

A CONDIÇÃO JURÍDICA DO SUJEITO DE DIREITO PENAL ROMANO NOS CRIMES DE FURTO E ROUBO

Roberta Karina Cabral Kanzler
Fabiano da Silveira Pignata
Centro Universitário Ceuni-Fametro

RESUMO

É inegável o legado deixado pela tradição romana ao Direito Penal, por meio de diversificados institutos jurídicos, que proporcionaram um verdadeiro estado de arte na ciência penal. Nesse sentido, o presente artigo tem por objeto, o estudo da condição do sujeito autor dos crimes de furto e de roubo com fundamento nas Institutas do Imperador Justiniano (que no Livro IV, trata das obrigações que nascem do delito) traçando as diferenças existentes entre a herança penal romana e o ordenamento penal brasileiro contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal romano, furto, roubo, Direito brasileiro.

ABSTRACT

The legacy left by the Roman tradition for Criminal Law is undeniable, through diversified legal institutes which provided a genuine state of the art in penal science. In this sense, the object of this article is to study the condition of the person who is the author of the crimes of theft and robbery underpinned by the Institutes of Emperor Justinian (which in Book IV deals with the obligations that arise from the delict), tracing the differences between the Roman penal heritage and the contemporary Brazilian penal system.

KEYWORDS: Roman criminal law, theft, robbery, Brazilian law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O SUJEITO DE DIREITO PENAL NO CONTEXTO DO DIREITO ROMANO. 3. O SUJEITO E O CRIME DE FURTO. 4. O SUJEITO E O CRIME DE ROUBO. 5. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Romano tem grande participação na influência do desenvolvimento do sistema jurídico penal, como a tipificação de alguns crimes e a aplicação de penas em virtude de delitos cometidos. O cometimento de danos sob algum

Roberta Karina Cabral Kanzler / Fabiano da Silveira Pignata

membro da sociedade é um fato que envolve a comunidade e que merece um estudo sobre a situação das pessoas nele envolvidas. Sendo assim, o artigo objetiva estudar a condição jurídica do sujeito de Direito Penal Romano, no espectro dos crimes de furto e de roubo com fundamento nas Institutas do Imperador Justiniano (que no Livro IV, trata das obrigações que nascem do delito) traçando as diferenças existentes entre a herança penal romana e o ordenamento penal brasileiro contemporâneo.

Para tanto, o trabalho, em um primeiro momento, analisa os danos e delitos no Direito Romano e seus contornos, no que se refere ao sujeito desses fatos, para posteriormente, analisar a situação deste, nos casos de crimes de furto e roubo, bem como suas semelhanças com a tipificação encontrada no ordenamento penal contemporâneo brasileiro.

2. O SUJEITO DE DIREITO PENAL NO CONTEXTO DO DIREITO ROMANO

É inegável a contribuição da tradição romana no desenvolvimento do pensamento e dos sistemas jurídicos, inclusive no Direito Penal Brasileiro, mesmo em uma época em que não o sistematizavam. Essas contribuições são evidentes na doutrina atual no que tange ao conceito de dolo e culpa, na ideia da característica pública do direito penal, nas causas de justificação como legítima defesa e estado de necessidade, na separação do entendimento sobre delitos públicos e privados, na influência da dogmática da imputabilidade e da culpabilidade, ou seja, em institutos que integram, até o presente, a dogmática jurídico-penal.

Disserta Mommsen, que a possibilidade de existirem danos sob algum membro da sociedade remonta desde a existência desta¹. Consequentemente existe a necessidade de que o Estado se posicione sobre a correspondente retribuição ou reparação deste dano à pessoa lesionada. Contudo, na época da realeza romana não se pode falar em um Direito Penal que reconhecesse vítima e agressor, afinal às autoridades competiam assuntos relacionados à guerra e à paz. Aliás, «em nenhum destes períodos a lei, como conhecida hoje enquanto esquema geral e prévio oriundo do poder estatal, foi a fonte do direito por excelência», de acordo com Brandão². Ele complementa que «o direito romano não coloca a lei como fonte principal do direito, mas

¹ Th. MOMMSEN, *Derecho penal romano* (Bogotá 1991) p. 9.

² C. BRANDÃO, *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva* (Belo Horizonte 2017) p. 157.

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

servirá como um esquema de interpretação, que pode ser afastado através do arbítrio do pretor, sempre que sua solução não conduzir a uma decisão boa e justa»³.

