

EXPERIÊNCIA HISTÓRICO-DOCTRINAL BRASILEIRA ACERCA DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME¹

Rebeca do Amaral Martins²

RESUMO: O presente artigo centra-se na análise de alguns conceitos propostos pela doutrina penal brasileira no que diz respeito ao conteúdo material do crime. Sobretudo, o trabalho visa a resgatar as definições de ilicitude material encontradas em obras brasileiras desenvolvidas ao longo da vigência do Código Criminal do Império de 1830 e do Código Penal de 1890, bem como traz o conceito de ilícito penal pensado pela doutrina brasileira contemporânea a partir da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. Com isso, procura evidenciar traços da experiência histórico-doutrinal acerca do conceito material de crime no Direito Penal Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Conceito material de crime. Direito subjetivo. Delito natural. Concepção onto-antropológica. Ofensividade. Bem jurídico-penal. Doutrina penal brasileira.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo Alves Junior, nenhum escritor, desde Beccaria até os escritores mais recentes de sua época, encontrou definição melhor para o crime do que a do Código Criminal do Império do Brasil³. Em seu Art. 2º, parágrafo 1º, o Código Brasileiro de 1830 conceituou o crime como “toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis

¹ Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila, Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra e Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza, em 20 de novembro de 2014. Título original: Conceito Material de Crime no Direito Penal Brasileiro: Experiência Histórico-Doutrinal Brasileira e sua Repercussão nos Tribunais.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: rebeca.amaral.martins@gmail.com.

³ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoreticas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 144.

penaes”⁴. Assim também pensava Costa e Silva para quem a definição do Código Penal de 1830 era rigorosamente perfeita⁵, se comparada à definição do Código Brasileiro de 1890, que passou a descrever o crime como “a violação imputável e culposa da lei penal”⁶.

De fato, a definição de crime expressa no Código de 1830 era, tecnicamente, superior à definição do Código de 1890, que se mostrava redundante, pois seria suficiente dizer que o crime constitui a violação culposa da lei penal, uma vez que a culpabilidade⁷ pressupõe a imputabilidade⁸, dentre outras críticas⁹. Apesar disso, a definição de crime prevista no Código da República foi mantida pelo legislador brasileiro na Consolidação das Leis Penais de 1932¹⁰ e, como era de se esperar, continuou sendo alvo de críticas por parte da doutrina brasileira¹¹. O conceito de crime foi, então, extirpado da legislação pátria quando do advento do Código Penal de 1940, sendo que o legislador, na Reforma da Parte Geral em 1984, não se preocupou em voltar a defini-lo.

Até o momento, portanto, a legislação brasileira não delimitou o que vem a ser o crime em seu aspecto material. Entretanto, ao contrário do que se poderia imaginar, a ausência de tal definição não se deve ao fato de ser essa uma questão supérflua para o Direito Penal. Pode-se, ainda, pensar que o legislador foi cauteloso e procurou seguir os ensinamentos da doutrina, a qual observou ser absolutamente inútil uma definição geral de crime dada pelo legislador, além de ter alertado sobre

⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. p. 237.

⁵ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 48.

⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. p. 274.

⁷ No texto original, Costa e Silva utiliza a palavra culpa: “A culpa pressupõe a imputabilidade” (SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 48). Isso porque a crítica do autor é anterior à atual concepção da culpabilidade (concepção finalista). Na época, portanto, os elementos subjetivos – dolo e culpa – ainda não haviam sido deslocados para o tipo, razão pela qual a imputabilidade era cingida pela culpa. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 402-403.)

⁸ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 48.

⁹ Ver SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 150.

¹⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. p. 329.

¹¹ NERY, Fernando. **Lições de direito criminal**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Guanabara, 1933. p. 102.

os riscos de uma definição inexata e incompleta¹². Também nesse sentido, Costa e Silva, apoiado nas lições de Carrara, diz que o melhor código é aquele que menos define¹³.

De outro lado, notam-se longos anos de discussão doutrinária acerca do que vem a ser o conteúdo material do ilícito. É dizer que as doutrinas brasileira e estrangeira levaram tempo até chegar a um denominador comum para o tema. Em realidade, até o momento, o conceito material de crime não pode ser considerado como algo pacífico e exato.

Ocorre que, no art. 14¹⁴ do Projeto de Lei do Senado que visa à reforma do Código Penal¹⁵, propõe-se uma definição de delito orientada pelas categorias ofensa e bem jurídico fazendo jus, como veremos ao longo do presente artigo, a uma ideia material de crime que, há anos, vem sendo desenvolvida pela doutrina brasileira. Surge, hoje, portanto, pela primeira vez na história do Direito Penal Brasileiro, a possibilidade de adoção, pelo Código, de um conceito material de crime.

Todavia, além de a definição proposta pelo legislador brasileiro mostrar-se, tecnicamente, imperfeita, o seu conteúdo de garantia, isto é a exigência de ofensa ao bem jurídico, não foi observado por alguns artigos previstos no projeto, assim como fazem muitos Tribunais Brasileiros ao decidirem por punirem condutas desprovidas de qualquer ofensa ao bem jurídico. É por tudo isso que acreditamos

¹² SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram**, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 147.

¹³ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 48

¹⁴ O artigo 14 do Projeto de Lei nº 236 de 2012 já apresentou diversas redações, mas sempre buscou definir a essência do crime. Embora o trabalho não objetive analisar a proposta de reforma do Código, vale referir a última definição de crime que se tem notícia: “Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico. Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante”. Sobre o ponto, ainda explica: “O art. 14 consagra um direito penal voltado para a exclusiva proteção e tutela de bens jurídicos. Desenha-se um direito penal que não se interessa em punir simplesmente a causa que gerou a ofensa, mas apenas quando há um desvalor relevante: a ofensa potencial ou concreta a determinado bem jurídico (a vida, o patrimônio etc.). Nesse espírito, o Projeto torna o que hoje seria preparação impunível em início de execução, e, portanto, punível, quando o agente pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo mas que exponham a perigo o bem jurídico protegido. No mesmo espírito, os juristas positivaram a regra da insignificância, segundo a qual não há crime quando não há ofensa relevante ao bem jurídico” (BRASIL. Congresso. Senado. **Reforma do Código penal Brasileiro**. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 15 set. 2014.)

¹⁵ BRASIL. Congresso. Senado. **Reforma do Código penal Brasileiro**. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 15 set. 2014.

ser esse um momento bastante oportuno para o estudo do conceito material de crime, pois, como já alertava Siqueira, “no aspecto jurídico, considera-se o delito em seu conteúdo intrínseco e substancial, determinação esta necessária para servir de guia ao legislador e de critério para a crítica de lei”¹⁶.

1 AS PRIMEIRAS TENTATIVAS DE COMPREENSÃO DO ILÍCITO PENAL

1.1 O CONCEITO DE CRIME ENTENDIDO COMO A VIOLAÇÃO DE UM DIREITO

Ao comentar o Art. 2º, parágrafo 1º do Código Criminal do Império do Brasil, o qual preceituava que o crime constitui “toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes”¹⁷, Alves Junior observa que o legislador brasileiro escapou de definições genéricas, como a conferida por Rossi, que via no delito a “violação de um direito exigível em prejuizo da sociedade e dos individuos”¹⁸. Argumenta Alves Junior que a definição proposta pelo autor seria demasiadamente ampla, pois abrangeria a violação de todo e qualquer direito exigível em razão de uma determinada relação, enquanto o crime deveria abarcar apenas aqueles direitos conexos às relações *erga alios*:

A obrigação é sempre correlata de um direito, mas nem de todas essas relações cura a sciencia do direito, deixando fóra de sua orbita as relações *erga Deum* e *erga se*: só trata das relações *erga alios*. Aquellas têm uma orbita diversa, é o fôro da consciencia, no qual o homem não póde ser juiz: estas só estão sujeitas ao seu conhecimento, jurisdição e determinação de regras. O direito penal ainda é mais restricto. Inclue-se na grande orbita das relações *erga alios*, com certas limitações: portanto, se o Codigo tivesse dado definição mais generica do que aquella do art. 2º § 1º, teria faltado aos principios da sciencia, como faltou a de Rossi pela sua generalidade: a limitação consagrada pelas palavras leis penais é de grande acerto.¹⁹

¹⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p.147.

