

A lei quando assume um caráter de perpetuidade e de grande rigidez, não prevendo quando da sua feitura a correspondente flexibilidade exigida face as situações emergentes, pode travar o desenvolvimento social; ao não absorver as inovações ocorridas, acaba por se constituir num forte obstáculo à mudança da sociedade. Quando isso acontece, os atores sociais protagonistas das inovações sentem-se obrigados a ignorar a lei, quando não chegam até mesmo a criar uma LEGISLAÇÃO A PARTE na tentativa de obter normas coindizentes com suas aspirações.

Condizentes, apesar da lei ter sido na maior das vezes um obstáculo à transformação social, ela também pode se constituir num instrumento que faz avançar conquistas sociais, quando, por exemplo, consagra objetivos ideais pelos quais as pessoas devem trabalhar para torná-los concretos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas*. Petrópolis, Editora Vozes, 1972.
- CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia e Direito*. São Paulo, Editora Atlas, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e violência simbólica*. São Paulo, Edusp, 1988.
- MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. 5ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1984.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. São Paulo, Edusp, 1981.

## O CRIME COMO ATO JURÍDICO

Flávio José Moreira Gonçalves  
Aluno da Faculdade de Direito da UFC

#### RESUMO

*Analisa o crime como ato jurídico questionando a definição de conduta antijurídica frente a evolução da Teoria Geral do Direito.*

#### ABSTRACT

*It analyses crime as juridic act questioning the antijuridic behaviour definition faced to General Theory of Law.*

#### 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É por demais conhecida dos estudiosos de Direito a clássica definição de crime, legada ao Direito Criminal pela Doutrina Clássica: "Crime é a conduta típica, antijurídica e culpável"<sup>1</sup>. Conhecida também a definição de ato jurídico, consagrada no art. 81 do nosso Código Civil:

"Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

Urge, porém, que façamos algumas considerações preliminares antes de concebermos precipitadamente o crime como ato ilícito e, portanto, antijurídico.

Desse problema da juridicidade ou não dos atos humanos, ocuparam-

<sup>1</sup> Cf. GOMES FILHO, Hugo Gonçalves. Curso Programado. Direito Penal (Parte Geral), Rio de Janeiro, Editora Rio, Pág. 83.

se particularmente três teorias distintas que analisaremos a seguir.

### 1.1. Doutrina Clássica

A teoria adotada pelos doutrinadores clássicos excluía o ilícito do âmbito do Direito, justamente por considerá-lo o anti-Direito, o não-ser que negaria o ser.

Derivada diretamente das concepções do filósofo PARMÊNIDES, que inadmitia relação dialógica entre "ser", entendendo-os como necessariamente excludentes, essa teoria teve em FAUSTINO BALLVE<sup>2</sup> um de seus defensores mais respeitados. Para ele, o jurídico (Direito) contrapõe-se diretamente ao anti-jurídico (anti-Direito), pelo que todo ato jurídico haveria de ser lícito, isto é, conforme o Direito. Os atos ilícitos, v.g., o crime, não poderiam jamais ser concebidos como atos jurídicos, já que representavam a negação do Direito.

Adotou esta tese, (como aferimos de seu art. 81) o nosso diploma civil material elaborado em 1916, imbuído do "espírito do tempo" em que fora votado e distante, portanto, das mudanças fundamentais ocorridas no pensamento jurídico após a sua aprovação. Assim, ainda encontramos nele a distinção entre ato jurídico e ato ilícito, motivo pelo qual CLÓVIS BEVILAQUA os colocara clara e visivelmente em títulos diferentes (No Título I do Livro III trata "Dos Atos Jurídicos" e no Título II do mesmo livro refere-se aos atos ilícitos como um gênero à parte, sob o título "Dos Atos Ilícitos").

