

Víctor Gabriel Rodríguez

Fundamentos de
**Direito Penal
Brasileiro**

Lei Penal e
Teoria Geral do Crime

editora
atlas

© 2010 by Editora Atlas S.A.

Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Entexto – Diagramação de textos



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rodríguez, Víctor Gabriel

Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime / Víctor Gabriel Rodríguez. -- São Paulo: Atlas, 2010.

ISBN 978-85-224-5937-7

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.

10-03315

CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito penal 343(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

Sumário

Apresentação, xiii

1 Função do Direito Penal e Função da Pena, 1

- 1.1 Missão mediata do Direito Penal, 1
 - 1.1.1 O controle social e a pacificação, 3
 - 1.1.2 Os limites ao Direito de punir, 4
- 1.2 Missão imediata do Direito Penal: proteger bens jurídicos, revalidar o ordenamento ou neutralizar o inimigo?, 6
 - 1.2.1 Missão do Direito Penal: ponto de vista pessoal, 16
- 1.3 A função da pena, 16
 - 1.3.1 Teorias absolutas da função da pena, 17
 - 1.3.2 Teorias relativas da função da pena, 18
 - 1.3.2.1.1 Prevenção geral negativa, 18
 - 1.3.2.1.2 Prevenção geral positiva, 20
 - 1.3.2.2 Prevenção especial, 22
 - 1.3.2.2.1 Prevenção especial negativa, 22
 - 1.3.2.2.2 Prevenção especial positiva, 23
 - 1.3.3 Finalidade da pena na lei vigente, 24
- 1.4 Considerações finais: opinião sobre a prática do Direito penal, 25

2 Evolução da Dogmática Penal, 27

- 2.1 Existe uma ciência do Direito Penal?, 27
- 2.2 História do Direito Penal como Ciência, 30
 - 2.2.1 Introdução: como se considera a ciência do Direito Penal, 31
 - 2.2.2 John Howard e o *The State of Prisons*, 31
 - 2.2.3 Bentham e o fundamento utilitarista da pena, 32
 - 2.2.4 Beccaria e *Dos delitos e das Penas*, 33
 - 2.2.5 Escola Clássica, 35
- 2.3 A escola positiva do Direito Penal, 37
 - 2.3.1 Fase antropológica, 39
 - 2.3.2 Fase sociológica, 40
 - 2.3.3 Fase criminológica, 41
 - 2.3.3.1 A influência positivista no Brasil: a Escola de Recife, 42
 - 2.3.4 A sistemática penal von Liszt, 44
 - 2.3.5 Edmund Mezger e a evolução da doutrina, 46
 - 2.3.6 Finalismo e Hans Welzel, 47
 - 2.3.7 O Pós-finalismo, 50
 - 2.3.7.1 Normativismo de Roxin: funcionalismo-teleológico, 51
 - 2.3.7.2 Jakobs e a teoria dos sistemas, 52
- 2.4 Conclusão, 54

3 Constituição Federal e Hermenêutica das Normas Penais, 56

- 3.1 Introdução, 56
- 3.2 As fontes da norma penal, 57
- 3.3 Interpretação da norma penal: Limitação semântica e limitação sintática, 57
 - 3.3.1 Limitações semânticas, 58
 - 3.3.1.1 Limitações semânticas: Referências endofóricas e exofóricas, 60
 - 3.3.1.2 Relações exofóricas, 62
 - 3.3.1.2.1 A doutrina, 63
 - 3.3.1.2.2 A jurisprudência, 64
 - 3.3.2 Limitação sintática, 65
 - 3.3.2.1 Conflito de normas, 66
 - 3.3.3 Regras Elementares da Interpretação da Norma Penal, 68
 - 3.3.3.1 A norma penal incriminadora deve ser interpretada de maneira estrita, 69
 - 3.3.4 A norma penal incriminadora não admite analogia, 71
 - 3.3.5 O texto normativo não comporta sinonímia, 73
 - 3.3.6 A interpretação da norma deve atender a um sistema de valores, 75

- 3.3.7 Ser intérprete da norma não importa em ser seu coautor do texto normativo, 76
 - 3.3.8 O intérprete atenderá à prevalência da norma especial ou hierarquicamente superior, 77
 - 3.4 A Constituição, 79
 - 3.4.1 A Constituição como Fonte de Bens Jurídicos para o Direito Penal, 79
 - 3.4.2 A interpretação exclusivamente Constitucional do Direito Penal, 82
 - 3.4.3 As garantias Constitucionais do Direito Penal, 84
 - 3.4.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inc. III, da CF), 85
 - 3.4.3.2 Princípio da legalidade e da anterioridade da Lei Penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), 86
 - 3.4.3.3 Irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5º, XL, CF), 87
 - 3.4.3.4 Pessoalidade da pena (art. 5º, XLV), 87
 - 3.4.3.5 Princípio da Humanidade da Pena (art. 5º, XLVII, CF), 88
 - 3.4.3.6 Individualização da pena (art. 5º, XLVII e XLVIII), 88
 - 3.4.3.7 Outras garantias da execução penal (art. 5º, XLVIII, XLIX e L, da CF), 89
 - 3.4.4 Garantias penais não expressas na Constituição, 89
 - 3.4.4.1 Princípio da Culpabilidade, 90
 - 3.4.4.2 Fragmentariedade e Subsidiariedade do Direito Penal, 90
 - 3.4.4.3 A exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da insignificância, 92
 - 3.4.4.4 A proporcionalidade, 94
 - 3.4.4.4.1 Primeiro sentido: a pena como proporcional ao delito, 94
 - 3.4.4.4.2 Segundo sentido: a necessidade de justificação para a constrição de um direito fundamental, 96
 - 3.4.5 Dispositivos Criminalizadores da Constituição, 98
 - 3.5 A interpretação diante de outras fontes normativas, 100
 - 3.5.1 A interpretação das normas internacionais, 101
 - 3.5.1.1 Os tratados internacionais que o Brasil se obriga a cumprir, 102
 - 3.5.2 As normas deontológicas como princípios de interpretação, 104
 - 3.6 Conclusão, 105
- 4 Lei Penal no Espaço, 106**
- 4.1 Introdução, 106
 - 4.2 Premissa: o local do crime, 106
 - 4.3 A regra: a territorialidade da Lei Penal, 107

- 4.3.1 O que é o território nacional, 108
 - 4.3.2 Territorialidade e extradição, 110
 - 4.3.3 A extradição: regras gerais, 111
 - 4.3.3.1 Impossibilidade de extradição do brasileiro: regra e exceções, 112
 - 4.3.3.2 A existência de tratado ou promessa de reciprocidade, 114
 - 4.3.3.3 A dupla tipicidade, 115
 - 4.3.3.4 A vedação aos crimes políticos e de opinião, 117
 - 4.3.3.5 O respeito aos direitos fundamentais: vedação da prisão perpétua e da pena de morte, 119
 - 4.4 A extraterritorialidade, 119
 - 4.4.1 Os princípios que motivam a extraterritorialidade, 120
 - 4.5 O Tribunal Penal Internacional, 124
 - 4.5.1 Antecedentes do TPI: Os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*: Nuremberg, Ruanda, Iugoslávia, 124
 - 4.5.2 Regras do Estatuto do TPI Permanente, 127
 - 4.5.3 O TPI diante do direito brasileiro, 132
 - 4.6 Colaboração Internacional para além do TPI, 139
 - 4.7 Conclusão, 140
- 5 A Tipicidade e o Tipo, 141**
- 5.1 Introdução, 141
 - 5.2 Breve delimitação terminológica: tipo, tipicidade e injusto, 142
 - 5.3 Evolução do conceito de tipo penal, 143
 - 5.3.1 Elementos negativos do tipo, 147
 - 5.3.2 Tipicidade formal e material, 149
 - 5.3.3 Tipicidade conglobante, 151
 - 5.4 O tipo em seus elementos: os elementos objetivos e subjetivos, 152
 - 5.4.1 Elementos normativos do tipo, 153
 - 5.4.1.1 Elementos normativos do tipo e remissão às causas de justificação, 153
 - 5.4.2 Elementos científicos do tipo, 157
 - 5.5 Imputação objetiva do tipo, 159
 - 5.5.1 A imputação objetiva de Claus Roxin, 162
 - 5.5.2 Sociedade de risco, 165
 - 5.5.3 Ponto de vista pessoal, 166
 - 5.6 As funções do tipo penal, 168
 - 5.6.1 Tipos penais e função limitadora: classificação, 169
 - 5.6.2 Tipos penais e função de proteção: classificação, 174
 - 5.7 Tipos penais e tendência expansiva do Direito penal, 176

- 5.7.1 Os delitos de tentativa, 177
- 5.7.2 Punição (via tipificação) de atos preparatórios, 178
- 5.7.3 Os bens jurídico-penais supraindividuais, 181
- 5.7.4 Delitos de efeito meramente simbólico, 182
- 5.8 O dolo no tipo: dolo direto, dolo eventual, 184
- 5.9 Tipo penal e culpa (remissão), 185
- 5.10 Posição pessoal: o relato típico, 185

- 6 Tipos Omissivos e Crimes Omissivos, 193**
 - 6.1 Introdução, 193
 - 6.2 Definições prévias: não agir naturalístico e não agir ontológico, 194
 - 6.3 A distinção: crimes omissivos próprios e impróprios, 196
 - 6.4 Tipicidade nos crimes omissivos próprios, 197
 - 6.5 Crimes omissivos impróprios, 203
 - 6.5.1 Fontes materiais e formais da posição de garante, 205
 - 6.5.2 As propostas de delimitação da obrigação de agir do garante, 208
 - 6.5.3 Para o contexto nacional: argumentos extensivos da omissão imprópria, 213
 - 6.5.4 Segue: argumentos para restrição da omissão imprópria, 215
 - 6.6 Conclusão, 217

- 7 A Ilicitude, 219**
 - 7.1 Introdução, 219
 - 7.2 Terminologia: ilicitude ou antijuridicidade?, 219
 - 7.3 Antijuridicidade subjetiva e objetiva, 220
 - 7.3.1 Posicionamento sobre o caráter subjetivo da antijuridicidade, 224
 - 7.4 Relação antijuridicidade – justificação, 227
 - 7.5 O sistema de causas de justificação no Brasil, 227
 - 7.6 As causas de justificação em espécie, 229
 - 7.6.1 O estado de necessidade, 229
 - 7.6.1.1 Requisitos do Estado de Necessidade, 231
 - 7.6.1.2 Segue: A existência de uma situação de perigo atual, 231
 - 7.6.1.3 Perigo inevitável e não provocado pelo agente, 231
 - 7.6.1.4 Inexigibilidade do sacrifício: a ponderação de interesses, 233
 - 7.6.1.4.1 Dever de arrostar o perigo, 236
 - 7.6.1.4.2 Fórmula nacional para a ponderação de bens: exigibilidade, 236
 - 7.6.1.4.3 Ponderação de bens e um caso especial: a tortura para obter informação relevante, 238
 - 7.6.1.5 Estado de necessidade agressivo e defensivo, 241

- 7.6.1.6 Estado de necessidade justificante e exculpante, 242
- 7.6.2 A legítima defesa, 243
 - 7.6.2.1 Requisitos da legítima defesa, 244
 - 7.6.2.1.1 Existência de uma agressão, 244
 - 7.6.2.1.2 A agressão injusta, 245
 - 7.6.2.1.2.1 Injustiça e ilicitude da agressão, 245
 - 7.6.2.1.2.2 Omissão como agressão, 246
 - 7.6.2.1.2.3 Possível limitação dos bens agredidos, 247
 - 7.6.2.2 Bens jurídicos e proporcionalidade, 248
 - 7.6.2.3 Elemento subjetivo na legítima defesa, 249
- 7.6.3 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, 251
 - 7.6.4.1 Adequação social e risco permitido no cumprimento do dever legal, 253
- 7.6.5 Consentimento do ofendido como causa supralegal de justificação, 254
- 7.7 Excesso doloso e excesso culposo, 258
- 7.8 Conclusão, 260

8 A Culpabilidade, 261

- 8.1 Introdução, 261
- 8.2 A culpabilidade psicológica, 262
- 8.3 A culpabilidade normativa, 263
- 8.4 Culpabilidade no finalismo de Welzel, 266
- 8.5 Crise do conceito de culpabilidade depois de Welzel, 268
 - 8.5.1 Schünemann e o embate contra o determinismo, 269
 - 8.5.2 Pedro Lessa e Gimbernat: a negação do livre-arbítrio, 270
 - 8.5.3 Roxin e o funcionalismo, 271
 - 8.5.4 Jakobs e a estabilização do ordenamento, 272
 - 8.5.5 A culpabilidade por vulnerabilidade na Argentina, 273
- 8.6 Culpabilidade no Brasil: pressuposto do delito ou pressuposto da pena?, 274
- 8.7 Culpabilidade e dosimetria da pena, 276
- 8.8 Culpabilidade e sua exclusão, 277
 - 8.8.1 Culpabilidade e sua exclusão no Direito positivo brasileiro, 277
 - 8.8.2 A imputabilidade (e o agente inimputável), 278
 - 8.8.2.1 Critério biopsicológico de aferição de imputabilidade, 279
 - 8.8.2.2 A inimputabilidade para o menor de 18 anos: política criminal, 280
 - 8.8.2.3 Doença mental, desenvolvimento mental incompleto e retardo mental, 283

- 8.8.2.3.1 Desenvolvimento mental e a situação do indígena, 284
- 8.8.2.4 Inimputabilidade e Embriaguez: total acidental e *actio libera in causa*, 286
- 8.8.3 Potencial consciência da ilicitude e sua exclusão – O Erro de proibição (remissão), 288
- 8.8.4 Exigibilidade de conduta diversa e sua exclusão, 289
 - 8.8.4.1 Coação irresistível e obediência hierárquica, 289
 - 8.8.4.1.1 A coação irresistível, 290
 - 8.8.4.1.1.1 A gravidade da ameaça e gravidade do medo, 291
 - 8.8.4.1.1.2 A existência de um agente que ameaça, 292
 - 8.8.4.1.1.3 Mal grave e imediato, 293
 - 8.8.4.1.2 A obediência hierárquica, 294
 - 8.8.4.2 A inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal de exclusão da culpabilidade, 296
- 8.10 Conclusão – síntese, 299

