

Sumário

1 — Origem dos termos. 2 — Distinção histórica dos ilícitos civil e penal. 3 — Delito e pena. 4 — O problema da conceituação. 5 — O ilícito na Teoria Geral do Direito. 6 — Distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal.

1. Origem dos termos

O direito romano utilizou vocábulos para designar a conduta delituosa.

Segundo MOMSEN, de início, usou-se o termo **nox**, que evoluiu para **noxia**, com a acepção de dano. Não expressava, portanto, exatamente, a significação do delito em si, mas as conseqüências advindas da conduta delituosa.

Outros termos foram utilizados para exprimir o mesmo conceito. Nas orações contra LÚCIO CATILINA, p. ex., CÍCERO usou muito o termo **scelus** e **sceleratu**, de cujas raízes derivou o vocábulo **celerado**, que, em vernáculo, pode ser usado indistintamente como substantivo ou adjetivo, para exprimir a idéia de criminoso.

Ainda encontramos os termos **maleficium**, **flagitum**, **fraus**, **facinus**, **peccatum**, **probum**, **crimen** e **delictum**, especialmente os dois últimos. A palavra **crimen**, derivada do grego **cerno**, era reservada para denominar os delitos mais graves, tal como ocorreu na Idade Média, enquanto **delictum** surgiu da palavra **delinquere**, abandonar, resvalar, na verdade bem expressiva, na medida em que se tem em conta que o

delito é abandono da normalidade jurídica. Daí VILLALOBOS acrescentar que delinqüente é composto de **linquere** (deixar) e do prefixo **de**, de conotação pejorativa, tomando-se como **linquere viam** ou **rectam viam** — deixar ou abandonar o bom caminho¹.

A palavra delito, portanto, tem originalmente uma compreensão bastante ampla, não se prestando apenas à definição da ilicitude penal.

No que tange à palavra **ilícito**, é interessante observar que corresponde a **torto**, em italiano, e a **entuerto**, em espanhol, expressões que, por si sós, deixam clara a idéia do que não é certo, torcido, contrário ao direito.

2. Distinção histórica dos ilícitos civil e penal

No curso da história das instituições jurídicas, nota-se uma separação progressiva do ilícito civil, fundado na culpa, do ilícito penal. A reparação do dano precedeu as penas aflitivas, como o castigo corporal ou o encarceramento. É o que se vê nas legislações mais antigas, como o Código de HAMURÁBI, nos códigos chineses, no de MANU e nas leis hebraicas.

A distinção moderna entre **pena** — que tem em vista a punição do culpado — e a **indenização** — destinada a reparar o prejuízo causado à vítima — é de origem relativamente recente. Nas sociedades primitivas, a única sanção é uma penalidade.

Segundo os tratadistas, a humanidade teria passado por quatro fases sucessivas: da vingança privada, das composições voluntárias, das composições legais e da repressão pelo Estado.

A primeira fundamenta-se na idéia de que a vítima tem o direito de vingar-se, causando ao culpado prejuízo semelhante ao que

¹ VILLALOBOS, Ignácio — **Direito Penal**, México.

sofreu. Tal reação espontânea conduz à **lei de talião**: "olho por olho, dente por dente". Numa fase mais avançada, corresponde ao direito de apossar-se diretamente do autor do delito (**manus injectio**) ou obrigar o senhor, sendo ele um escravo, a entregá-lo à vítima ou responder por ele (**noxales actiones**).

Nessa fase, a comunidade abandona o culpado à vingança da sua vítima ou da família desta.

Segundo A. PRINS, o direito de vingança privada baseia-se em dois princípios fundamentais: o primeiro, na fraternidade do sangue, da solidariedade familiar; depois, no restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo **ataque**².

No direito romano, o fim da primeira fase é marcado pela Lei das XII Tábuas, elaborada no ano de 303 de Roma, segundo a qual o causador de lesões corporais, inocente ou culpado, se não transigisse, sofria a pena de talião.

Na segunda fase, o castigo corporal é substituído por uma indenização em dinheiro. Passa-se às **composições voluntárias**, variáveis conforme as pessoas e as circunstâncias. Foram praticadas entre os germanos e há referência sobre elas nos velhos monumentos do direito romano. Contudo, em Roma, seu fundamento é sempre de caráter privado e não podia substituir a ação pública. Realizava-se apenas nos raros casos de injúria ou dano, em que não era possível sobrepor a força da lei à dos litigantes.

A autoridade vai aos poucos tomando medidas para conter as paixões individuais, opondo-se ao exercício do direito da vingança privada: leva o culpado a procurar a reconciliação e a vítima a aceitar o

² **Ciência Penal e Direito Positivo** — trad. do Dr. HENRIQUE DE CARVALHO, Jacyntho Ribeiro dos Santos — Livreiro-Editor, Rio, 1916, págs. 16 e 17.

dinheiro da reconciliação. Essa transação pecuniária é a **compositio**, cujo preço é o **wehrgeld**.

A lei sálica representava o verdadeiro código da composição, tarifando em cada caso a quantia a pagar ao lesado ou à sua família, pela remissão do direito de vingança³.

A terceira fase ocorre com o desenvolvimento da noção de Estado, como sociedade politicamente organizada. O poder público assume o encargo de boa ordem, fixando o montante que o culpado deverá pagar à vítima ou ao grupo familiar de que ela faz parte.

