

**FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa**

**DE FEUERBACH A MEZGER, DO PERÍODO CLÁSSICO AO NEOKANTISMO:  
A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA COMO FENÔMENO POLÍTICO-CRIMINAL**

**ERICK LEONEL BARBOSA DA SILVA**

**2017/2019**

**FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa**

**DE FEUERBACH A MEZGER, DO PERÍODO CLÁSSICO AO NEOKANTISMO:  
A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA COMO FENÔMENO POLÍTICO-CRIMINAL**

**ERICK LEONEL BARBOSA DA SILVA**

TESE ORIENTADA PELAS PROFESSORAS DOUTORAS SÍLVIA ISABEL DOS ANJOS CAETANO ALVES E TERESA QUINTELA DE BRITO, ESPECIALMENTE ELABORADA PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA (DISSERTAÇÃO).

**2017/2019**

*Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui.*

*Sê todo em cada coisa.*

*Põe quanto és no mínimo que fazes.*

*Assim em cada lago a lua toda brilha, porque alta vive.*

Ricardo Reis [Fernando Pessoa].

## Agradecimentos

À minha esposa, Vânia Midori Bruneli e Silva, companheira, fonte de admiração e inspiração, que abdicou temporariamente de sua profissão para viver os meus sonhos. *Ela me convida para viver os sonhos dela... e eu vou junto carregando os meus;*

Aos meus filhos, Felipe Leonel Bruneli e Silva e Joana Leonel Bruneli e Silva, meus amores que diariamente me ensinam a enxergar o mundo de forma mais pura e inocente;

Aos meus pais, Rômulo Barbosa da Silva e Riquelme Suely Vargas Leonel e Silva, exemplos de vida e eternos incentivadores, que sempre lutaram, sofreram, choraram e comemoraram junto a mim;

Aos meus irmãos, cunhados, sogro, sogra e sobrinhos: Luciana Leonel Barbosa da Silva, Frederico Leonel Barbosa da Silva, Leandro Molinari, Ana Cristina Chamon, Vanessa Sábio Bruneli, Reginaldo Sábio, Viviane Akemi Bruneli, Francisco Bruneli e Mithuco Soda Bruneli, Rafaela, Gabriel Molinari, Stella Sábio, Eduardo e Thalles Sábio, por todo o apoio afetivo necessário para a elaboração deste trabalho;

À orientadora, Professora Doutora Sílvia Alves, pelos valorosos conhecimentos transmitidos, pela dedicação despendida e pela doce forma como acolheu a mim e à minha família;

Da mesma forma, à orientadora Professora Doutora Teresa Quintela de Brito, por acreditar nesta pesquisa e contribuir com preciosas orientações;

Ao grande amigo e colega de profissão, Dr. Marcelo Alessandro Gobbato, um verdadeiro coorientador desta tese, que abdicou de muitos dos seus períodos de lazer com sua família para a leitura destes escritos, contribuindo enormemente para seu desenvolvimento;

À minha família brasileira em Portugal: Pablo de Melo, Albely e Davi, pessoas que se tornaram essenciais em nossas vidas;

Ao amigo e também colega de profissão, Dr. Vilmar Antônio da Fonseca, por suportar as dificuldades em cumular as funções de duas Promotorias de Justiça durante meu afastamento;

Aos servidores e estagiários do Ministério Público do Estado do Paraná, Raíza Alves Rezende, Vanessa Rossi Correia, Rayana Karlla dos Santos Nascimento, Rubem Luiz Bonfim Gavioli e Eduarda Tavares Pereira, por me auxiliarem nos períodos de irritação, angústia e frustração;

A todos os meus amigos que de alguma forma facilitaram minha ida e adaptação em Portugal: nominá-los seria impossível;

Ao Ministério Público do Estado do Paraná, representado na pessoa do Procurador-Geral de Justiça Dr. Gilberto Giacóia, por investir em meu aprimoramento. Sou apenas um grão de areia diante da grandiosidade dessa instituição, mas espero sempre poder bem representá-la onde quer que eu esteja.