9 O Erro, 303

- 9.1 Introdução: o erro, na teoria, 303
- 9.2 Segue: o erro, na prática, 304
- 9.3 Dos antigos erro de fato e erro de direito, 306
- 9.4 Erro de tipo e erro de proibição: considerações iniciais, 306
 - 9.4.1 Teoria estrita do dolo, 307
 - 9.4.2 Teoria limitada do dolo, 308
 - 9.4.3 Teoria estrita da culpabilidade, 309
 - 9.4.4 Teoria limitada da culpabilidade, 311
- 9.5 Elementos negativos do tipo e erro: posicionamento pessoal, 314
- 9.6 Erro, na lei brasileira, 315
 - 9.6.1 Erro de tipo, 316
 - 9.6.1.1 Segue: erro que recai sobre elementos normativos do tipo, 317
 - 9.6.1.2 Discriminantes putativas, 319
 - 9.6.1.3 Erros acidentais: sobre a pessoa, *aberratio ictus*, *aberratio delicti* e crime impossível, 320
 - 9.6.1.4 O erro determinado por terceiro, 322
 - 9.6.1.5 Das restrições legais ao erro de tipo, 323
 - 9.6.2 Erro de proibição, 324

- 9.6.2.1 Inescusabilidade do desconhecimento da lei e erro de proibição, 324
- 9.6.2.2 O erro de proibição quanto à incidência: direto, indireto e erro de mandamento, 325
- 9.6.2.3 O erro de proibição: vencível ou invencível, 326
- 9.6.2.4 Critérios para a aferição da invencibilidade do erro, 327
- 9.6.2.5 A colaboração do terceiro para o erro de proibição, 330
- 9.6.2.6 Erro de proibição vencível e consciência não atual da proibição, 331
- 9.7 Sistematização, 332
- 9.8 Considerações finais: posicionamento pessoal, 332
- 10 O Delito Culposo, 335**
 - 10.1 Introdução: a localização do crime culposo, 335
 - 10.2 O papel dos crimes culposos no cenário penal, 336
 - 10.3 Culpa consciente e culpa inconsciente, 336
 - 10.4 Breve evolução da teoria do crime culposo, 337
 - 10.4.1 O crime culposo antes do finalismo, 339
 - 10.4.2 Crime culposo e finalismo: as três fases em Welzel, 341
 - 10.4.3 Culpa na teoria normativista, 343
 - 10.5 Crime culposo e tipicidade, 343
 - 10.5.1 Da tipicidade objetiva e subjetiva no delito culposo, 343
 - 10.5.2 O crime culposo e sua dependência do resultado, 345
 - 10.5.2.1 Crime culposo e nexa de causalidade, 347
 - 10.5.3 Da existência de risco não permitido, 348
 - 10.5.4 Omissão do dever de cuidado: critérios de aferição, 349
 - 10.5.4.1 O “esquecimento” como modalidade de culpa, 353
 - 10.5.5 Do tipo culposo como tipo subsidiário, 354
 - 10.6 Culpabilidade no delito culposo, 356
 - 10.6.1 Imputabilidade, 356
 - 10.6.2 Potencial consciência da ilicitude, 358
 - 10.6.3 Exigibilidade de conduta diversa, 359
 - 10.7 Antijuridicidade no delito culposo, 359
 - 10.8 Delitos culposos de omissão (próprios e impróprios), 361
 - 10.9 Os delitos culposos previstos no CPB, 362
 - 10.10 Conclusão, 363

2

Evolução da Dogmática Penal

2.1 Existe uma ciência do Direito Penal?

Não parece difícil aceitar que o Direito penal seja um conhecimento cumulativo e capaz de aprimorar-se, de sedimentar (e também de destruir) teorias. Como fenômeno cultural, carrega complexos elementos dependentes de fatores exteriores, ou seja, não produzidos pela própria ciência.

De outro lado, não é tão evidente que o Direito Penal evolua sempre *a favor* da sociedade. Para tentar ilustrar, é melhor dizer que sabemos que o Direito penal evoluciona, mas não podemos dizer com certeza que ele sempre evolucione para o *lado certo*: se nos convencemos que a ciência penal acumula conhecimento e se transforma, restam ainda algumas dúvidas a esclarecer, que se podem resumir em três questões distintas: (I) É possível uma ciência que preveja e modifique o ser humano? (II) A ciência do Direito penal pode desvincular-se da vontade política? (III) É possível que toda a ciência penal seja apenas uma forma de legitimar relações de poder?

I. Dizem que Einstein conseguiu elaborar teorias complexas sobre todo o Universo sem necessitar observá-lo. Em outras palavras, para o gênio da Física, as regras da ciência que ele dominava – Física, apoiada por sua vez na Matemática – eram tão seguras que poderiam explicar desde os movimentos do átomo até a dinâmica das galáxias. A relatividade espaço-tempo, que envolve um complexo jogo universal, foi idealizada em rascunhos de folha de papel. Por muito, muito pouco – dizem alguns que por pura falta de ousadia, porque os cálculos estavam prontos –, Einstein não explicou a existência de buracos negros e a origem do universo com um *big bang* sem ter sequer que olhar para o céu. Incrível, não?

É claro que aquele que se coloca a estudar o Direito Penal como ciência terá, conscientemente ou não, *aspirações* semelhantes: conhecer a ciência para com ela prever os movimentos humanos e controlar (menos no sentido de dominar e mais no de compreender) a sociedade. Algo como um ideal de que se jogassem, dentro das fórmulas a muito custo acumuladas nas ciências humanas, alguns dados específicos sobre uma situação determinada e, em um esforço mental ou quase mecânico, se alcançasse o resultado de uma situação, de modo exato: a pena *justa* para um cidadão que comete um crime determinado.

Mas essa é uma aspiração ilusória, e é bom que isso seja colocado logo de início. Compreendo como pode ser frustrante iniciar um estudo com a constatação de que tudo o que será visto trata-se de uma mera *aproximação* do real. Com as fórmulas penais, não se chega a resultados seguros, seja porque o enquadramento dos fatos às palavras é sempre falho, seja porque os próprios conceitos que vamos estudar apresentem-se, na grande maioria das vezes, controversos. Então, que ninguém se engane: a ciência penal não consegue prever e mapear todo o comportamento criminoso, toda a violência ou todo o mal que a sociedade causa a si mesma.

E melhor que seja assim.

Admiro de fato todos os esforços feitos a reduzir o homem a um ser previsível, que possa ser tratado de maneira uniforme, sujeito a teoremas – ou seja, regras sem exceção –, mas na atualidade não se pode compreender assim a ciência jurídica. Ainda menos a ciência penal, que, no limite, cuida de tentar regulamentar o ser humano naquilo que existe de mais subjetivo: suas paixões e sua rebeldia às regras sociais.

Não posso ocultar, entretanto – e voltaremos a falar disso mais à frente –, que existam pensamentos, muito bem fundamentados, que apontam o contrário. *Grosso modo*, há quem sustente que a ciência pode explicar os fenômenos humanos e todas as suas escolhas, inclusive as que aparentam maior liberdade – ou inconsequência. Algumas teses vão nesse sentido, mas prefiro destacar dois argumentos mais fortes: primeiro, o de que, se o comportamento humano – individual ou coletivo – não pode ser explicado totalmente pela ciência, é porque ainda falta ao homem muito o que desvendar. Evoluir; segundo, o de que a compreensão científica de um fenômeno social não tem necessariamente que implicar seu controle: a ciência médica pode explicar uma doença com perfeição, conhecendo suas causas e seus efeitos, sem por isso ser obrigada a sempre encontrar sua cura total. Em nosso campo, basta constatar que a humanidade, como grupo, já pagou muito caro pelas tentativas de fazer do homem um ser absolutamente previsível. Algo existe na composição do ser humano que o faz absolutamente rebelde a qualquer teoria concebida por seus pares. Sorte. Não se pode prever o comportamento, com segurança, sequer de um cão perdigueiro. Menos ainda de um gato siamês; suas ações previsíveis reduzem-se a alguns instintos básicos: o cão *provavelmente* aceitará um pedaço de filé e abanará o rabo ao afago de seu dono e o siamês provavelmente estenda-se na poltrona, ao fim da tarde. E nada mais. Menos ainda, o ser humano: suas reações e pensamentos não podem ser contidos em um método científico estreito, porque a *liberdade* sempre surpreenderá.

Por outro lado, algo há de razoável no pensamento daqueles que defendem que a ciência penal pode explicar a razão da criminalidade, mas nem por isso anulá-la. Que o crime é um fato com o qual a sociedade deve conviver, e a ciência penal tem a função de minimizar o fenômeno, mantendo-o em níveis, por assim dizer, suportáveis.¹ Isso, entretanto, não deve

¹ Tampouco nesse conceito há precisão, porque o que seria “suportável” ou “aceitável” está completamente indefinido. E não se vai muito mais longe se mudamos a palavra por níveis “medianos” ou “convenientes” de criminalidade. Talvez fosse mais exato propor a *busca* de um *nível zero* de criminalidade, mas nossa tradição ditatorial e policialesca carrega também essa expressão de uma força muito desagradável.

ser atribuído diretamente a uma falha no método científico penal, mas à realidade – que não é nova para ninguém – de que o fenômeno criminológico passa por muitos outros fatores, que sequer são objeto de estudo da dogmática.

Também é possível afirmar que a ciência humana pode identificar os caminhos para um fim social, sem que necessariamente se opte por segui-lo. Assim, o Direito penal poderia apresentar as soluções para a minimização da delinquência, mas alcançar essas soluções pode importar em sacrifícios a que a sociedade decide *não* se submeter.²

II. Esta última proposição conduz à ideia de que o Direito penal dependa de opiniões políticas.³ Esse é um ponto delicado da introdução ao estudo dessa ciência, pois há que se compreender se o que se pretende apreender é um conhecimento puro ou se é um conhecimento dependente de *opções* que se fazem em um determinado momento, inserto em um determinado contexto e visando a determinado fim.

Claro que não têm sido poucos os esforços em construir conceitos científicos independentes de qualquer direcionamento político, pois este pode variar de acordo com o momento histórico de cada povo – e não seria ideal que uma ciência dependesse essencialmente da vontade de governantes. Veremos que, ao longo da História dessa ciência, muito se progrediu para sua solidez, apartada dos demais fatores de cunho sociopolítico. A uniformização do Direito penal nas sociedades ocidentais faz prova disso: não obstante as relevantes diferenças culturais entre os povos, os conceitos da ciência penal em grande parte da América e da Europa são praticamente os mesmos. Resta saber se isso é devido à pureza da ciência ou a uma cópia não refletida de modelos internacionais, mas não é essa a questão principal que aqui se deve colocar.

A questão é outra: admitindo-se que se possa criar uma ciência *neutra* do Direito penal, pergunta-se se é *conveniente* que subsista a neutralidade. Ou seja: o Direito penal deve seguir algum plano social, como a diminuição da violência, a igualdade ou a distinção entre classes, o combate específico a um *tipo* de criminalidade, ou, ao contrário, ele deve ignorar toda essa problemática, para buscar seus conceitos puros? A vantagem de tal pureza seria inequívoca: ele não se alteraria de acordo com o momento social, o que faz com que ele sempre se *aprimore*, e não apenas siga desejos, que se alteram com o tempo. O terrorista de hoje pode ser o governante de amanhã, dependendo de quem tem o poder a cada tempo. E isso em toda a História da Humanidade.

III. Assim, entramos na terceira questão: se o Direito penal independe de uma *vontade* política, pois seus conceitos não se alteram – ou não se deveriam alterar – de acordo com elementos momentâneos, há o risco do efeito inverso: que a ciência penal acabe servindo como instrumento de manutenção de um governo. Sim, pois se ele não assume compromisso político, passa a ser comandado por se contaminar com as cores do regime a que serve, e, assim, como instrumento de perseguição àqueles que não estejam insertos no *status quo* que sustenta as forças públicas e que, em retribuição, as forças públicas também fazem sustentar.

Daí, um fato: o Direito penal, como ciência, irá sempre servir a interesses de um *status* dominante, e não faltariam exemplos para legitimar o que aqui se fala. Por isso mesmo, cabe a responsabilidade de o aplicador do Direito penal conhecer não apenas sua ciência, mas

² P. ex., se alguma ciência penal apontasse que, vencendo-se o analfabetismo, haveria grande diminuição em crimes violentos contra o patrimônio, estaríamos diante de uma constatação muito provavelmente correta, o que não bastaria para se chegar ao resultado apontado. A sociedade poderia fazer opção por não erradicar o analfabetismo, porque isso importaria sacrifícios a privilégios que não se deseja abrir mão.

³ No Direito, o termo *Política* é tomado em sua acepção mais pura, e não em seu significado, por assim dizer, jornalístico. Quando aqui falamos de política, não nos referimos à relação entre Presidente, Senadores e Congresso. A Política é um conjunto de ações voltada para o futuro.

também a Teoria do Estado, que vai atuar como contraponto do instrumento repressivo. Aliás, será essa consciência política que conduzirá o penalista a sempre pensar na *diminuição* dos instrumentos de repressão penal, não porque eles sejam um mal em si mesmo, mas porque sabe que sua atuação é limítrofe, e beira à perda da razão. Nessa afirmação não existe qualquer contrassenso: um bom militar passará a vida toda se preparando para a guerra, mas manterá sempre a consciência de que sua atuação não é um bem em si, e sempre serve a um interesse político que pode ser injusto. Tal consciência não fará dele pior guerreiro, nem menos inteligente, nem sequer (muito) insubordinado.

