

REFORMA PENAL

VISÃO METODOLÓGICA, COMPARATISTA E HISTÓRICA NA BUSCA DE UM ENDEREÇO REALÍSTICO

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Professor da EMERJ. Desembargador do TJ/RJ

1. DIREITO PENAL ROMANO

A norma penal era vista pelos romanos como mera proibição seguida de uma sanção, de forma consuetudinária, atendendo até o campo extrapenal, na medida de uma concessão naturalística, como resguardante de graves ofensas ao ordenamento ético-jurídico, a como tal reprimindo a sociedade. Na primitiva comunidade romana há prevalência dos valores religiosos, e nem sempre o âmbito dos fatos é estritamente penal, trazendo características privadas (*delicta*) e algumas publicísticas (*crimina*). O direito mais amigo não estabelecia tal distinção, embora rico em valores humanos. As origens de toda a experiência jurídica devem-se a um forte sentido penalístico. Em razão da limitada intervenção estatal na idade mais remota, a manifestação contra o crime era violenta e ilimitada, agindo até em caso de ilícito civil de pouca gravidade. Aliás, em tal fase, não há que se falar em ordenamento jurídico; o devedor insolvente, julgado como tal, podia ser alienado como escravo ou simplesmente assassinado¹. O credor conquistava a disponibilidade pela venda da pessoa do devedor como escravo. A vingança era de grande importância na idade antiga a como relevante instrumento de satisfação, objetivando a recuperação a qualquer título do que havia sido perdido. São característicos do Direito Romano os tipos de furto, lesão e dano, na categoria de ilícitos de característica privada. No parricídio não bastava a gravidade *per se*; ofendia a pessoa e não o Estado, ficando aos cuidados dos parentes da vítima, aos quais, privativamente, e não ao Estado, competia a repressão. Só com o progresso da sociedade é que se viu no homicídio fato punível de alta gravidade, colocando-se ante os órgãos esta-

1. Cf. Gellius, XII Tab. 3.5 - *Noct. Att.*, 20. I .46,47.

tais a repressão (*quaestiones parricidi*). O *parricidium* e o *perduellio* constituem o mais antigo núcleo do Direito Penal romano, base mais tarde dos *crimina*. Contudo, perduraram os *delicta*, ilícitos de fundo privatístico, mas que de alguma forma se distinguiam do puro ilícito civil (o ladrão noturno poderia ser morto). Quem fosse surpreendido em flagrante sofreria a mesma punição. A lesão grave era originariamente punida com o talião, permanecendo se não houvesse a intervenção da composição (*pactio*).

O poder punitivo discricionário dos magistrados (*coertio*) era ampliado, sendo um grande avanço em certo momento histórico na defesa dos direitos dos cidadãos, e, no caso de condenação à pena de morte ou à grave pena pecuniária, poder-se-ia apenas recorrer ao povo (*provocatio* era da competência do *populus*). A discricionariedade dos magistrados era para as penas menos graves. O direito privado era um complexo técnico de princípios, institutos e atos nos quais os aspectos sociais e individuais ditavam a experiência jurídica (obrigatoriedade e utilidade) e se denominavam, na época mais remota, *ius* (v.g., *ius Quiritium*, *ius Flavianum*, *ius Papiriarum*, *ius Aeliarum*, *ius civile*, estendendo-se até o *ius publicum*). A matéria criminal possuía como fonte um complexo de atos repressivos, ausente de elaboração doutrinal a de autonomia técnica. O Direito Penal só veio a ter consistência e certa autonomia técnica ao fim da república, por inúmeros fatores (a complexidade que passa a ter o Estado romano em razão da sua expansão, a criação de tipos legais de uma forma mais acurada – v.g., *crimen repetundarum* ou *pecuniae repetundae*, isto é, concussão dos magistrados provinciais). Do ponto de vista técnico-formal, o Direito Penal, como sistema de procedimento, estava inserido nos *indicia publica*. A *Lex Cornelia de Maiestate* se aproximava da *Lex Plautia de vi* (63 a.C.), que reprimia os atos de pressão violenta contra o Senado e os magistrados. As penas eram bárbaras pela *Lex Pompeia* (55 a.C.). Entre as *quaestiones* proibidas por Silla (*Corneliae*) estão os ilícitos do falso (falsificação de testamento, suborno de testemunha, usurpação de nome ou função).

