

A Punibilidade no CONCEITO DE DELITO

Andreas Eisele

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

- d) Cobo del Rosal e Vives Antón utilizam a mesma palavra: “punibilidade”, para designar, tanto a possibilidade abstrata de incidência de pena resultante da cominação legal, quanto a efetiva aplicação dessa medida. Porém, reconhecem a ambiguidade, e propõem que o significado do termo seja dividido em dois “momentos”. O primeiro seria relacionado com uma função “conceitual” da categoria, e o segundo faria referência a uma função “estrutural ou sistemática” daquela.⁹⁹

Esta falta de acordo semântico dificulta o desenvolvimento teórico da categoria, o que pode ser verificado na análise da formulação de Palazzo. Este autor identifica de modo suficientemente preciso, não apenas a diferença entre a cominação legal da pena e a possibilidade jurídica de aplicação de uma pena como consequência jurídica de um fato delitivo concreto e individualizado, mas também a diferença entre ambos e a aplicação de uma pena em uma sentença condenatória, assim como a diferença entre estes três aspectos e a execução da pena aplicada na sentença. Porém, devido à deficiência técnica da terminologia empregada para a denominação de cada um desses aspectos, não chega a designar cada qual de modo preciso e específico, e ainda alude à execução como uma expressão da punibilidade concreta (e não da penalidade material).¹⁰⁰

Devido a esta situação, é importante, não apenas o reconhecimento da relevância teórica de cada aspecto da distinção formulada por Grisigni e Palazzo, entre as “fases” de incidência da norma que formaliza o poder punitivo estatal, mas também que cada qual seja denominado por uma terminologia específica, que denote seu objeto de modo unívoco.

1.5.2. Critérios para a distinção entre punibilidade e penalidade

1. Para estabelecer a distinção entre as categorias da punibilidade e penalidade, é relevante determinar os objetos correspondentes, e

99. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho Penal**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1990, p. 201/202.

100. PALAZZO, Francesco. **Corso...** p. 556.

definir uma terminologia específica para a denominação de cada categoria.

2. A diferença entre a punibilidade e a aplicação da pena é esclarecida pelas proposições de Cobo del Rosal, Manzini e Petrocelli, ao tratar da punibilidade abstrata. A distinção é definida mediante o argumento de que a cominação legal de uma pena é essencial para a configuração do delito, mas a aplicação concreta desta consequência do delito não o integra, e esta aplicação é irrelevante para sua configuração.¹⁰¹ Ainda que o argumento tenha sido elaborado somente com a consideração da punibilidade abstrata, sua lógica também é aplicável à punibilidade concreta. A relação fundamental do argumento é explicada por Battaglini, ao aludir ao aspecto potencial da possibilidade jurídica de aplicar uma pena. Por se tratar de uma simples possibilidade, não se confunde com a eventual aplicação de uma pena em uma situação concreta.¹⁰² Por este motivo, a punibilidade pode existir sem que seja aplicada qualquer pena na situação correspondente, pois ainda que a aplicação da pena pressuponha logicamente a existência da possibilidade de sua aplicação, a possibilidade de aplicação da pena não é afetada pela sua efetiva aplicação (ou eventual não aplicação).¹⁰³ A partir dessa distinção fundamental, entre a possibilidade jurídica de incidência de pena e o ato da efetiva aplicação da sanção, se estabelece a diferença entre os dois objetos em análise.

3. Além desta diferenciação entre os objetos, é necessária a definição de uma terminologia específica para a denominação de cada categoria. Esta terminologia pode ser desenvolvida a partir de uma proposta de Polaino Navarrete. Este autor denomina a

101. COBO DEL ROSAL, Manuel. *La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho Penal español*. In **Estudios criminales y criminológicos**. vol. VI. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 1983, p. 22/23; MANZINI, Vincenzo. **Trattato...** p. 618 (n. 220); PETROCELLI, Biagio. *Reato e punibilità*. In **Rivista Italiana di Diritto Procedura Penale**. vol. 3. Milano: Giuffrè, 1960, p. 673-685-694.

