

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO DE CIÊNCIAS PENALIS – Turma:1989

MONOGRAFIA JURÍDICA:
DIREITO PENAL – ALGUNS ASPECTOS DE SUA ESTRUTURA E
INTERPRETAÇÃO COMO FATOR DE EQUILÍBRIO SOCIAL

CELSO CARNEIRO DO AMARAL

CURITIBA

JULHO/91

CELSO AMARAL

DIREITO PENAL:

**ALGUNS ASPECTOS DE SUA ESTRUTURA
E INTERPRETAÇÃO COMO FATOR DE EQUILÍBRIO SOCIAL**

CURITIBA

JULHO/91

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A FILOSOFIA DO DIREITO	5
1.1. ALGUMAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO SOCIAL	7
2. DOUTRINAS PENAIIS	12
2.1. FORMAS E SIGNIFICADOS DA PENA NA FASE SAGRADA DO DIREITO	12
2.2. AS TRÊS ESCOLAS PENAIIS	17
2.2.1. ESCOLA CLÁSSICA	18
2.2.2. ESCOLA POSITIVA	19
2.2.3. ESCOLA CRÍTICA	22
2.2.4. OUTRAS ESCOLAS	23
3. O CRIME E O CRIMINOSO	31
3.1. CONCEITUANDO O CRIME	31
3.2. CONCEPÇÃO SOBRE O CRIMINOSO	38
4. O TIPO PENAL	46
4.1. DEFINIÇÃO DO TIPO PENAL	46
4.2. EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL	47
4.2.1. FASES DA EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL	49
4.3. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS SOBRE O TIPO	50
4.4. O DOLO NO TIPO PENAL	52
4.5. ADEQUAÇÃO SOCIAL DO TIPO	55
5. A CONSTRUÇÃO DO EQUILÍBRIO SOCIAL	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

A análise conceitual do DIREITO como um todo e, em especial do DIREITO PENAL, objeto de nosso enfoque, não pode estar dissociada das origens do homem e da sociedade, consagrada no brocardo latino do “UBI IUS, IBI SOCIETAS, UBI SOCIETAS, IBI IUS”, posto que, não se pode olvidar, que onde está a sociedade, está também, como corolário, o DIREITO.

A História da Civilização, nos fornece a certeza de que nossos ancestrais primatas, desde o seu surgimento na natureza bruta, na Era Quaternária do processo evolutivo de nosso PLANETA, perceberam, desde logo, que a satisfação de suas necessidades humanas básicas de sobrevivência, bem como, a satisfação de seus recônditos desejos afetivos, compreendidos nesses, toda a gama de sensações e emoções, inatas ao ser humano, residiam na vivência comunitária.

A reunião dos seres humanos, nômades, em princípio em “Gens”, “Clãs”, “Tribus” e “Nações”, posteriormente, fixando-se em um território, com governos politicamente organizados, originaram os atuais ESTADOS, como hoje conhecemos, nos levando a concepção de que esse desenvolvimento organizacional, só foi possível, graças as NORMAS DE CONDUTA, estabelecidas a princípio tácitamente e posteriormente expressamente, as quais se constituem, na gênese dos deveres e obrigações, geradoras dos DIREITOS, em sentido amplo.

Portanto, a necessidade imperiosa do Homem, por uma vida em Sociedade, levou-o a estabelecer, desde um princípio, condutas que pautariam, todas as formas de relações possíveis, entre Ele e o Grupo, a que pertencia. Levar a efeito, esse desiderato, que se poderia denominar, a princípio, de um “tácito acôrdo”, exigia dele individualmente, manifestar a submissão de seus impulsos, de seus atos egoísticos e de outros sentimentos, aos preceitos convencionalizados, pelo grupamento social, tendo em vista a satisfação global de suas necessidades, de sobrevivência, dentro de “um bem viver comum”.

Todavia, para que fosse tecido, ao longo do tempo, esse fio que liga duas ou mais pessoas; que os subordina a algo externo; as suas individualidades; que delimita o alcance e os limites, de seus comportamentos; que lhes impute deveres; que lhes garanta direitos; e ainda, que se possam determinar as causas motivadoras do rompimento desse fio; a análise das consequências desse rompimento e outras, determinou por parte do ser humano, uma permanente reflexão e constante indagação das relações dos homens, com o Universo que os cerca, redundando dessa reflexão, no vasto campo do conhecimento humano Universal, hoje acumulado, no qual gravita o DIREITO, como órbita obrigatória.

Imprescindível, portanto, que na análise dos aspectos pertinentes à transgressão, pelo Homem do comportamento social estabelecido, se faça em linhas gerais, uma incursão pelas idéias, que através dos tempos, conformaram o Pensamento Universal, a fim de demonstrar, que a Filosofia do Direito, valendo-se das investigações jurídicas e sociais, auxilia na confirmação das normas reguladoras do Equilíbrio Social.

Objetivando ofertar uma visão panorâmica, se bem que superficial, do DIREITO PENAL, mister se torna, percorrer a sua trajetória desde a ANTIGUIDADE até a construção das ESCOLAS PENAIS, apresentando os principais postulados, por elas adotados e enunciados, na conceituação do crime e da pena.

As concepções referentes ao crime e ao criminoso, apresentadas, procuram demonstrar, as formas particulares, que as ESCOLAS PENAIS, tomaram para revelar o enfoque, que imprimiram com relação ao binômio DELITO-AUTOR, objeto maior de suas preocupações.

Nessa ótica de importância, são as considerações referentes, aos aspectos evolutivos da ideação de tipicidade, da qual o TIPO PENAL é núcleo, em razão das diferentes concepções formuladas, na trajetória ascendente da adequação da norma a realidade social, em cada momento histórico, principalmente, no que tange, a exteriorização da vontade humana, determinativa da conduta, através da ação, penalmente relevante.

As conclusões esposadas ao DIREITO como regulador do Equilíbrio Social, procuram demonstrar a necessidade, cada vez maior, de se adequar a NORMA a REALIDADE SOCIAL, em forma de atuação mais positiva, perante a sempre crescente e celere transformação social experimentada pela SOCIEDADE.

Portanto, a idéia central consiste em condensar neste trabalho os aspectos básicos da evolução da doutrina penal desde os seus primórdios, até os dias hodiernos, numa imperfeita tentativa de fornecer aos iniciantes do estudo da ciência penal, uma sistemática evolução das primeiras relações do homem na vida comunitária e via de consequência, com o DIREITO, fator

relevante, na determinação do equilíbrio social, sempre buscando, mas ainda não satisfatoriamente alcançado.

Também, necessário ressaltar, não se revestir o presente trabalho, de qualquer ideia de ineditismo, mas sim, fruto dos conhecimentos adquiridos em nossa formação cultural, de cunho jurídico-filológico, adendados na percuente pesquisa bibliográfica, a qual, se a nós, se apresenta laboriosa e estafante, todavia, entendemos ser própria e inerente aos imberbes amantes e cultores do DIREITO.

As ciências em geral estudam múltiplos aspectos com relação aos homens, descurando porém dos aspectos relativos a essência da vida e do conhecimento humano, da liberdade, da natureza do bem e do mal, da origem e do valor da lei moral, sendo que desses problemas se ocupa somente a Filosofia. Ela estuda toda a realidade ou, de algum modo, procura dar uma explicação completa e exaustiva de um domínio particular da realidade.

Nesse contexto, a filosofia do Direito é o saber maior e global, constituído à luz da razão sobre os atos humanos e as suas relações com o bem comum. Na prática, a filosofia do Direito, através de investigações jurídicas e sociais, pode estabelecer os pontos necessários para o alcance das normas reguladoras do equilíbrio social.

Em qualquer momento da evolução e desenvolvimento social, os atos humanos são controlados por normas que sistematizam e regulam a conduta social. A base desta conduta social repousa no equilíbrio da consciência de cada indivíduo no seu grupamento social.

Mas como atua essa consciência? Não sendo a consciência, apenas uma mera espectadora das impressões externas, ela reflete as relações dos fenômenos exteriores, modificando-os progressivamente, e faz com eles múltiplas combinações, quase sempre diversas e originais, “de acordo com o temperamento, a educação do indivíduo, a idade, como também é influenciada pelas infindáveis percepções que originam a formação psíquica do homem”.

A cada constituição particular da mente humana, corresponde uma manifestação externa. Por isso, as experiências adquiridas não ficam estagnadas; integram-se aos outros conhecimentos e experiências que o ser humano armazenou. A sistematização e objetivação dos atos exteriores do indivíduo resultam no fenômeno do procedimento humano. Entendendo o

DIREITO como essência do dinamismo social, deve-se por isso mesmo, estudar o procedimento humano, em relação com a sociedade, respeitando os domínios da experiência.

Diante disso, a filosofia jurídica não deverá deixar, nunca de trilhar o caminho da experiência. E, assim, a filosofia jurídica não pode ser tomada como filosofia particular, posto que, as leis gerais que a ela servem de origem, são linhas diretas das leis que encerram a complexa dinâmica social.

O DIREITO na sua pluralidade de manifestações, resultante da pluralidade e complexidade das relações sociais, deu lugar a diversos segmentos da ciência jurídica, tais como: o direito administrativo, constitucional, civil e principalmente no campo coletivo do proceder, ou seja no campo determinativo do equilíbrio social, o DIREITO PENAL.

O juízo da opinião pública se manifesta através do DIREITO PENAL que, antes, condena a individualidade do agente que praticou ato com intenção de fazer o mal. Exercita-se assim, através do direito penal, a JUSTIÇA, que é sem dúvida, a força básica da existência e do equilíbrio do organismo social, de vez que, a Lei, tutelando e disciplinando os comportamentos sociais, estabelece a paz social.

1.1. ALGUMAS FORMAS DE MANIFESTAÇÕES DO PENSAMENTO SOCIAL

Cada grupamento social, em dado momento de sua existência tentou estabelecer teorias que explicassem as suas inquietações sobre a essência e a existência da sua própria vida. Essas teorias formuladas assumiram diversas formas e denominações, tais como, idealismo, realismo, criticismo, positivismo, etc., conformando desta forma o pensamento universal.

O postulado do IDEALISMO fundamentou-se na afirmação do primado absoluto da função cognoscitiva em relação a qualquer outra atividade humana. Sob essa concepção de mundo, o conhecer torna-se um princípio subsistente: a Consciência, o Saber, a Razão, o Espírito Absoluto, o Eu puro. Vale notar que o princípio cognoscitivo não se situa como representação, mas sim como criação de objetos. Pela atividade do Espírito se originam a natureza, a história e a humanidade. Na sua ação, o Espírito não se propõe a outro fim além daquele de realizar plenamente a si mesmo, adquirindo perfeita anticonsciência.

