

CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS E TÉCNICA LEGISLATIVA DE ELABORAÇÃO DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO (*)

Marcellus Polastri Lima

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 Introdução

Ao abordarmos o presente tema, o fazemos com o intuito de empreender um sucinto estudo sobre o critério de classificação dos delitos e a técnica legislativa adotada na elaboração da Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1940.

Tal estudo se compreende no âmbito da chamada "Teoria Geral da Parte Especial do Código Penal" que procura fazer uma análise dos princípios básicos norteadores da Parte Especial do Código Penal.

Na verdade, os princípios basilares da Parte Especial do CP não são objeto da devida atenção dos doutrinadores, que se preocupam mais com os princípios estampados na Parte Geral do Código Penal.

Ao empreendermos o estudo do critério de classificação dos delitos do CP de 1940, bem como da técnica legislativa adotada em sua elaboração, temos em vista a Nova Parte Especial do CP, então em tramitação no Congresso Nacional.

Assim, esperamos que esta pequena abordagem possa se constituir em uma despreziosa e modesta contribuição à discussão deste diploma legal.

Fazemos um sucinto estudo sobre o objeto jurídico do crime, visto ser este fundamental na classificação dos delitos, com importante função hermenêutica, e, portanto, elemento decisivo na aplicação da lei penal.

Teceremos considerações sobre a divisão de grupos de crimes, em títulos, capítulos e seções, bem como sobre as chamadas rubricas marginais.

E, finalmente, fazemos uma pequena abordagem crítica. Trata-se de um trabalho de pesquisa antes de tudo, com o auxílio doutrinário, e de estudo comparado com codificações alienígenas e pátrias anteriores.

(*) Trabalho apresentado no IX Encontro do Ministério Público Fluminense, realizado em Nova Friburgo, no mês de outubro de 1988, cujas conclusões, apresentadas ao Plenário, foram aprovadas à unanimidade.

1.2 Necessidade de Estudo

Apesar de pouco abordado pela doutrina, é de grande importância prática o estudo da classificação dos crimes e da técnica legislativa adotada em um diploma legal.

Com o estudo do bem jurídico, o intérprete poderá fazer a constatação do fim visado pelo legislador, e, através da classificação das normas no sistema legal a que pertence, considerando-se os títulos, capítulos e seções, bem como as rubricas marginais, adequar o fato concreto ao correspondente tipo.

É na base do bem jurídico tutelado que se faz a classificação dos delitos na Parte Especial do Código, sendo sua identificação de grande valor prático na aplicação da lei penal.

Se desejarmos fazer a adequação do fato ao tipo, sabendo-se que o legislador adotou o critério da objetividade jurídica, a primeira operação mental necessária é *identificar o bem jurídico lesado ou exposto a perigo*.

Identificado o bem jurídico, para fazermos a subsunção, necessitamos *procurar o título correspondente*.

Só posteriormente, passaremos à segunda operação mental, que é *identificar a natureza da ação praticada pelo agente para lesar ou expor a perigo o bem jurídico*.

Destarte, como se vê, o estudo a que nos propomos é eminentemente prático, além de científico.

1.3 Tipicidade e Tipificação

Ao abordarmos a temática da técnica legislativa, procuraremos fazer um estudo sobre a técnica de tipificação.

É importante a distinção entre tipicidade e tipificação.

Enquanto a primeira traz a idéia de qualidade ou seja, qualidade de um fato que abrange todos os elementos da definição legal de um delito, a segunda é o *ato de tipificar*.

Tipificação, portanto, é ato do legislador.

Com a tipificação são individualizados os fatos típicos, fixando-se a correspondente pena, bem como é exercida a opção entre formas qualificadas ou de aumento de pena.

Como veremos, o ponto de partida que orienta o trabalho do legislador na tipificação é o bem jurídico.

Destarte, também, a compreensão dos preceitos inseridos na Parte Especial do CP é sempre efetuada em função do bem jurídico tutelado, para que assim se obtenha entendimento correto e exato, dentro dos limites que a tipicidade demarca ao conteúdo e substância do preceito.

Portanto, as deduções advindas da interpretação e exegese da norma incriminadora devem fluir ao depois, em perfeita coerência com a *ratio essendi* da incriminação.

2. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS

Ao fazer a introdução de seu livro, *Direito Penal Brasileiro, Parte Especial*, que abordava o C.P. de 1890, *Galdino Siqueira*, depois de conceituar a Parte Especial como aquela que define os fatos puníveis, estabelecendo a pena ligada a cada um desses fatos, lembrar que depois do trabalho de síntese do legislador, surgem várias questões que o problema suscita, "a saber se deve-se limitar a enumerar os fatos puníveis sem classificá-los, ou ao contrário, se deve-se preocupar com a adoção de uma exposição sistemática e, neste último caso, qual é a que deve ser adotada. O problema tem uma face dupla, porque pode ser encarado sob o aspecto das codificações positivas e sob o aspecto dos tratados científicos sobre esta parte do direito e da legislação penal" (1).

Já naquela época, o notável doutrinador pátrio se posicionava pela necessidade de uma classificação das espécies delituosas, quer do ponto de vista doutrinário, quer do legislativo.

Buscava subsídios em *Florian* e *Bevilaqua*, sendo que o primeiro afirmava que "a exposição sistemática dos delitos, segundo determinado critério, representa um eficaz coeficiente para melhor conhecer a essência de cada um e respectivas relações, além de mostrar qual a concepção que a seu respeito teve o legislador" (2).

O segundo, que "um código é principalmente uma classificação de preceitos que adquirem, incontestavelmente, maior nitidez de forma e maior energia de império pelo simples efeito da sistematização" (3).

Foi a partir de escritores de direito natural, como *Grotius*, *Puffendorf* e *Filangieri*, que se procurou classificar os delitos mediante critérios como o sujeito passivo, o móvel, o meio, etc.

Bentham distribuía os delitos pelo critério de pessoa lesada, considerando delitos *privados* aqueles que prejudicam a tal ou tais indivíduos, designadamente, além do próprio delinqüente, *reflexivos ou contra si mesmo*, delitos *semipúblicos*, quando atingem uma porção da coletividade, e *públicos*, quando produzem algum perigo comum, quer a todos os membros do Estado, quer a um número indefinido de indivíduos não designados.

Na verdade, como observa *Giorgio Gregori*, a classificação dos delitos não é coisa em si fácil, "é un problema che riguarda, in primo

(1) SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro, Parte Especial*, Livraria Jacynto Editora, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1932, p. 6.

(2) e (3) *Apud*. Autor e obra citados, p. 6.

luogo, l'attività del legislatore che, codificando le diverse fattispecie icriminatrici ha cura non di raccogliere ed elencare i singoli reati in ordine alfabetico ma apprestare un sistema che raduni gli stessi in varie categorie sotto precisi principi regolatori" (4).

Entre os muitos critérios de classificação idealizados por Flangieri em seu *Scienza Della Legislazione*, em 1784, o mais seguro e igualmente o mais seguido pela praxis legislativa, é aquele que tem como sustentáculo o critério da objetividade jurídica.

Também os grandes tratadistas, ao chegarem ao estudo da Parte Especial, adotam o critério da objetividade jurídica e, muitas vezes, os seus planos de estudo não coincidem com os planos de classificação adotados pelos códigos de seus respectivos países, os quais, por vezes, começam pelos delitos contra o Estado, enquanto a maioria dos tratadistas começam pelos delitos contra a vida e a integridade corporal dos indivíduos. Assim ocorreu, por exemplo, na Alemanha, com *Von Liszt e Binding*, na Áustria, com *Stoss* e, na Itália, com *Alimena*.

Porém, autores existem que preferem critérios diversos.

Valdés, na Espanha, considerou como preferível o critério do direito infringido.

Na Suécia, o Professor *Johan C. W. Thyrén* construiu uma certa classificação do delito fundada na "diversidade do sujeito passivo e do direito lesionado", com o fim de fazer a reforma das leis penais, ou seja, o Anteprojeto do Código Penal Sueco de 1916.