102. BATTAGLINI, Giulio. **Diritto...** p. 276/279 (n. 68); *Considerazioni...* p. 6/7.

103. De fato, assim como a possibilidade de que chova não se confunde com a chuva em si, a possibilidade de aplicação de uma sanção não se confunde com a própria sanção, assim como nenhum desses dois aspectos se confunde com o ato de aplicação da sanção (o que no recurso metafórico indicado seria o fato de estar chovendo). Desse modo, a punibilidade é potência, a penalidade é ato, e a pena é o objeto de ambas.

possibilidade de incidência de pena como punibilidade. De forma complementar, utiliza o termo penalidade como um qualificativo relativo às consequências do delito (identificando o grau, classe ou características da pena).¹⁰⁴ Ainda que este autor não utilize o termo penalidade no sentido específico de aplicação concreta da pena, seu emprego neste sentido poderia ser uma boa opção terminológica, pois não se trata de um conceito com um conteúdo suficientemente determinado na teoria jurídica, e tem excelente potencial descritivo.

Desse modo, se distingue a possibilidade jurídica de incidência de pena (punibilidade) da aplicação concreta da pena (penalidade), e se atribui denominações específicas a cada qual. Em consequência, se conclui que a possibilidade jurídica de incidência de pena é um fundamento da aplicação da pena, porque a aplicação da pena pressupõe sua possibilidade jurídica.

1.5.3. Síntese conclusiva das diferenças entre punibilidade e penalidade

1. A punibilidade é a possibilidade jurídica de incidência de uma pena, e a penalidade é a aplicação concreta da pena. Portanto, a primeira é a possibilidade da prática de um ato, e a segunda é a efetiva prática desse ato. Os conteúdos de ambas categorias são logicamente distintos.

A punibilidade é formalmente definida em lei, e a penalidade é formalmente implementada pela sentença judicial condenatória. As formas de definição de cada categoria são diferentes entre si.

2. O conteúdo das proposições e considerações anteriormente formulados evidencia que a questão terminológica não é meramente estética, porque os conceitos não são sinônimos. Têm conteúdos distintos e se referem a objetos diversos, motivo pelo qual devem ser denominados por expressões diferentes entre si, para otimizar a discussão teórica e evitar confusões. Consequentemente, cada categoria deve ser identificada por seu conceito próprio e específico.

104. POLAINO NAVARRETE Miguel. **Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal**. México: Porrúa, 2001, p. 84/88.

1.5.4. A definição da punibilidade concreta, e sua distinção em relação à punibilidade abstrata

1. A possibilidade jurídica de aplicação de uma pena, como consequência de um ilícito penal culpável, necessita ser definida no ordenamento jurídico. Portanto, a punibilidade deve ser formalmente regulamentada no conteúdo de uma norma jurídica de natureza estrutural, que estabeleça as consequências jurídicas de fatos que caracterizem descumprimentos de normas de conduta.¹⁰⁵

Por tratar-se de uma norma jurídica, sua configuração, e a incidência de seu conteúdo, podem ser considerados mediante duas perspectivas distintas, correspondentes a seus aspectos abstrato e concreto. Kelsen classifica tais expressões da norma com base em um critério que considera o processo de incidência do conteúdo normativo desde seu âmbito geral, até sua efetiva individualização em relação a uma determinada situação específica. A norma é considerada em uma acepção estática quando é concebida como um comando genérico e abstrato. Paralelamente, quando é considerada em sua expressão de definição do comando que regulamenta e incide de forma específica e concreta em uma situação determinada, é classificada como uma manifestação dinâmica de sua essência.¹⁰⁶

A aplicação desta lógica, que distingue o aspecto normativo formalizado de modo genérico na lei, da incidência específica da norma em relação a uma situação fática concreta, à racionalização teórico-jurídica da punibilidade, viabiliza sua classificação em um aspecto abstrato e em um concreto. Desse modo, a punibilidade abstrata e geral corresponde ao aspecto estático da norma, consistente na cominação legal da pena, enquanto a punibilidade concreta e individualizada corresponde ao aspecto dinâmico da norma, consistente na potencial incidência do conteúdo normativo em relação a uma situação efetivamente ocorrida na realidade social.

