

# O “modelo italiano” de disciplina das circunstâncias do delito. Críticas e perspectivas de reforma

*The "Italian model" of regulation of the circumstances of the crime. Critics and perspectives of a reform.*

**Alessandro Melchionda** 

Professor Ordinário de Direito Penal  
da Università di Trento, Itália

Tradutor:

**Pablo Rodrigo Alflen** 

Professor Associado da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul

**Resumo:** O texto desenvolve uma análise geral da disciplina específica e articulada das chamadas “circunstâncias agravantes e atenuantes do crime”, que ainda são previstas na Itália pelo Código Penal de 1930. O tema sempre foi objeto de análise controversa, tanto dogmática quanto funcional, e apresenta muitos aspectos críticos. Partindo de uma análise histórico-comparativa inovadora da regulamentação italiana atual, o estudo examina as mais recentes propostas para a eliminação da categoria e conclui lançando as bases para uma “releitura” do sistema de circunstâncias italiano também na perspectiva de uma possível reforma do Código Penal.

**Palavras-chave:** circunstâncias agravantes e atenuantes, elementos acidentais do delito, formas de manifestação do delito, dosimetria da pena, imputações subjetivas das circunstâncias

**Abstract:** Il testo sviluppa una analisi della specifica ed articolata disciplina generale delle c.d. “circostanze aggravanti ed attenuanti del reato”, che è ancora oggi prevista in Italia dal codice penale del 1930. La materia è da sempre oggetto di un controverso inquadramento, sia dogmatico, che funzionale, e presenta molteplici profili di criticità. Procedendo da una rinnovata verifica storico-comparatistica dell’attuale disciplina italiana, lo studio prende in esame le più recenti proposte di eliminazione della categoria e conclude fissando le basi per una “rilettura” del sistema italiano delle circostanze anche nella prospettiva di un’eventuale riforma del codice penale.

**Parole chiave:** circostanze aggravanti ed attenuanti, elementi accidentali del reato, forme di manifestazione del reato, commisurazione della pena, imputazione soggettiva delle circostanze

**Abstract:** The text develops an analysis of the specific and articulated general regulation of the so-called “aggravating and mitigating circumstances of the crime”, which is still provided for in Italy today by the Criminal Code of 1930. The subject has always been the subject of a controversial framing, both dogmatic and functional, and presents multiple critical profiles. Proceeding from a renewed historical-comparative review of the current Italian discipline, the study examines the most recent proposals for the elimination of the category and concludes by

setting the basis for a “rereading” of the Italian system of circumstances also in the perspective of a possible reform of the penal code.

**Keywords:** aggravating and attenuating circumstances, incidental elements of the offense, forms of manifestation of the offense, dosimetry of the penalty, subjective imputations of circumstances

1. A regulamentação das chamadas “circunstâncias do delito” representou notoriamente uma das mais importantes inovações sistemáticas, no âmbito do Código Penal italiano de 1930<sup>1</sup>.

Os indicadores, neste sentido, são numerosos. O primeiro, por exemplo, é apreciado desde um ponto de vista meramente quantitativo: o simples reconhecimento de muitas disposições centradas na previsão de circunstâncias individuais agravantes ou atenuantes revela uma consistência do fenômeno das circunstâncias que certamente, e não por acaso, levou a atribuir ao sistema italiano uma espécie de verdadeira “supremacia de amplitude europeia”<sup>2</sup>.

Os aspectos mais importantes, no entanto, estão ligados aos pressupostos técnico-legislativos e, desde este ponto de vista, este aspecto também foi objeto de menção expressa no âmbito dos trabalhos preparatórios do código: de fato, várias partes concordaram em indicar a nova disciplina geral das circunstâncias como “uma das partes mais importantes e características da reforma”<sup>3</sup>; “uma verdadeira construção”<sup>4</sup>, acrescentando, inclusive, que permitia “inovar radicalmente toda a concepção teórica tradicional da legislação”<sup>5</sup>.

A consequência mais evidente desta drástica revolução foi sem dúvida a opção por uma técnica essencialmente casuística, neste caso também caracterizada pela introdução paralela de um outro aspecto de maior relevância. Assim, além de uma lista articulada de circunstâncias agravantes e atenuantes individuais previstas em relação a figuras delitivas específicas (os exemplos das numerosas circunstâncias agravantes previstas nos arts. 576 e 577 do CP italiano para o crime de homicídio e no art. 625 para o crime de furto são emblemáticos), foram inseridas no Primeiro Livro do Código, nos arts. 61 e 62 do Código Penal, circunstâncias agravantes e atenuantes que foram consideradas suscetíveis de serem valoradas em relação a uma gama mais ampla de ilícitos: daí a diferenciação tradicional entre “*circunstâncias comuns*” e “*circunstâncias especiais*”.

A importância particular desta novidade foi amplamente destacada pelo próprio Ministro Alfredo Rocco que, numa famosa passagem do relatório sobre o projeto final do código, chamou a atenção para a possibilidade abstrata de uma opção entre vários modelos de disciplina, distinguindo entre a escolha genérica de conferir ao juiz o poder de aumentar ou diminuir a pena, sem fornecer indicações mais específicas quanto aos pressupostos e/ou critérios deste amplo poder discricionário; ou, como

<sup>1</sup> Muitos aspectos deste artigo são abordados e tratados com maiores detalhes no estudo específico: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000. Remeto, portanto, a este texto para citações bibliográficas e jurisprudenciais mais extensas, limitando-me aqui a referir apenas os dados essenciais e as citações textuais.

<sup>2</sup> A. MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in «La Scuola Positiva», 1965, p. 196.

<sup>3</sup> *Relazione del Prof. Berenini per l'Università di Parma*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, editado pelo Ministério da Justiça e Assuntos Religiosos, vol. III-1ª, Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, Roma, 1928, p. 451.

<sup>4</sup> *Relazione del Prof. Pinto per l'Università di Urbino*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 454.

<sup>5</sup> *Relazione del Prof. Lanza per l'Università di Catania*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 449.

alternativa, completar este primeiro modelo indicando critérios orientadores, que poderiam servir de guia para o juiz; ou, ainda, proceder a uma meticulosa e taxativa listagem de várias circunstâncias agravantes e atenuantes<sup>6</sup>. Não obstante a opção acima referida por esta última solução, a codificação italiana de 1930 caracterizou-se também pela utilização paralela destes critérios para a mensuração discricionária da pena que, tal como estabelecido no art. 133 do novo código, levou então à posterior contraposição entre as chamadas “*circunstâncias próprias*” e as chamadas “*circunstâncias impróprias*”<sup>7</sup>.

Neste plano, portanto, houve uma clara diferença com relação ao quadro normativo anterior. No contexto do Código Penal italiano de 1889 as únicas circunstâncias com efeito comum a todos os delitos só eram identificáveis na figura, embora articulada, da reincidência e numa série de situações adicionais, todas incluídas no Título IV do código, formalmente dedicado à disciplina “Da imputabilidade, e das causas que a excluem ou diminuem”. Estas incluíam, em particular, a previsão de uma redução de pena para a pessoa que sofria de um déficit mental parcial (art. 47), para aquelas que tenham agido em estado de embriaguez acidental (art. 48), para aquelas que tenham reagido após uma provocação (art. 51), bem como para todas aquelas hipóteses “clássicas” sobre a questão da menoridade do sujeito ativo (arts. 54, 55, 56). O eixo central da disciplina prevista pelo Código Zanardelli foi, no entanto, representado por aquela disposição adicional sobre o tema das circunstâncias atenuantes genéricas (art. 59), que o próprio Ministro Rocco indicou como exemplo típico de uma solução técnica oposta à que foi adotada pela nova legislação de 1930.

Drasticamente inovadoras, no entanto, foram também as disposições específicas que foram introduzidas precisamente a fim de proporcionar uma disciplina unitária e homogênea de toda a esfera das circunstâncias do delito. A legislação de 1889, entretanto, carecia de tal disciplina: as regras mais importantes foram as ditadas para a aplicação e cálculo individual da pena (art. 29); as relativas aos casos de erro sobre a pessoa (art. 52); e, finalmente, as dedicadas à regulamentação da chamada comunicabilidade das circunstâncias entre os vários participantes que concorrem para a mesma infração (arts. 65 e 66); uma estrutura muito menos articulada e homogênea do que aquela que caracterizou a solução posteriormente adotada pelo Código Penal de 1930, e não por acaso, também reforçada pela disposição de um capítulo inteiro do Livro I, expressamente dedicado à disciplina geral “Das circunstâncias do delito”.

Com efeito, é precisamente na regulamentação mais geral das circunstâncias que se pode ver o núcleo de maior importância sistemática que o instituto assumiu no ordenamento penal italiano de 1930. Na verdade, estas disposições delinearam uma plataforma normativa com características absolutamente específicas, tanto no que diz respeito ao regime de imputação subjetiva das circunstâncias (arts. 59 e 60 do Código Penal), quanto no que diz respeito aos efeitos modificadores da pena e ao eventual concurso, homogêneo ou heterogêneo, de várias circunstâncias (arts. 63, 64, 65, 66, 68 e 69 do Código Penal). Além destas regras, havia também um outro conjunto de disposições normativas (como, por exemplo, o art. 84 do Código Penal, para fins de delimitação do chamado delito complexo; o art. 118 do Código Penal, em relação à valoração das circunstâncias no caso de concurso de pessoas no delito; o art. 157 do Código Penal, em relação ao regime de cômputo da prescrição; e o art. 9 do Código Penal, para os efeitos sobre a distinção entre delitos e contravenções) que, embora localizadas em outras partes do código, em

<sup>6</sup> *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V-1ª, Roma, 1929, p. 110.

<sup>7</sup> Para um exame mais amplo dos trabalhos preparatórios do Código Rocco, consulte A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 486-493.

conjunto contribuíram para estabelecer uma disciplina geral que era inteiramente original e inovadora<sup>8</sup>.

Com o advento do Código Rocco o papel assumido com relação à relevância geral do fenômeno das circunstâncias emerge, porém, também à luz do que parece ter marcado o exame científico paralelo. Além de alguns trabalhos centrados na análise de hipóteses circunstanciais isoladas e tratamentos eventuais motivados por problemas de natureza puramente técnica, não parece, de fato, que, antes do advento do Código Penal de 1930, a categoria das circunstâncias tivesse sido objeto de estudos particularmente abrangentes e com notoriedade. Certamente, se olharmos para um passado mais distante, escritos de indubitável importância hoje ainda são notados e lembrados<sup>9</sup>. Mas se fizermos uma comparação com a abordagem das “modernas” questões do Direito Penal, antes de 1930 os únicos escritos dedicados a um exame global do assunto limitavam-se a um par de verbetes enciclopédicos, também desprovidos de significativas percepções dogmáticas<sup>10</sup>, e a alguns estudos mais específicos que, no entanto, permaneciam à margem do debate principal da época<sup>11</sup>. Com a promulgação do Código Rocco, por outro lado, é evidente a súbita aceleração que imediatamente se verificou no interesse no estudo das circunstâncias do delito, o qual foi objeto de mais de uma investigação monográfica e, desde então, permaneceu praticamente sempre no centro da atenção científica italiana<sup>12</sup>.

A difusão e permanência de tal interesse articulado e constante pelo tema deve, sem dúvida, ser

<sup>8</sup> Sobre a importância central desta disciplina mais ampla, veja, por todos: A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 53.

<sup>9</sup> A referência é à obra de A. TIRAQUELLUS, *De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Venetiis, 1560.

<sup>10</sup> Referimo-nos, em particular, à “voz” de: S. DURANTE, *Attenuanti*, in «Digesto Italiano», Torino, Utet, 1926, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162, e ao anterior de LUCCHINI, *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in «Digesto Italiano», Torino, Utet, 1893, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.

<sup>11</sup> Entre eles destaca-se, sobretudo, o ensaio de P. MIRTO, *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in «Rivista Penale», 1923, (XCVII), p. 424 e a vasta obra de Domenico Cigna, complexamente articulada em duas monografias (D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, SEI, 1916; ID., *Positivismo e diritto*, Palermo, Trimarchi, 1921), e em uma série posterior com trabalhos menores (ID., *Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica*, in «Rivista Penale», 1919, LXXXIX, pp. 371-390; ID., *Le circostanze procedurali*, in «Rivista Penale», 1919, LXXXIX, pp. 138-142; ID., *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in «Rivista Penale», 1919, XC, pp. 445-461). Sobre o papel e a importância destes estudos, gostaria de me referir mais uma vez ao que foi observado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 445-457.

<sup>12</sup> Mesmo da simples consideração das principais monografias e verbetes enciclopédicos publicados após 1930, emerge uma clara confirmação desse maior interesse: em ordem cronológica, A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933; R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, Athenaeum, 1936; S. COSTA, *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in «Nuovo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1938, vol. III, p. 164; B. COCURRELL, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959; A. SANTORO, *Circostanze del reato*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1959, vol. III, p. 264; A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1961, vol. VII, p. 66; G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, Jovene, 1967; A. STILE, *Il giudizio*, cit.; G. MARINI, *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1980, app. A-COD, p. 1254; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, Giuffrè, 1988; A. MANNA, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia Giuridica», Roma, Treccani, 1993, vol. VI, p. 1; T. PADOVANI, «*Circostanze del reato*», in «Digesto delle discipline penalistiche», Torino, Utet, 1988, vol. II, p. 187.; G. MARCONI, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, Giuffrè, 1992; G. ZUCALÀ, *Delle circostanze del reato*, in «Commentario breve al Codice Penale», a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zucalà, Padova, Cedam, 1992, p. 188; S. PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, Cedam, 2000; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008; A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Genova, Brigati, 2008; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2014. Obviamente, a esses escritos deve-se acrescentar uma quantidade muito grande de ensaios, artigos, comentários a decisões e breves observações, que também contribuíram para o aprofundamento de vários aspectos de relevância geral do instituto e para os quais remeto às indicações fornecidas em A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 32-34.

analisada também à luz do trabalho legislativo subsequente, em particular, das muitas alterações legislativas que tiveram repercussões na estrutura original da regulamentação das circunstâncias, que implicitamente foi eleita como ponto privilegiado para a implementação dos mais variados objetivos de política criminal. Os exemplos são vastos: das primeiras modificações efetuadas sobre o tema das atenuantes genéricas em 1944, imediatamente após a queda do regime fascista, com a introdução do art. 62bis do CP, à “revolução” provocada pela famosa modificação de 1974 sobre a ponderação de circunstâncias prevista no art. 69 do CP; da previsão da nova categoria das chamadas circunstâncias de “efeitos especiais”, introduzida em 1984 com a modificação do art. 63 do CP, à reforma do regime de imputação objetiva das circunstâncias introduzida em 1990, por meio da alteração do art. 59 do CP e do art. 118 do CP; da legislação aprovada sobre a emergência terrorista, até aquela que interveio em resposta ao grave fenômeno dos sequestros de pessoas; das muitas disposições sobre anistia, com relação à verificação de determinados tipos de circunstâncias, como pré-requisito decisivo para a exclusão ou não do benefício, até às muitas alterações legislativas em matéria de competência, medidas cautelares, reincidência e prescrição etc. Ao todo, há muitas intervenções que tiveram a oportunidade de afetar perfis individuais de relevância para o fenômeno das circunstâncias; e isto, na verdade, com a inserção de modificações que, embora inspiradas por uma lógica de mera correção de vanguarda, representam o fruto de uma incapacidade consistente de proceder a reformas mais radicais do código ainda hoje em vigor, alterando assim também a estrutura original do código ao ponto de, como foi observado, colocar toda a categoria das circunstâncias diante do risco de uma verdadeira desintegração sistemática.<sup>13</sup>

2. Apesar desta grande atenção dada ao estudo do tema, o resultado do debate penal italiano não parece ter sido coroado com resultados uniformes e compartilháveis.

