

PRESSUPOSTOS DO CRIME E CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE (*)

Heleno Cláudio Fragoso

Docente da Faculdade Nacional de Direito

I. No estudo da estrutura do fato punível, ressalta o exame dos chamados *pressupostos do crime*, bem como das condições objetivas de punibilidade, matéria extremamente complexa e difícil, em relação à qual os autores estão longe de ter chegado a qualquer conclusão definitiva. São, uns e outras, elementos exteriores ao fato, constituindo antecedentes necessários à realização da figura típica, e circunstâncias estabelecidas pela lei, em relação a certos crimes, como condição de punibilidade. Estudaremos separadamente uma e outra de tais categorias, para determinação de seu conceito e disciplina jurídica.

II. A afirmação da existência de pressupostos do delito surgiu na Ciência do Direito Penal, com a obra de MANZINI. Este grande mestre sustentava que o crime, bem como o fato que o constitui, podem pressupor alguns elementos, positivos ou negativos, ou circunstâncias, que constituem antecedentes necessários de sua noção. Distingua, assim, tais elementos ou antecedentes, em *pressupostos do crime e pressupostos do fato*. Os primeiros seriam elementos *jurídicos* anteriores à execução do fato, positivos ou negativos, a cuja subsistência ou insubsistência é condicionada a configuração de determinado crime. Pressupostos do crime seriam, assim, antecedentes lógico-jurídicos, exigidos para que o fato seja imputável pelo título que se considera. A ausência de tais pressupostos determinaria a configuração de outra espécie de crime. Assim, por exemplo, a ausência de participação no crime antecedente é pressuposto da receptação e do favorecimento, pois a participação levaria o agente a responder como co-autor no crime precedente. *Pressupostos do fato* seriam elementos jurídicos ou materiais anteriores à execução do fato, cuja subsistência é necessária para que o fato previsto pela norma constitua crime. Se faltam tais pressupostos, o fato deixa de ser punível, motivo pelo qual representam eles condições de sua ilegitimidade.

Os pressupostos do fato seriam distintos dos elementos do crime e das condições de punibilidade, porque seriam necessariamente antecedentes, ao passo que estes seriam concomitantes ou sucessivos. Pressupostos *jurídicos* do fato são, por exemplo,

as normas que integram o preceito, nas leis penais em branco. Pressupostos *materiais* do fato são as condições reais, preexistentes, nas quais deve iniciar-se ou cumprir-se a execução do fato. A existência de anterior casamento válido, seria pressupostos material do fato, no crime de bigamia. Nos crimes que exigem determinada qualidade pessoal do agente (exemplo, funcionário público), esta é pressuposto do crime, quando sua ausência altera o título do crime (peculato passa a apropriação indébita), mas será pressuposto do fat, quando sua ausência descrimina a ação (qualidade de médico no crime previsto no art. 269 de nosso Código Penal).¹

III. Outros autores, porém, afastando-se da construção tortuosa de MANZINI, afirmam que o crime tem sempre um pressuposto geral, que é, precisamente, a norma penal.² Este entendimento tem por base a idéia de que a norma penal é antecedente necessário para que o crime possa existir, cessando este quando ela é ab-rogada. MASSARI, por exemplo, sustentava que a existência de um preceito penalmente sancionado e de uma sanção penal constitui *pressuposto geral* do crime, pois sem tais elementos nenhum fato delituoso poderia subsistir. Afirmava ainda que seriam *pressupsotos especiais* os elementos sem os quais não poderia subsistir determinada figura de delito. Assim, o precedente matrimônio seria pressuposto da bigamia.

IV. Certa parte da doutrina sustenta, ainda, que constituem pressupostos do crime, igualmente, o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto da ação ou o bem jurídico tutelado pela norma,³ estendendo alguns esta categoria também ao instrumento empregado na prática do delito.⁴ Afirma-se que tais elementos são antecedentes lógicos e cronológicos do crime, e, assim, constituem seus pressupostos. Há, ainda, os que entendem ser pressuposto do crime a capacidade jurídico-penal do agente ou sua imputabilidade.⁵

¹ MANZINI, *Tratamento di Diritto Penale Italiano*, vol. I, 1950, págs. 558 e segs.

² MASSARI, *Le dotrine generali del reato*, 1928, pág. 65; RICCIO, *I presupposti del reato*, in *Revista Italiana di Diritto Penale*, 1934, pág. 740; BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, 1942, pág. 179; ROCCO, *Lezione di Diritto Penale*, 1932, pág. 173; PETROCELLI, *Principi di Diritto Penale*, 1943, pág. 271 (sustenta que a norma penal é pressuposto *normativo*).

³ PERGOLA, *Il reato*, 1930, pág. 192; MARSICH. *Gli elementi costitutivi e i presupposti del reato*, in *Rivista Penale*, 1927; RICIO, loc. Cit., pág. 740; PETROCELLI, loc. cit.; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*. 1930, pág. 137, depois de criticar agudamente a concepção de pressupostos do crime, afirma (pág. 213) que o agente e o objeto jurídico são pressupostos.

⁴ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, pág. 72, nota: ALTAVILLA, *Presupposti del reato e condizioni di punibilità e di procedibilità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, pág. 341. Assim também o nosso OSCAR STEVENSON, *Direito Penal Comum* (Apostilas), 1945, pág. 1.

⁵ ROCCO, *Lezioni*, pág. 173; LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937; PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, 1950, página 193; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 1949, pág. 165.

V. Esta discrepância de opiniões tem ensejado críticas de inegável procedência, algumas, inclusive, radicais, negando a existência de pressupostos do crime ou a utilidade prática deste conceito.⁶

As dúvidas a que o conceito dá lugar explicam-se em boa parte pela latitude da expressão *pressupostos*. Se a esta se dá um sentido amplo, e não técnico, é possível descobrir pressupostos do crime em vários antecedentes indispensáveis à sua existência, inclusive no próprio fato de estar vivo o agente. Por isso, SABATINI, que dá grande importância ao conceito em exame, restringe-o àqueles antecedentes necessários, que são e devem permanecer estranhos ao fato e aos elementos que o integram.⁷ Com isso, porém, a bem pouco se reduz a categoria dos pressupostos.

É incabível a distinção de MANZINI entre pressupostos do crime e pressupostos do fato, pois em qualquer caso trata-se de antecedentes necessários à existência do crime, pertencendo, assim, ao mesmo tempo, ao fato e ao direito.⁸ A norma penal, de forma alguma pode ser considerada um pressuposto do crime. Como vários autores observaram, a partir de FLORIAN, a norma não é pressuposto do crime, precisamente porque o cria, não sendo possível separá-la conceitualmente do fato punível. Tanto a norma como seus elementos integrativos referem-se à própria existência do preceito penal.⁹ Por outro lado, se se considera o crime como fato humano, é claro que não existe relação entre este e a norma, e por isso esta não pode ser um *antecedente*.

O sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto jurídico do crime, igualmente, não podem ser *pressupostos*, inclusive porque não precedem ao crime, mas lhe são concomitantes. O agente é o autor do crime: este provém dele. O sujeito passivo é o titular do bem jurídico atingido pelo fato punível: somente com a ação delituosa se torna sujeito passivo, pois somente no momento do fato surge a lesão ou periclitación

⁶ FLORIAN, *Parte Generale del Diritto Penale*, vol. I, 1934, pág. 400: “*Tutto ciò ci sembra vuota logomachia*”. PETROCELLI também afirma: “*Anche a noi la utilità della nozione sembra assai discutibile*”. MAGGIORE, *Diritto Penale*, vol. I, 1949, página 208: “*frettolosa trasposizione di un dogma privatistico nel campo del diritto penale*”; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, 1955, pág. 149; GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, 1950, pág. 18; BETTIOL, *Diritto Penale*, 1958, pág. 166; SANTORO, *Le circostanze del reato*, 1952, pág. 89.

⁷ SABATINI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1946, vol. I, pág. 245; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 164; PANNAIN, *Manuale*, pág. 192: “*Se una categoria di presupposti del reato deve ammettersi, essa non può essere costituita che da entità esistente al di fuori del reato, preesistente allo stesso, nel senso di condizioni preventive essenziali per la esistenza del reato*”.