Certa instância do idealismo está presente no sistema desenvolvido por KANT. Este postulava a existência de um mundo objetivo, da coisa em si, que existe fora de toda experiência (o número). Porém foram os discípulos de KANT (Fichte, Schelling e Hegel) que levaram as últimas consequências o conceito Kantiano do EU como atividade ordenada e unificadora da experiência interna e externa. Assim, o EU unificador torna-se criador de toda a realidade. Qualquer limite ao pensamento não pode ser colocado senão pelo pensamento e pelo próprio pensamento também superado.

Para a corrente do pensamento do REALISMO, já as representações, idéias e conceitos, não passam de simples projeções das correlações objetivas externas. O intelecto do Homem é entendido como uma tábua rasa, onde os fenômenos exteriores registram aí, por intermédio dos sentidos as impressões recebidas. Dessa forma o Realismo nega a atividade específica das reações psíquicas.

Em reação aos excessos da unilateralidade das teorias anteriormente descritas, surgiu o CRITICISMO. Esta corrente de pensamento postula que o ser humano é produto de dois fatores importantes e imprescindíveis: o mundo

exterior e a atividade mental. Assim, o homem é “matéria e Espírito” que existem combinados, porque se assim não o fosse, seria impossível existir o “estado visual”, de vez que este envolve a mente humana, enquanto os sentidos lhe fornecem a matéria para sistematizar e processar, unificando e transformando a estados sugestivos internos as correlações objetivas, provenientes do meio externo. Essa atividade, organiza e unifica o “vário” e o “multiplice” da experiência, que constitui o denominado “elemento formal e a condição “a priori” do saber”.

Contrariando sua tendência à não-unilateralidade de concepção, acaba por convergir ao apriorismo, ao entender que a consciência é uma condição formal da experiência. A saída teórica do criticismo, do que lhe poderia servir de armadilha, está em conceber que assim como o homem toma conhecimento das coisas que se encontram em relação a Êle mesmo, tem uma relação de semelhança e diferença com outras coisas, pelos liames de uma coligação qualquer, que existe além do mundo relativo, qual seja, a do universo do mundo absoluto, onde habitam as unidades e as origens de todo o proceder humano.

De outro lado, parte o POSITIVISMO da concepção de que a ciência é a única filosofia verdadeira. Propõe-se, portanto, responder à instância de estender o domínio do homem sobre a natureza, por meio da ciência e, ao mesmo tempo, da exigência de organizar por meio desta o próprio mundo humano.

O positivismo, a exemplo do materialismo, vê na matéria o princípio supremo, a causa última de toda a realidade.

A preocupação humanista desta corrente de pensamento propõe libertar o homem de todas as alienações ideológicas, que o haviam anterior-

mente acorrentado à religião e à metafísica. Noutra ângulo, pretende adquirir um conhecimento exato do homem como ser social, valendo-se do método das ciências experimentais, sob o primado de que: como as ciências são idôneas para formular as leis relativas ao desdobramento dinâmico da realidade natural, assim também devem ser idôneas para formular as leis relativas ao desenvolvimento do mundo social humano.

O equilíbrio humano é considerado consequência do encadeamento inseparável e harmônico dos elementos psíquicos, coordenados por uma atividade sintética. SPENCER defende que os estados psíquicos mais complexos e estáveis são formas “a priori” relativas aos indivíduos, mas porém, produto “a posteriori”, quanto à espécie. Isso, por serem os estados psíquicos o resultado da experiência acumulada nos espíritos e transmitidos por hereditariedade. Os estados psíquicos, por mais complexos que sejam, tendem a transformar-se por um complicado processo analítico-psíquico, em meras sensações. Estas se transformam em fatores elementares pela ação da fisiologia e da embriologia, formando aos poucos os órgãos do sentir sob a influência de estímulos do ambiente exterior.

Essas idéias lançadas pelo POSITIVISMO influenciaram sobremaneira o DIREITO PENAL e graças a elas os crimes deixaram de ser observados como uma entidade jurídica abstrata, isto é, independentemente do estudo físico-psíquico dos seus autores e das considerações sociais em que foram e são cometidos. Essas idéias analisadas emprestaram a FERRI a classificação dos delinquentes em: natos, loucos, ocasionais, por paixão e por hábito.

Enfim, tantas correntes de pensamentos, tantas visões, para tentar esclarecer as realidades que ainda desafiam o homem, tais como: a natureza da matéria e da força, a origem do movimento, a aparição da vida, o finalismo

do universo, o brotar das sensações e da consciência, a origem da razão e da linguagem, o livre-arbítrio humano e tantas outras, ainda estão aí a merecer a sensível e arguta reflexão do ser humano.

A Filosofia do Direito, escolhendo e selecionando a ordem dos atos humanos nas suas relações como o bem comum, dá margem à renovação de vários segmentos do Direito, permitindo que o pensamento jurídico como um todo se torne superiormente desenvolvido e capaz de auxiliar efetivamente a humanidade.

2. DOUTRINAS PENAIS

2.1. FORMAS E SIGNIFICADOS DA PENA NA FASE "SAGRADA" DO DIREITO

Inegável a miscigenação na Antiguidade do DIREITO ao aspecto religioso. A lei não expressa era considerada, no vasto campo da moral, de acordo com a índole do povo, uma mera manifestação do Divino e, via de consequência, o crime nada mais era, do que uma ruptura com o sagrado e, quem o praticava, era considerado imoral e expiava o castigo pela pena.

O exercício da justiça, desta forma, nasceu do instinto de conservação do indivíduo, expressa pelo espírito de vingança. Por isso, as primeiras sanções penais foram estabelecidas, através de normas do caráter costumeiro, apoiadas quase sempre na consciência coletiva, na religião e não raras vezes na magia.

As grandes civilizações do passado, como a China Antiga, a Pérsia e o Egito, tiveram suas leis, primordialmente, inspiradas na religião e no conceito de moral vigente. Essas leis, rigorosas e intolerantes, merecem, dentre elas, expressiva citação, à aquela praticada na Índia, inserida no Livro de Manu, denominada de Manava-Dharmasasthra, datada de 13 ou 12 séculos Antes de Cristo.

Também, na antiga legislação, merece referência o Código de Hamurábi, da Babilônia (cerca de 2.083 A.C.) no qual a punição constituía-se como uma vingança pública e era, em geral, medida pelo talião. Do latim "talionem (talio, taliones), derivado do adjetivo talis, o talião significava "tal o

castigo, tal a pena”, “qual o crime, qual a ofensa praticada” e segundo a Bíblia, a lei do “olho por olho, dente por dente”.

Na Grécia antiga, a pena era considerada uma fatalidade que decorria do crime. Dada a inexistência de fontes jurídicas, o que foi legado para a posteridade, está inserido na literatura de poetas, prosadores e filósofos e por essas fontes, observa-se que a pena, tinha assim o caráter de expiação, deixando, também explícita a sua origem sacral. Mas, consoante Anibal Bruno: “(...) Aristóteles fez penetrar (...) nas suas construções éticas e daí nas jurídicas, a idéia do livre-arbítrio, que não se sabe que ação possa ter tido nas práticas gregas, mas que veio exercer considerável influência no Direito Penal do Ocidente”.¹

Posteriormente, no Direito de Atenas passa a haver uma distinção entre o crime praticado contra o Estado, contra a Religião ou apenas a um bem particular. Ao primeiro reserva-se o máximo rigor penal.

Os gregos contribuíram, ainda, com o estabelecimento “da razão e do fundamento do direito de punir e da finalidade da pena”² – uma reflexão aprofundada por Sócrates. A esse respeito, Platão nas Leis, concebe “a pena como instrumento de defesa social; de prevenção do crime e, não de repressão; ela é voltada para o futuro, não para o passado”.³

Nos últimos tempos nas cidades gregas, a legislação forma uma espécie de ponte entre o Direito punitivo Oriental, impregnado de sentimento religioso, e o Direito Romano. Este, o Direito Germânico e o Canônico vão prevalecer durante toda a Idade Média.

1 BRUNO, Anibal, Direito Penal(Parte Geral, Tomo 1º,3ª ed.RJ.Forense,1967,pg.63)

2 _____,pg.64

3 _____,pg.64

Nos primórdios da civilização romana, também vamos nos deparar com o Direito punitivo de caráter religioso. Porém, este logo foi distinguido, na doutrina e na prática sacral.

Em Roma, aparecem os “*crimina pública*” que são o “*perdenellio*”, fato contra a existência e a segurança da cidade, e o “*parricidium*”, a morte dada a um “*pater*”. estes são diferenciados dos “*delicta privata*”, punição entregue à iniciativa do ofendido. O “*pater familias*” exercia poderes ilimitados dentro de sua jurisdição, “*domus*”. Em todo curso da história romana, esses poderes, mesmo que atenuados, não desaparecem. Fora desse grupo, a pena era estabelecida pela “*compositio*”. Esta consistia no pagamento de um preço correspondente ao mal causado pelo crime, pagamento que se fazia ao ofendido ou à sua família.

À época do Império, criam-se os “*crimina extra-ordinária*”, categoria intermediária entre os crimes públicos e os delitos privados. Mais tarde, surgem os Tribunais Imperiais. O quadro das sanções se alarga. Aparecem penas infamantes, corporais, de privação da liberdade, de desterro, de trabalhos forçados além da pena de morte, como condenação.

O Direito romano era uma prática do justo em relação a fatos cotidianos, não se preocupando em sistematizar conceitos. Sêneca desenvolve as idéias de Platão, apresentadas nas Leis, reforçando o caráter preventivo da pena.

Ainda na Antiguidade, vamos encontrar o Direito germânico com as mesmas características. A vingança continua a se manifestar; é provável que a pena de morte tivesse caráter de sacrifício humano às divindades diversas, variando conforme a divindade o seu modo de execução.

As formas punitivas teriam sido, num primeiro momento, a disciplina do chefe e a perda da paz. O violador perdia a proteção jurídica do grupo e poderia ser perseguido e morto por qualquer um do povo. Na verdade, era uma modalidade da pena de morte. Num outro momento, vai predominar a vingança de sangue, que consistia mais em um dever do que em um direito. Esta foi superada pela composição que consistia no pagamento de um preço da paz.