De acordo com uma solução atualmente generalizada, a análise da regulamentação das circunstâncias do delito é desenvolvida em um capítulo situado em uma posição separada e autônoma, tanto no que diz respeito ao tratamento da estrutura constitutiva do delito quanto no que diz respeito às implicações mais específicas sobre a mensuração da pena<sup>14</sup>. Em consonância com esta primeira perspectiva de enquadramento, há também uma tendência generalizada e consolidada de ver nas características básicas do instituto uma espécie de ponte funcional entre a abstração dos pressupostos sobre os quais as questões relativas à responsabilidade criminal são tratadas e a exigência oposta de concretização e de individualização do *quantum* de pena aplicável à pessoa considerada responsável pelo fato cometido.

A este respeito, tornou-se uma espécie de axioma, quase incontestável e indiscutível, a célebre referência à possibilidade de ver na regulamentação das circunstâncias do delito “a tentativa mais explícita do legislador de aproximar ao máximo possível o direito do fato, em uma matéria que, mais do que qualquer outra, tem como objeto a necessidade urgente de não dissociar a regulamentação jurídica da realidade humana”<sup>15</sup>. E é especialmente a partir desta perspectiva que, como mencionado, “a distinção entre elementos essenciais e acessórios torna-se uma verdadeira constante do pensamento

<sup>13</sup> G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1986, p. 49.

<sup>14</sup> Por todos: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, Zanichelli, 2019, 8ª ed., p. 435 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2017, 10ª ed., p. 395 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, p.g., Milano, Giuffrè, 2022, 11ª ed., p. 655 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 8ª ed., p. 492 ss.

<sup>15</sup> G. CONTENTO, *Introduzione*, op. cit., p. 2.

jurídico-penal”<sup>16</sup>.

A esta aparente homogeneidade do enquadramento geral não corresponde, todavia, uma unissonância de opiniões semelhante no tocante aos fundamentos dogmáticos e funcionais.

Os primeiros estudos sobre a matéria (certamente condicionados a uma abordagem “técnico-jurídica” que era dominante na época e notoriamente pouco aberta a uma leitura “crítica” da legislação positiva) interpretaram imediatamente a estrutura geral das novas regras, e em particular a autonomia das regras válidas apenas para as circunstâncias, como uma espécie de precipitação lógica direta do que de outra forma seria atribuível à categoria dos chamados “*elementos accidentais do delito*”, ou seja, aqueles elementos que, como dizemos, ao contrário dos chamados “*elementos essenciais do delito*”, desempenham um papel puramente acessório e secundário no que diz respeito à responsabilidade criminal, sendo principalmente relevante para o *quantum* de pena a ser imposto ao autor<sup>17</sup>.

No entanto, submetida a um exame mais detalhado, esta primeira abordagem não encontrou apoio. De fato, objetou-se que, no nível das normas que regulam a formação da norma jurídica, cada elemento que se soma aos já previstos em determinada norma legal (complementando ou modificando seu conteúdo) gera “uma nova norma com tipo próprio e com suas próprias consequências jurídicas”, tornando-se assim também um elemento totalmente essencial para a dimensão constitutiva desta última<sup>18</sup>. Com base nessas premissas e, portanto, excluindo radicalmente qualquer possibilidade de basear a diferença entre as circunstâncias e outros elementos do delito em pressupostos de natureza pré-jurídica supostamente referentes à categoria dos chamados *accidentalia delicti*, uma primeira linha de abordagem considerou que as circunstâncias poderiam ser qualificadas como elementos que, assim como os próprios elementos essenciais, dão origem a um fato típico autônomo abstrato (o do chamado delito circunstanciado) e, dada a relevância (e à disciplina) jurídica destes fatos particulares em comparação com aqueles que podem ser classificados como genuínos delitos autônomos, as circunstâncias foram assim dogmaticamente classificadas como elementos modificadores (não do título, mas apenas) da chamada “forma de manifestação do delito”<sup>19</sup>. Uma conclusão diversa foi alcançada por uma orientação interpretativa posterior que, afastando-se da consideração do critério particular do cálculo da pena estabelecido pelo art. 63, 1, do CP apenas para o delito circunstanciado (com a valoração das circunstâncias da pena somente como um passo posterior à quantificação da chamada pena-base), sustentou que as circunstâncias poderiam ser melhor classificadas como “elementos autônomos do tipo concreto”: ou seja, como elementos que, embora permanecendo estranhos à estrutura constitutiva do tipo abstrato, contribuiriam para dar vida a uma espécie de tipo intermediário, formalmente distinto também daquele representado pelo conjunto ainda mais amplo de elementos (concretos) que, de acordo com a norma do art. 133 do CP, são relevantes (segundo o esquema acima mencionado do art. 63, 1, do Código Penal) para fins de determinação da chamada pena-base<sup>20</sup>.

Este contraste de opiniões também foi acentuado à luz dos resultados de pesquisas posteriores mais diretamente focadas nos aspectos funcionais do instituto. Em particular: a suposta equivalência entre circunstâncias e elementos constitutivos do delito no plano do chamado tipo abstrato encontrou

<sup>16</sup> F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 1051.

<sup>17</sup> R. PANNAIN, *Gli elementi*, op. cit., pp. 19 e 161; A. SANTORO, *Le circostanze*, op. cit., p. 25.

<sup>18</sup> M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, p. 565.

<sup>19</sup> G. MARINI, *Le circostanze*, op. cit., p. 58.

<sup>20</sup> G. CONTENTO, *Introduzione*, op. cit., p. 78.

maior confirmação na opinião daqueles que, à luz do disposto no art. 157 do CP, relativo à prescrição (obviamente na versão anterior às modificações introduzidas pela Lei nº 251/2005), entenderam correto considerar as circunstâncias como elementos que, assim como os elementos constitutivos do delito, estão funcionalmente ligados à fase de determinação da pena. Em outras palavras, elas seriam elementos que, longe de operar no âmbito da mensuração concreta da pena, seriam diretamente relevantes no plano da chamada mensuração legal, uma vez que são regulados como verdadeiras “causas de modificação da pena”<sup>21</sup>. Uma conclusão diversa foi alcançada por aqueles que, inspirando-se na redação específica do art. 63, 1, do CP, entenderam mais correto enquadrar a função das circunstâncias numa perspectiva de mera individualização concreta da pena: a previsão desta incidência fracionária específica sobre a chamada pena-base representaria assim a confirmação da importância concreta das circunstâncias como exclusivas e autônomas, de modo a diferenciá-las, não apenas dos elementos relevantes na determinação da pena, mas daqueles mesmos elementos fáticos que podem ser apreciados, de acordo com a norma prevista no art. 133 do CP, somente dentro daqueles limites<sup>22</sup>.

No entanto, estas posições não ficam imunes a críticas. A tese das circunstâncias como “elementos autônomos do chamado tipo concreto” (como tais, caracterizadas também por um suposto valor concretamente mensurável) foi objetada principalmente por se adaptar somente a uma tipologia limitada de circunstâncias (ou seja, àquelas atribuíveis à mencionada norma do art. 63, 1, do CP) e, portanto, por não fornecer uma justificação teórico-sistemática adequada e completa para a disciplina do instituto<sup>23</sup>. A classificação oposta das circunstâncias como elementos funcionalmente homogêneos aos do próprio tipo abstrato do delito, mas modificando somente sua forma de manifestação, foi, ao contrário, contestada pela absoluta diversidade dos efeitos da regulamentação das circunstâncias com relação aos outros institutos assim classificados de forma semelhante: no caso deste último, e em particular no caso das regras sobre tentativa e concurso de pessoas no delito, há, de fato, uma ampliação do campo de aplicabilidade de uma determinada figura de delito a situações que de outra forma permaneceriam fora de seu escopo; por outro lado, profundamente diferente é o efeito modificador que é determinado no caso do chamado delito circunstanciado, já que este último envolve uma seleção de fatos já puníveis com base em um tipo penal separado. As circunstâncias também intervêm na esfera de aplicabilidade da norma incriminadora individual, mas com um efeito exatamente oposto ao dos outros institutos normalmente enquadrados entre as formas de manifestação do delito: elas não ampliam, mas restringem o círculo de fatos já atribuíveis a uma figura delitiva autônoma e, portanto, não assumem qualquer relevância direta no chamado aspecto constitutivo da punibilidade<sup>24</sup>.

De um modo geral, porém, é evidente que todas estas soluções interpretativas são absolutamente inconciliáveis entre si. Se avaliadas à luz desse parâmetro de taxatividade desejável, que um ilustre professor oportunamente sugeriu que fosse utilizada também para fins de uma necessária verificação das categorias dogmáticas mais tradicionais da teoria geral do delito<sup>25</sup>, as bases atuais de enquadramento da temática das circunstâncias ainda parecem longe de fornecer respostas homogêneas e lineares.

<sup>21</sup> A.M. STILE, *Il giudizio*, op. cit., p. 54.

<sup>22</sup> G. DE VERO, *Circostanze*, op. cit., pp. 124-125.

<sup>23</sup> A.M. STILE, *Il giudizio*, op. cit., pp. 54-58; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 533-542.

<sup>24</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., p. 557. Per conclusioni analoghe v. ora anche L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 104-114.

<sup>25</sup> F. BRICOLA, *Rapporti fra dommatica e politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1988, p. 16.

3. Diante desta constante incapacidade de apresentar uma justificativa autônoma e uniforme pela suposta peculiaridade geral das circunstâncias, em tempos mais recentes tem-se considerado preferível prescindir da lógica da necessária e absoluta oposição entre as circunstâncias e os demais elementos do tipo delitivo. Inspirando-se também por um renovado exame histórico-comparativo da disciplina atual do instituto, destacou-se, assim, a possibilidade de considerar as circunstâncias como verdadeiros e próprios elementos constitutivos dos tipos penais abstratamente considerados, caracterizando-se, assim, pelo fato de assumirem uma importância sistemática como categoria “meramente dependente” com relação aos tipos penais fundamentais de referência: ou seja, seria uma questão de tipos privados de uma relevância aplicativa autônoma, na medida em que estão subordinados à integração paralela a um tipo incriminador “independente”, e como tal formalmente diferenciados daquelas hipóteses modificadoras adicionais, que o legislador tem considerado preferível tornar “independentes” e sujeitas ao mesmo regime que este último (daí a configuração daquelas hipóteses particulares como delitos especiais que, como no caso do delito de “roubo” em oposição ao de “furto” e em oposição às hipóteses conexas de “furto circunstanciado”, são desvinculadas do regime de aplicação típico das circunstâncias)<sup>26</sup>.

Para melhor compreender o fundamento desta abordagem diversa, e de modo a retomar um reflexo potencialmente significativo (também numa perspectiva *de jure condendo*) deste trabalho de reavaliação sistemática e funcional do atual regime das circunstâncias, também é necessário, no entanto, levar em conta outro aspecto problemático da legislação atual.

A própria determinação do conceito de “circunstância”, como visto, apresenta aspectos nada fáceis ou óbvios. Embora contestada em seu fundamento, uma abordagem ainda hoje recorrente tende a partir de um dado de aparente certeza, muitas vezes considerado apreciável devido à mesma raiz etimológica do termo “circunstância” (precisamente representativo de algo que “*circum stat*” a um “*quid*” em si já completo), e que, nesta perspectiva, confirmaria a ideia de fundo de considerar as circunstâncias como elementos meramente acidentais do delito, uma vez que não são necessárias à sua integração e só são relevantes porque são suscetíveis de produzir efeitos modificativos (no sentido agravante ou atenuante) sobre a pena<sup>27</sup>.

Em consonância com esta definição, a própria origem do conceito de circunstância tem sido muitas vezes relacionada à obra de Cícero, que, partindo de uma ideia argumentativa já presente no pensamento de Aristóteles, teria pela primeira vez elaborado uma espécie de sistematização das circunstâncias, entendidas como particularidades concretas do ato humano. Isso se traduziria, então, na elaboração de uma fórmula de caráter geral que, nos termos em que posteriormente foi atribuída ao orador romano por São Tomás, seria substancialmente a seguinte: “*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod*”<sup>28</sup>.

Independentemente da real pertinência e utilidade dessas frágeis raízes etimológicas, o conceito de circunstâncias do delito não é definido de forma inequívoca na legislação vigente: algumas vezes é referido como “circunstâncias atenuantes (ou agravantes) da pena” (art. 59 do CP), enquanto outras vezes é utilizada a expressão “circunstâncias atenuantes (ou agravantes) do delito” (arts. 61 e 62 do CP). Ao mesmo tempo, o conceito se reflete na valoração legislativa de aspectos individuais que são muito diferentes uns dos outros: dependendo do caso, na verdade, trata-se de elementos referentes ao perfil

<sup>26</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 717-719. De acordo com esta abordagem veja também A. SPENA, *Accidentalita delicti? Le circostanze della struttura del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 648.

<sup>27</sup> Veja também G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 435.

<sup>28</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, 12ª ed., p. 519.



objetivo ou ao perfil subjetivo do delito, ao autor ou à vítima do delito, até mesmo potencialmente apreciáveis na combinação do tipo individual com outras figuras delitivas.

Não é raro, portanto, que tais incertezas de definição sejam mais acentuadas por uma gama ainda maior de noções muitas vezes herdadas de um vocabulário penal cuja origem ou fundamento nem sempre é claro e que, embora aparentemente também tenham a intenção de delinear aspectos igualmente referentes ao fenômeno mais amplo da modificação de penas, na ausência de um posicionamento normativo expresso, nem sempre se consiga apreciar de forma tecnicamente completa. É o caso, por exemplo, de conceitos como “causas e/ou circunstâncias atenuantes”, “causas e/ou circunstâncias qualificadoras”, “condições objetivas de punibilidade” etc., todas fórmulas que, embora nem sempre sejam expressamente reconhecidas na legislação, muitas vezes ressurgem também da jurisprudência, às vezes com um valor totalmente equivalente às outras noções utilizadas, e às vezes, em vez disso, para contrastá-las com estas últimas e assim justificar a adoção de soluções de aplicação que são totalmente antitéticas àquelas aparentemente impostas por uma mera consideração dos dados positivos<sup>29</sup>.

É claro que o significado dessas incertezas geralmente é apenas marginal e secundário. Tomados em seu conjunto, porém, estes mesmos problemas contribuíram para determinar e, em certos aspectos, acentuar aquele estado de profunda dificuldade, que há muito impede uma identificação e uma delimitação convincentes da esfera de aplicação exclusiva das normas específicas ditadas para as circunstâncias do delito.

Olhando mais de perto, esse é justamente o aspecto mais problemático da atual disciplina do instituto, pois mina a própria possibilidade de uma legitimação normativa autônoma e racional da categoria. E é um problema “antigo”. Já nos primeiros escritos imediatamente posteriores ao advento do código penal de 1930, a doutrina logo percebeu a necessidade de uma determinação precisa dos critérios de identificação das circunstâncias<sup>30</sup>. O resultado de todas as soluções propostas até à data é, no entanto, decididamente negativo.

Como mencionado, nenhuma indicação útil pode ser obtida do conteúdo das várias circunstâncias previstas: a mesma fórmula introdutória dos arts. 61 e 62 do CP é, aliás, clara ao precisar que, conforme o caso, um elemento idêntico pode assumir importância tanto como elemento constitutivo como, alternativamente, como circunstância agravante ou atenuante.

Portanto, considerando a impossibilidade de identificação de um tipo de conteúdo, voltou-se a atenção para a disciplina geral do instituto (e em particular para o disposto nos arts. 63 a 69 do CP). Destacou-se, assim, que o principal (senão o único) aspecto identificador do instituto só poderia ser apreendido na previsão explícita de efeitos modificativos que afetam diretamente a sanção principal prevista em lei para determinado tipo de delito<sup>31</sup>. Desde este ponto de vista, a possibilidade de o legislador fixar o efeito modificativo pretendido em termos genéricos (recorrendo assim à fórmula «a

<sup>29</sup> Para um precedente bem conhecido, veja A.M. STILE, *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in «Giurisprudenza di merito», 1975, II, p. 290. A identidade substancial de significados assumida pela noção de circunstância “atenuante” e/ou “minorante” é, aliás, também confirmada pela rubrica do art. 311 do CP, onde se define assim uma hipótese de atenuação da pena caracterizada pelo típico impacto modificador das circunstâncias “em sentido estrito”. Como se sabe, a noção de “circunstâncias minorantes” também recuperou a sua importância, sobretudo na sequência das reduções específicas das penas introduzidas pelo novo código de processo penal: F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1991, p. 78.