## Resumo

Este estudo tem por objetivo estabelecer uma relação entre a política criminal e a evolução da dogmática penal relativamente aos elementos subjetivos do crime. Para tanto, partiu-se da premissa de que o Direito Penal é um sistema aberto e, portanto, deixa-se influenciar pelos fins político-criminais assumidos pelos mais diversos modelos de Estado. A pesquisa foi delimitada no tempo e no espaço. No tempo, optou-se pelo período compreendido entre o final do século XVIII e início do século XX, oportunidade em que o Direito e a política criminal ganham contornos mais científicos, coincidindo com o surgimento das escolas penais e das denominadas teorias clássicas do dolo. No âmbito espacial, a despeito de não mais existir um Direito comum, dispôs-se a analisar o pensamento doutrinário de renomados penalistas europeus que, de alguma maneira, contribuíram para a formação da teoria clássica do dolo, relacionando-o com as escolas penais. No primeiro capítulo, é realizado um estudo da política criminal como ciência, seu surgimento histórico, evolução, conceito, objeto de estudo, objetivos e suas relações com o Direito Penal e com a Criminologia. Na sequência, dedicamo-nos às principais escolas penais, seus surgimentos, embasamentos filosóficos, momentos históricos-sociais que as influenciaram, métodos dogmáticos empregados e a uma breve análise do pensamento de seus expoentes. Concluída a abordagem introdutória, passa-se à análise do surgimento e evolução histórica das teorias do dolo e da negligência, desde o Direito antigo até o *ius commune*, além das tendências político-criminais existentes em cada período. O último capítulo destina-se à pesquisa sobre como as tendências político-criminais das principais escolas penais influenciaram a formação da teoria clássica do dolo. Para tanto, são abordadas as doutrinas de alguns dos principais penalistas que as integravam, exercendo um juízo comparativo entre o dolo e a negligência, topografia, seus conceitos, conteúdos, métodos de imputação e alguns elementos adjacentes, e os fins do Direito Penal, além da natureza e dos fins das penas. Ao final, conclui-se que não se trata de uma via de mão única. A relação entre a dogmática penal a política criminal é simbiótica.

**Palavras-chave:** Dolo e negligência; imputação subjetiva; política criminal; teorias clássicas; escolas penais.

## Abstract

This study aims to establish a relationship between criminal policy and the evolution of criminal dogma in relation to the subjective elements of crime. For that, it started from the premise that Criminal Law is an open system and, therefore, it allows itself to be influenced by the political-criminal ends assumed by the most diverse State political models. The research was limited in time and space. In time, it has been opted for the period between the end of the 18th century and the beginning of the 20th century, opportunity in which Law and criminal policy took on more scientific contours, coinciding with the emergence of penal schools and the so-called classic theories of *dolus*. In the spatial sphere, despite the fact that there is no longer a common law, it has been willing to analyze the doctrinal thinking of renowned European penalists who, in some way, contributed to the formation of the classical theory of *dolus*, relating it to criminal schools. In the first chapter, is carried out a study of Criminal Policy as a science, its historical appearance, evolution, concept, object of study, objectives and its relations with Criminal Law and Criminology. Afterwards, we dedicate ourselves to the main criminal schools, their arisence, the philosophical basis, the historical-social moments that influenced them, the criminal dogmatic method employed and a brief analysis of the thought of their exponents. After the introductory approach is concluded, the analysis of the arisence and historical evolution of the theories of *dolus* and negligence, from ancient law to the *ius commune*, goes beyond the political-criminal tendencies existing in each period. The last chapter is devoted to research on how the political-criminal tendencies of the main criminal schools influenced the formation of the classical theory of *dolus*. For this purpose, the doctrines of some of the main penalists that were part of them are approached, exercising a comparative judgment between *dolus* and negligence, topography, its concepts, contents, imputation methods and some adjacent elements, and the purposes of Criminal Law, besides the nature and purpose of the sanction. In the end, it is concluded that this is not a one-way street. The relationship between criminal dogmatic and criminal policy is symbiotic.