¹⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. p. 237.

¹⁸ Rossi citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 143.

¹⁹ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 144.

Uma primeira conclusão à qual se pode chegar é a de que o Alves Junior opõe-se à definição de crime proposta por Rossi, mas não rechaça totalmente a noção material de delito que dela se exprime, pois sua crítica centra-se na delimitação do objeto do crime aos direitos decorrentes das relações “entre terceiros” (*erga alios*). Essa demarcação passa, portanto, a ideia de que o conceito de crime presente na obra de Alves Junior não comporta a incriminação de autolesões, uma vez que essas não estão compreendidas nas relações *erga alios*²⁰. O autor brasileiro reforça essa assertiva no momento em que, ao referir a classificação de delito proposta por Benthan²¹, afirma que os “delitos contra si mesmo”, sabidamente, não teriam sido criminalizados pelo código pátrio, pois segundo Benthan:

[...] já vimos, examinando os limites que separão a moral da legislação, que ha fortes razões para não tratar desses delictos, como os delictos de outra classe; submittê-los ás penas seria fazer pelas proprias leis um mal muito maior que o que se pretenderia prevenir.²²

O penalista brasileiro explica que a moral “tem sua representação no mundo interno e na consciência”²³ e o direito “no mundo externo, na sociedade”²⁴. Em sendo assim e tendo em vista que “a moral não se confunde com o direito”, acaba por concluir que o código brasileiro também não poderia abranger “senão os atos do mundo externo”²⁵. Ocorre que, em outra importante passagem da obra de Alves Junior, o autor discorda do doutrinador português F. A. F. da Silva Ferrão que, ao comentar o Art. 1º do Código Penal daquele país²⁶ – muito parecido com o parágrafo

²⁰ Sobre a legitimidade de se punirem as autolesões, ver interessante artigo de Hirsch: “Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?”. Nele, o autor explica que, não raramente, algumas proibições são aparentemente legitimadas pelo “Harm Principle” (que, se transportado para o Direito Penal Brasileiro, poderia equivaler ao Princípio da Ofensividade), mas que tal legitimidade não resiste a uma análise criteriosa do referido princípio (HIRSCH, Andrew von. **Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 68, p. 11-28, set./out. de 2007.).

²¹ Benthan divide o crime em quatro classes: delitos particulares; delitos contra si mesmo; delitos semi-públicos; e delitos públicos. (ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 46.)

²² BETHAN citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 47.

²³ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 72.

²⁴ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 72.

²⁵ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 72.

²⁶ FERRÃO, Francisco Antonio Fernandes da Silva. **Theoria do direito penal applicada ao codigo penal portuguez comparado com o codigo do Brazil, leis patrias, codigos e leis criminaes dos**

1º do Art. 2º do Código pátrio de 1830²⁷ –, censura o conceito de crime lá expresso por ser uma “definição abstrata da justiça moral, e até mesmo materializada”²⁸. Diante dessa crítica de Ferrão, argumenta o escritor brasileiro:

Não compreendemos que nas disposições de um Código Penal se estabeleçam princípios que se apartem da justiça moral, não compreendemos direito que não seja moral. Nem tão pouco há materialismo em uma definição que tem sempre por norma a justiça eterna, e que apenas limita-se ao objecto de que se occupa e trata.²⁹

A partir da análise do trecho destacado e do que, linhas antes, havíamos referido, parece que a obra de Alves Junior apresenta certa contradição, pois ora afirma que “a moral não se confunde com o direito”³⁰, ora que, no seu ponto de vista, não há direito que não seja moral. Tudo leva a crer, portanto, que os limites entre direito e moral e, por consequência, a delimitação do objeto do crime ainda não se encontravam bem definidos na obra ora estudada. Ainda assim, em termos práticos, como já observado, Alves Junior parece não admitir a criminalização de autolesões e de ações não exteriorizadas. Além disso e ainda no que diz respeito à separação entre direito e moral, alguns trechos da obra do penalista brasileiro indicam uma possível adoção do conceito de crime como violação de um direito subjetivo, concepção que, nas palavras de Costa Andrade, constitui “a primeira tentativa consequente de um conceito material de crime”³¹ e um dos mais importantes passos para a deslegitimação do Estado em perseguir finalidades transcendentais e de cunho religioso através do direito penal³².

povos antigos e modernos, oferecida a S. M. I. O Sr. D. Pedro II. Imperador do Brazil. Lisboa: Typ Universal. 1856. v.1. p. 6.

²⁷ Art. 1º “Crime ou delicto é o facto voluntário declarado punível pela Lei penal. Art. 2º; 3º; 4º; 5º; 14º; 23º; 68º; 69º; 70º; 74º; 193º; 368º; 369º; e 485º.” (PORTUGAL. Ministério da Justiça. **O código penal de 1852: nos 150 anos do primeiro código penal português: 1852-2002.** Lisboa: Ministério da Justiça, 2002.)

²⁸ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal.** Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 144-145.

²⁹ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal.** Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 145.

³⁰ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal.** Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 72.

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal:** Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 43.

³² ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal:** Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 45.

A não incriminação de atos que atentem única e exclusivamente contra a moral remonta a um dos momentos mais importantes da evolução do crime, eis que marca o surgimento do direito penal secularizado no qual o pecado deixa de fazer parte do conteúdo do ilícito³³. Como explica D'Avila, a partir de Christian Thomasius e da obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), de Cesare Beccaria, o crime alcança sua independência em relação ao pecado e com ele não mais pode ser confundido³⁴. Mas é, sobretudo, com o desenvolvimento do conceito de direito subjetivo, cuja autoria é atribuída a Feuerbach, que o papel do Estado deixa de ser um papel de educador e passa a ser o de defensor da liberdade de cada um de seus indivíduos, de modo que a promoção da moralidade não é mais uma função do Estado, ao qual cabe apenas proteger a liberdade, que legitima a sua intervenção³⁵.

A fim de evidenciar a repercussão do conceito de crime assente na violação de um direito subjetivo na obra de Alves Junior, destacamos que o doutrinador brasileiro, ademais de não rechaçar a definição de Rossi que, de maneira sintética, entende o crime como a violação de um direito, afirma, ao tratar da divisão triple que decompõe a infração em crime, delito e contravenção, que não poderia distinguir o primeiro do segundo “porque sempre se trata de uma violação do direito sujeita a uma sanção”³⁶. A influência é ainda melhor percebida no momento em que Alves Junior, tendo rejeitado a mencionada divisão triple e, por consequência, adotado a divisão bipartida das infrações penais, passa a tratar da diferença existente entre crime e contravenção, alinhando-se à ideia de que crime é todo ato que encerra “um ataque aos direitos do Estado ou dos particulares”³⁷. Tal passagem foi destacada pelo autor da introdução do Código da Baviera de 1813 que, sabidamente, fora escrito por Feuerbach.

Por todos os motivos expostos, é possível dizer, com certo grau de segurança, que o conceito de crime apresentado por Alves Junior firma-se na noção de crime

³³ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 59-60.

³⁴ Sobre a relação entre direito penal e moral, bem como sobre o princípio da laicidade, ver LARIZZA, Silvia. Laicidade e direito penal. In.: D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 41-57.

³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 45.

³⁶ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 138.