No Direito Penal, o conceito analítico de crime adotado pela doutrina e consagrado pela Dogmática é aquele que encontra antecedentes no art. 2º do Código Criminal do Império, que o toma como sendo "a ação típica, antijurídica e culpável", resquício desse pensamento clássico que desconsiderava o caráter jurídico dos atos ilícitos. No caso, os ilícitos penais, aos quais a lei comina penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

### 1.2. Teoria Pura do Direito

Devemos ao maior jurista do século XX a definitiva inclusão do ilícito no cerne do Direito, do que resultou obviamente a constatação de que todo o ato ilícito estaria enquadrado num gênero maior que abrange todos os atos lícitos, legais ou ilícitos criadores, modificadores ou extinguidores de direitos. Esse gênero a que pertencem também os atos ilícitos é o gênero ato jurídico, ao qual não poderiam deixar de pertencer os atos lícitos, legais e ilícitos, garantindo o dogma da plenitude do ordenamento jurídico através da formação de uma teoria dos "campos da juridicidade" (licitude, legali-

2 BALLVE, Faustino. Apresentação do livro de Alexandre Graf Zu Dohna, *La Illicitud*, Pág. 12.

dade e ilicitude).

Fora HANS KELSEN<sup>3</sup>, portanto, o jurista responsável pela inserção do ilícito no Direito, transformando-o, no entanto, em sua "única e verdadeira via de acesso", consideração a qual fazemos sérias restrições de ordem teórica.

Assim, o crime, que é um ilícito penal, só por ser ilícito pertence ao gênero ato jurídico, não se afastando, portanto, a juridicidade do ato criminoso, apesar do típico e culpável.

O que pretendemos afirmar é o fato de que, com a Teoria Pura do Direito de KELSEN, não se pode mais falar na distinção entre ato jurídico e ato ilícito, distinção essa reputada inexistente, por absolutamente ilógica: não há que distinguir-se, nas coisas, a espécie do gênero ao qual elas pertencem. Imaginemos, v.g., a distinção entre "Homo" (gênero) e "sapiens" (espécie), tornada de todo impossível pelo simples fato de "sapiens" (assim como "faber", "erectus", etc) ser espécie, ou seja, subdivisão do gênero "Homo".

Ao configurarmos, por exemplo, o crime de furto ("subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" - art. 155, CP) como um ato ilícito ilegal, espécie do gênero ato jurídico, nada mais faremos senão atribuir juridicidade a essa conduta criminosa, inserindo-a na esfera de preocupação do Direito. É jurídico simplesmente porque interessa ao Direito e somente porque interessa ao Direito é que ele o regula.

### 1.3. Doutrina Ecológica ou Egoísmo Existencial

Kelsen incluía o ilícito no Direito, através da norma primária (Dada  $\bar{n}P$ , deve ser S), mas pecara pela sua supervalorização, colocando-o como único motivo para a disputa em juízo, para a realização do Direito. Tivesse atentado para as constatações da Antropologia Jurídica, teria percebido seu equívoco ao colocar a conduta anormal como a mais provável, aquela que estaria potencialmente sujeita a uma sanção.

O antropólogo ROBERT SHIRLEY afirma: "Quase todos os filósofos jurídicos, inclusive Hans Kelsen (*General theory of law and state*, 1952) e H.L.A. Hart (*The concept of law*, 1961), ensinaram que a natureza fundamental do direito é o poder que tem a sociedade de aplicar sanções ou punir uma conduta disruptiva ou ilegal".

Devemos, no entanto, a CARLOS CÓSSIO<sup>4</sup> o mais atual e aceitável equacionamento do problema, quando este insere o ilícito somente de

3 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, (trad. de João Baptista Machado), Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra (Portugal), 1974.

4 CÓSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, (Argentina), 1964.

forma secundária na estrutura de seu "juízo disjuntivo": Dado H, deve ser P ou Dada ñP, deve ser S

Assim, a conduta normal (lícita) passa a ocupar primariamente o papel de endonorma e a conduta anormal (ilícita) passa a ocupar o lugar da norma secundária de Kelsen, designada agora de "perinorma". Caberia, porém, indagar do "locus" a ser ocupado nesta estrutura pela conduta sobrenormal, a qual corresponderia uma sanção premial, não fora este um tema que fugiria ao nosso objeto de estudo, que é a juridicidade do crime como ato ilícito ilegal, ao qual a única sanção correspondente é de natureza penal, por reprováveis socialmente as suas consequências.

O ilícito está, portanto, inserido no Direito como um dos campos da juridicidade (ilicitude), ao qual correspondem todas as condutas reprováveis pela lei (ilícitos ilegais - crimes e contravenções, por exemplo) ou não admitidas pela sociedade (ilícitos propriamente ditos - furto de uso<sup>5</sup>, etc).