Pois bem, se a função do Direito penal é equilibrar tensão entre o desenvolvimento cultural e a brutalidade necessária (ou melhor: até hoje imprescindível) da punição,⁴ será científico o texto penal que tiver como ponto de partida, explícito ou implícito, a *legitimação* de todo esse sistema punitivo. Nesse ponto é que não se pode esconder que a ciência penal inclina-se *razoavelmente* para a manutenção de um estado de coisas, mas a *racionalidade crítica* que nele for empregada *pode* chegar a propor mudanças, desde que partindo de um pressuposto de poderes constituídos válidos e Direitos Humanos irrenunciáveis.

Daí ser impossível dissertar sobre ciência penal sem acompanhar sua história – ou ao menos a história de sua dogmática.

2.2 História do Direito Penal como Ciência

O Pensamento penal passa por uma evolução até chegar ao ponto atual. Mas, quando se trata de uma ciência humana, não se pode exigir que ela tenha uma evolução absolutamente linear, como se estivéssemos a tratar da evolução, por exemplo, da engenharia dos automóveis ou dos computadores. Em muitos momentos, surge a impressão de que existe um retrocesso no pensamento penal, havendo quem diga que nem sempre o Direito penal pensa.⁵ Não nos parece possível afirmar que existam momentos de ausência pura de pensamento penal. O que se pode dizer é que em alguns momentos se sobrepueram ideias que não coincidem com as contemporâneas, e que parecem afrontar uma noção *ahistórica*, *perene*, de Direito, que independe de qualquer circunstância.

Do mesmo modo, não se pode dizer que a fase atual da ciência penal seja a melhor de todos os tempos. Alta criminalidade, injustiças e uma série de perguntas sem respostas (ou com respostas imperfeitas, o que talvez seja ainda pior) mostram-nos esse fato. Antes, porém, de que se dirijam críticas a qualquer tipo de ideologia,

⁴ Vide 1.2.2.

⁵ Assim, Zaffaroni: “Y el derecho penal no siempre pensó. Hubo marchas y retrocesos a lo largo de los siglos de existencia del saber jurídico penal. Sería infantil pretender un progreso lineal del pensamiento en dicho saber, se por tal se entiende un continuo ascenso”. ZAFFARONI, E. R., *Manual*, p. 195.

é necessário conhecer a evolução do Pensamento penal, que aqui fazemos em breves linhas.

2.2.1 Introdução: como se considera a ciência do Direito Penal

Traçar uma evolução do Direito penal, como ciência, importa fazer um *cut* no pensamento. A ciência penal não surgiu de momento a outro, ela é sempre fruto de uma conjunção de fatores e circunstâncias. E, mesmo depois de inaugurada, conscientemente, as divergências de pensamento existentes tampouco se podem definir com exatidão. O que se permite fazer é apenas apontar *grupos* de pensamento,⁶ que têm em comum certas linhas ideológicas e temporais. Mas com muitíssimos pensamentos em linha de fronteira.

Também há que se conhecer alguns autores, cuja obra é relevante, seja porque foi mais original, seja porque foi a seu tempo mais difundida. Ao destacar alguns autores principais – a maioria deles de origem europeia –, por certo se comete injustiça a outros grandes pensadores do Direito,⁷ cujos nomes serão omitidos. Mas a compreensão de uma linha de evolução de pensamento obrigatoriamente passa por um grau mínimo de referências, dentre as quais estão alguns autores que não podem deixar de ser apresentados.

Vamos a eles.

2.2.2 John Howard e o *The State of Prisons*

No caso específico de Howard, sua obra não se pode dissociar de sua biografia. Ao que consta, nasceu em Londres, em meados do século XVIII. Em 1755, foi feito prisioneiro em um cárcere da costa da França, o que certamente contribuiu para que criasse interesse pelo tema da prisão. E das penas.

Em resumo, Howard viajou por toda a Europa, visitando presídios e manicômios, a descrever seu estado de conservação, o modo de tratamento dos presos, os regimes de disciplina, dentre outros. Em seu *The State of Prisons in England and Wales*, publicado em 1777, descreveu muito mais do que as prisões do mundo anglo-saxão: Holanda, Alemanha, Dinamarca, Suécia, Rússia, Itália, Suíça, Escócia e Irlanda, Espanha e, finalmente, França têm seus principais presídios descritos em

⁶ E até nesses mesmos grupos há acentuadas divergências que impedem consideração homogênea, pois há, como lembra Lyra, “distinções na mesma escola, às vezes mais acentuadas do que entre adversários”. LYRA, R., *Novíssimas Escolas*, p. 6.

⁷ Seria vontade de qualquer doutrinador atual corrigir tais injustiças históricas e apontar *todos* aqueles que contribuíram ao pensamento penal tal como hoje se mostra, porém isso é impossível.

sua obra. E não se trata apenas de um trabalho descritivo: em diversos momentos Howard criticava a desumanização das prisões.⁸ Preocupações como segurança, saúde, dieta, atividade física, celas individuais, corrupção de agentes e outras aparecem recorrentemente em sua obra, algo que para seu tempo, diga-se, era inovador.

Voltando à biografia, Howard morreu na Rússia, ainda em suas viagens em busca do completo conhecimento do estado das prisões.

2.2.3 Bentham e o fundamento utilitarista da pena

Também na Inglaterra estava Jeremy Bentham, filósofo de grande prestígio.⁹ Em parte de seus estudos, preocupou-se com a fundamentação da pena. Portanto, mais do que a criação de um ou de outro modelo de presídio (refiro-me mais especificamente ao famoso *Panóptico*, objeto da análise por Michel Foucault), a contribuição de Bentham seguiu no sentido de encontrar para a pena uma justificativa e uma função. Sua obra *Teoria das Penas Legais* esforça-se nesse sentido, sob o ponto de vista *utilitarista*, posicionamento filosófico que ajudou a criar. *Grosso modo*, expôs que existe na mente de qualquer ser humano um sopesar entre benefício e malefício,¹⁰ havendo a pena que representar este último. Mas foi mais adiante, tracejando o que hoje seria certamente nominado como prevenção geral e especial.

Para comprovar, recorto um trecho de seu *Teoria das Penas*:

“O perigo mais imediato vem do criminoso, este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, pelos mesmos motivos e com a mesma facilidade, não venha a fazer o mesmo. Sendo isso assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular, que se aplica ao réu; e outro geral, que se aplica a todos os membros da sociedade. Todo o homem se governa nas suas ações por um cálculo, bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão apurada: lembre-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência duma ação; essa ideia faz um certo abalo no seu espírito para lhe retirar o prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais que o valor total do prazer, é natural que a força, que o afasta do crime, venha por fim a vencer e que não tenha lugar o desatino”.¹¹

⁸ Seu ponto de vista, por assim dizer, humanitário, é colocado desde o início de sua obra: “Hearing the cry of miserable, I devoted my time to their relief (p. 22)”. Até a conclusão: “I hope not to be entirely deserted am the purpose – of alleviating the distresses of poor debtors and other prisoners; of procuring for them cleanly and wholesome abodes [...]; – of abolishing, or at least reducing, the oppressive fees of clercks of assize, ad of peace [...] and restraining the shocking debauchery and immorality which prevails in our goals and other prisons.” HOWARD, J. *The State of Prisons*, p. 339.

⁹ Nascido em 1748, em Houndsditch, e morto em 1832, em Londres.

¹⁰ O que Fausto Costa, ao expor o tema, bem denominou “platillos en la balanza”. Cf. COSTA, F., *El delito*, p. 108.

¹¹ BENTHAM, Jeremy, *Teoria das Penas*, p. 22.

A partir do texto de Bentham, não é difícil compreender que o atual funcionalismo penal tem raízes no pensamento utilitarista, quer isso seja ou não apreendido.

2.2.4 Beccaria e *Dos delitos e das Penas*

A obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria,¹² é vista hoje como o marco do início do Direito penal como ciência.¹³

Grande parte desse valor deve-se ao fato de sua ampla divulgação, pois a obra de Beccaria foi um *best-seller*: sua primeira impressão, anônima, em Livorno, no ano de 1764, mas logo traduzida ao inglês e ao francês, a este por intercessão de filósofos como Voltaire. Estima-se que, já no ano de 1800, houvesse ao menos 23 edições italianas, 14 francesas e 11 inglesas.¹⁴

Compreender a obra de Beccaria significa entender a aplicação, na Ciência Penal que nascia, do *Iluminismo* e do *Contratualismo*. Alguns anos antes da Revolução Francesa, o livro “*é uma antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 25 anos antes de esta ser proclamada pelos revolucionários de 1789*”.¹⁵ Trata-se, na verdade, de um opúsculo em que o autor fez análise – ousada – dos métodos de aplicação de pena e de sua finalidade. Para uma época em que vigoravam calabouços, galés e instrumentos de tortura até como meio de punição, palavras como estas têm o mérito de alcançar a perpetuação no tempo:¹⁶

¹² É comum referir-se, entretanto, nacional e internacionalmente, ao autor como *Cesare Beccaria*. Em nossa bibliografia, até, será o nome empregado, tal qual na melhor tradução nacional.

¹³ A questão de ser o *Dei Delitti* um *best-seller* não o desconfigura como marco científico. Afinal, pode ser que se trate menos de um livro de *fácil* leitura – o que si mesmo não é científico – mas de constatações que faziam falta. Daí um dos fatores que seriam o sucesso de vendas. Mais proveitoso que trazer esse questionamento é perguntar: se aí começa a ciência do Direito penal, o que existia antes dela? Porque muitos estudos, do Direito romano aos glosadores, ou da teologia medieval, dão conta do castigo. Não se trataria de uma sobrevaloração do Iluminismo, pensar que tudo o que é científico – e também nesta seara – só pode existir a partir dele? Bem, digamos que pode existir certa arbitrariedade na escolha, porém não há dúvidas de que foi uma reflexão diferenciada sobre a legitimação do Direito penal.

¹⁴ “Nel 1765, grazie all’intercessione dei *philosophes* D’Alambert, Melesherbes, Voltaire e l’abate Morellet, venne pubblicata una traduzione francese, che trovo grande favore di pubblico. Già nell’anno 1800 esistevano non meno di 23 edizioni italiane, 14 francesi, 11inglesi (di cui 3 pubblicati negli Stati Uniti)”. BEIRNE, P., *L’invenzione della criminologia*, p. 11.

¹⁵ SILVA, E. L. e, *De Beccaria*, p. 2.

¹⁶ Não se pode, com Bueno Arus, deixar de observar, entretanto, que em *Dei delitti e delle pene*, a prisão não é tratada como pena, mas como prisão processual e, “*en los escasos momentos em que parece aludir a la prisión como pena (y no como cárcel preventiva), lo hace con la expresión de esclavitud perpetua*”, como meio de substituir a condenação capital. Vide: BUENOS ARUS, F., *Los fines de la pena*, p. 306. Por outro lado, esse mesmo rechaço que faz Beccaria à pena de morte é, para alguns, o ponto mais forte de toda sua teoria, com o que concordamos. Afinal, nele está o ponto principal

*“Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”.*¹⁷

Sua obra foi diretamente influente entre nós. Na Espanha, Manuel de Lardizábal publicou, em 1782, *Discurso sobre las penas*, afirmando que a pena é fruto do contrato social, sem que exista em estado natural.¹⁸ Em Portugal, Pascoal José de Mello Freire dos Reis, em seu *Institutionis Juris Criminali lusitani*, de 1789, adotou o contratualismo que se refratava na obra do Marquês. Mello Freire veio a ser professor de Bernardo Pereira de Vasconcelos, um dos responsáveis pela elaboração do Código Penal Imperial do Brasil – o Código de 1830, altamente evoluído para seu tempo.¹⁹

O pensamento de Beccaria continua, atualmente, sendo demarcação de um Direito penal como garantia das liberdades, voltando-se a ele não apenas nossa doutrina, como a jurisprudência mais recente.²⁰ Afinal, quem escreve algo como “o meio mais seguro, porém mais difícil meio de prevenir os delitos é aperfeiçoar a educação”,²¹ merece de algum modo esse *status* da eternidade.

A obra de Beccaria é apontada como marco da inauguração da denominada Escola Clássica do Direito Penal.

não só de humanização do Direito Penal, mas da trilha de diminuição do poder repressivo do Estado, esta que como, nesse ponto, destacou em discurso Mancini: “Allo stato che arrogandosi il diritto di disporre della vita umana, erasi fatto Dio sullo terra, egli annunzio che, grazie al corso della civiltà, tornerebbe uomo, ual essere doveva, e por la pubblica salute non sarebbe piú condannato a macchiarsi le mani nel sangue ad imitazione degli assassini distruttori della divina fattura”. MANCINI, P. S., *Cesare Beccaria*, p. 475).

¹⁷ BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas*, p. 136.

¹⁸ ZAFFARONI, E. R., *La Influencia*, p. 528.

¹⁹ “Como buen ilustrado, Vasconcelos fue un propulsor de la enseñanza no deja de ser un kantiano en cuanto a algunos ribetes de su concepción de la pena, pues en los tiempos en que se elaboraba el código también se discutía una ley de imprenta y Vasconcelos ya sostenía que la pena debía adaptarse a la sensibilidad del ofendido, lo que se consagró luego expresamente en el artículo 19 del Código”. ZAFFARONI, E. R., *La influencia*, p. 543.

²⁰ STF Vide histórico acórdão no **HC 82.859/SP**, do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se reconhece a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime. Também o **HC 89429/RO**, Rel. Min. Carmen Lúcia, que aborda a desnecessidade do uso de algemas na prisão de indivíduo que não oferece resistência ao ato. Também o **HC 83554/PR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, que cuida de delito ambiental, por conta de vazamento de óleo em atuação da empresa Petrobras. Ali se repeliu a responsabilização objetiva em matéria penal.

²¹ BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas*, p. 136.