⁸ DELITALA, *Il fatto*, pág. 183; SABATINI, loc. cit.; BETTIOL, *Diritto Penale*, página 167.

⁹ Cf. FLORIAN, *Parte Generale*, pág. 400; SABATINI, *Istituzioni*, vol. I, pág. 245; CARNELUTTI, *Teoria*, pág. 72, nota; DE MARSICO, *Diritto Penale*, 1935, pág. 319; PANNAIN, *Manuale*, pág. 193; BETTIOL, *Diritto Penale*, pág. 166; GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, pág. 18; ALTAVILLA, *Presupposti del reato*, pág. 340.

do bem ou interesse que é objeto da tutela jurídica. Nem o sujeito ativo, nem o sujeito passivo existem, como tais, *antes* do crime.

O objeto material da ação integra o fato. O bem jurídico tutelado, evidentemente, não é pressuposto, mas *objeto* do crime.¹⁰ O sujeito passivo é o titular do bem jurídico atingido pelo fato punível: somente com a ação delituosa se torna sujeito passivo, pois somente no momento do fato surge a lesão ou periclitación do bem ou interesse que é objeto da tutela jurídica. Nem o sujeito ativo, nem o sujeito passivo existem, como tais, *antes* do crime.

O objeto material da ação integra o fato. O bem jurídico tutelado, evidentemente, não é pressuposto, mas *objeto* do crime.¹¹ A capacidade penal inclui-se na conceituação do sujeito ativo, pois, como diz De Marsico, quem diz sujeito, diz sujeito penalmente capaz.¹² Por outro lado, o instrumento ou meio empregado pelo agente, também não é pressuposto do crime, mas tão-somente, como observava MASSARI, a própria ação delituosa, contemplada no seu aspecto funcional de realização de um evento.¹³ Inteiramente inútil seria afirmar serem pressupostos do crime o sujeito ativo, o sujeito passivo, o bem jurídico ou a capacidade penal do réu. Trata-se de categorias perfeitamente definidas na doutrina, a cuja sistematização é inteiramente alheia a pretensa condição de pressupostos.

VI. É, sem dúvida, restrita a importância dos pressupostos do crime, mas nada impede que sejam identificados nos elementos, condições ou circunstâncias, materiais ou jurídicos, antecedentes da conduta delituosa, de cuja preexistência depende a configuração do delito. Para dar ao conceito um sentido técnico, podem os pressupostos serem restringidos aos antecedentes necessários, *exteriores ao fato*, isto é, sem qualquer referência com a culpabilidade ou a causalidade da ação. Distinguem-se, assim, os pressupostos, de outros elementos antecedentes, que entram na conduta, abrangidos pelo dolo. Pressupostos do crime são, por exemplo, o recebimento de boa-fé da moeda falsa, ou dos papéis falsificados ou alterados, nas hipóteses dos arts. 289, § 3º, e 293, § 4º, do Código Penal; o fato de não ser o agente pessoa desonrada, no crime do art. 134 do Código Penal; a declaração de falência em alguns crimes falimentares,

¹⁰ DE MARSICO, *Diritto Penale*, pág. 320: “È assurdo definire il soggetto attivo presupposto del reato, mentre esso è presente com la sua azione e la sua volontà nei singoli momenti del reato fino all’evento”. Cf., ainda CLORIAN, PANNAIN, BETTIOL. ob. e loc. citis.

¹¹ Cf. sobre a matéria, extensamente. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Objeto do Crime*, *Revista Forense*, vol. 189.

¹² DE MARSICO, *Diritto Penale*, pág. 320; MANZINI, *Trattato*, vol. I, pág. 561. Cf., ainda, ANTOLISEL, *Manuale*, pág. 149, afirmando que a imputabilidade não é mais do que condição para aplicação da pena.

¹³ MASSARI, *Il momento esecutivo*, pág. 197. No mesmo sentido, DELITALA, *Il fatto*, pág. 220.

como a ocultação ou desvio de bens da massa, a apresentação de declarações falsas ou o falso reconhecimento de créditos (art. 189 da lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945).

Num sentido vulgar e mais amplo, pode afirmar-se que em muitos crimes há pressupostos do fato, enquanto o próprio fato que constitui o delito exige um antecedente necessário. Assim, por exemplo, a virgindade da vítima, no crime de sedução; a gravidez, nos crimes de aborço; o matrimônio anterior, na bigamia e adultério; a honestidade da vítima, no rapto, etc. Em todos estes casos, porém, a culpabilidade deve referir-se também ao pressuposto do fato, e, assim sendo, éle integra, evidentemente, a conduta delituosa, não constituindo pressuposto do crime.

A única importância que os pressupostos do crime podem apresentar está precisamente no caráter de independência da culpabilidade. A conduta típica realiza-se de conformidade com a descrição abstrata contida na norma penal, mas somente constituirá determinado crime se ocorrer o pressuposto acaso exigido.

VII. As condições objetivas de punibilidade constituem, igualmente, elementos exteriores ao fato. A existência de tais condições foi, pela primeira vez, assinalada por BINDING, que as disciplinou com fundamento em sua teoria das normas. Partiu BINDING da distinção entre *Deliktstatbestand* (tipo de delito) e *Verbrechenstatbestand* (tipo de crime), dando ao primeiro noção peculiar. A culpabilidade seria característica geral do tipo de delito. Existem, porém, nas leis penais, momentos objetivos, totalmente estranhos ao delito (*dem Delikt ganz fremden*), que constituem pressupostos da punibilidade, como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta.¹⁴ Como observa MEZGER,¹⁵ sem aquela orientação básica, a disciplina jurídica das condições de punibilidade tornou-se totalmente insegura. É este, hoje, um dos conceitos mais debatidos da doutrina do Direito Penal, divergindo os autores não só na definição das condições objetivas de punibilidade, como também, especialmente, em sua aplicação prática. Daí dizer MAX ERNST MAYER que as condições objetivas de punibilidade são apenas um nome, sem caráter

¹⁴ BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretungen*, vol. I, 1916, págs. 232 e seguintes, e *Handbuch des Strafrechts*, 1885 págs. 588 e segs. Cf. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentehorie*, 1954, pág. 212. BEMMANN, *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, 1957, pág. 3, afirma que foi FRANCKE o primeiro a referir-se às características que mais tarde foram chamadas “Condições objetivas de punibilidade”. É inegável, porém, que somente com a obra de BINDING a existência de tais condições penetrou na doutrina do Direito Penal.

¹⁵ MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 1957, vol. I, pág. 45.

especial,¹⁶ chegando ANTOLISEI a afirmar, com evidente exagero, que há aqui confusão babilônica, não se encontrando dois autores que estejam de acordo.

Afirma-se que, em certas figuras de delito, o legislador subordina a punibilidade do fato à superveniência ou à ocorrência de determinada condição exterior à conduta delituosa. Em alguns casos, a condição de punibilidade seria totalmente alheia à culpabilidade e à causalidade material, como na hipótese do art. 5º, § 2º, letra *a*, do Código Penal (entrada do agente no território nacional, como condição para punibilidade do crime praticado, em certos casos, no estrangeiro; declaração de falência, na maior parte dos crimes falimentares, etc.). Em outros casos, a condição seria apenas alheia à culpabilidade (evento morte ou lesões graves, na hipótese do art. 122 do Código Penal).

VIII. Os problemas que o argumento oferece são muitos e difíceis. Em primeiro lugar, é de mister indagar se tais circunstâncias objetivas são condições do crime ou da pena. Em seguida, é necessário examinar se integram ou não a figura típica; se devem ser estranhas à causalidade material; se são idênticas ou se se distinguem dos pressupostos processuais (queixa e requisição); e, finalmente, qual a disciplina jurídica da tentativa, da consumação e do início da prescrição nos crimes em que há condição objetiva de punibilidade.

IX. O vigente Código Penal italiano, no art. 44, não sem defeitos, estabelece, a propósito:

“Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto”.

