



## APONTAMENTOS SOBRE A PUNIBILIDADE E SUAS CONDICIONANTES POSITIVA E NEGATIVA

Revista dos Tribunais | vol. 776 | p. 440 | Jun / 2000  
DTR\2000\606

**Luiz Régis Prado**

Professor titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.

**Área do Direito:** Penal

**Sumário:**

- 2. Condições objetivas de punibilidade - 3. Escusas absolutórias - 4. Escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade - 5. Conclusão

### 1. PUNIBILIDADE

A noção de punibilidade não apresenta contornos inequívocos, sendo difícil precisar o seu verdadeiro sentido e alcance. Discute-se se esse conceito realmente desempenharia alguma função específica ou tão-somente reuniria uma série de elementos alheios ao injusto e à culpabilidade.

Nessa perspectiva, importa destacar que segundo parte da doutrina a punibilidade é elemento essencial do conceito de delito. Defende-se, nessa trilha, que não basta para a configuração deste uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável.<sup>1</sup> É preciso, demais disso, que seja punível. As condições de punibilidade seriam, portanto, elementos constitutivos do crime, sob o argumento de que "se a capacidade de produzir aquela consequência específica, que é a pena, é característica indefectível do crime, e não havendo punibilidade sem que a condição se verifique, é óbvio que a condição é essencial à existência do crime".<sup>2</sup>

Aparece também a punibilidade (condições objetivas de punibilidade e escusas absolutórias), no sistema proposto por E. Schmidhäuser, como uma nova etapa de valoração (características suplementares do delito). A respeito dessa construção, assinala-se que a dificuldade não está exatamente em se criar uma nova etapa de valoração na teoria do delito, mas em sua incorreção do ponto de vista do conteúdo: "as condições de punibilidade, por exemplo, nada têm a ver com o conceito de delito; se assim fosse, não se poderia fundamentar a medida de segurança, pois o conceito de delito estaria indissolúvelmente ligado ao autor imputável".<sup>3</sup>

Em sentido claramente oposto, sustenta-se que a punibilidade não é elemento essencial ao conceito de delito. Embora tenha essa categoria conteúdo próprio, sua inserção no conceito de delito não seria logicamente correta, pois as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias, além de terem natureza material diversa, são muito escassas na Lei Penal e, portanto, não se pode dizer que constituam elementos indispensáveis à configuração do crime.<sup>4</sup> Aceita-se a punibilidade como referência normativa e abstrata da pena - consequência jurídica do delito - expressando um juízo de relação inevitável para a compreensão da totalidade do conceito de delito, mas não como elemento autônomo de sua estrutura, dada sua insignificante função sistemática e interpretativa.<sup>5</sup>

O delito é ação ou omissão típica, antijurídica ou ilícita e culpável. A punibilidade não integra o conceito analítico de delito. Com a realização de um ilícito penal, o direito de punir do Estado - antes abstrato - torna-se concreto, surgindo assim a punibilidade, como aplicabilidade da pena, ou seja, como a possibilidade jurídica de impor-se a sanção penal.<sup>6</sup> Dessa forma, a punibilidade é mero condicionante ou pressuposto da consequência jurídica do delito (pena/medida de segurança).

Constitui, portanto, a punibilidade um *posterius* em relação ao delito, do qual tem origem. Por vezes, está subordinada ao implemento de uma condição extrínseca ao delito (condição objetiva de punibilidade); outras, o agente está isento de pena em razão de uma condição de natureza pessoal (escusa absolutória); por fim, casos há em que a punibilidade - embora de início configurada - é declarada extinta (causas de extinção da punibilidade). As duas primeiras hipóteses são condições de punibilidade, positivas (condições objetivas de punibilidade) ou negativas (escusas absolutórias).

### 2. Condições objetivas de punibilidade



A existência das denominadas condições objetivas de punibilidade foi pioneiramente assinalada por Karl Binding ( *Die Normen und ihre Uebertretungen*, Handbuch des Strafrechts), que as disciplinou com fundamento em sua teoria das normas. <sup>7</sup>Há nas leis penais momentos objetivos (dem Delikt ganz fremden) - estranhos ao delito - que constituem, em verdade, pressupostos da punibilidade. São condições ulteriores da punição (Die anderweiten Bedingungen der Strafrechte), alheias ao ato delituoso e que, em razão disso, devem ser analisadas em separado. Posteriormente, ao sistematizar as características do delito Ernst von Beling afirmou que as circunstâncias constitutivas de uma condição de punibilidade - objetivas e extrínsecas - não pertencem ao tipo de delito (Delittstypus), distinguindo-se de seus elementos constitutivos por não serem necessariamente abarcadas pelo dolo do agente.

Em que pese a ampla aceitação alcançada pelas condições objetivas de punibilidade, autores há que negam peremptoriamente sua existência, sob fundamentos diversos. Assim, alega-se que tais condições afrontam o princípio de culpabilidade e, demais disso, não passam algumas de autênticos elementos do tipo e outras de pressupostos processuais.

