

# AS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE (IM) PRÓPRIAS E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE

## LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD (IM) PROPIAS Y SU (IN) COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

**Érika Mendes de Carvalho\***  
**Daiane Ayumi Kassada\*\***

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo examinar o papel da punibilidade como categoria político criminal não essencial à configuração do conceito analítico de delito. Delimita seu conteúdo e significado, conferindo especial destaque às condições objetivas de punibilidade. Tais condições são independentes do injusto culpável e restringem a possibilidade atuação concreta da resposta penal por razões político-criminais relacionadas à (des) necessidade de pena. Há circunstâncias que se assemelham às genuínas condições de punibilidade, dado que também se revelam alheias ao conteúdo do injusto culpável. Todavia, enquanto a exigência da constatação de uma autêntica condição objetiva de punibilidade (própria) importa em inequívoca limitação da punibilidade, a presença de uma condição objetiva de punibilidade imprópria significa um incremento da resposta punitiva. As condições objetivas de punibilidade qualificadas como impróprias são verdadeiras condições objetivas de maior punibilidade, imputadas ao sujeito com independência de sua vinculação com o injusto doloso ou culposo e desconectadas da culpabilidade individual. De conseguinte, cabe identificar esses elementos e analisar sua (i) legitimidade à luz do princípio da culpabilidade.

**Palavras-chave:** Punibilidade; Condições objetivas de punibilidade; Princípio de culpabilidade; Responsabilidade penal subjetiva; Condições objetivas de maior punibilidade.

**Resumen:** El presente estudio tiene por objeto el examen del papel de la punibilidad como categoría político criminal no esencial a la configuración del concepto analítico de delito. Delimita su contenido y significado, además de conferir especial énfasis a las condiciones objetivas de punibilidad. Dichas condiciones son independientes del injusto culpable y restringen la posibilidad de actuación concreta de la respuesta penal por razones político criminales relacionadas a la (in) necesidad de pena. Hay circunstancias que se asemejan a las genuinas condiciones de punibilidad, una vez que también se muestran ajenas al contenido del injusto culpable. Sin embargo, mientras la exigencia de constatación de una auténtica condición objetiva de punibilidad (propia) significa una inequívoca limitación de la punibilidad, la presencia de una condición objetiva de punibilidad impropia significa un incremento de la respuesta punitiva. Las condiciones objetivas de punibilidad calificadas como impropias son verdaderas condiciones objetivas de mayor punibilidad, imputables al agente con independencia de su conexión con el injusto doloso o imprudente e igualmente desconectadas del examen de la culpabilidad individual. Por lo tanto, hay que identificar tales elementos y analizar su (i) legitimidad a la luz del principio de culpabilidad.

**Palabras-clave:** Punibilidad; Condiciones objetivas de punibilidad; Principio de culpabilidad; Responsabilidad penal subjetiva; Condiciones objetivas de mayor punibilidad.

## 1.Introdução

---

\* Doutora e Pós-doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais (NEP) e do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI) da UEM.

\*\* Acadêmica do quinto ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá. Integrante do Núcleo de Estudos Penais (NEP) da UEM e do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI) da UEM.

O presente estudo tem por objetivo analisar um instituto que exige uma reflexão dogmática complexa: as denominadas *condições objetivas de punibilidade*. Tais condições são elementos que condicionam a configuração concreta da punibilidade com independência do tipo subjetivo, com lastro em exigências relacionadas à oportunidade/conveniência/(des) necessidade de pena. Não figuram, portanto, como elementos objetivos do tipo e tampouco pertencem ao conceito analítico de delito, a menos que este englobe – como pretende setor da doutrina<sup>1</sup> – a categoria da punibilidade entre seus elementos constitutivos.

As autênticas condições objetivas de punibilidade (condições objetivas de punibilidade próprias) importam em uma restrição da intervenção penal, já que apenas quando constatadas será possível a imposição da pena. Todavia, são detectadas situações em que a mera presença de dado externo ao tipo subjetivo permite a imposição de pena mais severa. Esses elementos (condições objetivas de punibilidade impróprias) conduziriam a um recrudescimento da resposta penal com independência do dolo.

Cumprido examinar, portanto, o conteúdo e o significado desses elementos anômalos, bem como questionar a legitimidade dessas figuras à luz do princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal subjetiva. Preocupam a frequência com a qual tais circunstâncias são infiltradas em dispositivos do ordenamento jurídico-penal brasileiro e as repercussões que podem produzir na configuração da responsabilidade penal.

A identificação das condições objetivas de punibilidade impróprias exigirá, de início, a delimitação do papel dogmático da categoria da punibilidade. Igualmente, far-se-á necessário conceituar as condições positivas de punibilidade e identificar suas principais características. A investigação também pretende realizar o cotejo entre as autênticas condições de punibilidade e aqueles elementos objetivos que fundamentam o agravamento da resposta penal com independência do dolo. Por fim, serão examinadas algumas das hipóteses nas quais o legislador penal lançou mão de condições impróprias de maior punibilidade, exame este que implicará em questionamento acerca da legitimidade da incorporação de elementos que podem infringir o princípio de culpabilidade, corolário da responsabilidade penal subjetiva.

No aspecto da análise doutrinária e legislativa, utilizar-se-á, principalmente, o método lógico-dedutivo, que consistirá no estudo da matéria à luz dos princípios penais de garantia, delimitando o objeto de análise com respaldo em conceitos jurídicos. O propósito fundamental da investigação consiste em desconstruir o instituto das condições objetivas de

---

<sup>1</sup> Cf. GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p.380 e ss.; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p.761-762.

maior punibilidade, evidenciando sua incompatibilidade com o princípio de culpabilidade e o inevitável retrocesso que essa constatação significa.

## **2.A punibilidade como categoria político-criminal e o conceito analítico de delito**

Sob a perspectiva de uma concepção teleológica de delito, considerações relacionadas aos fins da pena - mas especificamente as considerações vinculadas à funcionalidade desta para o equilíbrio sistêmico -, podem e devem permear todas as categorias integrantes do conceito analítico de delito. Todavia, essas considerações político criminais poderiam informar com exclusividade a essência de uma categoria autônoma, alheia ao conceito analítico de delito, conferindo-lhe um conteúdo próprio e distinto dos elementos pertencentes à definição de crime.

Assim, critérios diversos daqueles empregados na conformação do injusto culpável conduziram à construção de uma categoria autônoma, esta sim absolutamente permeável aos conteúdos político-criminais. As considerações político-criminais desempenhariam, portanto, um relevante papel não apenas na interpretação dos preceitos penais e na aplicação da pena, mas também ofereciam o fundamento das isenções parciais ou totais de pena reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Em síntese, as decisões valorativas da política criminal ingressariam no sistema penal no âmbito de uma categoria situada além do injusto culpável, onde condicionariam a imposição, a exclusão, ou, conforme o caso, a atenuação da resposta penal.

Os critérios da política criminal são frequentemente rechaçados enquanto princípios reitores das circunstâncias condicionantes da punibilidade sob o argumento de que essas diretrizes não fundamentariam com caráter exclusivo a previsão dessas circunstâncias, posto que atuariam também na esfera das categorias tradicionais do conceito de delito<sup>2</sup>. Quando não se parte, porém, de um conceito teleológico ou funcionalmente orientado de delito, mas da aceitação dos postulados fundamentais da teoria finalista, então resulta absolutamente coerente, sob essa perspectiva, a defesa de uma concepção que, ao não integrar na esfera da teoria jurídica do delito as valorações da política criminal, circunscreve o âmbito de atuação desta última aos elementos condicionantes da punibilidade alheios ao injusto culpável.

