETTI, Marcelo A.. Error de prohibición y error de punibilidad, p. 433.

<sup>474</sup> Idem, ibidem

<sup>475</sup> Exemplo elaborado em face da legislação Argentina - aqui utilizado em face da lei penal pátria - por: SPOLANSKY, Norberto Eduardo. Delito, error y excusas absolutórias, p. 112/113.

se apodera ilegítimamente de coisa alheia móvel<sup>476</sup>. Destarte, uma outra disposição<sup>477</sup> – da mesma lei – discorre que ficam isentos de pena, os cônjuges, ascendentes, descendentes, pelos furtos que reciprocamente se causarem. Neste caso a norma proíbe apoderar-se ilegítimamente de coisas móveis total ou parcialmente alheias. Por isso, quem executa tal ação em relação a um livro<sup>478</sup> de seu pai, não responderá penalmente por seu ato. Contudo, se o autor crê erroneamente, que o livro é de seu pai, quando não era, senão de um terceiro, seu erro será irrelevante aos fins penais, já que a limitação da responsabilidade penal não formará parte do conteúdo da norma que proíbe um certo fato, e que a lei inclui como condição necessária, mas não suficiente, para imputar uma pena.

Para o exemplo supra a doutrina tradicional não conseguirá outra resposta senão a de que o erro no caso nas causas pessoais de exclusão da pena não isentará de responsabilidade penal, posto que é irrelevante para a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, restando a aplicação analógica do erro de proibição, sem embargo, uma extrapolação hermenêutica. Da constatação de que a doutrina tradicional não consegue justificar a não aplicação de pena, no caso do erro sobre uma excludente pessoal de punibilidade, responde Bernd Schüneman que na lei penal alemã, na hipótese de favorecimento pessoal de parentes (§ 258.6 StGB) “(...) se se contempla o sistema atual do Direito Penal como uma formação, por assim dizer, fechada no espaço, não haveria mais remédio que estimar que a suposição errônea do autor de que a pessoa

---

<sup>476</sup> Art. 155 Código Penal brasileiro.

<sup>477</sup> Art. 181, I e II do Código Penal brasileiro. O art. 183 do CP dispõe que não se aplica esta imunidade, se o crime é de roubo ou extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; ao estranho que participa do crime.

<sup>478</sup> Não se levando em conta o princípio da insignificância.

favorecida por ele é um parente, constitui mero erro sobre a punibilidade, penalmente irrelevante. Com efeito, este autor atua conhecendo a tipicidade e antijuridicidade de sua conduta e tampouco supõe erroneamente a concorrência dos pressupostos de uma causa de exclusão da culpabilidade, de modo que não são aplicáveis os §§ 16 e 17 do StGB<sup>479</sup> e também está fora de lugar uma analogia com a regulação do erro sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante no § 258.6, do StGB, o legislador renuncia a pena por indulgência frente ao autor que age sob uma pressão fora do comum. Conseqüentemente, dado que dita pressão, a rigor, não se deriva da situação objetiva, senão das representações que sobre a mesma se dão no autor, é obrigado a reagir com idêntica indulgência frente ao autor que supôs erroneamente a qualidade de parente na pessoa favorecida por ele. Assim, pois, haveria que fazer depender a impunidade exclusivamente da representação subjetiva do autor e, por tanto, estimar punível – contra o teor literal do § 258.6, do StGB – o favorecimento de um parente desconhecendo o vínculo parental<sup>480</sup>.

Certo é que não cabe dúvida sobre o caráter de limitador da punibilidade contido nas causas pessoais de exclusão da pena, eis que o legislador entende não ser cabível o recurso ao Direito Penal nestes casos, cabendo a seguinte reflexão: somente por não se encontrar uma resposta adequada dentro do sistema penal, para as hipóteses de erro sobre as causas excludentes de punibilidade, não restaria outra solução plausível que não a violação do sistema penal ou a não admissão completa de isenção de pena

---

<sup>479</sup> Erro de tipo e de proibição.

<sup>480</sup> Op. cit., p. 39.

quando o agente represente erroneamente uma circunstância excludente de punibilidade?