Em Roma, inicialmente, havia uma íntima relação entre direito e religião. O *Pater Familias* detinha o direito sob a vida e morte dos dependentes, que será rompida com o advento da República, passando ao Estado o magistério penal. De acordo com Bitencourt, na época da Monarquia de Roma, vigorava um direito baseado nos costumes, na prática, nos hábitos da sociedade, rígido e formalista, tendo como o primeiro código escrito, a Lei das XII Tábuas, e se impôs a limitar a vingança privada com a prática da Lei do Talião e da admissão da composição⁴. O cidadão romano, por regra, não ficava na dependência de outro cidadão, porque sua submissão, nos termos do *jus*, era devida apenas ao Estado. Em síntese: «face ao Direito, nenhum cidadão fica na dependência de outro, exceto no que respeita aos magistrados no exercício no exercício de suas funções. É ao “Estado”, nos termos da lei, que os cidadãos devem obediência».⁵

É nesse cenário que se encontra o sujeito do Direito Penal: o entendimento de crime, por ele cometido, decorria de uma leitura fincada na moralidade com base no que se esperava de cada cidadão. O conceito de crime envolvia o autor (sujeito), a sua vontade de cometer tal crime e os fatores puníveis. É na realeza romana que surge a diversificação da compreensão entre crime público e privado, punidos pelos *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente. O primeiro consistia em uma traição contra o Estado, bem como o parricídio, onde o sujeito era julgado pelo Estado, por meio do magistrado em tribunais especiais culminando em pena de morte. O segundo, englobava crimes contra a pessoa, ou seja, era uma ofensa privada por meio furto, dano, injúria dentre outros, e nesse caso, o sujeito que cometia tais crimes era colocado à disposição do particular que sofreu a ofensa, ocasião em que o Estado intervia apenas para regular o seu exercício, explica Bitencourt⁶.

Para Mommsen, o sistema da coação romana complementava o Direito Penal, pois, se o processo penal punha em prática as leis morais estatais, a coerção era o instrumento do poder supremo do Estado, necessário para a manutenção da existência do império pela obediência dos cidadãos⁷. Na lição de Mommsen *apud*

³ C. BRANDÃO, *Ibid.* p. 15.

⁴ C.R. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal. Parte 1.* 17. ed. (São Paulo 2012) p. 33.

⁵ E. VERA-CRUZ PINTO, *História do direito comum da humanidade*, Vol I T. II (Lisboa 2006) p. 170; C. BRANDÃO, *Lições cit.* p. 159.

⁶ C.R. BITENCOURT, *Tratado cit.* p. 33.

⁷ Th. MOMMSEN, *Derecho penal cit.* p. 35.

Brandão, «o arbítrio dos magistrados não é eliminado; ainda agora poderia o magistrado, tanto quanto pelo direito da guerra, ou por outra parte pelo direito de coerção que lhe é oferecido, sem delito fixado, sem processo fixado, sem medida da pena fixada, punir só pelo seu julgamento»⁸.

Diferentemente da norma penal que hoje vigora no Brasil, os crimes considerados privados não eram de competência punitiva do Estado, pois não passavam de obrigações. Em Mommsen compreendemos que, no Direito Penal Romano, não existia uma forma específica para designar delito e pena, em geral⁹. Não obstante, logo cedo, se introduziu as palavras *poena* (pena) e após, crime e delito. Nesse sentido, Brandão explica que, embora a noção de crime e pena se originem na formação da sociedade romana, não derivam de normas penais, mas sim das disciplinas domésticas e militar e da cultura política do período. O Direito Penal público surge por meio de normas penais consuetudinárias na ocasião em que o Estado intervém para deter os atos das pessoas que detinham o poder punitivo. Este será o divisor de águas entre Direito Penal público e privado e da distinção entre *delicta e crimina*.

Sendo assim, Clementoni cita que, na lição de E. Volterra, os *delicta* constituíam originariamente atos que ofendiam os interesses de um grupo gentilício ou de um particular indivíduo, provocando contra o autor do ato a *vindicta*¹⁰. O poder público teria regulamentado a vingança dos privados, primeiramente, impondo que a reação contra o ofensor, por parte do ofendido ou dos membros do grupo, não fosse desproporcional à ofensa, posteriormente, ter-se-ia imposto que em lugar da *vindicta* fosse aplicada uma composição privada, concedendo-se à vítima de determinado ato ilícito o direito de exigir do autor do ato uma soma de dinheiro a título de *poena*. Clementoni explica que isso ocorria porque, de início, os delitos privados eram punidos de forma vingativa, por meio de penalidades aflitivas, situação que será modificada na Lei XII Tábuas que ventilará a possibilidade da substituição desta por uma pena pecuniária, tornando-se compulsória ao longo do tempo¹¹.

Relacionado ao sujeito, esse fato denota uma evolução no sistema de penas para a época no que tange à humanização das penas a ele aplicada, uma vez que surge a

⁸ ID., *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1984) p. 55; C. BRANDÃO, *Lições cit.* p. 15.

⁹ ID., *Derecho penal cit.* p.10.

¹⁰ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma 1961, rist. 1972) p. 553; M. BENARRÓS CLEMENTONI, *Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade e São Paulo (São Paulo 2016) p. 23.

