

**O PENSAMENTO CRIMINAL NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA E SEU  
REFLEXO NO DIREITO PÁTRIO  
THE ROMAN-GERMANIC TRADITION ON CRIMINAL THOUGHT AND ITS  
EFFECTS ON BRAZILIAN LAW**

**João Marcelo Brito da Silva<sup>1</sup>**

**Antonio Euclides Vega de Pitombeira e Nogueira Holanda<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Este trabalho se propõe a estabelecer um estudo de fontes bibliográficas com o fito de apresentar para o meio acadêmico uma evolução do Direito Penal numa perspectiva da família Romano-Germânica sob a ótica do Direito pátrio brasileiro, passando por Roma antiga, tempo germânico, Direito Penal canônico até chegarmos às ditas escolas criminológicas. Passando disso, o trabalho aborda pontos-chave da evolução do pensamento criminal nessa delimitação do objeto de estudo, a ponto de podermos falar com clareza e objetividade acerca das teorias da ação humana dentro das teorias do crime.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Romano-Germânica; Escolas criminológicas; Teorias da ação do crime.

**ABSTRACT:** This paper aims to establish a study on bibliographic source with the goal of presenting to the academy an evolution of the criminal law, since Ancient Rome, through Germanic period and canonic criminal law, up to reaching the present days. It aims to present to the reader the fundamental aspects of the criminal schools and the human action theories in the theories of crime.

**KEY-WORDS:** Evolution of the law; Occidental families of law; Criminal schools; Theories of crime.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITUAÇÃO DE DIREITO PENAL. 3. PENSAMENTO CRIMINAL NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA. 3.1

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário Farias Brito atualmente cursando o sétimo semestre. E-mail: [joao.marcelo.b.silva@gmail.com](mailto:joao.marcelo.b.silva@gmail.com). Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?metodo=apresentar&id=K8001764A5>.

<sup>2</sup> Professor orientador Bacharel em Direito pela Unifor e Doutorando em letras pela UFC. E-mail: [euclidesvega@gmail.com](mailto:euclidesvega@gmail.com). Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4746286T8>.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL EM ROMA. 3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL GERMÂNICO. 3.3. DIREITO PENAL CANÔNICO OU MEDIEVAL. 4. ESCOLAS PENAIAS. 4.1. A ESCOLA “CLÁSSICA”. 4.2. A ESCOLA POSITIVA. 4.3. A “TERZA SCUOLA” OU ESCOLA CRÍTICA. 4.4. A ESCOLA SOCIOLÓGICA OU ESCOLA MODERNA ALEMÃ. 4.5. ESCOLA CORRECCIONALISTA. 4.6. MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL. 5. TEORIAS DA AÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL PRODUZIDAS NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA. 6. CONCLUSÃO.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho faz-se necessário pela necessidade de saber quais são os pressupostos que ditam o pensamento criminal dentro da ótica do Direito pátrio, a saber, o sistema jurídico brasileiro. Faremos neste trabalho uma tentativa de análise clara, simples, mas sem perder de sua objetividade que é o seu ponto mestre.

Dentro desta ótica de objetividade, para que se cumpra o proposto neste trabalho, que nada mais é, se não saber os ditames do pensamento criminal romano-germânico sob a ótica pátria, abordaremos aspectos que deram origem a essa família jurídica. Faz-se mister então saber quais foram as influências que Roma antiga trouxe para essa parte do direito, bem como a influência do Direito Penal germânico que tem um viés intrigante pelo fato de a pena não ter um caráter tão retributivo quanto no Direito Penal Romano. Isto é interessante, mas deixaremos para analisar este item em seu devido tempo para que possamos abordar com clareza tais aspectos de forma mais aprofundada. No mesmo íterim, abordaremos o aspecto do Direito Penal canônico devido à sua importância na família romano-germânica que se desenvolveu na Europa ocidental desde a época de Roma antiga, passando pela Idade Média até os tempos modernos.

Depois desta devida análise, passaremos então para outro tópico: as escolas criminológicas para que, então, possamos entender o cerne do pensamento criminal dentro desta família do direito que estamos estudando, e que é de fundamental importância para o pensamento criminal da mesma, visto serem as escolas criminológicas uma tentativa de encontrar explicações para o fato delito e ator delinquente.

Por fim da nossa análise, terminaremos abordando as teorias da ação que fazem parte das teorias do crime produzidas dentro dessa ótica, a saber, romano-germânica, abordando desde conceitos basilares quanto fazendo discernimentos entre tais conceituações históricas presente entre elas.

## **2. CONCEITUAÇÃO DE DIREITO PENAL**

De início, convém falarmos a respeito da conceituação de Direito Penal, pois, a partir desta conceituação, é que se poderão abordar de maneira clara e objetiva os tópicos que vêm a seguir.