Na última fase, desaparece a idéia de pena privada, para dar lugar ao da pena pública. Fica reservado ao Estado o monopólio do direito de punir os delitos. A vítima pode apenas denunciar a infração sofrida e pleitear a reparação pecuniária do prejuízo correspondente. Contudo, essa reparação é independente da pena corporal ou pecuniária que castigará o culpado.

Apesar do progresso alcançado, algumas punições primitivas persistiam: o devedor insolvente, ainda que sem culpa, corria o risco de ser reduzido à situação de escravo pelo resto da vida; no caso de concurso de credores, havia a possibilidade de ser cortado em pedaços.

Já na Lei das XII Tábuas, como em outras leis antigas, apareciam disposições sobre o **damnum injuria datum**, que consistia em considerar delituosa a conduta de quem causasse prejuízo a outrem, em sua pessoa ou patrimônio, por ato contra o direito. Exigia-se apenas a ocorrência de dolo ou culpa, mesmo levíssima.

³ O direito de vingança privada baseia-se em dois princípios fundamentais: primeiro, na fraternidade do sangue, na solidariedade familiar; depois, no restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo ataque. Não há responsabilidade Individual, mas uma luta entre duas famílias e essa luta termina ou pela satisfação do sentimento de vingança, ou por uma transação pecuniária, **compositio**. O preço da transação é o **wehrgeld** (cf. A. PRINS, ob. cit., págs. 16 e 17).

O princípio foi consagrado pela **Lex Aquilia**, datada do ano 468 da fundação de Roma. De início, teve aplicação restrita, porque a ação cabia apenas ao proprietário e somente quando se tratava de danos corporais (**damnum corpore corpori datum**). Posteriormente, foi estendida a outras pessoas e a outros danos.

A **Lex Aquilia** tinha caráter penal, mas nela existiam disposições para avaliação do dano, visando a beneficiar a pessoa lesada. Ela continha três capítulos: o primeiro tratava da morte a escravos e animais, da espécie dos que pastam em rebanhos; o segundo regulava a quitação por parte do **adstipulator** com prejuízo do credor estipulante; o terceiro e último capítulo ocupava-se do **damnum injuria datum**, cujo alcance era mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas⁴.

As Institutas estabeleciam cinco espécies de obrigações **ex delicto**, dentre as quais destacam-se as seguintes: a ação popular, para solicitar pena privada contra quem coloca ou suspende um objeto sobre uma passagem, de modo a comprometer a segurança dos peões; e as ações noxais (**noxales actiones**), pelas quais o senhor podia ser acionado como responsável pelo dano causado pelo escravo, sem sua ordem, e com obrigação à reparação.

A grande contribuição do direito romano consiste em estabelecer a responsabilidade com base na culpa, em substituição ao princípio primitivo de causalidade material.

Observa-se, porém, que alguns autores divergem quanto à linha de evolução histórica aqui apresentada.

⁴ JOSÉ DE AGUIAR DIAS — "Reparação do Dano", in **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, vol. 48, Editor Borsóí, Rio de Janeiro, pág. 321.

Para STEINMETZ, a reação penal foi, a princípio, dirigida cegamente. A vítima lançava sua vingança a tudo que existisse em volta, objeto inanimado ou vivo.

A reação passou, depois, a recair sobre toda a comunidade, que pagava pelas ilicitudes cometidas por um dos seus contra um membro do grupo vizinho⁵.

Assinala NELSON DE SOUSA SAMPAIO que muitos autores denunciaram a tendência atual a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas como um retorno àquela idéia primitiva⁶.

Em geral, costuma-se conceituar o delito como ato ilícito, que tem como consequência a aplicação de uma pena.

Esse conceito considera a punibilidade elemento essencial do delito, como entenderam eminentes penalistas, como CARRANCÁ TRUJILLO e LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA⁷.

Tal definição mereceu a crítica de VILLALOBOS, quanto à sua insuficiência, chegando mesmo a afirmar que não se trata de uma definição, mas um erro arraigado de muitos especialistas do Direito Penal.

O eminente penalista mexicano assinala que há delitos que gozam de escusa absolutória, sem que percam o seu caráter ilícito, como também se multiplicam as infrações administrativas e disciplinares, sancionadas pela lei com pena, sem que se revistam de natureza delituosa.

Argumenta, ainda, que nada impede de se pensar em tal nível de cultura, no qual bastava assinalar-se o ilícito e o proibido, para ordenar a conduta dos cidadãos, sem necessidade de penas. Poderíamos, ainda,

⁵ Apud NELSON DE SOUSA SAMPAIO — "O Indivíduo e o Direito Penal do Futuro", 11ª parte, **Forum**, Vol. XVII, Ano UM, Fase. 13, págs. 29 e 30.

⁶ **Idem, Ibidem.**

⁷ VILLALOBOS, Ignácio, ob. cit.

acrescenta, supor a realização dos ideais positivistas, em que as pessoas cedessem seu lugar a meios terapêuticos e preventivos⁸.

CARRARA já havia percebido que a penalidade é um aspecto accidental do delito. Ao examinar o problema da distinção entre os delitos mais ou menos odiosos e detestados, conclui acentuando:

Para mim, encaro-a antes como uma verdadeira **impossibilidade**, do que como uma simples dificuldade, e, na verdade, não se pode usar aqui o critério accidental da pena⁹.

Depois de deixar explícito que concebe o delito como uma forma peculiar de ilicitude, KITZINGER acrescenta que esta ilicitude não é criada por nenhum preceito jurídico, mas exclusivamente pela punibilidade¹⁰.