2.2.5 Escola Clássica

Toda a situação histórica do Iluminismo principia o Direito Penal tal como hoje se o entende: a limitação dos Poderes do Estado, via a indicação de o que é sua violência legítima. Por força de sua retórica, elegeu-se a obra *Dos Delitos e das Penas* como estandarte desse pensamento, ao menos ao mundo latino. No fundo, então, o pensamento penal é fruto do Iluminismo,²² na medida em que todo o processo histórico em que se encontra inserto levou o pensamento dos autores dessa época (ou, melhor dito, dessa inspiração) à consciência de que o Direito penal oferece precárias soluções ao problema da criminalidade – e que se circunda de problemas sociais ainda mais graves.²³

Se, entretanto, Beccaria dá início àquela que foi chamada Escola Clássica, cabe a Francesco Carrara ser seu maior expoente. Alçado à cátedra da Universidade de Pisa, em 1859, Carrara escreveu o chamado *Programma dal corso di diritto criminale*, que sintetizou o pensamento penal desde Beccaria. A influência contratualista no pensamento do Mestre de Pisa era evidente, a ponto de levá-lo ao questionamento da sua legitimidade.²⁴

Carrara identifica a punição penal como decorrente do Direito Natural, e esse será o ponto máximo de ruptura com os penalistas que o sucederão. E, talvez por culpa de seus próprios sucessores, dentre outros, surge a tendência de identificar o jusnaturalismo com a falta de técnica penal, o que diz ser absolutamente falso. Ao contrário, é Carrara o responsável por sedimentar o conceito de crime como um

²² Tampouco se diz que a humanização do Direito Penal é fruto único das ideias iluministas. Há todo um processo histórico-evolutivo que as antecede iluministas, e que já convergia à humanização das penas. Nesse ponto, v. g., é ousada a tese de Bernardino Gonzaga, que demonstra que a Inquisição medieval, a seu tempo e dentro das circunstâncias que ali existiam, era legitimamente aceita pelo povo e, no limite, menos draconiana que as punições aplicadas quando à revelia do processo inquisitivo eclesiástico: “A Inquisição, portanto, não foi algo artificial, que a igreja teria impingido ao povo, mas produto de uma necessidade natural, que todos sentiam, e o seu severo modo de aturar foi condizente com o estilo da época. Somente muito mais tarde, presentes outras concepções e costumes, é que ela veio a ser criticada como atentatória às liberdades individuais”. GONZAGA, J. B., *A inquisição*, p. 115.

²³ É o que Figueiredo Dias chama de dimensão trans-sistemática do Direito penal, atribuindo-a ao Iluminismo: “Pela primeira vez o pensamento penal ganha consciência explícita da contingência e da precariedade das soluções, e, sobretudo, da permanente problematidade da ordem social que se exprime do Direito penal. O que conduz inevitavelmente a colocar o problema da legitimação da intervenção punitiva mesmo à cabeça de todo o discurso penal”. DIAS, J. F., *Carrara e o paradigma*, 14, p. 5.

²⁴ A preocupação de Carrara com a justificativa da pena era constante. Veja como reconhece que a pena tem efeitos limitados quando assenta que “uma coisa é induzir um condenado a não mais delinquir; outra, muito diferente, é pretender fazer dele alguém interiormente bom”. CARRARA, F., *Programa*, § 619, v. II, p. 70.

ente jurídico,²⁵ uma figura de ruptura de ordenamento.²⁶ Crer no Direito Natural não significa afastar-se do racionalismo, nem mesmo confundi-lo com a moral,²⁷ mas, ao contrário – ao menos ali –, usar de toda a ciência e intelecto na busca da configuração e efetivação de um sentimento de justiça que há apesar da lei.

Ponto alto de Carrara, que merece ser sempre destacado, é o valor literário de seu *Programa do Curso de Direito Penal*. Embora não tenha conseguido a sistemática científica de Von Liszt, de que se cuidará adiante, deve-se assumir que, como conteúdo programático, definiu o curso do Direito penal até os dias de hoje. A leitura dos dez volumes do *Programma* demonstra fartamente essa afirmação. Não bastasse, o autor foi um dos mais influentes criadores do Código Penal italiano de 1889 (o Código Zanardelli), cuja estrutura também foi base para os Códigos modernos.

Assim, aquilo que se convencionou chamar de Escola Clássica do Direito penal – e de que agora sabemos ser Francesco Carrara o maior representante – tem como principais características o amálgama entre o pensamento científico que a florava e o entendimento jusnaturalista, para o qual a pena é uma exigência de um sentimento de justiça. Um pouco desse dualismo, que não significa oposição, aparece na composição que o autor cria para a definição de crime, como um ente jurídico composto de uma determinação física, positiva ou negativa, e um aspecto moral imputável (vontade livre do delinquent).²⁸ Isso importa reconhecer, já na sua doutrina, dois princípios que se cristalizaram em nosso Direito Penal: o *nullum crime sine culpa*, que em verdade já havia na doutrina do direito canônico, mas também o *nullum crimen sin actione*, ou seja, a realidade de ser ilegítima a punição daquilo que não se exterioriza naturalisticamente.²⁹

²⁵ “In contrasto com molte delle interpretazioni correnti è stato rilevato che il contributo del Carrara al progresso della scienza penalistica non è ‘un’altra cosa’, un altro aspetto della sua dottrina, in contrasto com o nonostante quel fondamento filosofico, razionalistico-giusnaturalistico, ma è stato reso possibile proprio dall’impalcatura rionale e antiempiristica della sua dottrina criminale: l’armonia e la fondatezza della dottrina carrariana del diritto di punire e della scienza Del diritto penale derivano proprio de tale fondamenti filosofici.” MANTOVANI, F., *Francesco Carrara e La funzione*, p. 57.

²⁶ A inspiração contratualista conduz Carrara a configurar o crime como um ente jurídico, o qual teria origem “na natureza da sociedade civil”. Identifica, então, que a proibição de certos atos, por sua natureza social, é de ser indicada como uma *necessidade política*. E acrescenta: “Se fosse de outra maneira, a necessidade política seria uma fórmula empírica, que não serviria para demonstrar a legitimidade da proibição”. Sua preocupação com o raciocínio que conduz à legitimidade da pena, portanto, é explícito. Cf. CARRARA, *Programa*, v. I, § 33, p. 50.

²⁷ Nesse sentido é que a obra de Carrara foi citada pelo STF, no paradigmático acórdão do HC 92859-SP, que determinou a possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, antes que a lei o autorizasse expressamente. Ali, o Min. Cezar Peluso lembra, por Fiandaca, que Carrara já alertava para a necessidade de separação entre Direito e Moral.

²⁸ “Forza morale e forza fisica rappresentano dunque, nel pensiero del Carrara, i due requisiti la cui energia dinamica è necessaria al fine di qualificare un atto umano come reato”. MANNA, A., *L’Imputabilità*, p. 478.

²⁹ A exteriorização do fato punível não é mera questão filosófica, e sua atualidade é inquestionável. A opinião pública escandaliza-se – ou finge fazê-lo – atualmente com a ideia de que os atos meramente preparatórios (ou seja, aqueles que não saem da esfera psíquica do planejamento, ausente qualquer resultado natural) não sejam punidos. As escutas telefônicas, hoje prática quase incorrigível, têm dado ensejo ao descobrimento, pelas autoridades ou pela mídia, de simples planificações de atos criminosos, que são enunciados (verbalizados), porém apenas em fase de planejamento. Não raro,

E se, para os países de influência latina, Carrara chegava ao ponto alto da Escola Clássica, para os germânicos foi Feuerbach quem, em 1799, deu o passo mais avançado em direção à inauguração da ciência penal,³⁰ ao rebelar-se contra a “tirania de Carpzov”, célebre penalista arraigado ao Jusnaturalismo.

Também são agrupados como expoentes da Escola Clássica Feuerbach e Bentham, de quem já se cuidou.

2.3 A escola positiva do Direito Penal

Mesmo no início de suas leituras, o estudante de Direito Penal já deve conhecer grande parte do pensamento positivista, e da ambivalência de julgamentos que se fazem sobre ele. Um estudo mais denodado do tema é tarefa da Filosofia do Direito, porém, esta e o Direito penal caminham unidos.

Os méritos do pensamento positivo, como um todo, são inequívocos. A ideia de pensamento jurídico como um sistema,³¹ afeto a regras rígidas (e portanto certas) de validade, foi um sonho que quase se realizou. Ou seja, se de algum modo constatou-se, posteriormente, que a Justiça não pode derivar apenas de regras de validade, não se há de menosprezar o valor científico que se encontra inserido no seu racionalismo.

A reação ao jusnaturalismo veio, bem a seu início, nas teorias de Thomas Hobbes,³² que fundamentou na vontade do soberano toda a validade da norma. E dela, sua justiça, pois justa era a norma válida. Isso implica reconhecer, como

desafortunadamente, até juristas mais versados, no afã de combater o indefinido *crime organizado*, enfrentam um duplo princípio: na seara do Direito processual, interpretam o que era originariamente *meio* de prova como se fora *fim* (prova em si mesma). Na esfera criminal, esquecem-se que, desde Carrara, o mero planejamento deve ser encarado como irrelevante penal, sob o risco de se punir a vontade.

³⁰ Vide JAKOBS, *El derecho penal como disciplina*, p. 38.

³¹ “A Escola Positiva, examinada desde a sua origem e nos seus fins, jamais pode considerar-se como contrária ao respeito da dignidade humana e ao reconhecimento dos direitos do homem ante a justiça penal. A Escola Positiva foi um movimento altamente criativo, dele nascendo e se desenvolvendo, não só a antropologia criminal, a criminologia e a sociologia criminal, mas também a política criminal e a penologia ou ciência penitenciária. Passou o acusado a ser o ‘protagonista da justiça penal’ como disse Ferri. Daí advieram contribuições muito ricas, como as noções de individualização da pena, da periculosidade e da medida de segurança, esta sem coloração punitiva mas tendo por fim a prevenção do crime e especialmente da reincidência. Avançava-se o que depois veio a constituir o atual movimento de defesa social”. SILVA, E. L. e, *De Beccaria a Filippo Gramatica*, p. 11.

³² A afirmação é de Bobbio: “Se queremos encontrar uma teoria completa e coerente do positivismo jurídico, temos de remontar à doutrina política de Thomas Hobbes, cuja característica fundamental parece ser realmente a reviravolta radical do jusnaturalismo clássico”. BOBBIO, N., *Teoria da Norma*, p. 39.

lembra Bobbio, que a seu início o positivismo confundia-se com a *força*, pois justa era a norma que conseguia se impor. Mas essa era uma origem rudimentar do positivismo, logo contrastada por Rousseau.³³

Impôs-se o positivismo com as teorias de Auguste Comte, em seu *Cours de la philosophie positive*, que iniciou a ser publicado em 1832. Kelsen, dominando uma lógica expositiva linear, expôs com convincente firmeza que a justiça era uma questão ética, enquanto a constituição jurídica da norma faz-se por sua *validade*. E, então sim, um racionalismo matemático passou a ser vigente para a compreensão da fenomenologia jurídica como um todo, e com o Direito penal não poderia ser diferente.

Nesse sentido – agora sim identificamos –, a Escola Positivista do Direito Penal tendeu a alguns exageros, que deixaram suas marcas até hoje na legislação. Na História Mundial, nem se fala, pois o auge do positivismo deu azo aos regimes totalitários que culminaram na Segunda Guerra Mundial, como bem ilustrou Friedrich Müller,³⁴ quando assentou que a “despedida rigorosa do Direito Natural foi formulada pelo Tribunal do Reich [*Reichsgericht*] em 1928 nos seguintes termos: o legislador é senhor de si mesmo [*selbstherrlich*] e não está vinculado a nenhuma barreira exceto às que ele mesmo levantou para si na constituição ou em outras leis”.³⁵

[Não há como deixar de identificar hoje os vestígios do determinismo positivista. Até 1984, o sistema do duplo-binário fazia persistir o conceito de *periculosidade* mesmo àqueles que cumpriam pena. Para os imputáveis e semi-imputáveis, a legislação atual reserva a medida de segurança, que, em última análise, significa deixar os “condenados” ao único talante da ciência determinista: a psicologia ou a psiquiatria. Nada contra essas ciências, que hoje têm resultados inequívocos em tratamentos, curas e propostas para a saúde mental. Simplesmente observo que se percorre um caminho aberto inicialmente pela escola positiva. Do mesmo modo, os chamados delitos de perigo abstrato – hoje tão em voga – tampouco são algo muito diferente que o uso do Direito Penal para fugir a uma mera situação perigosa. Veja-se o

³³ A afirmação de Bobbio causa espécie a alguns estudiosos, que caem no reducionismo de confundir a escola Clássica com o jusnaturalismo puro e a escola Positiva como o único contraponto científico aos conceitos de origem metafísica. Veja-se, a título de ilustração, a assertiva de Beirne, que, ao revisitar Beccaria, lembra que “È difficile immaginare una dottrina più ostile al principio del libero arbitrio del sensismo. Quando Beccaria decise di applicarlo alla giustizia penale, Il sensismo soppiantò Il soggettivismo volontarista della teologia cattolica negando qualunque ruolo attivo all’Essere Supremo all’interno della società umana. Beccaria temeva tanto la censura proprio perché le sue teorie sottintendevano che gli agenti umani altro non fossero che i prodotti di ragioni a stimoli esterni”. BEIRNE, Piers, *L’Invenzione della Criminologia*, p. 25.

³⁴ Cf. MÜLLER, F., *Positivismo*, p. 5.