**Keywords:** Dolus and negligence; subjective imputation; criminal policy; classical theories; criminal schools.

## Siglas e Abreviaturas

art., arts.	-	artigo, artigos
cf.	-	conforme
coord.	-	coordenador, coordenação
<i>et al.</i>	-	et alii (e outras pessoas)
etc.	-	<i>et cetera</i> (e outras coisas)
n.º, n.ºs	-	número, números
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
ss.	-	seguintes

## ÍNDICE

<b>1</b>	<b>Introdução.....</b>	<b>11</b>
1.1	Apresentação da problemática.....	11
1.2	Pressuposto do trabalho: A influência do modelo político-criminal no Direito Penal..	13
1.3	Metodologia empregada.....	17
<b>2</b>	<b>Política criminal como ciência em ponto de ebulição.....</b>	<b>20</b>
2.1	Noções introdutórias.....	20
2.2	A simbiótica relação entre a política criminal, criminologia e dogmática penal.....	21
2.3	A política criminal nas Escolas Penais.....	25
2.3.1	<i>Política criminal racionalista, Humanitarismo Jurídico e Contratualismo: a Escola Clássica de Beccaria.....</i>	<i>25</i>
2.3.2	<i>A Escola Clássica alemã e o idealismo Kantiano e Hegeliano.....</i>	<i>30</i>
2.3.3	<i>Política criminal empírica: a Escola Positivista.....</i>	<i>34</i>
2.3.4	<i>A Escola Moderna alemã/Escola alemã de política criminal/Escola de Marburgo.....</i>	<i>41</i>
2.3.5	<i>A Escola Neoclássica/Neokantiana.....</i>	<i>43</i>
<b>3</b>	<b>A formação da Teoria Clássica do dolo: do Direito Antigo ao <i>ius commune</i>.....</b>	<b>46</b>
3.1	Código de Hamurabi e Código de Manu.....	46
3.2	A filosofia grega e o nascimento das teorias do dolo.....	46
3.3	O Direito Romano: <i>culpa lata</i> , <i>dolo in re ipsa</i> , <i>dolus malus</i> e <i>dolo ex re</i> .....	53
3.4	<i>A Idade Média e o Ius Commune: da responsabilidade objetiva ao dolo indireto.....</i>	<i>64</i>
<b>4</b>	<b>As teorias clássicas do dolo sob influência do modelo político-criminal.....</b>	<b>77</b>
4.1	O Humanitarismo e o início das teorias clássicas: a utilitária subjetivação do dolo...77	
4.1.1	<i>Paul Johann Anselm Von Feuerbach (1775-1833): a política criminal da coação preventiva e o dolo psicológico-volitivo.....</i>	<i>78</i>
4.1.2	<i>– Francesco Carrara (1805-1888): dolo e negligência como elementos de valoração política do delito.....</i>	<i>84</i>
4.1.3	<i>– A postura eclética quanto aos fins das penas e dolo psicológico: Pascoal de Mello Freire dos Reis (1738-1798).....</i>	<i>90</i>
4.2	O determinismo positivista.....	92

4.2.1 Enrico Ferri (1856-1929): dolo e negligência como medida do tratamento social.....	92
4.2.2 Raffaele Garofalo (1851-1934) e a anomalia moral do delinquente.....	97
4.2.3 Franz von Liszt (1851-1919): a teoria da representação e a prevenção mediante retribuição.....	101
4.2.4 José Caeiro da Mata (1877-1963) e a patologia criminal.....	106
4.3 Sistema neoclássico/neokantiano: o Direito Penal dos valores.....	110
4.3.1 As fórmulas de Reginald Frank (1860-1934): o dolo cognitivo sob um método de imputação volitiva.....	111
4.3.2 Edmund Mezger (1883-1962): a conduta de vida do autor.....	114
<b>5 Conclusões.....</b>	<b>122</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>130</b>

# 1 Introdução

## 1.1 Apresentação da problemática

O *Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal*. Essa renomada frase atribuída ao jurista alemão Von Liszt<sup>1</sup> bem representa a tortuosa relação entre o Direito Penal e a política criminal, mesmo antes de os dois se reconhecerem como ramos científicos. O Direito é o reflexo de uma decisão política<sup>2</sup>. Não é uma ciência estática, se transforma à medida que a sociedade evolui cultural e politicamente, ao mesmo tempo em que influencia a própria evolução social. Como instrumento regulador das relações sociais, não pode se afastar da realidade e dos resultados práticos de sua aplicação<sup>3</sup>.