Assim, a defesa da não introdução de conteúdos político-criminais nas categorias que compõem o conceito de delito permite conferir à política criminal um relevante papel na fundamentação das circunstâncias comumente relacionadas à punibilidade, embora seja

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, por exemplo, POZUELO PÉREZ, Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 424.

forçoso reconhecer que o objeto e o conteúdo daquela ainda careçam de maior desenvolvimento. Todavia, a falta de concreção dos critérios político-criminais é um problema que também afetaria a concepção que defende sua incorporação na teoria jurídica do delito. A imperiosa necessidade de concreção dos critérios político-criminais que confluem nos elementos condicionantes da punibilidade alheios ao injusto culpável não pode, porém, ser um obstáculo ao reconhecimento de sua aptidão para unificar tais elementos, mas antes um estímulo para o aprofundamento da investigação acerca de seu objeto e conteúdo.

A punibilidade é uma categoria que apresenta um conteúdo material próprio, representado pelas condições de punibilidade positivas (condições objetivas de punibilidade) e negativas (escusas absolutórias). Entretanto, a punibilidade não é uma categoria essencial à estrutura delitiva. E não apenas em função do escasso número de condições de punibilidade na legislação penal<sup>3</sup>. Mesmo porque, na atualidade, é possível observar um notável incremento do número de elementos político-criminais condicionantes da punibilidade. Há uma razão decisiva que impede considerar essas circunstâncias como essenciais à estrutura delitiva: as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo (causas pessoais de exclusão de pena e causas pessoais de supressão de pena) baseiam-se em considerações político-criminais, e, em muitas hipóteses, também em exigências vinculadas aos fins da pena. Ao negar a proposta elaborada pelas diretrizes metodológicas que pretendem definir o delito a partir de e com referência à pena, o lógico é excluir da configuração do delito uma categoria cujo conteúdo esteja fundado em valorações relativas aos fins das sanções penais<sup>4</sup>. Consequentemente, a punibilidade seria uma categoria meramente circunstancial e alheia ao conceito de delito, o qual, do ponto de vista que aqui se defende, não agasalha em suas categorias considerações referentes aos fins da pena.

As circunstâncias condicionantes da punibilidade são hipóteses heterogêneas, com fundamento político-criminal, que deixam intacto o conteúdo das categorias delitivas (conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e atingem apenas a punibilidade. O fato de não repercutirem sobre a magnitude do injusto ou da culpabilidade não impede, porém, que essas circunstâncias possam desempenhar um papel importante na determinação da pena, seja em razão de seu significado político-criminal ou de considerações utilitárias alheias ao delito,

---

<sup>3</sup> Recorrem a esse argumento quantitativo, entre outros, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t.II. Madrid: Tecnos, 1998, p.22; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.48-49, e 62 e ss.

<sup>4</sup> Por coerência, a inserção dos fins da pena e das considerações político-criminais – ou político-jurídicas – nas categorias integrantes do conceito de delito deveria conduzir necessariamente à incorporação da punibilidade entre os elementos essenciais da estrutura delitiva, já que seu conteúdo é basicamente conformado por critérios relacionados à necessidade de pena, à oportunidade e à conveniência de imposição ou não de uma sanção penal. A punibilidade é a categoria político-criminal por excelência.

seja em virtude da redução da necessidade de pena do ponto de vista da prevenção geral e/ou especial<sup>5</sup>.

Depurando os elementos do conceito de delito de considerações político-criminais ou concernentes aos fins da pena, termina-se por chegar a um conceito de punibilidade como categoria que tem como conteúdo elementos heterogêneos, ancorados fundamentalmente em considerações utilitárias e/ou relacionadas aos fins preventivo-gerais e/ou especiais da pena, e que apenas excepcionalmente condicionam a possibilidade de sua imposição. A impossibilidade de identificação de um critério capaz de unificar todas as circunstâncias analisadas e conferir à categoria da punibilidade uma certa homogeneidade é um reflexo do caráter acidental dessa categoria, o que certamente não afasta a necessidade de um esforço no sentido de concretização dos diversos critérios político-criminais que a informam e, sobretudo, de um estudo das consequências dogmáticas que pode produzir a não inserção da punibilidade entre os elementos do delito.

Com respeito à primeira das tarefas sugeridas, cabe dizer que quando se estima que a definição do delito não se encontra entre os objetivos da política criminal, não há, em princípio, nenhuma objeção a que esta figure como o critério reitor das circunstâncias condicionantes da punibilidade alheias ao delito. Com efeito, como já destacado, os conteúdos político-criminais desempenham um papel importante não apenas na interpretação dos preceitos penais e na aplicação da pena, mas também intervêm no fundamento das isenções parciais ou totais de pena previstas pelo ordenamento jurídico-penal e no condicionamento da imposição da resposta penal ao advento/constatação de um elemento objetivo.

Por conseguinte, as decisões valorativas da política criminal teriam seu lugar no sistema penal justamente na esfera de uma categoria alheia ao injusto culpável (a punibilidade), onde determinariam a imposição, a exclusão, ou, conforme o caso, a atenuação da pena.

### **3. O conteúdo político-criminal da punibilidade: as condições objetivas de punibilidade e as excusas absolutórias em sentido amplo**

A punibilidade desempenha um importante papel como categoria adicional na qual têm lugar exigências político-criminais que, em algumas ocasiões, devem condicionar a imposição da pena em sua totalidade ou fundamentar sua atenuação. É evidente, porém, que por vezes há um flagrante exagero por parte do legislador, ao prever determinadas hipóteses

---

<sup>5</sup> Corroborando tal entendimento, DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985, p.213-214, 237, 246, e 356 ss.

de exclusão de pena nas quais não se verifica a eliminação ou sequer um efetivo menoscabo da necessidade de pena do ponto de vista das exigências preventivas. Por outro lado, faz-se necessário reconhecer que consagração de condições de punibilidade impróprias infringe determinados princípios penais fundamentais – como o de culpabilidade – e, portanto, dever-se-ia repensar a previsão desses elementos pelo ordenamento jurídico-penal.

Não obstante, em determinadas ocasiões resulta extremamente oportuno e útil, por exemplo, que a imposição da pena se encontre condicionada ao concurso de uma condição objetiva de punibilidade<sup>6</sup> (v.g. arts. 122, 164, CP; arts. 168, 172, 178, 180, Lei 11.101/05; art.91, Lei 8.666/93; art.241-A, §2º, Lei 8.069/90) ou a previsão de uma atenuação da pena (v.g. arts. 65, III, *b, d*, CP; art.14, II, Lei 9.605/98) ou de sua supressão (v.g. arts.15, 168, §2º, CP) quando presentes determinadas circunstâncias ou diante da realização voluntária de um comportamento pós-delitivo positivo que indique a ausência de necessidade de pena em virtude da satisfação parcial ou integral, conforme o caso, das exigências preventivo-gerais e especiais.

Pode-se afirmar, com caráter geral, que nos elementos condicionantes da punibilidade alheios à configuração delitiva coincidem fatores que refletem a situação política, social e cultural de um determinado momento histórico, de forma que o legislador, ao determinar a exclusão ou a atenuação da pena com supedâneo em motivações dessa natureza, permite que a figura de delito se adapte às peculiaridades de sua época<sup>7</sup>.