Trata-se de ilícitos próprios da atividade pública como o *ambitus* (corrupção eleitoral) e o *peculatus* (apropriação da coisa pública). Qualquer fato era antes censurável como ilícito privado, e a *iniura*, no direito mais vetusto, era a lesão corporal, atingindo até a personalidade moral do ofendido. Há proteção geral contra a violação do domicílio, a corrupção de menores e da mulher. Poderíamos assinalar: a) a *Lex Julia de Maiestate* (8 a.C. - ofensa à pessoa ou ao nome do imperador); b) a *Lex Julia de*

ambitu (18 a.C. - corrupção e violência eleitoral); c) a **Lex Julia de peculatur et de sacrilegiis** (8 a.C. - subtração e uso de dinheiro público, alteração de documentos públicos; d) a **Lex Julia vi** (17 a.C. - organização de bandos ou quadrilhas, perturbação da administração da Justiça ou dos comércios eleitorais e outros casos menos graves de ações contra bens privados sob o título de *vis privata*); e, finalmente, conforme Augusto, e) a **Lex Julia de adulteriis coercendis** (18 a.C. - *adulterium, stuprum, lenocinium*). Não obstante estas *leges*, é certo que o princípio da legalidade subsistia ao da limitação, sendo sempre válida a *coercitio* dos magistrados com apoio na *cognitio (extraordinem)*. Na **Lex questionis** é estabelecido um duplo endereço, a repressão *extraordinem*, que se subpõe à dos *indicia publica* e pelos *crimina* que são previstos, sendo usada a expressão *crimina extraordinaria*. Os *criminae* existentes passaram a ter nova apuração.

O homicídio tinha na **Lex Cornelia** a cominação *aqua et igni interditio (deportatio)* e passou a ser sancionado com a *cognitio* da pena capital para os *honestiores et humiliores*. O incêndio era punido na **Lex Cornelia** com o *interdictio* e veio a ser reprimido com a pena de morte. Sempre na *cognitio extraordinem* ou na intervenção do imperador ou do Senado há extensão da esfera de certos *crimina*, particularmente graves, previstos nas *lege republicana*. A **Lex Cornelia de sicariis et veneficis** compreendia até abortos, e a **Lex Cornelia de falsis**, até a suposição de parto. Em matéria criminal os *senatusconsulta* são freqüentes, bastando citar o **Silanianum** (10 a.C. - impunha tortura aos escravos em caso de morte violenta de seus patrões), o **S. C. Liboniarum** (16 a.C. - estendia a **Lex Cornelia de falsis** ao testamento) e o **S. C. Turpillianum** (61 a.C. - estendia aos casos de **Lex Remmia**, da idade republicana, referentes à falsa acusação, à calúnia e à acusação temerária). Os romanos esqueceram o Direito Penal, e seus juristas só comentavam o *ius civile* e o *ius honorarium*, e até nas obras específicas sobre o tema o fato é anotado (*de publicis indiciis, de poenis, de cognitionibus*), inclusive seus enfoques próprios (*de adulteriis*) ou mesmo no complexo de normas especiais (*ad legem Juliam de adulteriis, ad S. C. Turpillianum libonianum, silanianum*) e na própria jurisprudência criminal (de *officio procensulus, consulis, praefictiurbi, praefecti praetorio* etc.). A matéria penal é elaborada de forma muito limitada, até porque denuncia a intervenção do Estado de forma autoritária. Já salientamos, quando estudamos a Parte Geral,