Rudolf Von Ihering adotou uma classificação próxima da diversidade dos direitos lesionados, tendo em conta o ponto de vista do sujeito-fim, sendo que este poderia ser: A) o indivíduo; B) o Estado; e C) a sociedade.

O certo é que o critério de classificação dos delitos com base na objetividade jurídica é sem dúvida superior e, apesar da existência de tentativas de construção de teorias diversas, principalmente com *Wolf*, *Grispigni* e *Carnelutti*, estas não obtiveram sucesso, como veremos a seguir ao fazermos um estudo sobre o critério da objetividade jurídica e sobre o bem jurídico.

3. CRITÉRIO DA OBJETIVIDADE JURÍDICA

O estudo da objetividade jurídica do delito constitui indagação fundamental e importantíssima para a determinação de seu conceito e de sua essência.

Trata-se de saber qual o objeto da tutela jurídico-penal.

(4) GREGORI, *Giorgio*. "Saggio Sull' Oggetto Giuridico Del Reato", in *Collana di Studi Penalistici*, vol. XVIII, *Cedam, Padova*, 1978, p. 50.

Este estudo é de grande importância, não apenas para a determinação do conceito de crime, mas também para toda a elaboração sistemática da ciência do direito penal.

O critério de que os delitos devem agrupar-se em distintas categorias, tendo por base o bem jurídico lesionado, foi sustentado por *Carrara*, com a afirmação de que era o único aceitável.

Dizia o mestre italiano que "é o adequado porque se presta a classificar todas as distintas espécies possíveis porque não pode existir um delito onde não haja lesão do direito e, assim, a variedade natural dos direitos ofendidos nos serve de guia para conhecer completamente todas as variedades possíveis de delito. O critério não é arbitrário porque o legislador e o juiz não podem trocá-lo, e é permanente em todo o país e em todo o tempo, porque é absoluta a natureza dos direitos. E, não é falso, porque se admite que uma idêntica materialidade se adapte a diversos títulos, isto ocorre ou porque, em diversos casos, se ataca diversos direitos com o mesmo fato material, ou porque com uma idêntica materialidade se produz a violação a vários direitos, nos quais há de buscar-se a *prevalência* para determinar o título" (5).

Com esta defesa da classificação dos delitos pelo critério de objetividade jurídica, *Carrara* pretendia mostrar a sua superioridade sobre os demais critérios.

Apesar da quase unanimidade que teve a definição do objeto jurídico do crime como importante instrumento sistemático para a atividade científica, alguns autores defenderam teorias baseadas em outras premissas.

Wolf propôs ordenar os fatos concretos incriminados através da individuação dos comportamentos — tipos descritos naqueles.

Grispigni defendia uma classificação dos crimes estruturalmente afins em oito categorias fundamentais: "*il soggetto attivo, le peculiarità della condotta, l'evento, il nesso casuale, l'oggetto materiale, il mezzo, il tempo e il luogo*" (6).

Carnelutti, em clara tentativa de inserir o crime entre os atos jurídicos e, assim, classificá-los mediante os critérios destes, isola em todo fato concreto criminoso os requisitos da capacidade ao crime, da legitimação da causa, da vontade e da forma.

Desta forma, a subdivisão dos crimes seria guiada pela homogeneidade destes requisitos típicos. A construção do sistema dos crimes seria obra parecida com a divisão dos contratos.

(5) *Apud. GOMEZ, Eusébio. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Delitos Contra la Persona.* Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

(6) *Apud. GREGORI, Giorgio. "Saggio Sull'Oggetto Giuridico del Reato", in Collana di Studi Penalistici, vol. XVIII, Cedam, Padova, 1978, pp. 52/53.*

Entendemos que as críticas empreendidas por *Giorgio Gregori* quanto à posição destes autores são de todo procedentes (7).

As duas primeiras teorias não se revelam úteis. A de *Wolf* se sai melhor no estudo geral dos fatos criminosos concretos do que na classificação dos crimes. A de *Grispigni* indica uma série de possíveis classificações parciais dos crimes, mas não oferece a base para a classificação geral.

A posição de *Carnelutti* chega a ser temerária e anti-histórica, se é verdade que a distinção das disciplinas jurídicas é objetivo antigo da ciência para valorizar-lhes as peculiaridades e afastar excessivas abstrações.

Assim, basta este superficial exame das teorias rivais, para notarmos a superioridade do critério da objetividade jurídica, como sistematização e classificação dos crimes.

Mas, servindo o objeto jurídico de fundamento para classificar os delitos *in species* e ordená-los nos Códigos Penais, necessário se faz um exame do conceito de bem jurídico, sua relação com o tipo, além de outras considerações, que passaremos a aduzir em seguida.

3.1 Bem jurídico, conceito e outras considerações

Para *Heleno Fragoso*, "bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a uma norma jurídica" (8).

Aníbal Bruno assim situa o bem jurídico: "é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito.

Através da proteção de bens jurídicos, o fim do direito penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos, em linguagem técnica, bens jurídicos são valores, valores de vida individual ou coletiva, valores de cultura, que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto morais" (9).

Zaffaroni define que: "*Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con um objeto en cuya conservación está interesado el Estado, relevando su interés mediante la tipificación de conductas que la afectan*" (10).

(7) CF. GREGORI, *Giorgio*. "Saggio Sull'Oggetto Giuridico del Reato", p. 8.

(8) FRAGOSO, *Heleno*. *Direito Penal e Direitos Humanos*, 1.ª. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 59.

(9) BRUNO, *Aníbal*. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 18.

(10) ZAFFARONI, *Eugenio Raul*, *Teoria del Delito*. Ediar, Argentina, 1973, p. 224.

Para Von Liszt, "o bem jurídico, objeto da proteção do direito, em última análise, é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestações" (11).

O que ocorre, é que a ordem jurídica tutela determinados "entes", elevando-os à categoria de bens jurídicos.

Isto se processa da seguinte forma:

O direito tem interesse em que alguns "entes" sejam preservados e os valora positivamente, desta forma, os transforma em "objetos de interesse jurídico". Estes "entes" existem antes que o direito manifeste interesse por eles como, por exemplo, a vida humana que existe antes e independentemente de qualquer valoração jurídica positiva. É o interesse jurídico que faz com que estes "entes", como a vida, honra, saúde, ordem pública, patrimônio, etc., passem a ser "objetos de interesse jurídico".

Portanto, antes do interesse jurídico, estes "entes" são apenas e simplesmente "entes" e, posteriormente ao interesse, é que se transformam em bens jurídicos.

Cientificamente, nos deparamos com determinados "objetos de interesse jurídico" valorados positivamente por uma ordem jurídica: trabalhamos com valores dados, objetivados.

Estes objetos de interesse jurídico valorados pelo legislador é que chamamos de "bens jurídicos".

O legislador, ao tutelar com uma sanção penal determinadas formas de afetação, as converte em "bens jurídicos penalmente tutelados" na medida da tutela penal.

Os bens jurídicos não constituem objetos apreensíveis do mundo real, e sim valores ideais da ordem social, sobre os quais descansam a segurança, o bem-estar e a dignidade da existência da coletividade.

O objeto concreto em que se realiza a ação típica, recebe o nome de objeto de ação. Manifesta-se sob diversas formas: como valor social (honra do ofendido), como coisa, como valor econômico (patrimônio), como estado real (possibilidade de uso de um objeto).

Bem jurídico e objeto da ação, como idéia e fenômeno, são conceitos mutuamente relacionados, mas devem manter-se separados conceitualmente.

(11) VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I, F. Briguiet & Cia. Ed., Rio de Janeiro, 1899, p. 93.

Segundo *Jescheck*, "la lesión del bien jurídico consiste en el desprecio del específico interés de la vida de la comunidad, que toma cuerpo sólo en el objeto de la acción" (12).