Sua tese foi examinada por ALEXANDER GRAF ZUDOHNA, que a analisa em seus pormenores, concluindo, porém, que as premissas focalizadas pelo autor da tese deveriam levá-lo a concluir que o motivo da punibilidade é a ilicitude, e não vice-versa, assinalando:

Uma ação não é ilícita porque é punível, mas ela sofre uma pena quando é ilícita¹¹.

Esse aspecto não passou despercebido a MARCELO CAETANO ao sublinhar que "o ato ilícito é o pressuposto da sanção" e esta "a ameaça de um mal para o caso de inobservância de um imperativo",

⁸ **Ibidem.**

⁹ **Programa do Curso de Direito Criminal**, Ed. Saraiva, trad. de JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI e J. R. PRESTES BARRA, 1956, Parte Geral, vol. I.

¹⁰ O texto, em sua tradução espanhola, é o seguinte: "si bien que esta ilicitud no es creada por ningún precepto Jurídico explicitamente concluyente; solo es creada por y con la punibilidad y lejos de Ir contra de ella' o ser Independiente de ella, la está ligada siempre del modo más estrecho, de modo que es por ella cublerta y pierde toda pretension a una significación autônoma" (Apud DOHNA — **La Illicitud**, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, pág. 12).

¹¹ Ob. cit., pág. 14.

enquanto que a efetivação do preceito sancionador pelo emprego da força constitui a coação¹².

Há autores que exageram ao definir o papel da sanção. NELSON DE SOUSA SAMPAIO chega a afirmar que "a idéia de direito se associa, e quase se identifica, à de sanção", daí por que entende que o direito penal é "o núcleo jurídico por excelência, onde a idéia do direito se representa da maneira mais palpável e eloqüente"¹³.

Não obstante, o caráter sancionador é insuficiente para a caracterização da ilicitude. Busquemos, pois, conceituá-la doutro modo.

4. O problema da conceituação

Segundo MAGGIORE, o delito (reato) pode ser definido em sentido formal (jurídico-dogmático) e em sentido real (ético-histórico). Na primeira acepção, chama-se delito toda ação que ofende gravemente a ordem ético-jurídica e por isso merece aquela grave sanção que é a pena.

Em outras palavras: delito é um mal que deve ser retribuído com outro mal, para a reintegração da ordem ético-jurídica ofendida^{14 15}.

A primeira definição é insuficiente, na medida em que termina por repetir no enunciado o seu próprio objeto. As ações puníveis são as castigadas nos termos da lei. E se indaga quais as ações castigadas, a resposta seriadas ações puníveis.

Essa tautologia repete-se sempre que nos detemos no aspecto formal. DOHNA exemplifica com o art. 239 do Código Penal alemão, que diz:

¹² **Lições de Direito Penal**, pág. 10 — apud JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Tratado de Direito Penal**, vol. I, 2.^a ed., Saraiva, São Paulo, 1964, pág. 2.

¹³ Apud NELSON DE SOUSA SAMPAIO, "O Indivíduo e o Direito Penal do Futuro", 1.^a parte, **Forum**, Ano VI, vol. XV, Fase. 12, 1941, Tipografia Naval, Bahia, pág. 317.

¹⁴ **Derecho Penal**, vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1954, pág. 252.

¹⁵ O delito é também conceituado sob os sistemas formal e material e sintomático, mas predominam os dois critérios citados no texto. A propósito, ver GIUSEPPE BETTIOL, **Direito Penal**, Ed. Rev. dos Tribunais. Trad. de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e ALBERTO SILVA FRANCO, 1966, vol. I, pág. 209.

Aquele que, intencional e ilicitamente, encarcera um homem ou, de outro modo, o priva do uso de sua liberdade pessoal será castigado com reclusão.

Argumenta que o funcionário penitenciário que mantém recluso age conforme a descrição do tipo legal, com exceção da ilicitude. Daí que a resposta à indagação — quando a ação (no caso a privação da liberdade) é ilícita? — seria: quando é ilícita¹⁶.

Em face dessa insuficiência, necessário que se passe a um exame intrínseco do delito, determinando-lhe o conteúdo.

Nesse aspecto, encontramos duas explicações. A primeira é baseada no relativismo histórico. Conceitua como delituosa toda ação que a consciência ética de um povo considera merecedora de pena em determinado momento histórico.

Contudo, como observa MAGGIORE, é preciso ter em conta que o relativismo histórico leva ao ceticismo moral. A concepção da consciência ética em termos de transformação absoluta cai na absoluta indiferença: tudo será bom ou mau, segundo o ponto de quem julga¹⁷. Em face disso, conclui que uma definição substancial do delito somente é possível em termos jusnaturalistas, salientando, porém, que as definições geralmente consideram a ação delituosa como uma agressão que produz dano ou perigo às condições essenciais da vida ou da sociedade¹⁸.

A solução de MAGGIORE é, entretanto, insatisfatória. A concepção de direito natural não fornece um fundamento adequado à ciência do direito. Ao longo da história das idéias, as doutrinas jusnaturalistas têm representado ideologias tanto revolucionárias como

¹⁶ La Illicitud, pág. 11.

¹⁷ Direito Penal, pág. 253.

¹⁸ **Idem**, págs. 254 e 255. Desenvolvendo seu ponto de vista, o eminente penalista ensina que a ética perfeita é a cristã e a justiça perfeita é a do Evangelho. Conclui que, sob o aspecto ideal, "delito é todo ato que ofende gravemente a ordem ética e exige uma expiação através da pena" (págs. 256 e 257).

conservadoras¹⁹, sendo possível, hoje, considerar o jusnaturalismo superado, como expressão pré-científica de fundamentação da ciência jurídica, em face das importantes descobertas da fenomenologia e da filosofia dos valores, da existência e da cultura²⁰.