Na época, o Código de penas germânicos, "Leges Barbarorum", era um minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis conforme a gravidade das lesões, a categoria social do indivíduo ofendido, ou sua idade ou sexo. Esse sistema de composição foi evoluindo para o "Wehrgeld" que consistia num ato de submissão do agressor ao grupo agredido; A "Busse" pena equivalente ao preço, que o agressor pagava para se libertar da vingança, e ainda, o "Friedgeld", pena da violação da paz, paga ao rei.

O Direito Penal canônico era um conjunto de normas emanadas do poder pontifício, principalmente no século XII, que teve influência na prática da justiça punitiva, com a conquista do poder temporal pela Igreja. Aparece como uma reação ao Direito Germânico, de espírito individualista, e considera a pena pública como única sanção justa e regular. Ao contrário do objetivismo dos Germânicos, o Direito canônico privilegia o elemento subjetivo. Mas, para a incriminação, exigia uma realização objetiva externa. Opunha-se às práticas supersticiosas das "Ordálias", prova jurídica levada a efeito sob o nome de "Juízo de Deus".

Em síntese a Idade Média caracterizou-se pela idéia de intimidação e expiação, consubstanciada no absolutismo do poder público, na preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos campos não se delimitam, na

justiça arbitrária e servil aos poderosos, na desigualdade de punição de nobres e plebeus e, sobretudo, na atrocidade das penas, em que a morte era lugar comum, aplicada com monstruosa frequência e através de vários meios, tais com: a forca, a fogueira, o afogamento, o esquartejamento, o empalamento, a roda, as mutilações, o arrancamento de vísceras, etc. Desta forma, criava-se em torno da justiça, um clima de insegurança e compreensível terror.

Esse bárbaro direito punitivo, que prevaleceu nesses longos e sombrios séculos, foi a principal causa do nascimento do movimento humanitário.

A combinação dos três sistemas, então vigentes, o Direito Romano, o Direito Germânico e o Direito Canônico, vai resultar na aplicação do Direito Penal Comum.

A expressão Direito Penal foi empregada pela primeira vez na Alemanha em 1756, por REGNERUS ENGELHARD, discípulo do filósofo CHRISTIAN WOLF.

A expressão designa um conjunto de normas que define os fatos puníveis, cominando-lhes as correspondentes penas. Esse é o Direito Penal Norma, Direito Positivo, que segundo CARRARA é: "complexo de normas que regula a organização do Estado e, dentro dele, a conduta dos indivíduos, impostas coativamente pelo poder social".

O Direito Penal é evidentemente Direito Público, pois assegura condições de convivência social, incubindo exclusivamente ao Estado o "jus punitionis", uma vez que são indispensáveis os interesses e bens garantidos pela norma penal.

A finalidade do Direito Penal é a defesa da Sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, entre outros. Dessa forma, o Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois chamados bens jurídicos, são valores da vida individual ou coletiva, da cultura, que na maioria dos casos tem como objetos preceitos jurídicos e morais. Anibal Bruno, define Direito Penal, como: “um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis. Toda a sua proteção se faz, sob o critério regulador da justiça”.⁴

A função de prevenir e reprimir os crimes por meio do Direito Penal é exercida pelo Estado, através dos seus Órgãos e Poderes Constitucionais, o Poder Legislativo, que elabora a Lei Penal, o Poder Judiciário, que a aplica, e do Poder Executivo que vela pelo seu cumprimento.

Assim, consagra-se o Direito Penal, como efetivo regulador do equilíbrio social, que tem como corolário, a paz social.

2.2. AS TRÊS ESCOLAS PENAIIS

As correntes do pensamento filosófico-jurídico em termos de Direito Penal, se formaram e se diferenciaram pelo tratamento dado ao fenômeno do crime e, particularmente, aos fundamentos e objetivos do sistema penal.

Duas dessas correntes apresentam concepções profundamente distintas no campo penal, com posições lógicas e filosoficamente bem definidas: A ESCOLA CLÁSSICA e A ESCOLA POSITIVA. As outras escolas retiram, em

maior ou menor grau, suas ilações e seus princípios das duas primeiras, tomando como compromisso um ponto específico; é o caso da Escola Crítica, ou a denominada Terceira Escola ou “Terza Scuola”.

2.2.1. ESCOLA CLÁSSICA

“*Dei delitti e delle pene*” (1764) de Cesar Beccaria, abre caminho ao movimento da Escola Clássica, ou fase humanitária do Direito Penal, que se estende dos fins do século XVIII aos fins do século XX.

A obra de Beccaria não é jurídica em seu sentido Técnico, mas sim filosófica. Porém, não se deve esquecer que o Direito Penal nasceu dentro das concepções filosóficas, tendo adquirido independência e método próprio posteriormente. À época, não suplantada por nenhuma outra obra no que tange à reforma das idéias penais. BECCARIA, criou uma consciência nova, na defesa do cidadão contra a tirania, segundo suas próprias palavras:

*(...)as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre os homens livres, quase sempre, não foram mais do que o Instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, jamais a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade, com esta finalidade única: **todo o bem estar possível para a maioria**”⁵*

A Escola Clássica, que se desenvolveu, inicialmente, na Itália possibilitou a distinção de duas correntes jurídicas. Uma, sob a influência do ILUMINISMO, criou um direito punitivo baseado na necessidade social e teve, além de BECCARIA, os nomes de FILANGIERI, ROMAGNOSI e CARMIGNANI. A outra conforma a fase de consolidação da Escola e se apoia na metafísica

jus-naturalista, acentuando a exigência ética da retribuição, na pena. Seus seguidores foram ROSSI, PESSINA e principalmente CARRARA.

Esta Escola se caracteriza por:

- a) entender o crime como resultante de uma infração de um ser moral;
- b) fundamentar-se na responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, supondo sempre a existência de uma vontade inteligente e livre, o que condiciona a distinção entre imputáveis e inimputáveis;
- c) entender a pena como uma retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível.

A exemplo das instituições de seu tempo, a Escola foi romântica e burguesa, individualista, humanitária, de fundo ético, além de jurídico.

2.2.2. ESCOLA POSITIVA

As idéias dos jusnaturalistas já não bastavam para sustentar os fundamentos do Direito exercido até então. As ciências com seu método de exploração penetravam no estudo do homem, entendido na sua própria natureza e nas relações com a sociedade.

As idéias daí emanadas iriam fundamentar uma nova corrente do pensamento universal jurídico-penal, voltada à aplicação dos novos dados biopsicológicos e sociológicos à interpretação do crime e à orientação da reação social, contra a criminalidade. Nasce, assim, a Escola Positiva do

Direito Penal, que visou resumir as tendências científicas e as aspirações práticas da época.

Essa fase científica foi iniciada por Cesare Lombroso, com o Livro “L’Uomo Dlinquente”. O delinquente considerado abstratamente no período humanitário, é visto por Lombroso como um criminoso nato. É uma variedade particular da espécie humana; um tipo definido pela presença constante de anômalias anatômicas e físico-psicológicas.

Essa fase se divide em três períodos:

- a) PERÍODO ANTROPOLÓGICO – Tem em Lombroso seu maior representante que, sob inspiração de Darwin, criou a Antropologia Criminal. Em sua obra já citada, demonstrou que o delinquente era um homem diferente dos demais e que o crime se constituía em uma tirania que o organismo exercia sobre o indivíduo a par das influências externas;
- b) PERÍODO SOCIOLÓGICO OU CRIMINOLÓGICO: – Inspirado em Comte, Enrico Ferri criou a Sociologia Criminal que propugna ser o crime não apenas resultado do fator biológico, mas alarga as origens da criminalidade afirmando as três ordens de fatores do crime: antropológicos, físicos e sociais.
- c) PERÍODO JURÍDICO: Nesta fase, Rafael Garofalo, inspirado em Spencer, criou a Criminologia. procurando apoiar o conceito naturalista do crime, criou a noção do delito natural, que definiu como: “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de

piiedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”⁶

Os mentores desta escola foram antes criminologistas do que juristas.

A Escola Positiva tinha como princípio fundamental, ditado pela escola antropológica: “O livre-arbítrio é uma ilusão subjetiva, desmetida pela fisiopsicologia positiva”. Dele decorrem os seguintes preceitos:

- a) todos os homens, quer mentalmente são ou psiquicamente enfermos (loucos), de desenvolvimento intelectual completo (adultos), tolhidos (imbecis, idiotas, surdo-mudos), ou não concluídos (menores), são legalmente responsáveis pelas próprias ações ou omissões, puníveis, mesmo que sob formas e critérios diferentes;
- b) a responsabilidade penal do delinquente tem por fundamento a responsabilidade social;
- c) a natureza e o rigor da pena de conformidade com a temibilidade do delinquente e a sua inaptidão à vida social;
- d) o crime é resultante da ação complexa de fatores biológicos, físicos e sociais.

Baseados nesses princípios, o programa do positivismo criminológico estabelecia:

- a) o Direito Penal deveria partir da consideração do homem criminoso, na sua realidade biológica e social;
- b) o crime deveria ser entendido como realidade fenomênica, episódio de comportamento, condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais, e sobre essa concepção biológica e sociológica basear a sua concepção jurídica, sendo certo que o crime será sempre para o jurista uma infração ao Direito;
- c) segundo Ferri, a responsabilidade penal deve se basear na responsabilidade social, ou, conforme orientação mais moderna, na perigosidade criminal do agente, como critério segundo o qual não só se justifica, mas se especializa a sanção aposta ao crime;
- d) a sanção anticriminal deve ser entendida não como castigo de culpabilidade, segundo a antiga exigência da retribuição, mas como instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos casos de desajuste extremos.

A Escola Positiva continua influenciando legisladores e doutrinadores, por seus próprios fundamentos, os quais se encontram presentes também nas concepções de várias escolas ecléticas.

2.2.3. ESCOLA "CRÍTICA"

A Escola Crítica, ou do positivismo crítico, também chamada de "TERZA SCUOLA", surgiu na Itália, procurando conciliar os princípios da Escola Clássica e da Escola Positiva.

Os nomes relevantes desta corrente de pensamento foram: CARNEVALE e IMPALLOMENI.

A Escola Crítica propugna, a partir da corrente antropológica, que o livre-arbítrio é uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva, mas acolhe, como a Clássica, o princípio da responsabilidade moral dos indivíduos, mentalmente sãos e fisiologicamente desenvolvidos.

