

## 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>151</sup>

Antonio Euclides Vega de Pitombeira e Nogueira Holanda<sup>152</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. 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 DITA ESCOLA “CLÁSSICA”; 4.2. ESCOLA CORRECCIONALISTA; 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.

<sup>151</sup> Acadêmico do curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário Farias Brito, atualmente cursando o sexto semestre. E-mail: joao.marcelo.b.silva@gmail.com

<sup>152</sup> Professor-orientador Bacharel em Direito pela Unifor e Doutorando em Letras pela UFC. E-mail: euclidesvega@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz-se necessário para levantamento de quais pressupostos ditam o pensamento criminal, na ótica do Direito Pátrio, a saber, o sistema jurídico brasileiro. Mais especificamente, revelar os eventuais influxos do pensamento criminal romano-germânico, que tenham dado origem a essa família jurídica. 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.

No mesmo íterim, será analisada a importância do Direito Penal Canônico, na família romano-germânica, que se desenvolveu na Europa ocidental, desde a época de Roma Antiga, passando pela Idade Média, até os tempos modernos.

Na sequência, o trabalho evolui para as escolas criminológicas para que, então, possamos entender o cerne do pensamento criminal e encontrar explicações para o fato delito e ator delinquentes. Por fim, abordam-se as teorias da ação que fazem parte das teorias do crime, desde conceitos basilares, quanto fazendo discernimentos entre tais concepções.

## 2. CONCEITUAÇÃO DE DIREITO PENAL

De início, convém conceituar e entender o propósito do Direito Penal, pois, a partir desta conceituação, é que se poderão abordar, de maneira clara e objetiva, os tópicos seguintes.

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, às quais os indivíduos se submetem cogentemente.

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; 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, harmoniosa.

Neste cenário, cabe ao Direito Penal se preocupar com os bens jurídicos mais importantes para os indivíduos em sociedade. Por exemplo: a proteção da vida. Ao Direito Penal cabe regular as normas (regras e princípios) concernentes à proteção contra danos mais caros à sociedade. Assim, o conceito de Direito Penal é o de Ciência Jurídica que se encarrega das normas penais, com o intuito de instituir tipos penais e cominar penas para as infrações cometidas. Dito isto, convém averiguar sua origem e as influências sofridas com a tradição romano-germânica.

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

A análise do pensamento criminal na tradição romano-germânica é de extrema importância, para que se compreenda, posteriormente, as ditas escolas penais.

#### 3.1. Considerações sobre o Direito Penal Romano

O Direito, construído ao longo do que, genericamente, ficou estabelecido como Roma Antiga, foi absorvido pelo sistema germânico com a queda do Império Romano do Ocidente, e tem trajetória com origem sacra, como se observa:

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).

“No período histórico, os conceitos de *ius* e de *fas* estão perfeitamente definidos. *Ius* é o direito profano; *fas*, o direito sagrado (ALVES: 2018).”

Na fase monárquica, o Direito Romano 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”. Observam (ZAFFARONI e PIERANGELLI :1999):

Esses delitos são os pais dos dois grandes grupos de delitos: delitos contra o Estado e delitos contra os particulares. 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.

É também mérito do Direito Penal Romano a contribuição para distinção do dolo, culpa e *casus*, que nada mais eram do que circunstâncias que poderiam agravar ou atenuar a pena. Tal distinção é extremamente importante, pois, se coaduna com a tese levantada neste trabalho, qual seja: o homem possui livre arbítrio e, com ele, decide se irá praticar ações éticas ou antiéticas. Ou seja, age dolosamente ou culposamente para prática de atos criminosos se os quiser praticar, ou assumir, os riscos da prática de atos tais.

Esse entendimento, que remonta o Direito Romano, não se lhe é estranho a Aristóteles<sup>153</sup>, segundo o qual, 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 do hábito 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

Por sua vez, os germanos, que absorveram o Direito Romano e, com ele fundiram seu Direito Bárbaro (*leges barbarorum*), 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.

Desdobram-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 (PRADO: 2005):

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 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.

---

<sup>153</sup> Ver *Ética à Nicômaco*, Livro II.

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. Já a *Faida* era uma pena proveniente dos delitos de caráter privado. Tal penalidade poderia estar sujeita à composição, chamada de *Wertgeld*, como lecionam (Zaffaroni e Pierangelli: 2018):

“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.”

Ainda sobre a questão da pena no Direito Penal germânico, tinha 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 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.

### 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 e a ascensão do poder da Igreja, e com ela, o predomínio do Direito Penal Canônico, ou, Direito Penal da Igreja. Foi uma época em que a Igreja tenta assegurar seu domínio, como representante de Deus 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 (FRAGOSO, 2004):

“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.”

Na esfera penal do Direito Canônico havia a distinção dos delitos em três 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.

Inferre-se, desta evolução histórica, que o Direito Penal Canônico trouxe certos benefícios para o Direito Penal, como a igualdade de tratamento entre os homens, a valorização do aspecto subjetivo do crime, ao invés do aspecto objetivo valorizado pelo Direito germânico, além de uma justiça mais motivada pelo ente estatal, ao invés da vingança privada que foi rechaçada.