A este questionamento Bernd Schüneman leciona que “(...) Na argumentação a partir de um ‘sistema fechado’ se passa por alto o alcance limitado de tal construção sistemática, a que as ‘causas pessoais de exclusão da pena’ constituem uma mera categoria de orientação, cuja ‘estrutura profunda’ não se reflete no sistema. Pois bem, dado que o tratamento do erro sobre uma circunstância eximente em sentido amplo depende claramente da questão de por que já a concorrência objetiva de tal circunstância exime de pena, um critério meramente negativo de sistematização (causas pessoais de exclusão da pena são aquelas que não excluem nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade, mas sim à punibilidade) não pode prejudicar o tratamento dos erros produzidos neste nível. Sem embargo, por outro lado, a advertência do limitado do alcance do sistema eximente não pode conduzir a adoção definitiva de um ‘espaço livre de sistema’, em que a última palavra lhe corresponda a confrontação dos argumentos relativos ao problema concreto. Mas bem, o princípio de ausência de contradição requer que a conclusão obtida por via problemática se confronte com o sistema dado. Assim, ou bem se cederá a superioridade dos juízos de valor contidos nele (com que se ampliaria o alcance material do sistema), ou bem se forçará uma modificação do sistema, dadas as maiores razões em favor dele”<sup>481</sup>.

Tal pensamento significa que, para Schüneman, contemplando-se o sistema de Direito Penal como um todo fechado, a doutrina tradicional está certa em refutar a exclusão da punibilidade nos casos aqui

---

<sup>481</sup> Op. cit., p. 39.

tratados, bem como não se poderia aplicar por analogia os pressupostos do estado de necessidade exculpante, previstos no § 35.2 do Código Penal alemão. Schüneman<sup>482</sup> sugere que para se admitir a exclusão da punibilidade, em especial quanto ao exemplo da representação do erro no caso da norma do favorecimento de parentes (§ 258.6 StGB), o sistema deve ser modificado, em face das fortes razões para fazê-lo. Isto poderia ser feito substituindo-se a definição tradicional da categoria sistemática da culpabilidade como possibilidade de atuar de outro modo, definindo-a como uma exigibilidade razoável desde uma perspectiva político-criminal de atuar de outro modo, fazendo com que o conceito de culpabilidade experimente um desenvolvimento progressivo, tornando possível conceber a hipótese do § 258.6 StGB, como uma causa de exclusão da culpabilidade, não havendo problema sistemático em estender esta aplicação analógica do erro de proibição (§ 35.2 StGB), nos casos de erro<sup>483</sup>.

Este esforço na tentativa de se buscar uma solução para as hipóteses de erro, na forma aqui tratada, não significa que se tenha chegado à conclusão de que se tenha uma solução que se impõe para todas as chamadas causas pessoais de exclusão da pena. O propósito aqui é o de demonstrar, primeiro, as enormes dificuldades encontradas quando se necessita recorrer a teoria do delito para fundamentar a aplicação da lei nos casos das excludentes de punibilidade, e segundo que o Direito Penal, embora não esteja voltado para o casuísmo, necessita ser um sistema aberto, sob pena de não conseguir responder

---

<sup>482</sup> Op. cit., p. 40.

<sup>483</sup> Idem, ibidem.

convincentemente as surpresas surgidas com a aplicação da lei penal ao caso prático<sup>484</sup>.

Certamente, o erro sobre uma causa pessoal de exclusão da pena deve ser analisado com cuidado, a fim de que não se cometam injustiças, somente em face do problema que surge em se conseguir fundamentar seu reconhecimento no caso concreto. A proposta de Schüneman sugere na verdade uma modificação do conceito tradicional de culpabilidade, com vistas a buscar uma solução dentro da própria teoria do delito, o que se conclui ser a solução mais acertada. Contudo, como esta proposta não significa o reconhecimento da existência de erro sobre a punibilidade, mas sim com relação somente às causas pessoais de exclusão da pena que se relacionam com a culpabilidade, no caso do Código Penal brasileiro, as hipóteses previstas no art. 181, I e II, conclui-se que o erro sobre estas hipóteses é de fato um erro *sui generis*, devendo o caso concreto indicar qual a melhor saída para o seu reconhecimento ou não, levando-se em conta a política criminal seguida pelo legislador na criação da norma. Deve-se ainda ter presente que esta solução só será possível reconhecendo-se o sistema do Direito Penal, como um sistema aberto, conforme o proposto por Schüneman.