Os membros da comissão redatora do Anteprojeto do Código Penal Mexicano, conforme observa CENICEROS Y GARRIDO, não conseguiram chegar a uma fórmula reveladora da verdadeira natureza do delito.

Já os positivistas afirmavam que o delito é um fato natural, conseqüente de fatores antropológicos, físicos e sociais. Contudo, não tentaram produzir uma definição que o caracterizasse com independência de toda a valoração legal. A deficiência foi percebida por GARÓFALO, que buscou uma noção de "delito natural", perdendo-se, entretanto, numa pesquisa mais lingüística que criminológica.

GARÓFALO entendia que o verdadeiro delito, ou seja, a ação com conteúdo intrinsecamente delituoso, **é o delito natural**, ou, ainda, o delito não criado artificialmente pela lei; mas, ao contrário, reconhecido universalmente e conforme a reta razão a todos difundida (**recta ratio diffusa in omnes**). Na difícil tarefa de determinar o conteúdo universalista do direito natural, procurou caracterizá-lo como sendo a ofensa aos **sentimentos profundos e instintivos do homem sociável: tais seriam os sentimentos altruístas de benevolência e justiça ou de piedade e probidade**²¹.

¹⁹ Cf. A. L. MACHADO NETO — **Para uma Sociologia do Direito Natural**, Liv. Progresso Editora, Bahia, 1957, págs. 57 a 94, e **Sociologia Jurídica**, 3.^a ed., Saraiva, 1974, págs. 358 a 374.

²⁰ A. L. MACHADO NETO — **Compêndio da Introdução à Ciência do Direito**, 2.^a ed. rev. e aumentada, Ed. Saraiva, 1973, págs. 19 e 20.

²¹ Para MAGGIORE, GARÓFALO entendeu mal a naturalidade do delito ao buscá-la no consentimento unânime dos povos, numa espécie de universalidade histórica, pois a materialidade e a universalidade verdadeiras são metas empíricas e metas históricas, vivem em um mundo ideal, no mundo do dever-ser (**Derecho Penal**, vol. I, Editora Temis, Bogotá, 1954, pág. 256).

A dificuldade na conceituação de delito natural está em sua própria base: a essência do delito é resultante de uma valoração de certas condutas, segundo critérios de utilidade social, de justiça, de altruísmo, de ordem, de disciplina e da própria necessidade da convivência humana.

Entre nós, o saudoso MACHADO NETO acentua o caráter histórico-condicionado de uma definição de delito, convencido da inexistência de um critério universal da conceituação:

Por isso, já que não há critério universal de conceituação do delito ou ilícito penal, o recurso de que nos podemos valer é o da conceituação dogmático-contingente, entendendo por delito ou ilícito penal a conduta que uma dada sociedade ou comunidade jurídica conceitua como tal, ao fazê-la condição da imputação de uma sanção penal: medida de segurança ou pena²².

Fica o problema: de um lado a escola histórica a reconhecer a impossibilidade de uma proposição formal provida de validade incondicional; de outro, o jusnaturalismo, que desconhece a condicionalidade empírica das legislações. Todavia, a solução para o oferecimento de um conceito de delito depende exatamente do preenchimento desses dois requisitos.

Daí que não têm sido poucas as tentativas frustradas para a elaboração de uma definição ontológica e não apenas lógico-formal de delito.

Embora difícil, o jurista não pode simplesmente demitir-se da tarefa pois, como acentua MAGGIORE,

o jurista, se o é verdadeiramente, não pode deixar o legislador sem guia, à mercê de seu arbítrio, quando se trata de ditar normas punitivas. Seria ridículo que o remetesse ao professor de moral ou de sociologia para que este lhe ensinasse que é uma estultícia castigar os sonhos ou os pecados de pensamento, os animais ou as coisas, e que é uma iniquidade declarar responsáveis o louco e a criança, ou chamar os filhos para que respondam pelas culpas de seus

²² A. L. MACHADO NETO, Ob. cit.

pais. Condenar o jurista a semelhante agnosticismo, a esta espécie de impotência mental, seria arrebatá-lo ao direito sua missão civilizadora, reduzi-lo a algo mais ridículo do que um jogo infantil²³.

O tema foi também objeto das reflexões de DOHNA, que, nesse aspecto, trouxe valiosa contribuição à ciência do direito. Em resumo, seu método consiste em tomar em consideração que as instituições jurídicas não são apenas efeitos de causas, mas também aparecem como meios para fins. Daí a exigência de que os preceitos jurídicos sejam meios idôneos para fins justos, uma regulamentação adequada da convivência social. Tanto a norma como a conduta nela prevista só podem merecer o qualificativo de "justas" dentro desse princípio. Resulta, também, que uma conduta humana que apareça como fim idôneo para um fim justo não pode, de modo algum, infringir uma norma que, por seu turno, esteja objetivamente justificada.

A injustiça de um preceito jurídico permite apenas a constatação dessa injustiça, o que não impede a sua validade, pois só a modificação legislativa poderia despojar a forma legal de seu conteúdo injusto e dar aos preceitos verdadeiramente justos a necessária vigência.

Como visto, o jurista alemão não nos oferece exatamente uma definição do ilícito, mas um método seguro para enfrentar a questão proposta e que pode ser aplicado a situações concretas, como está demonstrado na segunda parte da citada monografia.