<sup>30</sup> R. PANNAIN, *Gli elementi*, op. cit., pp. 169-187.

<sup>31</sup> G. MARINI, *Le circostanze*, op. cit., pp. 18-29; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., pp. 188-190; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 715-719.

pena é aumentada» ou «a pena é diminuída») constitui um indício de considerável precisão a favor da natureza do elemento em causa como uma circunstância. Trata-se, no entanto, de uma fórmula incapaz de ser adequadamente interpretada senão em virtude da necessária combinação com as normas específicas estabelecidas apenas para as circunstâncias do delito previstas nos arts. 64 e 65 do CP.<sup>32</sup>

Em muitos casos, porém, a previsão de uma pena mais grave ou mais branda do que a que de outro modo seria aplicável ainda não permite atribuir a natureza de circunstância a um elemento específico. E mesmo a possível alteração da modalidade de pena prevista para o delito em sua forma fundamental não pode ser considerada como um critério unívoco para excluir a natureza do elemento em causa como circunstância. Alguns autores consideraram, então, possível atribuir valor decisivo a alguns outros critérios de aplicação geral: em particular (limitando a consideração aqui apenas às opiniões que também foram refletidas na jurisprudência), alguns se referiram assim à possibilidade de considerar as circunstâncias como elementos incapazes de afetar a esfera do bem jurídico protegido<sup>33</sup>; por outro lado, postulou-se a diferente possibilidade de identificar as circunstâncias como elementos caracterizados por uma relação de especialidade necessária com a esfera constitutiva do crime<sup>34</sup>. No entanto, nenhuma das soluções apresenta uma resposta inequivocamente positiva: no primeiro caso, porque a mesma disciplina do art. 84 do CP, para além de questões mais complexas sobre a própria identificação dos critérios de delimitação da esfera do bem jurídico, confirma a possibilidade abstrata de qualificar como circunstância também o que já é separadamente relevante como figura autônoma do delito (com conseqüente relevância autônoma também em termos de conexão com um objeto de proteção bem determinado - e diferente)<sup>35</sup>. Com relação ao segundo critério proposto, no entanto, a falta de coerência com o dado positivo pode ser deduzida do próprio fato de que uma relação semelhante de especialidade necessária também é encontrada pacificamente na relação entre os elementos constitutivos de dois tipos autônomos de delito (por exemplo: roubo e furto), o que já condiciona *a priori* a possibilidade de identificar uma linha de fronteira adequada para ser assumida como um requisito realmente “típico” das circunstâncias por si só<sup>36</sup>.

À luz destas premissas, então, é evidente a ausência de um critério unívoco diferenciador e, como já foi dito anteriormente, a conseqüente necessidade, caso a caso, de “encontrar na lei os sinais, as expressões da vontade do legislador, os sintomas a partir dos quais se pode deduzir se se trata de uma elementar do tipo ou uma de circunstância”<sup>37</sup>.

Se comparado com a clara especificidade e autonomia da disciplina que a doutrina italiana reconhece à categoria das circunstâncias do delito, esse resultado interpretativo é um dos dados mais desconcertantes do debate criminal sobre esse instituto. Isto, sobretudo, se se tiver em conta como o ressurgimento cíclico de problemas já há algum tempo discutidos e enfrentados, longe de evidenciar um verdadeiro fundamento jurídico, muitas vezes se revelou funcional apenas para a apresentação de diferentes conclusões interpretativas, e ao contrário daquelas que uma avaliação mais coerente e alheia ao contexto normativo talvez tivesse permitido – senão até forçado –, considerar. Ou seja, mesmo esses

<sup>32</sup> T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., p. 196; R. GUERRINI, *Elementi*, op. cit. pp. 35-36.

<sup>33</sup> G. LEONE, *Reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Jovene, 1937, p. 238.

<sup>34</sup> A. SANTORO, *Le circostanze*, op. cit., pp. 211-212; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., pp. 400-402.

<sup>35</sup> M. GALLO, *Sulla distinzione*, op. cit., pp. 563-564; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., pp. 194-195; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 568-569.

<sup>36</sup> T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., pp. 194-195.

<sup>37</sup> M. GALLO, *Sulla distinzione*, op. cit., p. 566; R. GUERRINI, *Elementi*, op. cit. pp. 79-80. Sull'esito "fallimentare" di ogni tentativo di soluzione univoca del problema v. di recente G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in «Cassazione penale», 2007, pp. 2815-2843.

aspectos tendem a se apresentar como causas indiretas daquela situação mais geral de caos e incerteza que, além de se indicar um defeito intrínseco à mesma dimensão geral da categoria, contribui decisivamente para a renovação agora constante e imediata de controvérsias e divergências de opinião, assim que novas intervenções legislativas abordem alguns aspectos específicos da respectiva disciplina normativa.

A problemática do instituto não se manifesta dentro das margens de operação de uma reflexão circunscrita às agravantes ou atenuantes. Devido às muitas correlações infrassistemáticas que a matéria apresenta com outros institutos fundamentais do direito penal, muitas das questões acima mencionadas assumem, muitas vezes, uma importância decisiva em termos da própria punibilidade, em sentido amplo, de um determinado sujeito.

Apurar se um determinado elemento tem ou não o caráter de circunstância é, de fato, uma questão que, em muitos casos, também tem repercussão na responsabilidade penal, uma vez que as regras que regem os parâmetros relativos à imputação subjetiva são diferentes; e mesmo que as inovações recentes tenham reduzido parcialmente a amplitude dos efeitos anteriormente apreciáveis<sup>38</sup>, certamente ainda há muitos casos em que a incerteza sobre a qualificação exata de um dado elemento apresenta reflexos de importância central<sup>39</sup>.

No entanto, em um dos mais recentes manuais de direito penal italiano, lemos, ainda hoje, o seguinte: “do ponto de vista pré-legislativo, a diferença de *ratio* que passa entre a configuração de uma circunstância, agravante ou atenuante, e a previsão de uma hipótese autônoma de delito, é muito clara. Ao delinear um tipo penal incriminador, o legislador procura preencher uma lacuna real ou suposta na proteção penal, proporcionando de forma adequada a proteção de um certo bem jurídico contra uma forma *específica* de agressão; ao prever uma circunstância agravante ou atenuante, o legislador busca, simplesmente, adaptar a pena aplicável ao maior ou menor desvalor do fato típico, que se considera resultar de um determinado modo de execução do fato ou, de modo geral, à presença de certas ‘circunstâncias’ de sua realização”<sup>40</sup>.

Como já observado, o alcance desses esclarecimentos parece, no entanto, ir muito além do que de outra forma pode ser detectado a partir de uma análise direta do ordenamento jurídico vigente. A este respeito, basta considerar também a singela disposição contida no art. 84 do CP, para observar imediatamente como a categoria de circunstâncias é formalmente capaz de envolver até mesmo “fatos que constituam, por si mesmos, um delito”<sup>41</sup>. De um primeiro ponto de vista, é evidente que a relevância funcional do instituto não se presta a circunscrever somente a adequação da pena prevista para um determinado fato típico às suas possíveis variações, desenvolvendo-se, inclusive, para além desta esfera de atuação mais restrita e interagindo diretamente com o fenômeno da convergência de normas e do concurso de delitos. De outro ponto de vista, isso também nos permite apreciar como o processo de

<sup>38</sup> Por exemplo, a reforma de 2005, sobre a prescrição, reduziu a importância original da edição anterior: F. CORDERO, *Circostanze “generiche” e termine di prescrizione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 824; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze*, op. cit.

<sup>39</sup> A importância das reflexões sobre o tema da ação penal é da maior importância: no que diz respeito à controvérsia passada sobre a incidência da reincidência no regime de persecução do crime de fraude, permito-me referir o que observei em *Recidiva e regime di procedibilità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 63, e a decisão das Seções Reunidas: Cass. 31 gennaio 1987, in «Il Foro Italiano», 1987, II, c. 633, com meus comentários em *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

<sup>40</sup> C. FIORE . S. FIORE, *Diritto penale*, P.G., Torino, Utet, 2020, 6ª ed., p. 420; em sentido semelhante G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 47.

<sup>41</sup> G. VASSALLI, *Reato complesso*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII, p. 819.

criação legislativa de uma nova figura de delito não reflete necessariamente uma exigência de superação de uma “lacuna real ou suposta” na tutela normativa de um certo interesse jurídico, como também pode ser justificado por uma mera escolha de diversificação dos reflexos punitivos ligados à aplicação de outras normas incriminadoras.<sup>42</sup> Além disso, em vários casos, a própria previsão de uma figura delitiva autônoma parece responder a uma lógica completamente análoga àquela primeira mais genericamente indicada como um pressuposto pré-jurídico de todo o fenômeno das circunstâncias<sup>43</sup>. Também desde este ponto de vista, parece difícil atribuir à contraposição entre elementos constitutivos e circunstâncias do delito essa diferença inequívoca de funções e papéis, que as afirmações acima citadas procuram, pelo contrário, apresentar como indicação de uma distinção imanente na mesma dimensão ontológica do direito penal.

4. Como mencionado, à luz desta constante situação de incerteza, em tempos mais recentes pareceu metodologicamente mais apropriado optar pela tentativa de uma revisão radical dos vários problemas subjacentes ao tema das circunstâncias. Mais precisamente, diante da reconhecida insuficiência de qualquer esforço prévio de racionalização dogmática e funcional do sistema vigente, pareceu útil passar de uma eliminação substancial do debate para uma remodelação da linha investigativa em uma perspectiva histórico-comparativa<sup>44</sup>.

O valor metodológico desta solução não necessita ser particularmente enfatizado. É sabido que “a pesquisa histórica evita considerar as perspectivas multiformes de uma categoria dogmática como ‘fenômenos’ de estruturas imersas em um presente eterno e imutável, em uma atemporalidade asséptica que as esvazia do real significado que assumem na concretude de sua aplicação histórica. A recuperação deste significado, por outro lado, abre caminho para destacar o verdadeiro objetivo, não apenas no plano estritamente jurídico, mas também no plano ideológico-político *lato sensu*, de uma categoria dogmática; e, em última análise, para garantir uma compreensão não formalista e abstrata”<sup>45</sup>. De outro ponto de vista, reconhece-se também a estrita complementaridade que esta primeira linha de investigação assume na relação com as implicações posteriores de natureza comparativa: “a origem histórica de nossas classificações, o caráter relativo de nossos conceitos, o condicionamento político ou social de nossas instituições só nos são revelados claramente se, para estudá-los, nos colocarmos fora de nosso próprio sistema jurídico”<sup>46</sup>. Se nos limitarmos ao estudo de um único ordenamento, algumas classificações podem de fato parecer imprescindíveis. O direito comparado, por outro lado, mostra-nos como estes não são dotados de valor absoluto e permite-nos abordar melhor “o problema, para além da sua origem, da

<sup>42</sup> O papel da disciplina das circunstâncias no marco do fenômeno do concurso de leis penais e de delitos também tem sido objeto de importantes estudos (R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Giuffrè, 1971, 2ª ed., p. 352-353; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, Cedam, 1951, p. 63), mas, como observei em outro lugar (A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 520-529) o resultado destas investigações também sofreu o peso de múltiplos condicionamentos conceituais e não parece ter se libertado da ideia de uma necessária contraposição dogmático-funcional das circunstâncias com relação a outros elementos do tipo.

<sup>43</sup> Pense-se, por exemplo, no sentido de muitos tipos que, como, por exemplo, no caso do homicídio da pessoa que consente, se caracterizam por uma mera relação de especialidade com respeito a uma figura mais geral do delito, e, de fato, parecem certamente mais marcados por uma necessidade de ajustar a relação entre o desvalor do fato e a pena abstratamente exigível, e de colmar uma hipotética lacuna legislativa na proteção do bem jurídico correspondente.

<sup>44</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 42-49.

<sup>45</sup> T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1973, p. 555, em sintonia com T. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania*, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano, Giuffrè, 1965, p. 50: «Em nenhum lugar uma consideração histórica é tão necessária para a existência do direito quanto no domínio do direito penal. Sem a história do direito penal não pode haver ciência penal que tenha pleno valor».

<sup>46</sup> R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1973, 2ª ed., p. 5.

sua razão de ser e do seu alcance real no mesmo sistema do nosso atual direito nacional. O mesmo pode ser dito dos conceitos utilizados em nosso direito: também aqui o direito comparado contribui para eliminar uma certa atitude mental que tende a atribuir-lhes um caráter essencial e que em certos períodos ou em certos países levou a sacrificar a coerência lógica de conceitos pelos interesses a que a lei, em última instância, se destina a servir”<sup>47</sup>.

Daí, portanto, a opção por uma tentativa de “romper” as barreiras de natureza conceitual e pré-jurídica que marcaram o tradicional estudo italiano da questão das circunstâncias, e de situar a análise em um contexto de valor histórico e comparativo mais amplo, o que permitiria apreciar melhor os termos pelos quais se chegaria à concretude de questões que, vistas hoje como aspectos característicos de uma massa única de complexidade global e unitária, poderiam ter representado apenas o resultado de um debate em que progressivamente assentaram-se os reflexos de uma evolução legislativa nem sempre criteriosamente avaliada e talvez muitas vezes desenvolvida sob o peso de condicionamentos e imposições interpretativas ditadas por razões técnico-normativas contingentes, ou por necessidades político-criminais ultrapassadas.

A preferência por esta solução metodológica, recentemente desenvolvida também em outros países<sup>48</sup>, foi aliás motivada precisamente pela mesma carência, mas também pela fraca confiabilidade de estudos histórico-comparativos anteriores. De certo ponto de vista, parece deveras significativo e emblemático que, mesmo nos poucos casos em que foi (ainda que de forma breve e marginal) levado em conta regime diverso previsto em outros países, o exame das respectivas soluções normativas muitas vezes encontrou mais espaço para enfatizar<sup>49</sup> – em outros momentos históricos até mesmo para exaltar<sup>50</sup> – a absoluta peculiaridade da disciplina nacional, do que para proceder a uma verificação da coerência e/ou da efetiva plausibilidade teórica e funcional do modelo adotado com a legislação de 1930.

Em todo o caso, até então os principais estudos sobre a matéria tinham centrado a sua atenção, sobretudo, na possibilidade de distinguir os diferentes modelos de regulamentação das circunstâncias tendo em conta apenas as características técnicas da sua concreta previsão legislativa. Assim, tradicionalmente, os ordenamentos jurídicos que se baseiam na predeterminação casuística das circunstâncias individuais têm sido opostos àqueles sem normas explícitas relativas às circunstâncias e, vice-versa, àqueles caracterizados pela previsão de hipóteses de agravamento e/ou atenuação carentes de um parâmetro normativo taxativo<sup>51</sup>. Particular importância também tem sido atribuída à presença, ou não, de circunstâncias de relevância geral, distinguindo-se também entre ordenamentos caracterizados pela indicação de algumas hipóteses isoladas, ou pelo oferecimento de verdadeiras listas de inúmeras circunstâncias comuns<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> M. ALONSO ALAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, tesi dottorale, p. 7; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1988, pp. 35-50; M.N. PEDROSA MACHADO, *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português*, Lisboa, 1989, p. 31; C. SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, Granada, Comares, 2000.

<sup>49</sup> A.M. STILE, *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1982, (94), p. 173.

<sup>50</sup> Sintomáticas são as palavras de R. PANNAIN, *Gli elementi*, op. cit., quando era o ano de 1936, na introdução, ele observava: “Tenho levado em consideração a doutrina estrangeira, mas sem fetichismo, até com um pouco de prevenção, porque acima de tudo respeito e valorizo o gênio italiano”.

<sup>51</sup> Esquema idêntico também foi seguido no passado: B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, Utet, 1899, vol. III, p. 447.

<sup>52</sup> J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría*, op. cit., p. 35.