Desses fundamentos, tem como resultantes que:

- a) a responsabilidade moral gera a responsabilidade penal do delinquente;
- b) a responsabilidade penal é consequente dos graus da responsabilidade ou imputabilidade moral do criminoso. Para esta Escola, o crime se apresenta como um fenômeno individual e social, condicionado pelos fatores determinados por Ferri. A pena destina-se a defesa social, mas nem por isso perde seu caráter de aflição.

Todavia, a Escola Crítica, teve duração efêmera, posto que, procurava conciliar visões de mundo totalmente diferenciadas.

2.2.4. OUTRAS "ESCOLAS"

Dentre outras Escolas do Direito Penal, vale mencionar a Escola Moderna, surgida na Alemanha tendo como seu fundador Von Liszt. De natureza eclética, ainda é conhecida como a Escola do Positivismo Crítico, Escola Sociológica ou Escola da Política Criminal.

A preocupação principal da Escola foi a de adotar medidas de ordem prática visando à repressão e prevenção do delito, introduzindo nas legislações penais diversos institutos.

Decorre daí a distinção que faz do Direito Penal e Criminologia. Utiliza o método lógico para a interpretação do Direito Penal e considera, que a Criminologia deve ater-se no aspecto externo do delito e nos fatores interiores, sem o que a aplicação da pena não terá utilidade.

Também, não aceita o criminoso nato de Lombroso, nem a existência de um tipo antropológico de delinquente. O criminoso é um fato jurídico, sem desconsiderar os aspectos humanos e social, acentuando que o delito é predominantemente influenciado por fatores econômicos, além de causas externas, físicas e sociais.

Nessa Escola, a pena tem funções preventivas, ou seja de caráter preventivo, sendo uma advertência a todos e, em especial, que recai sobre o delinquente.

As características desta Escola são:

- a) método lógico jurídico para o Direito Penal e experimental para as ciências penais;
- b) distingue o imputável do inimputável, na determinação normal do indivíduo;
- c) aceita a existência do estado perigoso;
- d) tem o crime como um fato jurídico, mas também como fato natural;
- e) o crime será combatido tanto pela imposição de penas, como por medidas de segurança.

Sem abandonar os fundamentos das exigências tradicionais, acrescentando novos aspectos ao Direito Penal, influenciando projetos e códigos penais mais modernos.

Em 1889, VON LISZT, PRINS e VON HAMEL, fundaram a União Internacional de Direito Penal. Nas assembleias dessa Instituição, importantes questões de Direito Penal, foram debatidas, tais como as referentes a delinquência de menores, a reincidência e a criminalidade crônica, a teoria do estado perigoso, a aplicação de medidas de segurança, a necessidade da formação especializada dos juizes penais e outras. A União Internacional de Direito Penal, objetiva colaborar com soluções de natureza legislativa para os diversos problemas capitais do Direito Penal Moderno.

ESCOLA NEOCLÁSSICA

Para alguns a Escola Neoclássica abrange a Escola Humanista e a Escola Técnico-Jurídica.

A Escola Técnico-Jurídica foi fundada por MANZINI, e difundida por ARTURO ROCCO, tendo recebido a influência do classicismo alemão de BINDING e italiano de CARRARA.

Propôs um retorno ao jusnaturalismo, com a liberdade de querer a imputabilidade. Desprezava a crítica no Direito Criminal, restando-lhe a exegese e a dogmática. Compreendia o crime como relação jurídica com aspectos pessoais, sociais e factuais, negando tanto ao pensamento clássico quanto ao positivista. Aos imputáveis a pena era, ao mesmo tempo retributiva e recuperativa, pugnando pela aplicação de medidas de segurança, aos inimputáveis. Separou definitivamente o Direito Penal da Criminologia. Cons-

truiu a teoria tripartida do delito, ou seja a concepção do crime, como uma ação típica, antijurídica e culpável.

São características da Escola Técnico-Jurídica:

- a) negação das investigações filosóficas;
- b) pena retributiva, medida de segurança correcional.

A Escola Humanista tem em LANZO o seu fundador, (1905). Esta Escola sustenta a responsabilidade moral, independente do livre-arbítrio; Prega a imputabilidade moral e penal aos maturos intelectuais e aos de saúde mental não abalada, isto é, mentalmente sãos.

O axioma: "O Homem é imputável porque é educável" sustenta o fundamento da Escola na responsabilidade moral. Considera que o crime não viola o sentimento jurídico mas sim o sentimento moral.

GAROFALO vai contribuir com essa Escola, no que se refere ao entendimento do delito: "é a violação dos sentimentos de piedade e probidade no grau médio em que se acham na humanidade"⁷

Quanto a pena, esta Escola não propõe nenhuma inovação; dá a pena uma função educadora com objetivo na emenda do criminoso, cuja corrigibilidade advoga ser possível.

7 BADARÓ, RAMAGEM, Introdução ao Estudo das 3 Escolas Penais, 2ª ed. São Paulo, Ed. Juriscedi Ltda. S.d. pg. 130

IDEALISMO ATUALÍSTICO

Esta corrente de pensamento, “Escola”, tem como figuras principais GIUSEPPE MAGGIONI, UGO SPIRITO, BENEDITO CROCE, GIOVANI E GENTILE.

Resumidamente, esta Escola, assenta seus fundamentos nos princípios das teorias clássicas e nas doutrinas antropológicas.

Seguindo os antropólogos afasta a hipótese do livre-arbítrio e aceita o critério da responsabilidade moral da Escola Clássica. Admite ainda, a imputabilidade de todos os homens normais, anormais, loucos, sãos de espírito, sem considerar a idade e a inteligência, aspectos esses que já tinham sido acolhidos pelos antropólogos. Porém, acompanhando o pensamento dos clássicos, acata a responsabilidade, e o efeito místico da pena expiatória como meio de regressão moral.

O Idealismo atualístico é ainda chamado de Escola dos Illogismos por pretender conciliar aspectos extremamente antagônicos, inclusive do senso comum. Veja-se, por exemplo, que não se pode conciliar os aspectos de Pena – castigo, para todos os indivíduos e Punição-educadora, para indivíduos destituídos de razão.

ESCOLA PRAGMÁTICA

Assinala BADARÓ, que “O pragmatismo criminal resulta da aplicação, à antropologia criminal, do método pragmático em filosofia, que estuda os fatos com finalidades utilitarista”⁸ Assim, seu idealizador QUINTILIANO SANDANÃ, pretendia desestruturar as teorias Lombrosianas, apoiando-se em pensadores como BENTHAM, STUART MILL, VON LISZT e WILLIAM JAMES.

SANDANÁ pretendeu apresentar como fato novo uma antropologia que estudasse o homem normal ou anormal, possuidor de atividade criminosa.

Mas isso, já tinha sido objeto de considerações da Escola Clássica. Na verdade, a proposição nova, vai se constituir na admissão da existência de delinquentes normais.

Quanto a responsabilidade penal, a Escola Prgmática soma livre-arbítrio com determinismo volicional. Para SALDANÁ, “A responsabilidade moral é a responsabilidade extraída da conduta moral, fora do crime e antes do crime. Eis separada a responsabilidade moral da responsabilidade criminal. Segundo essa concepção de independência, sua existência não mais arrasta necessariamente a do livre-arbítrio”⁹

A pena é um instrumento de regeneração do delinquente, seguindo os mesmos preceitos do correccionalismo clássico.

TENDÊNCIAS UNITÁRIAS

Essas tendências tinham por objetivo último aliar as extremas posições do pensamento jurídico penal, visando principalmente uma conciliação entre os postulados da Escola Clássica com os da Escola Positiva.

Nessa concepção, destacam-se SILVIO LONGHI e GUGLIELMO SABATINI.

LONGHI tentou coordenar os princípios das doutrinas opostas em uma unidade orgânica superior que denominou de “Concepção Unitária do Direito Penal Atual”. Já SABATINI pretendeu estabelecer uma síntese mais orgânica com a sua chamada ESCOLA UNITÁRIA.

Tentando alcançar a unidade dos fundamentos e das questões básicas da ciência penal, através da coordenação do método lógico-jurídico com o método experimental, em que se baseiam os princípios do positivismo penal, provocou, isto sim, uma reação contrária a essa tentativa de absolutismo penal.

A respeito asseverou ROBERTO LYRA, em sua obra “Novas Escolas Penais” – “O unitarismo não é uma escola nova, é antes uma alta inspiração que contém um nobre ideal a realizar-se:”. “É uma bandeira branca de paz, no terreno tumultuário das lutas incruentas, entre princípios múltiplos e diversos, não raro, pela sua própria natureza de impossível conciliação prática e teórica”.

Assim, em sintética análise procuramos condensar as concepções do Direito Penal, a luz dos preceitos exarados nas principais correntes do pensamento jurídico a respeito do assunto, através dos tempos, sendo desnecessário referir, que a constante reflexão a respeito do tema em epígrafe, na busca de adequadas soluções, é meta, quase que, inatingível ante a complexidade decorrente da própria dinâmica social.

3. O CRIME E O CRIMINOSO

3.1. CONCEITUANDO O CRIME

A conceituação da ruptura dos padrões sociais estabelecidos pelo grupo, em determinado momento histórico, e a consequente imposição de uma pena, tem sido objeto de constante preocupação de juristas, filósofos e sociólogos, que procuram englobar em uma só definição, toda a diversidade de fatores e elementos que entram na complexibilidade da composição do delito, sem que referido desiderato tenha sido alcançado em toda plenitude face a intensidade e amplitude do fenômeno criminológico.

A Teoria Geral do Delito tem se ocupado em estabelecer as características comuns dos fenômenos criminológicos, se constituindo este estudo, na Parte Geral do Direito Penal, cabendo o estudo das particularidades de cada delito a Parte Especial do Direito Penal.

Somente a partir do século XX é que o ato ilícito, ou crime, passou a ser objeto de preocupação, isto é, no momento em que aparecem as Escolas Penais. Mas é a partir do século XIX que, segundo SEBASTIÃO LINTZ, em razão do surgimento de uma criminalidade mais diversificada, resultado do progresso e desenvolvimento industrial, efetivamente começa a investigação sobre a verdadeira gênese do crime e este passou a ser considerado “entidade autônoma”.

Desses estudos chegou-se a conclusão de que o crime é um “desvalor jurídico” que varia especial e temporalmente, em consequência das transformações culturais, filosóficas e políticas.

Assim, entendido, o crime pode ser conceituado de formas diferentes: delito formal, delito material, delito formal e material e delito analítico.

Para o conceito formal, crime é todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena: ou ainda, crime é a violação da Lei Penal, conforme assinala HAUS, ou crime é fato humano contrário a Lei, consoante CARMIGNANI.