Em sentido oposto, tem-se como página obscura na história do Direito Penal, a possibilidade de uso da tortura legitimada pelo Concílio de Latrão, em 1215, que, além de autorizá-la, ainda a permitia que fosse executada de ofício sem prévia acusação, fosse ela pública ou privada.

#### 4. AS ESCOLAS PENAIS

Nas palavras de Luis Régis Prado (2005, p. 83), “O século XIX marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais”. O autor se refere ao surgimento das Escolas Penais, que seria o conjunto de conceitos acerca do crime, ou delito, a fim de explicá-los de forma ordenada e academicamente.

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 analisa o crime e o homem, em seu aspecto psicossocial da delinquência:

“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).

O crime é um fenômeno social e, para que ocorra, é necessário que haja o agente criminoso e o fato tipificado como criminoso. Ocorre que o ambiente social tem grande parcela de contribuição para ocorrência dos delitos, pois decorre dele a reprovação social, moral, punição, ressocialização etc. Há que se convir, então, que o crime é fruto do meio social. Adote-se, aqui, a teoria darwinista, que prega pela ideia de que a espécie humana evoluiu de outros seres vivos e do ambiente onde está inserida.

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, 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.

Já as teorias relativistas da aplicação da pena são regidas pelo brocardo jurídico *punitur ne peccetur*, ou seja, pune-se para que não voltes a errar (pecar). De acordo com esta teoria, 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 Luis Régis Prado (2005, p. 84), *“tem origem na filosofia grega antiga, que sustentava ser o Direito afirmação da justiça, no contratualismo e, sobretudo no jusnaturalismo.”* 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, por sua vez, foi um período em que se repensou o modo de punir. *“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.”* (MIRABETE: 2003).

Tal escola criminológica propugnava pela ideia de que o delito era violação de um direito *“Tal princípio é básico e fundamental na escola. Fórmula sacramental de que deveriam dimanar todas as verdades do direito penal.”* (NORONHA: 2000). 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; ela também propugnou pela ideia do livre arbítrio humano e sua decorrente ação nos fatos delituosos praticados por indivíduos conscientes. Ora, nisso 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. Se assim não o fosse, não haveria necessidade para se existir o moral, a ética, o 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 de relevo é a positiva. Tal escola possui três fases: a antropológica, a sociológica e a jurídica. Têm-se como expoentes dessas fases, Cesar Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo:

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 delinquente é um primata ressuscitado por um fenômeno de atavismo. (PRADO, 2005, p. 86).

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 Luis Régis 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 delinquente, 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*; também conhecida como eclética ou escola crítica. Com ela, deu-se origem a uma terceira via ao pensamento criminológico vigente, tornando-se 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 positiva, é o fato de que o determinismo na *Terza Scuola* é um determinismo psicológico, ao invés do determinismo inato. 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 Sociológica 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 delinquente: 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 ideia 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 o jurista, *“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’ (...).”*

#### **4.5. Escola Correccionalista**

A Escola Criminológica Correccionalista 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 delitativa. No pensamento Correccionalista, a 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.

#### **4.6. Movimento de defesa social**

Por fim, a Escola do Movimento de Defesa Social consistia em:

- 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).

Interessantíssimo ponto a destacar nesta escola é o fato da pena sofrer modificação por medidas sociais. Segundo Felipe Gramática, deveria passar-se para um estágio de defensismo do Direito Penal: *“Dessa forma, propõe-se a substituição da responsabilidade penal, fundada no delito, pela anti-sociabilidade, fundada em dados subjetivos do autor”*; (PRADO: 2005). 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

Adentra-se, nesta última fase do estudo, na evolução das teorias da ação da infração penal produzidas na tradição romano-germânica. Antes, destaca-se o conceito de infração penal. De acordo com o jurista Kleber Masson (2016, p. 196), “o 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, extensivo 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 quer sejam 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 sob 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, nota-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) destacam que, “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 a teoria da ação, pois tanto a conduta típica (fato típico) quanto a antijuridicidade aparecem no mesmo aspecto objetivo, enquanto a culpabilidade aparece no aspecto subjetivo, fator psicológico:

—  
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 trazendo 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, evidencia-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

Conclui-se que o sistema jurídico pátrio apresenta forte característica romana; além de germânica, visto que seu aspecto sobre a punição do indivíduo infrator trouxe grandes repercussões para a nossa seara penal, além de servir de base para os fundamentos da punição. Do Direito Penal Romano herdamos a capacidade do Estado avocar para si a pretensão punitiva. Da experiência germânica, o Direito Penal brasileiro herdou a adoção de uma pena com caráter mais privatístico e ressocializador do indivíduo tido como criminoso.

Da detida análise das escolas criminológicas, tanto as desenvolvidas dentro da ótica romano-germânica, quanto a das escolas criminológicas em espécie, com suas características, preceitos e ensinamentos, conclui-se que são de relevada importância para formação do pensamento acadêmico do Direito Penal, com grande influxo no Direito Penal brasileiro.

## 7. REFERÊNCIAS

- 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 Esquemático: 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.