5. O ilícito na Teoria Geral do Direito

Para a exata caracterização do ilícito, torna-se necessário situá-lo na Teoria Geral do Direito, onde vamos encontrar seu fundamento na noção de fato jurídico.

Nem todo acontecimento pode ser caracterizado como fato jurídico. Há alguns fatos naturais indiferentes ao direito. Caracteriza-se

²³ Ob. cit., págs. 252 e 253.

como fato jurídico "o acontecimento humano ou natural a cuja realização a norma enlaça, por imputação, direitos subjetivos e deveres jurídicos"²⁴. Tais acontecimentos têm como consequência a aquisição, conservação, transferência, modificação ou extinção dos direitos subjetivos.

A expressão "fatos jurídicos" compreende não só os fatos naturais, como também os atos humanos. É verdade que correntemente a expressão, desacompanhada de qualificativo, é utilizada para conceituar as ocorrências naturais, raramente se empregando no sentido genérico, que compreende todos os atos jurídicos²⁵.

Temos, portanto, que os fatos jurídicos são uma categoria geral que abrange os fatos jurídicos propriamente ditos, muitas vezes qualificados de fatos naturais ou involuntários e atos jurídicos decorrentes da vontade. Por sua vez, esses costumam ser subdivididos em acontecimentos extraordinários, como o caso fortuito e a força maior.

Já os atos jurídicos^{26 27} podem ser subdivididos em ilícitos e lícitos. Os primeiros subdividem-se em penais e não penais (civis, administrativos e processuais). Os atos lícitos subdividem-se, ainda, em atos jurídicos e negócios jurídicos, conforme envolvam apenas manifestações de vontade ou impliquem declarações de vontade²⁸.

²⁴ A. L. MACHADO NETO — **Teoria Geral do Direito**, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1966, pág. 120.

²⁵ ORLANDO GOMES — **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1967, pág. 73.

²⁶ Observe-se que, para a Teoria Ecológica, não há conduta indiferente ao direito, de modo que todos os atos são, necessariamente, jurídicos (cf. ANTÔNIO CARLOS A. OLIVEIRA — **Problema de Teoria Geral do Direito, Legislação e Jurisprudência Fiscal**, Bahia, págs. 47 e 48).

²⁷ Para VICENTE RAO, só de modo impróprio pode o ilícito ser qualificado como ato Jurídico, "porque não consiste em ato de exercício da autonomia privada, dispositiva e perceptiva da vontade, destinado a criar, praticar, alterar ou extinguir direitos, de conformidade com o ordenamento Jurídico" (**Ato Jurídico**, Max. Limonad, S. Paulo, pág. 25).

²⁸ Observa ORLANDO GOMES que a noção de negócio jurídico não se identifica com a de **declaração**, podendo, também, consistir numa **atuação** ou mero **comportamento omissivo** (**Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1967, pág. 91).

Entre nós, não se identificam as expressões delito e ilícito penal, pois é utilizada a expressão delito civil²⁹.

A teoria tradicional concebia o ilícito como algo externo ao direito, ou melhor, como o antidireito. Os imperativistas não poderiam admitir como jurídica a conduta oposta ao comando normativo. Do mesmo modo, o jusnaturalismo e o sociologismo não atribuíram caráter jurídico ao oposto pela lei natural ou aos padrões culturais acatados pela sociedade.

Coube a KELSEN trazê-lo para o interior do sistema jurídico, ao conceber o fato ilícito como a condição da sanção:

Para a teoria tradicional — escreve KELSEN — o fato ilícito é uma violação ou uma negação do direito, um fato contrário ao direito que se encontra, portanto, fora do direito. O fato ilícito não pode, entretanto, tornar-se um objeto da ciência jurídica, a menos que ela veja nele um elemento do direito, um fato determinado pelo direito, ou seja, a condição de uma consequência determinada pelo direito. Definindo o fato ilícito como condição da sanção, a teoria pura o introduz no próprio interior do sistema do direito³⁰.

A teoria pura, contudo, realçou apenas o aspecto patológico do jurídico, tomando a ilicitude verdadeira condição para o ingresso no mundo jurídico, já que considerava a norma um juízo hipotético ou condicional, expressável da seguinte forma: "dada a não-prestação deve ser a sanção".

A diferença fundamental da teoria pura para a teoria egológica, elaborada pelo jusfilósofo argentino CARLOS COSSIO, reside, exatamente, nesse aspecto fundamental: enquanto KELSEN concebia o **ilícito** e a **sanção** como os modos essenciais do direito, COSSIO consegue ampliá-los, abrangendo também a **faculdade** e a **prestação**. Para tanto, descreve a norma jurídica como um juízo disjuntivo, nos

²⁹ Cf. ORLANDO GOMES — **Obrigações**, cap. 26.

³⁰ Apud A. L. MACHADO NETO, ob. cit., pág. 184.

seguintes termos: dado o fato temporal deve ser a prestação, ou, dada a não-prestação deve ser a sanção.

O ilícito equivale à não-prestação e consiste na negação da conduta devida como dever jurídico enunciado na primeira parte do juízo disjuntivo, segundo COSSIO. Trata-se de conceito puro que abrange os ilícitos civil e penal.