Na Alemanha, assumiram postura negativista acerca da existência de tais condições, entre outros, Paul Bockelmann e Günter Bemann, o primeiro por julgá-las incompatíveis com o princípio de culpabilidade e este por incluí-las entre os elementos do tipo ou entre os pressupostos processuais, conforme o caso. Por outra parte, na Espanha, Quintano Ripollés inclinava-se por não considerar necessárias as condições em apreço, seja porque muitas delas configuram meros pressupostos processuais, seja porque, a seu ver, em todas as figuras delitivas existem condições objetivas. <sup>8</sup>Na Argentina, perfilham uma posição negativista, por exemplo, Eusebio Gómez e Fontán Balestra. Este último entende que as condições objetivas de punibilidade carecem de autonomia dentro da teoria jurídica do delito e sempre guardam alguma relação com os elementos do delito. Em razão da obscuridade de sua natureza, Novoa Monreal nega a presença dessas condições na legislação chilena.

No Brasil, nega a existência das condições objetivas de punibilidade, por exemplo, Francisco de Assis Toledo. Assinala que os casos comumente apresentados como indicativos da existência daquelas condições ora se identificam perfeitamente com as condições de procedibilidade (condições específicas da ação penal), ora são elementos objetivos do tipo. <sup>9</sup>Subscreve, portanto, as conclusões de Armin Kaufmann, para quem as condições objetivas de punibilidade não formam "um grupo perfeitamente delimitado de características, que possam ser reconhecidas por sua estrutura específica"; antes, "trata-se de casos diversificados, que dogmaticamente não podem ser reduzidos a um denominador comum". <sup>10</sup>

O Código Penal (LGL\1940\2) italiano disciplina expressamente as condições objetivas de punibilidade em sua Parte Geral. Assim, dispõe o art. 44 do citado diploma: "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". Trata-se de fórmula excessivamente ampla, fonte de inexauríveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, <sup>11</sup> sobretudo por não esclarecer sua defeituosa redação a natureza daquelas condições.

## 2.1 Definição e natureza jurídica

A exata definição das condições objetivas de punibilidade é questão assaz tormentosa. Embora majoritariamente aceite-se a existência de tais condições, sua natureza jurídica é polêmica ainda não solucionada pelos cientistas do Direito Penal. Evidencia-se, a propósito, que não há tema correspondente à Parte Geral sobre o qual exista disparidade tão acentuada de opiniões, tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial. <sup>12</sup>

Por um lado, parte da doutrina vislumbra as condições objetivas de punibilidade como acontecimentos futuros e incertos, cuja realização é indispensável para a integração jurídica do delito. Admitindo-se a punibilidade como elemento do conceito de delito, argumenta-se estar "fora de dúvida não haver delito enquanto não se verifique a condição; falta, realmente, um elemento que, no caso específico, é *pressuposto* para a existência de um requisito essencial do delito". <sup>13</sup>De conseguinte, o delito não restará consumado enquanto não se verifique a condição, o que significa que a condição não está fora do delito. <sup>14</sup>

De outra parte, defende-se que as condições objetivas de punibilidade integram a noção de tipo



penal em sentido amplo, isto é, aquele engloba não apenas os elementos que fundamentam positivamente o injusto, mas também os que condicionam sua punibilidade. As condições objetivas de punibilidade pertencem, pois, ao tipo penal porque condicionam sua objetiva relevância penal.<sup>15</sup> Destarte, é possível dizer que tais condições se encontram nas proximidades do tipo - são 'anexos' do mesmo -, o que significa que "não lhe pertencem propriamente; ou seja, que não são atributos do tipo penal, ainda que sejam elementos essenciais para a punibilidade, e que, por isso, não são abrangidas pelo dolo do autor".<sup>16</sup>

Em sentido oposto, entende-se que as condições objetivas de punibilidade pressupõem um delito completo em todos os seus elementos constitutivos, funcionando, portanto, como condicionante da aplicação concreta da pena. Noutra dizer: satisfeita a condição objetiva, torna-se o delito passível de punição.

Assim, sustenta-se que tais condições não constituem requisitos do delito - como postulam aqueles para os quais a punibilidade é elemento do crime - mas apenas dizem respeito à possibilidade de imposição da pena ou da medida de segurança, posto que o crime já está perfeito em todos os seus elementos estruturais.<sup>17</sup> Logo, a função dessas condições "não é certamente a de permitir a punibilidade de um delito pelo seu concurso ao aperfeiçoamento do mesmo", mas sim a de - excepcionalmente - "suspender a punibilidade (submetendo-a à ocorrência de um evento ulterior extrínseco) de um delito já perfeito".<sup>18</sup>

De fato, as condições objetivas de punibilidade são alheias à noção de delito - ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável - e, de conseguinte, ao nexa causal.<sup>19</sup>

Ademais, atuam objetivamente, ou seja, não se encontram abarcadas pelo dolo ou pela culpa. São condições exteriores à ação ou à omissão e delas depende a punibilidade do delito, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência).<sup>20</sup>

## 2.2 Classificação

As condições objetivas de punibilidade são classificadas, em relação ao seu diverso fundamento, em próprias e impróprias. As primeiras se fundamentam em critérios de utilidade que não afetam o merecimento da pena, mas apenas a sua necessidade político-criminal, com vistas a restringir a categoria da punibilidade<sup>21</sup> (v.g., sentença declaratória de falência nos delitos falimentares). Já as condições objetivas impróprias são alheias ao injusto, restam à margem da conduta ilícita e, de conseguinte, condicionam apenas a necessidade de pena. Tais condições são, portanto, inteiramente independentes do injusto culpável, não sendo necessário que se encontrem abarcadas pelo dolo ou pela culpa.