Além de uma avaliação genérica das diferentes soluções adotadas de tempos em tempos, a utilidade comparativa desses cânones classificadores é, no entanto, relativa: a possibilidade de utilização simultânea de várias soluções, através de integrações recíprocas semelhantes às realizadas pelo legislador italiano, de fato, torna quase impossível tentar forçar as prerrogativas dos múltiplos sistemas vigentes dentro de esquemas rígidos e pré-determinados.

Ao mesmo tempo, porém, a importância de uma análise renovada neste sentido parecia igualmente confirmada pela necessidade de melhor compreender as razões da considerável dificuldade encontrada neste estudo. Já no final do século passado, por exemplo, um dos mais conceituados estudiosos espanhóis teve a oportunidade de sublinhar como a presença de diferentes modelos de disciplina tornava a «*terminación de las concordancias*» extremamente complexa e problemática<sup>53</sup>. E indícios de teor semelhante também foram relatados durante uma importante – e de certa forma única – conferência internacional sobre o tema das circunstâncias agravantes, durante a qual muitos palestrantes denunciaram expressamente a considerável dificuldade encontrada em abordar o assunto em termos semelhantes aos seguidos por expoentes de outras nacionalidades, tanto que na mesma moção conclusiva fez-se referência explícita à absoluta necessidade e oportunidade de novos estudos comparados<sup>54</sup>.

Também no plano histórico, aliás, ainda que as referências bibliográficas sejam certamente mais numerosas, notou-se a carência de informações úteis para melhor compreender o real fundamento de normas específicas previstas no código italiano de 1930. Aliás, mesmo neste âmbito, para além da análise aprofundada sobre os diversos fatores objetivos e subjetivos mais relevantes na graduação da gravidade do delito e da pena, ou sobre a diferenciação das soluções técnicas normativas ao todo adotadas e/ou adotáveis para a valoração destes fatores, no fundo foi e é possível apreender o peso do apriorismo dos tipos conceituais, que, para além de reforçarem a ideia de uma espécie de valor pré-jurídico da categoria das circunstâncias, levou a considerar – e também a legitimar – a disciplina positiva vigente como mera precipitação lógica daquilo que de resto é atribuível à diversidade “ontológica” das circunstâncias, assim entendidas como “*elementos accidentais do delito*”, comparada ao âmbito mais específico (mas, como vimos, indistinguíveis em termos concretos) dos “*elementos essenciais do crime*”.

Então, na perspectiva deste renovado exame histórico-comparativo, mesmo diante da peculiaridade da técnica da casuística sublinhada na época pelo próprio Ministro Alfredo Rocco, sentiu-se a necessidade e a utilidade de um estudo aprofundado destinado, sobretudo, a verificar o real fundamento dos dois pilares da disciplina geral sobre os quais assenta a atual esfera de autonomia sistemática e a necessária diferenciação das circunstâncias com relação aos demais elementos do delito, a saber: por um lado, as regras de imputação subjetiva (arts. 59 e 60 do CP) e de comunicabilidade das circunstâncias entre concorrentes (art. 118 do CP); por outro lado, as normas específicas ditadas pelos arts. 63/69 do CP para o cálculo da pena e as causas de modificação agravantes e atenuantes da pena no caso de “delito circunstanciado”.

5. A importância teórico-sistemática das regras específicas previstas para a imputação subjetiva das circunstâncias é notória, inclusive porque, como mencionado, representa a primeira pedra angular

<sup>53</sup> J.F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, 5ª ed., vol. I, p. 186.

<sup>54</sup> Referimo-nos ao IX Congresso da *Associación Internationale de Droit Pénal*, realizado em Haia de 23 a 30 de agosto de 1964 e ao colóquio preparatório anterior realizado em Varsóvia em setembro de 1963: as atas são publicadas em «*Revue Internationale de Droit Pénal*», 1965, pp. 277-827.

desta relevância mais geral da categoria que, com ou sem razão, no âmbito do ordenamento jurídico italiano vigente levou a traçar uma linha clara de demarcação em relação à disciplina paralela, mas diversa da prevista para os chamados elementos constitutivos do delito.

A investigação histórica e comparativa sobre a gênese deste instituto tem confirmado a possibilidade de apreender aspectos de fundamental importância para sua correta compreensão.

Já da comparação com a experiência italiana anterior adquirida durante a vigência do Código Penal de 1889, emerge com absoluta clareza que, longe de qualquer possibilidade de ser interpretado como uma espécie de reflexão necessária sobre o diferente valor pré-jurídico de certos elementos do tipo, a adoção inicial de um regime de imputação objetiva foi apenas a consequência direta do debate decorrente dos complexos problemas práticos, que se depararam, por um setor da jurisprudência da época, na apuração do dolo do agente com particular referência às circunstâncias agravantes do delito de receptação previsto no art. 421 do CP de 1889<sup>55</sup>.

A questão estava fortemente condicionada pela redação específica desta disposição: a medida da pena prevista para o delito de receptação era, de fato, estabelecida através de uma relação matemática com a pena abstratamente prevista para o delito de onde provêm os bens receptados, se este último tivesse sido proveniente de um delito punível com uma pena privativa de liberdade superior a cinco anos, a pena do receptador deveria ter sido substituída por uma mais grave, sem exceder metade da pena estabelecida para este ilícito em específico. Surgiram assim complexos problemas de apuração do dolo do agente em todos os casos em que o delito de que provêm os bens receptados se caracterizava, por sua vez, pela existência de circunstâncias agravantes particulares: o poder/dever de tomar em consideração os efeitos deste último também com relação à pena abstratamente imposta ao destinatário estava, de fato, subordinado à necessidade, manifestamente carregada de consideráveis dificuldades práticas, de fornecer prova cabal da “ciência” do acusado também no que diz respeito à integração prévia destes elementos circunstanciais mais específicos<sup>56</sup>.

Um particular posicionamento jurisprudencial passou a distinguir entre regras válidas para os elementos constitutivos do fato e regras diversamente aplicáveis apenas às circunstâncias do delito e, em pleno contraste com a interpretação mais comum do art. 45 do CP de Zanardelli, chegou a excluir que, mesmo diante das únicas circunstâncias agravantes encontradas (e principalmente aquelas ligadas ao crime cometido por quem forneceu os bens receptados), era sempre necessária a prova cabal do conhecimento direto por parte do acusado<sup>57</sup>.

Embora aparentemente restrita e isolada, a questão adquiriu desde logo considerável importância, constituindo aliás um dos principais exemplos daquelas aplicações práticas específicas que, mesmo na ausência de uma norma especial, levaram a doutrina e a jurisprudência a legitimar alguns primeiros “desvios do dogma da voluntariedade absoluta” na atribuição de circunstâncias agravantes<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 435-445.

<sup>56</sup> G. CRIVELLARI, *Il Codice per il Regno d'Italia*, Torino, Utet, 1898, vol. VIII, sub art. 421, pp. 272-294. Veja também F. CARRARA, *Ricettazione dolosa di cose furtive*, 1860, poi in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, Cammelli, 1898, 5ª ed., vol. III, p. 423.

<sup>57</sup> Porém, na prática, as soluções adotadas apresentaram algumas diferenças. Uma primeira orientação admitia a possibilidade de cobrança objetiva direta das hipóteses agravantes individuais, colocando os efeitos relativos contra o réu mesmo independentemente de qualquer atividade de instrução probatória posterior. Por outro lado, a solução proposta por uma segunda vertente era menos rigorosa, que se limitava a reconhecer uma espécie de presunção juris tantum de conhecimento do acusado, com a consequente inversão do ônus da prova contra ele.

<sup>58</sup> A. SANTORO, *Teoria*, op. cit., prefazione.

No fundo, porém, é inequívoco que esta solução, justificada apenas pelas necessidades da aplicação prática da época, resultou em nítido contraste tanto com a opinião mais tradicional como com as próprias intenções do legislador de 1889. A este respeito, assinalou Crivellari: «ao ter dito o legislador que o agente ou o omitente não pode ser punido sem que tenha querido o fato que constitui o delito, não se deve então deduzir que para a punibilidade é necessário que a vontade seja dirigida somente ao elemento ou elementos constitutivos do delito, de modo que deve responder incondicionalmente pelas circunstâncias que o agravam, quer as tenha querido ou não. Isso seria um erro», acrescentou. Um erro, em particular, porque “mesmo que uma circunstância se apresente como agravante em vez de elemento constitutivo do delito, uma vez que o fato por ela constituído é especialmente previsto pelo legislador, não só aumenta a quantidade do crime, como se identifica com o crime, de modo que se este está faltando, também não pode subsistir juridicamente”<sup>59</sup>.

Embora apresentada como uma pretensa regra de coerência com o caráter puramente “acidental” das circunstâncias, a drástica decisão de estabelecer explícita e definitivamente a ainda controvertida norma sobre o valor puramente objetivo das circunstâncias do crime decorreu apenas destes problemas contingentes, expressamente identificada como uma “solução inspirada em conceitos realistas, que tem o mérito de abrir o campo a uma série de investigações, sempre difíceis, muitas vezes impossíveis, destinadas a apurar se o acusado tinha ou não conhecimento delas”<sup>60</sup>.

A confirmação do valor meramente contingente e questionável de uma suposta diversificação abstrata e geral do regime de imputação subjetiva das circunstâncias emerge, no entanto, também de um exame histórico-comparativo mais amplo. Assim, em particular, mesmo sem poder ilustrar todos os passos aqui percorridos globalmente, a investigação histórica tem demonstrado claramente que, sem prejuízo da prova segura de um vínculo conceitual e funcional direto com o mais remoto debate teórico sobre o tema do arbítrio judicial e da determinação das sanções penais<sup>61</sup>, com o advento das codificações iluministas a relevância normativa de uma série de circunstâncias ou elementos, ou causas agravantes ou atenuantes da pena, foi colocada (também e sobretudo) à frente da especificação legal dos tipos delitivos individuais. Esta inovação técnico-legislativa também favoreceu o surgimento de uma série de questões interpretativas, muitas vezes de importância mais processual do que material, razão pela qual em diversos ordenamentos jurídicos se tornou mais estrita a necessidade de distinguir, ainda que conceitualmente, entre circunstâncias e outros elementos constitutivos ou modificadores do delito. O início deste processo foi muito importante e evidente, especialmente no contexto da experiência normativa francesa após o advento da codificação de 1791. De fato, por um lado, a adoção de um sistema de medidas fixas para penas levou a acentuar a necessidade de se reconhecer espaços de atenuação das penas e favoreceu, também pelas regras processuais em questões de competência específica dos júris populares, a necessidade de distinguir entre as chamadas *escusas atenuantes* (verdadeiras causas de modificação legal de pena que coincidem substancialmente com as “circunstâncias atenuantes próprias”) e as chamadas *circostances atténuantes* (de natureza indeterminada e puramente discricionária). De outro ponto de vista, porém, a adoção de semelhante rigidez proporcional também para as variações da pena ligadas a elementos individuais de especialização (em sentido agravante) do tipo penal fundamental trouxe pela primeira vez a necessidade de distinguir entre circunstâncias agravantes e elementos constitutivos do delito, e isso porque, de acordo com as regras estabelecidas pelo *Code d'instruction criminelle* de 1808, para as decisões do Tribunal de primeira instância, o julgamento sobre a possível

<sup>59</sup> G. CRIVELLARI, *Il Codice*, op. cit., 1892, vol. III, sub art. 45, p. 329.

<sup>60</sup> V. *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, op. cit., V, 1ª, 106.

<sup>61</sup> Sobre estes aspectos históricos mais remotos da investigação, veja: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 76-131.



existência de circunstâncias agravantes deveria ter sido submetido ao júri popular como uma questão separada e independente daquela relativa ao fato principal<sup>62</sup>.

Sem prejuízo da relevância puramente processual desta exigência inicial de distinção, a questão encontrou maior importância substancial justamente em relação aos reflexos específicos de imputação subjetiva no âmbito de disciplina do concurso eventual de pessoas no delito. A jurisprudência formada sob o *Code pénal* de 1791 tinha, de fato, afirmado que eventuais *circonstances intrinsèques* do delito só poderiam ser imputadas aos cúmplices se eles tivessem conhecimento a seu respeito. Com o advento do *Code pénal* de 1810 e com a introdução do princípio da chamada *criminalité d'emprunt*, em virtude da qual a responsabilidade por insolvência baseava unicamente na consideração do ilícito configurável em relação à conduta e peculiaridades subjetivas do principal autor do delito, a jurisprudência se consolidou em posições opostas: partindo justamente de uma avaliação rigorosa das regras previstas em matéria de receptação de bens furtados, segundo a qual, no caso determinadas circunstâncias agravantes verificadas no delito cometido pelo autor principal terem levado à aplicação de uma pena mais elevada, a pena somente deveria ser aplicada aos cúmplices que, no momento da receptação dos bens, tinham conhecimento da existência de tais circunstâncias, concluiu-se, assim, que, para além deste caso em específico, todas as outras circunstâncias agravantes deveriam ser imputadas aos cúmplices mesmo que eles não tivessem conhecimento delas<sup>63</sup>. Esta tese encontrou fortes reações de vários estudiosos à época<sup>64</sup>, mas mesmo após o cancelamento do preceito original do art. 63 do *Code pénal* de 1810 e a configuração da “receptação” como um tipo incriminador autônomo, a *Cour de cassation* francesa manteve esta primeira orientação interpretativa, reiterando a extensão dos efeitos modificativos da pena, mesmo quando o concorrente individual não tinha conhecimento da existência, ou da possibilidade de integração posterior, de certas circunstâncias agravantes<sup>65</sup>.

A linha de fundo foi então carregada por toda uma série de perfis paralelos, que contribuíram para fornecer um quadro geral de maior rigor, arbitrariedade e heterogeneidade: assim, por exemplo, justificando a extensão a circunstâncias de natureza pessoal, com base em reflexões não especificadas e muitas vezes completamente apodíticas sobre as características intrínsecas do crime cometido; ou, mais drasticamente, negando o caráter circunstancial de certas qualidades pessoais do autor e, novamente, com base no princípio habitual da *criminalité d'emprunt*, atribuindo os efeitos agravantes em relação a todos os cúmplices.<sup>66</sup> Em que pressupostos limitados de homogeneidade se baseou a distinção mais geral entre circunstâncias e elementos constitutivos do crime, é algo certamente óbvio.

Na literatura francesa da virada do novo século, a consideração destes aspectos assumiu tons de importância muito mais ampla, como que para destacar o caráter central que a distinção parecia ser capaz de ostentar em relação ao mesmo valor conceitual da categoria das circunstâncias agravantes. Ao contrário do que pode ser encontrado no contexto do debate italiano paralelo, as referências, mais ou menos veladas, aos pressupostos ontológicos e/ou pré-normativos permaneceram, no entanto, quase completamente ausentes: mesmo quando era objeto de maior estudo dogmático, o problema da distinção entre as circunstâncias e os elementos constitutivos do delito sempre foi, de fato, abordado numa

<sup>62</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 184-187.

<sup>63</sup> A. CHAUVEAU – F. HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles, Meline, 1845, vol. I, p. 211.

<sup>64</sup> J. M. LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie Royale 1830, 3ª ed., vol. I, p. 135. Muito clara e precisa foi, em particular, a crítica de: P. ROSSI, *Trattato di Diritto penale*, trad. di E. Pessina, Torino, Utet, 1853, pp. 413-414.

<sup>65</sup> M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Paris, Cujas, 1976, vol. I, p. 94; para outras referências A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 198-199.

<sup>66</sup> E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1952, vol. I, p. 175.

perspectiva estritamente técnica e com consciência do alcance duvidoso (principalmente processual) dos respectivos pressupostos subjacentes<sup>67</sup>.

Da investigação histórico-comparada global, no entanto, resulta claramente que esta experiência encontra ampla confirmação também em outros ordenamentos jurídicos europeus, dos quais também retiramos a confirmação do valor meramente contingente e arbitrário de cada solução normativa e/ou interpretativa destinada a predeterminar uma possibilidade *a priori* de distinção entre os elementos constitutivos do crime e as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes individuais face às regras de imputação subjetiva ou das chamadas “comunicabilidade entre concorrentes”.