¹¹ M. BENARRÓS CLEMENTONI, *Ibid.* p.24.

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

possibilidade de substituição de uma pena corporal por uma pecuniária. Na explicação de Mommsen, havia uma distinção entre crime e delito¹². A palavra crime significava peneirar e designava acusação de uma injustiça apresentada ao juiz para resolução, sendo portanto, uma voz processual, enquanto o delito indicava propriamente o ato de deslize, o cometimento de uma falta. Uma das características do ordenamento romano relacionadas ao campo penal, era a aplicação de penas em virtude dos delitos cometidos, tanto em sede direito público, quanto em sede de direito privado em caso de crimes. Assim, de acordo com Clementoni, em casos de competência do direito privado, o sujeito recebia penas pecuniárias em favor do ofendido de acordo com a forma do processo privado, onde originaram-se as obrigações *ex delicto*¹³. De outro lado, os crimes eram punidos com penas aflictivas ou até mesmo pecuniárias, de acordo com o estabelecido no processo público executado nos comícios e, mais tarde, mediante tribunais especiais denominados *quaestiones perpetuae*.

Em seus escritos, Moreira Alves relata que os *quaestiones perpetuae* sentenciavam os sujeitos a penas de castigos corporais ou multa que revertia em benefício do Estado e até mesmo penas de morte¹⁴. Não obstante, a pena privada tinha a mesma função punitiva que a pena pública no direito clássico. No entanto, essa concepção no Direito Justiniano, passa a configurar-se como ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Segundo John Gilissen, «os romanos, foram, parece, os primeiros a sentir a necessidade de reduzir a escritos as regras jurídicas. Além disso, foram os primeiros a consagrar as obras importantes ao estudo do direito. Suas fontes continuam a ser leis e costumes»¹⁵.

A tradição romana nos deixa um legado sintetizando a maior fonte de diversificados institutos jurídicos, que proporcionaram um verdadeiro estado de arte na ciência penal, embora hajam diferenças entre o Direito Penal Brasileiro atual e o Direito Penal Romano, a exemplo do crime de furto, que em Roma, era de natureza privada. Este artigo, portanto, tem por objeto o estudo da condição do sujeito

¹² T. MOMMSEN, *Derecho penal* cit. pp. 7 s.

¹³ M. BENARRÓS CLEMENTONI, *Ibid.*

¹⁴ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 18. ed. (Rio de Janeiro 2018) p. 625.

¹⁵ J. GILISSEN, *Introdução histórica ao direito* (Lisboa 2013) p. 87.

cometedor dos crimes de furto e de roubo com fundamento nas Institutas do Imperador Justiniano que no Livro IV¹⁶, trata das obrigações que nascem do delito¹⁷.

3. O SUJEITO E O CRIME DE FURTO

O crime de furto contado na história do ordenamento jurídico romano se assemelha com a tipificação encontrada no ordenamento penal contemporâneo brasileiro. No ensinamento de Mommsen, o termo *fur* significa «aquele que carrega alguma coisa», e a subtração das coisas significavam apropriação ilegítima de bens privados, a apropriação dos bens dos deuses (sacrilégio) bem como dos bens do Estado (*peculatus*)¹⁸. Nas Institutas do Imperador Justiniano, encontramos a seguinte definição do furto: § 1. Furto é a tomada fraudulenta de uma coisa ou do uso ou da posse dela, o que a lei natural proíbe cometer-se. § 2. Furto vem de furvo, isto é, de escuro, porque faz-se às escondidas, às escuras e quase sempre á noite; ou de fraude; ou de ferendo, isto é auferendo (de tirar)¹⁹.

Nota-se que as Institutas mencionavam o elemento noturno para completar os contornos da definição do crime de furto, que notavelmente, está presente em nosso ordenamento penal atual no artigo 155, § 1.º, onde a intenção do legislador é punir com maior rigorosidade, o sujeito que se aproveita do repouso da vítima, ocasião em que apresenta uma menor capacidade de resistência mediante o delito. Assim, a legislação brasileira pune o sujeito, no caso em comento, com um aumento da pena de um terço: Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1.º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

No que tange à subtração, Mommsen explica que a apropriação da coisa se dava, legalmente, por meio das ações de tocar, tatear, ao mesmo tempo que se adequavam o verbo «remover». Interessante notar que, como não existia puni-

¹⁶ J. GILISSEN, *Introdução* cit. p. 92: «As Institutas (*Institutiones Justiniani*) formam um manual elementar destinado ao ensino do direito. Obra muito mais clara e sistemática que o Digesto, foi redigida por dois professores, Doroteu e Teófilo, sob a direção de Triboniano. Justiniano aprovou o texto e deu-lhe força de lei, em 522».