Enquanto que, no furto, o bem jurídico protegido é a propriedade e a posse, o objeto da ação é a coisa subtraída.

O objeto jurídico do crime não se confunde com seu objeto material. Este constitui o objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito, sobre o qual recai a ação punível.

Vários autores empregam, indistintamente, as expressões "bem" e "interesse", sendo que outros afirmam precisamente que bem é o interesse protegido.

Bem é uma coisa, já interesse, em sentido amplo, é uma relação entre a coisa e o sujeito.

Deve-se a *Kessler* a observação de que bem e interesse constituem um único conceito, encarado, apenas, pelo lado objetivo e pelo lado subjetivo.

Existem autores, entretanto, que defendem a diversidade conceitual de bem e interesse, afirmando, porém, a identidade de sua conceituação prática, visto que se trata de conceitos correlativos.

Rocco diz não poder se confundir bem com interesse, e, como afirmava *Jellinek*, interesse é o bem considerado subjetivamente. É o juízo que se faz de que alguma coisa é um bem, ou, como exprime *Rocco*, o juízo entre a própria necessidade do indivíduo e o meio capaz de satisfazê-la.

Mas, na verdade, e como o próprio *Rocco* reconhece, é indiferente dizer-se interesses jurídicos, porque, protegendo-se o bem, protege-se, da mesma forma, o interesse que lhe corresponde (13).

A concepção subjetiva do interesse, modernamente, se opõe uma concepção objetiva, que tem o interesse como a relação entre o sujeito e o bem apto a satisfazer uma necessidade sua (*Carnelutti, Petrocelli*).

Autores existem que dizem ser inútil de todo o debate (*Meyer-Allfeld*).

E outros, como *Von Bar* e *Hertz*, entendem que o objeto da tutela jurídica é apenas o interesse.

Já *Binding* afirmava serem apenas os bens o objeto da tutela penal.

(12) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado del Derecho Penal Parte General*. Vol. I, Bosch, Casa Editorial S/A., Barcelona, 1961, p. 354.

(13) BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 18.

Pode-se afirmar que o bem não é o interesse protegido, sendo que, o objeto da tutela é o bem e não o interesse, mas nada impede que a este se refira o intérprete, pois se trata tão-somente de um juízo de valor sobre o bem como tal.

O que é inaceitável é o conceito objetivo de interesse, pois este denota sempre uma atitude mental.

Para se afirmar que há um interesse, é necessário um juízo sobre a capacidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade.

Na verdade, o estudo do bem jurídico é de suma importância, vez que, não há crime sem ofensa ou exposição a perigo de um bem jurídico, e, portanto, é o bem jurídico objeto de todo e qualquer crime.

A teoria do bem jurídico como objeto do crime, com variações que não lhe alteravam o sentido fundamentalmente, permaneceu dominante e sem contestação até o advento da chamada Escola ou Tendência de Kiel (*Kieler Richtung*), em 1935.

Esta corrente surgiu na Alemanha nazista, sob a inspiração do nacional-socialismo. Criou-se o direito penal da vontade, afirmando-se que o bem jurídico era conseqüência do liberalismo do Século XIX, incabível em um Estado totalitário, no qual o crime é essencialmente violação de um dever de obediência ao Estado.

Antolisei afirmava, na Itália, que o conceito de bem jurídico só se aplica no direito penal à zona em que o direito tem função conservadora, não passando a aplicação do critério do bem jurídico nas contravenções de fantasia. O importante seria "o escopo da norma", e afirmava: "*il falso sovrano va detronizzato*".

Mais recentemente, na Alemanha, prevaleceu o entendimento da doutrina de que a ofensa a um bem jurídico não esgota o conteúdo de desvalor existente na conduta delituosa; assim, o crime seria também violação de um dever.

Portanto, o crime não seria só ofensa a um bem jurídico, embora continue sendo o núcleo material da ação delituosa.

Mas, mesmo os partidários da ação finalista entendem que o desvalor da ação permanece referido ao bem jurídico, porque, de regra, a atividade finalista da ação traz consigo lesão ou periclitção de um bem jurídico.

A priori não é possível afirmar que o bem jurídico seja sempre um estado ou uma condição, e muito menos a identidade substancial do objeto de proteção, pois este será, conforme seja a norma, realmente um estado, como a integridade corporal, mas, pode também ser um sentimento como a honra, um direito subjetivo, como a propriedade, enfim pode ser um bem corpóreo ou incorpóreo.

Não se deve confundir o bem jurídico com o escopo da norma. Fim e objeto são categorias logicamente distintas, mesmo não havendo escopo sem objeto.

O fim da norma é a tutela de um valor social, que não se compõe exclusivamente de um bem jurídico: O desvalor da conduta não é dado apenas pela ofensa a um bem jurídico.

Mas, o escopo da norma é elemento valioso para identificação do bem jurídico, pois chegamos a este através da interpretação da norma, onde o escopo é de capital importância (método teleológico).

Ao descobirmos o escopo que a norma penal quis perseguir com sua incriminação, teremos descoberto o objeto jurídico. Não é tarefa fácil, mas imprescindível ao jurista (14).

3.2 Bem Jurídico — Funções

Com o desenvolvimento da teoria do bem jurídico se procurava identificar no âmbito penal, no dizer de *Juan Bustos Ramirez*: “*que es lo protegido*” (15).

A necessidade e a possibilidade da intervenção estatal está vinculada à proteção de bens jurídicos.

Assim, o bem jurídico tem, em princípio, uma função de limitação material do poder punitivo do Estado.

Para se estabelecer delitos e penas é necessário ter como fundamento uma proteção a um bem jurídico.

Rocco distinguia objeto substancial genérico do delito e o objeto substancial específico deste.

O primeiro seria constituído por um bem ou interesse social — o do Estado quanto a sua existência e conservação; e o segundo seria formado por um bem ou interesse do sujeito passivo e, como tal, específico do delito.

E, acrescentava o mestre italiano: “*Attraverso la fissazione del concetto di oggetto sostanziale specifico, e di bene e interesse giuridico penale che lo concreta, se giunge alla determinazione della funzione che esso svolge nella dogmatica penale. Tale funzione è quella di contribuire, attraverso l'individuazione degli oggetti sostanziale specifici, alla classificazione dei singoli reati e alla loro organizzazione in sistema. Il sistema dei beni giuridici determina in tal modo il sistema dei reati. Tant'è vero che, normalmente, il criterio di ripartizione della “parte speciale” del diritto penale è fornito dalle peculiarità dei beni o interessi giuridici*” (16).

(14) Cf. JESCHECK, *Hans-Heinrich*. *Tratado del Derecho Penal. Parte General*. Vol. 10, Bosch Casa Editorial S/A, Barcelona, 1981.

(15) RAMIREZ, *Juan Bustos*. *Manual de Derecho Español. Parte General*. Ed. Ariel S/A, Barcelona, 1ª ed., 1984, p. 50.

(16) Apud. GREGORI, *Giorgio*. “*Saggio Sull' Oggetto Giuridico del Reato*”, in *Collana di Studi Penalistici*. Vol. XVIII, CEDAM, Padova, 1978, p. 29.

Assim, temos, por conseqüência, que a individualização do bem jurídico serve para determinar o real conteúdo da norma penal e a elaboração de um catálogo de bens dignos de tutela fornecerá o critério sistemático ao legislador e ao doutrinador para a classificação dos delitos.

Portanto, podemos dizer que, além de uma importante função hermenêutica e classificatória, o bem jurídico desempenha:

- a) uma função garantidora ou limitadora da tarefa do legislador penal;
- b) uma função teleológica-sistemática de fundamental importância para reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição.

Esta última, transcendental na interpretação dos tipos, implica na introdução do pensamento teleológico na construção dogmática.

3.3 Bem Jurídico e Tipo

A parte especial do Código Penal está construída sobre dois alicerces: bens jurídicos e tipos.