## 5.2 Participação

No que tange as condições objetivas de punibilidade, deve-se ter presente que “a presença ou não das condições de punibilidade é indiferente

---

<sup>484</sup> CERESO MIR, Jose após admitir que na legislação espanhola o erro sobre a punibilidade é irrelevante, admite que o desconhecimento da concorrência dos pressupostos de uma escusa absoluta não deve impedir sua aplicação. Derecho penal, parte general (lecciones 26-40).

para a consumação do crime<sup>485</sup>, e que o delito se consuma independentemente desta<sup>486</sup>. Desse modo, é possível verificar que, na questão da participação em tema de condições objetivas de punibilidade, diferentemente das causas pessoais de exclusão da pena, a não verificação de uma condição afeta tanto ao autor como aos partícipes, devido a sua natureza objetiva<sup>487</sup> sendo certo que não se verificando a condição objetiva de punibilidade não haverá consequência jurídico-penal (sequer tentativa<sup>488</sup>), restando como consequência lógica, que a participação não será punida, em face da não satisfação da condição objetiva de punibilidade exigida pelo delito<sup>489</sup>. Por último, a título de recordação, é preciso ressaltar que neste trabalho não se admite a existência de condições objetivas impróprias (ou intrínsecas), onde há quem sustente a possibilidade de participação<sup>490</sup>.

Já com referência a participação nas causas pessoais de pena à questão não comporta a mesma tranqüilidade.

Higuera Guimera sustenta que “as excusas absolutórias não somente se aplicam as pessoas que sejam autores do correspondente delito, senão que também se aplicam quando são meros partícipes (instigadores, cúmplices, etc.). Do contrário se incorre em um absurdo<sup>491</sup>. Para Jescheck<sup>492</sup>, a impunidade dos informes parlamentares verdadeiros (§ 37 StGB), constitui uma causa pessoal de exclusão de pena, que oferece a particularidade de atuar não

---

<sup>485</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 483.

<sup>486</sup> Idem, ibidem.

<sup>487</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 158.

<sup>488</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 504.

<sup>489</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 483.

<sup>490</sup> Como por exemplo, MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 158.

<sup>491</sup> Op. cit., p. 124.

<sup>492</sup> Op. cit., p. 501.

somente de forma pessoal, mas também objetiva, motivo pelo qual deve favorecer a todos os intervenientes. Também Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo<sup>493</sup>, admitem a possibilidade da extensão exclusão da punibilidade no caso das causas pessoais de pena (que tratam como escusas absolutórias) ao partícipe.

Primeiramente, faz-se imperativo recordar (conforme destacado no item 1, do capítulo IV, deste trabalho) que, os autores ora citados, tratam algumas causas de liberação de pena como escusas absolutórias (ou causas pessoais de exclusão de pena), restando a extensão ampla do privilégio da causa pessoal de exclusão de pena, a toda e qualquer hipótese inaceitável, tendo-se em vista que “(...) a participação é necessariamente acessória, porque está em função da conduta típica realizada por outrem”<sup>494</sup>. De tal modo, “(...) participação é, pois, contribuição ao crime realizado por outrem, apresentando-se sob forma de instigação ou cumplicidade”<sup>495</sup>.

Ora, como nas causas pessoais de exclusão da pena, o dolo e a culpa a ela não se relacionam, o mesmo ocorrendo com a tipicidade, à antijuridicidade e a culpabilidade, não é possível a extensão do benefício legal aos partícipes, por absoluta falta de previsão legal, bem como da existência de motivos plausíveis para a extensão do benefício.

Entretanto, conforme já destacado, faz-se necessário observar a motivação do legislador na criação de uma causa pessoal de exclusão da pena, as motivações extrapenais como, por exemplo, no caso da indenidade dos parlamentares, que recebem do legislador uma prerrogativa pessoal específica

---

<sup>493</sup> Op. cit., p. 262/263.

<sup>494</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, p. 266.

<sup>495</sup> Idem, ibidem.

(isenção de pena), que ficaria sem sentido (objetivo), se não fosse estendido aos seus auxiliares (intervenientes), a fim de atingir o objetivo para o qual o legislador o criou, sob pena de não restar justificada sua própria criação, daí porque o acerto de Jescheck<sup>496</sup>, em considera-la uma hipótese particular, que atua objetivamente e não de forma pessoal, sendo a única exceção da extensão da causa pessoal de exclusão da pena ao partícipe.

### 5.3 Tempo e local da comissão do delito

Conforme observa Martínez Pérez<sup>497</sup>, como as condições objetivas de punibilidade não incidem na consumação, achando-se fora do tipo de injusto, resta claro que carece de transcendência a verificação das mesmas com relação a determinação do lugar e tempo de comissão do delito. Nos tipos delitivos, que contenham condições de punibilidade, o tempo e o local da comissão do crime estarão representados (com independência do cumprimento da condição) pelo lugar e o instante em que se executou o fato delitivo, ou seja, onde e quando se desenvolveu a atividade, ou se produziu o resultado, se for o caso<sup>498</sup>.

Quanto as causas pessoais de exclusão da pena, o mesmo entendimento de que a “(...) aparição das condições objetivas de punibilidade é indiferente para o lugar e o tempo do fato (...)”<sup>499</sup>, pode ser considerado válido,

---

<sup>496</sup> Op. cit., p. 501.