Limita-se, assim, a lei italiana, a afirmar que nos casos em que a punibilidade do crime (e não do fato), depende de uma condição, esta não precisa ser abrangida pelo dolo. Silencia a propósito da causalidade. Perante o direito italiano, que admite a responsabilidade objetiva, há ainda o problema de saber se o evento posto objetivamente a cargo do agente se identifica ou não com as condições de punibilidade.

¹⁶ MAX ERNST MAYER, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts, ein Lehrbuch*, 1915, pág. 101 : « nur einen Name und keine Art haben ». Para MAYER, o aspecto essencial das condições objetivas de punibilidade era o seu lado negativo: o fato de não pertencerem ao tipo legal (*ihre Nichtzugehörigkeit zum Tatbestand*).

A aplicação do citado dispositivo do Código peninsular tem dado lugar a toda sorte de dúvidas, inclusive na questão básica de saber se as condições objetivas de punibilidade constituem *elementos* do crime, sem as quais ele não subsiste, ou se apenas condicionam a aplicação da pena.

Diversamente do que ocorre em relação aos pressupostos do crime, não é possível negar a grande importância que apresentam as condições objetivas de punibilidade. Poucos são os autores que ainda se recusam a conceder-lhes direito de cidadania na teoria do delito.¹⁷

X. Entre os autores alemães é dominante o entendimento de que as condições de punibilidade são exteriores à realização do fato punível, condicionando apenas a punibilidade. HELLMUTH VON WEBER, por exemplo, ensina que tais condições deixam imperturbável o caráter criminoso do fato, fundamentando apenas sua punibilidade.¹⁸ Afirma-se, em consequência, que a realização da condição é irrelevante para saber-se qual o tempo e o lugar do delito, bem como seu momento consumativo.¹⁹

A doutrina, na Itália, acha-se praticamente dividida. Muitos tratadistas afirmam, fundados, aliás, no Direito positivo de seu país, que se trata de condições de punibilidade do *crime*, que preexiste, assim, à condição. Esta apenas torna aplicável a

¹⁷ FLORIAN, *Parte Generale*, pág. 401, nota, entende que as condições objetivas de punibilidade são elementos constitutivos do crime, entrando em seu conteúdo. Termina por afirmar: “*Ci pare di non potere dottrinalmente accogliere tale categoria al quanto imprecisa e che complica inutilmente cose semplici*”. Esta tendência também é seguida por BASIELLO, *Se sai ammissibile la nozione di condizioni di punibilità, La Corte d’Assise*, 1937, págs. 95 e segs. Em obra recente, BEMMANN, *Zur Frage der objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, 1957, nega que existam condições objetivas de punibilidade no Direito Penal alemão, considerando a nova redação do §56 do Código Penal germânico (v. nota 70, *infra*). Esta parece ser também a opinião de ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges*, cit., pág. 214.

¹⁸ HELLMUTH VON WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1949, pág. 26: “*Diese Gruenden lassen den Verbrechenscharakter der Tat unberueht; ihr Vorliegen begruendet die Strafbarkeit oder schliesst sie*” (“Estes fundamentos deixam o caráter do fato inalterado; sua existência fundamenta a punibilidade ou a exclui”).

¹⁹ MEZGER, *Leipziger Kommentar*, pág. 46: “O fato punível é praticado com a ação que corresponde ao tipo, e, portanto, somente esta é decisiva para determinar o lugar e tempo do crime, bem como para a consumação”. MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1922, pág. 184; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1932, pág. 295: “A consumação é independente da superveniência da condição. Para o tempo e lugar da prática do crime, o tempo e o lugar da superveniência da condição é indiferente”. De acordo: SCHOENKE-SCHROEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1954, pág. 221; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 1950, pág. 11; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, pág. 67; ERICH LAND, *System der acusseren Strafbarkeitsbedingungen, in Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 229, pág. 28 (1927): “*Diese ist aber abgeschlossenen und vollendet, ohne dass der bedingte Umstand bereits vorliegt, da dieser selbstaendig und nicht ein Teil der Handlung ist*” (“Se a condição é independente e não faz parte da ação, não pode influir sobre a consumação do fato”).

pena ao crime ontologicamente perfeito.²⁰ A favor desta corrente está a *Exposição de Motivos ministerial*, que dispõe:

“L’analisi del delitto rivela la innegabile esistenza di alcuni reati, nei quali la punibilità dipende dal verificarsi um avvenimento, che sta fuori del processo esecutivo del reato e si differenzia nettamente dall’evento criminoso”.²¹

Fala-se, assim, na existência de um crime condicional²² ou que o fato, antes de verificar-se a condição, configura uma *situação jurídica*.²³

Outros, porém, entendem que não há crime sem punibilidade, sendo esta elemento essencial de todo delito. Assim sendo, não se trata de condição da pena ou da punibilidade, mas do próprio crime. As condições de punibilidade surgem, assim, como elementos constitutivos do delito, embora distintos do fato. A argumentação que os partidários deste entendimento desenvolvem parece impressionante: 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. Não se poderia falar em punibilidade *do fato*, porque não o fato, mas o crime, é caracterizado pela punibilidade.²⁴ O momento consumativo seria, pois, o da superveniência da condição de que depende a existência do fato punível.²⁵

²⁰ FRANCESCO ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, 1938, pág. 56, assinalando que o princípio *ubi crimen, ibi poena* sobre exceções, nas quais deve afirmar-se: *ubi crimen et conditio, ibi poena*. Cf. ainda, no mesmo sentido, GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, pág. 16; BETTIOL, *Diritto Penale*, pág. 172; ANTOLISEI, *Manuale*, página 518; MAGGIORE, *Diritto Penale*, pág. 211; SANTORO, *Diritto Penale*, 1949, pág. 116; SABETINI, *Istituzioni*, vol. I, pág. 257; NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, 1949, pág. 204.

²¹ *Relazione al progetto definitivo*, vol. I, pág. 89.

²² SABATINI, *Il reato condizionale*, 1932, pág. 15; *idem*, *Istituzioni*, vol. I, página 257. MEZGER, *Leipziger Kommentar*, pág. 46, entende que antes da verificação da condição há um crime condicionado suspenso (*aufschiebend bedingtes Verbrechen*). Ocorrendo a condição, não há retroação, mas instantaneamente o fato punível adquire sua significação jurídica. No sentido da retroação, LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, página 294: “Wenn aber die Bedingung eintritt, dann wird ihre Wirkung Zurueckbezogen auf die Zeitpunkt der Begehung der Handlung”. Cf., ainda, GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, pág. 16: “In tali casi il reato è completo, ma la sua efficacia giuridica rimane sospesa esso cioè da solo è incapace di produrre l’effetto della pena (condizioni di punibilità). Uma volta però verificatasi la condizione, il diritto di punire si considera già nato fin dal momento del reato”.

²³ MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, pág. 235; LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, 1993, pág. 71. Contra: ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, pág. 176. Para VANNINI, as condições de punibilidade não integram o preceito, mas a sanção.

²⁴ PANNAIN, *Manuale*, págs. 274 e segs.; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 291; MANZINI, *Trattato*, vol. I, pág. 561; RANIERI, *Diritto Penale*, 1945, pág. 139; MUSOTTO, *Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato*, pág. 45; BRASIELLO, *Se sai ammissibile*, cit., pág. 95. CARNELUTTI, *Teoria*, pág. 42, considera as condições de punibilidade, “condições penais constitutivas”.