³⁷ Código Penal da Baviera, § 8º citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 42.

como violação de um direito subjetivo. Compreensão essa que, como referimos, contribuiu de maneira significativa para o desenvolvimento do conceito de ilícito penal, em termos substanciais, principalmente por afastar a possibilidade de se criminalizar condutas consideradas moralmente reprováveis, mas que não representam qualquer violação a um direito subjetivo – a exemplo dos crimes contra a moral sexual³⁸. Contudo é exatamente esse aspecto que, de certo modo, parece ter sido negado por Alves Junior no momento em que o penalista afirmou não compreender direito que não seja moral, com a ressalva de que o autor procurou delimitar as condutas passíveis de pena às relações *erga alios*, excluindo, desse modo, as autolesões e as ações não exteriorizadas, o que já representa um grande contributo ao desenvolvimento crítico do conceito material de crime. Por fim, salienta-se que a capacidade explicativa da compreensão de crime como a violação de um direito subjetivo e a própria noção de ofensividade compreendida no elemento *violação* se mostravam frágeis³⁹, razão pela qual a teoria cedeu em prol da doutrina do bem jurídico⁴⁰, da qual, mais adiante, nos ocuparemos.

1.1.1 A tentativa de distinguir crime e contravenção

O doutrinador português, F. A. F. da Silva Ferrão, ao comentar o Art. 1º do Código Penal daquele país que, como vimos, em muito se assemelha ao parágrafo 1º do Art. 2º do Código pátrio de 1830, afora as críticas referidas no tópico anterior, também censura o legislador português por ter rejeitado a divisão tripla da infração penal⁴¹ expressa no Código Francês. O autor explica que essa distinção teria, como uma de suas vantagens, além de estabelecer a competência⁴² para o julgamento da

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 63.

³⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 63.

⁴⁰ Sobre as críticas direcionadas ao conceito de crime como violação de um direito subjetivo ver D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 63.

⁴¹ FERRÃO, Francisco Antonio Fernandes da Silva. **Theoria do direito penal aplicada ao código penal portuguez comparado com o código do Brazil, leis patrias, códigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos, oferecida a S. M. I. O Sr. D. Pedro II. Imperador do Brazil**. Lisboa: Typ Universal. 1856. v.1. p. 6.

⁴² Conforme explica Alves Junior, a definição da competência no Brasil já estava solucionada e, portanto, a divisão tripartida não iria contribuir para a questão. Isso porque, na época, definia-se a competência, de maneira geral (excetuavam-se os casos de foro que, de qualquer modo, já estava

conduta praticada pelo agente – a competência seria estabelecida conforme o fato se enquadrasse em crime, delito ou contravenção –, indicar às pessoas a gravidade das infrações⁴³.

Alves Junior, entretanto, assim como outros autores brasileiros⁴⁴, discorda⁴⁵ acerca da adoção de uma divisão tripartida do crime. Nesse sentido, explica que os adeptos de tal classificação argumentam que os delitos seriam mais graves do que os crimes. Ocorre que, se isso é assim, ou seja, se, de fato, a natureza dessas infrações é diversa, sendo uma mais grave do que a outra, em primeiro lugar, seria possível classificar uma determinada ação como crime ou delito antes mesmo de o legislador conferir-lhe uma pena. Ou seja, não é a gravidade da pena que identifica a natureza de uma ação. Em segundo lugar, deveria existir algum meio, que não a gravidade da pena, vale salientar, que possibilitasse o reconhecimento de uma ação como mais ou menos grave. Sobre isso, afirma Alves Junior:

Se na natureza dos factos, infracção de lei, se póde distinguir maior gravidade para uns e menor para outros, então como se explicar a maneira de proceder dos diferentes Codigos, applicando uns penas mais fortes, do que outros a factos identicos?⁴⁶

estabelecido em lei), em razão da alçada. ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 64; 138.

⁴³ FERRÃO, Francisco Antonio Fernandes da Silva. **Theoria do direito penal applicada ao codigo penal portuguez comparado com o codigo do Brazil, leis patrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos, offerecida a S. M. I. O Sr. D. Pedro II. Imperador do Brazil**. Lisboa: Typ Universal. 1856. v.1. p. 5.

⁴⁴ Como exemplo, citamos Vicente Alves de Paula Pessoa que se posicionou contra a divisão tripartida de crime ao comentar o Código Penal de 1830. Pessoa observa que o Código Francês tratou o crime como sendo uma infração à ordem social e, por essa razão, passível de pena. Salienta, ainda, que grande parte dos códigos estrangeiros, como o da Baviera (1813), da Prússia (1851) e da Itália (1859) seguiram tal modelo. Entretanto, diz o autor, apoiando-se em FaustinHélie, o legislador francês errou, pois, tomou a pena como base da divisão das ações puníveis, utilizando-se, portanto, de um critério arbitrário, haja vista ser o próprio legislador que a estabelece. O Código Brasileiro, por outro lado, segundo Pessoa, dividiu as ações puníveis em apenas duas categorias: a) as cometidas com intenção; e b) as que constituem uma infração material a uma proibição, sem que, necessariamente, o elemento intencional se faça presente. PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Codigo criminal do Imperio do Brazil: commentado e anotado com os principios de direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia dos tribunaes, avisos do governo, interpretando, alternando ou revogando diversas das suas disposições até o anno de 1884**. 2. ed. Rio de Janeiro: A.A. Cruz Coutinho, 1885. p. 14.

⁴⁵ A referida crítica não é contraposta aos ensinamentos do escritor português, mas feita de maneira geral na parte introdutória da obra de Alves Junior. ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 39; 59.

⁴⁶ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 63.

Dessa forma, só restou ao autor concluir que “a distincção de crimes e delictos não póde ter fundamento na sciencia racional do Direito Criminal”⁴⁷. Ocorre que, se por um lado, uma possível diferença entre crime e delito não gerou grandes discussões doutrinárias, uma vez que a maior parte dos autores brasileiros concluiu que os referidos termos não passavam de palavras sinônimas, sendo esse o atual entendimento da doutrina; por outro, até hoje, é possível identificar divergência acerca do conceito de contravenção e da consequente diferença entre essa modalidade de infração e o crime.

Alves Junior procurou distinguir crime e contravenção apoiando-se nas lições presentes no Código da Baviera que assegurava haver atos ilícitos “que encerrão um ataque aos direitos do Estado ou dos particulares”⁴⁸, bem como atos que devem ser punidos “por causa de suas consequencias fatais á ordem publica, ou de sua influencia directa sobre a segurança, a moralidade e o bem-estar do Estado”⁴⁹. Os primeiros, como já tivemos a oportunidade de referir, constituiriam os crimes ou delitos e, os segundos, as contravenções.

Os actos do 1º genero são illicitos por motivos de justiça absoluta; o são em todos os tempos, em todos os lugares; a sua prohibição está escripta em caracteres que não se apagam no coração de todo o homem razoavel. Os actos do 2º gênero são muitas vezes considerados em si mesmos, e independentemente de suas consequências possiveis, factos indifferentes em direito: são prohibidos por motivos de utilidade relativa, e dependem dos tempos, das circumstancias, do character e dos costumes das nações, das instituições particulares e outras circumstancias accidentais. Os actos illicitos de 1ª classe, por isso mesmo que elles ferem directamente um direito, formão objecto do poder judiciario; e ao dominio da policia é que pertencem as acções e omissões da 2ª classe [...]⁵⁰

Tais dissemelhanças entre os atos (ali denominados de 1ª e 2ª classe) implica, por lógico, consequências legais igualmente distintas, de sorte que o Código da Baviera aconselhava a “toda a legislação que não queira misturar entre si crimes

⁴⁷ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 39.

⁴⁸ Código Penal da Baviera, § 8º citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 42.

⁴⁹ Código Penal da Baviera, § 8º citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 43.