Deste ponto de vista, a especificidade da originária disciplina francesa sobre o concurso de pessoas no delito permitiu identificar melhor as características essenciais de um problema que o da chamada comunicabilidade das circunstâncias que, não surpreendentemente, tanto na França quanto nos demais sistemas examinados, proporcionou a oportunidade e o pretexto para uma primeira posição legislativa a favor de uma disciplina autônoma de imputação das circunstâncias. Ainda a este respeito, dados de considerável valor geral resultaram também da análise dos desenvolvimentos registrados no ordenamento jurídico alemão<sup>68</sup>, bem como no ordenamento jurídico espanhol, cujo exame também ofereceu o ponto de partida para uma consideração indireta de problemas semelhantes que marcaram quase todas as principais codificações da Itália pré-unificação<sup>69</sup>.

Em todo o caso, é inútil (e impossível), também neste caso, voltar a cada um dos aspectos já tratados com maiores detalhes. Basta aqui apenas fazer uma referência adicional a algumas características técnico-legislativas significativas que, na economia da experiência espanhola, serviram de pano de fundo para a enucleação de um primeiro estudo casuístico, mais detalhado, de circunstâncias de relevância “comum” e para as reflexões que a presença de um correspondente conjunto de normas gerais tem, de fato, determinado no desenvolvimento da análise teórica do tema. Justamente a previsão expressa de uma disciplina geral do instituto parece ter contribuído significativamente para acentuar os espaços de uma suposta necessidade posterior de um confronto sistemático com outros elementos do delito<sup>70</sup>; um confronto, porém, que, para além de ser completamente distante das intenções iniciais do legislador espanhol, revelou-se mais tarde na fonte de um problema que não deixou de condicionar também as reformas posteriores<sup>71</sup>.

6. Do estudo histórico-comparativo dos aspetos relativos à relevância funcional das circunstâncias e à previsão de normas individuais para o cálculo das agravantes e atenuantes, resultaram também indicações de grande relevo e importância.

O quadro de informação relevante nesta área, porém, é obviamente muito articulado e complexo, pois abarca de forma mais ampla toda a problemática da pessoalização da pena, no vasto conjunto de diferentes modelos de técnica legislativa que, numa perspectiva de comparação diacrônica, têm levado à adoção de formas diversificadas de conexão e interação entre o plano da chamada mensuração legal da pena e aquele mais intimamente relacionado com a chamada dosimetria judicial da pena e que, neste

<sup>67</sup> J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5ª ed., p. 488; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit Pénal français*, Paris, 1914, 3ª ed., vol. II, p. 712.

<sup>68</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 315-418.

<sup>69</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 225-314.

<sup>70</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 255-298.

<sup>71</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 299-314.

último setor, no entanto, têm elaborado mais soluções técnicas de “controle” e “direcionamento” do poder discricionário do juiz.

Desde este ponto de vista, aliás, mesmo sem possibilidade de dar conta aqui do que emergiu desta investigação como um todo, o êxito dos resultados alcançados confirma a exclusividade absoluta do modelo técnico-normativo que ainda hoje é empregado na disciplina italiana das circunstâncias. Trata-se, em particular, de uma especificidade que certamente se caracteriza pelo amplo espaço dado à predeterminação de casos de circunstâncias agravantes e atenuantes individuais, mas que se caracteriza, sobretudo pela peculiaridade das normas previstas para o cálculo dos efeitos modificativos, também em relação ao concurso homogêneo e heterogêneo de circunstâncias.

A conotação de exclusividade absoluta é, *antes de tudo*, completamente indiscutível em termos de comparação jurídica, uma vez que não se pode encontrar nenhum ordenamento jurídico que tenha adotado o mesmo modelo global. Perfis importantes de maior continuidade são, ao contrário, apreciáveis em comparação com a disciplina anterior do Código Penal “Zanardelli” de 1889.

Com relação a esta última, o principal elemento diferenciador é certamente representado pela opção mais ampla da técnica casuística, fruto declarado do abandono inicial das circunstâncias atenuantes genéricas/indefinidas previstas no art. 59 do código anterior (fonte, como se dizia, de consideráveis críticas e divergências interpretativas, e abolido porque, “devido à sua própria generalidade e indeterminação, tinham dado origem a graves inconvenientes na prática”<sup>72</sup>) e, de outro ponto de vista, porque uma solução que também permitia expressar melhor aquele impulso classificatório dos dados pessoais do autor que, entretanto (como também foi encontrado no anterior projeto de código elaborado pelo Ministro Ferri<sup>73</sup>) tinha encontrado maior espaço por causa da influência da “escola positiva”.

Por outro lado, uma continuidade mais direta pode ser observada nas regras de cálculo dos efeitos agravantes e atenuantes, uma vez que a disciplina adotada em 1930 permaneceu essencialmente aquela que o próprio Código Zanardelli havia introduzido pela primeira vez (no art. 29), a fim de superar os muitos defeitos encontrados com o chamado sistema de graus de punição, difundido em vários países europeus e presente também em experiências “italianas” anteriores<sup>74</sup>. Com este novo modelo, a predeterminação da eficácia modificadora de cada circunstância individual foi articulada de acordo com diversas variantes possíveis. Em alguns casos, e em particular naqueles para os quais se considerou justificado proceder a uma substituição real na linguagem da época: a “comutação” da pena ordinária; foi estabelecida a aplicação de uma medida de pena independente da forma e/ou tipo de sanção estabelecida, de outro modo, para o delito na modalidade simples; em outro lugar, entretanto, passou-se a indicar “estritamente a pena maior ou menor que se deve infligir na concomitância desta ou daquela outra circunstância, isto é, substituindo a ordinária por uma nova medida de pena. Mas, na maior parte dos casos, considerando que com este primeiro sistema se teria de descer a demasiadas e extensas especificações, e sendo inúmeras e diferentes as hipóteses de delitos em que se pode verificar o concurso de circunstâncias agravantes ou atenuantes, o sistema passou a adotar aumentos ou diminuições por frações”<sup>75</sup>, seja de acordo com o modelo das chamadas “frações exatas” (por exemplo, um terço, um

<sup>72</sup> *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V, parte 1ª, pp. 119-120.

<sup>73</sup> *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921)*, in E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 602; para outras referências veja A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 483-486.

<sup>74</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 225-229.

<sup>75</sup> L. MASUCCI, *Il sistema di commisurazione delle pene*, in «Supplemento della Rivista Penale», 1893-94, II, p. 323. V. anche la *Relazione del Ministro Zanardelli*, testualmente citata da G. CRIVELLARI, *Il Codice*, op. cit., 1891, vol. II, *sub* art. 29, p. 876.

sexto etc.), seja com o modelo das chamadas “frações graduadas múltiplas” (por exemplo, de um sexto a um terço etc.)<sup>76</sup>. Essa disciplina previa, então, um único regime de cômputo também para os casos de concurso (homogêneo e heterogêneo) de muitos elementos modificadores da pena: nesse sentido, um mecanismo de cúmulo material foi estabelecido com base em uma aplicação progressiva das variações individuais de pena de acordo com uma ordem de cálculo parcialmente predeterminada<sup>77</sup>.

Ao contrário do antigo “sistema de graus de pena”, que enquadrava o efeito modificador das circunstâncias em uma etapa de especificação intermediária entre o momento da cominação legal da pena e o da concretização judicial definitiva, o processo de mensuração da pena marcado por essas novas regras passou a pressupor uma concatenação entre as duas fases muito mais complexa e interdependente do que era imposta pela legislação anterior; mas, sobretudo, implicava o desequilíbrio dos efeitos modificadores no sentido de uma fase posterior à da quantificação da chamada pena-base. A aplicação prática destas regras, no entanto, revelou-se muito complexa e problemática, tanto que já por ocasião do “Projeto Ferri” foi imediatamente relatada a necessidade de abandonar aquele sistema de “dosimetria da pena”, o que fez do juiz uma espécie de mero “contador mecânico de frações fracionárias”<sup>78</sup>. E a essa mesma exigência também estava ligada a subsequente reforma introduzida em 1930, que, mantendo o mecanismo tendencial de cômputo diferido dos efeitos modificadores sobre a predeterminação judicial da pena-base, com as novas regras sobre a chamada ponderação das circunstâncias, considerou preferível dar mais espaço à discricionariedade judicial, estas são as palavras do ministro Alfredo Rocco: “para evitar aquelas micrométricas e pedantes divisões de responsabilidade e de pena, que se lamentava na aplicação do código anteriormente em vigor”<sup>79</sup>.

Como visto, a especificidade desse modelo de mensuração da pena influenciou fortemente o posterior exame dogmático e funcional sobre a matéria. Também deste lado tem havido uma tendência enganosa de partir de uma visão condicionada *a priori* do instituto, o que tem levado a se valorizar excessivamente os pressupostos por sua indiscutível especificidade de regulamentação.

A ideia de uma relevância predominantemente (se não já puramente) proporcional das circunstâncias foi originalmente influenciada pelas mesmas palavras do ministro Alfredo Rocco que, com uma clareza que mais tarde se tornou uma espécie de axioma comum na análise do tratamento específico do concurso heterogêneo de circunstâncias, sublinhou expressamente como a previsão do inovador juízo de ponderação das circunstâncias concorrentes tinha sido inspirada pela necessidade de assegurar «que o juiz tenha uma visão completa e orgânica do autor e do delito por ele cometido, de modo que a pena a aplicar concretamente seja, tanto quanto possível, o resultado de um juízo global e sintético sobre a personalidade do autor e sobre a gravidade do delito, e não o árido resultado de operações aritméticas posteriores»<sup>80</sup>. Embora não seja inteiramente relevante para a caracterização original do art. 69 do CP (que, como se sabe, não se estendeu a todas as circunstâncias e especialmente àquelas ditas “inerentes à pessoa do autor”), esta indicação pesou muito no desenvolvimento dos primeiros comentários sobre o novo código, nos quais parecia correto sublinhar como as circunstâncias representavam elementos através dos quais se conseguiu “uma melhor concretização do caso e, ao mesmo tempo, devido ao vínculo inseparável entre os dois termos, uma melhor individualização da pena

<sup>76</sup> U. CONTI, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, in «Enciclopedia del diritto penale italiano», a cura di E. Pessina, Milano, SEI, 1910, vol. IV, p. 854.

<sup>77</sup> E. FLORIAN, *Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29*, in «La Cassazione Unica», 1904, p. 1313.

<sup>78</sup> E. FERRI, *Principii*, op. cit., pp. 5 e 357.

<sup>79</sup> *Relazione al Re*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. VII, 56.

<sup>80</sup> *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1ª, 123.

correspondente”<sup>81</sup>.

Se devidamente examinadas, no entanto, a base dessas afirmações parece longe de ser unívoca e óbvia. O fato de a predeterminação legislativa da relevância agravante ou atenuante de um certo elemento comportar uma maior “especificidade” do tipo incriminador com relação aos dados individualizados, na verdade, representa um reflexo óbvio da mesma lógica que rege a formação da norma jurídica. No entanto, quando este primeiro pressuposto é ligado a um efeito imediatamente relevante também no plano posterior do processo de “individualização da pena”, é claro que o pivô do problema muda radicalmente: da apreciação da esfera alterada de aplicação do tipo abstrato, passamos à verificação dos exatos termos operacionais através dos quais a maior “especificidade” deste último é concretamente traduzida também em uma correspondente maior “especificidade” da consequência sancionatória. Este último aspecto, em todo o caso, ainda não afeta a necessidade mais evidente de avaliar em que medida esta dimensão sancionatória alterada corresponde também a uma verdadeira “individualização” da sanção aplicável ao fato: a maior especificidade das consequências previstas para uma determinada hipótese de circunstância (especialmente se predeterminada em abstrato) não é indicativa da sua maior adesão às características “individuais” do fato e da personalidade do autor<sup>82</sup>.

A doutrina italiana demorou a tomar consciência dessa ambiguidade básica e isso, talvez, também por causa da falta de interesse que há muito marca a análise dos problemas mais gerais em matéria de mensuração da pena<sup>83</sup>. No entanto, isso também levou ao já relatado contraste de opiniões. De acordo com uma primeira opinião, a principal regulamentação italiana das circunstâncias e, em particular, dos chamados efeitos comuns seria efetivamente avaliada em uma perspectiva de verdadeira e própria individualização da pena, enquanto expressão da escolha específica do nosso legislador de valorar separada e autonomamente a concreta relevância da mensuração dos elementos fáticos de outra forma destinados a serem apreciados como meras “circunstâncias impróprias” (p. ex., art. 133 do CP) e somente dentro dos limites da sanção prevista. O peculiar regime de incidência de frações sobre a chamada pena-base (típico, originalmente, das circunstâncias com efeito comum) configurar-se-ia, assim, como um mecanismo extremamente refinado e racional de adequação da medida da pena às características individuais do fato e do seu autor, como tal suscetível, ainda que com alguns ajustes e correções parciais, a ser ainda posteriormente avaliado como um modelo válido de mensuração judicial da pena também com vista a uma futura reforma do Código<sup>84</sup>. Por outro lado, uma abordagem interpretativa anterior chegou a conclusões definitivamente opostas, que, com base em outros aspectos típicos da disciplina das circunstâncias, consideraram mais fundamentado prever um quadro funcional do instituto somente sob a perspectiva da determinação legal da pena<sup>85</sup>.

Na impossibilidade de retomar aqui o aprofundamento alhures dedicado a um exame mais amplo destas teses opostas, podemos nos limitar aqui a sublinhar como a pretensa valoração do sistema vigente como exemplo de um modelo racional e coerente de mensuração concreta da pena se presta a várias objeções. No plano sistemático, a tese pressupõe uma diferenciação funcional entre as circunstâncias do

<sup>81</sup> A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., 4; GIUS. SABATINI, *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso*, in «Archivio Penale», 1952, I, p. 100

<sup>82</sup> Que a referência a um processo de “concretização” do tipo, determinado pela previsão normativa de aspectos mais específicos do fato constitutivo do delito, envolva apenas um fenômeno de “especialização”, e não propriamente uma “individualização”, é, de resto, um aspecto há muito enfatizado por estudos confiáveis: K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Winter, 1953, p. 55.

<sup>83</sup> No ponto veja, por todos E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.

<sup>84</sup> Veja também G. DE VERO, *Circostanze*, op. cit., pp. 119-128.

<sup>85</sup> Acima de tudo A.M. STILE, *Il giudizio*, op. cit., pp. 52-58.

chamado “efeito comum” e do “efeito especial”, o que não é plausível na mesma legislação vigente e que está sujeita a críticas semelhantes às que já foram relatadas também em relação ao aprofundamento dogmático paralelo e correspondente<sup>86</sup>. Mas a validade de tal modelo de mensuração não foi confirmada nem mesmo no campo da experiência concreta de aplicação: em princípio, na prática jurisprudencial diária, aumentos ou diminuições de penas são aplicados em sua amplitude geral (sem qualquer diferença entre efeitos fracionários, fixos ou elásticos) e, no campo da motivação, estas etapas do processo de mensuração são quase sempre ilustradas pelo constante recurso a essas “fórmulas preguiçosas”<sup>87</sup> que, através da habitual referência genérica ao art. 133 do CP, deixam totalmente vagos os termos exatos de expressão desta significativa margem de discricionariedade judicial<sup>88</sup>.

O pivô estrutural de todo o processo de individualização judicial da sanção permaneceu, assim, ancorado em pressupostos de mera “fulminação intuitiva”, dentro dos quais o espaço para os inegáveis componentes da “irracionalidade” da escolha sobre a medida da pena é muito superior ao que de fato é admitido mesmo por aqueles que reconheceram sua compatibilidade abstrata com uma estruturação do momento de mensuração da pena nos termos de uma verdadeira e própria *Rechtsanwendung* [“aplicação do direito”]<sup>89</sup>.