As condições objetivas de punibilidade *próprias* são inteiramente compatíveis com o princípio de culpabilidade.<sup>22</sup> Em verdade, "como a existência ou não de condições de punibilidade não altera em nada o conteúdo de 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>23</sup>

As denominadas condições objetivas de punibilidade *impróprias* possuem fundamento político-criminal distinto, o que repercute no desempenho de uma função diametralmente oposta. Buscam retirar alguns elementos, materialmente vinculados ao tipo de injusto, das exigências do dolo e da culpa. Não limitam a punibilidade, mas, ao contrário, permitem fundamentar a imposição da pena, ampliando a punibilidade em detrimento da imputação subjetiva. Em verdade, nada mais são do que elementos ontologicamente pertencentes ao injusto.<sup>24</sup>

## 2.3 Enumeração e efeitos

Cumpra reconhecer, de primeiro, que a esfera das condições de punibilidade é pouco estável. Com efeito, assinala-se com precisão que "o número de condições de punibilidade unanimemente reconhecidas como tais, é muito inferior ao daquelas que têm sua natureza discutida".<sup>25</sup> São exemplos emblemáticos de condições objetivas de punibilidade a sentença declaratória de falência no crime falimentar, o prejuízo superveniente no delito do art. 164 do CP (LGL\1940\2) e o resultado morte ou lesão grave no delito do art. 122 do CP (LGL\1940\2). Neste último, embora consumado o delito com o simples induzimento, instigação ou auxílio, a punibilidade encontra-se condicionada à consumação ou tentativa de suicídio, quando desta resulta lesão corporal de natureza grave.<sup>26</sup>



Diga-se, nesse passo, que os partidários de uma concepção inteiramente subjetiva do injusto sustentam que o desvalor da ação - entendido como desvalor da intenção - é suficiente para a conformação do injusto penal, ficando, em geral, o desvalor do resultado relegado à categoria de condição objetiva de punibilidade.<sup>27</sup>

Para Zielinski, partidário dessa tese, o injusto é formado exclusivamente pelo desvalor da ação, negando-se ao desvalor do resultado qualquer função.<sup>28</sup> Entretanto, segundo uma concepção dualista, tanto o desvalor da ação como o desvalor do resultado, integram o conceito de injusto penal. O desvalor da ação não deve ser entendido como desvalor da intenção (tese dualista - objetiva), mas abrange, também, elementos objetivos (v.g. modo de execução). O desvalor da ação (dolo/culpa) se refere à forma de praticar o delito (elementos objetivos/subjetivos) e o desvalor do resultado alude à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.<sup>29</sup>

A presença ou não das condições de punibilidade é indiferente para a consumação do crime. Consuma-se, pois, o delito independentemente do advento de tais condições.<sup>30</sup> Todavia, não se verificando a condição objetiva de punibilidade, o delito não será punível, nem sequer como tentado. Como decorrência lógica, tampouco a participação poderá ser punida, em razão da não satisfação da condição de punibilidade exigível pelo delito.

O termo inicial da prescrição nos delitos de punibilidade condicionada, porém, não começa a correr a partir do dia em que o crime se consumou (art. 111, I, CP (LGL\1940\2)), mas sim com o implemento da condição objetiva. E isso porque, sendo a prescrição causa extintiva da punibilidade, uma vez não configurada esta não há falar-se em extinção.<sup>31</sup>

Por derradeiro, cumpre não confundir as condições objetivas de punibilidade - pressupostos materiais da pena - e as *condições de procedibilidade*, de natureza processual (v.g. representação do ofendido - arts. 130, § 2.º; 147, parágrafo único; 225, § 2.º, CP (LGL\1940\2); requisição do Ministro da Justiça - art. 7.º, § 3.º, b; queixa nos crimes contra a honra - art. 145, CP (LGL\1940\2)). Essas não influem na punibilidade do crime, mas representam tão-somente obstáculo ao início ou prosseguimento da ação penal.<sup>32</sup> Em síntese, as condições objetivas de punibilidade têm natureza jurídico-material, pertencendo por isso ao Direito Penal, enquanto as condições de procedibilidade apresentam natureza jurídico-formal, de modo que estão alocadas entre as normas de Direito Processual Penal.

### 3. Escusas absolutórias

Existem hipóteses em que o agente é isento de pena por expressa determinação legal. Assim, não obstante a prática do delito - ação ou omissão típica, antijurídica e culpável -, a imposição de sua consequência jurídica (pena/medida de segurança) resta obstada por causas de natureza pessoal, fundadas em razões de conveniência e oportunidade.<sup>33</sup>

A diretriz que perpassa a doutrina dominante realça o caráter pessoal das escusas absolutórias,<sup>34</sup> em contraposição às condições objetivas de punibilidade.

Operam, portanto, *intuito personae*, ou seja, ad personam, e não ad rem. De conseguinte, não podem os partícipes invocá-las, se não atendidos os seus pressupostos. Não obstante, parte da doutrina distingue as escusas absolutórias pessoais e as escusas absolutórias objetivas:<sup>35</sup> aquelas estariam vinculadas à pessoa do autor; estas, ao delito praticado (v.g., a *exceptio veritatis* na calúnia e na difamação).