³⁵ Isso não importa afirmar que os positivistas tenham contribuído pessoalmente com os regimes totalitários. Ao contrário, em muitos casos esses pensadores também foram vítimas das perseguições nazistas, a exemplo de G. Radbruch e do próprio Hans Kelsen, que em 1933 foi obrigado a deixar Colônia, abandonando seus pertences pessoais, terminando sua carreira em Berkeley (Califórnia). Cf. ADOMEIT, K., *El positivismo jurídico*, p. 32-33.

caso do delito de porte ilegal de arma, que é consenso mundial nos delitos de perigo – em última análise, ele não representa algo muito distinto do que a prisão de alguém em “atitude suspeita”, típica dos tempos totalitários do positivismo ou, melhor dizendo, dos regimes que dele advieram. Isso importa em reconhecer que, verdade seja dita, é quase impossível fazer o Direito Penal renunciar de todo à ideia de segurança social, antes ou depois de qualquer fixação de pena. Por isso, seja qual for o nome que se dê à situação, as prisões processuais, os crimes de perigo, a periculosidade vigente para os inimputáveis e semi-imputáveis são características da *defesa social* que perseveram, ainda, no mais garantista dos direitos.]

É comum que a Escola Positiva do Direito Penal seja didaticamente dividida em três fases: a *antropológica*, a *sociológica* e a *criminológica*. Na verdade, essa classificação segue seus diversos expoentes, nesta ordem: Lombroso, Ferri e Garofalo.

2.3.1 Fase antropológica

O maior expoente da fase antropológica da Escola positiva foi Cesare Lombroso.³⁶ Criminólogo mas, antes disso, médico, Lombroso colocou em marcha uma pesquisa que significou, talvez em toda a ciência, o auge do pensamento determinista. Dentre outras concepções, Lombroso construiu a figura do *criminoso innato*, ou seja, que a tendência ao cometimento do crime poderia surgir geneticamente. Se essa tendência era uma herança genética, poderia ser identificada por alguns traços *fenotípicos* –, visíveis externamente. Daí que alguns fatores como a assimetria craniana, o desenho das mãos ou o lóbulo das orelhas indicariam tendência criminosa – e até mesmo dariam indícios de *quais* crimes poderiam ser cometidos por aqueles que traziam essa desagradável herança genética.³⁷

Mas, ao contrário de o que possa parecer, o médico da Universidade de Pavia não estava ilhado em seus pensamentos. Na Itália e na França, muitos foram seus seguidores. Em obra de 1895, o médico francês Debière aprofunda a obra de Lombroso e, visitando museus em que se encontram os restos de criminosos decapitados, faz um longo estudo sobre a assimetria craniana nos assassinos.³⁸ Em 1896, Dallemagne observava – evidentemente com critérios que não seriam aprovados pelo crivo médico atual – que a *incontinência urinária* é

³⁶ Nascido em Turim em 1835 e morto em 1909.

³⁷ “Le maximum de la capacite crânienne se reconte chez lês faussares; Immediatement après viennent, pour le volume notable du crâne, les homicides et les brigand; Les voleus cent une médiocre capacité crânienne”. LOMBROSO, *L'homme criminel*, 12, p. 209.

³⁸ “Sur 47 crênes des decapite's du Musée Orfila et du Muséum, j'ai note la plagiocéphalie eu l'asimétrie latérale chez quinze, soit plus 30%” (p. 92). Também a fisionomia é em parte confirmada expressamente, com dezenas de figuras, em duas grandes classes: “lês bestiaux et les passionels” (p. 301). DEBIÈRE, A., *Le Crane des Criminels*, 1895. A explicação dos processos do cérebro e dos sentimentos, que muito tem que ver com o causalismo naturalista, bem verdade que não sob a ótica médica, já era uma meta de Comte. É conhecido seu *quadro* das “dezoito funções interiores do cérebro”, que, de algum modo literário, enuncia em seu *Catecismo Positivista* (p. 150).

comum em muitos delinquentes, ou que a *fisionomia* é uma janela para o inconsciente.³⁹ De modo muito parecido, e na mesma época, o médico francês Émile Laurent.⁴⁰ Não bastasse, essa trilha inaugurada por Lombroso seria a senda inicial para outras teorias, mais humanas mas não menos deterministas, como a sociologia criminal que adiante se comentará.

Mas damos agora um salto no tempo. Apenas a título de ilustração, em 1962, no Brasil, Tasso Ramos de Carvalho já retomava a afirmação de que existem (ou podem existir) causas hereditárias para a criminalidade, pois “os mais modernos estudos de encefalografia vêm demonstrando certa razão ao pensamento lombrosiano [...] o criticável é o exagero, o exclusivismo”.⁴¹ De modo semelhante, atualmente alguns órgãos de direitos humanos têm-se contraposto à identificação dos criminosos por meio de DNA (mesmo do chamado DNA não codificante), para evitar um determinismo genético: que se possam identificar genes que causam propensão à criminalidade. Não nos estenderemos no assunto,⁴² mas há de se reconhecer que algo da inspiração de Lombroso ainda persiste, conquanto se reconheça que sua análise fora por demais simplória.

Os estudos de Lombroso, se não foram de todo seguidos pelos expoentes das demais fases da escola Positiva, foram-lhes fonte de inspiração.

2.3.2 Fase sociológica

A fase sociológica da escola positiva tem lugar com Enrico Ferri.⁴³ Desde o início de sua vida acadêmica, Ferri já dava sinais de por onde ia seu pensamento filosófico. Sua dissertação de láurea teve por título a “teoria da imputabilidade e a negação da teoria do livre arbítrio”, mas foi sua tese de aprovação para a cátedra de Direito Penal da Universidade de Bolonha, intitulada “*I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*”, de 1880, que teve maior influência para o Direito Penal de seu tempo.

Se temos por parâmetro os estudos de Lombroso, que foram profundamente considerados por Ferri, não há dúvidas de que este representou evolução. Ferri assentou que somente em um reduzidíssimo número de casos se poderia acreditar que a criminalidade era fruto exclusivamente de causas antropológicas. O crime era, também, fruto de fatores sociais.⁴⁴

³⁹ *Physionomie* “est une fenêtre sans cesse ouverte sur l’inconscient”, p. 110. DALLEMAGNE, J., *Les stigmates biologiques*, 1896.

⁴⁰ Seus estudos seguem o mesmo: Cap. IX, “*Dégénérescences anatomiques et morphologiques*”, cabeça (p. 181, 182) com assimetria, tamanho do pênis (199), lóbulo da orelha hipertrofiada “un criminel fou homicide à type félin, avec énorme lobule” (p. 191), dentre outros. In: LAURENT, É., *Les Habités des Prisons*. Cf. também LAURENT, É., *Lanthropologie criminelle*.

⁴¹ CARVALHO, T. R. de, *Subsídio para o Estudo*, p. 103.

⁴² Sobre identificação genética dos criminosos, vide especialmente nosso *Tutela penal da Intimidade*. Acerca do determinismo e seu impacto na teoria do crime, vide adiante 8.5.1, 8.5.2 e 8.10.

⁴³ Ferri nasceu em 1856, na Lombardia, e morreu em 1929.

⁴⁴ Releva Tassistro, entretanto, que Ferri destacara que, mesmo sob condições sociais idênticas, homens poderiam ter reação distinta aos estímulos criminais, “*perché nell’uomo è maggiore lo sviluppo dei fattori psichici della sua azione*”. TASSISTRO, G., *La Scuola Positiva*, p. 47.

Abrindo o leque das causas da criminalidade – não obstante, como se vê, mantivesse a cega fé no determinismo –, pensou nos modos diferentes de punição que deveriam ser aplicados aos diversos tipos de delinquentes: alienados (*pazzi*), semialienados (*semi pazzi*), criminosos natos (*nati* ou *incorreggibili*), habituais (*abituati*), delinquentes por paixão (*per passione*) e de ocasião.⁴⁵ E assim previu um tipo de pena para espécie de delinquente, mas essa preocupação não era a da proporcionalidade da punição, como castigo: Ferri lembrava que a finalidade do Direito Penal deveria ampliar-se da mera punição para as socialmente mais eficazes “*rieducazioni e prevenzioni*”.⁴⁶

Dáí se pode entender que os estudos de Ferri tiveram, como todo positivismo, um carácter ambivalente: da mesma forma que se encarregavam de fazer evoluir a ciência com método e racionalismo, antevendo tendências que somente depois seriam bem compreendidas, a exemplo da pena como prevenção, de outro atribuíam à relação causa-efeito algo que não é tão simples de determinar-se: a criminalidade. Causas sociológicas podem determinar reações sociológicas (relação sociedade-sociedade, como faz a Sociologia contemporânea), mas jamais determinar a criação de um delinquente (relação sociedade-sujeito). Trata-se, entretanto, de mais um fruto dos tempos.

2.3.3 Fase criminológica

A terceira fase da Escola Positiva é denominada *fase criminológica*. Isso porque seu maior expoente, Garofalo, pela primeira vez publicou obra que levava esse nome: *Criminologia: studio sul delitto e sull mezzo de repressione*, do ano de 1885. Não se pode atribuir diretamente a Garofalo a criação da criminologia como ciência,⁴⁷ pois ela também é consequência de um processo de maturação, mas – dentro da escola positiva – é sim evidente que ele teve preocupação com as origens do crime no contexto social. Seu *Criminologia* investiga o delito natural, a reincidência, as anomalias do criminoso, mas também a influência econômica⁴⁸ para o delito, os graus de cultura, a eficácia da lei, dentre outros.

⁴⁵ Cf. FERRI, E., *Estudios de Antropología*, p. 122.

⁴⁶ RANIERI, S., *Dai 'Novo Orizzonti'*, p. 213.

⁴⁷ Shecaira, ao dissertar sobre o nascimento da criminologia como ciência, rechaça a importância de encontrar-se um pai para a criminologia, mas indica a respeito “duas linhas de pensamento, que a criminologia nasce com o positivismo seja sociológico ou biológico; ou, ainda, que a criminologia nasce com a escola clássica”. SHECAIRA, S. S., *Criminologia*, p. 83.

⁴⁸ Nega, entretanto, a influência decisivamente econômica para o delito: “l'ordre économique actuel, c'est-à-dire la manière dont la richesse est répartie, n'est pas une des causes de la criminalité en général”; GAROFALO, R. *La Criminologie*, 1890, p. 191-192. Para ele, uma forma de criminalidade era substituída por outra. Mas acredito – ao ler o trabalho de autores da mesma época – que o medo à perseguição aos seguidores do marxismo ou do anarquismo, que já se espalhava, era em grande maneira influente para desvirtuar o determinismo criminológico da origem econômica. Ainda assim, pode-se encontrar, em obra do mesmo ano, a assertiva de que a economia de algum modo pode

Se comparado a Ferri e Lombroso, Garofalo caracteriza-se por um pensamento mais moderado,⁴⁹ conquanto permanecesse fiel aos princípios positivistas. Sua ideia de *delito natural* era um avanço porque alijava-se do estudo do *delinquente* e avançava para um objeto de estudo mais definido: o próprio *crime*. O delito natural seria uma série de ações que, em qualquer sociedade, poderiam representar um mal em si mesmas.

Ainda mais moderada, conquanto claramente positivista, era a concepção criminológica do francês Gabriel Tarde.⁵⁰ Um de seus méritos, dentre outros, foi o de discutir diretamente as teorias de Lombroso, ao afirmar que “Assim, é preciso não nos apressarmos demais em explicar fisiologicamente o que talvez tenha uma explicação, em grande parte, social”.⁵¹ Dentre os representantes da Criminologia na escola positiva, não há dúvida que Tarde é quem tem a obra mais atual.

A escola positiva causou avanços e retrocessos, como já dito. Trata-se de um pouco de exagero dizer que a escola clássica é essencialmente *jurídica*, enquanto a escola positiva é essencialmente *biológica*.⁵² Nem uma cuidava da justiça, nem outra se resumia ao determinismo darwiniano desvirtuado. No Brasil, pode-se notar ainda mais de perto que a escola positiva determinou alguns grandes avanços.

2.3.3.1 A influência positivista no Brasil: a Escola de Recife

As ideias positivistas foram basilares na formação do pensamento intelectual brasileiro. Quando jovens, aprendemos que a frase inscrita na bandeira nacional é uma máxima positivista.⁵³ De fato, algo de nossa identidade cultural deve-se a esse posicionamento filosófico. Em grande medida isso ocorreu porque momentos históricos coincidiram: a formação do determinismo com o desenvolvimento da primeira elite intelectual genuinamente nacional, com a criação das universidades.

influenciar o crime, embora não definitivamente. Falo em especial de Angiolella, para quem “A questo proposito accenneremo che la severità nelle leggi penali e nella loro applicazione no ha mai avuto potere di diminuire od attenuare la delinquenza”. ANGIOLELLA, G., *Antropologia criminale*, 1890, p. 111. Trata-se, entretanto, de afirmações sem grande veemência, se comparadas às afirmações de caráter médico-naturalista, como as de Lombroso.

⁴⁹ Cf. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L. F., *Criminologia*, p. 185.

⁵⁰ Nascido na França em 1843 e morto em 1904.

⁵¹ TARDE, G., *A criminalidade*, p. 76. Em outras obras também se encontra a acuidade ao relativizar a aparente repugnância social do delito “Au point de vue social, le crime peut être une monstruosité, moïst non au point du vue individual, organique, psique c’est le triomphe complet de l’egoïsme, de l’organisme, sur les freins de la société”. TARDE, G., *La philosophie*, p. 221.

⁵² Cf. PASMNIK, J., *Psiquiatria*, p. 67.

⁵³ A frase é de Auguste Comte.

[Em 1830, Aluísio Azevedo, maranhense, publica o célebre romance *O Cortiço*, cujas características principais revelam a chegada do determinismo ao pensamento humanístico nacional. Quem não faltou às aulas de literatura lembrará que, nessa obra, o personagem principal é o próprio *cortiço*, quem determina o comportamento dos seus moradores. A leitura de seu trecho inicial ilustra muito bem o que é o pensamento determinista:

E aquilo se foi constituindo numa grande lavanderia, agitada e barulhenta, com as suas cercas de varas, as suas hortaliças verdejantes e os seus jardinzinhos de três e quatro palmas, que apareciam como manchas alegres por entre a negrura das limosas tinas transbordantes e o revérbero das claras barracas de algodão cru, armadas sobre os lustrosos bancos de lavar. E os gotejantes jiraus, cobertos de roupa molhada, cintilavam ao sol, que nem lagos de metal branco.