O tipo requer sempre a afetação de um bem jurídico, que pode consistir em uma lesão ou em uma exposição a perigo do mesmo. Quando o bem jurídico ou sua afetação não existir, não haverá tipicidade.

Em síntese, o tipo é uma construção legislativa específica de proteção ao bem jurídico, sendo, portanto, uma técnica legislativa de proteção de bens e valores.

Conforme ensina *Jescheck*: "*El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevantes, el grado de realización del hecho injusto, que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse*" (17).

Assim, os pilares básicos do tipo são: o bem jurídico, o objeto da ação, o autor e a ação, cada um impregnado com todos os elementos que o caracteriza de forma mais precisa.

Mas, o bem jurídico é que é o ponto de partida e a idéia que orienta a formação do tipo.

O já citado *Jescheck* afirma: "*El tipo parte de la norma y ésta, del bien jurídico*" (18).

(17) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado del Derecho Penal. Parte General*. Vol. 10, Bosch Casa Editorial S/A., Barcelona, 1981, p. 334.

(18) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado del Derecho Penal. Parte General*. Vol. 10, Bosch Casa Editorial S/A., Barcelona, 1921, p. 350.

Na verdade, o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos.

Isto é de grande importância na prática, pois ao fazermos a adequação do fato ao tipo, sabendo-se que o legislador adotou o critério da objetividade jurídica, temos que a primeira operação mental necessária é a identificação do bem jurídico lesado ou exposto a perigo.

É importante ainda frisar que somente a lesão de um bem jurídico, que é típica, se constitui em um injusto penal.

O tipo, portanto, assegura a defesa de um bem jurídico, tendo uma função de defesa e garantia da liberdade individual.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Ordem de Classificação

Como já foi dito, o objeto jurídico do crime serve de fundamento para classificar os delitos *in species*, e ordená-los nos Códigos Penais.

E é na base do bem jurídico tutelado que se faz a classificação dos delitos na parte especial do Código Penal Brasileiro.

Assim, os fatos puníveis se classificam segundo o bem jurídico ameaçado ou agredido.

Seguiu a melhor orientação o Código Pátrio, pois a classificação, segundo o critério do bem jurídico afetado ou ameaçado, é uma classificação baseada em princípios científicos.

Esta adoção de um *principium divisionis* de caráter objetivo, como é o bem jurídico, tem o mérito de agrupar os fatos, assinalando as escalas de valores sociais e suas distintas hierarquias. Desta forma, comparando-se as escalas que protegem o bem jurídico da vida, por exemplo, temos que, na hierarquia de valores sociais, o direito estabelece a superioridade deste bem ao patrimônio.

O Código Penal de 1940 adotou, como ordem de classificação das espécies delituosas, o critério de colocar em primeiro lugar as referentes à pessoa e depois as referentes à coletividade.

Desta forma, começa o Código Penal pelos crimes contra a pessoa, no Título I, e, depois de passar pelos crimes contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial, contra a organização do trabalho, contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, contra os costumes e contra a família, respectivamente, Títulos II, III, IV, V, VI e VII, começa a tratar dos crimes contra a incolumidade pública, Título IX, contra a fé pública, Título X, terminando com os crimes contra a administração pública.

Mas, nem sempre esta foi a ordem abraçada pelos nossos legisladores.

O Código Penal de 1890 adotava, quanto à ordem sucessiva, o critério de partir dos crimes contra o Estado, em vez dos crimes contra o indivíduo.

O Título I daquele Código era: "Dos crimes contra a existência da República, e o Título XIII, ou seja, o último: "Dos crimes contra a pessoa e a propriedade".

Na verdade, antigos Códigos Penais, a partir do francês, começavam a classificação dos delitos em espécie pelos crimes contra o Estado, mas isto era devido ao fato de que o racionalismo e individualismo da "época das luzes" não se haviam inscrito definitivamente nos códigos.

Os códigos mais modernos começam com os delitos contra a pessoa.

Sob regimes autoritários, é comum se fazer dos crimes contra o Estado os mais graves, com ocorre com o Código Soviético e o Italiano de 1930.

Isto não quer dizer que muitos códigos modernos, como o da Dinamarca, que começam pelos delitos contra o Estado, o fazem por influência do totalitarismo. É que, às vezes, a fidelidade à velha estrutura se impõe como tradição.

Os códigos ibero-americanos, em sua maioria, começam pelos delitos contra o Estado, colocando, ao final, os delitos contra a pessoa ou indivíduo (Bolívia, Haiti, República Dominicana, Nicarágua, El Salvador, Honduras, Cuba, Guatemala e Equador).

Alguns destes separam dos delitos contra o indivíduo aqueles contra a ordem das famílias e contra a moralidade pública, como o do Chile, Paraguai, Panamá, Venezuela, Uruguai e Colômbia.

Dentre os códigos em que o bem jurídico da pessoa prevalece sistematicamente sobre a coisa pública, temos o da Argentina, Peru e Costa Rica, além do brasileiro.

Interessante notar que o Código de Porto Rico não adota a clássica divisão em Parte Geral e Especial, estando latente em seu texto a característica desorganização das leis de procedência anglo-saxônica. A classificação é feita em completa desordem.

Ora, como assinalava *Von Liszt*, o bem jurídico é sempre existência humana nas suas diversas formas e manifestações, assim, os interesses atacados pelo crime e protegidos pelo Direito Penal se distinguem em bens do indivíduo e em bens da coletividade, e como em encadeamento lógico, como condição de toda manifestação humana, se impõe em primeiro lugar a proteção da Vida Física, que é o primeiro e mais importante dos bens jurídicos individuais.

5. Técnica legislativa de elaboração da parte especial

TIPIFICAÇÃO

Por uma exigência de ordem lógica e sistemática, temos a divisão do Código Penal em Parte Geral e Especial.

Esta divisão também é comum nos códigos de outros povos, sendo que, desde meados do Século XVIII, encontramos esta divisão nas codificações européias.

Formalmente, pertencem à Parte Geral aquelas regras que podem ser importantes para aplicação dos preceitos da Parte Especial, e pertencem à Parte Especial classes concretas de delitos e disposições complementares que fazem referência a certas classes de crimes ou grupo delas.

“Materialmente, a Parte Especial contém descrições de delitos e, com eles, os preceitos constitutivos para a fundamentação do injusto penal, enquanto que a Parte Geral só cumpre, em suas prescrições relativas ao injusto, uma função complementar dos tipos dos delitos, porém não tem nunca uma importância autônoma fundamentadora do injusto” (19).

É de grande importância prática a distinção entre Parte Geral e Parte Especial.

Conforme *Robert Vouin*, “A Parte Especial faz a qualificação individual dos fatos. Ao reverso do que se dá com a Parte Geral, nela são focalizados *des qualifications concrètes et précises*” (20).

No estudo da Parte Especial, temos que considerar a exposição metódica dos vários delitos, coordenada nas categorias mais gerais que a lei penal elabora, agrupando-os sob qualificações hauridas na focalização da objetividade jurídica.

No direito positivo a distribuição das matérias da Parte Especial não tem sido uniforme.

Galdino Siqueira (21) se refere a três tipos de distribuição. A primeira é a sintética, que apareceu pela primeira vez no Código Francês de 1816, distribuindo as infrações em duas grandes categorias: “Livro II, Título I: Crimes e delitos contra a coisa pública, e Livro II, Título II: Crimes e delitos contra os particulares”, sendo que os títulos eram subdivididos em capítulos e seções.

(19) JESCHECK, *Hans-Heinrich*. *Tratado del Derecho Penal. Parte General*. Vol. 1, Bosch Casa Editorial S/A., Barcelona, 1981, p. 25.

(20) *Apud*. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, p. 15.

(21) SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. Livraria Jacynto Editora, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1932.

O Código Penal Brasileiro de 1830 seguia este critério de distribuição, dividindo os crimes entre públicos e particulares, com subdivisões em títulos, capítulos e seções.