¹⁷ IJ. 4,1 pr.: *Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu, et quasi ex contractu, sequitur' ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illre quidem (ut suo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt; nam omnes ex renascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria.*

¹⁸ Th. MOMMSEN, *Derecho penal* cit. p. 458.

¹⁹ IJ. 4,1,2. Tradução: Dr. A. Coelho Rodrigues (Recife 1879).

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

ção legal para o furto na modalidade tentada, os juristas romanos substituíram a palavra «apalpar» por «subtrair», ou seja, considerava-se consumado o crime de furto se pelo menos, o sujeito tocasse a coisa, ainda que não levasse consigo²⁰. De modo inverso, no caso em questão, a doutrina penal contemporânea reconhece a modalidade tentada do crime de furto tentado, quando não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do sujeito, porque a *res furtiva* não sai da esfera de vigilância do dono.

De acordo com Pierangeli, é com o poder de disposição da coisa (poder de fato) que o agente passa a apresentar uma aparência de posse legítima e de propriedade, que constitui o elemento psicológico do furto (*animus rem sibi habendi*). Isto é a intenção de ter a coisa junto de si, complementando o *animus domini*. Ocorre, portanto, a inversão da posse, ou seja, da posse legítima do sujeito passivo passa-se para a posse ilegítima do agente [...]. A jurisprudência consagrou esse posicionamento, que se apresenta como intermediário entre as teorias da *amotio* e da *ablatio*, que consiste na inversão da posse. O delito estará consumado quando o gente tem a posse tranquila da coisa ainda que por pouco tempo²¹.

Outra consideração importante sobre o crime em estudo, versa sobre as hipóteses de flagrante, que, de acordo com Moreira Alves, anterior à Lei da XII Tábuas era a única modalidade de furto punida, ou seja, o *fur manifestus*, embora não existisse o conceito abstrato do delito de furto, mas sim, o fato de descoberta da coisa subtraída em poder do sujeito ou em sua casa²². De forma evolutiva no ordenamento justinianeu já se concebe as modalidades de furto em casos de flagrantes e não flagrantes, descritas nas Institutas, a saber: § 3. Há duas classes de furto: flagrante e não flagrante, porque o furto apreendido (*conceptum*) e o oferecido (*oblatum*) são antes ações concomitantes do que classes de furto, como adiante ver-se-há.

Por ampliação deve-se entender flagrante o furto quando for visto ou apanhado o ladrão com a coisa pelo dono ou por outrem, em público ou em particular, antes de chegar ao lugar para onde queria levar a guardar. Se porem levou-a até onde queria, ainda sendo apanhado com a coisa furtada não é ladrão fla-

²⁰ T. MOMMSEN, *Derecho penal* cit. p. 458.

²¹ J.H. PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro* Vol. 2. Parte Especial. 2. ed. (São Paulo 2007) pp. 206 ss.

²² J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. p. 627.

grante. Do que temos dito conhece-se o que seja- furto não flagrante; pois o que não é flagrante, é de certo não flagrante²³.

Mommsen descreve que no período justinianeu o furto em flagrante era considerado a forma mais grave do delito (*furtum manifestum*), afinal, o sujeito era surpreendido junto com a coisa e de posse dela, bem como esteve pessoalmente na frente do assaltado²⁴. O furto em flagrante de acordo com as Institutas era punido com pena majorada, independente da condição do sujeito (escravo ou livre): § 5. Pena do furto flagrante, feito por pessoa livre ou escrava é do quadruplo; a do não flagrante é dobro²⁵. De outra forma, atualmente a situação de flagrante não exerce influência na tipificação ou legalidade do delito, mas ditará a forma de executar a prisão do sujeito, por meio preventivo ou flagrante.

Os romanos também puniam os sujeitos auxiliares do crime de furto. Nas Institutas, Justiniano previu o concurso de pessoas, no seguinte texto: 4,1,11: § 11. Às vezes responde pelo furto quem não o fez: tal é aquele por cujo auxilio e conselho fez-se o furto. [...] Quando porém Tício furtar ajudado de Mévio, respondem ambos pela ação de furto. O furto parece também cometido com auxilio e conselho do que põe escadas às janelas, ou arromba as mesmas, ou as portas para que outro faça o furto, ou o que empresta ferros para o arrombamento ou escadas para serem postas às janelas, sabendo o fim para que empresta²⁶.

Essa forma de furto, é chamada de concurso de pessoas no Direito Penal contemporâneo, para designar o furto cometido por mais de um sujeito, conforme artigo 155, § 4.º, IV: «Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...] § 4.º -A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:[...]