E naquela terra encharcada e fumegante, naquela umidade quente e lodosa, começou a minhocar, a esfervilhar, a crescer, um mundo, uma coisa viva, uma geração, que parecia brotar espontânea, ali mesmo, daquele lameiro, e multiplicarse como larvas no estercó.]

Estudos mais recentes sobre a história do pensamento jurídico brasileiro, entretanto, ressaltam que, em alguma medida, o positivismo da segunda metade do século XIX não foi absorvido sem qualquer nota de crítica ou adaptação à realidade nacional. Aponta-se que a chamada Escola do Recife⁵⁴ foi responsável por avanço no Direito Penal nacional, principalmente pelo gênio de Tobias Barreto. O Professor concursado em 1882 para a Faculdade de Direito de Recife, de notável erudição,⁵⁵ rejeitou a absorção das ideias positivistas europeias tais quais formuladas, isto é, livres de crítica. Em grande medida redescoberta, a obra de Tobias Barreto parece mesmo estar à frente de seu tempo.⁵⁶

⁵⁴ A designação foi cunhada por Sylvio Romero, a fim de “designar o movimento intelectual que começou por volta de 1860 e foi até o começo do século XX”. ADEODATO, J. M., *O Positivismo Culturalista*, p. 304.

⁵⁵ Também o positivismo antropológico fez sua escola no Brasil. Teve grande repercussão a obra *Funções do Cérebro*, de 1876, de Domingos Guedes Cabral. Há exemplar da obra na biblioteca do Prof. Lacaz, na Faculdade de Medicina da USP, que utilizamos para consulta da grande maioria dos livros atrás citados, a exemplo de Lombroso e Garofalo. Não obstante, extravasando o ponto de vista médico, o positivismo antropológico, inserto no Direito penal, perdurou em nosso país muito mais do que devia, de modo ainda mais desvirtuado. Diga-se, por exemplo, que em 1925, Candido Motta publicava a dissertação *Classificação dos criminosos*, com a qual concorria à cátedra de professor substituto de Direito Penal da então faculdade de Direito de São Paulo. Ali se podem ler afirmações como “O prognatismo no branco é evidentemente um estigma de regressão ao tipo ancestral; entretanto, elle faz parte da constituição physica do negro, cuja raça é inferior por se ter conservado estacionária” (p. 31). Ou: “No segundo caso o problema torna-se mais difficil: Quando as raças se misturam, a que é muito inferior muitas vezes passa à outra só os seus vícios, muito mais em harmonia com as suas proprias tendências que qualidades. Darwin já demonstrou que nos cruzamentos mui pronunciados é a lei de regressão que predomina, de modo a fazer surgir à tona traços inferiores desaparecidos nas remotas gerações. Os árabes dizem: Deus creou o branco, Deus creou o negro, o diabo creou o mestiço”. MOTTA, C., *Classificação*, p. 39. Sobre a incorreta interpretação do determinismo darwiniano, que conduz a absurdas interpretações de cunho racista, não se há que dissertar neste tema, mas ficam apenas como registro de que a ciência comete erros históricos que não se podem repetir.

⁵⁶ A leitura da obra de Tobias Barreto, integrada a seu tempo, mostra um diferencial, como dito: um posicionamento crítico em relação às teorias naturalistas. Em um de seus ensaios, por exemplo,

Outro expoente da Escola do Recife foi Sylvio Romero,⁵⁷ com quem Tobias guardou diferenças,⁵⁸ mas também vários pontos de intersecção, a exemplo do patriotismo que marcou aquele tempo de transição para uma sociedade não escravagista e republicana.

Na literatura nacional é muito característico o pensamento libertário, desde Castro Alves, aluno da Faculdade de Direito de São Paulo, até Augusto dos Anjos, aluno da Faculdade do Recife. Neste é possível identificar vastíssima influência daquela Escola (“apesar de decorridos mais de vinte anos da morte de sua figura maior”),⁵⁹ bem como o cientificismo da época, no racionalismo e naturalismo que então se iniciavam, a exemplo do Poema “Os vencidos”, em que o poeta declara-se “filho do carbono e do amoníaco”.

Certamente, todas as transformações que passou especialmente o Brasil naquela virada de século (XIX-XX) não se fariam sem um sólido pensamento jusfilosófico. No caso, o positivismo, porém com claras adaptações à realidade nacional, que ainda podem ser muito exploradas pelos estudiosos.

2.3.4 A sistemática penal von Liszt

Franz von Litz⁶⁰ foi professor em Berlim e diretor do *Kriminalistisches Institut*, que foi criado como *Kriminalistisches Seminar* em Marburgo, em 1888. Sua obra

Barreto mostra que as teorias deterministas têm inestimável valor, mas devem ser transportadas com cautela ao Direito Penal [“Mas também o propósito de reduzir o crime a um simples fenómeno natural, e este é o alvo dessa teoria, que podemos designar por naturalismo jurídico, querer reduzir o crime a um fenómeno necessário, fatalmente inevitável, com a própria morte, não deixa de provocar sérios escrúpulos], ou, mais adiante, após admitir alguma influência genética e de fatores de educação (não absolutos) na criminalidade: [Até ahi não ha contestação. A duvida, porém, aparece, quando assim estabelecida e reconhecida a verdade, pretende-se eliminar, como quebrados mínimos, que não perturbam o calculo, os demais factores, inclusive a própria vontade, e fazer remontar somente a causas naturais, ou a vícios de organização social, a pratica de ações criminosas]. TOBIAS BARRETO, *Estudos*, p. 64 e 65.

⁵⁷ Clóvis Beviláqua, anos depois, dissertaria sobre a escola de Recife, com acurada descrição de seus componentes. Sobre o caráter polemizador de Tobias Barreto, vide especialmente BEVILACQUA, C., *Historia da Faculdade*, p. 371-373.

⁵⁸ Em texto póstumo ao falecimento de Tobias Barreto, Sylvio Romero esclareceu vários dos pontos de dissenso com o então recentemente falecido autor sergipano, desde a poesia, porque “Tobias não passou do lyrismo condoreiro e eu combati, desde 1869, esse *hugoanismo*”, até a etnografia e as ideias republicanas (ou melhor, da recém instaurada república). Fez Silvio Romero, entretanto, questão de dar a conhecer a obra de Barreto, reeditando-a em 1892. Cf. ROMERO, S., *Porque estou à frente*, p. IX.

⁵⁹ As palavras são de Flávio Sátiro Fernandes, Palestra proferida no Conselho Estadual de Cultura do Estado da Paraíba, por ocasião das comemorações do Centenário de nascimento de Augusto dos Anjos, em 1984, disponível em: <www.perci.com.br/augusto>.

⁶⁰ Nascido em 1851, em Viena, e morto em 1919.

mais conhecida, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*,⁶¹ foi editada em 1919, em Berlin, ano da morte do autor.

A ele se deve, essencialmente, a transformação do Direito Penal em ciência. Entretanto, antes de se compreender qual a importância de von Liszt para o Direito penal, é essencial lembrar que o penalista escreveu sob o triunfo das teorias positivistas. Isso significa afirmar que seu entorno era o das teorias naturalistas, da ideia de que o Direito – daí evidentemente o penal – deveria, para ser válido como ciência, aproximar seu método daquele das ciências matemáticas.

Entretanto, von Liszt progride em seu pensamento, ao rejeitar a ideia de delinquente nato e, até, declarar como adversários ideológicos os naturalistas radicais.⁶² *Grosso modo*, a proposta de von Liszt, no início do século XX, era a de superar a falta de cientificismo do Direito, *ampliando-o com outras ciências*, de caráter jurídico e criminológico. Declarou que, para o estudo da pena, era necessário conjugar Criminologia, Penologia e a pesquisa história sobre o desenvolvimento da delinquência. Também deu grande realce à *Política Criminal*, a qual deveria compreender estudos de Antropologia e da Sociologia.

O pensamento lisztiano foi alvo de críticas em seu próprio tempo, mas não deixou de ser significativo progresso na compreensão do Direito penal como ciência. A preocupação de Liszt com o *método* de pesquisa jurídico-penal levou-o, certamente, à elaboração mais exata do *causalismo*: os fenômenos, os resultados – transformações do mundo exterior – devem ser explicados a partir de suas causas⁶³ (que são também subjetivas). Isso não é pouco. O fato de que o causalismo tenha sido suplantado na doutrina penal não retira o mérito da sua preocupação com explicar o sistema de imputação, que até hoje causa controvérsia.

No Brasil, o tradutor de Liszt foi o professor Galdino Siqueira.⁶⁴

⁶¹ Von Liszt retomou a denominação “*Strafrecht*”, que muito influenciou a que hoje tratamos, em português, o Direito Penal (*Straf* = pena, sanção). Aos poucos abandonaram-se, no idioma germânico, as denominações “*peinliches Recht*” e *Criminalrecht* ou (*Kriminalrecht*). Mas Quintiliano Saldaña faz notar que estão enganados aqueles que encontram no atual *Strafrecht* uma denominação mais nova que as anteriores, tendo em vista que, conforme o autor espanhol, ela pode ser encontrada já em 1756 (Cf. QUINTILIANO SALDAÑA, *Adiciones*).

⁶² A observação original é de Jiménez de Asúa: “Digamos, también, que von Liszt negó la existencia del delincuente nato, citó lo menos posible a Ferri, y hasta en uno de sus artículos llegó a decir que en esos ‘naturalistas radicales tenemos los más peligrosos adversarios’”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Corsi e Ricorsi*, p. 195.

⁶³ Von Liszt, em seu *Lehrbuch*, traz sistematização que até hoje é seguida na Teoria do Crime. O conceito de ação e resultado (§ 28) e perigo, comissão e omissão (§§ 29 e 30) e, principalmente, os *Thatbestande* (§ 31) trouxeram uma sistemática que a partir de então seria seguida e, sem exagero, colocava os germânicos à ponta da teoria do delito.

⁶⁴ A influência de Liszt em Galdino Siqueira é notada no seu “Tratado de Direito Penal”, em que o professor austríaco é reiteradamente citado. A rejeição de Liszt ao pensamento determinista puro

2.3.5 Edmund Mezger e a evolução da doutrina

Mezger foi um dos maiores penalistas de todos os tempos.⁶⁵ Sua produção literária alcançou auge de originalidade, em grande medida abrindo caminho para o finalismo, como em algum momento aqui se demonstrará, daí que suas posições serão comentadas em outros trechos deste trabalho. Bem verdade, entretanto, que seu (incontestável) envolvimento tanto com a teoria nazista como com o próprio Reich hitlerista tem posto em xeque a validade teórica de seus escritos. Não vamos ignorar o fato (que talvez esteja sobrevalorado ultimamente),⁶⁶ mas há como separar um e outro aspecto, tendo em conta que seus escritos mais recentes não demonstram – ao menos ao que me consta – anuência a ideias totalitárias.

O trabalho do Professor Muñoz Conde⁶⁷ comprovou – ou ao menos reavivou na memória dos penalistas nascidos já posteriormente ao conflito mundial – que Mezger teve papel ativo no Reich, até mesmo ao elaborar a controversa reforma do Código Penal alemão que, em 1928, ampliou os delitos para qualquer *ofensa ao sentimento do povo alemão*. Demonstra Muñoz que o autor alemão pediu para – apresentando-se como “biólogo criminal” – visitar campos de concentração, daí que, diz o professor espanhol, Mezger foi colaborador direto das principais aberrações do regime nazista,⁶⁸ ou algumas vezes, quando acusado de não defender o nacionalsocialismo, negou qualquer descompromisso com o regime.⁶⁹ Pesa ainda contra ele o fato de haver publicado, talvez como discípulo, em coautoria com Hans Frank, jurista de tal compromisso com o Reich, que morreu enforcado por sentença do Tribunal de Nuremberg.⁷⁰ Tal constatação atenta contra a credibilidade da ciência produzida, principalmente quando – como aqui fazemos – se traça um vínculo indelével entre ciência do Direito penal e Direitos Humanos. A fim de não prolongar o assunto, friso apenas que, se é *absolutamente* impossível desvincular a temeridade das assertivas científicas por conta de sua origem, tampouco é impossível retirar da obra do autor aquilo que há de evolução do

aparece em Siqueira, ao explicar a metodologia do Direito: “É o chamado método técnico-jurídico, que cumpre agora particularizar devidamente, dest’arte mostrando a erronias de adeptos da escola realista empírica, na Alemanha, pugnando pela aplicação do método objetivo ou positivo à ciência do direito, reputando as abstrações jurídicas como puras ficções a técnica do direito como um formalismo escolástico”. SIQUEIRA, G. *Tratado*, p. 22.

⁶⁵ Nascido em 1883, na Basileia (Suíça), e morto em 1962.

⁶⁶ Apenas para que se saiba, o Direito Penal nazista é mais comumente ligado à chamada escola de Kiel, que tinha como ideólogos principais Schaffstein e Dahm. Este, em seu Manual de 1951 (portanto após o fim da Segunda Guerra), relativiza a monstrosidade do nazismo, com certa crítica à condução do “império milenar” a um caso criminal. Pede para que se o julgue desapassionadamente, com “uma distância que não existe na atualidade, e sequer não exista nunca”. Cf. DAHM, G., *Deutsches Recht*, p. 332-333.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Las visitas de Edmund Mezger*, p. 82.

⁶⁹ Cf. MUÑOZ CONDE, F., *Comentario a la reforma*, p. 303-315, 2003.

⁷⁰ Apenas para que se evite alguma confusão, que em nosso país já se fez: o maestro de Mezger, que atingiu o posto de *Reichrechtführer*, foi Hans Michel Frank, nascido em 1900 e morto, como já dito, em Nuremberg. Em algum momento, nesta obra – principalmente ao se cuidar de culpabilidade –, aparecerá o mesmo sobrenome, mas referido a Reinhard von Frank, nascido em 1860 e morto em 1934.

pensamento, até mesmo sob uma perspectiva de garantias penais.⁷¹ Muitos outros autores produzem boas obras e as contrariam em sua prática de vida, talvez movidos por circunstâncias que a dogmática não pode e não deve alcançar.