O segundo sistema é o analítico, adotado pelo Código Penal alemão de 1870, que não distribui as infrações em grupos grandes ou pequenos, mas as descreve simplesmente, em vinte e nove grupos, sem subdivisões.

O terceiro tipo é o sistema misto, que é uma combinação dos dois anteriores, rejeitando as vastas divisões do primeiro sistema, e o parcelamento exagerado do segundo, distribui os delitos por títulos, em número bem maior do que o sistema sintético e bem menor do que o analítico, embora adote subdivisões em capítulos e seções, quando a variedade o exige.

Foi o sistema do Código Penal de 1890, além de outros da época, como o italiano, belga, português, etc.

O nosso Código Penal em vigor também adotou a técnica legislativa de distribuição conforme o sistema misto, que é o mais racional, visto abandonar as vastas divisões ou parcelamentos exagerados.

Já nos referimos que os pilares básicos do tipo são: o bem jurídico, o objeto da ação, o autor e a ação.

Pois bem, com a união destes componentes do tipo, o legislador consegue que as mais diversas formas de mandamentos possam, em cada caso, reduzir-se à sua formulação mais simples, existindo para isto uma série de modelos de estrutura.

Mas é o bem jurídico o ponto de partida e a idéia que orienta a tipificação.

O legislador nada mais faz do que delinear hipóteses nas quais aquele bem ou interesse pode ser lesado ou colocado em perigo.

Ao fazer isto, o legislador individualiza uma série de situações que lesam ou colocam em perigo um determinado bem.

Bens jurídicos, como já observamos, são objetos de interesse (entes), valorados pelo legislador.

Quando o legislador considera que determinadas formas de afetação requerem uma especial consequência jurídica, as tutela com uma sanção penal e, assim, se convertem em "bens jurídicos penalmente tutelados" na medida da tutela penal.

Isto é importante, pois dizer-se que o patrimônio é um bem jurídico penalmente tutelado é, geralmente, inexato, porque o patrimônio é um bem jurídico penalmente tutelado, somente no que diz respeito a determinadas formas de afetação do mesmo ⁽²²⁾.

(22) O inadimplemento de uma obrigação contratual afeta o patrimônio, no entanto, esta forma de afetação do bem jurídico não é penalmente tutelada.

A valoração do objeto de interesse jurídico pelo legislador se manifesta com uma norma jurídica que a tutela.

Com ela se proíbem ações que afetam o objeto jurídico de forma determinada que podem lesioná-lo ou pô-lo em perigo⁽²³⁾.

De maneira clara, como lhe é peculiar, Zaffaroni ensina que a norma não está na lei, particularmente na lei penal, sendo que se antepõe logicamente a ela: se a uma conduta se agrega como conseqüência uma sanção (lei), é porque essa conduta está proibida (norma) e essa proibição se dá porque o direito tem interesse em valorar um ente positivamente.

Como conseqüência, surge um interesse jurídico acentuado negativamente (desvalor) sobre determinadas condutas.

Assim, mediante uma figura imaginária (tipo), que existe na imaginação do legislador, se faz recair um juízo de valor negativo sobre toda conduta que traz as condições da figura imaginária.

Portanto, há uma relação lógica: valoração jurídica (bem jurídico) — norma proibitiva (conduta proibida, desvalorização jurídica)⁽²⁴⁾. A norma, como bem jurídico, se acha anteposta ao tipo.

O tipo nunca cria a norma, sendo a norma que se manifesta através de um tipo.

“El legislador parte de la valoración de un ente (bien jurídico) y lo pone de manifiesto en la norma que la tutela (norma prohibitiva) que se efectiva através de una ley (tipo)...”⁽²⁵⁾.

O legislador caminha em um sentido e o intérprete em outro, o primeiro vai do “ente” à lei (tipo), passando pela norma, o segundo vai da lei (tipo) ao “ente”, passando também pela norma.

Blasco Fernandez de Moreda, citado por Zaffaroni⁽²⁶⁾, afirma que a antijuridicidade é a *ratio essendi* da tipificação.

A afirmação traz um certo fundo de verdade, pois, ao mesmo tempo que não podemos afirmar que a antijuridicidade é a *ratio essendi* da tipicidade, poderíamos, quanto à tipificação, afirmar o contrário, pois, em geral, para o legislador, a antijuridicidade é a razão de ser da tipificação.

Mas, na verdade, seria mais correto afirmar que são os bens jurídicos a *ratio essendi* da tipificação.

(23) Quanto aos crimes de perigo, ocorre que, em determinadas situações, e por pré-constituir uma defesa mais avançada, o legislador considera que o interesse seja lesado, ainda quando o sujeito passivo não se veja privado do bem relativo, mas logo que o bem seja colocado em perigo.

(24) e (25) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*. Ediar, Argentina, 1973, p. 217.

(26) *Obra citada*, p. 218.

5.1 *Títulos, capítulos e seções, rubrica marginal*

Nomen juris

Conforme a divisão adotada pela Parte Especial do Código Penal Brasileiro, ou seja, a mista, a matéria é distribuída não em vastas divisões, como o sistema sintético, nem em minuciosos arrolamentos, como o analítico.

Geralmente, o sistema misto se traduz em uma divisão por livros, subdivididos em títulos.

O nosso código, apesar de adotar tal sistema, eliminou a divisão em livros, tendo adotado uma divisão em títulos, capítulos e seções, o que racionaliza melhor a divisão dos delitos, agrupando-os de acordo com o bem jurídico de forma mais sistemática. Os títulos, mais abrangentes, englobam os capítulos.

Desta forma, os títulos são divididos em capítulos. E, em somente um caso, o do Capítulo VI, ou seja, Dos crimes contra a Liberdade Individual, ocorrem subdivisões de um capítulo em seções, em número de quatro.

Os títulos, os capítulos e seções, em menor grau, tratam de qualificações genéricas que têm por objeto as qualificações de fatos com o respectivo *nomen juris*.

O *nomen juris* pode ser especial ou geral; no primeiro caso é ele o meio para a qualificação de um fato, sendo chamado também de título do crime ou rubrica marginal.

No segundo caso, temos o *nomen juris* genérico dos títulos e capítulos que abrangem grupos de crimes.

Assim, "matar alguém", por exemplo, é um fato que o artigo 121 do Código Penal qualifica de *homicídio simples*, sendo este o *nomen juris* especial ou rubrica marginal.

O *homicídio simples* está qualificado sob uma denominação abrangente de *crimes contra a vida* (Capítulo I), que, por sua vez, pertence a um título que tem uma denominação, ainda mais abrangente, de *crimes contra a pessoa* (Título I).

Desta forma, partimos do geral, passando por grupos mais específicos, até chegarmos ao *nomen juris* especial ou título do crime.

Cada classe de delitos se divide em grupos, de acordo com os bens jurídicos atingidos pelo fato ilícito, e que constituem as denominações genéricas das diversas rubricas dadas a títulos, capítulos e seções do Código Penal.

Pela própria denominação dos títulos, se vê que foram ordenados os diferentes crimes conforme agressões a diferentes bens jurídicos.

As denominações dos capítulos, em que se articula cada título, e das seções em que se articula um capítulo, também obedecem, geralmente, ao critério da objetividade jurídica, se referindo a grupos de crimes que compreendem um objeto jurídico comum.

No entanto, fugindo a regra geral, no Título II, Dos crimes contra o patrimônio, os capítulos têm por denominação o próprio *nomen juris* especial ou título do crime: "DO FURTO" (Capítulo I); "DO ROUBO E DA EXTORSÃO" (Capítulo II); "DA USURPAÇÃO" (Capítulo IV) etc. Já ao Capítulo VI a denominação é "DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES", que estabelece, assim, uma divisão pelo meio de execução, ou seja, através da fraude.

No caso do Título XI, "DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA", os capítulos recebem a denominação tendo por base o sujeito ativo, como é o caso do Capítulo I, "Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral".

O título do crime ou *nomen juris* é o nome ou designação jurídica de uma hipótese de delito.