⁵⁰ Código Penal da Baviera, § 8º citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 43.

heterogeneos, e que receie perturbar o sentido moral do povo”⁵¹ a separação dessas duas espécies de atos em dois códigos diferentes. Acerca disso, argumenta Alves Junior:

Se queremos ter liberdade pratica, único anhelos a que devemos aspirar, porque em teoria ella ahí está manifestada sabidamente no código fundamental da nação, cumpre dar esse grande passo – separar a policia da judicatura. Com esta separação a policia ficará reduzida á sua nobre missão – prevenir os crimes, perseguir os criminosos, colher as provas e reprimir esses pequenos delictos, que não atacão directamente a ordem publica, mas que lhe podem ser nimiamente fataes; e a judicatura, que não se apaixona, que não vê senão as provas colhidas, que não tem interesse em sustentar seu amor proprio e coroar seu trabalho; a judicatura, que não se encarna no réo, a que se costuma vêr sempre com máos olhos desde o primeiro dia em que se começão a colher provas e a persegui-lo, eleva-se á sua altura, julga pelo merecimento da questão, e não pode se julgar offendida em seu amor proprio se as provas colhidas com trabalho e esforço não corôão todos os seus successos.⁵²

Assim, afirmou o doutrinador brasileiro que, embora à época em que se criou o Código pátrio de 1830 fosse necessário que nele se contemplassem os crimes policiais, seria mais acertado que as contravenções constituíssem um código separado. Além de Alves Junior, Faria, apesar de não se ater ao conteúdo material do delito⁵³, também procura estabelecer uma diferença entre crime e contravenção. Para o autor, as contravenções compreenderiam “as acções ou omissões que, não sendo offensivas em si mesmas dos direitos de outrem, são declaradas puniveis, em razão do perigo que d’ellas póde resultar contra a ordem ou tranquillidade publica”⁵⁴. Segundo ele, os crimes apresentariam um carácter repressivo e as contravenções um carácter preventivo⁵⁵, esclarecendo que o carácter preventivo representaria uma

⁵¹ Código Penal da Baviera, § 8º citado por ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao código criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 43.

⁵² ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao código criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884. p. 44.

⁵³ Ao comentar o art. 7º do Código Penal Brasileiro de 1890, diz Faria que crime é “um facto prohibido por lei sob a ameaça de uma pena, em beneficio da segurança da ordem social constituída no Estado” (FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 38).

⁵⁴ Abel do Valle citado por FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 39.

⁵⁵ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice

punição a um fato que, embora não seja “intrinsecamente immoral e ofensivo de um direito, póde ser causa ocasional de lesão ou dano individual ou social”⁵⁶.

Todavia o autor observa que há contravenções que não consistem unicamente na falta de observância das disposições da lei⁵⁷. Nesse sentido, argumenta que o art. 143 do Código Penal de 1890, que diz “acender fogos, fingindo faróis [...]”, constitui um crime, ao passo que “fingir-se empregado público”, conforme o art. 381, implica uma contravenção⁵⁸. Em ambos os casos a punição decorreria da possibilidade do evento ou, em outras palavras, do dano potencial. Portanto, a partir da análise das disposições do Código Penal, conclui que tal requisito – dano potencial ou a possibilidade do evento – não é critério seguro para diferenciar o crime da contravenção. Assim, para o autor, o código brasileiro não teria traçado diferença alguma entre essas infrações⁵⁹.

Nesse mesmo sentido, leciona Costa e Silva:

O criterio de distincção adoptado pelo nosso codigo e pelo seu modelo é falso e imprestavel. Não é possível deduzir do fim da nórma a idéia da contravenção. Todas as nórmas de direito criminal têm o intuito da prevenção, geral ou especial. Quanto á periculosidade, é um momento directivo e não fundamental. Contravenções existem em que se manifesta uma lesão concreta e um dano. Crimes ha de mera periclitacão concreta ou abstracta.⁶⁰

contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 40.

⁵⁶ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 40.

⁵⁷ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 40-41.

⁵⁸ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 41.

⁵⁹ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. p. 41-42.

⁶⁰ SILVA, Antonio José da Costa e. **Codigo penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 54.

É interessante de se observar, portanto, que, para Alves Junior, o conteúdo material do ilícito penal diferenciava-se do ilícito dos crimes policiais, uma vez que as contravenções não violariam, diretamente, a ordem pública. Veja-se, então, que esse tipo de infração, ao contrário dos crimes, estaria relacionado a uma lógica de prevenção. Por outro lado, Faria, embora também refira que os crimes de polícia apresentam um caráter preventivo, acaba por concluir que não há diferença alguma entre essas duas formas de infração. Isso porque o Código Brasileiro de 1890 definia ações que representam um dano potencial ao indivíduo ou à sociedade, ora como crime, ora como contravenção. Parece, então, que, para Faria, na teoria, só seria crime aquela ação que gerasse um dano efetivo, enquanto que as contravenções importariam um dano potencial. Contudo, como, na prática, essa diferença não seria observada, a possibilidade de um evento lesivo não seria um critério apto a diferenciar os crimes das contravenções, assim como também concluiu Costa e Silva.

É de extrema importância atentar para o fato de que Faria e Alves Junior, assim como outros autores da época, não referiram em sua obra, de maneira clara, o conceito de violação ou ofensa. Isto é, embora tais autores entendam que o crime constitui uma ofensa a algo de socialmente relevante – como o direito subjetivo, conforme vimos anteriormente – nenhum logrou explicar, de modo detalhado, em que consistiria essa ofensa. Tampouco chegaram a aprofundar o conceito do objeto violado pela conduta sancionada penalmente. Diz-se isso porque, ao analisarmos as diferenças traçadas por Faria entre crime e contravenção, poderíamos concluir que, no que tange ao crime, a ofensa seria entendida como uma lesão (crimes de dano), enquanto que, em relação às contravenções, consistiria no perigo de lesão, na possibilidade de um dano (crimes de perigo). Entretanto, como já referimos, as obras estudadas não definiram, de modo pormenorizado, o conceito de ofensa, exato motivo pelo qual não é possível saber, ao certo, se a forma de ofensa de pôr-em-perigo estaria abrangida pelo conceito de crime ou apenas poderia ser criminalizada como contravenção.

1.2 O CONCEITO DE CRIME SOB UMA PERSPECTIVA POSITIVISTA-SOCIOLÓGICA

A Revolução Científica, marcada pelas descobertas no campo das ciências da natureza, erigiu o empirismo como principal meio de construção do conhecimento⁶¹. Logo tentou-se aplicar tal método ao Direito⁶² a fim de conferir-lhe cientificidade. Nesse cenário, nasce a Escola Positivista⁶³, que possuía, como principais representantes, os italianos Lombroso, Ferri e Garofalo. Conforme explica Moniz Sodré⁶⁴, tal Escola apresentou concepções distintas do conceito de delito, mas sempre ligadas a “uma noção naturalística, verdadeiramente científica, de todo independente do seu conceito legal”⁶⁵.

Assim, a Sociologia Jurídica se sobrepôs à dogmática jurídico-penal⁶⁶ e passou-se a delimitar o estudo do crime às suas causas e aos meios pelos quais seria possível reprimi-lo⁶⁷. Quer dizer, deu-se início a um movimento que substituiu o “estudo dos limites políticos do delito”⁶⁸ pelas “causas empíricas da criminalidade e da pena”⁶⁹.

Seguindo os ditames da Escola Positiva⁷⁰, argumenta Vieira de Araujo, ao comentar o art. 7º do Código de 1890, que “diante da sciencia o conceito de crime só pôde repousar sobre uma theoria que assente nas verdades da psychologia ou antes da anthropologia”⁷¹. Sofre forte influência, portanto, de Garofalo e Berenini⁷², expondo o seu conceito de crime nos seguintes termos:

⁶¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-28.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

⁶³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-28.