Não compromete de todo, entretanto, a riqueza do pensamento de Mezger, que muitas vezes será aqui referida. Bem certo que a teoria finalista deixou para trás alguns de seus conceitos, são visíveis os frutos do neokantismo, da escola *neo-clássica* que Mezger compôs.

2.3.6 Finalismo e Hans Welzel

Qualquer estudante que já tenha tido contato com o Direito penal conhece de algum modo as considerações acerca da transição entre *causalismo* e *finalismo penal*.⁷²

Resumir a teoria finalista em poucas palavras faz-se uma tarefa difícil, não porque seja ela especialmente mais complexa que qualquer outra que aqui se tenha desenvolvido. A dificuldade deve-se ao fato de que a concepção finalista traz várias consequências para a Teoria do Crime, ou seja, altera em grande medida a semântica – o conteúdo e significado – de muitos conceitos penais. Por isso, para compreender de fato o alcance do finalismo (como ocorrerá em quase igual medida com as teorias pós-finalistas), será preciso atentar-se aos conceitos que se desenvolverão a partir dos capítulos seguintes. Vamos, assim, a uma perspectiva histórica.

O principal expoente da teoria finalista da ação (*finale Handlungslehre*) foi o alemão Hans Welzel,⁷³ falecido em maio de 1977, portanto, já bastante próximo dos dias atuais. O pensamento de Welzel foi aceito – se levamos em conta o tama-

⁷¹ Na obra de Mezger, aqui utilizada à exaustão, não serão poucos os momentos em que se realçará a relevância das garantias penais, a exemplo da medida da culpabilidade. Mas aqui, em nota de rodapé, posso frisar que muitos outros autores produzem boas obras e as contrariam em sua prática de vida. É o evidente caso de Karl Larenz, cuja obra, neste capítulo sobre metodologia científica, é de consulta obrigatória, sob pena de se desconsiderar o que há de mais completo (produzido, pensado e publicado) sobre o tema. E, dando uma volta a outro campo e posicionamento político, mas com consequências idênticas, também posso citar a obra de Ernest Hemingway. Se seu *Por quem os sinos dobram* demonstra uma técnica narrativa que pouquíssimos livros conseguem igualar (em que também seu vínculo com a Espanha republicana fica evidente), não é menos verdade que recentemente aspectos de sua vida foram descobertos que desmentem seu espírito leal e democrático, revelando faceta cruel. Nada que literariamente, creio, comprometa sua obra, se não transportada a lição de vida, mas a atividade narrativa. No caso de Mezger, posso imaginar, sem segura informação, que o fato de haver permanecido no posto de teórico e estudioso em momento tão conturbado lhe seja de algum mérito.

⁷² Caso esta obra seja utilizada para um primeiro contato com o Direito penal, adianta-se que não faltará oportunidade de se comentarem as mudanças finalistas.

⁷³ Nascido em 1904, professor nas universidades de Göttingen e Bonn.

nho das mudanças que aportou – quase sem oposição na Alemanha e na Espanha. Depois, por consequência, absorvido no Brasil, onde destacados intelectuais do Direito Penal o compreenderam com técnica e crítica, agregando suas ideias a nossa legislação, em especial à Parte Geral do Código Penal Brasileiro, em sua grande reforma no ano de 1984.

Welzel critica o relativismo axiológico das teorias neokantianas, por considerá-las não muito mais que uma teoria complementar do positivismo. Ou seja, ele achava que os penalistas de seu tempo, mesmo que dissessem haverem superado o positivismo jurídico, não o haviam feito⁷⁴ de verdade. Faltava-lhes algo mais.⁷⁵

Em sua teoria, enfrenta aquilo que denomina *onipotência jurídica do legislador*, e expõe que as estruturas lógico-objetivas são constituídas de percepções ontológicas prévias, que não podem ser modificadas pelo Direito. Em outras palavras, quando o finalismo disserta sobre a *ação* humana, entende que o legislador não pode interferir nas relações meramente causais, vale dizer: o legislador não pode proibir a causação de um resultado, mas apenas ações finais. Dessa maneira, as estruturas da ação são prévias à proibição legislativa e repousam em alguma previsibilidade do agente acerca do resultado de sua ação, ou ao menos acerca do *desvalor* dela.

Três são os pontos principais em que as mudanças provocadas pelo finalismo foram mais incisivas (estruturas lógico-objetivas).

O primeiro ponto é a interpretação que faz Welzel acerca da *ação*. Para o autor, o curso da ação humana tem uma *carga* de vontade, o que equivale a dizer que ela é *finalisticamente* determinada. Por isso, para que a ciência do Direito bem defina o conceito de *ação*, esta deve conter a *vontade*.⁷⁶ Se pode parecer pouco, assim resumido, diga-se que foi um avanço incomensurável para o pensamento penal.

Levando-se ao extremo, nasce a consequência mais conhecida do pensamento finalista: a de que o dolo, tal qual os demais elementos subjetivos do injusto, passa a pertencer ao próprio tipo penal,^{77, 78} como decorrência direta dessas estruturas

⁷⁴ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía*, p. 199.

⁷⁵ Veja-se, como contraponto, a crítica consideração de Juarez Tavares: “A teoria finalista, entretanto, ainda que busque situar-se numa base ontológica, não se distancia muito do sistema que fora iniciado pelo neokantismo. O ponto comum de ambas as teorias está em deixar de priorizar o resultado e dar maior atenção aos aspectos direcionais e subjetivos da conduta e, conseqüentemente, do injusto”. TAVARES, J., *Teoria do Injusto*, p. 137.

⁷⁶ CEREZO MIR, J., *El finalismo, hoy*, p. 6.

⁷⁷ Em Chaves Camargo: “O dolo e a culpa *stricto sensu* deixam de ser elementos da culpabilidade e se transformam em formas de infringir uma norma”. CAMARGO, A. L. C., *Imputação Objetiva*, p. 30.

⁷⁸ “El dolo era concebido por Welzel como conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Era, por tanto, una finalidad referida a un tipo delictivo. No es correcto hablar, por ello, de dolo natural para referirse al concepto del dolo de Welzel, aunque se diferenciaba, sin

pré-jurídicas da ação.⁷⁹ Disso surge o desdobramento do tipo penal, nos delitos dolosos, em duas vertentes: o *tipo objetivo*, como descrição da manifestação exterior da vontade, com os elementos que a lei entender necessários para a caracterização do injusto, no que concerne à ação, ao resultado, aos objetos e ao agente. E o *tipo subjetivo*, que é, no caso, o *dolo* adequado à descrição objetiva.

Nesse passo, se a vontade é parte da ação humana, e esta se desenvolve por uma determinação finalística,⁸⁰ a ação dolosa ou a ação imprudente devem ser consideradas injustos típicos diferentes, pois uma é diretamente direcionada ao resultado desvalorado e outra é uma mera falta de observação do dever de cuidado.⁸¹

Também – e veremos em momento mais oportuno – o finalismo marcou a coerência do conceito (que já existia mas que não se integralizava) de culpabilidade *normativa*. *Grosso modo*, significa dizer que, nela, apenas se encontram os elementos que abarcam a relação do sujeito com o conjunto normativo, e não com sua relação psicológica com o fato. É pertinente, nesse tema, a distinção que continua sendo feita, no finalismo, entre ciências da natureza e ciências do espírito. As ciências naturais têm por objetivo o descobrimento da realidade causal (causa-

duda, del *dolus malus*, de la teoría jurídica del delito tradicional, basada en el concepto causal de la acción y que comprendía la conciencia de la antijuridicidad”. CERESO MIR, J., *El finalismo, hoy*, p. 7.

⁷⁹ É magistral a explicação de Gracia Martín sobre o vínculo entre estrutura prévia e inclusão do dolo e da culpa na ação penal: “Quando se parte de um conceito pré-jurídico de ação, como exige a perspectiva da concepção do homem como pessoa, e como também reclamam tanto a função como os fins do Direito Penal, então não se poderá estar de acordo com essas exigências nenhuma divisão ou secção da ação em uma parte objetiva ou externa, que fosse objeto do juízo parcial do injusto, e uma parte subjetiva ou anímica, que fosse de outro juízo parcial distinto, como é o de censura da culpabilidade. Uma regulação assim não respeitaria a estrutura lógico-objetiva da ação e seria, por isso mesmo, completamente errônea, contraditória e incapaz de cumprir seu fim”. GRACIA MARTIN, L., *O Horizonte*, p. 49.

⁸⁰ Quase 40 anos após seu uso, Welzel – após sofrer críticas de que aqui trataremos depois, relacionadas principalmente à ação culposa – reconheceu que talvez, em lugar do termo *finalidade* (*finalität*), haveria sido melhor utilizar *cibernética*, porque “o objetivo pode ser totalmente irrelevante (no aspecto jurídico), enquanto o que é juridicamente relevante é a própria direção e encaminhamento, se se realiza de modo impropriedade e não cuidadoso: na ação culposa”. WELZEL, H., *A Dogmática*, p. 12.

⁸¹ Cf. SERRANO-PIEDCASAS, J. R., *El conocimiento científico*, 2001, p. 688. Também essa diferenciação é que faz com que o injusto seja *subjetivado*, pois ele conta com o direcionamento do agente. Entretanto, a melhor definição de o que seja o injusto pessoal será a necessidade de elementos subjetivos de justificação, o que se verá no capítulo relacionado à antijuridicidade. Mas não é demais afirmar que, como o desvalor da ação é, para o finalismo, em essência o desvalor da “vertente subjetiva do fato”, a concepção finalista torna-se mais *subjetiva* que a causalista, em que – a partir daí se entende – o injusto tem uma concepção *objetiva*. Cf. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría*, p. 59-60.

consequência), enquanto o Direito, que não é ciência natural, estuda a realidade das ações humanas em sua finalidade.⁸²

Hassemer,⁸³ em posição crítica ao finalismo, não perde a oportunidade de observar que tal teoria guarda relação estreita com o nacional socialismo alemão, o que se faz natural, segundo ele, “tendo em vista que os princípios básicos dessa teoria remontam o início dos anos 30 e assim está sujeita à marca ideológica dessa época”.⁸⁴ Tal interpretação, entretanto, é controversa, pois haverá quem sustente, com sua parcela de razão, que o finalismo era a reação ao próprio pensamento extremista, a exemplo do Hirsch.⁸⁵ E com razão: é também tarefa do pensamento filosófico identificar as mazelas de seu tempo, motivo pelo qual um aprofundamento do pensamento penal, como foi o do finalismo, pode dissentir da corrente autoritária de pensamento que despontava a seu tempo. Melhor é, com Hassemer, acatar a ideia mais centrada: a assunção de que o finalismo cumpriu seu destino de elevar o Direito penal à filosofia e antropologia de seu tempo, mudando rumos da ciência penal.⁸⁶

Os maiores defensores do finalismo tradicionalista foram, além de Welzel, Armin Kaufmann e Hirsch. Todos aqui aparecem considerados.

2.3.7 O Pós-finalismo

Não se pode dizer que o finalismo tenha sido superado, como fonte do pensamento penal. O conceito pré-jurídico de ação e a interferência do Direito penal apenas em atos humanos que são direcionados ao resultado são consequências do pensamento welzeliano que estão longe de serem de todo substituídos. Mesmo os maiores expositores das correntes pós-finalistas, como o alemão Claus Roxin,⁸⁷ reconhecem que é em Welzel que se inspira seu pensamento, e que o finalismo teve seus méritos e chegou a resultados excelentes, embora por métodos “em parte corretos e em parte errôneos”.⁸⁸

Mas é certo que houve grandes mudanças, na teoria do crime como um todo.

Roxin aponta que a estrutura da ação finalista, enfatizando o elemento volitivo do delito, não conseguiu estruturar um sistema perfeito de punição que afastasse, em sua lógica, de maneira diversa às concepções anteriores, a exclusão da puni-

⁸² Cf. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., *Lecciones*, p. 90.

⁸³ Winfried Hassemer, penalista alemão nascido em 1940, é atualmente professor na Universidade de Frankfurt, tendo também sido professor emérito na Universidade do Rio de Janeiro.

⁸⁴ HASSEMER, W., *La ciencia*, p. 44 (tradução livre).

⁸⁵ Hirsch sustenta que “el finalismo no tuvo importancia alguna en los tiempos de Hitler”. Ele lembra que o direito penal nacional-socialista era um Direito penal de autor, e que somente depois da Segunda Guerra, a partir da discussão, na Alemanha, acerca do lugar dogmático do erro de proibição é que a atenção científica voltou-se ao finalismo. Cf. HIRSCH, H. J., *Acerca de la crítica*, p. 9.

⁸⁶ *Idem*, p. 45.

⁸⁷ Penalista nascido em 1953, em Hamburgo, e hoje professor na Universidade de Munique.

⁸⁸ ROXIN, C., *Normativismo, política criminal*, p. 58.

bilidade de acontecimentos involuntários e incontroláveis. Não seria, portanto, arraigando-se à vontade na ação que se poderiam afastar os acontecimentos causais em que o Direito penal não se deve intrometer. A lógica deveria ser outra.

No mesmo contexto, a ideia de finalidade não conseguira dar bom enquadramento aos delitos culposos e omissivos, os quais não têm uma ação direcionada especificamente ao resultado. Grande parte de todas as críticas ao finalismo encontram na omissão e na culpa a grande quebra lógica do pensamento finalista, embora, como já se disse, não tenha sido a questão deixada de lado por Welzel.

Por último, Roxin critica a concepção finalista a partir da problemática do erro. Segundo ele, Welzel teve o mérito de acertar que não haveria consequência para o dolo na ocorrência do erro de proibição, mas não poderia haver deixado de estender a exclusão do dolo aos casos de erro sobre pressupostos fáticos das causas de justificação. A problemática do erro sobre pressupostos fáticos das causas de justificação não é um mero detalhe na lógica finalista,⁸⁹ mas faremos sua explicação em momento mais oportuno.

