

Flávio Augusto Monteiro de Barros

Manual de
DIREITO PENAL

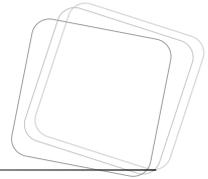
Partes Geral e Especial

Volume
Único

2ª | revista
edição | atualizada
ampliada

2022

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



ESCOLAS PENAIS

1. INTRODUÇÃO

Dá-se o nome de “escolas penais” ao pensamento jurídico-filosófico acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos do sistema penal.

Destacam-se, a rigor, duas escolas, a clássica e a positiva, cada qual apregoando uma visão diferente sobre o fundamento da responsabilidade penal do criminoso, divergindo ainda quanto ao conceito de crime e finalidade da pena.

As outras escolas, lembra Aníbal Bruno, são, em geral, posições de compromisso, que participam, com maior ou menor coerência, das duas principais. Não são propriamente novas escolas¹.

Cumprе ressaltar o equívoco em considerar-se exclusivamente metafísica ou filosófica a discussão dos problemas do fundamento jurídico do direito de punir e dos fins da pena, porquanto a matéria também apresenta interesse prático, influenciando a configuração da pena nas legislações, além de direcionar os sistemas penais.

Antes de abordarmos as escolas penais, cumprе lembrar que sobre os fundamentos do direito de punir e dos fins da pena desenvolveram-se três correntes doutrinárias: as absolutas, as relativas e as mistas.

As teorias absolutas baseiam-se no lema *punitur quia peccatum est*: pune-se o agente simplesmente porque ele cometeu o crime. Aludida teoria, encabeçada por Kant, exclui da pena toda a ideia utilitária, conforme se deflui de suas obras *Crítica da razão pura*, de 1781, e *Crítica da razão prática*, de 1788. A finalidade única da pena é reparar o mal do crime, ao qual se impõe o mal da pena, circunstância que faz lembrar o “talião”, mas este no sentido de retribuição jurídica. De acordo com essa doutrina, não há se indagar qualquer vantagem ou utilidade à pena. A pena não

¹ Aníbal Bruno, Direito penal; parte geral, v. 1, t. 1, p. 76.

tem qualquer utilidade prática, devendo ser imposta para satisfação do sentimento de justiça. Dentre os adeptos dessa teoria, merecem destaque Erico Pessina, Joseph de Maistre, Hegel e Binding. Eles afastam da pena a ideia de vingança, substituindo-a por retribuição pelos órgãos incumbidos da repressão criminal.

As teorias relativas, ou de prevenção ou utilitárias ou finalistas, são regidas pelo lema *punitur ut ne peccetur*: pune-se o agente para que ele não volte a delinquir. De acordo com essa doutrina, liderada por Beccaria e abraçada pelos positivistas, a pena tem o fim prático de impedir que o criminoso continue a delinquir ou venha a desviar os concidadãos do caminho da retidão. Também perfilham desse entendimento Jeremias Bentham, Anselm von Feuerbach e Gian Domenico Romagnosi. Para esses três criminalistas, ao direito penal incumbe a função de defesa da sociedade, razão pela qual a pena deve ter finalidade preventiva. Bentham e Feuerbach priorizam a prevenção geral. Para Feuerbach, considerado por muitos como o pai do direito penal moderno, a pena deve servir para intimidar a todos (prevenção geral). Dizia que a ameaça advinda da pena se dá em duas ordens: a) cominação, isto é, a previsão abstrata da pena; b) execução, ou seja, a imposição concreta da pena a certo delinquente. A cominação atribui à pena uma coação psicológica, intimidando toda a sociedade. A execução confere à pena uma coação física sobre o delinquente e psicológica sobre a sociedade, que, presenciando a punição do culpado, sente a seriedade da ameaça contida na pena. Em 1818, Bentham publicou sua monumental obra *Teoria das penas e das recompensas*, mas antes havia escrito outros trabalhos que influenciaram a Revolução Francesa. O célebre filósofo inglês idealizou o famoso *Panopticum*, estabelecimento presidiário em forma de círculo, que permitia a observação e vigia de todas as celas de um ponto central da construção. Para Bentham, o fim principal a pena é a prevenção geral, mas realça também a prevenção especial da pena, que serve para induzir o delinquente a abster-se de cometer outros delitos. Merece ainda destaque especial a doutrina de Gian Domenico Romagnosi, segundo o qual o direito penal não deve ter caráter vingativo. Portanto, a pena não deve ser aplicada quando houver certeza moral de que o agente não retornará a delinquir. Romagnosi acabou antecipando as ideias que mais tarde seriam desenvolvidas pela Escola Positiva. Ele achava que as penas devem incutir temor no criminoso para que ele não volte a delinquir. Na verdade, elaborou a sua doutrina para reagir à teoria do contrato social, defendida por Rousseau e abraçada por Beccaria.

As teorias mistas são lideradas por Pellegrino Rossi, em sua obra *Traité de droit pénal*, editada em Paris, em 1828. De acordo com esse escritor nascido na Itália, mas que viveu na França, naturalizando-se francês, a pena é a retribuição do mal pelo mal, mas é também um meio de intimidação e reeducação do criminoso. A sua doutrina procura conciliar as duas anteriores, pois ele aceita a função retributiva da pena, idealizada pelas teorias absolutas, mas ao mesmo tempo admite uma finalidade utilitária. Assevera, porém, que não se deve encarar a pena exclusivamente sob o prisma da utilidade, porque sua vantagem prática não pode sobrepor-se aos preceitos morais. Nem sempre o que é útil é moral. O grande mérito dessa doutrina foi priorizar, dentre os fins da pena, ao lado da intimidação, a reeducação do criminoso.

2. ESCOLA CLÁSSICA

O nome Escola “Clássica” foi posto pelos positivistas para designar o pensamento dos criminalistas que os antecederam. Dentre estes, todos inspirados no iluminismo de Beccaria, merecem destaque os italianos Filangieri (morto em 1788), autor de *Scienza della legislazione*, Mario Pagano (morto em 1800), Romagnosi (morto em 1835), autor de *Genesi del diritto penale*, publicada em 1791, e Carmignani (morto em 1847), autor de *Elementa juris criminalis*.

Na Alemanha, destacam-se: Feuerbach (morto em 1833), autor do *Tratado de direito penal* (1801), precursor do direito penal alemão e autor do projeto que ensejou o Código Penal bávaro de 1813, e Jeremias Bentham (morto em 1832), autor de *Teoria das penas e das recompensas* (1827), fundador das teorias utilitaristas, que enaltecem o caráter preventivo das penas.

Na França, sobressaem Pellegrino Rossi (morto em 1847), autor do *Traité de droit pénal* (1827), Faustin Hélie e Adolphe Chauveau, autores do *Tratado teórico e prático*, e outros.