Também ORLANDO GOMES faz a distinção de um conceito mais amplo, que caracteriza como sendo o **ato antijurídico**, da compreensão mais restrita do termo **ilícito**, reservado para a hipótese em que o sujeito ativo tem consciência da ilicitude de seu ato:

A ação contrária do Direito pode ser praticada sem que o agente saiba que está agindo ilicitamente. Não obstante, o ato que pratica não é ato ilícito, apesar de sua natureza antijurídica. Pouco importa que a lei imponha uma sanção ao transgressor, mesmo que seja equivalente à que sofreria quem agisse com pleno conhecimento de causa. Substancialmente, o ato não será ilícito. Para que assim se apresente, é preciso que a infração seja cometida, tendo o infrator conhecimento da natureza ilícita do ato. Exige-se, numa palavra, que tenha culpa. Desse modo, a antijuridicidade subjetiva é que constitui o ato ilícito³¹.

Temos que, na aparente divergência³² na essência concordam o eminente civilista e os seguidores da Teoria Ecológica, na medida em que admitem um conceito genérico que abarca os ilícitos civil e penal.

6. Distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal

Muitas são as teorias que tentam estabelecer critérios distintivos entre os ilícitos civil e penal. Entretanto, a maioria dos autores concorda que inexistente uma separação ontológica, encarregando-se o

³¹ ORLANDO GOMES — **Introdução ao Direito Civil**, Forense, pág. 366. Ver também, do mesmo autor, **Obrigações**, Forense, cap. 26.

³² A Teoria Ecológica não abriga o termo "antijurídico", em face da impossibilidade de violação da norma jurídica: "Não existe, assim, violação da norma jurídica, nem da ordem jurídica, como não existe infrator da norma. Se o sujeito passivo cumprir o dever jurídico, realiza-se a conduta mencionada na perinorma, devendo ser sancionada, e, em sendo sancionada, cumpriu-se a norma" (ANTÔNIO CARLOS A. OLIVEIRA, ob. cit., págs. 47 e 48).

legislador de fazer uso de um critério de oportunidade, de acordo com os valores vigentes, a indicar as ofensas mais graves, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais. A essas seriam reservadas sanções penais³³.

Entendia HEGEL que o divisor de águas estaria em que o fato **antijurídico doloso** importa a **necessidade lógica da SANÇÃO PENAL, não constituindo, jamais, ilícito puramente civil**. Acrescentava, ainda, que no ilícito civil ocorreria violação exclusivamente do direito privado, enquanto se discutisse o "teu" e o "meu", sem desconhecer o direito como tal, em sua universalidade; já no ilícito penal, seria imanente a vontade de ofender o direito. O critério não satisfaz. De um lado, fatos antijurídicos dolosos são submetidos à sanção civil e, de outro, ilícitos meramente culposos podem ser punidos com uma pena.

Nessa linha de pensamento, destacam MAZEAUD e MAZEAUD a defesa da sociedade como principal finalidade da pena. Determinado ato deve ser reprimido, abstraindo-se o fato de ser ou não o agente normalmente responsável. Outras vezes, na dosagem da pena, toma-se em consideração o resultado do ato, ao lado da culpabilidade do agente. Nesse aspecto, observam que, ao lado da pena, as legislações penais modernas admitem as medidas de segurança. Enquanto isso, na responsabilidade civil, supõe-se apenas o prejuízo privado. A vítima não é a sociedade, mas um particular.

³³ Entre nós, HUNGRIA admite que o legislador usa um critério de oportunidade, só recorrendo à pena quando a conservação da ordem jurídica não possa vir a ser obtida com outros meios de reação, conforme lição de BINDING (**Comentários ao Código Penal**, vol. I, Tomo II, Forense, Rio, págs. 29 e segs.). No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA também ensina inexistir distinção ontológica entre elas, tratando-se de um problema valorativo. Cabe ao legislador indicar as ofensas mais graves, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais, reservando para essas a sanção penal (**Direito Penal**, vol. I, pág. 121).

Na doutrina estrangeira, MAGGIORE reconhece: a distinção não é intrínseca ou substancial, mas extrínseca e legal (**Derecho Penal**, vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1954, pág. 262).

É também esse o entendimento de ORLANDO GOMES, para quem, todavia, no fundo, a distinção resume-se a uma questão de avaliação, pois o mesmo fato contrário ao direito pode constituir, simultaneamente, crime e ato ilícito³⁴.

Para AHRENS, a distinção estaria no modo como se realiza a lesão do direito: no ilícito penal, ela é cometida diretamente contra o estado de direito, enquanto no ilícito civil é indireta, revestindo formas legais. O critério é insuficiente. Como acentua HUNGRIA, nesta última hipótese, "por mais que se dissimule nos refolhos de um contrato, nem por isso deixa de ser menos direta a lesão do estado de direito"³⁵.

TEIXEIRA DE FREITAS teve oportunidade de focalizar o problema, distinguindo os ilícitos apenas pelo seu aspecto extrínseco:

A palavra delito, na sua acepção ampla, significa toda a violação de direitos; em sua significação menos ampla, significa toda violação de direitos com intenção malévola; em significação restrita, significa toda a ação ou omissão voluntária contrária à lei penal. Sem restringir-se à significação da palavra delito, não seria possível traçar-se a linha de separação entre o direito civil e o direito criminal. A primeira acepção é amplíssima. Confrontada com as duas que seguem em escala descendente, serve para, no direito civil, extremar as obrigações **ex delicto** de todas as outras obrigações dos contratos e quase-contratos. As outras duas acepções separam o direito civil do direito criminal. O direito civil trata somente do delito pelo lado da reparação do dano causado, ou o delito seja reprimido pela legislação penal, ou não seja. Se há uma pena decretada pela lei penal, o delito é de direito criminal³⁶.