As escusas absolutórias encontram-se taxativa e expressamente consignadas nos textos legais, mormente na parte especial dos Códigos Penais. No Código Criminal do Império de 1830<sup>36</sup> e no Código Penal (LGL\1940\2) de 1890<sup>37</sup> previa-se a impossibilidade de instauração de ação penal no delito de furto quando praticado em detrimento de parentes próximos. Com o advento do Código Penal (LGL\1940\2) de 1940, porém, houve expressa previsão de isenção de pena em todos os delitos contra o patrimônio quando cometidos em prejuízo das pessoas consignadas no art. 181.<sup>38</sup> Demais disso, incrimina o favorecimento pessoal (art. 348) - outrora elencado como forma de cumplicidade (art. 21, § 2.º, Código Penal (LGL\1940\2) de 1890) - inserindo naquele dispositivo causa pessoal de isenção de pena (art. 348, § 2.º).

#### 3.1 Conceito e denominação



Não há uniformidade quanto à denominação do instituto em apreço. Com efeito, *causas pessoais de exclusão* de pena é a denominação acolhida por grande parte da doutrina alemã.<sup>39</sup> Também podem ser denominadas causas pessoais de isenção de pena,<sup>40</sup> condições objetivas de punibilidade negativamente consideradas,<sup>41</sup> causas de não punibilidade em sentido estrito ou, simplesmente, escusas absolutórias.

O termo escusa absolutória foi empregado pela primeira vez por Luis Silvela, em sua obra *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (1879), responsável por sua introdução no Direito Penal espanhol.<sup>42</sup>

As escusas absolutórias são espécies do gênero 'causas pessoais de isenção de pena', que compreende também as imunidades (parlamentares e diplomáticas).<sup>43</sup> Embora configurado o delito em todos os seus elementos constitutivos, presentes as escusas absolutória, não ocorrerá a imposição da pena abstratamente cominada.

A inviolabilidade - como garantia constitucional indeclinável - diz respeito ao órgão do qual a pessoa faz parte, sendo inerente à atividade pública exercida. A imunidade material ou inviolabilidade constitui causa pessoal de isenção de pena,<sup>44</sup> isto é, "exclui da incidência penal determinadas pessoas, retirando-lhes a qualidade de destinatários da lei criminal". Já a imunidade formal ou processual resguarda o legislativo, "impondo como condição de procedibilidade, prévia licença da Casa Legislativa para o parlamentar ser processado".<sup>45</sup> A natureza jurídica da inviolabilidade diplomática é de causa pessoal de exclusão ou de isenção de pena, porque exclui a aplicação da lei penal do Estado acreditado, e, portanto, a punibilidade.<sup>46</sup>

No ordenamento jurídico-penal pátrio são escusas absolutórias, por exemplo, a imunidade penal absoluta nos delitos contra o patrimônio (cf. arts. 181, I e II; 183, CP (LGL\1940\2)) e a isenção de pena no favorecimento pessoal (art. 348, § 2.º, CP (LGL\1940\2)).<sup>47</sup>

Desse modo, são isentos de pena aqueles que praticam qualquer dos crimes contra o patrimônio - salvo exceção consignada no art. 183, I, CP (LGL\1940\2) - em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, do ascendente ou do descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.<sup>48</sup>

De semelhante, o favorecimento pessoal - a saber, o auxílio à subtração da ação de autoridade pública prestado a autor de crime - praticado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão também isenta de pena seu agente.

### 3.2 Natureza jurídica

É possível dizer que as escusas absolutórias 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>49</sup> Embora presentes os elementos constitutivos do delito (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade) isenta-se o réu de pena por razões de política criminal (utilidade e conveniência) - ou seja, são causas de impunidade *utilitatis causa*.<sup>50</sup>

Configuram, portanto, causas pessoais de exclusão de pena expressamente consignadas no texto legal. Devem estar presentes antes da prática da conduta delituosa - são inerentes ao agente - e não se comunicam aos eventuais co-autores ou partícipes da mesma. Exteriores ao delito, as escusas absolutórias, a exemplo das condições objetivas de punibilidade, perfazem-se de modo objetivo, independentemente de dolo ou culpa. Logo, é irrelevante o erro sobre as mesmas. Assim, por exemplo, o filho que destrói objeto pertencente aos pais (art. 163, *caput*, CP (LGL\1940\2)) é isento de pena, ainda que desconheça tal circunstância. De outro lado, também estará isento de pena o agente que supõe, por erro de proibição inevitável, pertencer o objeto danificado a seus pais (art. 21, CP (LGL\1940\2)).<sup>51</sup>

### 4. Escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade

Tanto as escusas absolutórias como as condições objetivas de punibilidade são institutos integrantes da noção de punibilidade, sendo alheias ao injusto e à culpabilidade.<sup>52</sup> São muito próximas as relações existentes entre as escusas absolutórias e as genuínas condições objetivas de punibilidade, já que ambas figuram como pressupostos materiais da punibilidade, situados fora do injusto culpável.



As escusas absolutórias antecipam-se ao momento consumativo do delito, isto é, excluem a imposição da pena *ab initio*; <sup>54</sup>as condições objetivas de punibilidade, ao contrário, são acontecimentos futuros e incertos.

Enquanto as condições objetivas de punibilidade são estruturadas de forma positiva (ou seja, seu advento fundamenta a punibilidade do delito), as escusas absolutórias são formuladas de modo negativo, são condições negativas de punibilidade do crime (sua presença afasta a punibilidade do crime). Em ambos os casos, porém, o crime encontra-se perfeitamente estruturado, somente a possibilidade de aplicação da pena é sobrestada por considerações político-criminais.