<sup>497</sup> Op. cit., p. 128. Ainda segundo o mesmo autor, quanto às chamadas condições objetivas de punibilidade impróprias, o entendimento é o de que a presença das condições resultam necessárias para que se produza a consumação do delito. Op. cit., p. 129. No mesmo sentido: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 133/142.

<sup>498</sup> No mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 508.

<sup>499</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 508.

para aqueles que as tratam de forma unitária (ou seja sem classificação), conforme o sugerido neste trabalho, não servindo a conclusão para aqueles que adotam a classificação em escusas absolutórias anteriores e posteriores<sup>500</sup> ou aqueles que tratam como escusas absolutórias as causas de liberação de pena<sup>501</sup>.

Higuera Guimera<sup>502</sup>, que admite a existência de escusas absolutórias posteriores a comissão do delito, assevera que, nestes casos podem surgir algumas ponderações: a primeira é a de que, para as escusas absolutórias que concorram no momento em que se produz a ação, é indiferente o local e o tempo do fato; já no segundo caso, admitindo-se que a escusa possa se produzir com posterioridade à comissão do delito, podem surgir problemas de ordem processual, onde a competência do local do fato em regra pode ser do juiz do lugar da comissão do delito, ou do juiz do lugar onde se produziu a escusa absolutória<sup>503</sup>.

Este outro desencontro doutrinário está – mais uma vez – a demonstrar quão importante é a diferenciação entre causas pessoais de exclusão da pena (ou conforme prefere a quase totalidade dos doutrinadores brasileiros: escusas absolutórias), das chamadas causas de liberação de pena posto que, evidentemente, dirime questões intrincadas que surgem para aqueles que não fazem esta diferenciação, restando claro para aqueles que adotam o tratamento unitário das escusas absolutórias, aqui chamadas causas pessoais de exclusão da

---

<sup>500</sup> Por todos: BACIGALUPO, Enrique. Lineamentos de la teoria del delito, p. 96.

<sup>501</sup> Por todos: CEREZO MIR, Jose. Derecho penal, parte general (lecciones 26-40) p. 240.

<sup>502</sup> Op. cit., p. 140/141.

<sup>503</sup> Segundo HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, “a lei de enjuizamento criminal não resolve nada com relação a este problema”. Op. cit., p. 141.

pena, como também das condições objetivas de punibilidade, que a aparição destas é indiferente para o tempo e o local do fato.

#### **5.4 Prescrição**

Esta questão fica delimitada a duas situações que dão margem a interpretação, e onde não há consonância na doutrina. Uma destas, embrenha pela conclusão de que o prazo prescricional começa a correr a partir da consumação do delito, independentemente do momento em que se produz a excludente de punibilidade; outra, a de que o prazo prescricional só começa a correr a partir da verificação da causa excludente de punibilidade.

Algumas questões podem ser esclarecidas sem maiores questionamentos como, por exemplo, quando concorra uma causa pessoal de exclusão da pena pois, como esta preexiste ao fato, e é uma circunstância pessoal e objetiva que não surge após o delito, o prazo prescricional só poderá ser contado a partir da consumação do delito<sup>504</sup>. Outro fator também importante, quanto às causas pessoais de exclusão da pena, é que a concorrência destas afasta a punibilidade, e não a condiciona como é o caso das condições objetivas de punibilidade. Para aqueles que admitem a existência de condições objetivas impróprias, a questão também não comporta maiores discussões, pois, conforme destaca Martinez Pérez<sup>505</sup>, a relevância da prescrição deve estar ligada à natureza destas condições onde, tratando-se de condições impróprias, sendo sabido que a

---

<sup>504</sup> Idem, p. 140.

<sup>505</sup> Op. cit., p. 140. No mesmo sentido: CAFFARENA, Borja Mapelli. Op. cit., p. 156.

presença destas é necessária para a consumação do delito, ao contrário das condições próprias onde sua concorrência não possui relação com o aperfeiçoamento do crime, nenhuma dúvida resta de que o prazo prescricional se inicia quando o delito está consumado, pois, neste entendimento, é impossível que se considere o delito consumado, sem a verificação da condicionante imprópria.

Noutra vertente, quanto às condições objetivas próprias ou extrínsecas, as conclusões já não podem ser consideradas incontroversas.