Mas o grande nome da Escola Clássica foi Francesco Carrara (morto em 1888), italiano, discípulo de Carmignani, autor do célebre *Programa do curso de direito criminal* (1859). Com ele inaugurou-se a Escola Jurídica Italiana, que tinha o escopo de evitar a confusão entre direito e moral. De acordo com Carrara, a defesa da sociedade é a justificativa para o Estado exercer o direito de punir.

Aos pensamentos desses e de outros criminalistas os positivistas batizaram de “Escola Clássica”, com conotação pejorativa, pois procuravam frisar a contraposição entre as ideias desses antigos penalistas e as novas concepções antropológicas e sociológicas.

Para a Escola Clássica, a responsabilidade penal do criminoso funda-se no livre-arbítrio, que é inerente à alma humana. Os homens são todos iguais; ninguém nasce vocacionado para o crime. Entende-se por livre-arbítrio o poder de escolha entre um ato e outro, isto é, o poder de decidir-se, nas mesmas circunstâncias, no sentido oposto ao deliberado. O crime decorre exclusivamente da vontade livre do delinquente, e não da combinação de fatores biológicos, físicos e sociais. O crime não tem outra causa a não ser a vontade do delinquente.

A responsabilidade moral do homem deriva de dois fatores: inteligência (discernimento em relação aos atos praticados) e livre-arbítrio. Na verdade, só os homens psicologicamente desenvolvidos e mentalmente são possuem livre-arbítrio. Assim, “convém ponderar que essas duas condições para a responsabilidade moral, inteligência e livre-arbítrio, se reduzem, em última análise, a uma só condição: o livre-arbítrio. Isso porque o livre-arbítrio subentende sempre a inteligência”².

De acordo com Carrara, crime é a “infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.

² Moniz Sodré, *As três escolas penais*, p. 69.

A análise desse conceito bem elucidará as principais ideias da doutrina clássica. Senão vejamos:

- a) Infração da lei promulgada pelo Estado. Essa expressão enaltece o crime como ente jurídico, isto é, violação da lei penal, além de consagrar o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pois refere-se ao crime como violação da lei promulgada, pressupondo-se, portanto, a lei do Estado, excluindo de sua incidência a violação de normas morais e religiosas.
- b) Para proteger a segurança dos cidadãos. Tal expressão serve para realçar que o objetivo do direito penal é a defesa social, tanto que Carrara fala em *cidadãos*, no plural, com o intuito de destacar a proteção à comunidade, e não ao indivíduo isoladamente. A missão do direito penal é fornecer os meios de tutela jurídica à sociedade; a tutela jurídica recai sobre os bens essenciais dos cidadãos, pois são esses bens que conferem a segurança almejada pela sociedade.
- c) Resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo. Como se vê, os atos internos não são punidos. A simples intenção que não se materializa em atos é desprezada pelo direito penal. Aqui Carrara repete a máxima de Ulpiano: *cogitationis nemo poenam patitur*. Frisa também que os animais não podem delinquir, pois o conceito refere-se expressamente ao homem. Deixa bem claro que o direito penal admite crimes comissivos (ação) e omissivos, pois o conceito realça os atos positivos (ação) e negativos (omissivos). Carrara destaca o crime como sendo um ente jurídico, constituído por duas forças: a física (movimento corpóreo e resultado) e a moral (vontade livre do delinquente). Isso, modernamente, corresponde aos elementos objetivos e subjetivos do tipo legal.
- d) Moralmente imputável. Carrara põe em destaque a responsabilidade penal fundada no livre-arbítrio inerente aos moralmente imputáveis. Admite a existência de graus no livre-arbítrio. Este, quanto mais perfeito, mais aumenta a responsabilidade do agente, justificando a imposição de uma pena mais severa.
- e) Politicamente danoso. Assim, para que haja delito, urge a ocorrência de um dano imediato ou mediato. Imediato é o causado à vítima, enquanto o mediato diz respeito ao alarme ou à repercussão social do delito. Cumpre observar, porém, que o dano que atinge o indivíduo, devido à sua importância, também é politicamente pernicioso à sociedade.

Do exposto, dessume-se que os principais postulados da Escola Clássica são os seguintes:

- a) A responsabilidade penal é fundada no livre-arbítrio. Onde não existir livre-arbítrio não haverá pena.
- b) A razão de ser da pena é a retribuição jurídica e a defesa social, conforme preconizam as teorias mistas, se bem que a justificativa para a imposição das penas não é ponto pacífico. Com efeito, para as teorias absolutas, lideradas

por Kant, a pena é aplicada tão somente em função do mal cometido, não passando de um castigo imposto ao delinquente. E, para as teorias utilitaristas ou relativas, lideradas por Bentham, a pena é um meio eficaz de defesa social, útil à manutenção da ordem social. Prevaecem, porém, as teorias mistas, que justificam a existência da pena como castigo e meio de prevenção da prática dos delitos.

- c) O crime é um ente jurídico, cujo conceito depende de lei. É, pois, a violação da lei penal, consagrando-se, destarte, o princípio da reserva legal. Só é crime o que viola a lei. Daí a conclusão de que o crime é um ente jurídico.
- d) Prevalência do método lógico-abstrato, isto é, dedutivo. Assim, os métodos experimentais, que são próprios das ciências naturais, não se prestam ao estudo do direito penal, pois o crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico. O direito penal é uma ciência dogmática, baseada em conceitos racionalistas. A Escola Clássica desprezou o método indutivo, preferido pelos positivistas. Com efeito, estes observam os fatos, experimentando-os, obtendo intuitivamente os seus princípios, ao passo que os clássicos fixam de antemão os princípios gerais, a partir dos quais deduzem as regras particulares. Carrara, por exemplo, desenvolveu o seu programa fixando o princípio fundamental de que o crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico, e a partir daí deduziu as demais regras particulares da ciência penal.

Do exposto dessume-se que os postulados da Escola Clássica conferiram ao direito penal o caráter de ciência, e até hoje continuam influenciando a elaboração das leis penais.

3. ESCOLA POSITIVA

A Escola Positiva surgiu com Cesar Lombroso, psiquiatra italiano, que, inspirado nas teorias evolucionistas de Darwin, Lamarck e Haeckel, impugnava a ideia do livre-arbítrio, preconizada pelos clássicos, sustentando a existência do criminoso nato, elencando-lhe os caracteres antropológicos.

Além de Lombroso, que em 1876 publicou o famoso livro *L'uomo delinquenti*, merecem destaque Garofalo (morto em 1934), Enrico Ferri (morto em 1929), Forian, Grispigni, Fioretti Puglia, Berenini, Magno, Altavilla etc.

O maior vulto da Escola Positiva, porém, foi Enrico Ferri, que em 1880 inaugurou a sociologia criminal, editando o livro *Novos horizontes no direito e no processo penal*. Segundo dizia, a causa do delito é justificada pelo trinômio de fatores antropológicos, sociais e físicos.