²⁵ PANNAIN, *Manuale*, pág. 289. MANZINI, *Trattato*, vol. I, pág. 562, porém, distingue, sem muito rigor lógico: a consumação do crime dá-se no momento em que a condição sucessiva ao fato se verifica, desde que tal

XI. Que as condições objetivas de punibilidade são exteriores ao fato, ou, se se quiser, ao tipo, é mais ou menos tranqüilo na doutrina penal. Para MEZGER²⁶ tais condições são *anexos* do tipo. BELING as considerava condições da sanção penal, e, assim, elementos suplementares do tipo.²⁷ RITTLER afirmava serem elementos especiais do crime.²⁸ Os autores alemães sustentam, em geral, que se trata de características do crime, exteriores ao *Tatbestand* em sentido estrito,²⁹ de cuja existência dependem as conseqüências da conduta típica e antijurídica. O que se segue daí é importante para nos aproximar da perfeita conceituação das condições de punibilidade: são elas independentes da conduta, não precisando estar abrangidas pela causalidade física ou psicológica. Não se exige, por parte do agente, vontade dirigida às mesmas, nem o conhecimento delas, nem a obrigação de conhecê-las, nem tampouco, que sejam resultado de sua ação ou omissão. Nesse sentido é unânime a doutrina na Alemanha, reconhecendo os autores que as condições de punibilidade não precisam ser abrangidas pela culpa, podendo, todavia, sê-lo.³⁰ É indiferente que sejam ou não causadas pelo agente.³¹

Na Itália, porém, a partir de DELITALA, vários penalistas insignes têm entendimento que as condições de punibilidade devem necessariamente estar fora de toda relação causal com a ação humana, pois de outra forma não é possível encontrar-se um critério para distinguir entre condição e evento.³² O que geralmente impressiona os autores que assim se pronunciam é o fato de considerarem como evento o resultado que condiciona a responsabilidade objetiva, admitida pelo Código italiano. Distinguir

condição dependa, ainda que apenas objetivamente, do fato culpado. Se assim não for, a consumação ocorre no momento e no lugar em que o fato condicionalmente punido é praticado. Cf., ainda, RANIERI, *Diritto Penale*, pág. 144, cuja opinião é incongruente, em face de sua concepção. No sentido de que o crime se consuma com a realização da conduta proibida, e não no momento em que se verifica a condição, entre outros, MAGGIORE, *Diritto Penale*, pág. 281.

²⁶ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, 1955, pág. 367.

²⁷ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 51.

²⁸ RITTLER, *Strafbarkeitsbedingungen*, in *Festgabe fuer Reinhard von Frank*, 1930, vol. II, pág. 4: “*Besonders Verbrechens Element*”. RANIERI, *Diritto Penale*, página 140, entende que se trata de elementos atípicos, que se reúnem aos elementos essenciais.

²⁹ Nesse sentido, o *Tatbestand* limita-se à conduta culpável. Cf. sobre o assunto, extensamente, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, págs. 124 e segs.

³⁰ HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 348; SAUER, *Die beide Tatbestandsbegriffe*, in *Festschrift fuer Edmundo Mezger*, 1954, pág. 120; MEZGER, *Leipziger Kommentar*, pág. 45.

³¹ BINDING, *Handbuch*, vol. I, pág. 590, chegava a sustentar haver aqui presunção absoluta da existência da relação causal.

³² DELITALA, *Il fatto*, pág. 97. No mesmo sentido: PANNAIN, *Manuale*, pág. 278; MAGGIORE, *Diritto Penale*, pág. 211; RANIERI, *Diritto Penale*, pág. 138; SABATINI, *Istituzioni*, vol. I, pág. 252; BETTIOL, *Diritto Penale*, pág. 172; GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, pág. 17; CAVALLO, *Diritto Penale*, 1955, vol. II, pág. 448; SANTORO, *Le circostanze del reato*, 1952, pág. 11, nota. Entre nós, este entendimento é defendido também por EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal*, 1959, pág. 100, nota. Na Alemanha, este critério foi proposto por BLUME, *Tatbestands-komplemente*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, Helf 73 (1906), pág. 16, sem sucesso, porém.

tais resultados objetivos das condições de punibilidade, realmente, é muito difícil.³³ O resultado morte ou lesões graves, na instigação ou auxílio ao suicídio, portanto, não seria condição objetiva de punibilidade, pois está dentro do nexo causal.³⁴

No que concerne ao *momento* em que se deve verificar a condição de punibilidade, afirma-se que esta deve ser um evento futuro e incerto.³⁵ Outros, porém, sustentam que pode ser também um evento concomitante,³⁶ não faltando os que entendem ser irrelevante o momento em que se verifica a condição, que pode ser antecedente, concomitante ou sucessivo.³⁷

XII. Uma parte da doutrina, especialmente na Itália, inclui entre as condições objetivas de punibilidade a queixa e a requisição, nos casos em que constituem medidas indispensáveis para o início da ação penal. Vedar o processo, afirmam, é o mesmo que impedir a punibilidade. Nessa ordem de idéias, MANZINI distinguia as condições de punibilidade *do fato* (elementos objetivos, extrínsecos à ação, concomitantes ou sucessivos, sem os quais o fato não é punível, porque não é crime), das condições de punibilidade *do crime*. Estas últimas seriam constituídas pela queixa e a requisição.³⁸

Na Alemanha, a grande maioria dos autores distingue nitidamente as condições de punibilidade da queixa e da requisição. Estas seriam pressupostos processuais, ou seja, condições de procedibilidade (*Bedingungen der Strafverfolgung*) ou condições de perseguibilidade, de natureza exclusivamente processual. SAUER formulou, a seu modo, os critérios de distinção: o pressuposto processual diz com o interesse jurídico do Estado na perseguição do fato punível e merecedor de pena, o qual já constitui um ilícito típico independentemente da medida processual. A realização do *Tatbestand*, em

³³ ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, pág. 120: “In molti casi il problema diviene in certo senso insolubile”.

³⁴ SALTELLI-ROMANO, *Commento*, vol. I, pág. 295; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 295; ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, pág. 47; ANTOLISEI, *Manuale*, página 519; MASSARI, *Le dottrine generali*, pág. 56; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, 1955, pág. 17; ALTAVILLA, *Presupposti del reato*, cit., pág. 343; DE MARSICO, *Diritto Penale*, pág. 300. É claro que a opinião de MANZINI sobre o momento consumativo o inclui nesta corrente (cf. nota 25, *supra*).

³⁵ ANTOLISEI, *Manuale*, pág. 519; SALTELLI-ROMANO, *Commento*, vol. I, pág. 285; VANNINI, *Istituzioni*, pág. 83; SABATINI, *Istituzioni*, vol. I, pág. 257.

³⁶ PANNAIN, *Manuale*, pág. 275; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 292; MANZINI, *Trattato*, vol. I, pág. 561; SANTORO, *Le circostanze del reato*, pág. 11.

³⁷ LAND, *System der acusseren Strafbarkeitsbedingungen*, pág. 27; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, pág. 67.

³⁸ MANZINI, *Trattato*, vol. I, pág. 561. Contra a distinção de MANZINI, manifestam-se todos os que entendem que as condições de punibilidade condicionam, em qualquer caso, apenas a aplicação da sanção penal. Cf. GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, pág. 16.

sentido amplo ou lato,³⁹ é o pressuposto da consequência jurídica (pena e medida de segurança). Qualquer outro pressuposto é de natureza processual.⁴⁰

Como dissemos, na Itália, porém, esta separação conceitual entre condições de punibilidade e pressupostos processuais não é pacífica. Muitos autores consideram a queixa e a requisição (*querela, istanza e richiesta*) institutos de direito substantivo, identificando-se com as condições de punibilidade.⁴¹ Não poucos, todavia, mantêm a distinção entre tais categorias, como se faz na Alemanha, entendendo que a queixa e a requisição são apenas pressupostos necessários para a constituição válida da relação processual.⁴²

XIII. Nos trabalhos preparatórios do vigente Código Penal italiano, surgiu ainda a distinção entre condição objetiva de punibilidade e condição objetiva *do crime*, sendo esta última categoria abandonada, por ser considerada supérflua e equívoca. Aparece ela, porém, defendida na obra de MASSARI.⁴³ A condição de punibilidade, segundo este entendimento, pressuporia o crime já completo, condicionando apenas a

³⁹ Sobre a noção do tipo em sentido lato, cf. nosso trabalho *Conduta Punível*, pág. 126.