De acordo com o exposto, tem-se que as condições objetivas de punibilidade e as excusas absolutórias em sentido amplo são autênticas *condições político-criminais de punibilidade*, já que condicionam sua existência com base em considerações político-criminais. As exigências pragmáticas ou utilitárias que informam a categoria da punibilidade são apreendidas através da análise particular das hipóteses concretas. Em realidade, são distintos os motivos que servem de fundamento às circunstâncias mencionadas. Assim, enquanto algumas obedecem unicamente a considerações pragmáticas ou utilitárias de índole plural - v.g. as supressões de pena pela retratação nos delitos de falso testemunho (art.342, § 2º, CP) e nos delitos contra a honra (art.143, CP), e pela reparação do dano nos delitos ambientais (art.28, I, Lei 9.605/98) -, outras, além de um indiscutível interesse utilitário, denotam uma menor necessidade de pena do ponto de vista da prevenção geral e especial<sup>8</sup> –

---

<sup>6</sup> Cf. D'ASCOLA, Vincenzo Nico. Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Torino: UTET, 1993, n. 2, p.681.

<sup>7</sup> Sobre a matéria, vide DE VICENTE REMESAL, Javier, op.cit., p.324 ss.

<sup>8</sup> Nesse sentido, CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, t. III, p.281; FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.191 ss., entre outros.

v.g. a supressão de pena pela desistência voluntária ou pelo arrependimento eficaz (art.15, CP) ou pelo pagamento da contribuição devida à previdência social (art.168, § 2º, CP).

No momento de conferir relevância ao comportamento pós-delitivo como causa de supressão de pena, é conveniente que às razões utilitárias se agregue também uma diminuição das necessidades preventivas<sup>9</sup>. Se o fundamento eminentemente pragmático não justifica a renúncia total da pena ou se revela incompatível com as exigências de prevenção geral ou especial, a previsão da isenção total ou parcial termina por contribuir para uma subversão valorativa que compromete sobremaneira os fins da sanção penal. De fato, quando a legislação prevê causas de supressão total da pena fundadas no comportamento pós-delitivo, deve não apenas buscar estimular a realização de condutas aptas à satisfação dos interesses econômico-tributários ou favorecer o funcionamento da Administração de Justiça, por exemplo, mas também refletir a eliminação das exigências preventivas, uma vez que a simples produção de um resultado valioso do ponto de vista político-criminal, se desacompanhada de um menoscabo da necessidade de pena e fundada exclusivamente na satisfação de propósitos utilitários, pode gerar, por sem dúvida, uma situação de insustentável incongruência intrassistemática.

O reconhecimento da importância dos critérios político-criminais e a adoção de uma teoria unitária da pena – na qual a retribuição se encontra relativizada por fins preventivos – não conduz, conforme já destacado, à incorporação da punibilidade entre os elementos do conceito de delito, mas apenas contribui para a reafirmação do significado autônomo dessa categoria como sede das valorações alheias ao injusto culpável. A punibilidade possui uma vertente positiva e outra negativa: na primeira encontram-se alocadas as autênticas condições objetivas de punibilidade e, na segunda, as escusas absolutórias, que compreendem, além das causas de exclusão de pena – as escusas absolutórias em sentido estrito -, as causas de supressão total ou parcial da pena.

A localização sistemática conjunta de todas essas hipóteses no âmbito de uma única categoria – a punibilidade – não se fundamenta em um critério cronológico – visto que tais circunstâncias podem concorrer com anterioridade ou posterioridade à configuração do delito -, mas sim na identidade das razões de cunho político-criminal que lhes servem de fundamento. Não há dúvida de que a assunção de uma postura que rechaça a incorporação da punibilidade entre os elementos do delito não vislumbra na posterioridade de algumas dessas circunstâncias com relação à configuração do injusto da tentativa – como é o caso das

---

<sup>9</sup> Em sentido similar, SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: RT, 2003, p.56, 57, 106-107, 133 e 168.

hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo – um obstáculo à sua inserção em uma única categoria. Mesmo porque, ainda que anteriores ao início da execução, as causas pessoais de exclusão de pena – ou escusas absolutórias anteriores (v.g. art.181, CP) – também têm sua apreciação condicionada, pelo menos, ao aperfeiçoamento do injusto da tentativa. Ademais, as mesmas exigências de conveniência ou oportunidade – acompanhadas pela eliminação ou pela atenuação da necessidade de pena - que inspiram a previsão das causas de supressão da pena – as escusas absolutórias posteriores – podem ser igualmente constatadas, em maior ou menor medida, entre as razões que fundamentam as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias. Todas essas circunstâncias são, em resumo, *condições político-criminais de punibilidade*.

Inexiste, portanto, qualquer óbice à unificação de todas essas circunstâncias na categoria da punibilidade. Não obstante, tal categoria não deve ser considerada uma mera ‘via de escape’ para albergar todas aquelas hipóteses que não encontram localização sistemática adequada. Para que uma determinada circunstância possa ingressar em seus domínios, faz-se necessário, em primeiro lugar, que o seu fundamento político-criminal condicione a imposição da pena, e não a persecução penal. Por outro lado, em sendo assim, o lógico será excluir o elemento em questão das categorias que compõem o conceito de delito – a ação ou omissão típica, ilícita e culpável -, desde que assente que a estrutura delitiva encontra-se expurgada de exigências relacionadas à necessidade de pena.

A punibilidade, nessa perspectiva, apresenta um conteúdo próprio e distinto dos elementos que integram o delito, e sua importância impede compartilhar da opinião que a qualifica como um simples depósito desordenado de elementos multiformes<sup>10</sup>. Em qualquer caso, o que não se pode permitir é a incorporação de autênticas condições de procedibilidade ou de elementos relacionados com a própria estrutura delitiva<sup>11</sup> no âmbito da punibilidade, e vice-versa.

Em conclusão, a dificuldade em precisar a natureza jurídica de determinadas circunstâncias não pode servir como pretexto para que se prescindia de sua exaustiva e detida análise, precisamente para evitar que a punibilidade se converta em um amontoado de elementos desconexos e logre, finalmente, adquirir uma fisionomia própria.

---

<sup>10</sup> Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T. VII. 2 ed. Buenos Aires: Losada, 1977, p.140.

<sup>11</sup> Como ocorre, por exemplo, com o favorecimento pessoal, quando quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso (art.348, § 2º, CP), com a *exceptio veritatis* nos delitos contra a honra (arts.138, § 3º, e 139, parágrafo único, CP), ou com a inviolabilidade parlamentar.

#### 4. O (re) significado das condições objetivas de punibilidade

As condições objetivas de punibilidade são elementos que condicionam positivamente a configuração concreta da punibilidade. São, assim, condições positivas de punibilidade. São tratadas pela doutrina ora como elemento essencial do delito – entendido, em termos analíticos, como conduta típica, ilícita, culpável e, ademais, punível<sup>12</sup> -, ora como instituto residual, alheio à estrutura delitiva<sup>13</sup>. Segundo este último entendimento, que aqui se perfilha, o delito existe com independência da verificação de uma condição objetiva de punibilidade que, por sua vez, apenas interferiria na aplicação da pena, condicionando a concreta configuração da categoria da punibilidade. E o vetor dogmático não poderia ser outro tendo, em vista que “a inclusão da punibilidade no conceito de delito seria, assim, uma inegável tautologia. Com esse proceder se diria o óbvio: uma conduta é punível quando punível. O delito seria definido não pelos seus caracteres, mas por suas consequências”<sup>14</sup>.