105. Esta norma estrutural é denominada como secundária por Rocco, Mir Puig e Silva Sánchez, para diferenciá-la da norma de conduta [ROCCO, Arturo. *L'oggetto...* p. 67/74 (n. 18); MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte general. 10. ed. Barcelona: Reppertor, 2015, p. 67/70 (lec. 2, nm. 5/14); SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 311/315-360/362].

106. KELSEN, Hans. **Reine...** 2. Auflage. S. 72/73 (III, 15).

2. Esses aspectos da norma são reconhecidos em diferentes formulações teóricas, ainda que não necessariamente de forma conjunta e complementar, pois alguns autores tratam da punibilidade considerando somente sua expressão estática, e outros tratam do tema levando em conta exclusivamente sua configuração dinâmica. Como exemplos de proposições que consideram a punibilidade em sua expressão estática, podem ser indicadas as concepções de Beling, Battaglini, Cuello Calón, Antón Oneca, Cobo del Rosal e Vives Antón.¹⁰⁷ Paralelamente, Polaino Navarrete, Pannain e Figueiredo Dias, tratam o assunto a partir da perspectiva dinâmica.¹⁰⁸

3. As diferenças existentes entre os dois aspectos da punibilidade foram identificadas por Sauer. Este autor classificou a punibilidade abstrata como um “conjunto de pressupostos da pena definidos em lei”, e a punibilidade concreta como uma “referência de medida da pena na decisão judicial”. Desse modo, evidenciou que a aplicação da pena tem como referência uma situação de fato (juridicamente regulamentada), enquanto a possibilidade de incidência da pena no plano abstrato e geral tem como referência uma hipótese de fato (legalmente definida). Porém, a limitação das possibilidades conceituais disponíveis não lhe permitiu a adoção de uma terminologia específica para a denominação de cada objeto.¹⁰⁹

4. As distintas expressões da punibilidade somente foram adequadamente identificadas e classificadas por Ruggiero e Sáinz Cantero.

Ruggiero elaborou a classificação das diferentes expressões da punibilidade a partir da distinção entre duas relações: a) a do pre-

107. BELING, Ernst von. **Grundzüge...** S. 72/76 (§§ 37/39); BATTAGLINI, Giulio. **Diritto...** p. 276 (n. 68); CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal.** Parte general. tomo I. vol. I. 18. ed. Barcelona: Bosch, 1980, vol. I. p. 299-303; ANTÓN ONECA, José. **Derecho...** p. 163-261; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho...** p. 201.

108. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos...** p. 250-254/255; PANNAIN, Remo. **Gli elementi...** p. 1/2; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal.** Parte geral. tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 265 (§ 75).

109. SAUER, Wilhelm. **Allgemeine Strafrechtslehre.** 3. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1955, S. 19 (§ 7, I). O problema terminológico pode ser ilustrado pela proposição de Frederico Marques, que apesar de utilizar as expressões “direito abstrato de punir” e “direito concreto de punir”, emprega a primeira para designar o poder de polícia do Estado para impor o cumprimento das normas jurídicas de conduta (FREDERICO MARQUES, José. **Tratado...** vol. I. p. 135/136).

ceito normativo com a sanção cominada na lei e; b) a do fato ilícito com suas consequências jurídicas. Com base nesta premissa metodológica, classificou as correspondentes expressões da punibilidade respectivamente nas modalidades abstrata e concreta. A punibilidade abstrata surgiria com a norma, e a concreta com o fato.¹¹⁰ Em uma especificação ainda mais detalhada, Ruggiero também distinguiu a punibilidade concreta da incidência da pena. Desse modo, a relação entre o ilícito penal e suas consequências jurídicas (punibilidade concreta) é dissociada do ato do juiz, consistente na aplicação da pena na sentença. Este ato judicial (que expressa a penalidade) é denominado “punibilidade efetiva”, para distingui-lo da relação jurídica que o fundamenta.¹¹¹ Portanto, enquanto a punibilidade abstrata é o conteúdo geral da norma contida na lei, a punibilidade concreta é uma relação jurídica individualizada, e a penalidade (ou, na terminologia de Ruggiero, a “punibilidade efetiva”) é o ato que implementa o conteúdo dessa relação jurídica, cuja expressão é a sentença condenatória, e cujo objeto é a pena.¹¹² Desse modo, se define o conteúdo das três categorias jurídicas em análise.