Como em toda evolução do pensamento, há um processo de *desconstrução* para que haja a posterior *construção*. Bem verdade que muitas das falhas anteriormente apontadas foram corrigidas por um processo de aprimoramento científico do próprio finalismo, elas serviram de móvel para a concepção de novas ideias, que caminham para sentidos diversos.

É, assim, impossível fazer bom estudo do Direito Penal deixando-se de lado as concepções pós-finalistas. Para sistematizá-las, resumimos a concepção dos dois autores que têm liderado as concepções chamadas normativistas (um aqui já apresentado: Claus Roxin, e outro, Günther Jakobs).

2.3.7.1 Normativismo de Roxin: funcionalismo-teleológico

Roxin⁹⁰ entende adequado o título de normativismo (*normativismus*) a sua concepção de teoria dogmática. *Normativista* porque deixa de estar totalmente arraigada a um injusto pessoal, subjetivo, e passa a estabelecer critérios *externos*

⁸⁹ Cf. CEREZO MIR, J., *El finalismo*, p. 16-17.

⁹⁰ “Como se sabe, as investigações a respeito do sistema jurídico-penal no pós-guerra distanciaram-se cada vez mais de dados prévios ontológicos e de estruturas lógico-reais, sobre os quais o finalismo queria fundamentar o direito penal, tentando desenvolver a teoria geral do delito a partir de pontos de vista normativos. Por exemplo, a teoria de Jakobs é chamada por Schünemann de ‘normativismo livre de dados empíricos’, e a minha própria concepção, que deseja estruturar o sistema jurídico-penal com base em aspectos valorativos político criminais, é considerada pelos finalistas – e também por Moreno Hernández – uma ‘posição normativista’”. ROXIN, C., *Normativismo*, p. 55.

para o injusto, a exemplo da política criminal. Entretanto, sua teoria, que ainda se desenvolve, não é a única concepção normativista.

Grosso modo, a teoria de Roxin observa que deve existir uma função⁹¹ maior na estrutura do crime que o mero formalismo da tipicidade a partir de uma estrutura pré-jurídica. E essa função é a *política criminal*. Assim, a estrutura do crime, para o professor de Munique, *deve atender às finalidades da política criminal*. Se uma condenação não atende a finalidades políticas (finalidades da pena, mais exatamente de prevenção especial), não deve ser aplicada.

Assim colocado, Roxin insere em sua construção dogmática alguns elementos que merecem ser destacados, a exemplo dos próprios Direitos fundamentais como componentes da teoria do delito (ou ao menos como limitadores diretos do poder punitivo do Estado). Também dá essencial importância à culpabilidade como limitadora da pena, inserta em uma categoria delitiva a que denominou *responsabilidade*. Responsabilidade é a culpabilidade somada a uma “necessidade preventiva de punição”,⁹² justificada por seu ponto de vista teleológico (de atenção aos fins da pena).

Para estabelecer os critérios da ação, da tipicidade e, então, da própria intervenção penal, Roxin – bem como outros autores pós-finalistas – sistematiza outros critérios de *imputação objetiva*, a que nos referiremos ao cuidar da tipicidade.

2.3.7.2 *Jakobs e a teoria dos sistemas*

A concepção que Jakobs propõe para sua estrutura normativista, com o tempo, divergiu essencialmente das propostas de Roxin. Jakobs inspirou-se na teoria sistêmica do sociólogo Niklas Luhmann,⁹³ que afirma que a sociedade é composta basicamente de um conjunto de comunicações, que se criam por si próprias. Essas comunicações – codificadas – são mais determinantes no contexto social do que

⁹¹ Funcionalismo se pode então definir como a chamada *dogmática* penal orientada às consequências e tem como marco inicial a obra *Política Criminal e Sistema de Direito Penal*, de Roxin, 1970.

⁹² ROXIN, C., *Derecho Penal* – PG, p. 222.

⁹³ Luhmann faleceu no ano de 1998. Sua teoria – que em muitos momentos debateu com Habermas – entende a sociedade como um sistema comunicativo complexo. Esse sistema é mais importante que o próprio indivíduo. Não é o homem, mas a comunicação que comunica, daí se dizer que a comunicação cria outras comunicações e se diferencia do meio ambiente. Essa autocriação que o sistema faz de suas próprias unidades menores é chamada *autopoiese* (*poiesis* – produção). Então, entenda-se: o sistema autopoietico é aquele que recria suas próprias unidades. Essa unidade que se recria a si própria é a *comunicação*, portanto, a teoria dos sistemas é uma teoria comunicativa. Com ela se constrói um sistema social que se reproduz (e se basta) a si mesmo por meio da comunicação, e esta – a comunicação – passa a ser a única atividade genuinamente social. Tal realidade aparece constantemente na obra de Jakobs (Cf. GÓMEZ-JARA, *Teoría de sistemas*, p. 387-388).

o próprio indivíduo.⁹⁴ Daí identifica Luhmann o funcionalismo como uma forma de rejeição aos sistemas causais no sentido tradicional, para (palavras dele) aparecer como uma mescla de teorias e métodos, opondo às objeções estritamente metodológicas uma *teoria das necessidades do sistema*, ou seja, manifestações sobre problemas que um sistema deve resolver se pretende perpetuar-se.⁹⁵

Para Luhmann, que parte do conceito de Parsons, há que se observar que em uma sociedade de comunicação os comunicantes não são sempre os mesmos nem são iguais, mas se devem pôr em acordo, porque a sociedade impõe uma congruência. Essa coerência se dá pela linguagem, que assume, no contexto social, uma função de *duplicação*. Essa função de *duplicação* é a possibilidade que a linguagem social permite de se *afirmar* ou *negar* algo. Curiosamente – e Luhmann o assume⁹⁶ –, essa teoria inspirada na (ou retirada da) *teoria biogenética*, e não em teoria lingüística. O conhecimento básico de biologia leva a compreender como se baseou em uma teoria estruturante da comunicação/codificação genética. Talvez, entretanto, tenha sido suficientemente desvirtuada⁹⁷ para chegar a caber nos trilhos da comunicação humana em sociedade.

A partir dessa concepção – aqui muito resumida – Jakobs vê o direito como um conjunto de regras que tenta estabilizar as expectativas de comportamento no contexto social.⁹⁸ E a pena importa menos ao indivíduo que a esse *sistema* comunicativo, esse sistema de expectativas: quando a pena é aplicada, ela se faz um fortalecimento, um *exercício* de fidelidade ao direito, e comprova que o direito é mais forte que sua contravenção⁹⁹ (ou seja, como preconizava Luhmann, *perpetua* o sistema, ainda sem a rigidez metódica causal).¹⁰⁰

⁹⁴ “Las sociedades más complejas tienen que distinguir claramente entre persona y papel social, y su estructura y la confiabilidad de las expectativas de comportamiento tiene que ser proporcionada más por papeles sociales que por personas”. LUHMANN, N., *Modernas Teorías*, p. 26.

⁹⁵ É tal como está em LUHMANN, N., *Método funcional*, p. 52. Recorto apenas: “A fin de eludir ese conflicto se apeló – más o menos conscientemente – a una mezcla de teorías y métodos”.

⁹⁶ Cf. LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad*, p. 104.

⁹⁷ Críticas a essa transposição da biologia à sociologia (“introducir armas biológicas mortales en las exposiciones de las ciencias sociales”) não faltam. Cf. KARLIG, W., *Sociedad sin sujetos*, p. 43.

⁹⁸ “A un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere a su comportamiento como la conformación normativa. Esta imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación”. JAKOBS, *Derecho Penal* – PG, p. 13.

⁹⁹ “La pena – como la infracción de la norma – no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también en la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma”. JAKOBS, *idem*.

¹⁰⁰ Haverá quem diferencie, pela perspectiva de Jakobs, o exercício de fidelidade ao direito a partir de Hegel ou de Luhmann, a afirmar que o professor de Bonn se aproxima mais deste. É que a “fidelidade” era premissa básica da teoria da Escola de Kiel, do nacional-socialismo alemão. Sobre o tema, vide REYNA ALFARO, L. M., *Derecho penal, ética*, especialmente p. 778-779.

Daí que a principal função da pena, para o autor, é a prevenção positiva, e que o próprio sistema comunicativo estabelece a justiça da pena (muito ao contrário da visão teleológica de Roxin). Os homens, dentro da sociedade, têm capacidade de compreender o sentido da comunicação e de se autoadministrar nele, ou serão reconhecidamente incompetentes para fazê-lo, e então apenados.¹⁰¹ Então, a pena é uma forma de demonstrar que o condenado não se autoadministra (ou não se autoadministrou) no sistema comunicativo e, digo eu, consequência direta do sentido da pena como restabelecimento do sistema comunicativo é a marginalização do indivíduo. É aqui que se abre perigoso caminho para o Direito penal do inimigo.

[Entretanto, a já analisada concepção do direito penal do inimigo coloca em xeque a, por assim dizer, veracidade da assertiva de Jakobs em relação à função da pena. Cancio Meliá, por exemplo, virá a afirmar – bem verdade que analisando especificamente o *Feinstraftrecht* – que o verdadeiro fim da pena será a exclusão, e então o “sonho preventivista” acaba em “pesadelo”.]¹⁰²

Evidentemente, se trata de uma visão bastante superficial do normativismo, que tem buscado – com maior ou menor coerência ou maturidade – recolocar toda a teoria do crime a partir da negação do ontologismo finalista, porém partindo dele.

2.4 Conclusão

Um breve estudo da evolução da dogmática penal pode nos levar a algumas conclusões que talvez seja útil expressar. Primeiro – aqui repisado – que o Direito penal está entrelaçado à evolução cultural. Não se ignora que, por detrás da teoria – ou por detrás do percurso evolutivo da teoria –, existam fatores econômicos, idiossincráticos, estruturais-acadêmicos, políticos, dentre outros, que tumultuam o evoluir do pensamento, mas que, paradoxalmente, são-lhe essenciais.

Com a liberdade da ciência humana, não se pode traçar exatamente qual seria a característica que faria com que um texto penal adquirisse um caráter *científico*, ou seja, se diferenciasse de um texto criminal que *não* constituísse ciência. Sobre o tema, Gimbernat definiu a dogmática como a investigação daquilo que é regulado pelo Direito penal e Jakobs, em uma consideração mais ampla, afirmou – o que a princípio se distancia muito de seu *Feinstraftrecht* – que *científico*, no Direito penal, será tudo aquilo que partir do ponto de vista de preocupação com a *legitimidade*.

Então, o que melhor faz a ciência do direito penal é, de um modo ou de outro, exigir que o ser humano se ponha a *pensar* sobre a realidade (ou sobre aquilo que crê ser a realidade) criminal. Tal é o grande papel da ciência. Diante disso, agrega

¹⁰¹ JAKOBS, G., *Dogmática de derecho penal y la configuración*, p. 91.

¹⁰² Cf. CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo: contexto político-criminal*, p. 73.

informações de outras áreas do conhecimento, preocupa-se com métodos, com pureza da teoria ou com eventual distanciamento da realidade, dentre outros. Da percepção do leitor – ao menos do mais pessimista ou crítico – não escapará que cada resposta científica cria suas próprias questões, que são resolvidas criando-se ainda mais ciência, o que faz com que a produção bibliográfica do Direito se estenda sem grandes soluções a casos concretos. Sem grandes soluções, compreenda-se, mas com *alguma* evolução prática, e tudo isso faz com que método, cúmulo de conhecimento, crítica, curiosidade e dialética científica valham a pena. Ao menos, agregam racionalidade às ações do homem.

O cientista tem consciência que, daqui a algumas décadas, suas teorias podem aparentar a primariedade que hoje aparentam os desenhos de Lombroso ou as primeiras assertivas sobre proporcionalidade de Beccaria. Não há problema, se a seu tempo se mantiver com um conhecimento que represente a efetiva sedimentação da evolução do pensamento até ali, no quanto possível a salvo dos modismos momentâneos. E, sem truque de retórica, se conseguimos manter essa evolução no rumo de garantia dos direitos humanos – o que nem sempre é certo –, o estudo da ciência penal, mesmo poroso e inconstante, cumpre sua função.

Fundamentos de Direito Penal Brasileiro

Este livro expõe a matéria básica do Direito Penal e, a partir daí, suas principais teorias e controvérsias, com coerência para a melhor compreensão: Ciência do Direito Penal e Desenvolvimento da Dogmática, Interpretação das Normas Penais (com especial ênfase na hermenêutica constitucional), Internacionalização do Direito Penal, Tipicidade e suas questões nucleares (dentre elas a imputação objetiva); Antijuridicidade e suas excludentes; Culpabilidade e Erro, além de capítulos exclusivos para delitos omissivos e culposos.

Trata-se de um livro idealizado para dar ao leitor uma noção completa do núcleo do Direito Penal, de acordo com a lei brasileira. Um programa desenvolvido **metodologicamente** para tratar, passo a passo, dos temas necessários àquele que pretende conhecer e se aprofundar no Estudo do Direito Penal. Idealizado para graduação (Direito Penal – Parte Geral) e pós-graduação, na área do Direito Penal. A estrutura da obra permite que o estudante escolha entre a **leitura elementar** ou **leitura aprofundada**, conforme consta da metodologia.

Aos professores, é apresentada a **concepção metodológica** da obra, visando principalmente a aplicação da disciplina de Lei Penal e Teoria do Crime na Pós-Graduação. Ao profissional, é fornecida análise **jurisprudencial do STF**.

Aplicação

Livro-texto para a disciplina *Direito Penal* dos cursos de graduação ou de pós-graduação em Direito. Leitura complementar para as disciplinas *Teoria do Crime* e *Teoria do Direito Penal*. Obra de relevante interesse para os operadores do Direito que atuam com Direito Penal.

publicação atlas

www.EditoraAtlas.com.br