Na Itália, em face de disposição expressa, onde o inciso primeiro do parágrafo segundo do art. 158 do Código Penal<sup>506</sup>, contempla uma previsão específica sobre o começo do prazo prescricional, o tema não comporta discussão em torno deste ponto<sup>507</sup>. Mas, como as legislações em regra não fazem esta distinção verificada na Itália, a única exceção conhecida, verifica-se que esta falta de previsão legal necessita ser superada<sup>508</sup>.

No Brasil, onde o Código Penal também não possui disposição expressa, a doutrina inclina-se por admitir o termo inicial da prescrição, apenas com o implemento da condição, em face de que “(...) a prescrição é causa extintiva de punibilidade e pressupõe a inércia; se ainda não manifestada a condição não há prescrição no interregno entre a consumação do delito e o implemento da condição de punibilidade”<sup>509</sup>. Contudo, há uma exceção na lei brasileira, pois no caso dos crimes falimentares o prazo prescricional,

---

<sup>506</sup> “quando a lei faz depender a punibilidade do delito da verificação de uma condição, o termo da prescrição começará a correr no dia em que a condição se verificou”.

<sup>507</sup> PÉREZ, Carlos Martinez. Op. cit., p. 136.

<sup>508</sup> Tendo-se em conta para efeitos de comparação neste trabalho, principalmente, as legislações penais do Brasil, da Alemanha e da Espanha.

<sup>509</sup> MESTIERI, João. Op. cit., p. 385. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 483.

independente da pena prevista em abstrato ou a ser aplicada, é sempre de dois anos<sup>510</sup>, mesmo com disposição expressa há três posições a respeito da forma de contagem<sup>511</sup>: a primeira é a de que o biênio prescricional deve ser considerado a partir do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, de acordo com o parágrafo único do art. 199 da Lei de Falências; na segunda o biênio tem início na data do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, contudo, se o procedimento falimentar não terminar dois anos depois da declaração da quebra (art. 132, § 1º da Lei de Falências), ocorre à prescrição quatro anos depois da decretação da falência. Entretanto, pode acontecer que o processo de falência não termine dentro do prazo do art. 132, § 1º<sup>512</sup>. Como esta é a regra, os dois anos são contados do término do biênio, a partir da declaração de quebra, ou seja, significa que o biênio previsto no parágrafo único do art. 199 deve ser considerado a partir do término do biênio previsto no § 1º do art. 132. Assim, o prazo total é de quatro anos (dois anos da declaração da falência até o encerramento fictício; mais dois anos a partir da data do encerramento fictício<sup>513</sup>). Dessa forma, encerrado o processo falimentar no prazo do art. 132, § 1º, dois anos após a sentença declaratória, o que é raro, o biênio tem início na data do trânsito em julgado da decisão de encerramento. Não sendo encerrado em dois

---

<sup>510</sup> JESUS, Damásio E. de. Prescrição penal, p. 190. Art. 199, *caput*, da Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661, de 21.jun.45): “a prescrição extintiva de punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos”. O biênio, nos termo do parágrafo único, “começa a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata”. JESUS, Damásio E. de. Prescrição penal, p. 121.

<sup>511</sup> *Idem*, p. 121/123.

<sup>512</sup> “Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo de falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração”.

<sup>513</sup> Súmula 147 do STF: “a prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

anos a partir da sentença declaratória (a regra), o biênio será contado da data em que deveria estar encerrada a falência, ou seja, dois anos após a declaração da quebra; A terceira é uma variante da segunda, onde a regra é a mesma: o biênio inicia-se no dia do trânsito em julgado da sentença do encerramento da falência. Não encerrado no prazo legal os dois anos devem ser contados a partir do encerramento fictício. Entretanto, o recebimento da denúncia pode se dar antes dos dois anos contados a partir da declaração de quebra. Nesta hipótese, o termo inicial do biênio recuará a data do recebimento. Caso o recebimento se dê após os dois anos contados da declaração da falência e antes dos outros dois anos considerados a partir da data em que deveria estar encerrada, ocorrerá uma causa interruptiva de prescrição, que corria desde a data do encerramento fictício (CP, art. 117, I<sup>514</sup>).

Na Alemanha a doutrina majoritária, entende como Maurach que “(...) se a realização do tipo e a condição de punibilidade se produzem em momentos distintos, a prescrição começará a contar a partir do último destes dois sucessos”<sup>515</sup>. Entre os autores espanhóis, encontram-se menos partidários em considerar relevante o momento em que se atualize a condição, em que pese no

---

<sup>514</sup> “art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;”. Súmula 592 do STF: “Nos crimes falimentares aplicam-se às causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal”.