As escusas absolutórias têm natureza pessoal; já as condições objetivas de punibilidade, ao contrário, apresentam caráter objetivo, o que repercute no tocante ao concurso de pessoas. Em se tratando de condição objetiva de punibilidade, a ausência da mesma exclui a punibilidade do delito em relação aos demais co-autores ou partícipes; diversamente, a escusa absolutória - instituída de modo taxativo pela lei - não se comunica aos eventuais partícipes que não apresentem as características personalíssimas exigidas, pois são causas pessoais de isenção de pena. <sup>55</sup>

## 5. Conclusão

A exata compreensão dogmática e político-criminal da categoria da punibilidade (integrada pelas condições objetivas de punibilidade e pelas escusas absolutórias) tem suscitado vivo interesse e acirrada discussão, embora, até o presente momento, ainda não se divise consenso sobre tão tormentosa matéria. Com efeito, "mal se torna possível encontrar, no inteiro pensamento jurídico-penal, capítulo que, até há bem pouco, mais defraudasse pela sua inconcludência". <sup>56</sup>

É necessária a realização de uma revisão da punibilidade, com a precisa elucidação de seu papel dogmático: integraria tal categoria o conceito analítico de delito ou figuraria como mero condicionante ou pressuposto de sua consequência jurídica (pena/medida de segurança)?

Embora unanimemente aceita a existência das condições objetivas de punibilidade e das escusas absolutórias, não há consenso doutrinário acerca de sua natureza jurídica. Admite-se, por um lado, que as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias são elementos indispensáveis para a caracterização do delito (ação ou omissão típica, ilícita, culpável e punível), ora participando da categoria da punibilidade, ora apresentando estreita conexão com os elementos do tipo penal.

De outra parte, entende-se acertadamente que esses institutos são residuais, pressupõem um delito completo em todos os seus elementos constitutivos, funcionando, portanto, apenas como condicionantes da aplicação concreta da pena.

Assim, é de notar que tais condições não constituem requisitos do delito - como postulam aqueles para os quais a punibilidade é elemento do crime - mas dizem respeito à imposição de sua consequência jurídica (sanção penal), visto que o crime encontra-se perfeito em todos os seus elementos estruturais. São causas suspensivas da punibilidade de um delito já caracterizado, restringindo o injusto culpável punível. <sup>57</sup>

Não obstante a prática do delito - ação ou omissão típica, antijurídica e culpável - a imposição de sua consequência jurídica (pena/medida de segurança) resta obstaculizada. <sup>58</sup>

O reconhecimento das condições objetivas de punibilidade e das escusas absolutórias é resultado da identificação pela doutrina e pela jurisprudência de determinadas circunstâncias heterogêneas e acidentais não abarcadas pelo injusto culpável. Todavia, não há proposição de critérios que permitam sua delimitação inequívoca das categorias componentes daquela noção (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Ademais, a distinção comumente apontada entre condições objetivas de punibilidade e escusas absolutórias - as primeiras, comunicáveis aos partícipes, são estruturadas de forma positiva (ou seja, seu advento fundamenta a punibilidade do delito); as últimas, incommunicáveis, são formuladas de modo negativo, ou seja, são condições negativas de punibilidade (sua presença afasta a punibilidade do crime) - não sinaliza uma diferenciação substancial entre ambas.

Nessa trilha, assinale-se que apenas do ponto de vista dogmático é possível unificar as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias - ambas excluem a possibilidade de aplicação da sanção penal. Entretanto, ressalta à evidência a dificuldade em se cunhar um mesmo critério capaz



de conferir-lhes fundamentação unitária.

---

- (1) Inserem a punibilidade como elemento do delito, por exemplo, Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Losada, 1977. v. VII, p. 107 *et seq.*; J. Anton Oneca. *Derecho penal*. Madrid : Akal, 1986. p. 261 *et seq.*; Octavio García Pérez. *La punibilidad en el derecho penal*. Plamplona : Aranzadi, 1997. p. 83 e 380 *et seq.*; E. Gimbernat Ordeig. *Introducción a la parte general del derecho penal español*. Madrid : Universidad Complutense, 1979. p. 36; Francisco Muñoz Conde. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1988. p. 5; G. Sauer. *Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1956, p. 35 *et seq.*; Giulio Battaglini. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1973. v. I, p. 339 *et seq.*; Remo Pannain. *Manuale di diritto penale*. Torino : Utet, 1950. p. 199-201; Fernando. "La punibilidad". *Criminalia*, n. 1, p. 197, 1957; Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. São Paulo : Max Limonad, 1975. v. I, t. I., p. 197.
- (2) MASSARI, E. *Il momento esecutivo del reato*. Napoli : Jovene, 1934. p. 235.
- (3) TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo : Ed. RT, 1980. p. 97.
- (4) Cf. José Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español - Parte general*. Madrid : Tecnos, 1998. v. II, p. 22.
- (5) Cf. Manuel Cobo Del Rosal. "La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español". *Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad Santiago de Compostela, 1983. v. VI, p. 52-53.
- (6) Cf. F. Antolisei. *Manuale di diritto penale - Parte generale*. Milano : Giuffrè, 1994. p. 694.
- (7) Cf. Heleno Cláudio Fragoso. "Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade" - 1.<sup>a</sup> parte. *RT*, São Paulo, 1997. v. 738, p. 744, 1997.
- (8) Com efeito, afirmava que "a teoria dos pressupostos objetivos da punibilidade parece um mero luxo dialético" (A. Quintano Ripollés. "Curso de derecho penal". *Revista de Derecho Privado*. Madrid, t. I, p. 400, 1963).
- (9) ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 156. Perfilhando posicionamento semelhante, ZAFFARONI e PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : Ed. RT, 1997. p. 773.
- (10) KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Buenos Aires : Depalma, 1977. p. 287.
- (11) Cf. Carlo Fiore. *Diritto Penale*. Torino : Utet, 1996. v. I, p. 382; F. Antolisei, op. cit., p. 696 e, mais recentemente, Vito Mormando. "L'evoluzione storico-domatica delle condizioni obiettive di punibilità". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, fasc.2/3, p. 610 *et seq.*
- (12) Cf. Franco Bricola. "Condizioni obiettive di punibilità". *Novissimo Digesto Italiano*, 1967. v. XIV, p. 589.
- (13) BATTAGLINI, G. Op. cit., p. 356. Nesse sentido, entre outros, Ubaldo Giuliani, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*. Padova : Cedam, 1966. p. 40; Pannain, op. cit., p. 274 *et seq.*; Franco Bricola, op. cit., p. 591 *et seq.*; Antonio Pagliaro. *Principi di Diritto Penale*. Milano : Giuffrè, 1993. p. 382; Jiménez de Asúa, op. cit., p. 49.
- (14) Cf. G. Battaglini, op. cit., p. 359.
- (15) Cf. Mir Puig, *Derecho penal*. Barcelona : PPU, 1985. p. 121. Assim, "por exigências de ordem prática, também deveriam ser incluídas no tipo em sentido amplo, como 'anexos' do tipo (...) ou como características do tipo em sentido amplo (...), as chamadas condições objetivas (externas) de punibilidade" (Edmund Mezger. *Derecho Penal - Parte general*. Buenos Aires : DNT, 1989. p. 154).