Especificamente em relação ao objeto do presente tópico, Sáinz Cantero formula uma síntese muito didática, e esclarece que a punibilidade tanto pode ser considerada no sentido de uma previsão legal e abstrata da pena, quanto no sentido da possibilidade de aplicação de uma pena em relação a uma situação de fato concreta.¹¹³ Desse modo, define a diferença essencial entre as categorias da punibilidade abstrata e concreta.

Esta proposição é adequada para a identificação e definição das duas expressões da punibilidade (além da distinção entre a punibilidade e a penalidade), o que é fundamental para a classificação da categoria na teoria do delito, pois nem a punibilidade abstrata,

110. RUGGIERO, Giuseppe. *Punibilità*. In **Enciclopedia del Diritto**. vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988, p. 1123/1124-1140.

111. RUGGIERO, Giuseppe. *Punibilità*. p. 1124. Esta terminologia foi proposta por Carrara para indicar a penalidade [CARRARA, Francesco. **Programma...** vol. I. p. 61 (§ 41, nota n. 2)].

112. RUGGIERO, Giuseppe. *Punibilità*. p. 1136.

113. SÁINZ CANTERO, José Antonio. **Lecciones de Derecho Penal**. Parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990, p. 744.

nem a penalidade, integram o conceito analítico-estrutural do delito, mas não ocorre o mesmo com a punibilidade concreta. Somente a partir desta especificação é possível identificar que aspecto da punibilidade compõe o delito em cada expressão de sua constituição. Neste contexto:

- a) a punibilidade abstrata integra um conceito geral de delito, considerado como uma hipótese de fato típica e antijurídica, à qual é cominada uma pena;
- b) a punibilidade concreta integra o conceito analítico de delito, considerado como um fato típico (efetivo, e não mais uma hipótese de fato correspondente a um modelo típico), antijurídico e culpável, em relação ao qual o Estado tem a possibilidade jurídica de impor a pena definida na lei;¹¹⁴
- c) a penalidade é uma atividade judicial, mediante a qual o Estado aplica uma pena como consequência jurídica de um delito.

Portanto, o aspecto relevante na teoria do delito é a punibilidade concreta, porque é esta categoria que se relaciona com o fato típico, antijurídico e culpável.

114. Esta relação corresponde essencialmente à classificação das expressões abstrata e concreta do delito realizada por Santangelo (SANTANGELO, Giovanni. *Sui rapporti fra "reato" e "punibilità"*. In **Studi in onore di Francesco Antolisei**. vol. III. Milano: Giuffrè, 1965, p. 218/221), com base na distinção indicada por Manzini, entre a hipótese delitiva definida em lei, e o fato correspondente a tal hipótese [MANZINI, Vicenzo. **Trattato...** vol. I. p. 569/571 (n. 211, I)], embora Santangelo não empregue o mesmo critério para classificar a punibilidade, por confundi-la com a penalidade (SANTANGELO, Giovanni. *Sui rapporti...* p. 216/218).

CONCLUSÕES

1. A pesquisa começa pela análise de uma questão fundamental para a teoria do Direito Penal, e que consiste no conceito de punibilidade, porque apesar de sua relevância, ainda não foi elaborada uma definição de seu objeto de modo suficientemente determinado, e também não lhe foi atribuída qualquer função prática útil na estrutura do delito.

2. A definição conceitual básica da punibilidade é formulada como a possibilidade jurídica de aplicação da pena, e este conceito é dividido em dois âmbitos, denominados como abstrato e concreto. A punibilidade abstrata é a cominação legal de uma pena; e a concreta é a efetiva possibilidade de aplicação de uma pena a uma pessoa responsável pela realização de um ilícito penal culpável.

3. Ambos conceitos são estruturados no plano potencial, e se distinguem do ato de aplicação da pena, que é denominado como penalidade. A penalidade é dividida em suas expressões formal e material. A penalidade formal se implementa com a sentença condenatória, e a penalidade material se instaura com a execução da pena.