Assim, para a Escola Positiva a responsabilidade penal do criminoso não se funda no livre-arbítrio, e sim em fatores biológicos do delinquente, bem como nos resultantes de seu meio físico e social. De acordo com Ferri, o delito emana de três fatores: o biológico, o físico e o social.

O biológico diz respeito à existência do criminoso nato. Assim, a causa do delito emana de fatores biológicos. Certos homens, dizem os positivistas, já nascem criminosos, enquanto outros nascem sábios ou enfermos. De acordo com Lombroso, o criminoso é um ser atávico, porque representa uma regressão ao homem primitivo ou selvagem. E a causa dessa regressão é a degeneração, isto é, o processo biológico de parada de desenvolvimento. Ferri também salienta a existência de um criminoso nato, revelado pela atrofia do senso moral. Em suma, os positivistas acreditam na chamada criminalidade congênita, oriunda, segundo Lombroso, de uma revivescência do homem primitivo e, de acordo com Ferri, de uma atrofia do senso moral.

Por outro lado, os fatores físicos ou cosmotelúricos, consistentes no ambiente físico em que o homem vive, tais como as estações, a temperatura, o clima, a topografia do solo, a produção agrícola etc., também justificam a causa do crime.

E os fatores sociais, decorrentes da vida em sociedade, tais como a família, a religião, a educação, a densidade da população, o alcoolismo, a organização política e econômica, o sistema legislativo etc., igualmente são causas do crime.

Se, de um lado, o positivismo de Ferri, que fundamenta a causa do delito na trilogia de fatores biológicos, físicos e sociais, mereceu o respeito da ciência jurídica, de outro lado, o positivismo de Lombroso, extremamente exagerado nas ideias antropológicas, não obteve a mesma reverência. Com efeito, este último elenca três causas do delito: o atavismo, a epilepsia e a loucura moral.

A primeira, isto é, o atavismo, consiste na semelhança existente entre o criminoso e o homem primitivo, que Lombroso considerava diferente do homem dos nossos tempos, salientando-lhe os aspectos físicos e psicológicos. O homem já nasce predestinado à criminalidade, apresentando esse criminoso nato os seguintes caracteres físicos: assimetria craniana, fronte fugidia, pragmatismo maxilar, face ampla e larga, cabelos abundantes, insensibilidade física e analgésica (à dor), mancínismo (uso preferencial da mão esquerda) ou ambidestrismo (uso indiferente das mãos), rosto pálido, disvulnerabilidade (resistência ao traumatismo e recuperação rápida) etc. Além disso, Lombroso ainda assinalava os seguintes caracteres psíquicos do criminoso nato: insensibilidade moral, impulsividade, preguiça, imprevidência etc. Ressalvava, porém, que o criminoso nato apresenta diversos estigmas, e não apenas um ou outro sinal, lembrando ainda a existência de criminosos sem estigmas antropológicos, que ele batizou de ocasionais e passionais.

O criminoso, para Lombroso, é um homem com características do homem primitivo. Ele chegou a comparar o crânio do criminoso nato com o de certos animais vertebrais inferiores. O criminoso é, pois, um ser nato, identificável por certos sinais de degenerescência, que, desde a infância, já se revelam através do ciúme, do desejo de destruição, da maldade para com os animais, da preguiça etc. Lombroso descreve o olhar dos homicidas natos como sendo vítreo e imóvel, enquanto o dos assaltantes natos, errante, instável, oblíquo.

A segunda causa, a epilepsia, de acordo com Lombroso, ataca o sistema nervoso, provocando as regressões atávicas. Foi severamente criticado porque o mundo revelou epilépticos geniais como Dostoievski. E, mesmo assim, Lombroso não cedeu às pressões, asseverando paradoxalmente que a epilepsia é causa de genialidade,

loucura e criminalidade. De acordo com ele todo criminoso é epilético, sendo que em alguns casos ocorre a epilepsia larvada, isto é, sem manifestações visíveis.

A terceira causa diz respeito à loucura moral, que suprime o senso ético, embora deixe intacta a inteligência.

A teoria de Lombroso é insatisfatória. Primeiro, porque o atavismo não compreende todas as categorias antropológicas de delinquentes. Segundo, porque a pessoa pode apresentar os traços lombrosianos do criminoso nato e, no entanto, não se revelar delinquente. Terceiro, porque a explicação do delito pela epilepsia clássica ou larvada contradiz o atavismo, porque ou o criminoso é o resultado da regressão aos nossos antepassados pré-históricos ou então é um ser epilético. Quarto, porque há epiléticos que não praticam delitos, embora vivam em um meio físico e social propício à criminalidade.

Por outro lado, a fase jurídica da Escola Positiva começa com o jurista Garofalo, que, em sua obra *Criminologia – studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, sistematiza a aplicação antropológica e sociológica no direito penal. Compactua da ideia de que o criminoso é portador de uma anomalia psíquica, moral. Não aceita a anomalia orgânica atávica preconizada por Lombroso. De acordo com Garofalo, uma força de origem psíquica (anomalia moral) impulsiona o homem a delinquir. Sugere que a medida penal deve ser dosada pela periculosidade. Porém, o fim da medida penal é a eliminação pela pena de morte, deportação e rejeição a colônias penais. Esse pensamento severo, influenciado pela ideia de seleção, que prioriza a repressão dos crimes, afasta-se das ideias humanitárias de Ferri.

Os positivistas empenharam-se na classificação dos criminosos.

Com efeito, Garofalo agrupava-os em quatro categorias: assassinos, violentos, ímprobos e cínicos.

Ottolenghi classificava os delinquentes em enfermos mentais e não enfermos mentais. Estes últimos ele dividia em normais (ou de ocasião) e anormais. Os anormais, por sua vez, podiam ser:

- a) permanentes de aptidão congênita (natos ou criminalóides);
- b) permanentes de aptidão adquirida (habituais);
- c) temporários.

Foi, porém, a classificação de Ferri, aceita por Lombroso, de conteúdo biológico-social, que acabou ganhando o maior número de adeptos. De acordo com ela, são cinco os tipos de criminoso: louco, nato, habitual, passional e ocasional.

O criminoso louco, mencionado por Ferri, também compreende os matóides, isto é, os fronteiros entre a sanidade e a enfermidade psíquica.

O criminoso nato é identificado pela atrofia do senso moral (Ferri) ou por estigmas de degeneração (Lombroso).

O criminoso profissional ou habitual é aquele que, influenciado pelo meio, acaba fazendo do crime a sua profissão. É, pois, fruto de causas sociais, isto é, exógenas, diferindo do criminoso nato, que é produto de fatores biológicos, ou endógenos.