⁶⁴ SODRÉ, Muniz. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 125-126.

⁶⁵ SODRÉ, Muniz. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 126.

⁶⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-28.

⁶⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-28.

⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24.

⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24.

⁷⁰ Os problemas suscitados pelos avanços da ciência e, a conseqüente, substituição da dogmática por outros campos do conhecimento foi muito bem narrado através das palavras de Tobias Barreto, ilustre doutrinador brasileiro que não se deixou influenciar pelo movimento científicista. (BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Sergipe: ECE, 1926. p. 18-19.)

⁷¹ ARAUJO, João Vieira de. **Código penal: commentado, theorica e praticamente**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896-1897. p. 85.

[...] em uma sociedade relativamente civilizada não se tolera por exemplo, que se mate ou se fira, se estupe, se roube ou se falsifique impunemente; porque a intuição da conservação e progresso proprio faz prevêr que os sentimentos primordiais que servem de base ou antes constituem em seu complexo o sentimento fundamental ou geral da sociabilidade representam as proprias condições de vitalidade do agregado social. [...] Assim nós podemos dizer com Garofalo o delito natural é a offensa a estes sentimentos profundos e instintivos do homem sociável e que constituindo a parte mais importante do senso moral das sociedades civilizadas ou semi-civilizadas é indispensavel para adaptal-o á vida social.⁷³

A concepção de delito natural à qual se refere Vieira de Araujo é, como visto, aquela desenvolvida por Garofalo. Fazemos tal observação pelo fato de que antes de o escritor italiano vir a definir o delito natural, os romanos, como observa Siqueira⁷⁴, já admitiam tal concepção. Entretanto a formulação de Garofalo deu a ela novos contornos. Explica-se: Siqueira salienta que, além do aspecto legal e jurídico, o crime também pode ser entendido a partir do aspecto sociológico. Desde esse ponto de vista, tem-se a ideia do delito natural que consistiria em um fato ilícito em si mesmo, isto é, de um fato que é moralmente reprovável independentemente de qualquer perturbação à ordem social⁷⁵, sendo esse o conceito atribuído pelos romanos ao qual se contrapunha o delito legal. Este último, embora não expressasse algo moralmente reprovável, deveria ser punido em decorrência do interesse público⁷⁶.

Segundo Siqueira, enquanto a Escola Clássica manteve a distinção entre delito positivo e natural, a Escola Positiva abandonou tal distinção por não haver critérios precisos de imoralidade social e de nocividade de uma determinada ação para que

⁷² Para ver a diferença dos conceitos de crime de Garofalo e Berenini ver SODRÉ, Muniz. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 130.

⁷³ ARAUJO, João Vieira de. **Código penal: commentado, theorica e praticamente**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896-1897. p. 86.

⁷⁴ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 148.

⁷⁵ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 148.

⁷⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 148.

seja possível classificá-la como delito⁷⁷. Além disso, a Escola Positiva também observou que os costumes e princípios de cada país e de cada época variam – o que torna a distinção entre delito positivo e natural uma tarefa difícil⁷⁸.

Percebeu-se ser impossível, portanto, enquadrar determinados fatos e ações como sendo universalmente odiados e, por via de consequência, merecedores de pena⁷⁹. Em razão disso, Garofalo teria optado por outro critério de distinção entre delito natural e positivo a partir do qual concluiu pela existência de sentimentos morais comuns às sociedades civilizadas⁸⁰, sendo a sua violação o que caracterizaria o delito natural⁸¹. Disso resultou a seguinte distinção:

Os delictos naturales constituiriam objecto directo do codigo penal, e seus autores, privados dos sentimentos communs a todos os homens com que vivem, deveriam ser tidos como malfeitores, anti-sociais. Os delictos legaes, consistentes nas offensas ás instituições necessarias do Estado, cuja repressão é de interesse publico, seriam objecto de um outrocodigo, o dos revoltados, não confundiveis com aquelles delinquentes, por não violarem os sentimentos essenciaes da humanidade.⁸²

O conceito, portanto, dado por Garofalo ao delito natural no qual se fundamenta a noção de crime expressa por Vieira de Araujo é dado nos seguintes termos:

⁷⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo oCodigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 149.

⁷⁸ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo oCodigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 149.

⁷⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo oCodigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 149.

⁸⁰ “Esses sentimentos, indispensaveis para a adaptação do individuo á sociedade, são o de piedade, ou a repugnanciaá crueldade, donde a resistencia aos impulsos que seriam a causa de um soffrimento para o nosso semelhante, e o de probidade, o respeito por tudo que pertence a outrem.” (SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo oCodigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 149.).

⁸¹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo oCodigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 149.

⁸² SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo oCodigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 149-150.

O elemento de imoralidade necessário para que um ato prejudicial seja considerado como criminoso pela opinião pública, é a lesão desta parte do senso moral que consiste nos sentimentos altruísticos fundamentais, a piedade e a probidade. É preciso ainda que a violação fira, não a parte superior e mais delicada destes sentimentos, mas a medida média em que são eles possuídos por uma comunidade, o que é indispensável para a adaptação do indivíduo à sociedade. É o que chamamos crime ou delito natural.⁸³

O conceito de crime presente na obra de Vieira de Araujo baseia-se, portanto, na teoria do delito natural formulada por Garofalo que, embora tenha sido alvo de diversas críticas, trouxe importantes contributos ao conceito material de crime, assim como a doutrina do direito subjetivo. Nesse sentido, observa Figueiredo Dias, que a ideia de delito natural atenta para o fato de que, em boa parte dos ordenamentos jurídicos, há crimes “cujas condutas são axiologicamente relevantes – porque lhes preexiste uma valoração negativa do ponto de vista social, moral ou cultural – antes e independentemente de como os crimes sejam considerados pelo legislador”⁸⁴, bem como há crimes “cujo comportamento é constituído em ilícito somente através da sua proibição pela lei”⁸⁵, pois constituem condutas “axiologicamente neutras”⁸⁶, sendo que apenas o primeiro grupo poderia ser erigido à categoria de “verdadeiro crime”⁸⁷. Conclui o autor:

É esta idéia básica que continua hoje no centro das discussões em torno do critério essencial de distinções como as que intercedem entre “direito penal” e “direito de mera ordenação social” (ou “das contra-ordenações”) ou entre meros erros sobre proibições e autênticas faltas de consciência do ilícito.⁸⁸

Todavia, como já adiantamos, o conceito de Garofalo e, conseqüentemente, a noção de crime de Vieira de Araujo, não logrou êxito. Já em seus comentários ao

⁸³ GAROFALO, Raffaele citado por SODRÉ, Muniz. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 129.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 58.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 58.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 58.

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 58.

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 58.

Código Brasileiro de 1890, argumentou Siqueira, contra a doutrina do direito natural que:

[...] a definição dada por Garofalo que exclue da protecção jurídico-penal, sem razões precedentes, outros sentimentos, como os do pudor, de patriotismo, da religião, tão profundamente radicados no coração humano, cuja lesão póde causar grave damno social, e pois, motivando um delicto natural. De outro lado, não importa tanto, a tutela dos sentimentos quanto o da constituição social, isto é, a da sua existência e a da sua evolução orgânica, por quanto os sentimentos, são efeitos hereditários e modificáveis das condições sociaes de existencia.⁸⁹

Ademais, conforme diz Figueiredo Dias, não foi possível extrair da ideia de delito natural, com o grau de segurança exigido para a criminalização de condutas, a definição de danosidade ou ofensividade social. Afora isso, o doutrinador ainda lembra que nem toda conduta, porque socialmente danosa, consiste em um crime. A teoria, portanto, não teria logrado trazer limites para a imposição da pena criminal, razão pela qual conclui Figueiredo Dias que “o apelo à danosidade social é pois um elemento constitutivo do conceito material de crime, mas não se pode sem mais fazer valer por aquele conceito”⁹⁰.