que só conheciam o nexo de causalidade (*Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat*), sem defini-lo; conheciam o dolo e a culpa, o caso fortuito, os casos de inimputabilidade (doença mental e menoridade), as causas de justificação (legítima defesa); puniam a tentativa a reconheceram o concurso de pessoas. Não há no Direito Penal romano qualquer tentativa de sistematização. Havia apenas na Parte Especial, se assim pudéssemos tentar comparar, quatro categorias puníveis: a) os furtos e os homicídios (*aut facta preniuntur ut furta caedesque*); b) as injúrias e similar (*uat dieta ut convicia et infidae e advocaciones*); c) atos falsos e escritos injuriosos (*aut scripta ut falsa et famosi libelli*); d) associações ou bandos de malfeitores (*aut consilia ut conimations et latiorum conscientia*). Estas quatro **genera** poderiam ser praticadas de sete modos (pela causa, pela pessoa, pelo lugar, pelo tempo, pela qualidade, pela quantidade, pelo evento), isto é, “*sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loc tempore qualitate quantitate eventer*”. Estes sete modos são circunstâncias do fato atenuantes ou agravantes (“*causa: ut in verberibus quae imprenita sunt a magistro aelata vel parente, quoniam emenationis, non iniurice gratia videntiu adhiberi*”). Os romanos distinguiam, para agravar ou não o furto em flagrante, o ato de violência ou não (“*qualitate, cum factum vel atescius vel levius est: ut furta manifesta a nec manifestis disarni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia*”). A maior elaboração é feita nos **delicta** em virtude do cunho privatístico, pois os atos ilícitos eram considerados como criadores de obrigações (**obligatio**). O mais privatístico dos fatos não-contratuais que gera responsabilidade é o dano (**damnum iniura datum**), regulado pela **Lex Aquilia**, que previa a morte do escravo e dos animais que causassem ferimentos em escravos ou animais, bem como o deterioramento de coisa inanimada². A intenção (**iniura**), requisito para a persecução a título de dolo ou culpa, cede à simples voluntariedade do fato, sem esquecer o velho adágio: “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”. Na estrutura dos **delicta**, a diferença dos ilícitos privados é assinalada pela maior gravidade social (**furtum, rapina, iniura**), e estes passam a receber uma sanção. No **furtum** a na **rapina** há uma ação tendente à retribuição da **res furtiva** (**resvindicatio de conditio furtiva**), para a pena pecuniária imposta ao autor. O termo *iniura* possui o significado limitado de ofensa

² Cf. Gaius, *Inst.* 3, 210: 217.

peçoal, um ato pelo qual respondia pela lesão do direito, sendo principalmente ação e não omissão, com significado de dano. Com o triunfo da monarquia absoluta e a implantação de uma hierarquia organizada, com a idéia dominante do Estado e a rigorosa ética cristã, há reflexos no baixo império e nos *crimina*. A unificação do processo, concentrado na *cognitio extraordinem*, e a perda de valor prático da distinção entre os *crimina* (legítima e extraordinária) passam apenas a ter valor histórico. Passa a existir rigorosa subordinação dos funcionários públicos exercida com severidade, onde o *peculatus* é punido com a pena de morte, as ações físicas e os *crimina repetundae*, alargados, criando-se novas figuras penais. A repressão aumenta em relação às hipóteses de *delatio e calumnia*, agravando-se as penas pecuniárias em relação aos crimes de falsa moeda. A expressão *sacrilegium* não indica mais o furto de coisa sagrada, mas ofensas a preceitos, pessoas e lugares de culto. Há penas para os ilícitos civis e administrativos.

Note-se que Justiniano não manteve toda a legislação que atenuava a repressão, voltando a agravar a censurabilidade dos fatos puníveis. Na idade clássica, o *furtum* surge como um fato criminal, e a pena não é mais considerada uma expiação, um ressarcimento. É na idade pós-clássica que o Direito Penal romano revela a sua autonomia. Surge a expressão *ius criminale* a indicar um complexo jurídico, consolidando-se o vocábulo *criminaliter* para apontar a esfera do procedimento penal. Os *delicta*, punidos pelo *ius civile*, quase se fundem com os *crimina*, punidos pelo *ius publicum*, a não desaparecem os *delicta extraordinaria*, sendo o *delictum* - os *delicta* - e os *crimina* tratados no *libri terribiles* do Digesto.

Evidencia-se que a consciência social ditava a satisfação e a exemplaridade da pena, dando-lhe uma função retributiva e de prevenção da ordem social, através do caráter da intimidação (observa-se que os romanos conferiam maior importâncias às leis do processo do que às normas substantivas penais).

2. EVOLUÇÃO DA CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA

Adotamos em nossa obra a divisão tripartida da Parte Especial, partindo do patamar *homem-sociedade-Estado*. Desta forma, a maior relevância é dada à *pessoa humana*, seguindo os Códigos Penais de 1940 e 1969 e mantida no projeto da Parte Especial de 1984. Efetivamente, não era a tradição brasileira relevada nos Códigos de 1830 e 1890.