Nessa perspectiva, a fim de conferir à categoria da punibilidade autonomia, torna-se indispensável examinar seu conteúdo e significado (o que foi feito no item anterior). Esse conteúdo compreende elementos anteriores e posteriores ao delito, alheios ao dolo, que, por considerações político-criminais, condicionam a configuração da resposta penal.

Tais elementos adicionais são dados excepcionalmente agregados ao injusto culpável<sup>15</sup>. Isto significa dizer que quando um indivíduo pratica uma conduta típica, ilícita e culpável, *possivelmente* estará sujeito à imposição da pena<sup>16</sup>. No entanto, em determinadas hipóteses, o legislador exige a verificação concreta de um elemento adicional (condição objetiva de punibilidade) como requisito necessário à aplicação da pena<sup>17</sup>. Ausente esse elemento adicional, o sujeito não poderá ser sancionado penalmente, ainda que tenha realizado o injusto culpável. A presença ou ausência de uma condição objetiva de punibilidade mantém incólume a estrutura do delito.

Um dos traços mais marcantes das condições objetivas de punibilidade reside, justamente, em sua heterogeneidade<sup>18</sup>. Com efeito, é possível elencar exaustivamente o rol dos elementos que podem ser considerados como condições objetivas de punibilidade,

---

<sup>12</sup> Cf. COBO DEL ROSAL, Manuel. La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. VI, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1983, p.38 e ss.; 52 e ss.

<sup>13</sup> Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. T.II. Parte General. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p.20.

<sup>14</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008, p.58.

<sup>15</sup> FARALDO CABANA, Patrícia, op.cit., p.76.

<sup>16</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 34.

<sup>17</sup> BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.7-8.

<sup>18</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p. 35.

exigindo-se assim, um cuidado adicional na interpretação dos tipos penais contidos na Parte Especial do Código Penal e das leis penais especiais.

Ainda que este estudo se restrinja à análise das condições objetivas de punibilidade, é importante destacar, inicialmente, algumas distinções existentes entre estas e as escusas absolutórias, que também conformam o conteúdo da mesma categoria.

Costuma-se apontar que as condições objetivas de punibilidade se concretizam positivamente – sua constatação habilita a atuação da punibilidade; já as escusas absolutórias atuam negativamente – sua presença impede a intervenção punitiva<sup>19</sup>.

Outra diferença importante é quanto à relação entre a incidência da característica pessoalidade e a influência desta no que concerne ao concurso de pessoas. As condições positivas de punibilidade têm caráter objetivo, ou seja, comunicam-se aos coautores e eventuais partícipes; as escusas absolutórias, caso constatadas, não se comunicam automaticamente aos coautores e partícipes, dado que apresentam caráter pessoal<sup>20</sup>, embora haja quem sustente a existência de escusas absolutórias de natureza objetiva<sup>21</sup>.

Pese as distinções existentes, condições objetivas de punibilidade e escusas absolutórias são alheias à estrutura do delito e não ecoam em sua configuração. Noutro dizer, não influem na magnitude do injusto e tampouco da culpabilidade<sup>22</sup>.

Esse apontamento significa dizer que as condições objetivas de punibilidade carecem de relevância quando se faz, *a priori*, a verificação da presença dos elementos do delito. Nessa perspectiva, as condições objetivas de punibilidade não influenciam na capacidade do sujeito de atuar de forma diversa (elemento da culpabilidade) e tampouco pertencem ao conteúdo típico.

A punibilidade é uma categoria autônoma e alheia ao conceito delito, integrada por elementos condicionantes de natureza político-criminal e, a exemplo daquele, constitui um pressuposto inafastável à aplicação da pena. Resta, porém, apontar critérios que permitam ao intérprete reconhecer a presença de uma condição objetiva de punibilidade.

---

<sup>19</sup> Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p.88; na doutrina nacional, por exemplo, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. 2ª parte. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, v.739, p.761; SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo, op.cit., p.113-114, e 123.

<sup>20</sup> Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. t.III. Parte General. Madrid: Tecnos, 2001, p.281; MAPELLI CAFFARENA, Borja *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p.102; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989, p.93.

<sup>21</sup> Assim, por exemplo, BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983, p.41; FARALDO CABANA, Patricia, op.cit., p. 52 e ss.

<sup>22</sup> Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008, p.94.

Dentre os diversos critérios sugeridos pela doutrina, está o critério de matiz jurídico-formal, que estabelece que as condições objetivas de punibilidade são introduzidas no ordenamento por determinadas expressões que automaticamente denunciam sua natureza jurídica<sup>23</sup>.

Certamente essa proposta de identificação jurídico-formal recebeu diversas críticas, já que identificar conjunções, preposições e/ou outras expressões que possam enunciar reiteradamente as condições de punibilidade de natureza objetiva (v.g. “se o suicídio se consuma” – art.122, CP; “desde que do fato resulte prejuízo” – art.164, CP) pressupõe um cuidado no uso da língua portuguesa que o legislador não tem e, mais do que isso, resume a identificação do instituto a uma mera questão linguística. Em síntese, a identificação concreta de uma eventual condição objetiva de punibilidade requer uma análise minuciosa para verificar o seu significado político-criminal e, assim, excluir sua vinculação ao tipo de injusto, sendo insuficiente, portanto, a mera interpretação gramatical.

Entre os critérios considerados substanciais, cumpre salientar dois deles: a) a falta de relação com o nexo causal; b) a falta de relação com o dolo. O critério da falta de relação causal considera que a ausência de nexo de causalidade é um fator caracterizador das condições objetivas de punibilidade<sup>24</sup>. A falta de um nexo causal entre a ação e o elemento em questão seria suficiente para classificá-lo como condição de punibilidade de natureza objetiva. No entanto, este referencial não pode ser considerado como decisivo para identificar a condição objetiva de punibilidade. É possível que a condição esteja unida à ação do autor por um vínculo causal (assim, por exemplo, a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou a recuperação extrajudicial de que tratam os artigos 163 e 180 da Lei 11.101/05) e nem por isso perca sua natureza extratípica, isto é, sua natureza de elemento alheio ao tipo e condicionante da punibilidade.

Quanto ao segundo critério,<sup>25</sup> este dispõe que as condições objetivas de punibilidade dispensam o dolo por parte do sujeito ativo, sendo irrelevante o conhecimento das mesmas por este último. As condições de punibilidade são elementos estranhos ao dolo, não exigem que o sujeito conheça sua existência ou abarque sua realização com sua vontade. Podem entrar na esfera do conhecimento do sujeito antes ou após o aperfeiçoamento dos elementos do tipo objetivo e isso não importa dizer que devam ser compreendidas pelo dolo. Esse

---

<sup>23</sup> Sobre esses critérios, vide, por todos, CARVALHO, Érika Mendes de, op.cit., p.97 e ss.

<sup>24</sup> CARVALHO, Érika Mendes de, op.cit., p.105.106.

<sup>25</sup> CARVALHO, Érika Mendes de, op.cit., p.98-99.

critério é considerado o mais apropriado para distinguir uma condição objetiva de punibilidade de um elemento objetivo do injusto.