⁴⁰ SAUER, *Die beibe Tatbestandsbegriffe*, pág. 120, e *Allgemeine Strafrechtslehre*, pág. 63. As consequências desta distinção já eram bem assinaladas por BINDING, *Normen*, vol. I, pág. 234. Vamos encontrá-las em LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, página 296, e em nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, vol. III, pág. 326, que afirma, com segurança: “Se a sentença declarar inexistente uma condição de perseguibilidade, não há decisão definitiva ou julgamento sobre o mérito, e, sim, uma interlocutória que apreciou apenas o direito de ação ou a regularidade da relação processual. O inverso se dará com as condições de punibilidade, porque então a sentença apreciará a procedência ou improcedência da pretensão punitiva, decidindo do *meritum causae*”. Sobre a distinção entre condições objetivas de punibilidade e pressupostos processuais, entre muitos outros, cf., ainda, MAURACH, *Deutsches Strafrecht, ein Lehrbuch*, 1954, pág. 217; WELZEL, *Das deutschen Strafrecht*, 1954, pág. 43; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 1950, pág. 11, e MEZGER, *Tratado*, vol. I, pág. 369. HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, pág. 346, considera a distinção entre condição de punibilidade e pressuposto processual, apenas parcialmente justificável, porque o direito processual e o direito substantivo formam uma unidade (*bilden eine Einheit*). A teoria dos pressupostos processuais foi formulada por BUELOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1868, que afirmava serem tais pressupostos condições prévias para a existência da relação processual (pág. 5). Esta formulação era inaceitável, pois é claro que o processo pode existir, mesmo que eventualmente não se verifique o pressuposto. Deve-se a GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, pág. 5, a concepção, muito difundida, de que o pressuposto processual é apenas um pressuposto da decisão do mérito (*Sachentscheidungsvoraussetzung*).

⁴¹ PANNAIN, *Manuale*, pág. 283; DE MARSICO, *Diritto Penale*, pág. 409; JANITTI-PIROMALLO, *Corso*, pág. 399; SALTELLI-ROMANO, *Commento*, vol. I, pág. 609; MASSARI, *Le dottrine generali*, pág. 68; FLORIAN, *Parte Generali*, pág. 387. CARNELUTTI, *Teoria*, pág. 42, inclui entre suas “condições penais constitutivas”, a *querela, a istanza e a richiesta*. Entre nós, incluem-se nesta corrente, NÉLSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, pág. 204, e OSCAR STEVENSON. Na Alemanha, igualmente, HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 36 (1915), pág. 229. No mesmo sentido, HÉLIO TORNAGUI, *Comentários ao Código de Processo Penal*, 1956, vol. I, tomo II, pág. 46. Este grande mestre, porém, abandonou este entendimento, como se pode ver em suas *Instituições de Processo Penal*, vol. I, página 321, e vol. III, pag. 338. *Sapientis est mutare consilium*.

⁴² Entre outros, cf. BETTIOL, *Diritto Penale*, pág. 173; SANTORO, *Le circostanze del reato*, pág. 12; GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, pág. 17; RANIERI, *Diritto Penale*, pág. 144; MAGGIORE, *DIRITTO pENALE*, PÁG. 213; battaglia, *Diritto Penale*, pág. 298; ANTOLISEI, *Manuale*, pág. 521, e DELITALA, *Il fatto*, pág. 99. Este último observa que, se a *querela* fosse condição de punibilidade, a ação penal pública também o seria, em virtude do princípio *ne procedat iudex ex officio*. Cf. ainda, ALTAVILLA, *Pressuposti del reato*, cit., pág. 344.

⁴³ MASSARI, *Le dottrine generali*, pág. 76; *idem*, *Il momento esecutivo*, págs. 232 e segs.

punição, ao passo que a condição do crime teria função essencial, condicionando a própria existência do delito. Esta teoria é acolhida pelo nosso insigne NÉLSON HUNGRIA, que afirma ser o prejuízo condição objetiva do crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia.⁴⁴ A crítica que se opõe a esta concepção é de inegável procedência: trata-se de distinção inútil, que somente concorre para tornar mais difícil a disciplina jurídica da matéria, especialmente perante aquelas legislações, como a nossa, que não a contemplam expressamente. As condições do crime seriam sempre estranhas à conduta, confundindo-se, portanto, com as condições de punibilidade. Na Itália, a teoria de MASSARI não teve seguidores.⁴⁵

XIV. Vê-se, pois, que as divergências existentes no plano conceitual, a respeito das condições objetivas de punibilidade, são grandes e sérias. Todavia, as discrepâncias que surgem na identificação de tais condições, em face das diversas figuras de delito, são incomparavelmente maiores. Mesmo os partidários da mesma conceituação divergem, alguns vendo condições de punibilidade onde outros reconhecem elementos do tipo ou pressupostos processuais. O problema que aqui se apresenta é o da formulação dos critérios de distinção ou identificação das condições objetivas de punibilidade, pois não basta dizer que são elementos exteriores ao fato, sendo necessário indicar quando se pode dizer que determinados elementos são exteriores ao fato. Tomemos, por exemplo, o crime de resistência (art. 329 do Código Penal): a legalidade do ato que o funcionário executa é condição objetiva de punibilidade ou elemento do fato? A resposta a tal indagação é de suma importância, pois se a legalidade do ato for condição objetiva de punibilidade, o erro do agente sobre a mesma é irrelevante, ao passo que, se for integrante do fato, tal erro exclui o dolo e a culpabilidade.⁴⁶

SCHOENKE-SCHROEDER sustentam que somente é possível saber se determinada circunstância é condição de punibilidade ou característica do tipo diante de cada disposição de lei, e não de forma geral. No mesmo sentido, pronuncia-se VON HIPPEL.⁴⁷ Os critérios aventados são, realmente, de extrema imprecisão. VANNINI,

⁴⁴ NÉLSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. VII, pág. 109.

⁴⁵ Veja-se a crítica de DELITALA, *Il fatto*, pág. 77, e VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, in *Studi Senesi*, vol. 43, pág. 41.

⁴⁶ Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência entendem que a legalidade do ato é condição objetiva de punibilidade. Cf., entre outros, MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, 1956, pág. 518; SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, pág. 382; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, pág. 65. A letra da lei, porém, não favorece este entendimento, que é de inspiração autoritária, visando reforçar a proteção à autoridade: MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch, Bes. Teil*, pág. 262. Em discrepância com a opinião dominante, pode mencionar-se FRANK, *Kommentar*, pág. 362, que entendia ser a legalidade da ordem integrante do fato, sendo admissível o erro e a legítima defesa putativa.

⁴⁷ SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, pág. 221; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, pág. 379.

por exemplo, entendia que se deve reconhecer a condição objetiva de punibilidade sempre que a eliminação mental da condição deixar inalterada a harmonia do fato, com a objetividade jurídica que o caracteriza.⁴⁸ Ora, a precariedade desse critério se demonstra com o fato de VANNINI julgar que, nos crimes culposos, o dano é condição objetiva de punibilidade, solução positivamente esdrúxula.⁴⁹ Afirma que a condita em tais crimes é contrária ao interesse protegido, mesmo prescindindo do evento de dano, de onde se conclui que os crimes culposos seriam de perigo. Parece evidente que no crime culposos pune-se o dano e não o perigo e que o crime consiste na efetiva lesão do interesse protegido. Isto resulta da própria definição legal, que não incrimina uma condita tã-somente, mas a causação de um resultado, que é o momento consumativo do delito. É de notar-se que autores modernos, opondo-se ao chamado *dogma causal*, não hesitam, porém, em afirmar que os crimes culposos aparecem descritos como processo de causação de um resultado.⁵⁰ Por outro lado, cumpre assinalar que o crime culposos não se esgota na simples causação material do evento, sendo necessária a previsibilidade e a possibilidade de evitá-lo, o que integra, de certa forma, o conteúdo psicológico da culpa *stricto sensu*.⁵¹

RITTLER sustentava que as condições objetivas de punibilidade são circunstâncias que nenhuma influência exercem sobre a valoração do fato e sua reprovabilidade.⁵² Definições desta natureza, mesmo corretas, são de pouca utilidade prática. É inegável que a exclusão das condições de punibilidade de todo nexos causal e psicológico é um critério excelente de identificação. Resta saber se não existem condições objetivas de punibilidade do fato, que estejam dentro do nexos causa.

XV. Várias classificações das condições objetivas de punibilidade foram tentadas. São conhecidas as de ZIMMERL e LAND, que verdadeiramente não

⁴⁸ VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità*, cit., pág. 29.