Observa-se que esses conceitos alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno: a sua contradição a uma norma do Direito.

A reação a essa imprecisão tomou dois caminhos. De um lado buscou-se fixar um conceito preciso juridicamente técnico, um conceito que captasse os elementos analíticos do crime, na sua configuração legal. Por outro lado, tentou-se construir uma definição que contivesse o crime na sua realidade fenomênica, universalmente válida, independente do sistema jurídico vigente.

Na segunda concepção, tomando-se por ponto de partida o conceito delito natural, sugerida por GAROFALO, desenvolveu-se uma série de investigações, geralmente em campo extra-jurídico. E, como consequência do sistema positivo criminológico, se havia criminoso nato, deveria haver também um conceito de crime que fosse superior às contingências variáveis da lei penal.

Por isso o conceito material de crime, segundo GAROFALO, assevera que: “Crime, é o ato que viola os sentimentos altruístas de piedade e probidade inerentes ao homem comum de uma coletividade”.

Esse conceito apresenta conteúdo insuficiente para caracterizar o crime, ou melhor, tem o conteúdo necessário, mas nem sempre, efetivo da figura delituosa, posto que se de um lado, orienta o legislador na sua função definidora dos casos puníveis e serve ao Juiz na interpretação de casos duvidosos, de outro lado, deixa de considerar que o que o crime tem de essencial, não é a violação de mero sentimento ou de princípios éticos, mas sim, a violação dos interesses superiores do grupo social, em dado momento de sua evolução. Interesses estes variáveis de um grupo a outro, ou de uma época para outra.

Daí a contribuição efetiva de VON IHERING, que definiu o crime como “o ato que põe em perigo as condições de vida em sociedade, constatado pela legislação e só evitável mediante uma pena”. E neste conceito material e formal, repousa o núcleo do conceito sociológico do crime.

Sob esse ponto de vista, “o crime será um ato que ofende ou ameaça, um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência social e, por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena”.¹

“Crime é o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela Lei Penal”. Com essa definição, dá-se ao conceito de crime um conteúdo em conjunção com a realidade da vida social, na qual se deve inspirar as definições e a aplicação do Direito Penal.

O caminho seguinte parte do conceito formal do crime, como o fato que a lei proíbe, sob a ameaça de uma pena, decompondo-o pela análise nos seus elementos constitutivos. Assim a definição para o crime será, a definição tripartite, ou seja: “O crime é sempre uma ação típica, antijurídica e culpável”.

¹ BRUNO-pg.271

Assim se analisarmos o Direito Penal positivo, veremos que o conceito de delito em suas características comuns, repousa em uma dupla perspectiva, que simplificando um pouco, se apresenta como um juízo de desvalor que recai sobre um ato ou fato humano (fenômeno) e também se apresenta como um juízo de desvalor que se faz sobre o autor (humano) desta fato. Ao primeiro juízo de desvalor, que se chama antijuridicidade ou injusto, como salienta (MAURACH, I, pág. 167) e o segundo culpabilidade, posto que o injusto ou anti-juridicidade é a desaprovação do ato e o segundo a culpabilidade é a atribuição do ato ao seu autor.

E, como salienta Munoz Conde, “Nestas duas categorias, antijuridicidade e culpabilidade, distribuíram-se logo os diversos componentes do delito. Na primeira, incluem-se a ação ou omissão, os meios e formas, em que se realiza, seus objetivos e sujeitos e, a relação causal e psicológica, entre elas e entre o resultado. Na culpabilidade se as exige, além faculdades psíquicas do autor, ou seja, (a imputabilidade ou a capacidade de culpabilidade), ainda, o conhecimento de sua parte do caráter antijurídico do ato e a exigibilidade de um comportamento diverso”.

Todavia, ambas categorias possuem pontos negativos, assim por exemplo, a existência de uma força irresistível exclui a ação e a absoluta imprevisibilidade exclui a relação psicológica com o resultado e as causas de justificação (por exemplo a legítima defesa) autorizam a comissão do fato proibido, além de que, a ausência de faculdades psíquicas do autor, excluem a imputabilidade.

Ora, tais fundamentos estão ambassados no sistema Lizst-Beling, que se fulcram no conceito natural de ação.

A ação desempenha já aqui, uma função básica de delito, vindo a constituir-se em elemento geral e comum a qualquer espécie de crime, capaz de ser seu substantivo, ao qual agregam atributos legais imperativos, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, como desejam os doutrinadores da teoria finalista da ação. Entretanto no sistema Liszt-Beling não se investiga na ação o conteúdo da conduta e, nem seus possíveis aspectos normativos, posto que a ação é valorativamente neutra, sendo identificada como um movimento corpóreo voluntário, que produz uma modificação no mundo exterior. Compreende-se assim, no conceito de ação, segundo JUAREZ TAVARES a verificação dos seguintes componentes: quais sejam, a vontade, a expressão externa dessa vontade, através de um movimento corpóreo e o resultado. (Apud Von Liszt, Drto. Penal Alemão, trad. Brasileira de José Higino, Rio de Janeiro, 1899, vol. L, pág. 198).

Por isso, no conceito de crime, é necessário analisar: a vontade; a expressão da vontade; a ausência de ação; a estrutura objetivo-subjetivo da conduta; a conceituação do tipo penal; a relação tipo-antijuridicidade; a antijuridicidade propriamente dita; as consequências que advém da concepção da antijuridicidade; a culpabilidade, seus elementos e características, a sua concepção psicológica e as suas contradições, para que possamos entender as alterações no sistema LISZT-BELING, que estruturam a concepção do Direito Penal, do ponto de vista causal.

Assinala TAVARES, que segundo a metodologia do sistema, a vontade da ação é aquela indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica, servindo meramente, como impulso inicial que desloca a inércia do comportamento. Assim, a palavra impulso é tomada no sentido de impelir, detonar, dar a partida, ou imprimir um movimento no

sentido mecânico. Ademais, nesse conceito de ação o resultado, entendido como uma modificação sensível no mundo exterior e tido como circunstância essencial em todos os delitos, deve-se tomar este impulso, na concepção naturalista, como causa do resultado. Entretanto, sendo um resultado natural de causa, perceptível pelos sentidos, só se concebe validade ao impulso da vontade, quando expressado por um movimento corpóreo.

De consequências, a causalidade possui aspectos somente objetivos, pois a manifestação de vontade, sem atos externos, que a identifiquem como ilícitos, resta irrelevante para o Direito Penal.

Para os causalistas, vontade e voluntariedade, estão miscigenadas no conceito de ação. Essa pode ser tomada em dois aspectos, um causal objetivo e outro causal negativo, posto que, o primeiro se apresenta como impulso, enquanto expressado pelo movimento corpóreo e o outro, resulta do juízo acerca da inexistência de coação, eis que, sem coação há arbítrio e, portanto, voluntariedade ou vontade.

Então, a expressão da vontade se manifesta no mundo exterior como impulso volitivo, por meio de qualquer movimento corpóreo que possa se traduzir em realidade externa perceptível.

E por sua vez o resultado será transformado de uma realidade material objetiva em realidade sensível, para que possa englobar todos os fenômenos psíquicos ou ideais e, então não fugiremos do fundamento causal, respaldado nos princípios naturalistas, segundo Von Liszt, citado por Anibal Bruno, o que nos parece lógico e razoável.

Todavia, o conceito, a primeira vista se desvanece, quando nos referimos aos delitos omissivos, isto é, àqueles com ausência de ação, como aqueles praticados sob o efeito de coação física absoluta, em estado de

inconsciência, ou por atos reflexos e instintivos, onde não se possa reconhecer o mínimo de ligações psíquicas, entre esse movimento corpóreo e o agente. Essas atuações, apesar de significarem um mero impulso volitivo, desde que revestidas de um mínimo de ligações psíquicas, devem ser segundo ANIBAL BRUNO, consideradas, como ação.

Porém, o delito em seu conjunto, não se consome na causalidade objetiva da conduta, posto que, exige-se para a sua completa integração que o agente tenha se ligado ao resultado, pelo menos em seu conteúdo de maneira, psíquica, ou subjetiva.

Dessa forma a causalidade objetiva, se encontra na tipicidade e na antijuridicidade e a ligação subjetiva, ou vínculo psicológico, vamos encontrar na culpabilidade.

Desse conceito deve-se depreender que o “crime é uma conduta (ação ou omissão), isto é, uma manifestação da vontade humana, no mundo exterior, mas essa conduta, deve ser antijurídica, isto é, contrária ao Direito, ou uma conduta que contrasta com a norma de proibição ou comando e ainda deve ser uma conduta típica, isto é, uma conduta que realiza uma das descrições do fato (fenômeno) punível, que se encontram na Lei, ou uma conduta que se ajusta a um tipo legal, e finalmente também, que essa conduta seja culpável, isto é, uma conduta, pela qual deve pesar sobre o seu autor a reprovação da ordem jurídica, com a adequada imposição de uma pena”.²

Esse conceito de crime, resultou de estudos minuciosos e detalhados da Escola Moderna Alemã, a qual será objeto de sintética análise, neste trabalho, após as indispensáveis, considerações sobre o criminoso e a evolução histórica, do tipo penal, afim de melhor possibilitar a compreensão dos

postulados da Teoria Finalista da Ação e da Moderna Teoria Social da Ação, face as sua imprescindível correlação.

3.2. CONCEPÇÕES SOBRE O CRIMINOSO

É criminoso todo aquele que não age de conformidade com o seu meio social. Para respeitar seu meio, o homem deve desenvolver sua capacidade de altruísmo, já que é latente o sentimento egoísta do homem, quando este não está em contato com um meio social mais amplo. Assim, quando não consegue equilibrar o seu senso altruístico, fere a coletividade e torna-se criminoso.

Para a Escola Clássica, o criminoso é igual a todos os homens quer sobre o ponto de vista somático (anatômico e fisiológico), quer sob o ponto de vista meramente fisiológico, ao contrário do que afirma a Escola Antropológica de que “o homem delinquente, por suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constitui uma classe especial, uma variedade do gênero humano”,³ é um ser anormal e mais ou menos insustentável de adaptação à vida social.

A Escola Crítica por sua vez, admite a anormalidade dos criminosos, afirmando a poliformidade dos tipos criminosos.