As sociedades desde a antiguidade necessitam de meios para organizá-las e ordená-las, e um destes meios é o Direito. Uma ciência social aplicada que serve para regulamentar as relações sociais de modo a estabelecer regras mínimas de convivência social que os indivíduos que a ele se submetem devem seguir de maneira cogente. Os seres humanos possuem o que denominam no Direito de bens jurídicos. Um bem jurídico é algo que possui valor, importância para a ciência jurídica, v. g., a vida, a propriedade, a integridade física, a saúde pública e por aí se segue a lista longa de bens jurídicos que o Direito visa proteger de forma harmoniosa com o intuito de dar à sociedade regras e princípios claros para estabelecer a convivência social de forma equilibrada, coerente e, sobretudo, saudável.

O Direito Penal se preocupa com os bens jurídicos mais importantes para os indivíduos em sociedade. Por exemplo, se tomarmos como exemplo o Código Penal brasileiro, ver-se-á com clareza que, no tocante à proteção de bens jurídicos importantíssimos para o convívio social harmonioso e saudável, a proteção à vida. Dando prosseguimento, cada ramo da Ciência do Direito visa a regular determinada matéria concernente a princípios e regras próprios de cada ramo. Ao Direito Penal cabe regular as normas (regras e princípios) concernentes aos bens jurídicos mais caros à sociedade.

Adentrando a seara da Ciência Penal, passaremos a defini-la. O conceito de Direito Penal adotado neste trabalho é o de que o Direito Penal é a parte da Ciência Jurídica que se encarrega das normas penais, sejam elas princípios e regras, de natureza penal com o intuito de instituir tipos penais e cominar penas aos respectivos tipos penais. Dito isso, daremos prosseguimento ao nosso trabalho, abordando agora a família ocidental do direito romano-germânica.

## **3. PENSAMENTO CRIMINAL NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA**

A partir deste momento, trabalharemos com a ideia do pensamento criminal na tradição romano-germânica. Tal pensamento é de extrema importância para que se compreenda posteriormente as ditas escolas penais que abordaremos neste trabalho.

### 3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL EM ROMA

O Direito construído ao longo do que genericamente ficou estabelecido como Roma Antiga teve uma grande importância para o que veio a ficar conhecido como família romano-germânica do Direito. O sistema jurídico romano, com se percebe do nome da corrente legal que ele ajudou a fundar, foi absorvido pelo sistema germânico com a queda do Império Romano do ocidente.

Assim como nos ensina Zaffaroni e Pierangelli (1999, p. 188), “Nos primórdios de Roma – como nos de qualquer povo primitivo -, o direito penal teve uma origem sacra. Não obstante, a partir da lei das XII tábuas (século V a. C.), o direito já se encontra laicizado [...]”. Em Roma havia uma distinção dentro dos delitos públicos. Estes se dividiam em crimes de *perduellio* e crimes de *parricidium*. Ao falar desses dois tipos de crimes, Zaffaroni e Pierangelli (1999, p. 188), “Esses delitos são os pais dos dois grandes grupos de delitos: delitos contra o Estado e delitos contra os particulares.” Interessante notar que:

Posteriormente, os próprios delitos privados, ou seja, os cometidos contra os homens livres, e naqueles em que o Estado originariamente não tinha interesse em perseguir, passam a ser perseguidos pelo Estado e submetidos a pena pública por meio do chamado procedimento extraordinário, o qual termina convertendo-se em ordinário. Assim foi como o direito penal se afirmou em seu caráter público. Essa mudança tem lugar com o advento do Império. Durante a República, o povo romano havia sido simultaneamente legislador e juiz, permanecendo como delitos privados (liberada a composição entre as partes) somente os mais leves. (Zaffaroni; Pierangelli, 1999, p. 188).

Complementando o que foi dito anteriormente, sobre o Direito em Roma possuir uma origem sacra no período arcaico de seu direito, este se deu na formação de Roma antiga em seu período monárquico. A respeito da pena imposta ao infrator de um crime cometido neste período:

Encontramos em Roma a pena com caráter sacral, à época, lendária da fundação da cidade (753 a. C.) e certamente nos consórcios gentílicos que lhe antecederam. A pena é expiação da falta praticada contra a comunidade religiosa e meio de aplacar a ira dos deuses. (FRAGOSO, 2004, p. 32).

Em Roma antiga o direito sacro era chamado de “*fas*” enquanto que o direito profano era conhecido pela palavra “*ius*”. Assim aborda tal conceito o eminente jurista Alves (2018, p. 80), “No período histórico, os conceitos de *ius* e de *fas* estão perfeitamente definidos. *Ius* é o direito profano; *fas*, o direito sagrado.”.

O Direito em Roma antiga na sua fase monárquica era consuetudinário (*ius quiritarium*), sendo seu direito marcadamente casuístico. Havia nesse sistema jurídico a distinção entre os delitos públicos e privados. Aqueles chamados pelo nome de *crimina* e estes chamados pelo nome de *delicta*. Com o surgimento da fase republicana de Roma, surge então as *quaestiones perpetuae*, que eram uma espécie de procedimento casuístico. Assim afirma Prado (2005, p. 70), “formuladas casuisticamente com o objetivo de julgar os autores de ações consideradas lesivas ao Estado, sem que houvesse nenhuma previsão legal.”.