## 2. A POLÊMICA DOUTRINÁRIA E A CODIFICAÇÃO

Célebre a polêmica estabelecida entre dois grandes nomes do Direito brasileiro: MIGUEL REALE e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na qual o primeiro defendera a inclusão do ilícito no Direito mediante uma conceituação mais abrangente de ato jurídico, adotando-a em seu Projeto de Código Civil e o segundo negou o caráter jurídico dos atos ilícitos, filiando-se aos doutrinadores clássicos e ao sistema legal vigente.

Da polêmica resultou que MIGUEL REALE manteve corretamente em seu Projeto de Código Civil a definição ampla e atual de ato jurídico, ao caracterizá-lo como sendo todo ato lícito, legal ou ilícito capaz de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, abrangendo aí os três campos da juridicidade.

Ensina-nos o Direito das Obrigações que as mesmas decorrem de uma declaração unilateral de vontade, de um contrato ou de um ato ilícito. Analisando esta última fonte das obrigações e tendo em vista que toda obrigação jurídica deveria, exatamente por ser jurídica, resultar de um ato jurídico qualquer (declaração unilateral de vontade, contrato ou ato ilícito), tem-se que os atos ilícitos que são fontes das obrigações são atos jurídicos. Logo, o crime enquanto ato ilícito, geraria a obrigação do criminoso reparar o dano nos delitos de base patrimonial e/ou cumprir pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, conforme o caso.

5 Cf. a seguinte JURISPRUDÊNCIA: "Ocorre furto de uso quando alguém retira coisa alheia infungível, para dela servir-se momentânea ou passageiramente, repondo-a, a seguir, na esfera de atividade patrimonial do dono; tal fato é apenas ilícito civil e não penal" (STF, RTJ 37/97; RTJ 34/657; TJSC, RT 545/403; RT 544/423; TAPR, RT 523/471; TACrSP, Julgados 69/289; Julgados 93/149).

Tão acertado este pensamento que nos ensina BECCARIA, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*:<sup>6</sup> "Ninguém pode obrigar-vos a respeitar obrigações sem saberdes quais são essas obrigações", assertiva da qual se deduz o Princípio da Reserva Legal (CP, art. 1º) e a consequente necessidade de tipificação prévia do fato delituoso, gerador de obrigações penais.

## 3. CONCLUSÕES

Com este artigo, que incursionou também pelo próprio Direito Civil, procuramos mostrar a interdisciplinariedade necessária no trato dos problemas jurídicos, bem como demonstrar o atraso da concepção de crime no Direito Penal a partir da análise de teorias contemporâneas que, opondo-se à Doutrina Clássica, incluíra o ilícito no Direito, considerando-o jurídico.

Para concluir, poderíamos confirmar a nossa assertiva inicial de que o crime (ilícito ilegal) é ato jurídico observando a modalidade de estelionato prevista no art. 171, VI do Código Penal.

Aquele que emite cheque, ainda que sem a devida provisão de fundos em poder do sacado, não deixa de praticar um "ato de comércio objetivo", espécie do gênero ato jurídico, pois é a própria lei que reconhece a sua juridicidade. Daí afirmar-se a juridicidade do crime, em conformidade com a Teoria Pura do Direito, de HANS KELSEN e a Escola Ecológica, de CARLOS CÓSSIO.

A compreensão do crime como conduta (ação ou omissão) anti-jurídica, apesar de aceita pela Dogmática Jurídico-Penal, é absolutamente incompatível com o atual estágio evolutivo da Teoria do Direito, por confrontar-se com as duas teorias anteriormente citadas e não se prestar à explicação daquele ato jurídico-comercial objetivo representado pela modalidade de estelionato prevista no art. 171, VI do nosso Código Penal.

Ademais, sobre a juridicidade dos atos humanos, ensina-nos o Prof. ARNALDO VASCONCELOS: "Não há conduta ajurídica, isto é, sem referibilidade a Direito. Já não se pode, pois, insistir na discriminação entre atos jurídicos e atos ilícitos, porque a norma jurídica incide tanto sobre aqueles, como sobre estes, assim os introduzindo no mundo do Direito".<sup>7</sup>

## LEGISLAÇÃO ATUAL E ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Código Criminal do Império, art. 2º

Código Civil, art. 81

6 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, São Paulo, Editora Hemus, notas de Beccaria, segunda nota, Pág. 115.

7 VASCONCELOS, ARNALDO. *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, Págs. 27 e 40.