Na doutrina nacional, perfilha semelhante entendimento Marcelo Fortes Barbosa. "Condições objetivas de punibilidade". *Justitia*, v. 85, p. 139, 1974.

(16) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 48.

(17) Cf. G. Bettiol. *Direito penal*. São Paulo : Ed. RT, 1977. v. I, p. 278-279; F. Antolisei, op. cit., p. 697; G. Maggiore. *Derecho penal*, Bogotá : Temis, 1971. v. I, p. 279; Giuliano Marini. *Lineamenti del sistema penale*. Torino : G. Giappichelli, 1979. p. 347; José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*. Campinas : Bookseller, 1997. v. II, p. 28-9; Aníbal Bruno. *Direito Penal*. v. I, p. 66, entre outros.

(18) BELLINI, Federico. *Le condizioni obiettive di punibilità*. Torino : G. Giappichelli, 1988. p. 94.

(19) Inconvincentes, Heleno Cláudio Fragoso (Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade - 2.<sup>a</sup> parte, *RT*, v. 739, p. 758, 1997) e David Teixeira de Azevedo ("A representação penal e os crimes tributários: reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96", *RT*, v. 739, p. 479, 1997) vislumbram nas condições objetivas de punibilidade elementos constitutivos do crime (condições da ilicitude penal do fato) ou elementos integrantes do tipo penal, respectivamente.

(20) Cf. Lauretta Durigato. "Ancora un interrogativo sulle condizioni obiettive di punibilità". *L'indice penale*, n. 3, p. 734, 1989.

(21) Cf. Carlos Martínez Pérez. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, p. 57. Em que pese a notória dificuldade em se estabelecer uma classificação dessas condições, Jescheck também distingue as *condições de punibilidade próprias* (causas de restrição da pena, compatíveis com o princípio de culpabilidade) e as *impróprias* (causas ocultas de agravação da pena e elementos típicos que fundamentam a pena). Estas últimas encerram restrições ao princípio de culpabilidade, por razões político-criminais (H-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1981. v. II, p. 764 *et seq.*). Nesse sentido também Mir Puig, op. cit., p. 122-23.

(22) Cf. Vincenzo Nico D'ascola. Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, p. 664 *et seq.*, 1993.

(23) WELZEL, *Derecho penal alemán - Parte general*. Santiago : Jurídica de Chile, 1970. p. 88.

(24) Cf. C. Martínez Pérez, op. cit., p. 57 e 108.

(25) MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Ariel, 1962. v. I, p. 297. Wessels diferencia as *causas pessoais de exclusão de pena* ( *Persönliche Strafausschließungsgründe*) das *causas pessoais de extinção de pena* ( *Persönliche Strafaufhebungsgründe*). Aquelas, de acordo com o citado autor, são "circunstâncias legalmente reguladas, que de antemão conduzem à impunibilidade e que devem ter-se constituído no momento em que o fato é cometido" (relação de parentesco e outras); estas são "circunstâncias que só ocorrem depois do cometimento do fato e que impedem novamente, de modo retroativo, a punibilidade já fundamentada" (desistência voluntária e arrependimento eficaz) (Johannes Wessels. *Direito Penal*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1976. p. 109-110).

(26) Equivocadamente, sustenta-se que o resultado morte e lesões corporais graves no art. 122 - assim como o prejuízo no delito do art. 164, ambos do CP (LGL\1940\2) - "constituem elementares do tipo e não condições objetivas de punibilidade", de modo que "se não ocorrer morte ou lesão corporal de natureza grave o evento será atípico. Isso demonstra que aqueles resultados fazem parte do fato" (Damásio E. de Jesus. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1992. v. II, p. 82 e 348). Manifestam-se favoravelmente a esse entendimento, Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. São Paulo : Atlas, 1995. v. II, p. 85-86 e 271; Paulo José da Costa Jr. *Curso de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1992. v. II, p. 19 e 103.