Destarte, continuando nossa análise do Direito Penal Romano, tal Direito teve uma importante contribuição para o mundo jurídico, que foi o reconhecimento distinto do dolo, culpa e *casus*, que nada mais é que circunstâncias que poderiam agravar ou atenuar a pena. Tal pensamento é extremamente importante, pois, como podemos observar, ele se coaduna com o que defendemos neste trabalho quer seja o homem possui livre arbítrio e, com ele, decide se irá praticar ações éticas ou antiéticas. Tal pensamento que remonta o Direito Romano não se lhe é estranho a Aristóteles. Vejamos então que, para Aristóteles<sup>3</sup>, segundo seu pensamento, as nossas ações, ou seja, as condutas que os indivíduos vêm a praticar podem ser boas ou más a depender da intenção dos indivíduos que as praticam. Se uma conduta será boa ou má, isso dependerá da habituação do indivíduo a tais condutas. Percebe-se então, ante o exposto, que o ser humano é livre sim para praticar seus atos.

### 3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL GERMÂNICO

Os germanos formavam uma série de tribos nômades que ocupavam o território para além do domínio romano. Povos como os visigodos, ostrogodos, álavos, vândalos e borgúndios compunham os denominados povos germanos, desdobra-se seu direito em duas fases importantes, a saber, a época dos reinos em 378 d. C. e a época franca em 481 d. C. Interessante aspecto para o direito germânico é de qual nos fala PRADO (2005, p. 72), “De acordo com a concepção germânica antiga, o Direito era entendido como sendo uma *ordem de paz* – pública ou privada – e o delito significava sua ruptura, perda ou negação – *Friedlosigkeit*.”.

O direito penal germânico pode ser dividido em duas épocas: a germânica e a franca. Para os povos germanos, antes da invasão de Roma, a pena tinha caráter de expiação religiosa, sendo constituída então a vingança de sangue, “Blutrache”. Nesse período o direito

---

<sup>3</sup> Ver *Ética à Nicômaco*, Livro II.

era por excelência privatista, sendo confirmada tal assertiva pelo que se percebe da existência à época da vingança privada e à composição entre as partes autora do delito e o ofendido, ou pelo menos a família do ofendido.

Pode-se dizer ainda a respeito do direito penal germânico que este possuía um caráter privatista de seu pensamento jurídico. Ainda sobre a pena de “perda da paz” (*Frieldlosigkeit*), esta era a pena mais grave que se tem conhecimento do direito penal germânico. Com ela o indivíduo apenado estava sujeito à morte por qualquer pessoa sem que seu agressor viesse a ser punido. Igualmente, significava esta pena, a perda da proteção social do indivíduo por parte de seu núcleo social. Ainda sobre as penas em tal sistema jurídico, existia a *Faida*, que era uma pena proveniente dos delitos de caráter privado. Tal penalidade poderia estar sujeita à composição, chamada de *Wertgeld*. Ainda sobre tal modalidade de pena:

A *Faida* podia terminar com a composição (*Wertgeld*), consistente em uma soma de dinheiro que era paga ao ofendido ou sua família, ou também mediante o combate judicial, que era uma ordália, ou seja, um juízo de Deus. (Zaffaroni e Pierangelli, 2018, p. 178-179).

Ainda sobre a questão da pena no Direito Penal germânico, ela tinha um caráter objetivo, ou seja, não se levava em consideração o dolo e a culpa do agente na hora de se constatar o cometimento de um delito, ao contrário do Direito Penal Romano que, já na época do Império Romano, havia esta consideração subjetiva do fato delituoso. Veja-se também que, depois da invasão de Roma pelos povos germânicos, houve um crescimento na esfera de domínio do Estado com o surgimento das monarquias, limitando-se assim a vingança de sangue pelas leis bárbaras (*leges barbarorum*).

Terminaremos este tópico com uma última consideração sobre este sistema jurídico. O direito penal germânico possuía um caráter intimamente reparador e de profundo caráter conciliatório entre as partes envolvidas em um delito, fossem elas o criminoso e o ofendido.

### **3.3. DIREITO PENAL CANÔNICO OU MEDIEVAL**

No período subsequente ao do Direito Penal Romano sobreveio um período de decadência do Império Romano do Ocidente, dando origem ao que se convencionou chamar na história de Idade Média. Tal período foi marcado pela descentralização do poder político na Europa ocidental. Falemos então um pouco sobre as características que se seguiram a tal período jurídico.

Neste período, conhecido como Direito Penal Canônico, ou Direito Penal da Igreja, o Direito em si, canônico, a Igreja Católica tenta então assegurar seu domínio ou, melhor dizendo, a prevalência do poder papal sobre o poder do Estado como representante de Deus aqui na terra. A história da influência do cristianismo no Direito Penal é antiga e remonta Constantino quando este deu liberdade de culto ao cristianismo em 313 d. C., além do fato de depois o cristianismo ser assegurada como a única religião do Estado em 379 d. C. pelo imperador Teodósio I. Assim nos fala Fragoso:

O direito canônico tem origem disciplinar, sendo sua fonte mais antiga os *Libri poenitenciales*. Em face da crescente influência da Igreja sobre o governo civil, o direito canônico foi aos poucos estendendo-se a pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos de natureza espiritual.. (FRAGOSO, 2004, p. 40).