<sup>515</sup> Op. cit., p. 299. “Na doutrina alemã predomina a idéia de entender que nas figuras delitivas que incorporam condições objetivas de punibilidade o prazo da prescrição começa a correr com o cumprimento da condição, se o delito terminou antes, porque unicamente desde esse instante concorrem todos os pressupostos jurídico-materiais da punibilidade e somente a partir desse momento existe possibilidade de persecução penal. Na hipótese de que o fato se execute depois da verificação da condição, o termo da prescrição começará a contar a partir do instante da terminação do fato, como ocorre na hipótese dos delitos de quebra, em que, se a suspensão do pagamento, a declaração de quebra ou o rechaço da declaração por falta de massa tem lugar antes da execução da ação de quebra, o prazo decisivo para o início da prescrição se situa no momento em que se realizou a ação típica”. MARTINEZ PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 136/137. Não se olvidando, que este autor faz referência a lei penal alemã levando em conta a existência de condições objetivas de punibilidade impróprias.

Código Penal alemão o prazo iniciar-se com a comissão do fato (§ 78), e o espanhol necessitar o cometimento do *delito* (art. 132)<sup>516</sup>.

O cerne das divergências doutrinárias sobre o termo inicial da prescrição (admitindo-se que somente existem condições objetivas de punibilidade próprias), deve ser observado, tendo-se em conta que, aqueles que não comungam do entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional necessita do advento da condição, argumentam que quando se exige o cometimento do delito para o início do prazo prescricional a norma está infringida antes do cumprimento da condição<sup>517</sup> (como por exemplo no Brasil, art. 111, I, CP<sup>518</sup>). Este argumento tem sua razão de ser, pois as condições objetivas de punibilidade independem do delito, sendo circunstâncias externas a este, daí, sob este prisma, restar correto o entendimento de que o prazo prescricional não tem início com o cumprimento da condição, mas sim com a consumação do crime. Acrescente-se a este argumento o temor de que, se o termo inicial do prazo prescricional só começasse a correr quando caracterizada as condições objetivas de punibilidade, em tais casos a prescrição já poderia estar operada quando as condições se houverem produzido, gerando uma impunidade não aconselhável<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> Por todos: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 154.

<sup>517</sup> Por todos: CÓRDOBA RODA, Juan. Notas ao Tratado de MAURACH, Heinhart, n° 26, p. 299.

<sup>518</sup> “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I – do dia em que o crime se ocsumou”.

<sup>519</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 139.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALIMENA, Francesco. *Lê condizioni di punibilita*, Milano: Dott. A. Giuffré, 1938.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Crimes contra a ordem tributária*, coord.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, trad. Juan Del Rosal e Angel Tório, Buenos Aires: Uteha, 1960;

AMERICANO, Odin, I. do Brasil. Manual de Direito Penal, São Paulo: Saraiva, 1985.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. A propósito do conceito de pena e de ressarcimento em Del Vecchio, Revista de Ciência Penal, ano III, n. 1, São Paulo: Convívio, 1976.

ANTONINI, Elisabeta. La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Aplicación in tema di rapporti fra incesto e violenza carnale presunta, in, Rivista Italiani di Diritto e Procedura penale, n° 4, Milano: Giuffré Editore, 1984.

ARAÚJO, David Teixeira. A representação e os crimes tributários: reflexão sobre o art. 83 da lei 9.430/96, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 739, 1997.

ASÚA BATARRITA, Adela. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional, in, CEREZO MIR, Jose et. Al. El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos, libro homenaje al profesor doctor Don Angel Tório López, Granada, Comares, 1999.

BAJO Miguel y BACIGALUPO, Silvana. Derecho penal económico, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2001.

BARANDIER, Antonio Carlos. Condição objetiva de punibilidade e crimes contra o sistema tributário, in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 57, agosto de 1997.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

\_\_\_\_\_. Aspectos jurídico-penais da anistia, Revista de Direito Penal n. 25, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal, trad. Jose Leon Pagano, Bogotá: Temis, 1965.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal, vol. 1, 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Walter Barbosa. Algumas reflexões sobre as chamadas condições objetivas de punibilidade, Porto Alegre: Revista Jurídica n. 293, março de 2002.

BRUNO, Aníbal. Direito penal, parte geral, t. I e III, 3<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, in Pena y Estado, Barcelona, fascículo 1, 1991.

\_\_\_\_\_. Manual de derecho penal español, parte general, Barcelona, 1984.

CALÓN, Eugenio Cuello. Derecho penal, parte general, t. I, 15<sup>a</sup> edição, Barcelona: Bosch, 1968.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 2<sup>a</sup> ed, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CEREZO MIR, Jose. Curso de derecho penal español – Parte general, vol. II, Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. Derecho penal, parte general: lecciones 26-40, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei nº 9.430/96 – Art. 83, in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 54, São Paulo – maio de 1997.