As expressões título do crime, *nomen juris* e rubrica marginal são usadas como sinônimos.

Mas ocorre que a parte especial, afastando-se da tipificação, às vezes ocupa-se com prescrições outras que não a designação jurídica de uma hipótese de delito e que também são "rotuladas" com rubricas marginais.

Assim, a indicação marginal, algumas vezes, não indica uma figura típica.

Temos, como exemplo, o artigo 142, "exclusão do crime", ou o artigo 327, "funcionário público", ou ainda, o artigo 225, "ação penal" etc.

Para Luigi Sansò, "título do crime e *nomen juris* são conceitos idênticos e sinônimos" (27).

Giuliano Allegra, ao contrário, afirma que não se deve confundir o título do crime com *nomen juris*.

Grispigni, no mesmo sentido, escreve: "O título não se confunde com o *nomen juris*, porque um crime, quando consumado ou tentado, apresenta o mesmo *nomen juris*, mas dois títulos diversos de delito, uma vez que o evento se caracteriza de modo diverso em uma e outra forma do crime" (28).

(27) Apud. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, p. 31.

(28) *Idem*, *ibidem*.

Manzini afirma que só o título indica o delito em sua objetividade jurídica, nos seus elementos constitutivos, e ainda aponta as sanções que lhe são próprias, e faz a distinção dos conceitos: *nomen juris* é a indicação do fato sem a descrição dos elementos constitutivos, como faz a lei relativamente a certas infrações, como o aborto, rixa, etc. O título, porém, se refere à noção do fato incriminado ⁽²⁹⁾.

Mas, ficamos com *Sansò*, pois, conforme este demonstrou, tais distinções não têm razão de ser, sendo de todo arbitrárias.

Aborto, por exemplo, é *nomen juris* e título do crime ao mesmo tempo e, por outro lado, crime tentado e consumado têm respectivamente o seu título próprio e também o seu *nomen juris* diverso.

Pensamos ser de mais propriedade as expressões *nomen juris* e título do crime do que rubrica marginal, dado ao fato de que, como já assinalamos, esta expressão nem sempre indica figuras típicas, como por exemplo, pode indicar normas permissivas, contendo as chamadas escusas absolutórias normas relativas às condições de punibilidade e à extinção do poder e dever de punir.

O *nomen juris* ou título é de grande importância para a interpretação da figura delituosa.

Conforme ensina *Manzini*, "a rubrica que indica o título do crime tem sempre relevo exegético, embora por si só não traga uma contribuição decisiva no tocante à hermenêutica do texto" ⁽³⁰⁾.

Já dizia *Farinaccio*: "*argumentum a rubrica est validum in iure*" ⁽³¹⁾.

5.2 Delito base e derivado. Delito autônomo

Os preceitos penais da Parte Especial não se encontram, normalmente, desconectados entre si, pois, manifestam certas relações internas.

Para a existência de uma figura criminosa, a lei, na *descrição do tipo*, estabelece uma gama de elementos constitutivos especiais.

Estes elementos são indispensáveis à existência da figura delituosa.

E é sobre estes elementos que incide a qualificação do crime, exteriorizada no seu título ou *nomen juris*.

Ao se juntarem outros elementos aos que estruturam originalmente o delito, com a função de tornar mais grave ou menos grave a sanção penal, surgem as circunstâncias especiais, formando o chamado delito variante.

(29) *Apud.* Autor e obra citados, p. 32.

(30) *Apud.* Autor e obra citados.

(31) *Apud.* MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, p. 28.

Assim, existe uma relação entre delito base e variante (qualificado ou privilegiado).

O delito base é o tipo de partida, enquanto que a variante ou delito derivado se apresenta como especificação *dependente* resultante da conjunção ou adição de certos elementos na forma básica expressada no tipo de partida.

Emilio Diaz ensina que fica mantida "*la denominación inicial del hecho delictuoso: pero dentro de los límites senãlados la pena se eleva, o se reduce, según fuere la naturaleza de las circunstancias comprobadas*" (32).

Temos, como exemplo, o caso do artigo 121 *caput*, onde o título do crime ou *nomen juris* indica o *homicídio simples*.

Já no § 2.º, temos o *homicídio qualificado*, acrescentadas àquelas determinadas circunstâncias, como motivo fútil, torpe, à traição, à emboscada, etc..

Portanto, a partir do delito base, e mediante adição de certos elementos, se formam novos tipos, que aparecem como especiais modalidades daquele delito base, criando-se uma *variante dependente*, ou forma derivada. Podemos ter variantes, ou formas derivadas, qualificadas e privilegiadas.

Mas, temos também o caso de formação de um delito autônomo.

No caso, por exemplo, do infanticídio, não temos uma circunstância no homicídio, praticado sob a influência do estado puerperal, do próprio filho, durante o parto ou logo após, porque o crime tem o título próprio de infanticídio.

Os elementos que se acrescentam ao núcleo típico consubstanciado no verbo "matar" são elementos constitutivos de um novo crime, cujo título é *infanticídio*.

No delito autônomo os elementos, que se acrescentam a um fato típico, se agregam ao tipo fundamental, dando origem a novo título, sendo estes elementos essenciais ou constitutivos de outra figura delituosa, formando-se um novo tipo fundamental.

Já no caso dos derivados, os elementos que se acrescentam ao fato típico não dão origem a um novo título, tendo os caracteres de elementos acidentais, pois não passam de circunstâncias. Sua função é de alterar, acidentalmente, o tipo fundamental, para aumentar ou diminuir a pena aplicável.

Cabe ao legislador decidir se na formação dos grupos de tipos prefere seguir uma ou outra orientação, sendo que só podemos ve-

(32) *Apud*. MARQUES, José Frederico. *Ob. citada*, p. 28.

rificar qual elegeu mediante uma interpretação comparativa dos tipos em jogo.

Examinando-se o título e a qualificação do crime é que distinguiremos uma circunstância de uma elementar.

Agregando-se o dado complementar ao tipo básico, e não alterando o título que qualifica legalmente o fato típico fundamental, temos uma circunstância.

Mas, se a circunstância ou dado complementar, que agrega à figura típica, dá causa a um outro título, ou *nomen juris* de delito, temos, no dizer de *Frederico Marques*, "um elemento constitutivo específico de infração penal autônoma" (33).

No primeiro caso, o Código Penal sempre coloca tais elementos em itens ou parágrafos de um mesmo artigo, apresentando-os como os caracteres de circunstâncias.

São muitos os reflexos da distinção entre delitos derivados e autônomos. Em primeiro lugar, como regra geral, as circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam ao co-autor ao contrário das elementares do crime, a não ser quando se constituírem em circunstâncias de caráter pessoal elementares ao tipo.

Processualmente, no julgamento do júri, o quesito fundamental é aquele sobre os dados constitutivos da figura típica indicada pela qualificação legal do título do crime. Posteriormente, vêm os quesitos relativos à isenção de pena ou exclusão de crime. Assim, só depois de rejeitados estes é que são propostos os quesitos sobre as circunstâncias propriamente ditas, ou seja, que versam sobre a causa de aumento ou diminuição de pena.

Alterando uma circunstância, o título do crime transforma-se em elementar, e essa mudança tem o nome de desclassificação do crime. Estando ainda nos domínios do título do crime, os quesitos que versam sobre a desclassificação antecedem àqueles sobre a isenção de pena ou exclusão de crime, *ex-vi* do artigo 484 do Código de Processo Penal.

As vezes, o legislador, dentro de uma categoria de delitos, discrimina, em parágrafos ou itens, ações delituosas de várias espécies, indicadas com tipos sem um núcleo comum; quando isto acontece, a forma com que a norma penal se traduz no texto não tem relevo.

Ocorre que, embora cada incriminação se contenha apenas em parágrafo ou item de único artigo de lei, cabe a todas elas um título próprio, inexistindo, assim, a formação de circunstância. É o que se dá nos artigos 169, 171, § 2.º, 175 e 177 do Código Penal.