⁴⁹ VANNINI, *Lineamenti di Diritto Penale*, 1932, pág. 64; *idem*, *Manuale di Diritto Penale*, 1947, pág. 120. No mesmo sentido, MANZINI, *Trattato*, vol. I, pág. 711, e ALTAVILLA, *Lineamenti*, pág. 47; *idem*, *Delitti contro la persona*, pág. 189; *idem*, *La colpa*, 1950, pág. 188. Na Alemanha, esta opinião foi defendida por GRAF ZU DOHNA, *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, in *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 27 (1907), pág. 349, e por EXNER, *Wesen der Fahrlaessigkeit*, 1910, pág. 214: “*Der Eintritt des schaedlichen Erfolges ist also dem kulposen Delikt nicht begriffsnotwendig*”. Em seu *Aufbau der Verbrechenlehre*, 1950, pág. 54, porém, GRAF ZU DOHAN afirma que o fundamento do crime culposos não é a falta de diligência, mas o resultado que ela causa. Não se pune um *crimen culpae*, mas *crimina culposa*. Entre nós, NÉLSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, pág. 367, também considera o efeito objetivo, no crime culposos, *condição de punibilidade*.

⁵⁰ HELLMUTH MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pág. 184, e *Strafrecht*, pág. 124.

⁵¹ Cf. PANNAIN, *Manuale*, pág. 286; DELITALA, *Il fatto*, pág. 90; BATTAGLINI, DIRITTO PENALE, pág. 293; SANTORO, *Diritto Penale*, pág. 114; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 257, e WELZEL, *Das deutschen Strafrecht*, pág. 94. No mesmo sentido estão, logicamente, todos os que excluem que possa haver condição objetiva de punibilidade dentro do nexos causal. Cf. nota 32, *supra*.

⁵² RITTLER, *Strafbarkeitsbedingungen*, pág. 3: “*Bedingung der Strafbarkeit sind Umstaende, die auf die Wertung der Tat, ihre Verwerflichkeit ohne Einfluss sind*”.

obedecem a critério prático e muito menos correto.⁵³ Será, talvez, interessante expor a classificação mais moderna de SAUER, valiosa, sobretudo, pelo esforço de sistematização. A ciência percorre uma boa parte de seu caminho definindo, classificando e sistematizando.

O critério escolhido por SAUER é precisamente o das relações das condições objetivas de punibilidade com a culpabilidade e a causalidade. Classifica, assim, o antigo professor da Universidade de Muenster tais condições em três classes ou ordens: 1ª classe — Condições independentes da culpabilidade, embora possam ser abrangidas pela culpa. Subdividem-se em dois grupos: (a) *com características de fato*: crimes qualificados pelo resultado; a dissolução do casamento nos crimes de adultério e casamento mediante fraude; o evento morte ou tentativa de morte, no crime de instigação ao suicídio;⁵⁴ (b) *com características normativas*: o exercício de função legal pelo funcionário, no crime de resistência; a competência do funcionário público no crime de desobediência e em outros em que é necessária esta qualidade por parte da pessoa visada pela ação delituosa; a significação ou valor jurídico do documento ou sua relevância como meio de prova, nos crimes de falsidade documental, etc. 2ª classe — Condições independentes da causalidade, embora possam incluir-se na relação causal correspondente ao delito. Subdividem-se também em dois grupos: (a) *com características de fato*: o resultado morte ou lesões graves, no crime de rixa; a superveniência do duelo, no crime de instigação ao mesmo; a prática de fato delituoso, no crime de embriaguez;⁵⁵ (b) *com características normativas*: a abertura do concurso de credores, na bancarrota fraudulenta. 3ª classe — Condições puramente objetivas, independentes totalmente da culpa e da causalidade: (a) *com características de fato*: tempo e lugar de execução do crime, nos casos de punição de nacional por crime praticado no estrangeiro, dependendo a punição de ser o fato também punível no tempo e lugar em que foi praticado; (b) *com características normativas*: garantia de reciprocidade na punição de fatos praticados por inimigos contra Estados aliados.⁵⁶

⁵³ Pode ver-se um resumo dessas classificações em ASÚA, *La ley y el delito*, 1945, págs. 524 e segs. Para melhor exame dessas opiniões, cf. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 237 (1928), págs. 26 e seguintes, e LAND, *System der acusseren Strafbarkeitsbedingungen*, págs. 45 e segs. Este acolheu e desenvolveu a antiga concepção de seu mestre SAUER, como exposta em sua obra *Grundlagen des Strafrechts*, 1921. Uma classificação tendo por base a existência ou inexistência do nexa causal é feita por FINZI, *Delitos cuya punibilidad depende de la realización de un suceso*, in *La Ley*, vol. 34, pág. 1.144.

⁵⁴ SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, págs. 63 e segs. Perante nosa lei, que desconhece a responsabilidade objetiva, os resultados que qualificam os crimes não podem jamais ser condições objetivas de maior punibilidade. Sua aplicação será sempre excluída pelo caso fortuito. A segunda hipótese prevista pelo autor corresponde ao art. 236, parágrafo único, de nosso Código Penal, e, a terceira, ao art. 122. O último exemplo (instigação ao suicídio) refere-se ao projeto alemão de 1927 (§ 248), não sendo o fato incriminado no vigente Código germânico.

⁵⁵ O Código alemão somente pune o crime de instigação ao duelo, se este se realiza (§ 210) e somente pune o fato de colocar-se alguém em estado de embriaguez, se em tal estado vem a praticar algum crime (§ 330-1)

⁵⁶ Foram desprezados exemplo que não se enquadram em nossa lei e os que dificilmente seriam compreendidos sem o conhecimento do Direito Penal alemão.

A classificação acima, exposta apenas a título ilustrativo, está longe de ser perfeita. É generalizada a opinião de que as condições objetivas de punibilidade são de espécie e natureza muito diversa, renunciando os autores a qualquer sistema.⁵⁷

XVI. Não há em nossa lei penal disposição sobre as condições objetivas de punibilidade. Não obstante, a existência de tais condições tem sido afirmada pela doutrina e pela jurisprudência, a exemplo do que ocorria na Itália, antes da vigência do Código Rocco. É lamentável que o legislador brasileiro tivesse se esquivado de dar à matéria solução clara e precisa, na letra do Código, ao invés de deixá-la entregue às incertezas da doutrina.

1. A análise de várias das figuras de delito previstas na parte especial, revela que existem, indubitavelmente, condições exteriores à conduta, das quais depende a punibilidade. Em tais casos, verifica-se que a punibilidade do fato está subordinada não só à realização da ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, mas também a certas condições objetivas. São *objetivas*, porque sua eficácia jurídica independe da culpa ou de qualquer nexos psicológico, relativamente à conduta incriminada.

A inclusão de tais condições na definição do delito é geralmente inspirada por razões de política criminal, entendendo o legislador que sem elas não se justifica a punibilidade do fato, pela ausência de dano efetivo ao interesse tutelado ou por outra razão de oportunidade ou conveniência.

2. Em sentido amplo, *condição* é a circunstância de que uma outra depende, de tal sorte que, se a primeira inexistir ou for suprimida, a segunda também o será.⁵⁸ No campo do Direito privado, condição é sempre evento futuro e incerto, de que dependem as conseqüências de um ato jurídico. Esta noção remonta ao Direito romano e aparece em nosso Código Civil (art. 114).

Condição de punibilidade é, assim, numa primeira aproximação, a circunstância de que depende a punibilidade, ou seja, o antecedente indispensável para que ocorra a punibilidade do fato. Num sentido geral, condição de punibilidade é a realização do

⁵⁷ Cf. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bidings Normentheorie*, pág. 214: “Es handelt sich vielmehr um ganz verschiedenartige Faelle, die dogmatische nicht auf den gleichen Nenner gebracht worden koennen” (“Trata-se de casos totalmente diversos, que dogmaticamente não podem ser reduzidos a um denominador comum”).

⁵⁸ LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1956, v. *Condition*.

fato incriminado. As condições que estudamos, porém, só podem ter sentido dentro de concepção mais restrita, pois são elementos estranhos à culpabilidade, aos quais a lei subordina a punibilidade do fato.