\_\_\_\_\_ e COSTA JR., Paulo Jose da. Direito penal na constituição, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COBO, Manuel. Funcion y naturaleza Del articulo 226 del código penal español. Revista de ciencias penales, n. 1/Tomo XXVI, Santiago de Chile, 1967.

COSTA JUNIOR, Paulo Jose. Direito penal: curso completo, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

D'ASCOLA, V. N. Punti Fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova serie 36, n. 2 (aprile-giugno), Milano: Giuffrè, 1993.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. De Almeida. Código penal comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal, parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FARALDO CABANA, Patrícia. Las causas de levantamiento de la pena, Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade, São Paulo: Revista dos Tribunais n. 738 e 739, 1997.

\_\_\_\_\_. Lições de direito penal, 10<sup>a</sup> ed., revisada por FRAGOSO, Fernando, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, in Pena y Estado, Barcelona, fascículo 1, 1991.

\_\_\_\_\_. RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de derecho penal español, parte general, Barcelona, 1984.

GARCIA DE PAZ, M. Isabel. El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercâmbio Científico, Universidade de Valladolid, 1999.

GARCIA PÉREZ, Octavio. La punibilidad en el derecho penal, Pamplona: Aranzadi, 1997.

GARCIA-PUENTE, Jose Llamas. Nuestra concepción de las excusas absolutórias, in Anuario de derecho penal y ciencias penales, volume 34, Madrid, 1981.

GIMBERNAT ORDEIG, E. Estudios de derecho penal, 3a. ed., Madrid: Tecnos, 1990.

GOMES, Luiz Flavio. Erro de tipo e erro de proibição, 2 edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. Norma e bem jurídico no direito penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Penal: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÜNTER, Stratenwerth. Derecho penal, parte general, trad. De la 2<sup>a</sup> ed. Alemana: Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. Las excusas absolutórias, Madrid: Marcial Pons, 1993.

\_\_\_\_\_. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutórias, El Nuevo Código Penal: Presupuestos e fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío Lópres, Granada: Editorial Comares, 1999.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. Alternativas ao princípio da culpabilidade?, trad. Francisco Muñoz Conde, in Doctrina penal n. 17 a 20, Buenos Aires: Depalma, 1982.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, vol. V, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955.

\_\_\_\_\_. Extinção da punibilidade em face do novo código penal. In, Revista Forense, nº 87, Rio de Janeiro: Forense, 1941.

JAKOBS, Günther. Derecho penal, parte general, trad. Joaquin Cuello Contreras e Luis Serrano Gonzáles de Murilo, 2 edição, Madrid: Ediciones Jurídica S.A, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal, parte general, trad. Jose Luiz Manzanares, 4 edição, Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damasio E. de. Direito Penal, vol. 1, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Prescrição penal, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

JIMÉNEZ de ASÚA, Luiz. Princípios de derecho penal, 3 edição, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958.

KAUFMANN, Armin. Teoria de las normas. Fundamentos da dogmatica penal moderna, trad. Enrique Bacigalupo y E. Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, 1977.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura do delito, in Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XLVI, fascículo I, Madrid: Centro de publicaciones do Ministerio de Justicia, MCMXCIII.

MACHADO, Hugo de Brito. Prévio Esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária. In, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MAIELLO, Vincenzo. La clemenza tra dommatica e politica criminale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, nº 35, Milano: Dott. A. Giuffré, 1992.

MARTÍN, Gracia; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel; CARMEN ALASTYEY, DOBÓN, M.. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia: Tirant lo blanch, 2000;

MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale, parte generale, 2ª ed., Padova: Cedam, 1988.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. Estudio jurídico-dogmatico sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.

MARQUES, Jose Frederico. Tratado de direito penal, vol. II, atualizado por OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de; NUCCI, Guilherme de Souza e ALVARENGA, Sergio Eduardo Mendonça de, Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los delitos contra la hacienda publica Y la seguridad social, Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_ . Las condiciones objetivas de punibilidad, Madrid: Edersa, 1989;

MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal, trad. Juan Cordoba Roda, t. I, Barcelona: Ariel, 1962.

MESTIERI, Joao. Teoria elementar do direito criminal, Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1987.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general, 2 ed., Barcelona: PPU, 1985.

\_\_\_\_\_ . Introducción a las bases del derecho penal, Barcelona: Bosch, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, parte general, 2 ed., Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona: Bosch, 1972.