O criminoso passional é o homem que leva vida honesta, mas que possui sensibilidade exagerada e personalidade nervosa, razão pela qual acaba delinquindo sem premeditação, arrependendo-se posteriormente e confessando o delito.

O criminoso ocasional ou acidental é o que age porque surgiu a oportunidade propícia. É o indivíduo de certa fraqueza íntima, que acaba delinquindo pelo espírito de imitação, esperança de impunidade ou penúria econômica.

Os positivistas também arriscaram conceituar o delito.

Assim, de acordo com Garofalo, outro expoente do positivismo, o “delito natural é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se acham na humanidade, por meio de ações prejudiciais à coletividade”.

A definição de delito natural também foi formulada por Berenini, influenciado pelas ideias de Ferri, dizendo: “São ações puníveis (crimes) as determinadas por móveis individuais (egoísticos) e antissociais que perturbam as condições de existência e ofendem a moralidade média de um povo em um momento dado”³. Portanto, os elementos essenciais do delito natural são a antissociabilidade dos motivos determinantes e a ofensa feita às condições de existência individual ou social. Essa definição de Berenini mereceu o apoio de Ferri, Alimena, Colajanni etc., embora Ferri julgasse dispensável uma definição do delito, pois que ela deveria vir no fim e não no princípio das investigações da sociologia criminal.

Quanto aos principais postulados da Escola Positiva, destacam-se os seguintes:

- a) A responsabilidade penal é fundamentada em fatores biológicos do delinquente, bem como nos resultantes de seu meio físico e social.
- b) A razão de ser da pena é a defesa social, objetivando a recuperação do delinquente ou a sua neutralização nos casos irrecuperáveis. Assim, a pena não tem por fim a tutela jurídica, razão pela qual não precisa haver correspondência entre ela e o crime. Para os positivistas, a pena pode ser aplicada antes da prática do crime na hipótese de o agente revelar periculosidade.
- c) O crime é fenômeno natural e social, isto é, um fato humano influenciado por fatores individuais, físicos e morais. O delito é um fato humano oriundo de fatores endógenos e exógenos, que deve ser estudado sobretudo à luz da criminologia. Os positivistas impugnam a ideia de que o crime é um ente jurídico.
- d) Prevalência do método experimental, também chamado positivo ou indutivo, na explicação das causas do delito. Assim, o crime e o criminoso devem ser observados e expostos à análise experimental como fenômenos naturais.

Os positivistas são, pois, partidários da doutrina determinista, segundo a qual o crime não provém da vontade humana, mas de fatores biológicos, físicos e sociais. Ora, se o delito não provém da vontade do homem, mas de outros fatores,

³ Principii di diritto criminale, p. 384 e 389.

que culpa teria o delinquente de ter procedido mal? Eis aí a principal impugnação à Escola Positiva, que nega o livre-arbítrio, nivelando os insanos mentais às pessoas normais. A doutrina do determinismo, ao negar o livre-arbítrio, submete os atos humanos às leis da causalidade. Sustentam que o ato é uma consequência inevitável das circunstâncias internas e externas que influenciam a vontade.

Não obstante as críticas assacadas à Escola Positiva, não se pode deixar de reconhecer-lhe o mérito de ter contribuído para a luta contra o crime, bem como para o questionamento da utilidade da pena, além de ter realizado profundos estudos sobre a pessoa do criminoso. Cumpre ainda lembrar que Lombroso teve o mérito de fundar a antropologia criminal, visando uma explicação causal para o comportamento antissocial do homem criminoso.

4. PARALELO ENTRE A ESCOLA CLÁSSICA E A ESCOLA POSITIVA

Os clássicos priorizam o princípio da retribuição da pena, adotando as teorias absolutas e mistas, ao passo que os positivistas justificam a pena no princípio da prevenção especial, acatando as teorias relativas, que eliminam da pena toda pecha de castigo.

Os clássicos não aceitam o criminoso nato. Todos os homens são iguais. Ninguém nasce vocacionado para o crime. O que o produz é a vontade do agente, isto é, o livre-arbítrio.

Os positivistas apregoam a existência de um criminoso nato, isto é, de um ser anormal. Não aceitam a responsabilidade moral decorrente do livre-arbítrio. O crime é produzido por fatores biológicos, físicos e sociais. A vontade humana não é causa dos nossos atos.

A Escola Clássica não estuda o perfil do criminoso, porque todos os homens são iguais, ao passo que a Escola Positiva enfatiza mais o criminoso que o delito, destacando a periculosidade como fator essencial à fixação dos problemas referentes à prevenção e repressão.

Para os clássicos, o enfermo mental não responde pelo delito, porque lhe falta o livre-arbítrio. Para os positivistas, o enfermo mental deve ser sancionado, porque põe em perigo a sociedade. Assim, para a Escola Clássica, a imputabilidade decorre do livre-arbítrio, isto é, da vontade livre do homem, ao passo que para a Escola Positiva a imputabilidade é social, isto é, advém do fato de viver em sociedade, de modo que a responsabilidade penal é a responsabilidade social, tendo por base a periculosidade.

5. ESCOLAS ECLÉTICAS

As correntes doutrinárias que mesclam as ideias clássicas com algumas ideias positivistas recebem o nome de Escolas Ecléticas. Dentre elas merecem destaque:

- a) a Terceira Escola Italiana;
- b) a Escola da Política Criminal;

- c) a Escola do Tecnicismo Jurídico;
- d) a Escola Unitária;
- e) a Escola Correccionalista.

Passemos à análise desses pensamentos doutrinários.

A chamada Terceira Escola Italiana ou Escola do Positivismo Crítico, liderada por Alimena e Carnevale, abraça o princípio da responsabilidade moral, distinguindo os imputáveis e imputáveis, aproximando-se, nesses aspectos, da Escola Clássica, mas dela divorciando-se ao negar o livre-arbítrio, preconizando que a imputabilidade resulta da capacidade de sentir a coação psicológica que provém da ameaça da pena. Da Escola Positiva extraiu que o crime é um fenômeno individual e social, oriundo dos fatores biológico, físico e social, aderindo às ideias de Ferri. Sustenta que a pena tem por fim a defesa social, mas não perde o seu caráter de expiação, distinguindo-a da medida de segurança.