Ora, a reforma do Direito Penal depende do nível de desenvolvimento sociocultural do país, observadas suas transformações histórico-filosóficas no ordenamento jurídico, refletidas pelo sistema político interno, de onde se observa uma profunda dependência em razão de fatores sociais ideológicos e econômicos. Contudo, a evolução histórica registra contrastes, visto que nosso Código de 1890, embora de inspiração democrático-liberal, estabelecia uma classificação de tipos penais onde ressaltava a prioridade dos crimes contra o Estado e a sociedade, em todas as suas espécies. Jamais se poderia admitir que um código de influência democrático-liberal-individualista admitisse privilegiar na classificação dos crimes em espécie, em primeiro lugar, o Estado, para depois atender aos direitos dos indivíduos, na sua cidadania e liberdade. Verificamos, em consequência aos postulados do liberalismo burguês, que a propriedade é mais defendida em razão da gravidade das sanções do que os ataques ao bem jurídico, vida ou integridade física.

Nossa obra deve ser mais formativa do que informativa aos seus destinatários, motivo pelo qual nos fixamos no tripé: *homem-sociedade-Estado*.

Se visualizarmos o direito comparado, seguimos a tradição do Código bávaro (1813), que abre a sua Parte Especial com os *crimes contra a vida*, porque a tradição de Von Feuerbach (1751), imbuído do liberalismo rousseauiano e da filosofia de Fichte, não poderia deixar de dar prevalência à *pessoa*.

O Código francês (1810), em virtude da influência totalitária de Napoleão, é antiliberal, abrindo a sua Parte Especial com *crimes e delitos contra a coisa pública*. Aliás, é a orientação marcadamente autoritária que encontramos na análise do movimento de codificação, e é a partir de 1860 que as codificações são marcadas por diferenças essenciais no que tange à classificação das infrações, na Parte Especial, e à noção de tentativa, definição de reincidência e conceito de concurso de pessoas, na Parte Geral. Passam a ser sensíveis à discussão do crime impossível, do dolo eventual e da omissão. O Código Penal português de 1852, reformado pelo de 1884, colocava em primazia os crimes contra a religião e depois contra o Estado e, ao final, contra a pessoa, tudo reflexo do catolicismo preponderante até na órbita jurídica. O Código Penal português desde o Código de 1852, de inspiração napoleônica, a do Código brasileiro (1830), advindo os projetos de 1861 a 1863, de influência filosófica de Bentham (com a comissão integrada por Mittermeier, Boneville, Karl Levita, Ortolan, Haus, Carrara

e Ellero), vieram as Reformas de 1867 a 1884, dando o Código de 1886, até o projeto Eduardo Correia, que abre com os crimes contra a pessoa, depois contra a paz e a *humanidade*, seguindo-se contra o patrimônio, e fecha com os crimes contra o Estado. O Código Zanardelli, de 1889, inexplicavelmente abria com os crimes contra o Estado, não surpreendendo que o Código Rocco, produto do fascismo, inicie a Parte Especial com os crimes contra o Estado. Aliás, todos os códigos de países dominados pelo totalitarismo seguem o modelo. O búlgaro de 1896 rezava pelos princípios neoclássicos, já o de 1951 segue o soviético a admite até a analogia; o checoslovaco de 1961, de modelo marxista, dá realce aos crimes contra a República, destacando a figura penal das *ações puníveis contra o povo e o Estado*. Na mesma linha, estão o belga de 1867 e o dinamarquês de 1930, bem como o espanhol de 1963, que iniciam a Parte Especial com os delitos contra a segurança externa do Estado. Por fim, deixamos os dois mais modernos, o austríaco e o alemão (1975). O Código Penal do Império de 1871 era influenciado pelo Código francês de 1810. A ideologia nazista introduz leis especiais, modificando o texto em vários capítulos (26 de maio de 1933). Em 1945 há o grande expurgo da legislação hitleriana através de várias leis (26 de setembro de 1945, 30 de janeiro de 1946 a 20 de junho de 1947), tendo sido efetivada a revisão de 25 de agosto de 1953, mas mantendo a abertura da Parte Especial com “O Crime de alta traição”. Os atuais Códigos Penais da República Federal (de 1º de janeiro de 1975) e da antiga República Democrática (12 de janeiro de 1968)³ mantêm a tradição, enquanto o moderno Código Penal da Áustria coloca como título primeiro “Atentados à integridade física e à vida”.