\_\_\_\_\_ . Teoria geral do delito, tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988;

NINO, Carlos Santiago. Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires: Astrea, 1980.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal, v.1, 28 edição, São Paulo: Saraiva, 1991.

NUVOLONE, Pietro. O sistema do direito penal, vol.1, trad. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO. Derecho penal, 2ª ed., Madrid: Castellanos, 1986.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. O direito premial brasileiro: breve *excursus* acerca dos aspectos dogmáticos, Intertemas: Revista do Curso de Mestrado em Direito, vol. 2, Associação Educacional Toledo: Presidente Prudente, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, in Revista dos Tribunais, n. 776, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2000.

\_\_\_\_\_. Curso de direito penal brasileiro: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Curso de derecho penal, t. I, Madrid: Revista de derecho privado, 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzales; MORALES PRATS, Fermin; MIGUEL PRATS, J.. Manual de derecho penal, parte general, Madrid: Aranzadi, 1999.

REALE JUNIOR, Miguel. Teoria do delito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

RIOS, Rodrigo Sánchez. Tutela penal da seguridade social, São Paulo: Dialética, 2001.

\_\_\_\_\_. Das causas de extinção da punibilidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luiz. Compendio de derecho penal, parte general, Madrid: Trivium, 1986.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da ação penal, 2 edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. Perdão Judicial, Revista de Criminologia e Direito Penal n. 10, Rio de Janeiro, 1965.

ROSENTHAL, Sergio. A lei n° 9.430/96 e os crimes tributários, in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n° 52, São Paulo – Março de 1997.

ROXIN, Claus. Sobre el desistimiento en la tentativa inacabada, in Problemas básicos del derecho penal, trad. Diego-Manuel Luzón, Peña, Madrid: Reus, 1976.

\_\_\_\_\_. Derecho penal, parte general, tomo I, trad. 2ª ed. Alemã, por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal.

\_\_\_\_\_. Dogmática penal y política criminal, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Lima: Idemsa, 1998

\_\_\_\_\_. Que queda de la culpabilidad en derecho penal, Cuadernos de política criminal, n. 30, Madrid: Edersa, 1986.

\_\_\_\_\_. Política criminal e sistema jurídico-penal, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANCINETTI, Marcelo A. Error de prohibición y error de punibilidad, Doctrina Penal, n. 29 a 32, Buenos Aires: Depalma, 1985.

SANTOS JR., Belisario dos. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal contra a ordem tributária, in Boletim do Instituto de Ciências Criminais, n° 47, São Paulo, outubro de 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SAUER, Guillermo. Derecho penal, parte general, trad. Juan Del Rosal y Jose Cerezo, Barcelona: Bosch, DATA????

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal, in El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales, Madrid: Tecnos, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Política criminal y técnica legislativa en matéria de delitos contra el médio ambiente, Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal n° 4-5, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

\_\_\_\_\_. Notas a la obra El sistema moderno Del derecho penal: cuestiones fundamentales, Madrid: Tecnos, 1991.

\_\_\_\_\_. Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona: Bosch, 1992.

\_\_\_\_\_. Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin), Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites, Barcelona: Bosch, 1997.

SOUZA, Nelson Bernardes de. Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo, In, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo. Delito, error y excusas absolutórias, IN, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, ano III, ns. 4-5, 1997, Buenos Aires: Ad-hoc.

TAVARES, Juarez. Teorias do delito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. Teoria do injusto penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Sobre el concepto del derecho penal, Madrid: Universidad de Madrid, 1981.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Hélio. Comentário ao Código de Processo Penal, v. I. t. II, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

URZUA, Enrique Cury. Derecho penal, parte general, t. I, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1982.

\_\_\_\_\_. Tentativa y delito frustrado, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977.

VASSALLI, Giuliano. Cause di non punibilità, in Enciclopédia Del Diritto, T. VI, Milano: Giuffré, 1960.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Enrique. Manual de direito penal brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Da tentativa, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_ . Tratado de derecho penal, parte general, t. V, Buenos Aires: Ediar, 1988.

ZAPATER BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal, parte general, 3ª edición, Santa Fé de Bogotá, 1996.

\_\_\_\_\_ . Lineamentos de la teoría del delito, Buenos Aires: Astrea, 1978.

\_\_\_\_\_ . Delito y punibilidad, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

\_\_\_\_\_ . El error sobre las excusas absolutórias, in Cuadernos de Política Criminal, nº 6, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1978.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, 11ª edición, 4ª edición castellana, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WESSELS, Johanness. Direito penal, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1976.

WOLTER, Jürgen, Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad, trad. Jose Manuel Paredes Castañon, Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1999.