A Escola da Política Criminal ou Escola Moderna ou Escola Sociológica, liderada pelo austríaco Von Liszt, aproxima-se da Escola Positiva, porque defende a pena de fim, visando a defesa social, abraçando a teoria da prevenção e afastando-se da pena retributiva apregoada pelas teorias absolutas. Liszt, porém, faz distinção entre pena e medida de segurança, ao contrário da maioria dos positivistas. Ao contrário destes, distingue o direito penal da criminologia, restringindo-o ao dogmatismo do direito positivo, através do método lógico; todavia, sustenta a necessidade de uma pesquisa em torno das causas da criminalidade, a fim de se aplicarem corretamente a pena e a medida de segurança. Impugna a ideia de criminoso nato, afirmando que as raízes do delito estão nas condições sociais, e não biológicas, daí o nome Escola Sociológica. Embora aceite a distinção entre imputável e imputável, nega a existência do livre-arbítrio. Portanto, a imputabilidade não é fundada neste e sim na normalidade de determinação do sujeito. Todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são de consciência é imputável. A questão do livre-arbítrio, isto é, da liberdade de querer passa a ser estranha ao direito penal. Com Liszt a periculosidade é pressuposto de aplicação da medida de segurança, enquanto a imputabilidade é um dos pressupostos da imposição da pena. O crime, para ele, é um fato jurídico. Em 1889, Liszt, Prins e Van Hamel fundaram uma associação chamada União Internacional de Direito Penal, debatendo as mais importantes questões do direito penal, como a delinquência de menores, a reincidência, medidas de segurança, juízes especializados em matéria penal etc. Aludida associação preconizava que a repressão do delito deveria ocorrer tanto sob o ponto de vista antropológico e sociológico quanto jurídico. Essa associação encerrou os seus trabalhos em 1914, lembrando-se que o penalista brasileiro João Vieira, da Faculdade de Recife, integrou os quadros de seus representantes.

A Escola do Tecnicismo Jurídico é o movimento italiano que restringe o estudo da ciência penal às leis vigentes, dele abstraindo o conteúdo causal-explicativo inerente à antropologia, sociologia e filosofia.

O mérito desse movimento, que hoje se tornou dominante, foi excluir do direito penal toda investigação filosófica, porque o direito penal é o que está na lei.

O jurista deve concentrar-se no estudo do direito positivo, valendo-se da exegese. As preocupações causais-explicativas pertencem à filosofia, sociologia e antropologia, que se utilizam do método experimental. O direito penal tem conteúdo dogmático e por isso o jurista deve afastar-se do método experimental, valendo-se apenas do método técnico-jurídico, cujo objeto é o estudo da norma em vigor.

Em sua primeira fase, o tecnicismo jurídico, liderado por Arturo Rocco, Manzini, Massari, Delitala etc., todos eles inspirados nos estudos de dogmática jurídico-penal elaborados por Karl Binding, nega a abordagem do livre-arbítrio, bem como a existência do direito natural, apregoando que a pena é um simples meio de defesa contra a periculosidade do agente.

Mas numa segunda fase mais moderna, o tecnicismo, liderado por Maggiore, Bettiol, Petrocelli, Battaglini etc., acaba acolhendo a existência do direito natural, admitindo o livre-arbítrio como fundamento do direito punitivo, sendo que a pena volta a ter caráter retributivo.

O tecnicismo jurídico não é propriamente uma escola penal, porque não se preocupa com as questões referentes à etiologia do delito, à natureza da criminalidade e ao fundamento da responsabilidade penal, nem com o conceito sobre a pessoa do delinquente. Trata-se, na verdade, de um movimento de restauração metodológica sobre o estudo do direito penal.

O método técnico-jurídico, apregoado pelos tecnicistas, sistematiza o estudo do direito penal, concentrando-se na lei promulgada pelo Estado.

A Escola Positiva estuda o direito penal com base no método experimental, observando a realidade, sendo que a pessoa do delinquente é o principal ponto do direito penal, pois, como dizia Ferri, o juiz julga o réu e não o delito. Como se vê, a Escola Positiva, não obstante os seus méritos, abordava na ciência penal matéria específica à criminologia, política criminal, filosofia e antropologia, provocando uma confusão sobre o real objetivo da ciência penal.

Reagindo a essa confusão metodológica, surgiu então o movimento do tecnicismo jurídico. Em aula histórica proferida em 1905, na Universidade de Sassari, Arturo Rocco delimitou o método de estudo do direito penal como sendo o direito positivo. Afinal, o direito penal é uma ciência normativa, que deve direcionar-se exclusivamente pelo método técnico-jurídico ou lógico abstrato, eliminando-se as discussões filosóficas, bem como as pesquisas causais-explicativas acerca do crime como realidade fenomênica, pois essa preocupação é inerente à sociologia e à criminologia.

Vale ressaltar que o movimento do tecnicismo jurídico aderiu à Escola Clássica em relação ao conceito de crime, à existência da responsabilidade moral, à pena retributiva e expiatória. Mas não se confunde com a Escola Clássica, porque cuidou de repudiar a intervenção da filosofia no direito penal. Ademais, aderiu a algumas ideias positivistas, como a periculosidade criminal, e à sistematização das medidas de segurança, de modo que, se fôssemos enquadrar esse movimento em alguma escola, certamente seria mais uma modalidade de Escola Eclética.

Por outro lado, a Escola Unitária ou unitarismo, a rigor, também não pode ser considerada uma escola penal. Afinal, apenas procurou conciliar o tecnicismo jurídico com as novas ideias da Escola Positiva.

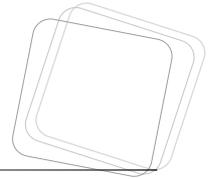
Em 1911, Silvio Longhi, em seu trabalho *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, fixou as diretrizes da concepção unitária. São as seguintes:

- a) o direito penal tem por base a repressão e a prevenção contra a delinquência;
- b) submetem-se a sanções penais todos os infratores das normas penais;
- c) os imputáveis estão sujeitos às penas; os inimputáveis, às medidas de segurança;
- d) o fato criminoso deve ser previamente delimitado pelo direito objetivo;
- e) a responsabilidade ocorre a título de dolo ou culpa quando se trata de repressão, prescindindo-se de tais elementos quando impõe medida de prevenção;
- f) as sanções penais consistem em penas e medida de segurança.

Outro expoente da Escola Unitária foi Guglielmo Sabatini, que em 1927 editou em Roma, sob sua direção, a *Revista Internacional de Doutrina, Legislação e Jurisprudência*, sob o nome “Escola Penal Unitária”.

Verifica-se que a Escola Unitária herdou dos clássicos a responsabilidade moral e a pena retributiva e dos positivistas a periculosidade criminal e a sanção sob a forma de pena e medida de segurança.