Ao defender a anormalidade biológica dos delinquentes, a Escola Antropológica, começa por conceituar o tipo antropológico do criminoso. Para LOMBROSO tipo é “um conjunto de caracteres distintivos, uma espécie de média”⁴. Para FERRI, o criminoso é antes de tudo “um indivíduo em quem as anomalias ou estigmas atávicos degenerativos e patológicos se encontram

3 ARAGÃO, Antonio Muniz Sodré. As Três Escolas Penais, 8. ed. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1977, p. 127

4 ARAGÃO, p. 139

em maior número do que nos indivíduos não delinquentes, das mesmas classes sociais e da mesma origem étnica”.

Mesmo nos dias atuais, esse é um fundamento incontestável, até para os que rejeitam a idéia do tipo criminoso.

As minuciosas pesquisas de Lombroso nos legaram vários caracteres, principalmente nos criminosos instintivos, que demonstram inclinações perversas que lhe são próprias e denotam a sua má índole.

Esses caracteres que formam o tipo antropológico do criminoso se constituem em: anomalias anatômicas, fisiológicas, patológicas e, sobretudo, psicológicas, além dos traços fisionômicos que lhes são comuns.

Dentre os caracteres anatômicos, despontam como principais: a assimetria do crânio, fosseta occipital média, maior desenvolvimento da região occipital em relação à frontal, fronte fugidia, assimetria facial, proeminência dos seios frontais e das arcadas superciliares, desenvolvimento exagerado dos zigomas, agudeza do ângulo facial, prognatismo (o alongamento, a proeminência ou a obliquidade dos maxilares), mandíbulas largas e salientes, malformações das orelhas (orelhas em asas, tubérculo de Darwin, aderência do lóbulo, etc), falta de barba e outros caracteres.

Mas, posteriormente, restou provado, que a maior parte desses caracteres morfológicos não tem valor concludente e decisivo para a diagnose do crime.

Nos estigmas fisiológicos e patológicos se encontram como caracteres comuns a mancínismo (uso da mão esquerda) e a ambidestria além da analgesia e a disvulnerabilidade.

Conforme, LOMBROSO, a maior anomalia dos criminosos natos é a analgesia. Já a disvulnerabilidade, consiste “numa espécie de graça de estado

fisiológico, que possuem certas pessoas de não sentirem as consequências, ou de se curarem prontamente de golpes e feridas que, por vezes, trariam a morte a qualquer outro indivíduo”.

Uma pesquisa de LOMBROSO indica o uso da tatuagem como uma prova da analgesia e disvulnerabilidade dos delinquentes.

A junção dos caracteres orgânicos, psíquicos e sociais, acrescida dos caracteres anatômicos e fisionômicos se constituem nos chamados caracteres potagnomônicos, concorrendo todos para a classificação prática de cada delinquente.

Os caracteres psicológicos se encontram agrupados em duas anomalias: a insensibilidade moral e a imprevidência. A primeira decorre da analgesia e da disvulnerabilidade e a segunda advém da leviandade, da falta de previsão e da louca imprudência de quem comete o crime.

FERRI acrescenta que dessas anomalias provêm nos delinquentes uma impulsividade exagerada e desequilibrada, que determina a atividade anormal e criminosa. Além disso, coloca a “covardia” como um dos sinais mais notáveis do delinquente, consequência da falta de senso moral e o embotamento de sua sensibilidade. E, acentua: a insensibilidade moral, muito mais congênita do que adquirida, total ou parcial, revela-se, tanto nos crimes de sangue, como nos outros, por uma série de manifestações, que se reduzem, em uma grande parte dos delinquentes, a estas duas condições do sentimento moral, ou social: não repugnância à idéia ou à ação criminosa antes do delito, ausência de remorso depois dele”.

A preguiça extremada é tida igualmente como uma característica do delinquente, conforme LAURENT: “A mãe de todos os vícios” (...). Este acrescenta ainda a vaidade dizendo que os criminosos “são os mais vaidosos

de todos os homens". Nesse sentido, LOMBROSO, dizia: "a vaidade dos criminosos é superior e dos artistas, dos literatos e das mulheres galantes"⁵

Outra característica do delinquente apontada por LOMBROSO é a vingança. A esse respeito ele diz: "a inclinação à vingança pelas menores causas, é a consequência natural de uma vaidade tão desmedida, de um sentimento tão exagerado de seu valor pessoal".

No mesmo nível é colocada a mentira. DELLAMAGNE, assim a define: "Um vício inerente à índole dos criminosos; faz parte no mais alto grau, da sua constituição psíquica; ela se lhe torna uma segunda natureza (...) a mentira dos criminosos tem um aspecto especial; é grosseira, feita das mais singulares impossibilidades; ofende a lógica, altera a realidade, e isto com o maior sangue frio e sem a menor emoção"⁶

LOMBROSO diz que GAROFALO resumiu precisamente os caracteres psíquicos do criminoso nato, apontando a "ausência de sentimentos de pudor, de probidade e de piedade, que caracterizam essencialmente o homem selvagem, e nós juntaremos, de atividade e de inibição".⁷

A partir desses caracteres levantados pela Escola Antropológica ela pode classificar os criminosos, nos seguintes tipos: criminoso nato, louco, habitual, de ocasião e criminoso por paixão.

Os criminosos natos, tem como tipos principais o assassino e o ladrão. Eles apresentam, em maior número e mais acentuadas as anomalias orgânicas e psíquicas, descobertas pela Antropologia Criminal e, se distinguem pela "ausência ou fraqueza hereditária do senso moral, a não repugnância à idéia e à ação delituosa antes de cometê-la e da falta de remorso, após a execução; a imprevidência das consequências dos atos, a imprudência,

5 ARAGÃO, p.153-154

6 ARAGÃO, p.156

7 ARAGÃO, p.158

a impulsividade, determinando a precocidade, a reincidência e a incorrigibilidade”.⁸

Já os criminosos Loucos, podem ser classificados ainda segundo LOMBROSO, em vários tipos “porque seus caracteres orgânicos e, sobretudo psicopatológicos não só são idênticos e ora opostos aos dos delinquentes não alienados, mas também, e principalmente, porque esses caracteres variam muitas vezes de uma forma de doença mental a outra, e por consequência, não podem ser resumidos em uma figura única”.⁹

Os criminosos de ocasião são predispostos hereditariamente ao crime; são excessivamente imprevidente, mas o seu senso moral é menos obtuso do que o do criminoso nato. Neste tipo de criminoso “é o estimulante verdadeiro que faz germinar em um terreno, sem dúvida favorável, os germes criminosos que não estavam desenvolvidos”.

Os criminosos por paixão cometem o crime quase sempre na mocidade “arrebatados pela violência excessiva de um sentimento indomável, arrastados pelos vendavais da paixão, paixão sempre social, útil à coletividade, como o amor, a honra, a afeição à família e o sentimento patriótico”.¹⁰

Já o criminoso por hábito é um tipo intermediário; começa como ocasional e chega pela degenerescência adquirida a apresentar os caracteres orgânicos e psíquicos do criminoso nato.

Sinteticamente, desta maneira, pensamos ter configurado e classificado o criminoso sob a ótica da Escola Antropológica.

Tanto a Escola Crítica com a Antropológica, negam a igualdade de todos os homens honestos ou criminosos; mas nem todos os seus adeptos

8 ARAGÃO, p.171

9 ARAGÃO, p.172

10 ARAGÃO, p.173

comungam da idéia de que os malfeitores se constituem em seres à parte, ou em uma classe especial, variedade do gênero humano.

Todavia, a concepção de criminoso nato baseada nos caracteres físicos da Escola Antropológica é rejeitada pela Escola Crítica, principalmente por TARDE.

Esse admite o tipo profissional do delinquente, de acordo com a sua doutrina sociológica do crime, mas coloca que: “os indivíduos submetidos a condições comuns de existência, tomam um cunho uniforme. Pela imitação, pelo exercício contínuo de um ofício idêntico, por preocupação análogas, pela repetição dos mesmos movimentos adquirem hábitos nervosos e musculares semelhantes. Sua atitude e sua expressão, sua aparência física deles se ressentem como suas tendências intelectuais e morais”.¹¹

Alguns expoentes desta Escola também contribuem para a classificação sociológica do delinquente como LACASSAGNE, que divide os criminosos em três grupos: “1º – os criminosos de sentimento ou de instinto, incorrigíveis, subdivididos em suas classes: criminosos por tendências hereditárias e criminosos por hábito do vício; 2º – os criminosos de ação, que o são, os de ocasião ou por paixão; 3º – os criminosos de pensamento, que são os criminosos loucos.”.¹²

Uma outra classificação de VON LISZT é importante porque considera o delito um fenômeno de origem biossocial. Para ele, “todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições – de um lado, a natureza individual do delinquente, e de outro lado, as relações econômicas que o cercam”.

Posteriormente, VON LISZT, propõe outra classificação, baseada na natureza diversa dos motivos determinan-

¹¹ARAGÃO, p. 198

¹²ARAGÃO, p. 203

tes que impelem o indivíduo a ação: I – Aqueles aos quais falta o motivo antijurídico, (por negligência, imprudência, etc); II – delinquentes por simpatia, afeto e compaixão por terceiros; III – delinquentes por defesa de si mesmos; IV – delinquentes por motivo sexual, direto (contra o pudor), ou indireto (rapto, morte do rival, etc); V – delinquentes por paixão; VI – delinquentes por ambição, valdade, inveja; VII – delinquentes por convicção fanática (religiosa, jurídica, científica, artística, política, etc) social; VIII – delinquentes por cobiça (contra a propriedade e contra a pessoa) com a variedade do delinquente profissional”.¹³

TARDE oferece também uma classificação original, apontando grandes grupos sociais: “é a de seis grupos de profissionais e de populações, de um lado, as profissões agrícolas, as populações rurais, de outro lado, as profissões industriais e mercantis, as populações urbanas”.

Dá a classificação mais ampla dos delinquentes em criminosos do campo e criminosos da cidade, com a ressalva de que ambos, são “duas manifestações de uma mesma moléstia social”. TARDE, chama a atenção ainda, para um outro tipo de delinquente que “por ser o mais perigoso, não se pode, nem se deve confundir, com estas duas espécies de malfetores; – é o indivíduo, que comete ao mesmo tempo, crimes contra os bens e contra a vida, por lhe faltarem conjuntamente, ambos os sentimentos altruísticos fundamentais, o de piedade e o de probidade”.¹⁴

Todavia, ARAGÃO, assinala, que: “TARDE” peca por não distinguir tipos que não podem ser reunidos num só grupo e falha por não compreender todas as formas de criminalidade, porquanto delinquentes não são somente aqueles que cometem crimes contra a pessoa ou contra os bens dos seus co-associados. A lesão aos sentimentos de pudor, de patriotismo, de religião, constitui, também, por vezes, verdadeiros delitos naturais, mesmo que nos

¹³ ARAGÃO, p.204-205

¹⁴ ARAGÃO, p.208

- b) subjetivos, concernentes ao estado anímico ou psicológico do agente;
- c) normativos, referentes em regra à antijuridicidade.²

4.2. EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL

Na etapa científica do Direito Penal, CARRARA ao definir o delito como a “infração do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”, estava estabelecendo uma hierarquia idêntica aos elementos do delito.