²³ IJ. 4,1,3: *Furtorum autem genem duo sunt: manifestum et nec manifestum: nam conceptum et oblatum species potius actionis. sunt furto coherentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit.* Manifestus fur est quem Graeci appellant; nec solum is qui in furto deprehenditur, sed etiam is qui in eo loco deprehenditur, quo fit: veluti qui in domo furtum fecit, et nondum egressus ianuam deprehensus fuerit; et qui in olivete olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, furtum in co oliveLo aut vineto fur deprehensus sit. Imo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur; nam quod manifestum est.

²⁴ Th. MOMMSEN, *Derecho penal* cit. p. 465.

²⁵ IJ. 4,1,5: *Poenam manifesti furti, quadrupli est, tam ex servi quam ex liberi persona; nec manifesti, dupli.*

²⁶ IJ. 4,1,11: *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit: qualis est cuius ope consilio furtum factum est. [...] At ubi ope Mevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio eius quoque furtum admittitur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium efringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur, commodaverit.*

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

IV-mediante concurso de duas ou mais pessoas»²⁷. Mommsen explica que essa forma de furto punia os sujeitos instigadores, cooperadores, auxiliares, bem como os próprios autores: Para que se afirmasse a participação de várias pessoas no mesmo fato, não era necessário que o ato de cada uma delas apresentasse uma figura de crime definida, bastava que o executado entre todos fosse punível. Quando vários ladrões levam algo que um sozinho não poderia segurar. No entanto, no caso da fuga de escravos, este princípio não poderia ter plena aplicação. A instigação e o auxílio, sem haver contacto verdadeiro, só eram puníveis, tal como o próprio furto, quando consumado; mas, por outro lado, tais atos poderiam estar sujeitos a sanção criminal, mesmo quando houvesse algum obstáculo legal que impedisse a ação de furto contra o ladrão, quando era um escravo que, a conselho de outra pessoa, roubou de seu mestre²⁸. Saber quais atos poderiam ser considerados cúmplices e auxiliares era mais uma questão de fato do que de lei²⁹.

Um outro instituto que merece atenção neste estudo, é a imputabilidade penal, já prevista pelos romanos. De acordo com Mommsen, o sujeito incapaz era aquele destituído de capacidade para agir, a exemplo dos que não haviam atingido a plena idade. Nesse sentido, para facilitar a administração da justiça, os autores das Doze Tábuas pensaram em limites que pudessem fixar e positivar uma determinada capacidade penal, a saber, na fase da puberdade e na idade necessária para casar³⁰.

Contudo, o texto de Justiniano deixa uma lacuna que nos remete ao seguinte questionamento? Como era auferida, neste período, a puberdade de um jovem

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

²⁸ Nota-se que em todos as passagens do texto das Institutas de Justiniano o sujeito que cometia um crime era designado pelo termo «ladrão», a exemplo do parágrafo § 19. «A ação de furto, tanto a do dobro como a do quádruplo, somente refere-se à perseguição final: por quanto, além desta, o dono tem a perseguição da coisa, que pode tomar pela reivindicação ou por uma *candictio*. Mas a reivindicação é só contra o possuidor ou seja este o próprio ladrão» ou qualquer outra pessoa; ao passo que o *condictio* cabe contra o ladrão ou contra o seu herdeiro, ainda que não possua (a coisa)». IJ. 4,1,19. Atualmente, o termo ladrão tornou-se pejorativo, mesmo quando comprovada a responsabilidade do sujeito, com sentença transitada em julgado. No Direito Processual Penal Brasileiro, em virtude do respeito à dignidade e da defesa dos direitos humanos, refere-se ao sujeito cometedor de delitos como: indiciado, réu, apenado, investigado, suspeito, acusado, denunciado, reeducando, egresso, dependendo da fase que o processo se encontra. Este fato denota a importância da evolução de terminologias trazidas da herança romana que fazem parte de um arcabouço das conquistas dos Direitos Humanos.

²⁹ Th. MOMMSEN, *Derecho penal* cit. p. 463.

³⁰ ID., *Ibid.* p. 54.

sujeito? Moreira Alves, nesse sentido, explica que, após muitas controvérsias romanas para diagnosticar os sujeitos impúberes e púberes, o Direito Justinianeu estabeleceu que o homem atingia a puberdade ao completar 14 anos de idade³¹. No Direito de Justiniano, infante era o que ou não falava, ou, embora falasse, não compreendia o sentido das palavras, o que ocorria até os sete anos de idade. Os *infantiae proximi* eram os impúberes que estavam mais próximos da *infantia* do que da puberdade. E os *pubertati proximi* eram os que estavam mais perto da puberdade do que da *infantia*. Mas, com relação aos *infantiae proximi* e aos *pubertati proximi*, não havia idade-limite entre uma e outra categoria: cabia, por certo, ao juiz, caso a caso, verificar quando alguém era *infantiae proximus* ou *pubertati proximus*. Quanto aos púberes, encontramos delineada no período pós-clássico a divisão entre púberes menores de 25 anos, e púberes maiores de 25 anos. Anteriormente, quer no direito pré-clássico, quer no direito clássico (embora neste já surgissem os pródromos dessa distinção), considerava-se que os púberes (as mulheres aos 12 anos, e os homens aos 14) tinham plena capacidade intelectual. No direito pós-clássico, reputa-se que o desenvolvimento intelectual pleno só ocorre aos 25 anos de idade.³²