E como o dolo se projeta precisamente sobre os elementos objetivos do tipo penal, a exterioridade das condições de punibilidade no que toca ao conteúdo do tipo objetivo significa, conseqüentemente, a ausência de conexão com o tipo subjetivo. Mesmo porque, como bem destaca GRACIA MARTÍN, “se a representação do autor e, por conseguinte, sua vontade, têm por objeto fatos que não estão compreendidos no tipo objetivo, então se trata de uma vontade que não pode dar lugar à constituição do dolo”<sup>26</sup>. Logo, ainda que possa existir, em determinadas hipóteses, nexos de causalidade entre a ação do sujeito e a produção da condição, esta não seria nunca um resultado (elemento objetivo do tipo), mas um dado objetivo extrínseco ao tipo que condiciona a aplicação de uma resposta penal.

Essa falta de relação com o dolo é uma característica comum a todas as condições objetivas de punibilidade, o que figura, de certa forma, como um critério mais seguro de identificação destas, em que pese a indiscutível heterogeneidade dos elementos examinados. A falta de vinculação ao dolo não outorga ao elemento, de forma automática, a natureza de condição político-criminal de punibilidade, mas, sem dúvida, é um indicativo de sua exclusão do âmbito do injusto culpável. As condições objetivas de punibilidade seriam, portanto, “causas suspensivas da punibilidade de um delito prévio, atuando como restrições ao injusto culpável punível”<sup>27</sup>.

Nesse sentido, consoante todo o exposto, infere-se que as condições objetivas de punibilidade são elementos adicionais exigidos excepcionalmente pelo legislador em determinados delitos, não com a finalidade de condicionar a existência destes, mas sim para obstaculizar ou condicionar a configuração da punibilidade de um injusto culpável previamente aperfeiçoado em todos seus elementos constitutivos (conduta típica, ilícita e culpável).

## **5. As condições objetivas de punibilidade e o princípio de culpabilidade**

A desvinculação das condições objetivas de punibilidade do conteúdo do dolo faz com que parte da doutrina discuta a legitimidade desses elementos sob a perspectiva do princípio

---

<sup>26</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid: UNED, 1999, n° 3, p.355.

<sup>27</sup> CARVALHO, Érika Mendes de, op.cit., p.116.

de culpabilidade<sup>28</sup>. Arthur KAUFMANN argumenta que, como as condições de punibilidade “também fundamentam a pena”, acabam por constituir “parte do injusto”, de modo que “violam o princípio de culpabilidade ao não ter que ser abarcadas pelo dolo nem ser imputáveis por imprudência”<sup>29</sup>.

Esse raciocínio, porém, assume como ponto de partida uma premissa equivocada, a saber, a de que as condições de punibilidade cofundamentam a pena, a exemplo do injusto e da culpabilidade. Todavia, as condições objetivas de punibilidade não fundamentam a pena, que só pode encontrar seu fundamento no injusto culpável. A pena guarda uma relação de proporcionalidade com a magnitude do injusto culpável, e aquelas condições são alheias a este.

O fato de não pertencerem às categorias do conceito de delito impede que possam fundamentar a magnitude da resposta penal. Condicionam somente a possibilidade de imposição da pena (e não sua graduação) e mesmo assim em um sentido restritivo. Pertencem à punibilidade, e não ao injusto culpável. De conseguinte, o reconhecimento dessas condições externas é perfeitamente compatível com o princípio de culpabilidade<sup>30</sup>.

Desta forma, tem-se que as condições objetivas de punibilidade próprias são aquelas que não comprometem a integridade do princípio da culpabilidade, pois apenas condicionam a possibilidade de imposição da pena para certos delitos.

No entanto, a partir de uma análise do ordenamento jurídico penal, verifica-se que, muitas vezes, o legislador lança mão deste instituto em certos tipos penais, não para restringir a sua punibilidade – sua finalidade originária e que a autoriza a sua utilização legítima -, mas para agravar a magnitude da resposta penal, ou seja, para fundamentar a imposição de sanções penais mais severas, com independência da vinculação com o injusto culpável.

Em decorrência deste contexto é que se vislumbra, em princípio, a classificação das condições objetivas de punibilidade em próprias e impróprias<sup>31</sup>. As primeiras não apresentam qualquer incompatibilidade com relação ao princípio de culpabilidade. Antes, significam uma

---

<sup>28</sup> Cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*, Parte Generale, p.600; BRICOLA, Franco. Punibilità. In: *Novissimo Digesto Italiano*, v.XIV. Torino: Editrice Torinese, 1976, p.606-607; MOCCIA, Sergio. *El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires/Montevideo: B de F/Euros Editores, 2003, p.159-160.

<sup>29</sup> KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. 2 ed. Heidelberg: Carl Winter, 1976, p.251.

<sup>30</sup> Nesse sentido, WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p.96-97.

<sup>31</sup> No que tange à classificação das condições objetivas de punibilidade em próprias e impróprias vide: FARALDO CABANA, Patrícia, op.cit., p.74-75; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989, p.30 e ss.; GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p. 39; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p.57 e ss.

restrição à imposição da pena com fundamento em razões político-criminais, já que sua ausência afeta diretamente a necessidade de pena.

De outro lado, as denominadas condições objetivas de punibilidade impróprias<sup>32</sup> ou de maior punibilidade são circunstâncias que não pertencem ao tipo de injusto e tampouco figuram como autênticas condições político-criminais de punibilidade. A presença desses elementos conduz a um incremento da resposta penal, com independência de sua vinculação com o dolo.

A complexidade das condições objetivas de punibilidade evidencia-se precisamente quando se chega à conclusão de que essas circunstâncias podem figurar como uma infração ao princípio de culpabilidade<sup>33</sup>.

De fato, ao conduzirem a um aumento da pena sem levar em consideração a consciência e vontade de realização do agente, as condições objetivas de maior punibilidade suscitam inúmeras discussões dogmáticas, especialmente no que concerne à (in) compatibilidade com o princípio de culpabilidade.

Isto porque “a circunstância de que a cominação penal supere notavelmente o conteúdo da culpabilidade do comportamento básico indica que, materialmente, são causas de agravamento penal que foram desvinculadas do injusto e da culpabilidade”<sup>34</sup> – ocorrendo uma presunção<sup>35</sup> indevida de maior reprovabilidade da conduta ante a desconsideração do dolo/culpa.

Neste sentido, apenas as condições objetivas punibilidade próprias são autênticas condições de punibilidade do delito, sendo as impróprias incompatíveis com o princípio da culpabilidade, sustentáculo da responsabilidade subjetiva. Ao autorizarem um incremento da pena totalmente dissociado do tipo subjetivo ou mesmo de critérios de imputação objetiva do resultado (nos delitos culposos), tais elementos evidenciam o emprego de uma técnica legislativa merecedora de rechaço, pois indicam um intolerável vestígio de responsabilidade

---

<sup>32</sup> Sobre a matéria, vide também CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones objetivas de punibilidad improprias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: UNED, n.17, 2006, p.225 e ss.

<sup>33</sup> Sobre a existência de condições objetivas de punibilidade que violariam o princípio da culpabilidade, vide BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na teoria do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.44.

<sup>34</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008, p. 120-121.

<sup>35</sup> Quanto à característica atribuída às condições objetivas impróprias, Walter Barbosa Bittar assevera que estas representam “um marco penal que desborda sensivelmente o conteúdo de culpabilidade da conduta base, um marco penal que se exaspera em função da pura verificação de um dado objetivo. Por conseguinte, este dado objetivo está contribuindo a fundamento do injusto: não pressupõe um comportamento antijurídico e, portanto, não tem a missão de restringir a punibilidade, senão, ao contrário, a de fundamentar uma agravamento da punibilidade.” (Vide BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.53-54).

penal objetiva (*versari in re illicita*) e, demais disso, não se coadunam com o conteúdo do princípio da presunção de inocência.