A plena confirmação destas observações é ainda fornecida por outro aspecto característico da prática da aplicação mais consolidada: longe de evidenciar uma correlação particular entre os objetivos de individualização da pena e a maior importância concreta de elementos fáticos específicos de valoração, a falta de uma efetiva apreciação das situações individuais julgadas tem favorecido a emergência de uma progressiva individualização de “penas-tarifadas” apenas condizentes com a tipologia abstrata dos delitos e com a cristalização fenomenológica de subcasos particulares mais específicos<sup>90</sup>. Neste contexto, a consideração formal das circunstâncias individuais presentes forneceu um suporte de aparente conformidade com as valorações legislativas abstratas e, sobretudo, a consolidação de uma varredura do processo de determinação judicial da pena absolutamente fictícia e, muitas vezes, reconstruída apenas “*a posteriori*”<sup>91</sup>.

Se for avaliado segundo os “postulados racionalistas” das teorizações mais recentes em matéria de mensuração judicial da pena, o atual modelo italiano de correlação entre a esfera de incidência das circunstâncias e a da determinação concreta da pena revela uma estrutura ainda bastante rudimentar e mecanicista. Apresenta-se, de fato, como um modelo fortemente condicionado por uma consideração insuficiente e superficial das complexas interrelações, mas também das exigências oportunas de demarcação entre a área de determinação legal da sanção penal e a da posterior mensuração judicial, e, de fato, colimando em uma divisão disfuncional do processo de individualização da pena em várias

<sup>86</sup> Para a crítica da concepção original das circunstâncias como elementos autônomos do chamado “tipo concreto”, remeto novamente a: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 533-542.

<sup>87</sup> Esta é uma expressão bem conhecida que remonta a: G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ora in «Il Tommaso Natale», 1975, p. 214.

<sup>88</sup> E. DOLCINI, *Potere discrezionale*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, p. 765. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 109, já assinalava a incompatibilidade destas orientações com o cumprimento do dever de fundamentação.

<sup>89</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, op. cit., p. 105; na ilimitada literatura da língua alemã veja por todos: K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlim, Springer, 1932, p. 33; T. WÜRTENBERGER, *Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung*, in *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, Enke, 1970, p. 157.

<sup>90</sup> Famosa e incisiva a denúncia de: T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionario e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, p. 423.

<sup>91</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, p. 395.

operações de cálculo, nem sempre univocamente coordenados entre si por uma clara perspectiva finalista, e muito menos baseados em objetivos de diversificação linear da importância concretamente atribuída à avaliação de cada critério fático individual.

No entanto, por trás desta falha do modelo de mensuração concreta da pena aplicável ao delito circunstanciado reside a real dimensão funcional da disciplina ainda hoje em vigor. O estudo histórico-comparativo oferece, precisamente, uma confirmação mais ampla e inequívoca da maior relevância e a correlação que a disciplina italiana das circunstâncias apresenta, sobretudo, com a área de relevância da chamada mensuração legal da pena, ou, conforme especificado de outra forma à época da elaboração do código de 1930, da chamada determinação abstrata da pena<sup>92</sup>.

Apesar das muitas “ambivalências” que marcaram a própria gênese conceitual e normativa da noção de “circunstâncias” e de que isso representava o nível de enquadramento sistemático mais correto do instituto foi, ademais, implicitamente confirmado pelo próprio ministro Rocco que no exato momento em que foi convencido a abandonar um projeto inicial para modificar o modelo anterior das chamadas “circunstâncias atenuantes genéricas” através do uso de uma lista casuística, mas meramente ilustrativa das circunstâncias individuais, ele imediatamente enfatizou como a decisão diferente de adotar uma lista exaustiva e vinculante de circunstâncias levou, de fato, a uma espécie de “transformação radical do instituto” como tal, não mais diretamente ligado aos problemas inerentes à quantificação judicial da pena<sup>93</sup>. E desde este ponto de vista é igualmente significativo que, a partir da renúncia a esta solução inicial de compromisso técnico-legislativo, cheguemos então a um sistema que, se por um lado se baseava numa lista exaustiva das mesmas circunstâncias comuns a vários delitos, por outro lado, se caracterizava também pela novidade absoluta de uma indicação explícita de critérios (referidos no art. 133 do CP) destinados a operar no quadro da *determinação concreta (específica) da punição*.

Mas isso não é tudo. A comparação com o desenvolvimento de outras legislações também possibilitou apreender na atual disciplina do cálculo dos efeitos modificativos das circunstâncias as características de um modelo de técnica legislativa que, além de confirmar uma avaliação mais correta apenas do lado da chamada medida legal da pena e tendo em vista a consideração relatada das circunstâncias como verdadeiras e próprias causas legais da determinação da sanção, resulta igualmente funcional para a solução de problemas que em outros ordenamentos jurídicos têm sido o resultado de um contraste sistemático mais amplo entre tipos autônomos e tipos classificados, diferentemente, como “meramente dependentes”.

Esclarecedora, neste sentido, é a comparação com os problemas que surgiram no âmbito da regulamentação espanhola das circunstâncias (e em particular no que diz respeito às chamadas *circunstancias específicas*, também definidas como “*circunstancias cualificativas*”) <sup>94</sup> e no contexto da legislação alemã (com referência, em particular, às hipóteses qualificadoras e privilegiadoras [*Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe*], e à correspondente configuração de tipos penais qualificados e privilegiados [*qualifizierte und privilegierte Tatbestände*])<sup>95</sup>.

Se considerada nesta perspectiva comparativa mais ampla e significativa, mesmo a singular e

<sup>92</sup> U. CONTI, *La pena*, op. cit., p. 813.

<sup>93</sup> *Discussione generale, Discorso del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto*, in *Lavori preparatori*, op. cit., I, pp. 266-267. Para a proposta de uma lista meramente exemplificativa veja: *Relazione sul Codice penale dell'On. Alfredo De Marsico*, in *Lavori preparatori*, cit., I, p. 43.

<sup>94</sup> Para mais informações sobre estes confrontos comparativos, remeto novamente a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 307-314.

<sup>95</sup> V. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 418-422.

controversa disciplina italiana do concurso de circunstâncias torna-se suscetível de ser lida em uma lógica muito mais compatível e consistente com o quadro geral da medida legal da pena.

No caso de serem integradas circunstâncias mais homogêneas, as regras ditadas pelo art. 63 do CP (e nessa perspectiva também do art. 68 do CP) destacam, de fato, a clara necessidade de se coordenar o significado agravante ou atenuante dos vários tipos conjuntamente relevantes: neste sentido, pode-se dizer que os vários critérios de cálculo – com base nos quais é possível chegar à predeterminação deste marco legal de pena dentro do qual ele pode posteriormente proceder à sua medição concreta definitiva – são adequados para serem entendidos também como meras modalidades técnico-operacionais de uma verdadeira disciplina geral de casos específicos de concurso “de vários delitos”; daqueles casos em que, ao contrário do que é considerado pelo conjunto paralelo de regras previstas nos arts. 71 e seguintes do nosso código, os casos concorrentes não são “independentes”, mas meramente “dependentes”, por se basearem na correlação das hipóteses de circunstâncias individuais com um único tipo (“independente”) de delito<sup>96</sup>.

Um significado funcionalmente semelhante é igualmente apreciável nas diversas hipóteses de concurso de circunstâncias heterogêneas. Neste caso, a consideração dos correspondentes tipos de delitos circunstanciados evidencia a diferente possibilidade de avaliar esta situação como completamente análoga àquela que poderia ser reconhecida em casos de concurso de vários tipos penais caracterizados por uma relação assim chamada de especialidade bilateral recíproca: casos em que, diante de um subtipo comum a todas as hipóteses concretamente integradas (subtipo comum que, no nosso caso, coincidirá com o caso de delito simples), há ainda a necessidade de estabelecer qual a importância que deve ser atribuída à integração conjunta de vários elementos especializados (correspondentes às várias circunstâncias “em concurso”) com uma espécie de significado sancionatório heterogêneo. No âmbito de outros ordenamentos jurídicos, esta hipótese de concurso de vários tipos com especialidade recíproca não tem sido objeto de disciplina específica e, na fase de aplicação, tem-se recorrido a várias soluções interpretativas: às vezes, invocando uma suposta, porém, questionável, prevalência necessária de hipóteses atenuantes<sup>97</sup>; em outros casos, e com uma solução mais compartilhável, deixando à valoração discricionária do juiz a escolha do quadro decisório que melhor corresponda ao desvalor geral do fato julgado<sup>98</sup>. Em consonância com esta última análise comparativa, a regra ditada pelo art. 69 do CP italiano parece, portanto, apresentar uma verdadeira disciplina destas hipóteses de concurso: uma disciplina que, na ausência de possíveis derrogações individuais estabelecidas de tempos em tempos por lei, deixa à discricionariedade do juiz avaliar qual tipo entre os demais (por sua vez, explorável em termos substancialmente unitários, com base nas normas já consideradas em matéria de concurso homogêneo) pode ser considerado mais suscetível de exprimir melhor o desvalor global do fato concretamente julgado.

7. Como já se percebe destes últimos esclarecimentos, o resultado deste exame histórico-comparativo permite hoje rever a disciplina italiana das circunstâncias numa perspectiva

<sup>96</sup> Para maiores informações sobre essas etapas, consulte: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 757-758.

<sup>97</sup> Trata-se da tese do chamado: “*Sperrwirkung des milderer Tatbestands*”: F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961, p. 200.

<sup>98</sup> É uma solução que remonta a K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1885, p. 527, e posteriormente compartilhada pela opinião predominante: G.K.W. KLASS, *Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten*, Frankfurt am Mein, 1960, p. 117. Para mais referências, consulte o que está especificado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 413-417.



significativamente diferente.

No fundo, permanece a impossibilidade de fornecer uma definição geral e unívoca do conceito de circunstância do delito: na evolução dos principais ordenamentos jurídicos de tradição continental, o conceito experimentou um alcance extremamente mutável e, em qualquer caso, insuscetível de ser devidamente apreciado sem uma consideração cuidadosa dos esquemas estruturais, das características constitutivas e dos efeitos normativos de tempos em tempos colocados como fundamentos relevantes de sua disciplina positiva.

Mesmo no nível lexical, a noção não expressa uma caracterização intrínseca de conteúdo e/ou de tipo funcional. A própria matriz etimológica do termo “circunstância”, tão valorizada e enfatizada, lembra apenas a ideia de um *quid* que “está ao redor” (precisamente: “*circum stat*”) de outra coisa. Este *quid* pode, no entanto, ser identificado com uma esfera extremamente variada de situações, fatos e/ou elementos da mais diversa natureza ou dos mais diversos significados; pode ser selecionado de acordo com perspectivas multifacetadas e muito articuladas (isto é, pode ser identificado de acordo com esquemas gerais e/ou particulares; ou de acordo com critérios concretos e/ou abstratos; ou mesmo com base em parâmetros objetivos e/ou subjetivos etc.); pode, ademais, (e este é certamente o aspecto mais importante no plano de uma valoração de tipo funcional) ostentar uma importância completamente distinta e mutável, dependendo do elo que, de tempos em tempos, pode ser apreciado em relação àquela “outra coisa” da qual foi idealmente extrapolada, mas com a qual mantém uma relação valorativa direta. Precisamente este fator intrínseco e indispensável de relação, que a noção de “circunstância” implicitamente postula ao evocar a ideia de um *quid* que está em torno de “outro”, torna evidente como a mesma delimitação conceitual do termo recorda a existência (e a consequente necessidade de consideração) de um contexto global mais amplo: o problema da determinação do valor, da eficácia, da relevância, da função, daquele *quid* que não é *circum stat*, ou melhor, univocamente endereçável, senão depois de ter tido conhecimento prévio da relação que a une àquilo “em torno do qual” ela se encontra, bem como o critério e/ou perspectiva de avaliação que, nos vários casos, tem levado a extrapolá-la e a considerá-la separadamente daquele quadro geral mais amplo do qual ela também, no entanto, “faz parte”.

No caso do ordenamento penal italiano, o importante campo normativo das circunstâncias (de todas as circunstâncias, sem qualquer distinção entre as diferentes técnicas adotadas pelo legislador para a predeterminação dos respectivos efeitos agravantes ou atenuantes) é expressamente colocada apenas ao lado da modificação da pena. Não se atribui, portanto, qualquer relevância à eventual previsão de efeitos de natureza processual (como, por exemplo, a modificação do tipo de procedimento adotado quanto a determinado delito), ou a uma hipotética correlação com outros reflexos de espécie sancionatória (aplicabilidade de penas acessórias e/ou medidas de segurança etc.). Esta estreita relação normativa entre as circunstâncias e os efeitos modificadores da pena principal dos diversos delitos assume, obviamente, importância também no plano da própria identificação do “tipo” a que estas consequências jurídicas estão ligadas.

A demonstrada ausência de uma exclusiva e autônoma relevância das circunstâncias como critérios de mensuração e a consequente impossibilidade de sua valoração fora da relação direta com uma determinada figura de delito confirmam, em primeiro lugar, a própria necessidade de enquadrar as circunstâncias na economia dos diversos tipos normativos os quais resultam vinculados às consequências especificamente previstas. Desde este ponto de vista, portanto, enquanto pressupostos aos quais está ligada a previsão abstrata de certos efeitos modificadores da pena principal, as

circunstâncias também fazem parte da estrutura da norma jurídico-penal, integrando-se aos elementos constitutivos do delito e assim participando diretamente da configuração de um novo (e normativamente autônomo) tipo penal: o chamado tipo penal circunstanciado<sup>99</sup>. O fato de que, em alguns casos, o legislador possa ter renunciado a uma tipificação precisa dos elementos circunstanciais, deixando sua apreciação concreta apenas para a valoração discricionária do juiz, pode determinar um problema hipotético de legitimidade constitucional (por possível violação ao princípio da taxatividade da norma penal), mas certamente não impede que as circunstâncias sejam reconhecidas como diretamente atribuíveis ao plano abstrato do tipo penal.

De todas essas premissas (válidas, é claro, apenas no que diz respeito ao ordenamento jurídico italiano vigente) é possível, portanto, identificar as circunstâncias apenas como elementos (definidos, ou não), aos quais a lei vincula a previsão (obrigatória ou opcional) de uma modificação da pena principal (no marco legal) estabelecida para um determinado delito e que, em virtude desta caracterização funcional, contribui para a configuração de tipos incriminadores “normativamente autônomos” mais articulados, ainda que estrutural e operacionalmente “dependentes” desta figura separada de delito.

Embora aparentemente genérica e desprovida de relevância dogmática e/ou funcional autônoma, a indicação ainda é, na verdade, capaz de legitimar o desenvolvimento de importantes implicações interpretativas.

Em primeiro lugar, porque, valorizando um dado de mera modificação das consequências jurídicas previstas para uma determinada figura delitiva, esta caracterização normativa genérica evidencia a relação imprescindível que vem necessariamente determinada entre a esfera de atuação das circunstâncias e a ativação paralela de um fenômeno de integração entre (os elementos previstos em) vários dispositivos de lei. Mas em outro aspecto também porque, dada a impossibilidade de caracterizar as circunstâncias em razão de sua exclusiva importância finalística e/ou de mensuração, esse fenômeno específico de integração normativa não parece suscetível de ser avaliado segundo uma lógica de mera contraposição entre os elementos do delito, por um lado, e elementos meramente circunstanciais, por outro. Pelo contrário, o próprio fato de convergirem de forma unitária na determinação de efeitos jurídicos diversos daqueles autonomamente resultantes apenas da integração dos primeiros evidencia a conveniência de uma consideração mais cuidadosa das relações que são determinadas (repetimos: não entre os elementos do delito e os elementos circunstanciais, mas) entre o conjunto de elementos do delito e o conjunto mais amplo composto por todos os elementos (constitutivos e circunstanciais), ao qual a lei vincula a aplicação de tais consequências penais distintas: ou seja, das relações entre um primeiro tipo penal mais genérico (também identificável com o conceito de “delito fundamental”) e outro mais específico (e/ou, em qualquer caso, caracterizado como parcialmente diferente) que se origina da penetração neste último da circunstância individual<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 717-719. A relevância autônoma e explícita que a fase de determinação da pena assume face a outros possíveis efeitos de aplicação tem também em conta a maior oportunidade de não estender a sua dimensão normativa relativa àqueles elementos adicionais que, nos termos do art. 133 CP (e em qualquer caso fora de sua avaliação eventual, mas separada nos termos do art. 62 bis do CP) pode incidir diretamente apenas sobre a medida concreta da pena aplicável ao réu. Sobre isso, se orientava de forma diferente A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, pp. 107 e 460, sobre o qual me remeto ao que foi observado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 537-538.