Em conclusão, os códigos do século passado não vislumbraram uma lógica de sistematização, não colocando o elenco de figuras penais da Parte Especial em função de um sistema jurídico-político, olvidando que o delito é um fenômeno sociopolítico. O penalista não pode esquecer as relações histórico-ideológicas existentes nas teorias penais e nas práticas criminológicas. O estudo das leis, suas origens, suas relações com o poder, a descoberta de suas relações com o poder dominante, sua relação com a violência e aparatos repressivos do Estado dão a totalidade social para atingir sua especificidade histórica. O Código Rocco é um código eminente-

³. Embora tenha ocorrido a unificação política das duas Alemanhas, ainda há que se fazer a reforma jurídica.

mente casuístico, produto exclusivamente da diversidade metodológica de sua compilação⁴. É curial que a excessiva especificação da norma aumenta o campo da controvérsia. Ao contrário do que pensa Antolisei, acreditamos que o aumento dos poderes discricionários do juiz penal, na individualização da pena, em virtude das fronteiras do mínimo e do máximo, da aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes do perdão judicial, atende à realidade sociopolítica de distribuição de justiça. O bom código é *claro e simples*, não contendo disposições desnecessárias.

Antolisei prega o abandono do método exegético, no que é seguido por parte da doutrina que defende a formação de uma Parte Geral da Parte Especial, que segue a proposta de Wolf.⁵ Para Antolisei é de pálida inconsistência, embora acredite que se deva tratar a matéria com maior seriedade, sem eventuais mediações puramente descritivas, mas dogmáticas, isto é, ordenando a matéria de modo orgânico e de observação da mesma no complexo quando existir interdependência. Contudo, a fragmentação, de qualquer modo, não pode ser totalmente evitada⁶.

A função básica do Direito Penal é a sistematização fundamental do conhecimento que se traduz nos delitos. O que se convencionou chamar de Parte Especial do Direito Penal, que foi a primeira a ser elaborada, é a única que durante milênios constituiu todo o Direito Penal, tendo, depois, advindo a Parte Geral, tanto no campo normativo como doutrinal. Foi o **Lehrbuch** (1810) de Feuerbach pioneiro no campo científico da Parte Geral, chegando a hipertrofiar a Parte Especial, reduzindo a sua dependência. Anotamos o fenômeno de desprezo em relação à Parte Especial, principalmente pelo conceptualismo, com o apogeu da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) e do positivismo, com reflexos tanto na área do

⁴ Neste sentido: Antolisei. A tendência a distinções, subdistinções e à multiplicidade de conceitos corresponde ao casuismo legal, principal defeito da dogmática italiana dominante, como ensina o Professor de Turim em seu famoso **Manuale** (1977). Não podemos olvidar que tivemos no Código Rocco o ventre materno do nosso Código de 1940. Seria interessante lembrar a crítica de Cappelletti, ao escrever, em 1937, *L'equità nel diritto penale*, que dominava a Itália de então: “*il non plus ultra della perfezione legislativa dovrebbe essere una dispendiosa casistica, dove il giudice somiglia ad una marionetta comandata da un inestricabile groviglio di fili*”. Para a sociedade inculta o progresso da lei está na multiplicação dos artigos do Código Penal. O Código Zanardelli contemplava 498, já o Código Rocco passou para 734; o Código Penal de 1890 tinha 412 artigos, já o de 1940 passou para 361, o de 1969 enumerava 403, o Anteprojeto de 1984 propõe 421 artigos e o de 1999 contém 413 artigos.

⁵ Cf. Wolf, **Die Typen der Tatbestandsmassigkeit**, 1931.

⁶ Cf. Welzel, **Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen**, 2ª ed., 1549, 137.

jurídico como também na área da pena. Colocava-se a Parte Especial como um mero capricho do legislador, desaparecendo até no Projeto de Ferri (1921) e no Projeto Krylenko (1930), que são codificações sem Parte Especial. Anota Ripollés que a hipertrofia da Parte Geral “rompeu a harmonia tectônica do Direito Penal”, ocasionando o divórcio entre a teoria e a prática, ao deixar ao trato dos “práticos” a temática dos delitos contra os particulares e ao reservar aos doutos as puras lucubrações da Parte Geral, trazendo consequências graves ao Direito Penal como um todo, traduzindo o atraso em relação a outras disciplinas.