Nessa etapa, os trabalhos apresentados por FEUERBACH, na Alemanha (1823), por PACHECO, na Espanha (1887), por CARMIGNANI (1843) e CARRARA, na Itália, determinaram o estudo do Direito Penal, como disciplina científica.

De salientar-se, que as teorias positivistas se fixaram no estudo do delinqüente como um todo. Essa preocupação descartou, de certa forma, o delito, preferindo eleger um conjunto de medidas voltado à readaptação dos recuperáveis ao meio social.

Recusando a concepção de livre arbítrio, defendida pelos clássicos, a teoria positivista adotou o determinismo como base da ação humana. Nesse sentido, se a ação humana é determinada por fenômeno natural que impulsiona o homem, este não é passível de pena, por não ter optado entre o bem e o mal. Se possível, o agente deve ser ressocializado, ou eliminado. O estudo do delinqüente prevalece sobre o do delito.

A corrente intermediária, denominada “Terza Scuola”, adotou as premissas sobre a gênese natural da criminalidade da escola positiva, mas conservou da Escola Clássica, o princípio da distinção, entre os delinquentes imputáveis e inimputáveis. Avançou, também, ao estabelecer medidas de segurança aos inimputáveis e pelo estabelecimento de diversas penas, que se apresentam proporcionais à culpa.

Ao lado da corrente intermediária, os neopositivistas reivindicaram a autonomia do Direito Penal, no que se refere às disciplinas causais vinculadas com a delinquência e a imposição de pena aos imputáveis fundamentadas na culpabilidade. Para os socialmente irresponsáveis, a medida a ser aplicada é a de segurança, observadas as circunstâncias dos fatos e as condições do autor.

A defesa dessa posição foi feita por FLORIAN (1929) e GRISPIGNI (1947), em oposição a FERRI. Este não admitia a divisão dos delinquentes em imputáveis e inimputáveis quanto à imposição de sanções, porque, para ele, isto significava a mistura de variantes contraditórias, inclusive quanto ao método de indagação científica.

Com Von Liszt e Von Beling, o delito começou a ser tratado como ação típica antijurídica e culpável.

BELING, ao dizer “não há delito sem tipicidade”, determinou o desenvolvimento da teoria do tipo em todos os seus aspectos. Dessa forma a pena de retribuição pelo delito passa a ser a sua consequência.

Numa obra datada de 1915, MAYER apontou a existência de elementos normativos em alguns tipos penais. Entendia que não se podia construir uma tipicidade sem valor, ou uma antijuridicidade puramente objetiva.

Igualmente MEZGER se propôs a valorizar a ação como manifestação da vontade, com um nexó psicológico que a distingue do puro acontecer.

4.2.1. FASES DA EVOLUÇÃO DO TIPO

A delimitação de fases na evolução do tipo penal mais corrente é aquela de JIMÉNEZ ASÚA. Para ele essas fases são: a fase da independência; a fase do caráter indiciário; a fase da “ratio essendi” da antijuridicidade; a fase defensiva e a fase destrutiva.

Na fase da independência, a tipicidade tem uma função meramente descritiva, absolutamente separada da antijuridicidade e de culpabilidade. A antijuridicidade mantém uma função valorativa e a culpabilidade representa o juízo que possibilita a atribuição a alguém do fato cometido a título de dolo ou de culpa.

A fase do caráter indiciário tem em MAX ERNEST MYERME com a exposição da teoria da tipicidade a definição do delito como o acontecimento típico, antijurídico e imputável. Destacaram-se os critérios da tipicidade e antijuridicidade, apostando-se que a tipicidade deixa de ter um simples caráter descritivo, mas lhe é atribuído um caráter indiciário. Na verdade, uma conduta típica, já é indício de sua antijuridicidade.

A fase da “ratio essendi” da antijuridicidade é representada por Edmund Mezger. Este escreveu o Tratado de Direito Penal (1931), onde definiu o delito como ação, típica, antijurídica e culpável, demonstrando com isso que o estudo da tipicidade, não se faz num capítulo próprio, mas se inclui na antijuridicidade, tratada primeiro como injusto objetivo e depois como injusto tipificado. A tipicidade não é mais a simples descrição, indício ou “ratio cognoscendi” da antijuridicidade, mas sim; a sua base real ou “ratio essendi”.

A fase defensiva está apoiada em BELING, que publicou a DOUTRINA DO DELITO TIPO, em 1906 e, reformulou em 1930, declarando que o delito-tipo jurídico penal foi objeto de muitas e profundas investigações e salientou que o problema surgido se vinculou ao estabelecimento da relação entre a adequação de um fato ao delito-tipo e a antijuridicidade.

Por último vem a fase destrutiva utilizada pelo nacional socialismo nazista, como instrumento de seu autoritarismo. A pena passa a derivar não de um resultado lesivo, mas da conduta perigosa do agente, não pela ação, mas pela vontade. A função da pena, consiste em sancionar a violação moral e o Juiz se detém apenas à interpretação da ordem moral.

De 1930 a 1940, tornou-se evidente o contraste entre o Direito Penal do evento e um direito penal da vontade, como instrumento político do totalitarismo, que entendia o delito, como um insurgimento do indivíduo à vontade normativa do Estado.

4.3. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS SOBRE O TIPO

Tanto na realização objetiva do tipo quanto na subjetiva, ou seja, o conteúdo da consciência e da vontade que conforme a culpabilidade do agente, devem ser considerados os componentes do tipo. Estes assinalam o início e o término da ação nos seus momentos penalmente relevantes, ou seja, onde aparece a tentativa e quando termina com a consumação. Atribuem a culpabilidade, principalmente através do dolo e de seu caráter, ajustado a cada figura penal. Os componentes do tipo, dão ao direito penal a necessária estabilidade e segurança.

Por isso, a caracterização do tipo é fundamental no Direito Penal Moderno, porque o tipo é a limitação do poder estatal de punir (função de

garantia) e, por outro lado, porque é o suporte do fato punível (função de fundamentação).

Sendo assim, o tipo imprime sua característica à antijuridicidade e à culpabilidade, integrando o fato punível, resultante daí uma figura unitária.

É através do tipo que o legislador cria a norma de proibição ou comando, cuja violação constitui o fato punível. Num primeiro momento, toda a ação típica é ao mesmo tempo antijurídica; mas há exceções, as chamadas causas de exclusão de antijuridicidade, como o estado de necessidade e a legítima defesa.

Vale lembrar que o tipo não se confunde com o fato concreto. O tipo mesmo que descreva as características essenciais que definem o fato punível, em relação ao fato concreto, é sempre uma descrição incompleta, pois não aborda no mais das vezes, circunstâncias particulares que, na prática, variam de caso a caso.

Por outro lado, a ausência do tipo exclui o crime, embora este seja fato antijurídico e culpável. Se o fato não alcança a realização objetiva de um tipo, está fora do direito punitivo, é um irrelevante penal. Isso ocorre quando o agente pratica um ato supostamente criminoso, mas que na prática, a Lei, assim não o considera, ou ainda nos casos em que, falta na ação praticada, alguns dos elementos constitutivos do tipo legal, quais sejam, falta de objeto, de atributos típicos ou de qualidade típica do sujeito, ou ainda, quando falta, quaisquer outras circunstâncias, como, o tempo, o lugar, o instrumento, o modo de execução, etc., que é exigida pelo tipo.

4.4. O DOLO NO TIPO PENAL

A forma mais comum e mais grave do elemento subjetivo da culpabilidade, é o dolo, segundo assevera ANIBAL BRUNO. Nele se configura a representação e a vontade, nos seus dois aspectos: o psicológico e o normativo. “Na concepção psicológica, dolo e culpa são formas da culpabilidade, cada qual deles suficiente, portanto, para configurá-la. Na concepção normativa, geralmente seguida, o dolo está incluído na culpabilidade e deve ser tomado por uma das formas do seu elemento psicológico normativo, ao lado da culpa. Doutrinas mais recentes (...), excluem porém, o dolo e a culpa da composição da culpabilidade e apresentam o dolo como o elemento do tipo, o tipo subjetivo (VON WEBER), ou como elemento constitutivo da ação e do ilícito pessoal (WELZEL), e como o dolo, pretendem excluir da construção da culpabilidade, todo o psicológico, deixando-lhe somente o normativo. Ao dolo caberia a consciência do ato, com a vontade de realizá-lo – o dolo como vontade do resultado (VON WEBER); à culpabilidade, a consciência da antijuridicidade”.³

O indivíduo que manifesta externamente sua vontade de forma consciente, sabendo que seu querer é ilícito, passa a ser objeto de consideração do Direito Penal. A simples vontade ilícita, sem manifestação externa, é indiferente para o Direito. Daí conclui-se que o dolo é a representação e a vontade em relação a um fato punível, que o indivíduo pratica, tendo consciência de que o mesmo é ilícito.

Depreende-se daí que consciência e vontade são elementos indispensáveis à constituição do dolo. Esses dois elementos se reúnem da seguinte forma:

³ BRUNO, p.59 (tomo II)

*"a) consciência do ato e do resultado;
b) consciência da relação causal entre ambos, isto é, da relação que prende o resultado como efeito ao ato como a sua causa;
c) consciência da ilicitude do comportamento do agente; e, finalmente,
d) vontade de praticar o ato e alcançar o resultado".⁴*

Na classificação das formas do dolo, a doutrina mais moderna está propensa a reduzi-la a duas: dolo direto e dolo eventual. No dolo direto, o agente quer concretizar o resultado, incluem-se as consequências previstas como certas e necessárias decorrentes dos usos dos meios adequados, para a realização do fim pretendido. desdobra-se em três aspectos:

*"a) a representação do resultado, dos meios e das consequências secundárias, no plano intelectual;
b) o querer o resultado, bem como os meios escolhidos para sua consecução;
c) o anuir na realização de certas consequências que se prevejam como certas ou possíveis, em virtude de serem um consectário do uso dos meios escolhidos para se atingir o fim almejado".⁵*

Já o dolo eventual refere-se às consequências previstas como possíveis pelo agente, decorrência dos meios e do modo de usá-los, para atingir o fim almejado. Nesse tipo de dolo, o agente se propõe a determinado fim e, na representação dos meios a serem usados e na forma de operá-los, prevê a possibilidade de ocorrerem determinadas consequências.