3. Convém, em primeiro lugar, esclarecer, que as condições objetivas de punibilidade distinguem-se perfeitamente dos pressupostos processuais. A queixa, nos crimes de ação privada, e a representação ou a requisição, em certos crimes de ação pública, não são condições de punibilidade. Como bem assinala SANTORO, invocando, aliás, a opinião de CARNELUTTI, a cisão entre os fenômenos materiais e processuais é menos clara no campo penal do que no civil, porque a atuação do Direito Penal somente se dá através do processo. Por isso, a impossibilidade de um processo válido, por falta de queixa ou representação, cria a aparência de que tais institutos impedem diretamente a punibilidade, quando apenas impedem que o processo tenha lugar.⁵⁹

Os pressupostos processuais pertencem ao direito processual e nada têm a ver com a existência do crime ou sua punibilidade. Condicionam apenas a possibilidade da apreciação jurisdicional do fato, ou seja, a possibilidade do procedimento criminal (pressupostos da realização válida da pretensão punitiva do Estado). A distinção prática entre a condição objetiva de punibilidade e o pressuposto processual é de grande relevância: a falta deste último não permite julgamento sobre o mérito, mas apenas sobre a constituição válida da relação processual, ao passo que a falta de condição objetiva de punibilidade obriga a decisão sobre o mérito, com a declaração de improcedência da ação penal.

O pressuposto processual pressupõe a realização do fato ilícito e apenas condiciona o exercício da ação penal. São elementos estranhos à conduta delituosa, que surgem posteriormente a esta e às condições objetivas de punibilidade. A queixa, a requisição e a representação são pressupostos processuais, porque supõem a existência de um fato punível, constituindo antecedente necessário ao procedimento criminal com base no mesmo. Não condicionam a punibilidade do fato, mas a ação penal contra um fato cuja punibilidade já está estabelecida.⁶⁰

⁵⁹ SANTORO, *Le circostanze del reato*, pág. 17. A observação de CARNELUTTI, *Teoria*, pág. 43, nota, porém, o leva a outras conclusões.

⁶⁰ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 296, afirmavam que *de lege ferenda* seria interessante distinguir: a queixa e a representação deveriam ser condições de punibilidade naqueles delitos em que funcionam como reconhecimento da efetiva lesão causada pelo fato (exemplo: adultério); deveriam ser pressupostos processual (*Voraussetzung der Geltendmachung des staatlichen Strafanspruches*), nos casos em que se atende ao interesse do lesado, para que julgue se o *strepitus fori* não lhe representa um mal maior. Nas primeiras edições do *Tratado*,

À luz do critério exposto, devemos reconhecer que são simples pressupostos processuais as condições estabelecidas nas letras *a* e *b* do art. 5º, §2º, do Código Penal (entrar o agente no território nacional e ser o fato punível também no país em que foi praticado). O fato punível preexiste a tais condições.⁶¹ Caso se entenda que tais condições são de direito substantivo, é forçoso reconhecer que se trata de simples condições de aplicação de lei penal, como afirmava DE MARSICO.

É condição para o exercício da ação penal (art. 43, nº III, do Código de Processo Penal) a sentença anulatória do casamento, na hipótese do art. 236, parágrafo único, que é, assim, igualmente, pressuposto processual.⁶²

4. Condições de punibilidade são acontecimentos exteriores ao tipo, que a ele estabelece como indispensáveis à punibilidade do fato. Tais condições são necessariamente alheias à conduta e à culpabilidade. As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos suplementares do tipo, mas não se incluem no mesmo, caracterizando-se precisamente pela circunstância de serem exteriores. Saber se os acontecimentos a que nos referimos condicionam a aplicação da pena ou a própria existência do crime, é questão que depende, de certa forma, da solução dada a uma outra, ou seja, depende do próprio conceito de crime. Crime é o conjunto dos pressupostos da pena. Considerado *sub specie juris*, a nota característica do ilícito penal é a de acarretar, como consequência, a sanção criminal. Esta constitui a *differentia specifica*. Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável, bem como, eventualmente, uma condição objetiva prevista em lei. A punibilidade não é característica geral do crime, ou, se se quiser, elemento do crime, mas sua consequência jurídica. Esta consequência, porém, é indispensável à existência do delito. Pode haver crime que não seja, eventualmente, punido (morte do réu, prescrição, decadência, etc.), mas não pode haver crime que não seja um fato punível. As condições objetivas de punibilidade são, sem

porém, VON LISZT sustentava que no primeiro caso a queixa e a representação constituem efetivamente condições de punibilidade.

⁶¹ Nesse sentido, SANTORO, *Le circostanze del reato*, pág. 14; FLORIAN, *Parte Generale*, vol. I, pág. 252; GRISPIGNI, *Corso*, vol. I, pág. 483.

⁶² Esta é a opinião dominante na Alemanha. Cf. SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, pág. 520; BEMMANN, *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, pág. 40, e autores por ele citados. Entre nós, no mesmo sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. III, pág. 328. O autor considera os casos do art. 5º, §2º, letras *b* e *c*, como condições de punibilidade. Nesse sentido, também, entre muitos outros, MASSARI, *Le dottrine generali*, pág. 69; PANNAIN, *Manuale*, pág. 279; MEZGER, *Tratado*, vol. I, pág. 369. NÉLSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, pág. 204, considera a hipótese do art. 236, parágrafo único, como condição de punibilidade.

sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente: são, pois, condições de punibilidade *do fato*. A queixa e a representação, se não fossem de natureza processual, seriam, como sustenta MANZINI, condições de punibilidade do crime.⁶³

Não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verifique. Antes da condição, portanto, não há crime condicional ou condicionado, nem crime de punição condicionada, mas fato irrelevante para o Direito Penal. Tal fato somente se torna *punível*, ou seja, somente adquire significação para o Direito Penal, no momento em que se verifica a condição objetiva de punibilidade, sendo impróprio falar-se aqui em retroação. Condições objetivas de punibilidade são, pois, condições da ilicitude penal do fato.

Sendo a condição objetiva de punibilidade elemento constitutivo, não é possível configurar-se denúncia caluniosa com referência ao fato em que ainda não se verificou a condição, antes que esta suceda. Outra seria a solução de tal quesito (o que seria solução intolerável), se a condição objetiva de punibilidade não fosse integrante do crime.⁶⁴

5. A condição objetiva de punibilidade é, em regra, prevista no preceito ou na sanção, mas pode resultar do sistema legal aplicável à matéria. É indiferente que a lei a estabeleça em forma condicional ou em oração relativa, desde que a característica condicionante seja perfeitamente reconhecível.⁶⁵ As condições objetivas de punibilidade tendem a desaparecer do Direito Penal moderno, onde a máxima *nulla poena sine culpa* vai adquirindo o sentido de princípio básico e fundamental de todo o sistema punitivo. Condicionam elas a punibilidade do fato a circunstância alheias à culpabilidade, motivo pelo qual impõe-se uma interpretação restritiva, devendo entender-se, na dúvida, que a condição é integrante do tipo.⁶⁶

Condição objetiva de punibilidade existe claramente no art. 122 do Código Penal, que subordina a punibilidade do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, à efetiva consumação deste ou ao resultado lesões graves (na hipótese de suicídio

⁶³ Demonstra-se que a queixa e a representação são estranhas à noção substancial do crime, notando-se que a prescrição começa a correr com a consumação do fato. Cf. art. 158 do Código Rocco.

⁶⁴ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 295, excluem que pudesse haver denúncia caluniosa, porque o Código Penal alemão (§164) exige que se trate de imputação falsa de fato *punível*. O argumento não valeria perante o nosso Direito positivo.

⁶⁵ Cf. LAND, *System der aeusseren Strafbarkeitsbedingungen*, pág. 4.