A infração à responsabilidade subjetiva em relação às condições objetivas de maior punibilidade/punibilidade imprópria se infere justamente porque não há proporcionalidade “à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou pela culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto, e não a culpabilidade”<sup>36</sup>. Tal proceder indica um claro resquício de responsabilidade objetiva no ordenamento, sempre que for reconhecido um aumento da pena ante a mera constatação de um dado objetivo ou de um evento totalmente desvinculado do conteúdo de injusto doloso ou culposos.

Com efeito, como bem apontava WESSELS, algumas condições objetivas de punibilidade “representam circunstancias de fato fundamentadoras da pena disfarçadas, que o legislador quis subtrair, por razões de política criminal, ao âmbito de aplicação do § 16, I, 1, e que assumiram o caráter de ‘*características do risco*’”<sup>37</sup>.

É o que ocorre, por exemplo, em alguns delitos (art.137, CP), nos quais a constatação de um evento (por exemplo, a morte ou a lesão corporal grave) permite que aquele que tenha realizado a conduta típica (*in casu*, participar de rixa) esteja sujeito a marcos penais mais elevados. A morte ou a lesão corporal de natureza grave, porém, não foram causadas pelo sujeito e tampouco são abarcadas por sua vontade de realização. Tampouco é possível afirmar que sua mera participação tenha criado e/ou realizado o risco da ocorrência daqueles eventos.

À primeira vista poder-se-ia confundir as condições de punibilidade com os denominados delitos qualificados pelo resultado. Entretanto, enquanto as condições objetivas de punibilidade são alheias ao dolo, sendo sua verificação meramente objetiva, nos delitos qualificados pelo resultado, consoante dispõe o artigo 19 do Código Penal brasileiro (“Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”) tem-se um autêntico resultado vinculado causalmente à conduta do agente e imputado a este a título de dolo ou culpa.

Todavia, quando se trata das condições objetivas de maior punibilidade, a relação destas com os delitos qualificados pelo resultado se apresenta como mais complexa, tendo em vista que aquelas também podem ensejar o incremento das margens penais (como ocorre no art.137, parágrafo único, do CP). Ocorre que esse incremento se dá sem que se possa constatar uma vinculação do evento (no caso, a morte ou a lesão corporal de natureza grave na rixa) com a conduta realizada pelo sujeito (a mera participação na rixa), em resumo, com total

---

<sup>36</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008, p.141.

<sup>37</sup> WESSELS, Johannes. *Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires: Depalma, 1980, p.50.

independência do dolo ou da culpa. Porém, a verificação desse evento (morte ou lesão corporal de natureza grave) é imputada ao sujeito de forma objetiva (e sem que passe pelo filtro representado pelos critérios objetivos de imputação no âmbito do tipo doloso – para aqueles que os aceitam – ou culposo).

Há, portanto, uma agravação das margens penais ou da pena, dependendo da hipótese concreta, totalmente alheia ao dolo (ainda que vislumbrado de forma monista) e não um fato qualificador representado por um resultado mais grave (elemento do tipo derivado qualificado) imputável a título de dolo/culpa. Infere-se daí a impropriedade do recurso às chamadas condições objetivas de punibilidade impróprias (ou condições objetivas de maior punibilidade), especialmente em um sistema penal no qual a estrita observância das garantias penais tem-se como obrigatória – em concreto, o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou de culpabilidade e o princípio da presunção de inocência.

#### **6. A (i) legitimidade das condições objetivas de maior punibilidade: tentativas de (des) construção da categoria**

Há quem procure legitimar a existência de condições objetivas de maior punibilidade, ainda que o reconhecimento destas importe admitir uma exceção ao princípio de responsabilidade penal subjetiva. KAUFMANN, por exemplo, vislumbra uma impossibilidade de concreção plena do princípio de culpabilidade, de modo que seria tolerável certa concessão ao *versari in re illicita*<sup>38</sup>. JESCHECK, por sua vez, salienta que as objeções que poderiam ser feitas às condições de punibilidade impróprias sob a perspectiva do princípio de culpabilidade “desaparecem em parte mediante a consideração de que o autor assume diretamente o *risco*, a todos reconhecível, de que poderia concorrer a condição objetiva de punibilidade”<sup>39</sup>, mas logo pondera que tais condições implicam em “restrições do princípio de culpabilidade que apenas até certo ponto podem ser justificadas pela *ideia do risco*”<sup>40</sup>.

Também SCHWEIKERT procurou acomodar as condições objetivas de punibilidade na esfera do injusto e, ao mesmo tempo, responder de modo convincente às críticas endereçadas às condições objetivas de punibilidade e sua duvidosa compatibilidade com o princípio de

---

<sup>38</sup> KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*, p.251.

<sup>39</sup> JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.506. Nesse sentido, BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973, p.82-83; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal*, p.50.

<sup>40</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, op.cit., p.507.

culpabilidade. Constrói, para tanto, uma terceira forma de conduta (a “conduta de risco”<sup>41</sup>), menos grave que a conduta culposa, posto que o risco que produz não significa a infração do dever objetivo de cuidado. Nesse sentido, as condições objetivas de punibilidade não afrontariam o princípio de culpabilidade, já que a conduta arriscada em si importa uma perigosidade ou risco para o bem jurídico e o conhecimento geral dessa perigosidade já seria bastante para fundamentar uma censura jurídico-penal compatível com aquele princípio. De conseguinte, o autor seria censurado no momento da produção do risco, de modo que presente uma circunstância condicionante da punibilidade haveria a presunção de que o sujeito assumiria o risco da produção da circunstância condicionante, sempre que entre esta e a conduta perigosa houvesse uma “relação de causalidade adequada reconhecível pelo autor”<sup>42</sup>, acompanhada pela consciência do risco (o autor deve conhecer e ser capaz de evitar a conduta realizada).

Entre as diversas críticas endereçadas a essa tese, aponta DÍEZ RIPOLLÉS que a conduta arriscada não é compatível com o princípio de culpabilidade precisamente porque o autor é reprovado pela ocorrência de um resultado concreto, embora este não tenha sido efetivamente previsto nem fosse passível de previsão<sup>43</sup>.

De outra parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sugere uma solução casuística para a questão da compatibilidade das condições de punibilidade com os princípios de culpabilidade e de presunção de inocência<sup>44</sup>. Nos denominados delitos de suspeita, por exemplo, haveria uma inequívoca violação a princípios constitucionais, mas outras hipóteses poderiam indicar a prevalência de interesses de cunho preventivo e da conveniência de se conferir ao preceito penal uma maior eficácia, o que legitimaria o recurso a elementos fundadores do injusto alheios à culpabilidade. A compatibilidade destes últimos com o princípio de culpabilidade seria assegurada, segundo o mencionado autor, ao se conferir relevância ao erro sobre as condições impróprias de culpabilidade que não afrontassem princípios penais de garantia.

O certo é que as condições objetivas de punibilidade não são verdadeiras condições de punibilidade e também não integram os elementos do tipo de injusto. Ainda assim,

---

<sup>41</sup> Vide SCHWEIKERT, Heinrich. *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, n.70, p.397.

<sup>42</sup> SCHWEIKERT, Heinrich, op.cit., p.403.