(33) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, p. 30.

5.3 Ocorrência de dois ou mais bens jurídicos exigidos

Um problema que surge na classificação dos delitos pelo critério do bem jurídico atingido é o de se saber em qual título ou capítulo se deve catalogar aqueles crimes em que são afetados mais de um bem jurídico.

Trata-se de saber qual bem jurídico deve prevalecer e qual critério para esta escolha.

É de grande importância este assunto, pois a classificação dos delitos, conforme o bem jurídico atingido, é fundamental para a compreensão de algumas figuras delituosas, visto que o sentido destas varia substancialmente, conforme se queira proteger um ou outro bem jurídico.

Conforme acentua *Sebastian Sóler*, "*Es muy distinto el resultado de considerar, por ejemplo, el delito de bigamia como atentado a la honestidad, a los buenos onstumbres, al orden familiar o al estado civil*"⁽³⁴⁾.

Pode-se dizer que, segundo o número de bens jurídicos protegidos em cada preceito penal, temos delitos simples e compostos.

Em regra, os tipos penais protegem um só bem jurídico, mas existem preceitos com vários bens jurídicos protegidos.

Quanto ao crime de extorsão, por exemplo, não resta dúvida de que o bem jurídico *patrimônio* é o protegido, mas também a liberdade individual é comprometida.

Os chamados delitos qualificados pelo resultado são geralmente delitos compostos.

Pelo estudo do critério adotado pelo legislador penal brasileiro, através de análise dos diversos casos encontrados no Código Penal, podemos afirmar que foi feita, por este mesmo legislador, a escolha do critério de se observar nos crimes em que existem mais de um bem jurídico atingido o *fin visado pelo agente*.

Assim, na classificação final, para se chegar ao bem jurídico que deve prevalecer, a opção se faz *pelo fin visado pelo agente*, devendo o crime ser catalogado sob o correspondente título.

Temos clara demonstração do critério abraçado pelo legislador no item 73 da Exposição de Motivos do Código Penal.

Ali, ao se justificar a conservação da figura do "rapto" entre os crimes sexuais, rejeitando o critério do projeto *Sá Pereira*, que o trasladava para a classe dos "crimes contra a liberdade", usa-se o seguinte argumento:

(34) *Apud. ASÚA, Luis Jimenez de. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, El Delito. Ed. Losada, 3ª ed., Buenos Aires, p. 257.*

... "No rapto, seja violento, fraudulento ou consensual, o fim do agente é a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso" (grifo nosso).

Ao observarmos os crimes qualificados pelo resultado no Código Penal, vemos, também, clara demonstração do critério adotado pelo legislador pátrio.

A "lesão corporal seguida de morte", por exemplo, onde o fim visado pelo agente é a lesão corporal e não o resultado morte, está inserida no Capítulo II do Código, sob a denominação: "DAS LESÕES CORPORAIS".

O critério abraçado pelo nosso Código já era o critério proposto por Carrara (PROGRAMA, §§ 150, 151 e 170 bis), que, em caso de dúvida, se socorria da fórmula de Carmignani, do fim do agente ao praticar o delito, tendo o legislador brasileiro, ao adotar tal critério, feito a opção mais correta.

A forma de Carmignani foi aperfeiçoada por Carrara com a Teoria da Prevalência (Lição sobre a Ontologia, publicada primeiro em *Reminiscenze Di Cattedra e Foro*)⁽³⁵⁾.

A importância de se detectar em um crime outros bens jurídicos atingidos, além daquele reconhecido no Código, está em que, não obstante a classificação legal, que só reconhece a lesão ao bem jurídico que faz prevalecer, em uma indagação científica não podemos ignorar a lesão a outros bens jurídicos.

6 — PROBLEMAS E CRÍTICAS CONCERNENTES À TÉCNICA LEGISLATIVA, DISTRIBUIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Apesar do acerto do legislador em classificar os delitos no Código Penal, pelo critério da objetividade jurídica podem ser feitas críticas quanto à presença de certos delitos sob certos títulos.

Além disto, em vários momentos, se vê que o legislador descuidou da técnica legislativa que vinha adotando, significando assim uma certa falta de critério.

Exemplo bastante controvertido é o caso do "rapto consensual", previsto no art. 220 do Código Penal.

(35) Apud. ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, *El Delito*. Ed. Lozada, 3ª ed., Buenos Aires, p. 253.

A primeira vista, nota-se que o legislador foge de seu critério de tipificação, pois o tipo do art. 220 não se inicia pelo verbo específico.

Por outro lado, está o crime em pauta previsto no Capítulo III, "DO RAPTO", que, por sua vez, pertence ao Título VI, "DOS CRIMES CONTRA O COSTUME".

Ora, o "rpto consensual" tem por objetos jurídicos tutelados o pátrio poder e a autoridade tutelar, e, assim, a posição deste crime entre os crimes contra o costume sofre críticas, pois, deveria figurar no Título VII, "DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA", mais precisamente no Capítulo IV, DOS CRIMES CONTRA O PATRIO PODER, TUTELA OU CURATELA".

Observa-se ainda que o "rpto consensual" foge da sistemática do legislador nos crimes contra o costume ao estipular a idade da raptada entre catorze e vinte e um anos, sendo que o comum e usual entre aqueles crimes é exigir-se ser a vítima maior de catorze e menor de dezoito anos.

Esta é uma prova de que o objeto jurídico protegido é o pátrio poder ou tutela, pois, o que se exige é a menoridade civil.

O legislador, no item 73 da Exposição de Motivos, reconhece que no rpto consensual o bem jurídico protegido é o pátrio poder ou autoridade tutelar, mas justifica que o *fim do agente é a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso*.

Poderia ser aceito o argumento do legislador de que se trata de um crime composto, sendo que prevalece o fim do agente no momento da classificação.

Mas aí nos deparamos com outro erro sistemático, pois, assim sendo, o art. 220 deveria constituir um parágrafo do art. 219, pois seria um tipo derivado, visto que não fala em *fim libidinoso*, que é elemento subjetivo do tipo do art. 219.

O Código Penal de 1890 definia o "rpto consensual", ou rpto *in parentes*, em um parágrafo, ou seja, no § 1.º do art. 270, *in verbis*:

"Se a raptada for maior de 16 anos e menor de 21 e prestar o seu consentimento:

Pena — de prisão celular por um a três anos".

A figura em espécie estava no Capítulo II, "DO RAPTO", do Título VIII, da "CORRUPÇÃO DE MENORES, DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA E HONESTIDADE DAS FAMILIAS E O ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR".

Em outros pontos, o legislador de 1940 andou bem como no caso do crime de aborto.

O Código Penal coloca tal crime no Capítulo I, "DOS CRIMES CONTRA A VIDA", do Título I, "DOS CRIMES CONTRA A PESSOA".

Outras codificações alienígenas não agiram assim, como o antigo Código Penal Italiano, que teve por bem colocar o crime de aborto entre aqueles que atingem a "*Integrità e Sanità Della Stirpe*".

Com acerto agiu o legislador pátrio, pois, não há dúvida que estamos diante de um delito com vítima, mesmo que seja um nascituro e, assim, o objeto jurídico protegido é a pessoa humana, ainda que *in fieri*.

Mas, temos no Código outros exemplos de falta de critério do legislador.

Este, às vezes, coloca uma circunstância como qualificadora de um delito e, outras vezes, como aumento de pena.

É o caso, por exemplo, do concurso de duas ou mais pessoas, que no "furto" está como qualificadora (§ 4.º, III, do art. 155), e no "roubo" como causa de aumento de pena (§ 2.º, item II, do art. 157).

Melhor seria se o legislador optasse somente pelas formas de aumento de pena, pois, sem dúvida, dá melhores condições de individualização da pena em sua aplicação pelo juiz.

Poderia, ainda, o legislador evitar causas de aumento peremptórias, pois estas restringem as condições de individualização da pena.