2 O CONCEITO DE CRIME ENTENDIDO COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO

2.1 A INCIPIENTE NOÇÃO DE OFENSA E BEM JURÍDICO

No primeiro tópico, vimos que Costa e Silva não logrou estabelecer uma diferença precisa entre crime e contravenção, pois, segundo ele, “todos os esforços enviados pela sciencia para descobrir um traço de diferenciação, claro e preciso,

⁸⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 150.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 58.

entre o crime e a contravenção têm sido improficuos⁹¹. Conquanto isso, o autor ajudou, de maneira significativa, a aprofundar a noção de crime.

Assegura o penalista brasileiro que “em sentido material (sociológico-jurídico) crime é a acção positiva ou negativa que offende ou põe em perigo determinados interesses, cuja incolumidade a lei protege com a ameaça e consequente imposição de pena⁹² e ressalta “esses interesses, assim protegidos, costumam ser denominados bens jurídicos⁹³. Costa e Silva também afirma que os crimes materiais seriam divididos “em crimes de violação (lesão) e de periclitación⁹⁴. Segundo ele, “no conceito destes últimos entra, como elemento característico, o da possibilidade da violação ou lesão, o elemento do perigo⁹⁵, sendo que tais crimes ainda dividir-se-iam em concretos, quando dependessem “do exame do juiz em cada caso particular⁹⁶ ou abstratos, quando independessem de tal análise.

Quanto a isso, argumenta Costa e Silva que alguns bens jurídicos, como a integridade corpórea e o patrimônio, podem sofrer, nas suas palavras, *ataques de extensões diversas* “indo, em escala descendente, de lesão até ao simples perigo geral⁹⁷. Portanto, embora o penalista, a exemplo dos demais apresentados nesse estudo, não tenha definido o conceito de ofensa, nota-se, a partir dos trechos destacados, que tanto a lesão, quanto o pôr-em-perigo determinado bem jurídico, seja de forma concreta ou abstrata, são meios de conduta passíveis de serem criminalizados. O conceito material de crime referido pelo autor centra-se, portanto, na ofensa a um bem jurídico, sendo a ofensa dividida em lesão ou possibilidade de lesão.

Ademais, outra importante contribuição de Costa e Silva ao Direito Penal Brasileiro encontra-se na referência ao objeto da ofensa como bem jurídico, ainda

⁹¹ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 54.

⁹² SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 48.

⁹³ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 48/49.

⁹⁴ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 51.

⁹⁵ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 51.

⁹⁶ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 52.

⁹⁷ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 49.

que o doutrinador também não explique em que este consiste. Quanto ao ponto, refere que os bens jurídicos são divididos em **(a)** bens do indivíduo; **(b)** bens da sociedade; e **(c)** bens do Estado⁹⁸, esclarecendo, apenas, que cabe ao Estado decidir se deve tutelar penalmente determinado bem jurídico, sendo esse um problema de política social, sem, contudo, deixar de observar que “onde e quando esse meio possa ser evitado, cumpre empregar outro”⁹⁹.

Costa e Silva informa que a concepção de crime acima referida é dominante na Alemanha e, mais ou menos, difundida na Itália¹⁰⁰. Mas que, em oposição a ela, há diversas teorias, como a que entende o crime como a violação de um direito subjetivo, sendo ele privado ou público, bastante forte entre os franceses e italianos¹⁰¹ e, por nós, referida na primeira parte desse artigo. Adverte-se, portanto, que os conceitos de ilícito penal, em sentido material, contemplados pelo trabalho até o momento, não estão dispostos em ordem cronológica. Como bem pontua Costa Andrade, o caminhar da doutrina em busca de uma definição daquilo que vem a ser a essência do crime não segue uma linha de total abandono e, após, adoção de uma nova maneira de compreender o ilícito penal. Apresenta-se, isso sim, de modo polarizado: ora acentuando-se conceitos de fundo positivista, ora de cunho sistêmico-social¹⁰².

Além de Costa e Silva, também apresentou uma concepção de crime calcada na ofensa ao bem jurídico, o penalista Galdino Siqueira. Ao analisar o art. 7º do Código de 1890, o autor elenca seis requisitos essenciais para o crime: 1) o sujeito ativo ou agente do crime; 2) o sujeito passivo ou o ofendido pelo crime; 3) o objeto do crime; 4) a ação ou omissão; 5) a imputabilidade; e 6) a culpabilidade¹⁰³. Quanto ao terceiro requisito – objeto do crime – diz Siqueira que ele pode ser material, “quando se considera a matéria em que recai a atividade psíquica do delinquente

⁹⁸ SILVA, Antonio José da Costa e. Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 49.

⁹⁹ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 49.

¹⁰⁰ SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 50.

¹⁰¹ SILVA, Antonio José da Costa e. Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado. Brasília: Senado Federa, 2004. p. 50.

¹⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 42.

¹⁰³ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 152.

(homem ou coisa)”¹⁰⁴ ou jurídico, “quando se considera o bem jurídico, isto é, o *interesse humano protegido pela normal legal, violado ou posto em perigo pelo delinquente*”¹⁰⁵. Assim, assegura Siqueira que o elemento psíquico ou material objetivo do crime:

[...] supõe a lesão efectiva ou potencial, isto é, a lesão pela qual um bem juridico ou direito determinado é destruido ou soffre diminuição no seu valor, ou é posto em situação de perigo concreto, pela maneira determinada especialmente pela lei.¹⁰⁶

Em contrapartida, observa que a contravenção, assim como não pressupõe dolo ou culpa¹⁰⁷, mas, somente, a voluntariedade da ação, no que tange ao elemento material:

[...] não requer lesão efectiva ou potencial de um bem juridico determinado, por isso que a acção é punida como infracção de um dever generico, por envolver *in abstracto* a possibilidade de um perigo para certos bens juridicos, ou como infracção de uma condição ou norma de conducta, de que depende a tutela de um direito ou de uma espheragenerica de direitos, A produção da lesão, ao em vez de ser da essencia da contravenção, transforma-a em crime, se o direito assim violado é directamente protegido pela lei penal.¹⁰⁸

Nota-se, por tudo isso, que Siqueira afasta-se do conceito de crime referenciado por Costa e Silva no momento em que leciona no sentido de que a ofensa apresenta-se na forma de lesão efetiva (crimes de dano) ou potencial (crimes de perigo), esclarecendo que a lesão potencial cinge-se aos casos de perigo concreto, pois o perigo *in abstracto* apenas seria punível como contravenção.

¹⁰⁴ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 152.

¹⁰⁵ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 152.

¹⁰⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 153.

¹⁰⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 153.

¹⁰⁸ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 153.

Siqueira, assim como os demais autores trabalhados no presente artigo, reconhece que o Código brasileiro não se ateu à diferença acima exposta, tanto por exigir, em determinados tipos, como os previstos nos arts. 365, 373 e 381, tidos como contravenção, a existência da intenção *maléfica*, quanto por classificar ações que constituem lesão efetiva ao bem jurídico como contravenções, a exemplo dos arts. 366, 381 e 390¹⁰⁹. Contudo, diversamente das posições apresentadas até agora, o penalista não concluiu pela ausência de distinção entre crime e contravenção simplesmente pelo fato de ambos os institutos serem tratados de igual maneira pelo Código Brasileiro.