O dolo é eventual quando o agente, apesar de prever as consequências como possíveis, embora não as deseje, tolera, consente, aprova ou concorda com a efetivação das mesmas, não desistindo de orientar sua ação

⁴ BRUNO, p.59(tomo II)

⁵ LUISI, Luiz.O tipo penal, a Teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1987, p.65

no sentido escolhido e pretendido para atingir o fim visado, consciente das possibilidades das consequências de tal opção.

Além do dolo nos tipos penais, existem outros elementos subjetivos específicos, indicadores de tendências, de propósitos, de certas situações psíquicas e de certos conhecimentos, bem como de outras conotações que apareçam na intimidade psicológica do agente, no momento da concreção do tipo.

Arrolam-se como cinco as espécies de elementos subjetivos dos tipos penais:

- *a) os ocorrentes quando o tipo assinala que o agente deve ter conhecimento de uma determinada circunstância (...);*
- b) os ocorrentes quando o tipo fixa um determinado fim, que se situa além da ação típica (...);*
- c) os ocorrentes quando o tipo fixa um fim que se realiza com a concretização do delito (...);*
- d) os ocorrentes quando o tipo fixa que a ação deve ser realizada com determinado ânimo (...);*
- e) seria o caso em que o tipo penal fixa, como necessário para a sua configuração um estado psico-físico do autor, no momento da conduta".⁶*

Na verdade, tanto o dolo direto como o eventual, na conceituação do delito, quer se situem na culpabilidade, como quer a concepção normativa causal, quer se situem na tipicidade, como elemento subjetivo do tipo, de acordo com a concepção finalista, ainda é questão, que não satisfaz plenamente, merecendo maior reflexão, dentro da dinâmica evolução da moderna ciência penal.

Todavia, não se pode negar que a remoção do dolo da culpabilidade para o tipo, fundamento principal da Teoria Finalista da Ação, publicada em 1931, no artigo de WELZEL, denominado "Causalidade e Ação", determinou,

extremismo político, preservado sua condição de instância última de recor-rência.

Quando os tipos penais estiverem redigidos com excessiva amplidão, de forma a estender em demasia o âmbito da proibição, ou defasados cronológicamente dos costumes vigentes, a adequação social pode ser um critério que permita a interpretação restritiva desses tipos.

Entretanto, há que se considerar, a relatividade e a insegurança que poderiam advir se tal adequação tivesse que ter validade ampla e genérica. Para todos os efeitos, é a criteriosa análise da ação, como conduta aceitável ou inaceitável, pela sociedade e que pode determinar o tipo penal.

5. A CONSTRUÇÃO DO EQUILÍBRIO SOCIAL

A construção e o aperfeiçoamento do Direito Penal estão diretamente vinculados à necessidade do próprio homem em determinar a observância de certas normas e regras, estabelecidas para a sua garantia individual e do grupo social ao qual pertence.

As regras e as normas surgiram, e surgem, como reflexo dos costumes vigentes nos diversos momentos de evolução histórico-social e também como resultado da organização peculiar pretendida no grupo social. Assim, o homem parece reconhecer ele próprio que deve impor barreiras aos seus instintos e mais, que essas barreiras devam se estender ao grupo, para que as relações aí estabelecidas tenham como consequência a coexistência social harmônica.

No princípio da civilização, o instrumento de segurança a estancar o comportamento humano era ditado pelo “Divino”. Como o homem devia obediência aos ditames sobrenaturais e daí que vinha a sua punição, quando transgredia dos ditames divinos. Posteriormente, a submissão do homem passou a ser devida a outras instâncias, tais como a família, ao chefe militar e ao magistrado.

Nos dois momentos, o poder punitivo não tinha limites. Como esse poder estava sedimentado no arbítrio, o castigo era entendido como forma necessária de “discrecionarietà”.

E durante anos as decisões punitivas estiveram fundadas em sentenças penais impregnadas de visões totalitaristas.

Nesse sentido o percorrer do caminho da evolução social vai demonstrar, além da complexidade das relações entre os componentes do grupo a distância que a lei ordena nos Códigos, com sua interpretação e aplicação, guardam do momento e da organização social a que servem.

Nesse distanciar-se, não raras as vezes, como assevera ANTONIO CAMARGO, (...) ocorre a usurpação do poder e, mesmo que os indivíduos parem submissos a estes, as ações praticadas pelos usurpadores não encontram eco jurídico.¹ E isso ocorre principalmente na atualidade, pois as céleres transformações da sociedade moderna, não conseguem ser satisfatoriamente acompanhadas pelo conjunto do sistema normativo social.

A esse respeito assevera ainda o mesmo autor que: "Pensamentos e conceitos invadiram o campo do Direito de tal forma, que introduziram consciente e inconscientemente, posições que pretendiam torná-lo defeso às críticas, aumentando o seu prestígio, levando os cidadãos a uma extrema obediência aos postulados jurídicos. Uma situação que levou NOVOA MONREAL a afirmar que: "grupos e classes se propuseram, imitando aos bruxos das tribos primitivas, a atribuir às regras jurídicas força de consolidação do poder, por meio de instrumentos intimidantes, que desalentam qualquer alteração substancial delas".² Em contra partida, pode ocorrer o surgimento de grupos de indivíduos que reagem a essa forma institucionalizada do poder; se não representam real perigo, esses grupos são assimilados, mas se ao contrário, ameaçarem "interesses juridicamente tutelados", passam a mere-

1 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Tipo penal e linguagem, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1982, p. 72

2 CAMARGO, p. 73

cer especial atenção da ordem jurídica, tipificando seus atos e via de consequência promovendo uma readaptação ao modelo social.

Portanto, inegável que o fenômeno jurídico surge sempre ligado ao fenômeno social.

Por isso mesmo, a adequação do Direito à transformação social, através do acompanhamento do desenvolvimento de cada grupo, se reveste de importância. E isto só se tornará viável pela constante atualização dos conceitos, sem retirar das leis, a sua relativa permanência, e pelo recorrer às ciências sociais para que essas contribuam com os instrumentos necessários para a aplicação da justiça.

No entanto, dessa atualização de conceitos decorre necessariamente que se estabeleça primeiro uma satisfatória hierarquia entre os valores jurídicos. Isto, porque, ainda é hoje amplamente discutida a existência ou não de uma hierarquia de valores.

Alguns juristas, entre os quais H. COING e KRONSTEIN, citados por CAMARGO chegaram a estabelecer "(...) um sistema de princípios jurídicos supremos intemporalmente válidos, que devem ser aplicados em situação humana típica".³

Com isso, pretende alertar para o fato de que, no âmbito do Direito, "o valor acolhido na norma, tem uma função relevante" ,e não deve ser permeado na sua interpretação, pela sensibilidade pessoal, já que isto poderia submeter o Direito "a opinião subjetiva e incontável do Juiz, o que destruiria os alicerces da segurança jurídica".

Sabe-se que os valores de uma sociedade são cambiantes, de acordo com o momento histórico. E eles são reconhecidos na moral, nos bons

3 CAMARGO,p.77

costumes e nas regras de comportamento da sociedade, posto que expressos, numa lei fundamental.

Segundo os princípios gerais do Direito, a interpretação cabível ao Juiz, seria a de “captar esses valores e preservá-los na realidade histórica de determinadas épocas”.

Porém não se pode negar a existência de valores absolutos e relativos. Assim, entende-se, por exemplo, a vida como um valor absoluto e desse valor decorrem outros relativos que sedimentam as ações e os pensamentos da sociedade. De alguma forma, todos estão contidos na lei fundamental, mas já que não se apresentam de uma maneira uniforme, acabam por necessitar de outros critérios para a sua cabal interpretação.

Nesse sentido, a aplicação da norma jurídica irá exigir também a recorrência aos valores morais e aos costumes. Como estes variam no tempo, são fatores de evolução; captar esses valores para aplicar a lei, obedecidos os limites da lei fundamental, significa converter a norma jurídica, também em fator da evolução social.

Desta forma, talvez se possa diminuir o hiato existente entre as necessidades da sociedade e a ordem jurídica, e via de consequência aperfeiçoando-se o próprio ordenamento jurídico, para que possa cumprir de modo mais satisfatório a sua finalidade maior, qual seja a de regular o equilíbrio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. As três escolas penais: clássica antropologia e crítica (estudo comparativo). 8. ed. desenvolvida e atualizada. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977. 347 p.
- 2 BADARÓ, Ramagem. Introdução ao estudo da 3 ESCOLAS PENAIS. 2. Ed. São Paulo, Ed. Juriscredi Ltda, 1973. 148 p.
- 3 BECARRIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torriri Guimarães. São Paulo, Livraria Exposição do Livro. 117p.
- 4 BARBOSA, Benedito Alves. O direito de viver e a pena de morte. Campinas (SP), Julex Livros Ltda, 1985. 175 p.
- 5 BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 3 ed. Rio Janeiro, Companhia Editôra Forense, 1967. III Tomos.
- 6 CAMARGO, Antonio Luís Chaves. tipo penal e linguagem. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1982. 1982 117 p.
- 7 CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Dolo no tipo. Teoria da ação finalista no Direito Penal. Rio de Janeiro, Liber Jurix, 1989. 164 p.
- 8 _____. Da natureza formal dos crimes culposos. Rio de Janeiro , Ed. Liber Juris Ltda. 1989. 220 p.
- 9 DIAS, J. Figueiredo Dias. Liberdade – Culpa – Direito Penal. 2 ed. Portugal, Coimbra Editora, 1983. 288 p.
- 10 LINTZ, Sebastião. O crime , a violência e a pena. Campinas (SP), Julex Livros, 1987. 114 p.
- 11 LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre, Fabris, 1987. 139 p.
- 12 MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal: parte geral. São Paulo, Editora revista dos Tribunais, 1987. 176 p.
- 13 MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris, 1988. 238 p.

- 14 PAUPÉRIO, A. Machado. A filosofia do Direito e do Estado e suas maiores correntes (Síntese didática). Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980. 166 p.
- 15 SOUZA, Moacyr Benedicto de. A influência da escola positiva no direito penal brasileiro. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1982 171 p.
- 16 TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências Ed. Revista dos Tribunais, 1980. 133 p.