Muito lembrado é o critério estabelecido por UNGER, para quem o ilícito civil corresponde à violação do direito subjetivo (facultas agendi); já o ilícito penal seria a violação do direito objetivo ou da ordem jurídica em si (norma agendi). A crítica de MERKEL é irresponsável: a distinção não satisfaz, pois direito objetivo e subjetivo são dois aspectos

³⁴ **Obrigações** — Forense, pág. 350.

³⁵ HUNGRIA, ob. cit., págs. 29 e segs.

³⁶ Apud VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO — **Crime-Dano-Reparação**, Emp. Gráfica Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1934, pág. 13.

de uma mesma realidade. Além disso — acrescenta MANZINI — às vezes um ilícito que conceitualmente poderia continuar exclusivamente civil, torna-se também penal, pela consideração política da importância do direito individual ofendido. Entendia esse autor que a separação dos ilícitos deveria fazer-se segundo a natureza positiva ou negativa de cada um. Assim, o ilícito civil estaria circunscrito ao **ilícito puramente negativo**, sendo **possível e suficiente a execução forçada e direta** ou o **simples constrangimento à reparação**. Por seu turno, o ilícito penal seria positivo e teria um **quid pluris** no seu elemento interno, que o **desprezo do direito**, que deve corresponder a um **quid pluris**, na reação pela pena. HUNGRIA torna evidente a insuficiência do critério apontado: de um lado, encontramos delitos penais de pura omissão e delitos civis mediante comissão; de outro, também no ilícito negativo, verifica-se o desprezo do direito.

O ilícito penal produziria um perigo social, mediato ou indireto, consistente na possibilidade da ocorrência de novos crimes para o futuro: eis o critério de ROCCO. Entretanto, não soluciona o problema em questão, pois a reiteração dos ilícitos civis, com menor intensidade, traria perigo idêntico.

De modo semelhante, FRANCESCO RICCI ensina que o ilícito penal ofende o interesse social, enquanto no ilícito civil a ofensa não vai além do direito individual. Acrescenta que pode ocorrer ofensa ao direito da sociedade, sem que seja perturbado o direito do indivíduo, e pode dar-se a ofensa ao direito do particular, sem que ocorra perturbação à ordem social. Conclui, então, que é possível haver o delito penal sem o delito civil, e vice-versa³⁷.

O mesmo MANZINI parece reconhecer a impossibilidade de um critério puramente lógico para a classificação dos ilícitos. Para ele, o

³⁷ **Corso Teorico Pratico de Diritto Civile**, vol. 6º, Unione Tipografico — Editrice Formose, Torino.

problema é uma questão de política penal. Quando o órgão legislativo percebe que, além de um interesse privado, há um interesse público efetivo a tutelar e que tal interesse exige proteção mais eficaz, ocorre a incriminação. Observa, ainda, que o critério político deixa um fato doloso ou culposo apenas na esfera do direito privado, ou porque é insignificante o interesse lesionado, ou porque o dano é facilmente ressarcível, ou porque, ainda sendo irreparável, impõe-se ao particular uma diligência especial em prover seus negócios, como ocorre em matéria comercial, ou porque o castigo poderia ocasionar maior dano que a impunidade, como o furto entre parentes próximos.

De modo semelhante, outros autores, como KORKONOV, STAHL, VENEZIAN, CARRARA, BRUNETTI buscaram o delineamento dos traços identificadores do delito civil e do delito penal.

Em resumo, cremos que a matéria pode ser sistematizada, enfocando-a sob os seguintes prismas:

No plano formal:

a) o ilícito penal é, necessariamente, um fato típico e o civil atípico;

b) no Direito Penal, a punibilidade do ato culposo é exceção;

c) o Direito Civil desconhece as figuras penais da preterintencionalidade e da tentativa. Como esclarece SAVIGNY, o conceito de dolo civil esgota-se na vontade de cometer uma violação de direito, não sendo necessário querer ou mesmo prever o resultado nocivo³⁸;

d) o comportamento humano ilícito é sempre pressuposto da responsabilidade penal, mesmo objetiva. Já o ilícito civil, embora seja a

³⁸ Apud LUIZ CARLOS GOMES — **Ilícito Civil e Ilícito Penal**, Rev. Forense, 186/29.

mais importante, não é a única fonte ou causa da responsabilidade, eis que a responsabilidade civil nem sempre depende da culpa;

e) no ilícito civil, a menoridade não é, em si, uma causa de irresponsabilidade.

No plano subjetivo:

a) no dolo civil, basta a vontade de violar o direito alheio. No dolo penal, o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo;

b) quanto à culpa, ambos os ilícitos exigem a previsibilidade. No ilícito penal, todavia, além de exigir-se o advento de fato típico, deve ser aferida em relação às circunstâncias do caso concreto e às condições pessoais do agente. No ilícito civil, tal conceito é impessoal e abstrato³⁹;

c) admite-se, tanto no dolo como na culpa penais, a não-exigibilidade de conduta diversa com o caráter geral de exclusão de culpabilidade. No ato ilícito civil, tal pressuposto é desconhecido.

No plano objetivo:

a) além da inexecução de dever, no ilícito civil exige-se a conseqüente violação de direito alheio. Tal não ocorre no ilícito penal, no que tange, p. ex., aos crimes formais e de perigo⁴⁰;

b) o cumprimento da obrigação civil, em regra, não extingue o ilícito penal, salvo exceções, como a hipótese do art. 312, § 3º, do Código Penal, o pagamento de cheque sem fundos antes do oferecimento da

³⁹ Como destaca ANIBAL BRUNO, o conceito penal de culpa é uma referência pessoal do próprio agente para o resultado, enquanto o civil é impessoal e abstrato e reporta-se ao homem normal, avisado e prudente, admitindo, embora, uma ratificação personalizante (**Direito Penal**, vol. I, Tomo 2, pág. 60).