<sup>100</sup> No âmbito do estudo várias vezes citado, a propósito da necessidade de melhor contrastar a identificação do chamado “delito fundamental” com eventuais hipóteses de circunstâncias, eu havia mencionado a ideia de avaliar uma solução que em parte era

A conclusão está substancialmente próxima ao que já foi apontado por parte da doutrina italiana, que, como visto, após reiterar a impossibilidade de qualificar as circunstâncias, exceto em razão de seus típicos efeitos modificadores da pena, havia justamente enfatizado a importância de considerar a relevância do fenômeno das circunstâncias em termos estritamente relacionados e não à circunstância individual, mas ao conjunto de elementos que são normativamente suscetíveis de legitimar a aplicação dos seus efeitos. A partir daqui, portanto, foi possível reconhecer a necessidade de uma valoração correta e adequada, não apenas do “tipo penal circunstancial”, mas do amplo “tipo de delito circunstanciado”<sup>101</sup>. Ao contrário da abordagem original, que talvez também tenha sido condicionada na época pela clara diversidade do regime de imputação subjetiva, a inegável diferença entre um “tipo autônomo de delito” e um “tipo circunstancial paralelo deste mesmo delito” não obriga também a postular uma necessária contraposição dogmática e/ou funcional entre elementos constitutivos e circunstâncias individuais.

É, portanto, à luz destas premissas que se abre a possibilidade de rever o significado da

---

diferente das consideradas mais tradicionais, levantando a hipótese de se chegar ao reconhecimento da “existência de um fenômeno meramente modificador”... sempre que a “eliminação hipotética de um certo elemento ‘do tipo’ (de ‘qualquer’ tipo: sem distinção, portanto, entre os chamados ‘tipos autônomos de delitos’ e meros tipos de ‘delito circunstanciado’) permitir identificar um (sub)tipo suscetível de ser subsumido por outra figura de delito punido de forma diversa” (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., p. 752). A solução havia sido expressamente formulada com o único objetivo de buscar um critério idôneo para valorar o efetivo grau de “autonomia funcional” do tipo “circunstancial” e, nessa perspectiva, diferenciá-lo daquele de outra forma apreciável no chamado “delito fundamental”, conceito que assim tinha considerado «mais corretamente identificável com aquele tipo específico incriminador que, de tempos em tempos, pode vir a reunir todos os requisitos necessários à caracterização da ilicitude penal de um “fato” de outra forma incapaz de ser rastreado até um tipo penal separado e autônomo; de um “fato”, ou seja, que de outra forma seria incapaz de “gerar” um efeito de “punibilidade”. Sem prejuízo, portanto, “das razões já expostas acima para a diferenciação da área das chamadas circunstâncias impróprias, com base nestas suposições as circunstâncias do delito (“próprias” e/ou “no sentido estrito”) expressariam, portanto, um significado modificador inteiramente análogo ao encontrado em qualquer outro elemento diferencial e/ou especializado, confirmando assim o caráter de uma mera variante técnico-legislativa que, em nossa opinião, distingue a alternativa entre a provisão de uma circunstância específica (agravante ou atenuante) ou a configuração de uma figura separada de delito especial (“qualificada” ou “privilegiada”)”. Nesta perspectiva mais ampla, o problema não se “limitava, pois, a uma mera verificação da relação entre um determinado tipo incriminador e as correspondentes circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, mas exige também apurar se, não obstante a hipotética eliminação de um ou mais elementos constitutivos desse mesmo tipo de delito, o “fato” correspondentemente sancionado pode ainda ser considerado punível (embora com uma pena diferente) com base em outro tipo incriminador mais amplo. O termo de referência final para esta avaliação é, portanto, não apenas aquele delito “determinado” que está em correlação com uma circunstância agravante ou atenuante “específica”, mas sim “qualquer” delito que, com base nas disposições do ordenamento jurídico vigente, permite identificar a linha de fronteira exata entre o conjunto de “elementos necessários” para gerar uma “relação jurídico-penal” (ou seja: delinear o tipo “mais genericamente” relacionado ao fato concretamente julgado), e tudo isso inversamente suscetível apenas de dar lugar à integração de outro tipo de delito (sancionado de forma mais ou menos severa), ou de um mero tipo de delito circunstanciado”. Como se pode ver, foi uma solução diretamente projetada para a tentativa de buscar uma nova possibilidade de racionalização sistemática do modo de operar das “circunstâncias” com relação à alternativa que consiste na previsão de um “tipo autônomo de delito”, em vez de fornecer um novo critério genérico para identificá-los. E por isso mesmo mencionei as possíveis perplexidades que poderiam resultar da ideia de uma utilização imediata desta solução como parâmetro de identificação das circunstâncias, não se baseando num critério originalmente considerado pelo legislador e, por esta razão, suscetíveis de conduzir a conclusões conflitantes com o que pode ser de outra forma apreciável através de outros possíveis critérios de identificação da chamada “voluntas legislatoris”.

Apesar da semelhança do critério considerado, a perspectiva é, portanto, significativamente diferente daquela que emerge da importante decisão da Corte de Cassação, em Seção Reunida (Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, in «Diritto penale e processo», 2003, 295 ss., com comentários de R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*) em que a possibilidade de identificar o elemento circunstancial foi expressamente mencionada com base em um critério análogo de “eliminação mental”. Ao formular uma crítica à perspectiva indicada acima, não parece, portanto, pertinente a observação feita por A. MANNA, *Corso di Diritto penale*, P.G., 2015<sup>3</sup>, pp. 756-759, o qual avalia apenas como uma mera “reedição” do próprio princípio da especialidade numa perspectiva moderna e mais sofisticada. A referida possibilidade de proceder à seleção de um fator modificador da punibilidade mediante uma verificação baseada no critério de “eliminação mental” não é de fato funcional para a identificação da circunstância isolada, mas apenas para melhor identificar o chamado “delito fundamental”.

<sup>101</sup> Sobre isto, consulte ainda M. GALLO, *Sulla distinzione*, op. cit., 566; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 717-719; também A. SPENA, *Accidentalità delicti?*, op. cit., p. 648.

regulamentação geral das circunstâncias do delito em uma perspectiva parcialmente diferente daquela que, segundo grande parte da doutrina italiana, levou a atribuir relevância ao caráter normativo autônomo do instituto.

Como já visto, longe de ser entendida como um modelo específico de mensuração concreta da pena, a atual regulação do cômputo dos efeitos modificativos das circunstâncias e as regras conexas sobre o chamado concurso de circunstâncias prestam-se a ser melhor interpretadas somente sob a ótica do concurso de vários tipos incriminadores, prevendo uma disciplina paralela à do concurso entre tipos autônomos (ou “independentes”) e tipos destinados à regulação de vários casos de concurso entre um tipo autônomo (ou “independente”) e um ou mais casos tipos circunstanciados (“dependentes” destes)<sup>102</sup>.

No que diz respeito ao regime de imputação subjetiva, hoje previsto no art. 59 do CP, a ausência detectada de uma homogeneidade no conteúdo da categoria não nos permite pensar as circunstâncias como elementos (pré)destinados a serem “imputados” de acordo com regras diversas daquelas comuns aos demais elementos do tipo. A própria falta de justificativas lógicas apresentadas em apoio à regulamentação autônoma adotada em 1930 nos obriga, além disso, a excluir a possibilidade de que a especificidade das regras assim introduzidas tenha uma legitimidade inerente à própria essência do fenômeno regulado. Nesta perspectiva, as circunstâncias se prestam a ser mais corretamente entendidas como elementos totalmente “essenciais” em relação ao tipo correspondente de “delito circunstanciado” (ou tipo “dependente”)<sup>103</sup> e, no plano subjetivo, somente podem ser valoradas a favor ou contra o autor se forem analisadas com base naquele coeficiente de imputação subjetiva que, em estrita observância do princípio da culpa (este é o princípio que certamente pode ser reconhecido na atual regulamentação do art. 59 do CP), pode ser identificado como cada vez mais necessário para expressar o significado atenuante ou agravante daquele caso mais específico do art. 59 do CP), podem ser identificados como necessários para expressar o significado atenuante ou agravante deste tipo mais específico<sup>104</sup>. A hipótese também está em sintonia com a contínua relevância objetiva das circunstâncias atenuantes, refletindo-se de outra forma apreciável também no caso de concurso de tipos autônomos independentes com a especialidade da hipótese atenuada<sup>105</sup>.

A inconsistência e a falta de fundamento fornecidas pela tendência tradicional de assumir a

<sup>102</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 755-760.

<sup>103</sup> O ponto é reconhecido hoje por vozes autorizadas: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 397, em nota.

<sup>104</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 763-766. Análoga também à configuração proposta por S. PUTINATI, *Responsabilità*, cit., pp. 373-379 e da A. SPENA, *Accidentalia delicti?*, op. cit., pp. 692-694. Por outro lado: que a busca do critério exato de imputação (e/ou comunicabilidade) das circunstâncias é uma questão a ser avaliada cuidadosamente, com base nas características específicas do conteúdo do elemento individualmente examinado de tempos em tempos, e após a consideração da exata relevância expressada por isso na economia do tipo global correspondente, era uma suposição que já estava implicitamente assumida nas firmes palavras de crítica que, desde o século passado, levaram a rejeitar a admissibilidade de tipos apriorísticos ou puramente presuntivos: critérios dignos de “indolentes”, “para dispensar o exame das várias medidas de criminalidade”: N. FRAMARINO DE’ MALATESTA, *Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto*, Napoli, Stabilimento tipografico dell’Iride, 1887, p. 46.

<sup>105</sup> Como observei em outro lugar (A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1990, pp. 1470-71), mesmo a avaliação objetiva das circunstâncias atenuantes é uma regra que parece conformar-se a uma correta aplicação do princípio da culpabilidade. Agora, abandonada a pretensão infundada de partir da previsão expressa sobre circunstâncias atenuantes, para daí deduzir a mesma necessidade de contraste com o que de outra forma é aplicável ao elementos constitutivos de um tipo autônomo (e “independente”) (para esta tese veja F. STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 84) e dado o maior fundamento da tese oposta (A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979), o regime global previsto poderia fornecer elementos suficientes para justificar uma avaliação substancialmente homogênea, mesmo em casos de falta de conhecimento de elementos “privilegiados” diferenciais (veja A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 769, nota 144).

categoria das circunstâncias como expressão de um campo dogmaticamente e/ou funcionalmente autônomo e a elevada necessidade de coordenar melhor o correspondente regime geral com aquele previsto para outros elementos do delito também torna possível enfrentar melhor os problemas de uma possível reforma do código vigente<sup>106</sup>.

A este respeito é, de fato, impossível pensar em alcançar uma superação racional e definitiva de todas as dificuldades do passado sem ter uma ideia clara e precisa, não apenas dos efeitos que podem estar ligados à oportunidade reafirmada de manter a atual distinção entre os tipos incriminadores “dependentes” e “acessórios”, e os tipos, diferentemente, classificados como verdadeiramente “independentes”, mas também dos critérios com base nos quais se decidirá “traduzir” em chave normativa os extremos desta persistente necessidade de distinção.

A menos que se pense numa refundação radical do atual sistema de tipos penais incriminadores com base numa síntese e generalidade absolutas (por exemplo, limitando a proteção de cada bem jurídico a um único caso geral, renunciando assim não só à tipificação de formas de lesão mais específicas, mas também à própria previsão de tipos “especiais” e/ou “complexos”), não parece que a ideia de uma eliminação drástica da regulamentação das circunstâncias possa ser seriamente aceita<sup>107</sup>. De fato, em princípio, pode-se admitir que todos os problemas relacionados com a referida exigência de diversificação dos tipos incriminadores individuais poderiam muito bem ser resolvidos por meio da regulamentação do concurso de delitos e do concurso aparente de normas. É plausível, no entanto, que o legislador possa, por exemplo, abandonar drasticamente a distinção entre o crime de furto e o de roubo? Ou, poderia de outra forma dispensar a distinção entre delitos comuns e delitos próprios? Além da aparente banalidade da exemplificação, a questão é, na verdade, de extrema importância: porque no preciso momento em que se decide manter estas distinções, surge automaticamente uma primeira necessidade, a de estabelecer se estas hipóteses “especiais” de delitos devem, ou não, estar sujeitas à mesma disciplina prevista para qualquer outro tipo abstratamente capaz de demonstrar uma relação de especialidade com um tipo delitivo comum, e outro mais simples. Com relação às hipóteses exemplificadas, ou seja, se reconhece a necessidade de decidir quais as relações de aplicação entre o roubo e qualquer outra possível figura de roubo “agravada”, ou entre cada delito individual próprio e outras hipóteses agravadas do delito comum correspondente. Caso a escolha legislativa seja orientada em favor de uma valoração separada destas possibilidades abstratas de concurso entre muitos tipos “especiais”, ou seja, se (como é comum às principais codificações em vigor e como de fato aconteceu em todos os ordenamentos legais que tivemos a oportunidade de examinar) se decidisse liberar o campo de aplicabilidade dos primeiros tipos penais de qualquer possível concurso com todas as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes residuais do respectivo tipo penal comum, a opção por fazer uma necessária comparação entre os vários tipos penais que são abstratamente passíveis de expressar um significado modificador das consequências previstas para um determinado “delito de base” não seria mais ignorada: neste ponto, em essência, como também previsto na atual legislação italiana, seria novamente necessário distinguir entre tipos modificares dependentes de uma dada hipótese fundamental e tipos modificares de

<sup>106</sup> Para um panorama das mais recentes propostas de reforma em matéria de circunstâncias, remeto-me mais uma vez ao que foi observado em A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 14-26, bem como o que é subsequentemente especificado por G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli, ESI, 2009, p. 183; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, op. cit., pp. 382-385; e, sobretudo, D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, ESI, 2010, pp. 707-719.

<sup>107</sup> Recentemente, uma posição mais favorável a uma solução “aboliconista” foi tomada por: L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, op. cit., pp. 383-386.

equiparação, mas, por sua vez, configurados legislativamente como verdadeiros “títulos autônomos de delitos”: ou seja, como novos e separados tipos incriminadores independentes<sup>108</sup>.

Como vimos, com a atual regulamentação dos efeitos modificadores das circunstâncias, o Código atual respondeu (talvez involuntariamente) a uma necessidade legislativa constante (e até agora não evitada) de proporcionar uma “organização sistemática” adequada e coerente, não apenas de todos os casos em que foi considerado apropriado e/ou necessário diversificar as consequências sancionatórias previstas em abstrato para um determinado delito, mas também das múltiplas interrelações que inevitavelmente surgem como resultado da previsão de tipos incriminadores caracterizados por uma relação direta de especialidade (seja unilateral ou bilateral). E é, portanto, na perspectiva da necessária previsão desta disciplina que a base, utilidade e apreciação das regras em vigor devem ser avaliadas.

No plano das “regras gerais” remanescentes sobre o tema das circunstâncias, as bases de uma possível reforma do sistema devem ser correlacionadas com o que foi observado acima sobre os espaços atuais de revisitação da disciplina atual da matéria. Superada definitivamente qualquer tendência infundada de valorizar diferenças inexistentes entre as circunstâncias e outros elementos do tipo incriminador, também do ponto de vista dos critérios de imputação subjetiva ou dos cânones paralelos de “comunicabilidade” entre os parceiros, a atual previsão de regras separadas poderia facilmente ser abandonada<sup>109</sup>, na linha do que também ocorre em outras legislações estrangeiras<sup>110</sup>. Tanto neste caso, quanto na hipótese de eventual preservação da atual separação de regime, deve ser melhor esclarecida a necessidade de regular de acordo com critérios homogêneos também todo o conjunto de elementos diferenciais atribuíveis a um tipo penal incriminador “independente” e, nesta perspectiva, sem prejuízo da superação definitiva do atual critério de irrelevância das meras hipóteses de circunstâncias atenuantes<sup>111</sup>, deverá manter-se a regra inversa da relevância de situações atenuantes apenas objetivamente integradas (salvo exceções óbvias impostas pelas características intrínsecas dos elementos considerados de tempos em tempos)<sup>112</sup>.