Sobre as penalidades aplicadas aos sujeitos em matéria de inimputabilidade, Brandão relata que durante a Idade Média, aos infantes, ou seja, aos sujeitos menores de sete anos, não eram aplicadas penas porque eram penalmente inimputáveis. Os sujeitos entre sete e quatorze anos, os impúberes, eram avaliados por especialistas que decidiam sobre a sua capacidade por meio do critério *infantiae proximi* e assim também considerados impuníveis. Já os *pubertati proximi*, eram punidos de forma atenuada. Os sujeitos com mais de 14 anos eram, por fim, considerados plenamente capazes, tratados como adultos e, portanto, sujeito às penalidades dessa faixa etária³³.

De outra forma, no ordenamento jurídico brasileiro, a capacidade para responder penalmente, tem presunção legal fixada nos 18 anos completos, conforme o artigo 228 da Constituição Federal³⁴, artigo 27 do Código Penal Brasileiro³⁵ e

³¹ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. pp. 161 s.

³² ID., *Ibid.*

³³ C. BRANDÃO, *Teoria Jurídica do Crime*, 5ª ed. (Belo Horizonte 2019) p. 248.

³⁴ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeito às normas da legislação especial. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

³⁵ Artigo 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

artigos 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶, e se justifica porque o Brasil adotou o sistema biológico, que define o sujeito inimputável de forma bem distinta dos romanos à época de Justiniano, conforme citado, pois, de acordo com Bitencourt, o referido sistema, ignora o nível de desenvolvimento mental do sujeito menor de 18 anos, ainda que possua, na prática, a capacidade plena de compreender a ilicitude de seu comportamento ou até mesmo determinar-se³⁷.

Por fim, Brandão ressalta que os inimputáveis menores de 18 anos, não estão externos ao ordenamento jurídico brasileiro, porquanto, suas ações delituosas estão regulamentadas pela Lei nº 8.069/90, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, como atos infracionais, sujeitas à medidas sócioeducativas³⁸.

4. O SUJEITO E O CRIME DE ROUBO

Pierangeli explica que, de início, os romanos não faziam diferenciação entre as condutas de furtar e roubar. Essa classificação surgiu na época da República e se consolidou durante o Império, quando a violência tornou-se um componente importante para caracterizar o roubo e da extorsão, cabendo-lhe uma pena mais grave³⁹. Nesse sentido, de acordo com Silva, ao final da República, surgiu a necessidade da tomada de ações contra a violência e suas consequências danosas. Assim, Lucullus ordenou por meio de um edito, que os sujeitos armados que causassem algum dano ou roubassem, lhes caberia uma ação em quadruplo (*posteriormente chamada actio vi bonorum raptorum*)⁴⁰.

Moreira Alves conceitua o roubo como rapina (*ui bona rapta*), ou seja, o furto com uso de violência, que em princípio, não era um delito autônomo, mas uma espécie qualificada de furto, onde Gaio intitulava de «ladrão malvado» o cometedor do furto com uso de violência. Somente no século I a.C., o pretor M. Terêncio Lúculo, intitula a rapina como delito autônomo bem como a ação especial, de caráter infamante (*actio ui bonorum raptorum*) que sancionava o roubo realizado

³⁶ Artigo 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato. BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.

³⁷ C.R. BITENCOURT, *Tratado cit.* p.179.

³⁸ C. BRANDÃO, *Teoria cit.* p. 248.

³⁹ J.H. PIERANGELI, *Manual cit.* p. 226.

⁴⁰ L.A. VIERA DA SILVA, *História interna do direito romano privado até Justiniano* (Brasília 2008) p. 321.

por quadrilha armada, ou não, estendendo-se a qualquer meio furto com violência, ainda que cometido por uma pessoa apenas⁴¹.

A partir da *Lex Cornelia de Sicariis*, o roubo deixa a categoria de delito privado, no momento em que o Estado toma para si o direito de arbitrar entre as partes, tornando-se o titular do poder punitivo diante do interesse da coletividade⁴². Nesse ato processual, o sujeito autor do delito do roubo seria julgado e penalizado pelo poder público, como no direito contemporâneo brasileiro, onde desencadeia uma ação penal pública incondicionada, titularizada pelo Estado por meio do Ministério Público, independente da manifestação de vontade da vítima ou de terceiros.