Dentro da esfera penal do Direito Canônico havia a distinção dos delitos em duas espécies: *delicta ecclesiastica*, *delicta mere secularia* e *delicta mixta*. Os delitos de *delicta ecclesiastica* eram delitos que afrontavam preceitos religiosos, sendo, portanto punidos e julgados pelos tribunais eclesiásticos. Por sua vez, os delitos classificados como *delicta mere secularia* eram julgados por tribunais comuns, pois esta espécie de delitos atentavam somente contra a ordem humana. Por conseguinte, os crimes classificados como *delicta mixta* atentavam ao mesmo tempo contra a ordem humana e a ordem divina, podendo sua apreciação pelo órgão jurisdicional ser realizada tanto por um tribunal eclesiástico quanto um tribunal comum, havendo apenas um requisito: o tribunal que fosse julgar tal espécie de delito deveria ser o que dele primeiro conhecesse.

Concluindo este tópico, tem-se que o Direito Penal Canônico trouxe o que vemos aos nossos olhos como benefícios para o Direito Penal como um todo. Um desses benefícios foi a igualdade de tratamento entre os homens. Outro aspecto foi a valorização do aspecto subjetivo do crime, ao invés do aspecto objetivo como dito anteriormente e valorizado pelo Direito germânico. Além disso, houve o favorecimento da justiça motivada pelo ente estatal, ao invés da vingança privada que foi rechaçada. Em sentido oposto ao apresentado até o presente momento, vemos como uma página obscura e negra na história do Direito Penal a possibilidade de uso da tortura legitimada pelo Concílio de Latrão, em 1215, que, além de autorizar a tortura, ainda a permitia que fosse executada de ofício sem prévia acusação, fosse ela pública ou privada. Tendo dito isso, encerramos nossa análise sobre o Direito Penal canônico, assim como um breve retrospecto da história do Direito Penal na família romano-germânica do Direito. Partimos agora para o que convencionamos chamar de pensamento

criminal na tradição romano-germânica, representado pelas escolas penais que se produziram na mesma família do direito.

#### 4. ESCOLAS PENAIS

Antes de prosseguirmos para o último tópico (teorias do crime) de nosso estudo, convém falar das escolas penais. Nas palavras de Prado (2005, p. 83), “[o] século XIX marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais.” Ainda sobre as escolas penais Asúa (1977 apud PRADO, 2005, p. 84), diz serem elas “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções.”. Extrai-se disso que o termo “escola penal” é um conjunto de conceitos acerca do crime, ou delito, a fim de explicá-los de forma ordenada como se verá a seguir pelos exemplos de escolas penais citadas.

Cada escola criminal, ou criminológica, possui conceitos próprios de modo a aferir delineações para o estudo da criminologia. A respeito do estudo da criminologia, é importante firmar que a criminologia estuda o crime em seu aspecto psicossocial do homem delincente. De acordo com Fernandes e Fernandes:

Interessa-se especificamente a Criminologia em pôr a claro tudo que contribui ou concorre para a existência da criminalidade. *Grosso modo*, pode-se asseverar que, dada a sua condição de fenômeno social, a criminalidade, na sua verificação, não passa de uma resultante de anseios contrários que entraram em conflito, tal qual síntese dialética que tem por princípio básico uma situação de causa e efeito. (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 28, grifo do autor).

Adiante, faz-se mister que o fenômeno crime é um fenômeno social. Para que ocorra dito fenômeno crime é necessário que haja o criminoso e o fato tipificado como criminoso. Além disso, o crime está relacionado a um ambiente social, pois sem ele não há que se falar em crime, criminoso, reprovação social, moral, punição, ressocialização etc. Há que se convir então que o crime é fruto do meio social, adote-se a teoria criacionista para explicar a origem do homem na terra, assim como a teoria do pecado original, ou a teoria darwinista que prega pela ideia de que a espécie humana evoluiu de outros seres vivos anteriores à nossa espécie. Nosso trabalho não se aterá a falar sobre as teorias que tentam explicar a vida na terra e, sim, às escolas criminológicas. O que foi dito até aqui serve para que fique lúcido que o fato criminoso só existe em um meio social.



É também de competência das escolas penais a tentativa de explicar a pena. Surgem então teorias para o ato de punir o indivíduo infrator de um ato tido como danoso ou, melhor dizendo, como criminoso por determinada sociedade. A respeito das teorias absolutas de aplicação da pena, tem-se que ela é regida pelo seguinte brocardo jurídico: *punitur quia peccatum est*, ou seja, pune-se porque errou (pecou). A punição para esta teoria da pena possui também um caráter de justiça, pois o mal da pena é um mal que se aplica a outro mal: o do crime. Kant era um defensor dessa ideia de justiça, assim como Hegel o foi também. Em seguida, têm-se as teorias relativistas da aplicação da pena. Estas por sua vez são regidas pelo brocardo jurídico *punitur ne peccetur*, ou seja, pune-se para que não voltes a errar (pecar). De acordo com esta teoria de aplicação da pena, a intimidação de terceiros para que tais não pratiquem atos delituosos é o fim da pena.