(27) Defendem que o resultado nos delitos culposos como mera condição objetiva de punibilidade, por exemplo, Ottorino Vannini. *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*. Milano : Giuffrè, 1954. p. 461 *et seq.*; Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino : Utet, 1981. v. I, p. 711; Néelson Hungria. *Comentários ao Código Penal* (LGL\1940\2). Rio de Janeiro : Forense,



1981. v. I, p. 367.

(28) Cf. Diethart Zielinski. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Buenos Aires : Hammurabi, 1990. p. 367-368.

(29) A respeito, vide Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro - Parte geral*. São Paulo : Ed. RT, 1999. p. 184-185.

(30) De fato, segundo bem se observa "nada tem que ver com a consumação do crime a consecução do objetivo visado pelo agente"; da mesma forma, "também o preenchimento das condições objetivas de punibilidade carece de qualquer influência sobre a existência da consumação" (A. J. da Costa e Silva. *Comentários ao Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro*. São Paulo : Contasa, 1967. v. I, p. 61). Nesse sentido, também, Néelson Hungria. *Comentários ao Código Penal (LGL\1940\2)*. v. IX, p. 235-236; Luiz Vicente Cernicchiaro. *Dicionário de Direito Penal*. São Paulo : Bushatsky, 1974. p. 92 *et seq.*; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito penal - Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1982. p. 803-804.

(31) Cf. João Mestieri. *Teoria elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro : Edição do Autor, 1990. p. 385.

(32) Confira Günter Stratenwerth. *Derecho penal - Parte general*. Madrid : Edersa, 1982. v. I, p. 73; G. Maggiore, *op. cit.*, p. 282; Marco Boscarelli. *Compendio di diritto penale*. Milano : Giuffrè, 1982. p. 224-25; A. Pagliaro, *op. cit.*, p. 384; F. Bellini, *op. cit.*, p. 40-3; R. Maurach, *op. cit.*, p. 296; C. Martínez Pérez, *op. cit.*, p. 96; Galdino Siqueira. *Tratado de direito penal - Parte geral*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1950. p. 535. Não obstante, confundem as noções de condição objetiva de punibilidade e condição de procedibilidade da ação penal, por exemplo, Hungria, *op. cit.*, p. 204; Hélio Tornaghi. *Comentários ao Código de Processo Penal (LGL\1941\8)*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. v. I, t. II, p. 46 e 95; E. Magalhães Noronha. *Direito penal - Parte geral*. São Paulo : Saraiva, 1985. p. 103-104; Zaffaroni e Pierangeli, *op. cit.*, p. 746 *et seq.*

(33) Cf. Juan Felipe Higuera Guimera. *Las excusas absolutorias*. Madrid : Marcial Pons, 1993. p. 74-75.

(34) Nesse sentido, C. Martínez Pérez, *op. cit.*, p. 93; Cobo Del Rosal, *op. cit.*, p. 46; J. Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal - Parte general*. Barcelona : Ariel, 1984. p. 289; Hungria, *op. cit.*, p. 27; Celso Delmanto. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992. p. 331; Paulo José da Costa Jr., *op. cit.*, p. 196; Francisco de Assis Toledo, *op. cit.*, p. 158.

(35) Cf. R. Maurach, *op. cit.*, p. 91 *et seq.*; H-H. Jescheck, *op. cit.*, p. 757; Juan Felipe Higuera Guimera, *op. cit.*, p. 199-200, entre outros. Na doutrina nacional, Armida Bergamini Miotto afirma que o gênero 'escusa absolutória' comporta excusas absolutórias subjetivas e objetivas. As primeiras ocorrem quando, "tipificado um fato como crime, reúne, em concreto, os três elementos constitutivos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), excluindo-se, somente, a aplicação da pena, em razão de considerações atinentes aos sujeitos (ativo e passivo) do mesmo crime" ( *v.g.* arts. 176, par. ún.; 181, I e II e 312, § 3.º). As segundas - excusas absolutórias objetivas - verificam-se "quando é acrescida ao tipo a previsão de uma circunstância especial (extraordinária) que exclui a criminalidade 'daquele' tipo de crime (...) objetivamente, independentemente de alusão aos sujeitos". O que se exclui, nesses casos, é a tipicidade, ou seja, "a exclusão da punibilidade - e, daí, a de aplicação de pena - só por via de consequência é que se verifica" ( *v.g.* art. 142, CP (LGL\1940\2)) ("Excusas absolutórias". *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 1977. v. 33, p. 183).

(36) "Art. 262. Não se dará ação de furto entre marido e mulher, ascendentes e descendentes, e afins nos mesmos graus, nem por ella poderão ser demandados os viuvos ou viúvas, quanto ás cousas que pertencêrão ao conjuge morto, tendo sómente lugar em todos estes casos a acção civil para a satisfação".

(37) "Art. 335. A acção criminal de furto não terá lugar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes, e affins nos mesmos graus".

(38) A Exposição de Motivos do Código Penal (LGL\1940\2) assim se pronuncia a esse respeito: "Os



dispositivos do projeto em relação à circunstância de *parentesco* entre os sujeitos ativo e passivo, nos crimes patrimoniais, são mais amplos do que os do direito atual, ficando, porém, explícito que o efeito de tal circunstância não aproveita aos co-participes do *parente*, assim como não se estende aos casos de *roubo*, *extorsão* e, em geral, aos crimes patrimoniais praticados mediante violência contra pessoa" (item 64, 2.<sup>a</sup> parte).