Siqueira, inclusive, critica um Acórdão de 16 de Setembro de 1902 do relator Viveiros de Castro por não ter observado corretamente a distinção entre crimes e contravenções. Diz o Acórdão:

O característico jurídico das contravenções é o damno potencial, na phrase dos criminalistas italianos, a possibilidade do evento, como se exprimem os escriptores francezes. O legislador pune o acto, não porque causou elle algum mal, mas na previsão do mal futuro, pela possibilidade do perigo, pelo interesse de garantir e acautelar a segurança publica, O individuo que traz consigo uma arma offensiva sem empregal-a não está agredindo a vida alheia, mas o simples facto de trazer consigo esta arma constitue uma contravenção, porque a arma lhe proporciona a facilidade de commeter um crime, porque em determinada ocasião póde empregal-a. Todo crime se compõe de dois elementos, o elemento material, o facto, e o elemento moral, a intenção ou a culpa. Sem o elemento moral, sem a intenção ou culpa não ha crime, Assim não são criminosos os loucos e os coactos, assim não constitui crime o homicídio commetido casualmente no exercicio de um acto licito, feito com a atenção ordinaria. E' a máxima immortal já formulada pelos jurisconsultos romanos – *in maleficis voluntas spectatur, non exitus*. As contravenções, pelo contrario, são puras creações políticas, se constituem pela simples infracção da lei independentemente da intenção criminosa. Facil é distinguir a contravenção do delicto. Se ha apenas a possibilidade de um evento, a previsão de um mal futuro, o facto constitui uma contravenção. [...] Se houve um damno, é um delicto intencional ou culposo, se o agente propositalmente quiz o facto ou se é elle resultado de sua ignorancia ou de sua imprudencia, dualidade mais frequente do conceito culpa. Trazer um carro em disparada em rua de grande transito é uma contravenção, pela possibilidade do perigo para os transeuntes. Mas, se este vehiculo atropella e contunde alguém, não ha mais uma contravenção e sim um delicto, houve um acidente e alguém soffreu pela imprudencia do cocheiro.¹¹⁰

¹⁰⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 155.

¹¹⁰ Acórdão do Cons. do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal do relator Viveiros de Castro de 16 de Setembro de 1902 *apud* SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 155-156.

Analisando a decisão, Siqueira reforça a ideia de que as contravenções não se caracterizam por produzir um dano potencial ou, em outros termos, um perigo concreto, definido pelo penalista como “a situação em que, atentas as circunstâncias ocorrentes no momento do movimento corpóreo do agente e segundo juízo imparcial, dá-se a possibilidade imediata, e portanto, o fundado receio de que se siga ofensa”¹¹¹, mas pelo perigo abstrato, pela “possibilidade do evento danoso, que a lei presume, como sequência normal de uma ação”¹¹². Assim, conclui Siqueira que, em sentido material, a contravenção é “uma acção violadora, ou uma omissão, isto é, falta de observância das disposições preventivas das leis e dos regulamentos, abstrahindo-se do resultado”¹¹³, enquanto o crime suporia uma “lesão efectiva ou potencial”¹¹⁴, apenas na forma de perigo concreto, ao bem jurídico.

2.2 A DOCTRINA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: O CONCEITO DE CRIME ENTENDIDO A PARTIR DA CONCEPÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL

A concepção de ilícito que aqui se expressa decorre da orientação de base onto-antropológica do direito penal destacada, por nós, da obra de Faria Costa, autor que, a partir de uma leitura interessada de Heidegger, aprofunda o conceito de ofensa e serve de referência ao desenvolvimento do conceito de crime proposto por D’Avila. Evidentemente, a mencionada concepção, principalmente no que diz respeito às suas bases filosóficas, merece, por toda a sua complexidade, um estudo mais detalhado e comprometido. Contudo as estritas linhas do presente trabalho não nos permitem fazê-lo, cabendo apenas registrar que, a partir dela, o crime, de maneira muito simplificada, constitui um abalo às relações de cuidado formadas pelo

¹¹¹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 156.

¹¹² SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 156.

¹¹³ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 154.

¹¹⁴ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 153.

convívio de um indivíduo com outro. Conseqüentemente, erige o desvalor da infração ou, em outros termos, o resultado jurídico – isto é, a lesão ou o pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos – a pedra angular do ilícito, de modo a assegurar não haver “crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal”¹¹⁵.

A ofensa, conforme explica D’Avila, apresenta-se em duas formas gerais e distintas. Assim, o bem-jurídico resguardado pela lei penal deve ser ofendido por meio de: **(a)** um dano/violação; ou **(b)** um perigo/violação. A primeira forma constitui a ofensa nos crimes de dano e significa “um prejuízo ao bem juridicamente tutelado”¹¹⁶, ou, de outro modo, “uma perda efetiva de valor sofrida pelo objeto jurídico da norma”¹¹⁷, enquanto que a segunda desdobra-se em: **(b.1)** concreto pôr-em-perigo; e **(b.2)** cuidado-de-perigo, que configuram a ofensa nos crimes de perigo concreto e abstrato respectivamente. Conforme D’Avila, os crimes de concreto pôr-em-perigo caracterizam-se “como uma situação de significativo desvalor jurídico, em razão de uma alta probabilidade de dano ao bem jurídico”¹¹⁸ e complementa:

Ou seja, para termos um concreto pôr-em-perigo, é necessário que a probabilidade de dano ao bem jurídico seja de tal forma intensa, que se torne possível falar em uma situação de “crise do bem jurídico”, em uma situação em que a continuidade existencial do objeto jurídico de proteção da norma esteja seriamente ameaçada.¹¹⁹

Já os crimes de cuidado-de-perigo consistiriam em “uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera da manifestação do bem jurídico”¹²⁰. Nesse sentido, é fundamental esclarecer que o ilícito de perigo abstrato, embora não exija a

¹¹⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 51.

¹¹⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 90-91.

¹¹⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 91.

¹¹⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 109.

¹¹⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 109-110.

¹²⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 404.

presença de um “bem jurídico concretamente exposto a perigo”¹²¹, protege o campo de atuação¹²² deste:

[...] diferentemente do perigo concreto, em que o bem jurídico entra no raio de ação a conduta perigosa, permitindo falar em uma verdadeira crise do bem jurídico, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, a qual retira deste a segurança da sua continuidade existencial. Ou, dito de outra forma, a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa é desnecessária, porque nos crimes de perigo abstrato busca-se proteger, mais precisamente, a dimensão dinâmica do bem jurídico, através da ampliação da tutela penal ao campo de atuação desse mesmo bem jurídico.¹²³

A ofensa, representa, portanto, uma “perversão da relação matricial onto-antropológica de cuidado do eu para com o outro”¹²⁴ ou de cuidado-de-perigo¹²⁵ “devidamente mediatizada pela noção de bem jurídico”¹²⁶ e, assim, constitui “formas de percepção jurídica de uma desvaliosa e inaceitável oscilação das relações de cuidado que o legislador penal deseja conservar”¹²⁷.

¹²¹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 160.

¹²² Segundo Faria Costa, é possível “detectar um ‘halo’ no bem jurídico a proteger ou protegido. Halo esse que é referenciável ao bem jurídico e ao qual a comunidade jurídica concede a dignidade da proteção penal.” (COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 631). Explica D’Avila que esse ‘halo’ constitui um “espaço necessário à própria existência do bem jurídico como categoria dinâmica, ou seja, categoria jurídica que somente alcança a completude da sua normativa intencionalidade se entendido no dinamismo que sua expressão exige. E, se assim é, se tomado como uma concepção dinâmica, parece-nos muito mais que razoável o alargamento da sua proteção penal, de forma a abranger também o seu campo de atuação, eis que, ao fazê-lo, estamos apenas trazendo-o à luz da discursividade jurídico-penal como categoria em sua totalidade, estática e dinâmica, digna de tutela.” (D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 162.)

¹²³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 115.

¹²⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 114.

¹²⁵ Como explica Faria Costa, não devemos confundir o desvalor do cuidado-de-perigo com a “expressão matricial da própria relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo”. (COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 634.)

¹²⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 114.

¹²⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 114.