#### **4.1. A ESCOLA “CLÁSSICA”**

A primeira escola a ser estudada será a escola clássica. Mister notar que este nome “clássica” foi dada pelos positivistas em tom pejorativo. Esta escola segundo Prado (2005, p. 84), “Tem origem na filosofia grega antiga, que sustentava ser o Direito afirmação da justiça, no contratualismo e, sobretudo no jusnaturalismo.” Esta escola penal chamada teve como movimento inspirador o iluminismo que, por sua vez, teve uma vertente no Direito Penal chamada de período humanitário. O período humanitário do Direito Penal foi um período em que foram repensados os modos de punir. Veja-se Mirabete (2003, p. 38), “É no decorrer do Iluminismo que se inicia o denominado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou as reformas das leis e da administração da justiça penal do fim do século XVIII.”

Tal escola criminológica propugnava pela ideia de que o delito era violação de um direito, assim como se segue em Noronha (2000, p. 32), “Tal princípio é básico e fundamental na escola. *Fórmula sacramental* de que deveriam dimanar todas as verdades do direito penal.”. Outro ponto característico desta Escola criminológica é a pena que é o meio de tutela jurídica. Como já vimos o delito marcadamente nesta escola é a infração de um direito, e a pena é o meio de sua tutela.

Por fim, há uma contribuição proveniente da Escola Clássica para o saber jurídico-penal. Tal escola criminológica também propugnou pela ideia do livre arbítrio humano e sua decorrente ação nos fatos delituosos praticados por indivíduos conscientes. Ora, com esta escola há verdadeira defesa do livre arbítrio humano. Faz-se uma defesa interessantíssima, além de trivial, que é o fato de o Direito Penal inteiro, assim como qualquer outro ato

humano, estar fundado na livre vontade de seu agente. Ora, se assim não o fosse não haveria necessidade para se existir o moral, ética, Direito e, por conseguinte, a própria punição decorrente de um fato delituoso. Todo o arcabouço jurídico resta em cima desse pressuposto: o de que é uma verdade, pois corresponde à realidade dos fatos vistos, que a liberdade humana existe.

## **4.2. A ESCOLA POSITIVA**

A segunda escola penal a ser estudada neste trabalho é a escola positiva. Tal escola possui três fases, quer sejam a fase antropológica, fase sociológica e fase jurídica. Têm-se como expoentes dessas fases da escola positiva os seguintes estudiosos, a saber, Cesar Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

Assim preceitua Prado ao falar sobre a primeira fase desta escola:

Ao primeiro deve-se o ensinamento de que o homem não é livre, mas sim determinado por forças inatas (Le crétinisme em Lombardie, 1859), a aplicação do método experimental no estudo da criminalidade e a teoria do criminoso nato, segundo a qual o delinqüente é um primata ressuscitado por um fenômeno de atavismo. (PRADO, 2005, p. 86).

Para esta escola, então, parte-se da ideia de que existe um determinismo inato ao ser humano. Esta linha de pensamento preconiza como dito acima, que o homem delinquente possui forças inatas que o “determinam” para a prática delituosa. Por seu turno, Rafael Garofalo citado por Prado (2005, p. 88), “De seu turno, Garofalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade;”.

Ainda segundo Prado:

Assinalam-se como pontos nodais da escola positiva: a) o Direito Penal é um produto social, obra humana; b) a responsabilidade social deriva do determinismo (vida em sociedade); c) o delito é um fenômeno natural e social (fatores individuais, físicos e sociais); d) a pena é um meio de defesa social, com função preventiva; e) o método é o indutivo ou experimental; e f) os objetos de estudo do Direito Penal são o crime, o delinqüente, a pena e o processo. (PRADO, 2005, p. 88).

## **4.3. A “TERZA SCUOLA” OU ESCOLA CRÍTICA**

A terceira escola criminológica surgiu em 1891 e recebeu o nome de *Terza Scuola*. Esta escola também recebeu o nome de eclética ou escola crítica. Com ela, deu-se origem a uma terceira via ao pensamento criminológico vigente até então, ou seja, esta escola foi a sucessora da escola do positivismo jurídico. Como exemplo de expoentes da escola crítica, podemos citar Manuel Carnevale, Bernadino Alimena, Adolfo Merkel, Liepmann, Detker e Stern.

Como característica, esta escola é marcada pela ideia do determinismo psicológico, assim como a escola positiva e ao contrário da então denominada escola clássica que acreditava ser o homem primordialmente livre. Uma característica muito importante desta escola, e que difere da escola positiva, é o fato de que o determinismo na *Terza Scuola* é um determinismo psicológico, ao invés do determinismo inato. A diferença está no fato que o determinismo da escola positiva se caracteriza por acreditar que o homem delinquente possui uma predisposição à prática delituosa, enquanto que o determinismo da *Terza Scuola Italiana* se caracteriza por acreditar na ideia de que o homem delinquente está determinado ao ato mais forte (entenda-se crime), ou seja, é imputável o indivíduo que é capaz de não sucumbir à prática criminosa. Aos indivíduos que não possuem esta capacidade é aplicada uma medida de segurança. Outra característica interessante é a de que a pena nesta escola possui caráter defensivo da sociedade.