<sup>43</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código Penal español de 1980 I. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, p.641 e ss. Também criticam a tese de Schweikert, entre outros, LANG-HINRICHSEN, Dietrich. Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1961, v.73 (2), p.210 e ss., especialmente p.215-216, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T. VI. Buenos Aires, Losada, 1962, p.50; RAMACCI, Fabrizio. *Le condizioni obiettive di punibilità*. Napoli: Jovene, 1971, p.181 e ss.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, op.cit., p.61.

fundamentam a imposição de uma pena ou sua agravação sem que estejam compreendidas pelo dolo ou importem uma criação/realização do risco juridicamente não permitido pelo sujeito (quando adotados critérios objetivos de imputação no âmbito dos delitos dolosos).

Assim, nota-se que as condições objetivas de maior punibilidade não pertencem à categoria da punibilidade<sup>45</sup>, pois é inviável sua convivência harmônica com as autênticas condições de punibilidade (próprias), já que suas finalidades são distintas. As autênticas condições de punibilidade restringem a punibilidade por considerações político-criminais, relacionadas à menor necessidade de pena. Já as condições objetivas de maior punibilidade ampliam a intensidade e o alcance da resposta punitiva, mas com amparo em critérios político-criminais de conveniência/oportunidade.

Tampouco as condições objetivas de punibilidade impróprias podem ser consideradas como elemento do injusto penal, uma vez que todo elemento do tipo objetivo deve estar abarcado pelo dolo e aquelas dispensam a análise deste, o que fundamenta uma responsabilidade de matiz objetivo. Mesmo os partidários da introdução de critérios objetivos de imputação no âmbito dos delitos dolosos não logram conciliar tais elementos anômalos com o conteúdo daqueles, o que corrobora a difícil alocação dessas circunstâncias na esfera do tipo objetivo.

Nessa perspectiva, caso efetivamente haja o intuito de prever uma restrição da punibilidade da conduta típica, ilícita e culpável, o legislador deve lançar mão do instituto das genuínas condições objetivas de punibilidade. Caso contrário, conforme bem se destaca, se “determinada circunstância funciona como um ampliador do alcance do punível, não poderá ser considerada como uma presunção de que se esteja diante de uma excludente de punibilidade”<sup>46</sup>. Caso se pretenda, por outro lado, fundamentar uma resposta penal mais gravosa, será necessário vincular o elemento ao injusto culpável, sob pena de abominável e sorrateira concessão a hipótese de responsabilidade objetiva<sup>47</sup>.

Feitas essas considerações, cabe agora examinar se determinadas condições objetivas de punibilidade previstas pelo legislador no ordenamento jurídico penal brasileiro são efetivamente autênticas condições de punibilidade ou se são, de fato, condições objetivas de maior punibilidade – isto é, hipóteses de agravação ilegítima da pena -, em manifesta afronta à exigência de responsabilidade penal subjetiva.

---

<sup>45</sup> FARALDO CABANA, Patrícia, op.cit., p.75.

<sup>46</sup> BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.72.

<sup>47</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966, p.160.

## **7.O reconhecimento da presença de condições objetivas de maior punibilidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro**

É possível identificar, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, algumas hipóteses nas quais há clara ofensa ao princípio da responsabilidade penal subjetiva. Com efeito, sempre que o aumento das margens penais ou do quantum da pena estiver desconectado do âmbito do dolo será cabível identificar os chamados *delitos de suspeita*, nos quais a mera ocorrência de um dado/evento/circunstância legitima a maior intensidade da resposta penal, com independência de uma conexão direta com o injusto culpável.

A mais flagrante dessas situações ocorre no delito de “associação criminosa”, tipificado no artigo 288 do Código Penal, que em seu parágrafo único estabelece expressamente que “a pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”.

Sobre o parágrafo único do referido dispositivo legal, a doutrina dispõe que “a causa de aumento caracteriza-se quando a associação criminosa está armada (as armas podem ser próprias ou impróprias). Para a configuração da agravante, basta que um só integrante esteja armado. Assim, todos respondem por ela”<sup>48</sup>.

No caso em apreço, verifica-se que o legislador não condicionou (restringiu) a punibilidade do delito à constatação do emprego de arma por parte de algum integrante da associação, mas sim previu que se essa circunstância estiver presente será possível reconhecer uma causa de aumento da pena totalmente alheia à maior magnitude do injusto culpável.

É suficiente, a teor do mencionado dispositivo, que um integrante da associação esteja armado para que todos recebam uma resposta penal mais intensa, mesmo que desconheçam essa circunstância. Essa circunstância autoriza, portanto, um incremento da pena dissociado da exigência de responsabilidade penal objetiva.

Diante deste cenário, é de se questionar a atuação do legislador, tendo em vista que, na verdade, a circunstância indicada não influi diretamente sobre o injusto e a culpabilidade e, por isso, a reprovação individual e a conseqüente magnitude da sanção penal não deveriam ser mais intensas. A circunstância em exame só poderia incidir sobre a configuração da responsabilidade penal dos sujeitos componentes da associação que efetivamente tivessem consciência e vontade de se associar com o fim específico de cometer crimes com a utilização de armas. Trata-se, portanto, de uma condição objetiva de maior punibilidade, visto que

---

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 13.ed. São Paulo, 2014, p.1.207.

dispensa a constatação do dolo para fundamentar o incremento da pena, que ocorre somente em função de um elemento que não repercute sobre a gravidade do injusto culpável. Há, assim, manifesta ofensa ao princípio de culpabilidade.

Também no delito de rixa é possível constatar a presença de condição objetiva de maior punibilidade, conforme já destacado, já que a ocorrência de morte ou de lesão corporal de natureza grave autoriza a ampliação das margens penais pelo simples fato da participação na rixa (art.137, parágrafo único, CP).

O delito em questão é crime de mera conduta, de modo que “o conteúdo do tipo de injusto se esgota na simples participação da rixa, cuja periculosidade ao bem jurídico se supõe presente com a comprovação da atividade finalista”<sup>49</sup>. A exasperação das margens penais pela ocorrência da morte ou da lesão corporal grave não indica uma maior magnitude do injusto ou da culpabilidade daqueles que participam da rixa, mas um reforço das exigências de prevenção geral totalmente dissociado do princípio de responsabilidade penal subjetiva e do conteúdo do princípio de presunção de inocência.

Desta forma, quando o legislador assegurou que a simples participação da rixa já basta para que o sujeito responda mais severamente pela conduta realizada, independentemente da comprovação do dolo em relação à ocorrência da morte ou da lesão corporal de natureza grave, tem-se mais uma hipótese de condição objetiva de maior punibilidade, frequentemente confundida com um delito qualificado pelo resultado. A morte ou a lesão corporal grave só seriam autênticos resultados mais graves se estivessem vinculados à conduta do agente do ponto de vista causal, e desde que tal resultado causado estivesse abarcado pelo conhecimento e vontade daquele (dolo). Se assim fosse, estaríamos diante de um elemento objetivo do tipo derivado qualificado (resultado).

Além das hipóteses assinaladas, é possível apontar outras tantas que se confundem com verdadeiras causas de aumento de pena fundadas em uma maior magnitude do injusto culpável. A vinculação causal, nesses casos, ainda que constatada, não seria suficiente para autorizar um incremento da pena, em razão da ausência de dolo (dirigibilidade do curso causal pela consciência e vontade do sujeito).

É o que ocorre, por exemplo, no aumento de pena de metade se do crime contra a dignidade sexual resultar gravidez (art.234-A, III, CP); no aumento da pena de um sexto a um terço se do crime contra a flora resultar diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático (art.53, I, Lei 9.605/98); no aumento da pena de um terço a

---

<sup>49</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, op.cit., p.760.

dois terços, se houver dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa constante do estudo, laudo ou relatório ambiental elaborado ou apresentado no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo (art.69-A, §2º, Lei 9.605/98).