Dito isto, também é claro que, precisamente devido à correlação muito estreita que existe entre a técnica da previsão de elementos (ou circunstâncias) destinados a uma variação das consequências sancionatórias estabelecidas para uma determinada figura delitiva e a estrutura mais ampla de um novo

<sup>108</sup> Sobre a relevância destas ideias “de jure condendo”, veja as reflexões de G. RADBRUCH, *Die gesetzliche Strafänderung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., Berlin, Liebmann, 1908, vol. III, pp. 189-219, e de R. MAURACH, *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I (*Gutachten der Strafrechtslehrer*), Bonn, 1954, pp. 249-258. Recentemente, com referência específica às perspectivas relatadas, de reforma da regulamentação italiana das circunstâncias, veja também: D. PULITANO, *Circostanze del reato*, op. cit., p. 717. Pelas razões expostas no texto, não acredito que o problema da distinção entre circunstâncias e elementos constitutivos possa ser resolvido apenas por uma “eliminação de circunstâncias” genérica; em sentido contrário conclui: G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali*, op. cit., pp. 2840-2843.

<sup>109</sup> No passado, havíamos levantado dúvidas sobre a solução neste sentido proposta por: C.F. GROSSO, *Responsabilità penale personale*, op. cit., 279; veja MELCHIONDA, *La “rilevanza oggettiva”*, op. cit., 1406. As razões para esta divergência, no entanto, foram inteiramente determinadas pelo receio de possíveis “retornos” a soluções “objetivas” passadas, potencialmente favorecidas pela tendência contínua de considerar as circunstâncias como elementos intrinsecamente diferentes daqueles que constituem o delito.

<sup>110</sup> O exemplo mais correto, na medida em que não é condicionado pelos “problemas circunstanciais” que têm caracterizado ao contrário os outros sistemas analisados acima, é certamente aquele oferecido pela atual legislação alemã: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 338-348.

<sup>111</sup> Trata-se de uma regra que parece estar em desacordo com a aplicação correta do princípio da culpabilidade (C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1968, vol. XV, p. 715) e que necessita de uma reforma (C.F. GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA. Vv., *Verso un nuovo codice penale. Ininerari - Problemi - Prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 254; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, op. cit., pp. 1476).

<sup>112</sup> Sobre as características desta disciplina, refiro-me novamente ao que é relatado em: A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, op. cit., pp. 1470-71.

código penal, quaisquer escolhas para rever o atual “sistema” de circunstâncias não poderiam deixar de ser condicionadas, por um lado, pelas mesmas soluções adotadas tendo em vista uma eventual revisão das técnicas de predeterminação dos diferentes tipos incriminadores e, por outro, pelo que se considera feito em termos das sanções globais previstas.

De um primeiro lado, sem prejuízo da inegável oportunidade de revisão (pelo menos parcial) da atual hipertrofia do sistema de circunstâncias, poder-se-ia, por exemplo, pensar em soluções semelhantes àquelas que, embora com resultados ainda controversos, levaram, na Alemanha, à previsão dos chamados *Regelbeispiele*<sup>113</sup>. Mas é óbvio que qualquer decisão, mesmo deste teor, não poderia deixar de ter em conta o que foi feito paralelamente em termos de reforma mais geral do sistema sancionatório e a possível opção (também) por uma estrutura mais articulada de sanções. Em comparação com as tradicionais previsões de pena, a articulação dos casos e as respectivas especificações agravantes e atenuantes poderiam, em todo caso, ser revistas numa chave parcialmente diferente da atual, com valorização diferenciada da relevância modificadora desta última: de um lado, mantendo a previsão de tipos especiais com impacto direto nos limites legais; de outro, tentando novamente explorar os espaços de uma delimitação interna do quadro legal, em hipóteses também por meio da previsão de subtipos “circunstanciais” caracterizados, como referido, por uma relevância não vinculante ou meramente exemplificativa. E, nesta perspectiva, uma simplificação e racionalização do atual sistema também poderia ser obtida com a utilização de um modelo baseado nas chamadas espécies de penas<sup>114</sup>.

É inútil e impossível, em todo o caso, continuar aqui uma reflexão que merece e precisa de muito mais espaço. No entanto, o quadro geral é suficientemente claro. Livre de esquemas conceituais artificiais e de legados dogmáticos inúteis e infundados do passado, a disciplina italiana das circunstâncias se revela hoje pelo que é: não o resultado de uma categoria ontológica de direito penal, mas apenas um modelo de solução técnica e contingente de múltiplos reflexos de uma ordem sistemática e funcional. Se se quiser pensar em uma reforma do sistema vigente, então, é bom ter em conta que, justamente como foi observado, “os problemas que hoje se sobrepõem ao mundo artificial das circunstâncias podem ser melhor compreendidos e (talvez) resolvidos se sairmos da gruta das armadilhas dogmáticas e submetemos os modelos legislativos a análises críticas que revelem as suas ideologias e disfunções implícitas”<sup>115</sup>.

Nesta perspectiva, parece então legítimo concluir que a disciplina italiana das circunstâncias ainda é capaz de fornecer ideias dignas de um estudo mais aprofundado, uma vez que é uma disciplina que, como visto, se bem avaliada e compreendida, ainda tem em si muito de “viva” e cujo “futuro” não parece ser genericamente liquidado com sua eliminação drástica e apenas aparentemente decisiva.

<sup>113</sup> Para referências mais extensas, remeto ao que está especificado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 320-325. Em um sentido favorável a uma técnica de tipo exemplificativo, veja também o conhecido documento apresentado por: PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/46 - Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in «Cassazione penale», 1986, p. 632. A favor de uma perspectiva de abandono do atual sistema, mediante uma reconfiguração das circunstâncias como mero critério nomeado de mensuração judicial da pena, veja: G. AMARELLI, *Caratteri e limiti*, op. cit., p. 187.

<sup>114</sup> Para uma proposta bem conhecida para uma reestruturação global da técnica atual de predeterminação da pena nas sentenças veja: T. PADOVANI, *La disintegrazione*, op. cit., pp. 443-452. A título de síntese, sobre a hipotética opção de reforma dos efeitos modificadores das circunstâncias agravantes e atenuantes, gostaria de me remeter aqui ao que se especifica em: A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. “classi di pena”*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2013, pp. 1292-1299.

<sup>115</sup> D. PULITANO, *Circostanze del reato*, op. cit., p. 719.

## Bibliografia

- ALIMENA, B. **I limiti e i modificatori dell'imputabilità**. vol. III, Torino: Utet, 1899.
- ALONSO ALAMO, M. **El sistema de las circunstancias del delito**. Valladolid, 1981.
- AMARELLI, G. Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato, in AA.VV., **Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia**, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli: ESI, 2009.
- AMARELLI, G. Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione, in **Cassazione penale**, 2007, p. 2815-2843.
- BELLAVISTA, G. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, in **Il Tommaso Natale**, 1975.
- BETTIOL, G. **Diritto penale**. 12ª ed. Padova: Cedam, 1982.
- BINDING, K. **Handbuch des Strafrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 1885.
- BRICOLA, F. **La discrezionalità nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- BRICOLA, F. Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1964.
- BRICOLA, F. Rapporti fra dommatica e politica criminale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1988.
- BRICOLA, F. Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, in **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**, vol. III, Milano: Giuffrè, 1991.
- CARRARA, F. Ricettazione dolosa di cose furtive, in **Opuscoli di diritto criminale**, Firenze: Cammelli, 5ª ed., vol. III, 1898.
- CHAUVEAU, A.; HÉLIE, F. **Théorie du Code Pénal**. Bruxelles: Meline, vol. I, 1845.
- CIGNA, D. Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo. **Rivista Penale**, v. XC, 1919. pp. 445-461.
- CIGNA, D. **Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia**. Milano: SEI, 1916.
- CIGNA, D. Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica. **Rivista Penale**, v. LXXXIX, 1919. pp. 371-390.
- CIGNA, D. Le circostanze procedurali. **Rivista Penale**, v. LXXXIX, 1919. pp. 138-142.
- CIGNA, D. **Positivismo e diritto**. Palermo: Trimarchi, 1921.
- COCURULLO, B. **Le circostanze del reato**. Napoli, 1940.
- CONTENTO, G. **Corso di diritto penale**. Bari: Laterza, 1989.
- CONTENTO, G. **Introduzione allo studio delle circostanze del reato**. Napoli: Jovene, 1963.
- CONTI, U. La pena e il sistema penale del codice italiano, in **Enciclopedia del diritto penale italiano**, a cura di E. Pessina, Milano: SEI, vol. IV, 1910.
- CORDERO, F. Circostanze "generiche" e termine di prescrizione. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1958.
- COSTA, S. Circostanze oggettive e soggettive del reato, in **Nuovo Digesto Italiano**, Torino: Utet, vol. III, 1938.
- CRIVELLARI, G. **Il Codice per il Regno d'Italia**. Torino: Utet, vol. VIII, 1898.
- DAVID, R. **I grandi sistemi giuridici contemporanei**. 2ª ed., Padova: Cedam, 1973.
- DE VERO, G. **Circostanze del reato e commisurazione della pena**. Milano: Giuffrè, 1983.
- DE VERO, G. Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1986.
- DELOGU, T. Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1976.
- DOLCINI, E. **La commisurazione della pena**. Padova: Cedam, 1979.
- DOLCINI, E. Potere discrezionale, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XXXIV, 1985.
- DURANTE, S. Attenuanti, in **Digesto Italiano**, Torino: Utet, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162.
- ENGISCH, K. **Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit**. Heidelberg: Winter, 1953.
- FERRI, E. Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921), in E. FERRI, **Principii di diritto criminale**. Torino: Utet, 1928.
- FIANDACA, G.; MUSCO, E. **Diritto penale**, P.G. 8ª ed. Bologna: Zanichelli, 2019.
- IORE, C.; IORE, S. **Diritto penale**, P.G. 6ª ed. Torino: Utet, 2020.
- FLORIAN, E. Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29, in **La Cassazione Unica**, 1904.
- FRAMARINO DE' MALATESTA, N. **Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto**. Napoli: Stabilimento tipografico dell'Iride, 1887.
- FROSALI, R.A. **Concorso di norme e concorso di reati**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1971.



- GALLO, M. Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata. **Rivista italiana di diritto penale**, 1949.
- GARÇON, E. **Code pénal annoté**. Paris, vol. I, 1952.
- GARRAUD, R. **Traité théorique et pratique du Droit Pénal français**. 3ª ed. Paris, vol. II, 1914.
- GEERDS, F. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. **Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1988.
- GROSSO, C.F. Questioni aperte in tema di imputazione del fatto, in AA. VV., **Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive**. Milano: Giuffrè, 1993.
- GROSSO, C.F. Responsabilità penale, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XV, 1968.
- GUERRINI, R. **Elementi costitutivi e circostanze del reato**. Milano: Giuffrè, 1988.
- KLASS, G.K.W. **Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten**. Frankfurt am Main, 1960.
- LATAGLIATA, A.R. **Circostanze discrezionali e prescrizione del reato**. Napoli: Jovene, 1967.
- LEGRAVEREND, J. M. **Traité de la législation criminelle en France**. 3ª ed. Paris: Imprimerie Royale vol. I, 1830.
- LEONE, G. **Reato abituale, continuato e permanente**. Napoli: Jovene, 1937.
- LUCCHINI, Aggravanti (cause) e attenuanti (cause), in **Digesto Italiano**. Torino: Utet, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.
- MALINVERNI, A. **Circostanze del reato**, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. VII, 1961.
- MALINVERNI, A. Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato. **La Scuola Positiva**, 1965.
- MANNA, A. Circostanze del reato, in **Enciclopedia Giuridica**, Roma: Treccani, vol. VI, 1993.
- MANTOVANI, F. **Diritto penale**. 10ª ed. Padova: Cedam, 2017.
- MARCONI, G. **Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti**. Milano: Giuffrè, 1992.
- MARINI, G. Circostanze del reato (Diritto penale), in **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, 1980.
- MARINI, G. **Le circostanze del reato. Parte generale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- MARINUCCI, G.; DOLCINI, E.; GATTA, G.L. **Manuale di diritto penale**, P.G. 11ª ed., Milano: Giuffrè, 2022.
- MASSA, M. **Le attenuanti generiche**. Napoli: Jovene, 1959.
- MASUCCI, L. Il sistema di commisurazione delle pene. **Supplemento della Rivista Penale**, v. II, 1893-94.
- MAURACH, R. **Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda**, in **Materialien zur Strafrechtsreform, (Gutachten der Strafrechtslehrer)**. Bonn, vol. I, 1954.
- MELCHIONDA, A. La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1990.
- MELCHIONDA, A. **Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica**. Padova: Cedam, 2000.
- MELCHIONDA, A. Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena". **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 2013, pp. 1292-1299.
- MIRTO, P. Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti. **Rivista Penale**, (XCVII), 1923.
- MORO, A. **Unità e pluralità di reati**. Padova: Cedam, 1951.
- ORTOLAN, J. **Éléments de droit penal**. 5ª ed. Paris, 1886.
- PACHECO, J.F. **El Código Penal concordado y comentado**. 5ª ed. Madrid, vol. I, 1881.
- PADOVANI, T. Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1973.
- PADOVANI, T. Circostanze del reato, in **Digesto delle discipline penalistiche**. Torino: Utet, vol. II, 1988.
- PADOVANI, T. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1992.
- PAGLIARO, A. **Il fatto di reato**. Palermo: Priulla, 1960.
- PALAZZO, F. **Corso di diritto penale**. 8ª ed., Torino: Giappichelli, 2021.
- PANNAIN, R. **Gli elementi essenziali e accidentali del reato**. Roma: Athenaeum, 1936.
- PECCIOLI, A. **Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento**. Genova: Brigati, 2008.
- PEDROSA MACHADO, M.N. **Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português**. Lisboa, 1989.
- PELLEGRINI, L. **Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma**. Firenze: Firenze University Press, 2014.
- PETERS, K. **Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen**. Berlin: Springer, 1932.

- PREZIOSI, S. **La fattispecie qualificata**. Padova: Cedam, 2000.
- PUECH, M. **Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle**. Paris: Cujas, vol. I, 1976.
- PULITANÒ, D. Circostanze del reato. Problemi e prospettive, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli: ESI, 2010.
- PUTINATI, S. **Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti**. Torino: Giappichelli, 2008.
- RADBRUCH, G. **Die gesetzliche Strafänderung, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts**, A.T. Berlin: Liebmann, vol. III, 1908.
- RISICATO, L. **Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato**. Milano: Giuffrè, 2001.
- ROSSI, P. **Trattato di Diritto penale**. Trad. di E. Pessina, Torino: Utet, 1853.
- SABATINI, G. Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso, in *Archivio Penale*, v. I, 1952.
- SALINERO ALONSO, C. **Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal**. Granada: Comares, 2000.
- SANTORO, A. **Teoria delle circostanze del reato**. Roma: Tipografia delle Mantellate, 1933.
- SANTORO, A. **Le circostanze del reato**. Torino: Utet, 1952.
- SANTORO, A. Circostanze del reato, in *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, vol. III, 1959.
- SPENA, A. Accidentalità delicti? Le circostanze della struttura del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 2009.
- STILE, A.M. **Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze**. Napoli: Jovene, 1971.
- STILE, A.M. La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p., in *Giurisprudenza di merito*, v. II, 1975.
- STILE, A.M. Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94), 1982.
- TIRAQUELLUS, A. **De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis**. Venetiis, 1560.
- VASSALLI, G. Reato complesso, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, vol. XXXVIII, 1987.
- WÜRTENBERGER, T. Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung, in *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart: Enke, 1970.
- WÜRTENBERGER, T. **La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania**, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano: Giuffrè, 1965.
- ZUCCALÀ, G. Delle circostanze del reato, in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova: Cedam, 1992.