#### **4.4. A ESCOLA SOCIOLOGICA OU ESCOLA MODERNA ALEMÃ**

A quarta escola a ser estudada neste trabalho é a escola sociológica alemã, contemporânea da escola positiva do direito.

As características dessa escola são:

[...] a) a distinção entre o Direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinqüente: é a denominada pena finalística ou pena de fim (*Zweckstrafe*), em que coexistem a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação artificial), com prevalência da última. A idéia de mal – imanente à pena – pode ser valorada por sua referência direta a uma finalidade: “a pena retributiva se transforma em pena determinada totalmente pela prevenção ajustada a um fim”; g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou

substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal. (PRADO, 2005, p. 90-91).

Ainda segundo Prado (2005, p. 90), “A política criminal encontra seu limite na lei penal, na qual o princípio da legalidade representa um baluarte de defesa social. Daí as informações gráficas de que o ‘Código Penal é a Magna Carta do delinquente’ [...]”.

Antes de falarmos sobre a escola técnico-jurídica, falemos sobre a escola penal humanista, a qual se caracteriza por possuir a pena um caráter educativo e ser o crime nos dizeres de Prado:

Para essa doutrina, o Direito tem elevado caráter ético e praticamente se confunde com a moral. O delito é conceituado como todo fato que viole os sentimentos morais do homem. É dizer: o crime vem a ser uma lesão do sentimento moral. E o imoral antecede o ilícito penal. (PRADO, 2005, p. 91).

Interessante destacar que, para tal escola criminológica, a pena deve ter um caráter educativo. Por assim dizer, ressocializador.

A escola técnico-jurídica possui como pontos centrais:

O objeto da ciência penal é tão-só ordenamento jurídico positivo, e o método a ser utilizado para a sua elaboração compõe-se de três partes: exegese, dogmática e crítica (método técnico-jurídico). Afirma-se que a ciência do Direito Penal tem por tarefa o estudo da disciplina jurídica do fato humano e social chamado delito e do fato social e político chamado pena, quer dizer, o estudo das normas jurídicas que proíbem ações humanas imputáveis, injustas e nocivas, indiretamente geradoras e reveladoras de um perigo para a existência da sociedade juridicamente organizada. (PRADO, 2005, p. 92).

#### **4.5. ESCOLA CORRECCIONALISTA**

A sétima escola criminológica a ser estudada é a Escola Correccionalista. Esta escola propaga a ideia de que o juiz é um médico social, cabendo a restrição da liberdade individual pelo órgão estatal e a correção da vontade delitiva.

Seguindo nossa análise sobre essa escola, tem-se que, para o pensamento Correccionalista, a pena, punição era um bem a ser dado ao indivíduo infrator da lei penal. Ora, indaga-se que tipo de bem seria a pena. Pois então se responde que a pena seria um bem na medida em que o infrator seria um ser limitado na sua razão e, por isso, seria merecedor de uma pena com o intuito de que esta punição lhe mostrasse o caminho para o bem. Ora, tal escola possuía um viés jusfilosófico cristão.

#### 4.6. MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL

A última escola criminológica a ser tratada neste trabalho é a escola do Movimento de Defesa Social. Segundo Prado:

a) exame crítico e, se necessária, uma contestação do sistema existente; b) apelo às ciências humanas para realizar uma aproximação pluridisciplinar do problema criminal; e c) vocação humanística que orienta a reação social no sentido de proteção do ser humano e de garantia dos direitos do homem. (PRADO, 2005, p. 96). (PRADO, 2005, p. 96).

Interessantíssimo ponto na Escola do Movimento de Defesa Social é o fato da pena. A pena nesta escola sofre uma proposta de modificação por medidas sociais. Isto segundo Felipe Gramática, pois para ele deveria passar-se para um estágio de defensismo do Direito Penal, o que significa, segundo Prado (2005, p. 95), “Dessa forma, propõe-se a substituição da responsabilidade penal, fundada no delito, pela anti-sociabilidade, fundada em dados subjetivos do autor;”. Na mesma linha também segue Marc Ancel que vê no Direito Penal a necessidade de transformá-lo. Isto significa que se deve ressocializar o delinquente, partindo-se para um ponto de vista de proteção social e não de repressão-retribuição da pena.