O bem jurídico-penal, por outro lado, é definido por Sporleder de Souza como “todo valor considerado digno de tutela jurídico-penal”¹²⁸. Diante dessa definição, explica que por “todo valor” deve-se entender os “objetos ideais que revelados numa determinada realidade sociocultural são considerados aptos a satisfazer as necessidades humanas em dado contexto histórico”¹²⁹ e complementa:

Partindo-se da premissa que todo direito existe para o homem, pode-se afirmar que este constitui o seu fim-mediato ou fim-último, Todavia, e dada à natureza ontologicamente comunitária do ser humano, fim-imediato ou fim-primeiro do direito – e, conseqüentemente, também do direito penal na qualidade de norma reguladora da vida social – deve consistir no asseguramento das condições essenciais para a coexistência e convivência em sociedade, isto é, na manutenção da ordem ou paz social (bem-estar individual e social do ser humano). A realização deste fim-imediato (paz social), por outro lado, traduz-se na salvaguarda ou garantia de específicos valores da vida em comum que na realidade compõem a própria ideia de paz social. Ao compreender-se a paz social como um valor que se dilui e se desintegra em unidades valiosas, mais rigorosamente podemos então designar os bens jurídicos como unidades sociais valiosas e, portanto, boas para o indivíduo e para a sociedade. Noutras palavras, a compreensão de paz social revela-se por meio da tutela ótima de bens jurídicos (ou pelo menos em níveis aproximados deste ponto ideal) por parte do direito penal. Cabe, porém, à política do direito (política criminal legislativo-dogmática) selecionar as unidades valiosas e os melhores meios do direito, neste caso do direito penal, protege-las com eficácia.¹³⁰

Nesse sentido, ensina Sporleder de Souza que a seleção desses valores da vida em comum resultam “do meio social e da cultura de cada época”¹³¹. Entretanto, segundo o autor, tal seleção, obrigatoriamente, deve ser orientada pela ordem constitucional, uma vez que “só a Magna Carta é capaz de dar a legitimação e concretização necessárias ao objeto de tutela”¹³². Concluindo, dessa forma, que apenas os bens que estejam em conformidade ou que, no mínimo, não sejam

¹²⁸ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 139-140.

¹²⁹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 140.

¹³⁰ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 140-141.

¹³¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 141.

¹³² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142.

contrários aos valores e princípios protegidos pela Constituição podem ser reconhecidos como bens jurídicos¹³³.

Percebe-se, então, que, o conteúdo material do ilícito penal é formado por dois elementos indissociáveis – bem jurídico e ofensa –, de modo que só é legítima a incriminação de uma determinada conduta quando se verificar: **(a)** a tutela de um bem jurídico dotado de dignidade penal, isto é, de um bem jurídico que se apresente em uma relação de conformidade com os valores expressos pela ordem constitucional; bem como **(b)** a existência de uma ofensa a tal bem em alguma de suas formas, seja como dano/violação, seja como perigo/violação que, como vimos, ainda pode ser dividida em concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que até aqui foi exposto, acredita-se ser possível sustentar as seguintes deduções:

I. Com base nas críticas de Alvez Junior ao conceito de crime proposto por Rossi e aos comentários de F. A. F da Silva Ferrão ao Código Português, bem como em razão de o autor ter adotado conceitos presentes no Código Penal da Baviera de 1813, dentre outros motivos destacados pelo trabalho, conclui-se que, para o penalista brasileiro, o crime, em seu aspecto material, consiste na violação de um direito subjetivo dos cidadãos e do Estado. Além disso, observou-se que, para Alvez Junior, tanto as autolesões quanto as ações não exteriorizadas não deveriam ser criminalizadas, pois o conceito de crime proposto pelo autor estaria restrito à violação de direitos conexos às relações *erga alios*.

II. Outra tentativa de compreensão do conceito material de crime, a qual foi apresentada por Vieira de Araujo e destacada no trabalho, é aquela que entende o ilícito penal como a ofensa aos sentimentos profundos e instintivos do homem sociável. O autor, como visto, apoiou-se no conceito de delito natural formulado por

¹³³ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142.

Garofalo, apresentando, assim, uma concepção de crime sob o aspecto positivista-sociológico.

III. Quase que paralelamente a essas concepções, encontramos as definições de crime de Costa e Silva e Siqueira, autores que, dentre os estudados, foram os primeiros a desenvolver um conceito material de ilícito penal calcado na ofensa ao bem jurídico. Verificou-se, nessa oportunidade, que, para Costa e Silva, o crime compreenderia a ofensa na forma de lesão ou perigo de lesão, no qual incluiu as hipóteses de perigo concreto e abstrato. Por outro lado, para Siqueira, a criminalização da ofensa na forma de perigo abstrato estaria restrita às contravenções. Assim, para o autor, a ofensa, nos crimes, estaria limitada às formas de lesão ou perigo concreto de lesão.

IV. A fim de melhor compreender os conceitos de crime referenciados pelo trabalho, apresentamos as diferenças aduzidas pelos penalistas estudados no que tange ao crime e à contravenção. Nesse sentido, destacamos que Faria e Costa e Silva concluíram pela ausência de distinção entre essas formas de infração, enquanto que Alves Junior e Siqueira entenderam que ambas possuíam características próprias, razão pela qual não seriam equivalentes.

V. Por fim, observou-se que o conceito de ilícito penal proposto pela doutrina penal brasileira contemporânea, referida pelo presente trabalho, é obtido através da compreensão onto-antropológica do direito penal e consiste na ofensa a bens jurídico-penais. Nesse momento, mostrou-se que há duas formas gerais de ofensa, razão pela qual o bem jurídico pode ser atingido através de (a) um dano/violação; ou (b) um perigo/violação. A primeira forma constitui a ofensa nos crimes de dano, enquanto que a segunda desdobra-se em: **(b.1)** concreto pôr-em-perigo; e **(b.2)** cuidado-de-perigo, que configuram a ofensa nos crimes de perigo concreto e abstrato respectivamente. Distinções essas que, como visto, apesar de apresentarem-se com contornos um pouco distintos e não muito bem definidos, já podiam ser encontradas nas obras de Costa e Silva e Siqueira. Já no que tange ao bem jurídico, vimos que ele pode ser, atualmente, definido como todo valor que, de acordo com os princípios garantidos pela Constituição, é digno de tutela jurídico-penal.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal.** Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1884.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal:** Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

ARAUJO, João Vieira de. **Código penal:** commentado, theorica e praticamente. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896-1897.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito.** Sergipe: ECE, 1926.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Congresso. Senado. **Reforma do Código penal Brasileiro.** 2012.
Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>.
Acesso em: 15 set. 2014.

COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal:** contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios:** contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio:** perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português:** parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007.

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil:** de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras, seguido de um appendice contendo as leis em vigor e que lhe são referentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919.

FERRÃO, Francisco Antonio Fernandes da Silva. **Theoria do direito penal applicada ao codigo penal portuguez comparado com o codigo do Brazil, leis patrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos, offerecida a S. M. I. O Sr. D. Pedro II. Imperador do Brazil.** Lisboa: Typ Universal. 1856. v.1.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 68, p.11-28, set./out. de 2007.

NERY, Fernando. **Lições de direito criminal**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Guanabara, 1933.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do Imperio do Brazil**: commentado e anotado com os principios de direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia dos tribunaes, avisos do governo, interpretando, alternando ou revogando diversas das suas disposições até o anno de 1884. 2. ed. Rio de Janeiro: A.A. Cruz Coutinho, 1885.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. **O código penal de 1852**: nos 150 anos do primeiro código penal português : 1852-2002. Lisboa: Ministério da Justiça, 2002.
SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O direito penal econômico sob uma perspectiva onto-antropológica**. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federa, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003.

SODRÉ, Muniz. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA. Paulo Domingues. **Direito criminal segundo as prelecções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade Livre de Sciencias Juridicas e Sociais do Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. 1915.