São todas elas hipóteses de autênticas condições objetivas de maior punibilidade. Nelas, o nexu causal, ainda que constatado (ou constatável), não basta para conferir aos elementos em análise o status de elementos dos referidos tipos penais objetivos e tampouco autorizará sua vinculação com o dolo do sujeito. Essa última conexão só ocorreria se a consciência e a vontade do agente conduzissem o processo causal, o que claramente não se verifica. Tampouco seria cabível endereçar ao agente um juízo de censura ou de reprovação superior em sua intensidade, pois não seria possível reconhecer a previsibilidade subjetiva daqueles acontecimentos. De conseguinte, a produção desses eventos não poderia permitir o incremento da resposta penal endereçada ao sujeito, posto que dissociados do injusto culpável. São inadmissíveis vestígios de uma responsabilidade penal de cunho objetivo e deveriam ser expurgados do ordenamento jurídico.

No princípio de culpabilidade cabe inserir, como parte de seu conteúdo material, o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como pressuposto da pena, que afasta a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito pela realização de uma conduta lícita ou ilícita<sup>50</sup>.

Nessa perspectiva, a identificação de circunstâncias que ampliam a intensidade da pena com independência do injusto culpável e com exclusivo supedâneo em exigências vinculadas aos fins da própria pena (de índole preventiva) contrasta com o postulado da responsabilidade penal subjetiva (art.19, CP), expressão do princípio de culpabilidade.

Ademais, a imposição de uma pena sem dolo ou culpa, ou a fixação de uma sanção superior à medida da culpabilidade individual “supõe a utilização do ser humano como um mero instrumento para a consecução de fins sociais, nesse caso preventivos, o que implica um grave atentado a sua dignidade”<sup>51</sup>.

Consequentemente, a infração ao princípio de culpabilidade e a repercussão dessa violação no que concerne à dignidade humana - enquanto dado imanente e limite inarredável a qualquer resposta jurídica - autorizam o rechaço à categoria das condições objetivas de maior punibilidade e a defesa intransigente de sua eliminação do ordenamento jurídico-penal.

---

<sup>50</sup> Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código Español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: UNED, n.17, 2006, p.254.

<sup>51</sup> CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. T. III. Madrid: Tecnos, 2001, p.17.

## 8. Conclusão

Ante o exposto, tem-se que a punibilidade (constituída pelas condições objetivas de punibilidade e pelas escusas absolutórias) é uma categoria autônoma e alheia à estrutura do delito, o que significa dizer que, para a configuração delitiva, basta verificar a existência de uma conduta típica, ilícita e culpável.

A punibilidade apresenta um conteúdo próprio e figura como um pressuposto adicional e necessário à imposição da pena sempre que, por considerações de índole político-criminal, for oportuna a restrição da resposta punitiva. Essa função complementar desempenhada pela punibilidade a transforma em uma categoria valorativa alheia ao conceito de delito, que se constitui com independência daquela. Em algumas hipóteses, porém, razões de conveniência ou oportunidade – ou considerações de ordem preventiva – determinam a impossibilidade de imposição concreta da sanção penal, o que de modo algum desnatura os juízos valorativos precedentes, conformadores da responsabilidade penal<sup>52</sup>.

As autênticas condições objetivas de punibilidade são elementos que condicionam a resposta penal por razões político-criminais. Não são incompatíveis com o princípio de culpabilidade e com o princípio de presunção de inocência, embora dissociadas do dolo. São elementos heterogêneos que não pertencem ao tipo objetivo, ainda que possam, eventualmente, conectarem-se causalmente à conduta do agente. O traço característico fundamental desses elementos reside, portanto, na desconexão do conteúdo típico. Integram, porém, a figura de delito, entendida esta última como o conjunto dos pressupostos indispensáveis à imposição de uma pena.

Em síntese, a característica principal das autênticas objetivas de punibilidade radica na falta de relação com o dolo e na ausência de repercussão na magnitude do injusto culpável. As condições objetivas de punibilidade próprias são legítimas do ponto de vista do princípio de culpabilidade, pois não fundamentam a intensidade da resposta penal, antes obstaculizam e limitam sua configuração.

De outra parte, as condições objetivas de punibilidade impróprias – ou condições objetivas de maior punibilidade – atuam diretamente sobre a magnitude da pena, ampliando as margens penais ou incrementando o quantum da sanção penal. A ilegitimidade dessas figuras é defensável em razão de não pertencerem ao injusto culpável e representarem um aumento da pena totalmente dissociado do tipo subjetivo ou mesmo de critérios objetivos de imputação.

---

<sup>52</sup> Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008, p.335.

Considerações de natureza preventiva fundamentam uma resposta penal mais severa, ainda que tais dados não indiquem uma maior gravidade do injusto ou um maior grau de reprovabilidade individual. É o que ocorre, por exemplo, nos artigos 137, parágrafo único, 234-A, III, e 288, parágrafo único, do Código Penal, bem como nas hipóteses constantes dos artigos art.53, I, e 69-A, §2º, da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

As condições objetivas de maior punibilidade figuram como elementos externos ao desvalor da ação e do resultado e não indicam uma reprovabilidade individual mais acentuada. Logo, somente considerações de ordem preventiva conduzem ao incremento da pena.

São, portanto, inadmissíveis vestígios de responsabilidade penal objetiva no ordenamento jurídico penal brasileiro, dado que afrontam cabalmente o conteúdo do princípio de culpabilidade em sentido amplo. O aumento da intensidade da resposta penal fundamenta-se apenas na mera produção de um evento lesivo, desvinculado subjetivamente da conduta realizada, o que permite identificar nesses casos manifestações explícitas de uma responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita. Cabe repudiá-las com veemência e exigir sua supressão imediata da legislação vigente.

## 9.Referências

D'ASCOLA, Vincenzo Nico. Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Torino: UTET, 1993, n. 2, p.652-681.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na teoria do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRICOLA, Franco. Punibilità (condizioni obiettive di). In: *Novissimo Digesto Italiano*, v.XIV. Torino: Editrice Torinese, 1976, p.588-607.

CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código Español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: UNED, n.17, 2006.

\_\_\_\_\_. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t.II. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General, t. III. Madrid: Tecnos, 2001.

COBO DEL ROSAL, M. La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. VI, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1983, p.09-53.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código Penal español de 1980 (I). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc.I, T. XXXVI, 1982, p.627-649.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*, Parte Generale. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. 2ª parte. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, v.739, p.753-761.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966.

GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid: UNED, 1999, nº 3, p.335-360.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T. VI. Buenos Aires, Losada, 1962.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal*. T. VII. 2 ed. Buenos Aires: Losada, 1977.

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. 2 ed. Heidelberg: Carl Winter, 1976.

LANG-HINRICHSSEN, Dietrich. Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1961, v.73 (2), p.210-236.

MAPELLI CAFFARENA, Borja *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989.
- MOCCIA, Sergio. *El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires/Montevideo: B de F/Euros Editores, 2003.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- POZUELO PÉREZ, Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 13.ed. São Paulo, 2014.
- RAMACCI, Fabrizio. *Le condizioni obiettive di punibilità*. Napoli: Jovene, 1971.
- SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: RT, 2003.
- SCHWEIKERT, Heinrich. Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, n.70, p.394-411.
- DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WESSELS, Johannes. *Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires: Depalma, 1980.