#### 5. TEORIAS DA AÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL PRODUZIDAS NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Antes de adentrarmos no estudo da evolução das teorias da ação da infração penal produzidas na tradição romano-germânica, falemos sobre o conceito de infração penal. De acordo com Masson, (2016, p. 196, grifo do autor), “[...] crime é toda **ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.**” Este é o conceito material de crime. A este conceito aplica-se também à contravenção penal que é uma espécie de infração penal, assim como o crime o é. Interessante destacar que no Brasil as infrações penais são divididas em duas espécies quer sejam os crimes e as contravenções penais. Em outros países este conceito é tripartido, havendo diferença entre crime, delito e contravenção penal. Além disso, para que se possa estudar melhor o conceito de crime, faz-se mister analisá-lo sobre a ótica de um conceito analítico, ou seja, dividir o crime em partes. Estas partes são basicamente a conduta inserida num tipo penal, a antijuridicidade (ilicitude) desta conduta e a culpabilidade, que é a imputabilidade do injusto penal (conduta típica e ilícita) ao criminoso.

Dito isto, passemos agora para uma análise histórica das teorias da ação as quais se propõe este capítulo do trabalho. Primeiramente, note-se que para que haja delito se faz necessário haver conduta. Conduta essa que por sua vez precisa ser típica, ou seja, deve-se ajustar a um tipo penal. O tipo penal é uma figura do direito penal, uma conduta descrita como sendo ilícita (ilícito penal).

A teoria da ação causalista, causal, ou ainda chamada de culpabilidade psicológica da ação teve como fundador o alemão Franz von Liszt. Para esta teoria da ação havia um critério objetivo e outro subjetivo. Zaffaroni e Pierangelli (1999, p. 395), “A dogmática do delito dos primeiros anos do nosso século tinha uma marca impositiva: o injusto era considerado objetivo e a culpabilidade era considerada psicologicamente.” Isto é de extrema importância para se compreender esta teoria da ação. Perceba que tanto a conduta típica (fato típico) quanto à antijuridicidade aparecem ambas no mesmo aspecto quer seja o objetivo e a culpabilidade aparece no aspecto subjetivo, fator psicológico. Zaffaroni e Pierangelli ao comentar sobre isso:

Todavia, como dentro do injusto não se distinguia a tipicidade da antijuridicidade, havia muitíssimas condutas antijurídicas e culpáveis que não eram delitos. Se fazia necessário agregar outro requisito para evitar este fenômeno de caracterização insuficiente do delito. Para isto, depois da antijuridicidade e da culpabilidade, costumava-se agregar a punibilidade. O delito se conceituava como uma conduta antijurídica culpável e punível: 1. *Conduta*, entendida como uma vontade exteriorizada de maneira a pôr em marcha a causalidade. 2. *Antijuridicidade*, entendida como causação de um resultado socialmente danoso. 3. *Culpabilidade*, entendida como relação psicológica entre a conduta e o resultado em forma de dolo ou de culpa. 4. *Punibilidade*, entendida como a submissão a uma pena das hipóteses enquadráveis nos itens anteriores. (Zaffaroni; Pierangelli, 1999, p. 395).

Por sua vez, Ernst von Beling inovou ao tratar do conceito analítico de crime da seguinte forma: ele trouxe para o conceito analítico o entendimento de separação, dentro do elemento objetivo; injusto penal, entre a tipicidade e a antijuridicidade. Isto se mostrou muito eficaz, pois na teoria do tipo (ação) formulada por Liszt havia um problema que era o fato de que, como não havia distinção entre a tipicidade e a antijuridicidade, havia o problema de haver condutas antijurídicas e culpáveis e que não eram enquadradas como delito.

Foi com isso que surgiu a ajuda de Gustav Radbruch com a teoria neoclássica (ou neokantista) da ação na teoria do delito. A título exemplificativo, a teoria neokantista, também chamada de Teoria causal-valorativa, tinha como pressuposto a ação humana, assim como a teoria causal o tinha, mas com um diferencial: a ação humana tinha que ser apta a produzir um resultado no mundo exterior. É exatamente nisso que se fundamenta o ponto diferencial entre

a teoria causal e a teoria neokantista: na teoria causal-naturalística, a conduta apenas era um ato humano que interferia no mundo exterior o modificando enquanto que, em momento posterior, a teoria causal-valorativa preconiza que a ação é toda conduta humana com a atuação com a intenção de vontade no mundo exterior. Edmund Mezger foi um grande expoente e desenvolvedor desta teoria da ação (conduta). Isso se deu graças a dois pontos de fragilidade na teoria clássica ou causal da ação que preconiza ser a conduta uma relação de causa e efeito. O primeiro deles, segundo Zaffaroni e Pierangelli foi:

a) Por um lado, se havia chegado à conclusão de que em certos delitos não há relação psicológica alguma entre a conduta e o resultado. Isto sucedia nos casos de culpa inconsciente, particularmente nos chamados “delitos de esquecimento”: quando um sujeito vai ao teatro e esquece em casa a chave de gás da calefação aberta, causando uma explosão que fere um vizinho, incorre em uma conduta penalizada no art. 129, § 6º, do CP, **mas não há nenhuma relação psicológica entre a conduta de “ir ao teatro” e o resultado “vizinho ferido”**. Se isto é certo, haverá delitos sem culpabilidade. (Zaffaroni; Pierangelli, 1999, p. 397, grifo nosso).