Justiniano, a seu turno, designou o sujeito do roubo a responder também pela ação do furto, contudo, com pena majorada, por meio da ação *vi bonorum raptorum* que punia o sujeito em quadruplo, não importando o valor da *res furtiva*. Ademais, Justiniano demonstrou preocupação em punir, proporcionalmente, de forma mais grave, o sujeito do crime de roubo. Quem rouba coisa alheia, certo, está sujeito também à ação de furto (pois quem toma a coisa alheia mais contra a vontade do dono do que quem a tira por força? Por isso disse-se com razão que esse ladrão era malvado); e contudo o pretor introduziu contra esse crime uma ação especial chamada *vi bonorum rapitum*, que é o do quadruplo, dentro de um ano, e do equivalente depois de um ano. Ela cabe ainda que a coisa roubada seja mínima. Mas todo o quadruplo não é pena, nem há além desta, a reinvidicação da coisa, como na ação do furto flagrante dissemos; porém no quadruplo incluem-se a restituição da coisa; de modo que a pena é do triplo quer o roubador seja preso em flagrante, quer não, pois seria ridículo que ficasse aquele, que toma à força, em melhores condições do que o que tira às escondidas⁴³.

⁴¹ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. p. 631.

⁴² J.H. PIERANGELI, *Manual* cit. p. 226.

⁴³ IJ. 4,2 pr.: *Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse, sed tamen propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit quae appellatur vi bonorum raptorum et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etiam si quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem nou totum poena est, et extra poenam rei persecutio sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit. sive comprehendatur raptor in ipso delicto; sive non. Ridiculum est enim levioris esse conditionis eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

Importante notar que as regras justinianeias levaram em consideração a conduta dolosa⁴⁴ para a responsabilização do crime de roubo. Se o sujeito fosse impedido por erro e sem dolo, não estaria nem mesmo sujeito à ação de furto. Contudo, não poderia o sujeito tomar a coisa (ou até mesmo invasões em imóveis) à força, mesmo julgando ser sua, sob pena de perda do domínio ou da obrigação de restituí-la a depender do caso. § 1. Esta pena cabe somente contra o roubador doloso: quem por erro, julgando sua uma coisa e ignorando a lei, toma-la por força ao possuidor supondo que o dono pode fazê-lo, deve ser absolvido. Daí resulta de cedo que o que tomou à força com essa intenção, nem mesmo está sujeito à ação de furto. Mas, afim de por esse pressuposto não dar-se azo aos roubadores para exercitarem sua avareza impunemente, providenciou-se melhor acerca disso das constituições imperiais, de modo a não poder ninguém tomar por força uma coisa móvel ou semovente, ainda que a julgue sua. E quem as infringir perca o domínio da coisa, se for sua e se for alheia, além de restituí-la, pague demais o valor dela. E as constituições mandaram observar isso não a respeito das coisas moveis, que podem ser roubadas, como das invasões, que se fazem nas imóveis, para que assim os homens- abstenham-se de qualquer espécie de roubo⁴⁵.

É mister salientar, que ainda permeiam algumas semelhanças/diferenças entre a legislação justinianeia e contemporânea brasileira acerca da conduta do agente furtador/roubador. Primeiro que no ordenamento jurídico brasileiro a conduta do agente durante a prática do roubo só é aceita a título de dolo, não existe a possibilidade da modalidade culposa. Segundo a conduta do agente é a mesma praticada durante o furto, exceto pela utilização de violência ou grave ameaça. Terceiro a ação penal se desenvolve por iniciativa exclusiva do titular da ação penal pública (Ministério Público), o que impossibilita o particular de provocar o Estado-Juiz. Quarto quando da prática do roubo no ordenamento brasileiro, ainda existe a possibilidade da violência ser praticada de forma imprópria e indireta, o que difere da concepção justinianeia, sendo que aquela se desenvolve pela utilização de substâncias que reduzem a possibili-

⁴⁴ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito romano* cit. pp. 208 y 447. Para Alves, o *dolus malus* eram as manobras ardilosas conducentes a induzir alguém ao erro. O dolo se justificava quando a violação era intencional, deliberada. Ocorre, na relação obrigacional, toda vez que o devedor assume, voluntariamente, atitude que impede o exato cumprimento da obrigação, ou que torna impossível a prestação; os romanos, em geral, designavam o dolo com a expressão *dolus malus*.

⁴⁵ IJ. 4, 2,1.

dade de resistência da vítima (álcool, entorpecentes, sonífero) e esta quando para realização da subtração da res a violência é aplicada a posteriori a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa⁴⁶.

Moreira Alves relata que as ações penais (*actiones poenales*) decorrentes dos delitos de furto (*furtum*) e roubo (*rapina*), em princípio, não podiam ser transmitidas de nenhuma forma e só podiam ser ingressadas pela vítima contra o sujeito causador. Todavia, posteriormente, na era de Justiniano, permitiu-se que os herdeiros da vítima intentassem a ação, bem como de forma passiva, ou seja, os herdeiros do ofensor poderiam responder. Essas ações não eram extintas com a *capitis deminutio* do ofensor, nem, no caso de ser ele escravo, com sua manumissão⁴⁷.