Não se pode deixar de anotar o exemplo de Carrara que, através de seu **Programa**, estabeleceu uma direção metodológica (dois volumes da Parte Geral a sete da Parte Especial), com uma introdução que se denominou Parte Geral da Parte Especial. A partir de Carrara surgem os trabalhos de Von Liszt, Garraud a Manzini.

Contudo, a revalorização da Parte Especial é obra da nova abordagem da *teoria do delito*, com a *tipicidade* de Beling e o objeto do delito de Rocco, colocando acento em valores objetivos de legalidade, sistematizando a roupagem da nova Parte Especial do Direito Penal, saindo do empirismo exegético para o método concreto. Aduzam-se as magníficas construções feitas por Erik Wolf, na Alemanha, a Grispigni, na Itália. Contudo, a pura sistematização especulativa está na monografia de Hirschberg (**Die Schuldobjekte der Verbrechen**) em 1910, com patamar no objeto material da ação e na distinção clássica germânica dos delitos (contra o indivíduo e contra a comunidade). Introduz a dupla função de tipicidade sobre os chamados “objetos da ação” (**Handlungsobjekte**) e os “objetos de proteção” (**Schulzobjekte**). Porém, é no trabalho de Wolf (**Die Typen der Tatbestandmassigkeit**), publicado em 1930, que se assentam as pedras fundamentais a uma verdadeira sistematização da Parte Especial. Inspirado nos trabalhos anteriores de Beling e de Mezger, busca dar um tratamento especial a concreto aos delitos contra a administração pública; logo após, em 1931, lança **Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem**, tentando construir uma ponte entre a Parte Geral e a Especial do Direito Penal. Würtemberger, em seu trabalho de 1932, chama a atenção não para a sistemática ou para o tipo, mas para o conceito material dos bens jurídicos. Tais noções (tipicidade e objeto jurídico) são atacadas pela Escola de Kiel. Há, porém, a restauração dos valores democráticos na **Dehler** (Welzel, **Wandel and Wert der Strafrechtlichen**

legaalordnung) referida por Von Weber, refletindo logo depois nos tratados de Mezger, Welzel e Maurach (chama a Parte Especial de irmã menor da Parte Geral).

Na Itália, ressurgindo os conceitos de tipicidade e objeto material da ação, sob a influência dos pressupostos filosófico-políticos, modifica-se a atenção para a Parte Especial. Grispigni, embora pertencente à escola positiva, é o maior defensor da existência de uma Parte Geral como ponte adaptada à Parte Especial, agrupando as figuras penais - *fattispecie* - sistematizadas de acordo com cada estrutura e forma de cada delito. Advoga uma atenção dirigida às normas formais de tipos, abandonando os bens jurídicos tutelados ou protegidos. É objeto de crítica de Petrocelli, no seu **Prefazione a su diritto penale**, que diagnostica que as orgias do conceitualismo, que caracterizam a Parte Geral, podem invadir o território intacto da Parte Especial, devendo ser defendido de uma sistematização formalista, inócua e desvalorada.

Porém, é Pisapia, com sua monografia **Introduzione alla parte speciale del diritto penale**, que traz nova contribuição ao *thema* da Parte Geral da Parte Especial, defendendo que a objetividade jurídica tem relevância no que afeta o *quantum* da gravidade das sanções, colocando em destaque a personalidade concreta do autor do fato punível típico. Ripollés critica a monografia de Pisapia afirmando que o mais importante é o combate ao *abstratismo teórico* a ao *praticismo*, propugnando pela interação constante entre a Parte Geral e a Especial. A melhor doutrina fica com Antolisei (**Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale**) e Maurach, com os quais os princípios e regras passam a ter vida e aplicação. Enfim, há a imperatividade de sistematização da Parte Especial, sem a necessidade de uma ponte intermediária artificial e frágil, como diz Ripollés, da Parte Geral da Parte Especial, “cujo enunciado é uma incongruência”. Como vias, teríamos uma introdução metodológica, comparatista e histórica, e uma classificação com base em *gêneros* e *espécies*, mas também visando ao agrupamento lógico-morfológico, dentro de um método dogmático-crítico para cada instituto da Parte Especial, admitindo-se uma introdução abordando uma visão criminológica diferenciada (o *ser* e o *dever-ser*).

3. CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Grispigni sustenta *uma teoria geral do elemento objetivo do delito* (o subjetivo compreenderia a culpabilidade), partindo da definição de que

delito é “conduta humana correspondente ao tipo descrito pela norma penal, e em que não ocorre uma causa de justificação e, ademais, é psiquicamente referível a um sujeito”. Sua *chave* resume-se: objeto jurídico, sujeito passivo imediato, considerações analíticas do delito, requisitos (correspondência com o tipo, sujeito ativo, a conduta, o evento, o nexos causal, o objeto material da ação, o instrumento, o lugar, o tempo), a falta de causas de justificação, a culpabilidade, as condições de punibilidade e procedibilidade, as formas de manifestação (tentativa, consumação, simples, circunstanciada, única, plúrima, concurso de pessoas) e pena.

Já Maurach defende a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pela culpabilidade, sendo que na primeira há o “primeiro grau de culpabilidade”, onde não se exige a imputabilidade, onde a capacidade de imputabilidade é o fundo de formação do juízo de culpabilidade. Para o mestre da Universidade de Munich, teríamos, em resumo: a) penetração na área dos bens tutelados; b) jogo de formas de culpabilidade (omissão dolosa e culposa); c) variações técnicas ofertadas pelos elementos componentes dos tipos. Sua construção sistêmica tem por patamar a teoria geral baseada na doutrina do tipo. Por seu turno, Sauer buscou uma construção completa lançando mão dos elementos ético-sociais, jurídicos e criminológicos, de um modo tridimensional. Para tanto, a Parte Especial do Direito Penal contém tipos do injusto junto às ameaças penais como expressão legal de punibilidade. Seu sistema resume-se em: a) **ratio** da lei; b) a investigação sociocriminal; c) história dos projetos dos códigos penais; d) características típicas; e) dolo; f) concorrência; g) pena; h) agravação e atenuação da responsabilidade criminal; i) particularidades processuais; j) singularidades sistêmicas totais e significação cultural. A questão da medida da pena com as suas vertentes - perigosidade do fato e do autor - é observada posteriormente.

Welzel, com sua introdução à Parte Especial, aplica à sistemática da Parte Especial os dispositivos relativos à Parte Geral, não vislumbrando qualquer peculiaridade. A construção finalista, que é a base da Parte Geral (tipo objetivo a tipo subjetivo), serve de rumo para a Parte Especial, onde a dimensão subjetiva compreende a antijuridicidade, a culpabilidade e a medida da pena.

Importante esquema é traçado por Mezger, procurando colocar um estudo teórico-dogmático da Parte Especial, adotando o método exegético, utilizando apenas alguns instrumentos da Parte Geral (v.g., tipo básico, objeto material da ação, objeto jurídico, classificação da ação realizada). Enfim,

utiliza o seguinte esquema: a) *fato* (o tipo legal), que compreende: *aspecto objetivo ou externo* (atividade do autor, sujeito da ação, objeto da ação, atividade, especiais circunstâncias, forma de omissão e resultado); b) *aspecto subjetivo ou interno* (elementos subjetivos do injusto, formas de culpabilidade); c) *conseqüências jurídicas* (pena e demais conseqüências jurídicas).

O trabalho de Antolisei é primoroso pela simplicidade de técnica em que prepondera a valoração de elementos componentes do tipo, com imediata aplicação dos conceitos havidos da Parte Geral.