4. O fundamento instituinte da punibilidade concreta é o merecimento de pena, que é uma categoria valorativa cuja referência é a afetação socialmente relevante do bem jurídico. Quando o ilícito penal afeta o bem jurídico de modo socialmente relevante, instaura a punibilidade. Porém, quando esta afetação não é suficientemente relevante, o fato é considerado socialmente insignificante (“baga-tela”), e não instaura a punibilidade. Conseqüentemente, não se configura um delito.

5. O merecimento de pena não se confunde com a necessidade de pena. Esta é uma consequência da implementação de um ilícito penal merecedor de pena, e é orientada pelas finalidades preventivas da pena. Porém, esta necessidade pode ser excluída em situações específicas, devido à configuração de determinadas circunstâncias

excepcionais legalmente definidas. As hipóteses de exclusão da necessidade de pena implicam a exclusão da punibilidade, e correspondem às causas de exclusão de pena (*Strafausschließungsgründe*).

6. A punibilidade concreta é um elemento do conceito do delito, que é sintetizado na fórmula: fato típico, antijurídico, culpável e punível. Desse modo, os três conceitos de delito utilizados na teoria jurídica são unificados (consistentes no fato punível; o fato típico, antijurídico e culpável; e a afetação do bem jurídico). A este conceito quadripartido unificador é atribuída a denominação adjetiva: “integral”.

7. As causas que excluem a punibilidade impedem a configuração do delito. Porém, quando o aspecto que caracteriza a exclusão da necessidade de pena é implementado depois da completa configuração de um delito, mas antes da sentença condenatória, extingue a punibilidade e exclui a penalidade formal, porque impede a decisão judicial. Trata-se das causas de supressão de pena (*Strafaufhebungsgründe*).

8. Como exemplos de causa de supressão de pena são indicados: o arrependimento eficaz (em que a consumação de uma tentativa acabada é evitada mediante uma atuação posterior do sujeito); e a desistência voluntária nas situações socialmente relevantes devido à afetação do bem jurídico (mediante perigo). A desistência voluntária em uma situação socialmente irrelevante (devido à não instauração de um perigo ao bem jurídico) não instaura o merecimento de pena, e por esse motivo não se configura um delito porque a punibilidade concreta não é implementada.

9. Quando o aspecto que caracteriza a exclusão da necessidade de pena ocorre depois da condenação, deve ser classificado como uma causa de extinção da penalidade material, e como exemplo de causa de extinção da penalidade é indicado o caso da prescrição.

10. Desse modo, a punibilidade é definida, é identificado seu fundamento e função na estrutura do delito, e também é descrita a dinâmica de seu surgimento, exclusão e extinção.

11. De forma complementar, são especificados os conceitos de merecimento e necessidade de pena, além de ser proposto um conceito quadripartido de delito com um conteúdo relativamente

distinto do originalmente elaborado, que elimina a cisão entre um aspecto formal e outro material do conceito da categoria.

12. No aspecto prático, a solução dos casos de insignificância (“bagatela”) é tratada no âmbito do Direito Penal e, em consequência disso, esses fatos não são classificados como delitos, devido à não implementação da punibilidade.

13. Além disso, é alterado o critério distintivo das hipóteses nos casos de desistência voluntária e arrependimento eficaz, o que supera os problemas atualmente existentes devido à unificação de todas as soluções em uma categoria homogênea (as causas de supressão de pena).

14. Ao final, é proposta uma sistematização das causas de exclusão de punibilidade, extinção de punibilidade (e exclusão de penalidade) e extinção de penalidade, que pode contribuir para o desenvolvimento teórico dessas categorias.

15. A proposta não altera de forma essencial o conceito de delito desenvolvido pela teoria jurídico-penal nos últimos dois séculos, e que é amplamente utilizado, tanto pela teoria jurídica quanto na prática de aplicação da lei penal. Trata-se apenas de um aperfeiçoamento do conceito existente, com a modificação da estrutura sistemática do seu conteúdo, sem necessariamente alterar a essência objetiva desse conteúdo.