Isto leva a entender as “brechas” da teoria causal ou clássica da ação. O dolo e culpa passam a integrar a parte subjetiva mesmo estes sendo elementos objetivo da conduta. A isto, dá-se o nome de teoria normativa da culpabilidade.

esta *teoria normativa* (que na realidade é uma teoria mista) da culpabilidade incorpora elementos objetivos ao que até então se havia considerado eminentemente subjetivo, porque para reprovar-se alguém o que fez não se pode deixar de levar em conta considerações objetivas. (Zaffaroni; Pierangelli, 1999, p. 397).

Por fim, restou-se inevitável o caráter subjetivo para algumas condutas criminosas, assim como preceitua:

Zaffaroni e Pierangelli (1999, p. 398), Por outro lado, até 1910 observou-se que para precisar a tipicidade de certas condutas não restava outro recurso que levar em conta aspectos subjetivos (chamados ‘elementos subjetivos do injusto’) como o fim libidinoso no crime de rapto (art. 219, CP). (Zaffaroni; Pierangelli, 1999, p. 398).

Ademais, percebe-se que, para esta teoria, a culpabilidade não pode possuir apenas aspecto psicológico, mas que em sua essência é reprovabilidade. Constatação que se extrai de Zaffaroni e Pierangelli (1999, p. 397), “a culpabilidade contém a relação psicológica nos casos em que esta existe, mas não é uma relação psicológica, e sim, em sua essência, é reprovabilidade.”

Por fim, percebe-se que pelos estudos de Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna retirou-se da culpabilidade o dolo e a culpa, que não existia na teoria clássica, pois como acertadamente preceitua Zaffaroni e Pierangelli (1999, p. 398), “Percebeu-se que era incoerente julgar um ato como contrário ao direito sem atender ao conteúdo da vontade com que este ato se realizava.” Finalmente, Hans Welzel aperfeiçoa este sistema, visto o que se segue de:

A partir da década de 30, a formulação deste esquema começa a aperfeiçoar-se por obra de *Hans Welzel*, que se volta decididamente ao esquema aristotélico, a partir da afirmação – a nosso juízo muito certa – de que *a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim*. Esta é a chamada teoria finalista da ação, por oposição à teoria causalista, que é a que dá origem às estruturas anteriores. (Zaffaroni; Pierangelli, 1999, p. 399).

## 6. CONCLUSÃO

Com este trabalho, conclui-se nossa breve, mas objetiva análise sobre a evolução do pensamento criminal na família romano-germânica. Pudemos perceber as peculiaridades dessa família jurídica no tocante ao seu pensamento criminal particular, fosse ele analisado desde a formação de Roma antiga. Primeiramente, e antes de tudo, aprouve-nos falar sobre um pequeno e breve introito sobre do que se trata o Direito Penal, a quais fins ele se destina, bem como qual o objeto de seu estudo além de termos feito uma conceituação de tal área do Direito para que ficasse clara ao leitor a ideia basilar de nosso trabalho por onde nós iríamos desenvolver todo o nosso projeto acadêmico em cima desse conceito.

Por conseguinte, foi-nos proveitoso falar de Roma antiga, visto que tal sistema jurídico pátrio apresenta forte característica romana; além de germana, visto que seu aspecto sobre a punição do indivíduo infrator trouxe grandes repercussões para a nossa seara penal pátria, além de claro servir de base para os fundamentos da punição. Vejamos então que em Roma, a medida que o Estado crescia e se desenvolvia ele passou a arrogar para si a pretensão punitiva, mesmo dos crimes que em um tempo primevo eram de competência privada a sua persecução criminal. Da vivência germana do Direito pudemos aferir então com certeza que os germanos gozavam da pena um caráter mais privatístico e até mesmo ressocializador do indivíduo tido como criminoso, prova disso é que citamos como exemplo o fato da autocomposição. Além do retromencionado havia também um caráter especial no Direito Penal germânico quer seja o instituto da perda da paz (*Friedlosigkeit*) que era a pena mais



grave que podia acometer um indivíduo dentro da ótica do Direito Penal germânico. Vale a pena relembrar este conceito. A perda da paz consistia em retirar a proteção jurídica de um indivíduo, podendo trazer consequências gravíssimas para ele como, por exemplo, ser morto sem que ninguém fosse punido por este ato.

Ademais, Abordamos longa e fartamente as escolas criminológicas que se desenvolveram dentro da ótica romano-germânica sem olvidar, claro, de conceituá-las para que ficasse de forma clara ao leitor sobre o que estávamos falando. Dito isto, partimos então para que pudéssemos de chamar de escolas criminológicas em espécie, abordando suas características, preceitos e ensinamentos.

Por fim, mas não menos importante e, sim, digamos desta maneira, o ponto central deste trabalho resultou na análise das teorias da ação do crime. Detalhamos cada uma delas, falando, explicando, seu desenvolvimento ao longo do tempo, as contribuições que cada uma teve e sofreu de cada penalista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ASUÁ, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. II. Buenos Aires: Losada, 1950.
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1 a 120)**. Niterói: Impetus, 2016.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral (arts. 1 a 120)**. São Paulo: Método, 2016.
- NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.