Finalmente, a chamada Escola Correcionalista foi idealizada por Davi Augusto Roeder, abraçada pelos espanhóis Dorato Montero e Cocepción Arenal. Para muitos, a aludida escola não merece autonomia, porque sua inspiração é clássica. De acordo com os correcionalistas, o Estado deve adaptar o criminoso à vida social e proporcionar-lhe a emenda íntima. O direito penal deve concentrar-se também no homem, e não apenas no ato. A finalidade da pena é corrigir a má vontade do homem. A pena deve ser indeterminada, cessando com a recuperação do delinquente. Dorato Montero conjuga o correcionalismo com algumas ideias da Escola Positiva. Admite o direito penal sem pena. Este deve ser o direito protetor dos criminosos, porque, protegendo estes, estará também protegendo a sociedade. A finalidade do direito penal é o tratamento e a recuperação do delinquente. Concepción Arenal dizia: “Não há criminosos incorrigíveis e, sim, incorrigidos”. O juiz criminal, tal como os higienistas e médicos sociais não devem ter leis que impeçam sua obra. Devem ter liberdade para impor sua prudência e competência científica. Os correcionalistas sustentam que o direito penal deve ser aplicado com escopo curativo; não se deve pretender castigar, mas tão somente recuperar o delinquente. Esse fim superior traçado ao direito penal foi e continua sendo alvo da crítica de diversos penalistas. No Brasil, Magalhães Noronha comentou: “parece-nos que o direito protetor dos criminosos, politicamente, leva às suas últimas consequências os postulados da Escola Positiva, o que – consigne-se – é avançar muito. Esse direito penal não é o mesmo para os nossos dias”. Em contrapartida, Luis Jiménez de Asúa, um dos maiores penalistas de todos os tempos, tornou-se simpatizante do correcionalismo. De fato, não se pode negar que este permite ao direito penal respirar em termos mais humanos, eliminando por completo o caráter repressivo da pena.



VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

O grande penalista Silva Sánchez idealizou o chamando processo de expansão do direito penal, também conhecido como velocidades do direito penal.

De acordo com o ilustre penalista espanhol, o direito penal tem três velocidades.

A primeira refere-se às penas privativas de liberdade, cuja aplicação depende da observância de amplas garantias penais e processuais.

A segunda diz respeito às penas alternativas, expressão que abrange as penas restritivas de direitos e pecuniárias, quando aplicadas mediante uma flexibilização das garantias penais e processuais.

A terceira é um misto das duas anteriores, pois consiste na aplicação de penas privativas de liberdade sem que haja a necessidade de uma observância rigorosa das garantias penais e processuais.

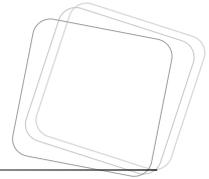
No Brasil, há apenas o direito penal de primeira e de segunda velocidade.

De fato, para aplicação da pena privativa de liberdade, é essencial que se observe todas as garantias penais e processuais. Trata-se do direito penal de primeira velocidade.

Em contrapartida, para aplicação de pena restritiva de direito ou pena de multa, desde que se trate de infração penal de menor potencial ofensivo, admite-se o instituto da transação penal, previsto no art. 98, I, da CF e regulamentado pela Lei 9.099/95, que cuida do juizado criminal, dispensando-se inúmeras garantias penais e processuais, posto que a pena é aplicada sem julgamento, em troca de a ação penal não ser proposta, dispensando-se, inclusive, a presença de advogado. Trata-se, como se vê, do direito penal de segunda velocidade.

Saliente-se, contudo, que, nas demais hipóteses, a aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa, depende da observância de todas as garantias penais e processuais e, dessa forma, não se encaixa na classificação de Silva Sánchez.

Quanto ao direito penal de terceira velocidade, também não existe e nem poderia existir no direito brasileiro. Alguns autores citam o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), mas não procede, pois antes de se sujeitar a este regime o condenado



TEORIA GERAL DO CRIME

1. CRIME, DELITO E CONTRAÇÃO

O gênero infração penal, segundo a gravidade da sanção, pode ser dividido em dois sistemas:

- a) critério tricotômico;
- b) critério dicotômico.

No primeiro, o gênero infração penal comporta três espécies: crime, delito e contravenção. Crimes são os fatos ilícitos a que se cominam abstratamente penas mais severas. Já nos delitos as penas são menos severas, reservando-se às contravenções as penas mais brandas.

No segundo, o gênero infração penal comporta duas espécies: crime (ou delito) e contravenção. Ao crime (ou delito) cominam-se penas mais severas do que as previstas para a contravenção.

O Brasil adotou o critério dicotômico, pois não há distinção entre crime e delito, que são expressões sinônimas.

Entre o crime e a contravenção também não há diferença ontológica, isto é, de essência. A diferença é apenas de grau e quantidade. A contravenção, que Nélon Hungria designa de “crime anão”, compreende os fatos que, sob a ótica do legislador, são considerados de menor gravidade social, razão pela qual a pena a ela cominada é de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, consoante dispõe o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Já para o crime a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Como bem se vê, o critério da cominação da pena é o mais eficiente para saber se um ilícito penal constitui crime ou contravenção.

Repita-se, porém, que não há diferença ontológica. O fato contravençional pode, com a renovação dos valores sociais, ser erigido a crime, da mesma forma que o crime pode ser transformado em contravenção. Evidente que só a lei pode realizar

essa metamorfose. Note-se que o fato em si continuará sendo o mesmo, alterando-se apenas o critério de política criminal do legislador.

Na linguagem dos juristas brasileiros, a expressão “infração penal” ou “ilícito penal” identifica o gênero do qual são espécies: crime (ou delito) e contravenção. Às vezes, porém, a lei e a Constituição Federal empregam o termo “delito” no sentido de infração penal, compreendendo tanto o crime como a contravenção. Por exemplo: art. 5º, XI, da CF e arts. 301 e 302 do CPP.

2. A INFRAÇÃO PENAL NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Fatos jurídicos, em seu sentido amplo, são os acontecimentos, provindos da vontade humana ou da natureza, capazes de criar, ou transferir, ou conservar, ou modificar, ou extinguir relações jurídicas.

Esse conceito compreende:

- a) fatos jurídicos em sentido estrito: são os acontecimentos alheios à vontade humana, isto é, provindos da força da natureza. Exemplos: nascimento, morte, avulsão etc.;
- b) atos humanos: são os acontecimentos provindos da atividade humana. Subdividem-se em: atos lícitos e atos ilícitos.

Os atos lícitos são os que geram os efeitos almejados pelo agente. São chamados de atos jurídicos. Exemplos: casamento, adoção, reconhecimento de filho, contrato etc.

Os atos ilícitos são os danos causados a outrem por dolo ou culpa do agente. Compreendem os ilícitos penais, civis e administrativos, cujos efeitos são indesejados pelo agente.

Na teoria geral do direito, o crime se enquadra dentro dos fatos jurídicos. E no interior dos fatos jurídicos, em sentido amplo, situa-se entre os atos ilícitos.

Da prática do crime surgem, dentre outros, os seguintes efeitos: possibilidade de aplicação da pena e obrigatoriedade de reparar o dano causado. Esses efeitos são indesejados pelo agente. Cumpre, portanto, não confundir o delito com os atos lícitos, pois nestes últimos os efeitos são queridos pelo agente.

3. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO EXTRAPENAL (CIVIL, ADMINISTRATIVO E DISCIPLINAR)

A distinção entre o ilícito penal e o ilícito extrapenal é de quantidade ou de grau. Não há diferença ontológica. As razões que inclinam o legislador a conduzir a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo ou do direito civil, em vez de puni-lo na órbita do direito penal, são de política criminal. Um mesmo fato, consoante o valor que o legislador lhe atribui, pode concretizar-se numa lei penal, civil ou administrativa, ou em ambas simultaneamente.

Deve a diferença ser estabelecida à luz da sanção jurídica de um e de outro. O ilícito penal tem como sanção a pena criminal; o ilícito civil, a obrigação de reparar

o dano, a nulidade do ato jurídico etc.; o ilícito administrativo, a suspensão ou demissão do funcionário, a multa tributária ao contribuinte inadimplente, a apreensão de veículo em condição irregular, a multa por excesso de velocidade etc.

Convém também ressaltar a possibilidade de coexistência entre a responsabilidade penal, a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa, em relação a determinados delitos que atingem essas três esferas de interesses.

Finalmente, a multa pode figurar como única sanção abstrata tanto de uma contravenção penal quanto de um ilícito administrativo. Nesse caso, é preciso investigar o nome do capítulo no qual se encontra descrita a infração. De fato, se houver referência expressa de tratar-se de infração penal, é porque estaremos diante de uma contravenção. Mas, em havendo menção de que o capítulo aloja infrações administrativas, força convir que será uma infração administrativa. O problema é quando o capítulo é silente. Em tal situação, se, após a descrição da infração penal, aparecer apenas a expressão “multa”, a hipótese será de ilícito administrativo, mas, se o legislador utilizar a expressão “pena — multa”, é porque se trata de contravenção penal.

4. CONCEITO DE CRIME

A palavra “crime” comporta vários sentidos. Na linguagem dos teólogos, serve para designar o pecado. Esse conceito ressalta em demasia o lado ético. Na verdade, “pecado” e “delito” são termos distintos. O primeiro compreende toda a ética, enquanto o segundo abarca apenas o mínimo ético necessário à convivência social. A ideia de delito como sinônimo de pecado é puramente moral, refoge à órbita jurídica, e, por isso, deve ser desconsiderada.

O conceito sociológico, para o qual crime é o fato que contrasta com os valores sociais, também não satisfaz a exigência do jurista, que deve procurar conceituá-lo dentro da ótica estritamente normativa.

No prisma jurídico, o crime pode ser conceituado sob três aspectos: formal, material e analítico.

Acentue-se, desde logo, que a definição do crime, sob os aspectos material e analítico, abrange tanto os crimes dolosos como os crimes culposos, estendendo-se também às contravenções.

Cumpra também salientar que a conceituação do crime visa apenas facilitar a inteligência abstrata do fato real, com o qual, porém, não se confunde. Na verdade, um crime não é igual a outro; cada qual tem as suas peculiaridades próprias. A teoria geral do crime procura abstrair a essência comum dos diversos delitos, com o intuito de revelar ao plano teórico a sua substância.

5. CONCEITO FORMAL

O conceito formal não se preocupa com o aspecto ontológico, nem em sublinhar os elementos essenciais do delito; é a definição fornecida pelo legislador, variando, por isso, conforme a lei que o define.

No Brasil, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal apresenta a seguinte definição:

“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Nessa definição, como se vê, põe-se em evidência o conhecido conceito de Ferri, segundo o qual crime é a violação da lei penal.

O conceito formal de delito é mutante, varia consoante a lei que o define, não atendendo às exigências do jurista, que busca uma ideia ontológica e analítica do fenômeno.

Este conceito formal de crime e contravenção, é omissivo acerca das hipóteses em que o preceito secundário do tipo penal não faz menção às penas de reclusão, detenção, prisão simples e multa. É o caso, por exemplo, do art. 28 da Lei 11.343/06, que prevê o crime de posse de droga para consumo pessoal, cujas penas são: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Diante disso, uma primeira corrente sustenta que não se trata de crime e nem de contravenção, mas, sim, de um ilícito extrapenal, à medida que não se enquadra no conceito formal de crime, previsto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

Prevalece, entretanto, a orientação que proclama a existência do crime, afinal, consta expressamente no Capítulo III da Lei 11.343/06 como sendo crime, sendo certo que estas medidas são rotuladas, pelo citado art. 28, de penas.

Ademais, a Constituição Federal arrola, no art. 5º, inciso XLVI, diversas espécies de penas, de modo que o crime não se restringe a uma pena abstrata de reclusão ou detenção. O conceito formal de crime, previsto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, não é absoluto e deve ser complementado pela Constituição Federal, que admite a criação de crimes com outras espécies de penas.

6. CONCEITO MATERIAL

Sob o aspecto material ou substancial, crime é o fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos penalmente protegidos. Essa noção material não é falsa, porém nela sobrepõe-se apenas a ontologia do crime. Apresenta-se como uma fórmula vazia sob a ótica da dogmática penal, porquanto não identifica os elementos estruturais do conceito de crime. A lesão ou perigo de lesão de um interesse penalmente protegido constitui, na verdade, o resultado jurídico, essencial à caracterização de todo crime. O direito penal necessita, no entanto, de uma visão mais analítica, que coloque em destaque os elementos estruturais do crime.

7. CONCEITO ANALÍTICO

O conceito analítico do crime põe em relevo os seus valores essenciais, variando as opiniões a respeito da composição dos elementos estruturais de sua definição. Basileu Garcia destaca os seguintes elementos: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Já Francisco de Assis Toledo elenca apenas três: fato típico, ilicitude e culpabilidade. Por sua vez, Júlio Fabbrini Mirabete indica apenas dois: fato típico e ilicitude.

Saliente-se, porém, que, conquanto decomposto em elementos conceituais autônomos, na construção do conceito de crime opera-se a justaposição de todos esses elementos, que se fundem no comportamento humano, do qual não passam de simples ordens de valorações. Em razão disso, alguns autores acham inadequada a expressão “elementos”, preferindo a terminologia “características” ou “requisitos”.

Como se vê, no conceito de crime, a teoria bipartida atribui ao comportamento humano apenas duas ordens de valoração: tipicidade e ilicitude. Portanto, crime é ação ou omissão típica e ilícita. A culpabilidade não é elemento do crime; funciona, porém, como pressuposto de aplicação da pena.

Tipicidade é a adequação de uma conduta a um tipo legal de crime.

Ilcitude ou antijuridicidade é a contrariedade existente entre a conduta típica e o ordenamento jurídico, em virtude de lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente protegidos. Suponha-se, por exemplo, que “A” mate “B” em legítima defesa. A despeito da tipicidade dessa conduta, não há ilicitude.

Culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita realizada por agente imputável, que tenha possibilidade de conhecer a ilicitude do fato e de evitar a prática do fato criminoso. É, pois, o juízo de censura decisivo à fixação da pena, que recai predominantemente sobre o agente, e não sobre o fato criminoso. É o elo entre o crime (conduta típica e ilícita) e a aplicação da pena. Sem culpabilidade não há possibilidade de aplicação da pena. A culpabilidade é o pressuposto de aplicação da pena.

Os elementos da culpabilidade, de acordo com a teoria normativa, são:

- a) *imputabilidade;*
- b) *potencial consciência de ilicitude;*
- c) *exigibilidade de conduta diversa.*

Como bem se vê, na culpabilidade analisa-se predominantemente o perfil do agente, sem, contudo, desvincular-se do fato, ao passo que nos juízos da tipicidade e da ilicitude analisa-se predominantemente o fato.

Crime é um fato humano voluntário revestido de tipicidade e ilicitude. A culpabilidade não recai sobre o fato, mas sobre as características do agente. Não se pode dizer que o fato é culpável; culpável é o agente. Deve ser arredada a ideia de que o crime não existe sem a culpabilidade, pois esta se localiza fora do crime, funcionando como pressuposto de aplicação da pena.

Punibilidade é a possibilidade jurídica de ser imposta pena ao criminoso. Não é requisito do crime, mas sim consequência jurídica. As causas extintivas da punibilidade estão arroladas no art. 107 do CP e em outros dispositivos legais. A ocorrência de uma dessas causas, como, por exemplo, a prescrição, impede a aplicação da pena. Se esta já foi aplicada, impede a sua execução. Entretanto, o delito não desaparece. Há, porém, duas causas extintivas da punibilidade que fazem com que o delito desapareça: anistia e *abolitio criminis*.

8. TEORIA SINTOMÁTICA DO CRIME

A teoria sintomática condiciona a existência do crime à periculosidade do agente.

É patente o defeito dessa teoria: ressalta em demasia a periculosidade, quando é sabido que a existência do crime independe da periculosidade do agente.

9. TEORIA BIPARTIDA

A teoria bipartida foi sustentada aqui no Brasil, pela primeira vez, por René Ariel Dotti, mas a ideia foi logo abraçada pelos penalistas Damásio Evangelista de Jesus, Júlio F. Mirabete, Celso Delmanto etc., e a cada dia vem conquistando mais simpatizantes.

A nosso ver, a teoria bipartida é a que melhor soluciona os problemas da ciência penal, pois, com a predominância do finalismo, e agora também da teoria jurídico-penal da conduta, o dolo e a culpa deixam de pertencer à culpabilidade e passam a integrar a conduta. Esvaziou-se, destarte, a culpabilidade, que, por isso, deve ser tratada como pressuposto da pena, e não mais como elemento do delito.

Antes do advento do finalismo, acreditava-se que os elementos anímicos integravam a culpabilidade. Separava-se o conceito de ação causal do conteúdo da vontade (dolo e culpa). E é claro que sem dolo e culpa não há falar-se em delito. Enquanto se imaginava que o dolo e a culpa pertenciam à culpabilidade, a doutrina, de forma unânime, não hesitava em posicioná-la entre os elementos do crime, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade.

Nessa época, entendia-se pacificamente que a tipicidade e a antijuridicidade integravam a relação física, enquanto a culpabilidade era a expressão da relação psíquica.

Demonstrado, porém, através do finalismo, que o dolo e a culpa pertencem à conduta, expurgaram-se da culpabilidade os principais elementos do delito, quais sejam, o dolo e a culpa, de modo que no juízo da culpabilidade o magistrado deve ter a mente voltada à pena, investigando a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. A ausência de um desses elementos exclui a culpabilidade, impedindo a aplicação da pena, mas o crime continua intacto, pois, para a sua caracterização, bastam a tipicidade e a antijuridicidade.

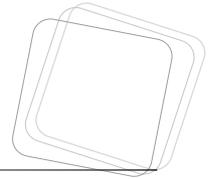
A culpabilidade, como se vê, é o juízo de reprovação sobre o comportamento passado do criminoso. É, pois, um juízo de valoração posterior, isto é, destacado

do fato criminoso praticado pelo agente, que é antecedente, razão pela qual não se pode dizer que ela integra esse fato criminoso.

O Código Penal, ao tratar das causas de exclusão da culpabilidade, usa as expressões “é isento de pena” (p. ex., art. 26, *caput*) ou “só é punível” (p. ex., art. 22), ao passo que para as causas de exclusão da antijuridicidade adota a locução “não há crime” (p. ex., art. 23). Portanto, a afirmação de que a culpabilidade é pressuposto da pena e não um elemento do delito encontra também apoio em nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, dentro de uma visão tripartida, os inimputáveis não seriam vítimas do delito de calúnia, porque caluniar é imputar falsamente um fato definido como crime. Dizer que um rapaz de 17 anos furtou o carro de Beltrano configura delito de calúnia para a teoria bipartida, ao passo que os adeptos da teoria tripartida encontram dificuldades para enquadrar o fato como calúnia. Desnecessário dizer a injustiça de se tipificar o fato como mera difamação, pois nesse delito é vedada a exceção da verdade, havendo risco de se condenar o agente que imputou fato criminoso verdadeiro ao inimputável.

Finalmente, se por um lado essa nova concepção bipartida inspirou-se no finalismo, cumpre recordar que Welzel, precursor do finalismo, mantinha a culpabilidade dentro do crime. Outros finalistas também perfilham desse entendimento, porque estão apegados à antiga compreensão tripartida do delito.



OBJETO DO CRIME

1. ESPÉCIES

O objeto do crime pode ser jurídico e material.

1.1. Objeto jurídico

Diz esse assunto respeito a um dos mais importantes temas do direito penal, porque é da titularidade do bem jurídico que se extrai o sujeito passivo da infração penal. Sobremais, o estudo do bem jurídico tem papel fundamental na classificação dos crimes, formulada pela Parte Especial do Código Penal, e na interpretação teleológica da lei penal. É claro que não existe crime sem objeto jurídico, e não há uma única exceção a essa regra.

Costuma distinguir-se o objeto jurídico em:

- a) **formal:** é o direito público subjetivo do Estado de ver obedecida a norma penal;
- b) **substancial:** é o valor jurídico tutelado pela norma penal. A esse valor a doutrina dá o nome de bem ou interesse, ou bem-interesse. Bem é tudo aquilo que satisfaz uma necessidade humana. Interesse é a avaliação subjetiva em torno desse bem. A distinção entre bem e interesse, porém, não passa de uma questiúncula jurídica.

O objeto jurídico substancial, por sua vez, subdivide-se em: genérico e específico.

Objeto jurídico genérico é o bem ou interesse tutelado por determinado grupo de normas penais.

Objeto jurídico específico é o bem ou interesse tutelado, de maneira peculiar, por um número menor de normas, unidas pela tutela comum de um bem jurídico genérico.