Outro exemplo de falta de critério do legislador é o caso das rubricas marginais.

Existem formas qualificadas nas quais não foram utilizadas rubricas marginais, como é o usual e de boa técnica.

Temos, como exemplo, o § 3.º do art. 151, o § 1.º do art. 227, o § 2.º do art. 228 etc.

Nos crimes qualificados mediante o resultado, nos deparamos com o mesmo problema, por exemplo, o § 2.º do art. 148 (cárcere privado), não traz a rubrica marginal, como é comum nestes crimes, como se vê no § 3.º do art. 129, com a rubrica marginal: "Lesão corporal seguida de morte".

Desta forma, tecemos algumas críticas ao trabalho e técnica do legislador, mas o resultado final da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, apesar de raros tropeços, se traduz em uma das melhores codificações penais modernas.

7 — CONCLUSÃO

Como conseqüência de nosso sucinto estudo sobre o critério de classificação dos delitos na Parte Especial do Código Penal de 1940, chegamos às seguintes conclusões:

1. Podemos afirmar que o critério de classificação, sistematização e de técnica legislativa de tipificação, baseado no princípio da objetividade jurídica, adotado na Parte Especial do CP de 1940, é o melhor critério.

2. Além de ser o mais simples, o critério da objetividade jurídica, ao organizar os crimes segundo os parâmetros dos diversos bens jurídicos retirados de ordenamento dos bens que existem na sociedade, estabelece uma ponte entre o sistema dos valores jurídicos e os valores da vida espiritual de um certo período, e, destarte, está o sistema dos bens jurídicos sujeito a constantes mutações, conforme as próprias mudanças de sua valorização no substrato sócio-cultural, o que possibilita uma maior adequação do direito penal com as mudanças da realidade social e política.

3. O sistema da objetividade jurídica se traduz em uma garantia individual, intimamente ligada ao princípio da reserva legal, vez que, sendo o bem jurídico ponto de partida para a tipificação, ocorre certa limitação e controle do poder legislativo e jurisdicional.

4. Um direito penal democrático só pode legitimar-se a partir do bem jurídico, visto ocorrer um limite material do poder punitivo do Estado, na medida em que não se podem estabelecer delitos e penas que não tenham sob fundamento uma proteção do bem jurídico.

5. Agiu corretamente o legislador de 40 ao começar a Parte Especial pelos delitos contra a pessoa, visto que, na escala de valores sociais, os bens jurídicos referentes à pessoa prevalece sobre aqueles que atingem a coletividade.

6. Dentre os bens jurídicos das pessoas se impõe em primeiro lugar o bem jurídico da vida, por ser o mais importante dos bens jurídicos individuais.

7. O sistema misto de distribuição dos delitos é o melhor, pois rejeita as vastas divisões do sistema sintético e o parcelamento exagerado do sistema analítico.

8. A adoção da divisão dos delitos na Parte Especial do CP em títulos, capítulos e seções, segundo o sistema misto, abandonando a divisão em livros, racionaliza melhor a distribuição e o agrupamento dos delitos de acordo com o bem jurídico, alcançando, assim, uma melhor sistematização.

9. A nova Parte Especial deve evitar exceções à regra geral na classificação dos delitos, em nome de uma maior coerência.

10. As rubricas que indicam as denominações dos crimes, dos títulos e dos capítulos e seções têm grande importância prática e relevo exegético, embora não tragam, por si só, uma contribuição decisiva no que tange à hermenêutica do texto.

11. Na verdade, título do crime e *nomen juris* são conceitos idênticos e sinônimos, sendo preferíveis tais expressões à de rubrica marginal, pois esta nem sempre indica figuras típicas.

12. Na concorrência entre dois ou mais bens jurídicos exigidos, o legislador brasileiro de 1940 optou pelo *bem visado pelo agente*, sendo este critério mais acertado.

13. Apesar do acerto do legislador brasileiro quanto à classificação dos delitos, em algumas oportunidades descuidou da técnica legislativa, ocorrendo, destarte, certa falta de critério, como é o exemplo da inclusão do "rpto consensual" entre os crimes contra os costumes.

14. Tendo o rpto consensual como bem jurídico tutelado o pátrio poder e a autoridade tutelar, deveria figurar no capítulo referente aos crimes contra o Pátrio Poder, Tutela ou Curatela.

15. Insistindo o legislador na assertiva de que no rpto consensual o fim do agente é o fim sexual, tal tipo deveria ser um parágrafo do crime de rpto, sendo um tipo derivado, visto que não traz como elemento subjetivo do tipo o *fim libidinoso*.

16. O legislador de 1940 agiu bem ao inserir o crime de aborto entre os crimes contra a vida, vez que trata-se, realmente, de um delito com vítima, pois, mesmo tratando-se de um nascituro, o objeto jurídico atingido é a pessoa humana.

17. O legislador deveria evitar de, à mingua de critério, colocar uma mesma circunstância, umas vezes como qualificadoras e outras vezes como causas de aumento de pena.

18. Melhor seria se optasse somente pelas formas de aumento de pena, o que dá melhores condições de individualização da pena no momento de sua aplicação.

19. Deve o legislador evitar causas de aumento peremptórias, visto restringirem as condições de individualização da pena.

20. Sempre que presente uma forma qualificada, em um crime qualificado pelo resultado, deveria ser utilizada a rubrica marginal correspondente, em nome da coerência e boa técnica.

Delineadas as conclusões *supra*, esperamos que possam ser de alguma valia na discussão sobre a Nova Parte Especial do Código Penal, que deve procurar conservar os acertos do critério adotado pela legislação em vigor, sanando suas falhas.

CONCLUSÕES APRESENTADAS AO PLENÁRIO DO CONGRESSO E APROVADAS À UNANIMIDADE

1. O critério de classificação através do bem jurídico deve ser o critério adotado na classificação dos delitos na Parte Especial do Código Penal.

2. O Direito Penal democrático só se legitima na medida em que proteja bens jurídicos.

3. O legislador deve evitar colocar uma mesma *circunstância* como qualificadora em alguns casos e causa de aumento de pena em outros.

4. O legislador penal deve prever aumento e diminuição de pena entre uma quantidade mínima e máxima para as causas de aumento e diminuição de pena, de forma que possibilite uma melhor individualização da pena.

5. No crime de *rapto consensual* o legislador deve especificar o fim libidinoso, ou tipificá-lo como forma derivada do crime de rapto.

Bibliografia

1. ANGIONI, Francesco. *Contenuto e Funzioni Del Conceitto Di Bene Giurídico*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.
2. ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, *El Delito*. Editorial Losada S.A., 3.^a ed., Buenos Aires.
3. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1959.
4. FRAGOSO, Heleno. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Forense, 1.^a ed., Rio de Janeiro, 1977.
5. GOMEZ, Eusébio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. *Delitos Contra La Persona*. Companhia Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
6. GOMEZ, Eusébio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. *Delitos Contra La Honestidad el Estado Civil y La Libertad*. Companhia Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940.
7. GREGORI, Giorgio. "Saggio Sull'Oggeto Giurídico Del Reato". in *Collana di Studi Penalistici*, Vol. XVIII, Edizione Cedam, Padova, 1978.
8. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado Del Derecho Penal. Parte General*. Vol. I, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.
9. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte Geral*. 1.^o Vol., Saraiva, 10.^a ed., São Paulo, 1985.
10. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*.
11. NUVOLONE, Pietro. *Ciência e Técnica do Novo Código Penal Brasileiro. O Objeto do Crime. Problemas de Ciência, de Técnica e da Política Legislativa*, in "Justitia", 86/79, 1974.
12. RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.^a ed., 1984.
13. SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*. Livraria Jacynto, Rio de Janeiro, 1940.
14. SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*. Livraria Jacynto Editora, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1932.
15. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. F. Briguiet S.C. Editores, Rio de Janeiro, 1849.
16. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Teoria Del Delito*. Ediar, Argentina, 1973.