Nas ações penais, eram permitidas também a cumulação com uma ação reipersecutórias (ações reais ou pessoais). À vítima era facultado o direito de ingressar contra o sujeito ofensor, com uma ação de restituição da coisa ou o ressarcimento do prejuízo. Nessa norma Justinianeia, a ação deixa de ser meramente punitiva e passa a ter também a função de ressarcir o dano contra o sujeito que o causou⁴⁸.

Esse procedimento justinianeu, é previsto no ordenamento brasileiro titulada como Ação Civil *ex delicto*, no artigo 63 do Código de Processo Penal: «Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros»⁴⁹, ou seja, pode ser proposta pela vítima, no âmbito cível, contra o sujeito do crime, a fim de se obter reparação. Isso ocorre porque, na explicação de Lopes Jr., ainda que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, há situações em que uma mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois (civil ou penal) ou três campos (administrativo). Trata-se de efeitos civis da sentença penal condenatória, posto que as esferas de ilicitude são relativamente independentes isso porque, em muitos casos, o delito gera também uma pretensão de natureza indenizatória⁵⁰.

Diante disso, o estudo comparativo entre o Direito Justinianeu e o Direito Penal brasileiro atual evidencia a contribuição que o direito penal romano deixa

⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

⁴⁷ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. pp. 208 y 627.

⁴⁸ ID., *Ibid.*

⁴⁹ BRASIL. Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

⁵⁰ A. LOPES JR., *Direito Processual Penal* 15.^a ed. (São Paulo 2018).

A condição jurídica do sujeito de direito penal romano nos crimes de furto e roubo

ao ordenamento penal brasileiro, ainda que tenham surgidas modificações e adaptações ao longo dos tempos e a causa de novas das necessidades da sociedade, bem como a influência do direito romano nessa transformação na situação do sujeito de direito penal, seja na tipificação dos delitos ou nas penalidades a ele aplicadas.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou pesquisar acerca da situação do sujeito nos crimes de furto e roubo à luz do Direito Romano, mas especificamente das Institutas de Justiniano, bem como traçar um comparativo destes com o Direito Penal Brasileiro contemporâneo, já que a história nos mostra o legado jurídico deixado por essa civilização.

De início, o sujeito de direito penal encontra-se em um cenário em que o do *pater familias* sede lugar do magistério penal ao Estado. O sujeito concebia o crime cometido a partir de um olhar moral baseado no que se esperava de cada pessoa à época e, por sua vez, o conceito de crime envolvia o autor, a sua vontade de cometer tal crime e os fatores puníveis. O objeto de estudo desse texto, ou seja, os crimes de furto e de roubo com fundamento nas Institutas do Imperador Justiniano presentes no seu Livro IV nos mostrou que o crime de furto visto na história do ordenamento jurídico romano se assemelha com a tipificação encontrada no ordenamento penal contemporâneo brasileiro. Em princípio, para configurar a apropriação da *res furtiva*, bastava tocar, tatear ou remover, ainda que não levasse consigo, ao passo, que no direito contemporâneo torna-se necessário que haja a inversão da posse das rés.

O estudo também demonstrou que houve uma evolução quanto à situação de flagrante no crime de furto. De início, a única hipótese punível era o *fur manifestus*. Todavia, o Direito de Justiniano reconheceu as modalidades de furto em casos de flagrantes e não flagrantes, como no Direito Penal Brasileiro. Nessa linha, o estudo percebeu também uma diferença substancial na forma de entendimento do sujeito considerado inimputável. Após muitas controvérsias romanas para diagnosticar o sujeito impúberes e púberes, o Direito de Justiniano estabeleceu que o homem atingia a puberdade ao completar 14 anos de idade, o que nos chama atenção, já que o ornamento brasileiro estabelece os 18 anos para designar a maioridade penal.

Doutro modo, o estudo demonstrou que ainda permeiam algumas semelhanças entre a legislação justinianeia e a contemporânea brasileira acerca da con-

Roberta Karina Cabral Kanzler / Fabiano da Silveira Pignata

duta do agente furtador/roubador. Para os romanos e para ordenamento jurídico brasileiro a conduta do sujeito durante a prática do roubo só é aceita a título de dolo, não existe a possibilidade da modalidade culposa. Sendo assim, o estudo procurou pesquisar sobre as situações que envolvem o sujeito de direito penal, fazendo um corte nos crimes de furto e roubo no contexto do Direito de Justiniano e como esses institutos contribuíram e/ou permanecem presentes no Direito Penal Brasileiro contemporâneo.