⁴⁰ Do mesmo modo que inúmeros delitos civis não constituem infração penal, muitos atos considerados criminosos não constituem ilícitos civis, deixando de acarretar, pois, uma obrigação de indenizar. Em tais situações, como lembram COLIN e CAPITANT, o interesse social exige que tais fatos sejam reprimidos por uma penalidade, mas nenhum interesse individual ofendido pode constituir a base de um pedido de reparação civil (**Traité de Droit Civil**, refondu par JULLIOT DE LA MORANDIERE, Tome II, Librairie Dalloz, Paris, 1952).

denúncia (Súmula nº 554 do STF), o pagamento do tributo devido, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67, inclusive quanto ao crime de contrabando ou descaminho (Súmula nº 560 do STF)⁴¹;

c) nota-se, afinal, certa falta de simetria entre os ilícitos. A culpa da vítima, no Direito Penal, pode influir apenas na graduação da pena.

Em conclusão, observa-se que os critérios apresentados não pretendem fazer uma diferenciação ontológica entre o ilícito civil e o ilícito penal, cuja conceituação está subordinada à experiência cultural de cada povo.

Como bem observa MAGGIORE, a distinção entre as duas espécies de delito não é intrínseca ou substancial, mas extrínseca e legal, cabendo ao legislador fazê-lo, segundo o dano objetivo, o alarma social, a reparabilidade ou a irreparabilidade, a forma de violação e da insuficiência de outras sanções estabelecendo uma pena ou outras sanções, como a nulidade, caducidade, revogação, rescisão, restituição, reparação e ressarcimento⁴².

De modo semelhante, o jurista português BELEZA DOS SANTOS propugna um critério de distinção puramente pragmático. As sanções criminais só seriam aplicáveis quando as sanções civis se revelassem inaplicáveis — pela inexistência de interesses individuais civilmente avaliáveis — ou insuficientes — tendo em vista o alto valor dos

⁴¹ Tal modalidade de extinção de punibilidade foi prevista, inicialmente, no art. 2.º da Lei n.º 4.729, de 14-7-65, que definiu os crimes de sonegação fiscal, nos seguintes termos: "Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta lei, quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria". Com a superveniência do Decreto-Lei n.º 1.455/76, suscitou-se a dúvida quanto à revogação da Súmula n.º 560 do STF. Entretanto, decisões reiteradas do Tribunal Federal de Recursos têm declarado a inocorrência dessa revogação (cf. R. Cr. n.º 565-MT, in **DJ** de 19-9-79). Através do Decreto-Lei n.º 1.650, de 19-12-78, pretendeu o Executivo excluir do âmbito dos crimes de contrabando ou descaminho a extinção de punibilidade prevista na Lei n.º 4.729/65 e no Decreto-Lei n.º 157/67. Entretanto, trata-se de norma flagrantemente inconstitucional, por exceder os limites do art. 55 e respectivos incisos da Constituição Federal em vigor.

⁴² Ob. cit., pág. 262.

interesses ofendidos. Tais sanções só deveriam ser aplicadas quando não ferissem o sentimento de justiça geral e os fatos ilícitos possuíssem aquele mínimo de gravidade, que tornasse aconselhável a repercussão penal, isto é, quando possuíssem "dignidade penal"⁴³.

O conceito lembra aquele que MANZINI elaborou para o próprio Direito Penal, como "o mínimo do mínimo ético", partindo-se da tese de BENTHAM, para quem o direito refletiria o mínimo da moralidade indispensável.

O mesmo MANZINI observa que o progresso da civilização, se de um lado aumenta o número dos preceitos e das sanções penais, de outro, vem subtraindo à pena uma quantidade de fatos contrários ao direito privado, reservados somente à repressão civil⁴⁴.

A progressão crescente do civil sobre o penal não escapou a EMILE DURKHEIM, que dela fez uma lei sociológica quanto à evolução jurídica dos povos. Todavia, parece-nos que tal progressão não é retilínea, mas sujeita a eventuais recuos, na medida em que a política legislativa muitas vezes penaliza ilícitos até então considerados meramente civis.

Desde há muito, aliás, percebeu-se a impossibilidade de uma distinção ontológica entre ambos os ilícitos. É o caso, por exemplo, de BENTHAM, para quem a lei civil, no fundo, não é senão a lei penal considerada sob outro aspecto. De modo semelhante, CARNELUTTI via em ambos a "lesão de um interesse", residindo a diferença menos no fato em si, do que na sanção. A propósito, acrescenta:

o mais curioso é que civilistas e penalistas, no estudarem respectivamente o negócio e o delito, vão cada qual por sua

⁴³ Apud EDUARDO CORREIA — **Direito Criminal**, vol. I, Livraria Almedinha, Coimbra, 1968, pág. 17.

⁴⁴ MANZINI, Vincenzo — **Tratado de Derecho Penal**, Tomo 2, vol. II, Edit. Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.

estrada, como se os dois tipos de atos jurídicos não fossem irmãos, ao menos enquanto irmãos... Abel e Caim⁴⁵.

⁴⁵ II Dano • II Reato, 1930, pág. 90, apud V. CÉSAR DA SILVEIRA — **Tratado da Responsabilidade Criminal**, vol. I, Saraiva, 1955, pág. 310, nota 326.