⁶⁶ No mesmo sentido, ANTOLISEI, *Manuale*, pág. 519; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 296; LAND, *System*, pág. 1.

tentado). Este resultado é *objetivo*, pois é indiferente (salvo para a medida da pena), que o agente o tenha querido ou assumido o risco de produzir. O erro de fato em relação ao mesmo é irrelevante. O prejuízo no crime do art. 164 do Código Penal (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia) e a possibilidade de dano, nos crimes dos artigos 153 (divulgação de segredo) e 154 (violação de segredo profissional), são condições da mesma natureza. Nestes casos, verifica-se que o acontecimento, de que a lei faz depender a punibilidade, situa-se na linha de desdobramento causal da ação incriminada. Como vimos, prestigiosa corrente doutrinária entende que nestes casos não há falar em condições objetivas de punibilidade, pois estas somente se restringiriam aos fatos totalmente alheios à causalidade. Embora este critério pudesse trazer maior segurança na identificação das condições objetivas de punibilidade, não pode, evidentemente, ser aceito. A teoria das condições que examinamos tem de ser elaborada partindo-se do conceito de *tipo* em sentido estrito. Tais condições são características do crime exteriores ao tipo. Tipo é o conjunto da parte exterior da conduta punível, à qual deve ajustar-se a parte subjetiva do fato, correspondente à culpabilidade.⁶⁷ As condições objetivas de punibilidade, sendo *objetivas*, e, portanto, alheias à culpabilidade, não atingem o tipo nem a antijuridicidade da conduta. Tanto faz que se situem na linha de desdobramento causal do comportamento, ou não. Por outro lado, nem todos os elementos da conduta punível, mesmo os que integram o tipo, são causados pelo agente: assim, por exemplo, a condição de coisa alheia, no furto. O critério da causalidade, portanto, não pode ser aceito. As condições são apenas *objetivas* e, assim, o único ponto firme de que se deve partir é o da independência em relação ao aspecto subjetivo do crime.

A condição objetiva de punibilidade não se confunde com o evento. Este é a realização da figura típica⁶⁸ e compreende as condições de maior punibilidade. A ação e o evento necessariamente devem estar cobertos pela culpabilidade, em qualquer de suas formas. O que está alheio à culpabilidade não constitui evento. Se o acontecimento exterior à conduta, previsto pela lei, não fosse evento, nem condição objetiva de punibilidade, que seria, então? As hipóteses de maior punibilidade não constituem casos de responsabilidade objetiva, pois o resultado deve ser, pelo menos, culposos. Se tais resultados fossem puramente objetivos, as condições de maior punibilidade seriam também condições objetivas de punibilidade.⁶⁹

⁶⁷ Para extenso da matéria, enviamos o leitor ao nosso trabalho *Conduta Punível*, 1961, págs. 201 e segs.

⁶⁸ Cf. *Conduta Punível*, págs. 191 e segs.

⁶⁹ De notar-se que o Direito Penal alemão, antes da modificação introduzida no §56 do Código Penal, nos casos de responsabilidade objetiva a doutrina pacificamente incluía na categoria de condições objetivas de punibilidade todos os elementos exteriores necessários para que a ação fosse punida, inclusive as hipóteses de maior punibilidade. A nova redação do §56 do Código germânico, introduzida por lei de 4 de agosto de 1953, veio por

A sentença declaratória de falência é condição objetiva de punibilidade, em relação aos crimes falimentares, nos quais a ação é *anterior* à sentença, como os previstos no art. 186 do decreto-lei nº 7.661.⁷⁰

A condição objetiva de punibilidade somente pode ser um acontecimento futuro ou concomitante e incerto, pois de outra forma não teria sentido a sua disciplina jurídica. As condições *anteriores* à ação ou omissão devem ser consideradas *pressupostos do crime*. Assim sendo, a sentença declaratória de falência é pressuposto dos crimes falimentares praticados posteriormente à mesma, como já demonstramos.

6. Fixado o conceito de condição objetiva de punibilidade, podemos facilmente concluir que nesta categoria não entra a legalidade do ato, no crime de resistência (art. 329 do Código Penal). A interpretação dominante na Alemanha provém de inspiração política e não pode ser aceita, porque o elemento de que se trata é evidentemente integrante do tipo. O mesmo pode dizer-se da condição de funcionário público ou qualquer outra exigida nos crimes próprios. O valor jurídico do escrito é indispensável ao conceito de documento e como tal é elemento do fato. A potencialidade do prejuízo, nos crimes de falsidade, não é elemento da definição legal de tais delitos, em nosso direito positivo. Se a doutrina a admite, não pode deixar de exigir, por parte do agente, pelo menos a consciência de poder causar dano aos interesses jurídicos de alguém.⁷¹

7. Se a condição objetiva de punibilidade é elemento constitutivo do fato punível, o tempo e o lugar do crime dependem da ocorrência da condição. A prescrição, igualmente, começa a correr do dia em que o crime se consumou (art. 111, letra *a*, do Código Penal). Esta solução é válida para o Direito italiano, pois o Código ROCCO, no art. 158, 2ª alínea, dispõe:

fim a longa controvérsia sobre a admissibilidade da responsabilidade objetiva, nos crimes qualificados pelo resultado, dispendo:

“Se a lei ligar a uma especial consequência do fato uma pena maior, só se aplica ela ao agente, quando ele deu causa à consequência, pelo menos culposamente”.

Em tais casos, não há mais responsabilidade objetiva no Direito Penal alemão.

⁷⁰ Esta conclusão é mais ou menos pacífica na doutrina. SABATINI, *Istituzioni*, vol. I, pág. 257, entende, porém, que a declaração de falência não é condição de punibilidade, pois a expressão condicional refere-se à qualidade do agente (falido). MASSARI, *Le condizioni di punibilità nel momento processuale*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, vol. I, pág. 491, sustenta que a declaração de falência é condição de procedibilidade. BEMMANN, *Zur Frage*, pág. 51, entende que a declaração de falência (aberta do concurso de credores) é *característica do tipo*, opinião que é sustentada na Alemanha por pequeno círculo de autores, entre os quais, porém, destacam-se BINDING, *Lehrbuch*, vol. I, pág. 429, e MAX ERNST MAYER, *Der Allgemeiner Teil*, pág. 100.

⁷¹ Para discussão da matéria, cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 1959, vol. 4º, pág. 820.

“Quando a lei faz depender a punibilidade do crime da verificação de uma condição, o prazo da prescrição começa no dia em que a condição se verificou”.

Já no Direito alemão, a solução é outra, porque o Código germânico contém um princípio geral, segundo o qual a prescrição se inicia sempre com a prática da ação, independentemente do resultado.⁷²

É comum afirmarem os autores que o crime sujeito a condição objetiva de punibilidade não admite tentativa. Esta afirmação é apenas parcialmente correta. Nos crimes em que a condição situar-se fora da relação de causalidade com a ação delituosa, é admissível a tentativa, que só será punível quando a condição se verificar. O momento consumativo, nos crimes em que a condição objetiva de punibilidade se integra na relação causal, é o da ocorrência da condição.

8. Condições negativas da punibilidade do fato são condições que excluem a ilicitude penal, ou seja, condições que excluem o crime. São exemplos, os casos dos arts. 128 (aborto necessário e em caso de estupro) e 146, §3º (coaçoão para impedir suicídio e intervenção médica ou cirúrgica arbitrária). Os casos de extinção da punibilidade previstos no art. 108 do Código Penal constituem hipóteses em que se extingue o direito de punir, deixando, em regra, inalterada a criminalidade do fato e a condenação anterior.⁷³

Condições negativas da punibilidade *do crime* são as chamadas *excusas absolutórias*, de que são exemplo a relação de parentesco nos crimes patrimoniais praticados sem violência (art. 181 do Código Penal) e no crime de favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal). Trata-se de causas pessoais de exclusão de pena. Nada impede que naquela categoria se incluam as hipóteses de exclusão de pena previstas no art. 142 do Código Penal.⁷⁴ Em tais casos, o fato não perde o seu caráter delituoso, declarando-se, porém, a isenção de pena por motivos de oportunidade ou política criminal.

⁷² §67, nº 4:

“Die Verjaehrung beginnt mit dem Tage, na welchem die Handlung begange ist, ohne Ruecksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges”.

⁷³ CARNELUTTI, *Teoria*, pág. 50, entende que em tais casos há apenas extinção dos efeitos penais do delito.

⁷⁴ Esta é, aliás, a opinião de SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1954, vol. II, pág. 205. Há imprevisão técnica na rubrica do art. 142 do Código Penal, que se refere a “exclusão de crime”.

(*) Artigo publicado no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1962, p. 158-179