(39) Cf. entre outros, Hans Welzel, op. cit., p. 88; E. Mezger, op. cit., p. 160; R. Maurach, op. cit., p. 90-91; H-H. Jescheck, op. cit., p. 756 *et seq.*

(40) Franz Von Liszt. *Tratado de derecho penal*. Madrid : Reus, s/d. t. II, p. 456.

(41) S. Soler. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires : TEA, 1992. t. II, p. 198-199; G. Marini, op. cit., p. 351.

(42) Cf. Juan Felipe Higuera Guimera, op. cit., p. 30 *et seq.*

(43) Vide J. M. Rodríguez Devesa. *Derecho penal español - Parte general*. Madrid : Dykinson, 1989. p. 655.

(44) Nesse sentido, entre outros, Jescheck, op. cit., p. 249; F. Antolisei, op. cit., p. 135-136; Mantovani, op. cit., p. 823-824; S. Mir Puig. *Adiciones al tratado de derecho penal de H. H. Jescheck*, p. 761; Cobo Del Rosal & Vives Antón. *Derecho Penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 213; Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. *Derecho Penal - Parte general*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996. p. 185 *et seq.*; H. Fragozo, op. cit., p. 130; Antonio José Fabrício Leiria, op. cit., p. 122.

(45) Vicente Cernicchiaro e Paulo José Costa Jr. *Direito penal na Constituição*. São Paulo : Ed. RT, 1990. p. 183.

(46) Vide, por exemplo, Giuseppe Bettiol, op. cit., p. 219; H. C. Fragozo, op. cit., p. 131; Jescheck, op. cit., p. 248; Maurach, R., op. cit., p. 219-220; G. Fiandaca e E. Musco. *Diritto Penale*. Bologna : Zanichelli, 1994. p. 119; F. Antolisei, op. cit., p. 135-136.

(47) Salienta-se que nessas causas de isenção de pena "existe um latente conflito de valores humanos, cuja solução o estado antecipa, em favor daqueles cuja vivência mais favorece a harmonia entre as pessoas, a tranqüilidade social, a coesão da família e os sentimentos que a alimentam" (Armida Bergamini Miotto. "Isenção de pena". *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 1977. v. 46, p. 254).

(48) Em objeção à tese de que o favorecimento entre parentes configuraria causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, afirma-se que para a aplicação do preceito é suficiente a prova do parentesco ou do matrimônio, sem que se deva analisar se o sujeito pôde ou não adequar sua conduta à norma; ademais, as escusas possuem natureza objetiva, enquanto as causas de inculpabilidade exigem que o agente, nas circunstâncias específicas em que se encontrava, não pudesse atuar diversamente (vide Miguel Bajo Fernandez. *El parentesco en derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1972. p. 210 *et seq.*; G. Rodríguez Mourullo. *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. Barcelona : Ariel, 1972. p. 944-945; L. Rodríguez Ramos. *Compendio de derecho penal - Parte general*. Madrid : Trivium, 1986, entre outros).

(49) Cf. Hans Welzel, op. cit., p. 88; Enrique Bacigalupo. *La punibilidad*. Madrid : Civitas, 1983. p. 40; C. Martínez Pérez, op. cit., p. 92; S. Soler, op. cit., p. 198 *et seq.*; H. C. Fragozo, op. cit., p. 761. Considera-se que as escusas absolutórias são condições resolutorias, "posto que delas depende a cessação da punibilidade" (Juan Felipe Higuera Guimera, op. cit., p. 39).

(50) VIDAL, Georges e MAGNOL, Joseph. *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*. Paris : Rousseau, 1928. p. 190.

(51) Cf. Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 158.

(52) Cf. C. Martínez Pérez, op. cit., p. 91.

(53) Cf. H-H. Jescheck, op. cit., p. 452



(54) Jimenez de Asúa faz distinção entre escusas absolutórias anteriores e posteriores. As primeiras são as escusas absolutórias *stricto sensu*, compreendem as isenções de pena nos delitos contra a propriedade quando praticados por parentes próximos e o aborto tentado praticado pela própria mulher; escusas absolutórias posteriores são aquelas oriundas do arrependimento ativo e da reparação (op. cit., p. 197).

(55) Cf. Borja Mapelli Caffarena. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid : Ministerio de Justicia, 1990. p. 102; Mir Puig, op. cit., p. 122; H-H. Jescheck, op. cit., p. 765. Segundo alguns autores, porém, "também existem indícios que apontam para a existência de diferenças materiais entre as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias. Mesmo quando ambas se localizam além do injusto culpável e apresentam os mesmos problemas na hora de distingui-las dos pressupostos processuais, as condições objetivas de punibilidade parecem mostrar uma certa similitude com os elementos do tipo de injusto como atestam as dificuldades para delimitá-los, as dúvidas sobre sua compatibilidade com o princípio de culpabilidade e as tentativas realizadas para integrá-las no tipo de injusto. De outro lado, as escusas absolutórias guardam certa simetria com as causas de exculpação e em menor medida com as causas de justificação e de exclusão do tipo de injusto" (Octavio García Pérez, op. cit., p. 37).

(56) Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo : Ed. RT, 1999. p. 244.

(57) Cf. O. García Pérez, op. cit., p. 34 *et seq.*

(58) Cf. Luiz Regis Prado, op. cit., p. 483.