Já vimos o Direito Penal, considerado em suas linhas gerais, examinando a teoria da lei penal (princípios informadores, interpretação da norma, validade temporal, concurso aparente de tipos coexistentes e vigência especial da lei penal), o estudo da teoria do crime (evolução histórico-dogmática, tipicidade, ação, relação de causalidade, resultado, elemento subjetivo do injusto, o injusto dos crimes culposos, estrutura da omissão punível, crime consumado e tentado, antijuridicidade e causas de justificação, culpabilidade, condições de punibilidade, concurso de pessoas, concurso de tipos, crime continuado, objeto e sujeito do crime). Outrossim, a figura que no Direito Penal contemporâneo adquire especial relevo é a conseqüência jurídica do crime, especialmente a sanção que se caracteriza na *pena*, daí o estudo de sua natureza, fundamento e estatuto disciplinador, isto é, a Parte Geral do Direito Penal, que não exaure o nosso estudo lógico. Segue-se a Parte Especial, que resume em sua sistemática um quadro de fatos que o ordenamento jurídico proíbe com a cominação de uma pena para cada tipo legal. A distinção entre as duas partes do Direito Penal é produto da sistemática da disciplina e feitura em todos os códigos modernos, em um complexo de princípios e de regras válidas em todo o vasto campo da matéria. *Qual a origem da Parte Especial?* A origem está na necessidade de especificação singular dos fatos reprováveis perante o ordenamento jurídico, e a pena faz distinguir a maior ou menor gravidade e importância do *bem* essencial ao indivíduo (a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio, chegando até o próprio Estado). O desvalor está ligado ao grau de reprovabilidade, fixando os comportamentos sujeitos ou não à aplicação de pena, dando relevo ao princípio ***nullum crimen, nulla poena sine lege poenali***. Há necessidade da certeza do direito que é essencial ao cidadão como reparo ao arbítrio e à injustiça.

Sabemos que as normas penais se dirigem aos cidadãos e aos juízes, estes considerado como órgãos do Estado, a fim de que solvam e determinem as conseqüências jurídicas; aqueles, como destinatários, objetivando

que não as violem. Enfim, as normas penais possuem como destinatários os cidadãos, na proporção de sua capacidade para entendê-las a violá-las, e os órgãos jurisdicionais, para que, atentos às violações, apliquem as consequências e efeitos aos seus infratores.

Não podemos olvidar o papel criador do juiz penal em relação a circunstâncias especiais, estabelecendo um direito à necessidade até então inexistente, sem fratura do legalismo e para não vedar a distribuição real da justiça que importa no interesse geral de segurança e uniformidade dos julgadores. A independência do juiz penal é o barômetro do progresso social e político e daí a liberdade para a criação do direito, não se limitando à triste frase de Montesquieu do que o juiz não é mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei”, ou, de uma forma mais respeitosa, simplesmente se transformaria em um distribuidor automático das penas previstas⁷. Ao contrário do que pensavam determinados penalistas, é de infinita importância a Parte Especial do Direito Penal, representando o verdadeiro e próprio Direito Penal, pois dá vida e conteúdo à norma da Parte Geral.

A Parte Especial é a sede à postura dos fatos puníveis, isto é, fatos que não podem ser mais tolerados pelo ordenamento jurídico, visto que contrastam com os fins do Estado, devendo-se assegurar condições básicas a indispensáveis à vida comunitária, para que se proceda ao progresso sociopolítico. O ilícito penal é sempre um fato contrário a uma postura ética, e seu número aumenta em razão do desenvolvimento social e econômico (incriminação), da mesma forma que determinados obreres passam a merecer só uma reprimenda civil (descriminalização). Repetindo Antolisei, no Direito Penal há uma finalidade não conservadora, mas propulsiva, sendo o legislador encarregado de estabelecer os comportamentos inconciliáveis com os fins do Estado e a sanção necessária para reprimi-los eficazmente.

A necessidade e a utilidade do estudo da Parte Especial estão na função integradora e complementar da Parte Geral em função primária e autônoma. Outrossim, só ordenando os objetos de estudo num sistema orgânico, poderemos resolver mais rapidamente muitas questões de caráter geral que não tinham uma solução exata em relação à Parte Especial. Ora, através da consideração unitária dos grupos a subgrupos de delitos, haverá uma grande economia de trabalho, visto que um determinado conceito geral pode ser aplicado a todos os casos idênticos da Parte Especial. Assim, as

7. Cf. Álvaro Mayrink da Costa, **Das penas curtas privativas de liberdade**, tese, UEG, 1965, 8.

noções de violência, grave ameaça, engano, fraude, subtração, apropriação, coisa alheia, arma, correspondência, coisa móvel, escritura, ato público, bandeira nacional etc. Buscamos na verdade a objetividade jurídica ou a individualização no fim da norma. Aliás, analisa bem Pisapia que os problemas da objetividade jurídica do crime são os problemas centrais, principais e secundários, gerais ou especiais, do Direito Penal. ◆