Da mesma maneira, o Direito Penal não é um fim em si mesmo; trata-se de um instrumento de transformação social para a realização das finalidades político-criminais, independentemente do modelo de Estado adotado<sup>4</sup>. A bem da verdade, historicamente os mais diversos governantes apropriaram-se desse instrumento jurídico como forma de imporem suas ideologias políticas<sup>5</sup>, muitas vezes rompendo com o sistema de garantias em prol de algo ilusoriamente maior, a pacificação social. E, por isso, é perfeitamente possível afirmar que as finalidades político-criminais tiveram papel preponderante na construção dogmática em torno do crime e seus elementos. Mas o que importa é como influenciaram a evolução doutrinária atinente aos elementos subjetivos do delito.

Este estudo tem por objetivo, portanto, compreender historicamente a ainda polêmica e dificultosa imputação subjetiva da conduta, sabendo-se que o âmbito conceitual e a metodologia probatória do dolo e da negligência variam a depender do ideal político-criminal proposto<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> ROXIN (1981:19), SCHÜNEMANN (1991:696), MIR PUIG (2003:105), HASSEMER e MUÑOZ CONDE (1989:156) e BORJA JIMÉNEZ (2003:114).

<sup>2</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:129).

<sup>3</sup> Nesse sentido, DEL ROSAL (1948:98-99), doutrinador espanhol do século XX que defendia uma superação do formalismo positivista em prol de um Direito Penal mais voltado à realidade social, discorria que: *La realidad históricossocial de cada época acucia a la Comunidad política a que nos diga la forma y manera con que subviene a las necesidades, ora creadas por nuevas formas de criminalidad, ora por la proteccion de nuevos valores históricopolíticos, ora por la especial acentuación sobre ciertos intereses, etc., y en la elección que hace algunos valores, en el modo como ordena los intereses en curso, en el específico dispositivo de su aparato y coacciones penales, etcétera, nos descubre una buena parte de la 'substancia singular' de la posición jurídicopenal de esta Comunidad política.*

<sup>4</sup> ROXIN (1981:199).

<sup>5</sup> Sobre isso, ZAFFARONI (2019:223) assinala que:  *Talvez a ciência jurídico-penal seja um dos âmbitos do conhecimento mais condicionado pelas ideologias, pelas concepções do mundo, pelas circunstâncias concretas da sociedade e pela realidade vivenciada.*

<sup>6</sup> *A decisão que envolve a qualificação de um comportamento como doloso tem a sua dimensão de ponderação e de repercussão das implicações numa decisão concreta das finalidades do sistema penal. Quando nos confrontamos com o significado de imputar o dolo à conduta do agente, teremos de apurar se*

O dolo e a negligência são conceitos jurídicos decorrentes da opção político-criminal de punir mais gravemente determinado tipo de condutas<sup>7</sup>, tendo por pressupostos o livre-arbítrio, a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade individual em relação ao próximo. Sua evolução histórica confunde-se com a própria evolução do Direito Penal, considerando a íntima vinculação entre a responsabilidade penal e a autonomia moral do indivíduo<sup>8</sup>. Atualmente, há uma vastidão de teorias e conceitos doutrinários e legais de dolo que acabam por serem empregados pelo julgador de forma utilitária<sup>9</sup>, ou seja, com o fim de fundamentar o que ele acredita ser a melhor solução ao caso concreto, a depender da gravidade da conduta praticada<sup>10</sup>. Não existe consenso sequer sobre as razões pelas quais a conduta dolosa é punida de maneira mais severa do que a culposa<sup>11</sup>. Essas dificuldades decorrem de sua própria construção histórico dogmática, tendo em mente que a imputação subjetiva sempre foi permeada por questões morais, sociais e, principalmente, políticas.

Dessa forma, a doutrina que trata do dolo e da negligência serve de termômetro do rigor penal adotado em cada período histórico, já que se amplia ou restringe a sua imputação a depender do objetivo almejado; de um lado, a repressão, do outro, a garantia dos

---

*procuramos uma matéria psicológica realmente existente e vivida pelo agente, um modo objectivo exterior de comportamento que, como uma espécie de “fotógrafos” identificamos ou se apenas falamos de um juízo baseado em certas premissas que constituem uma inquirição racional sobre o significado que o comportamento poderia ter.* PALMA (2013:634).

<sup>7</sup> Sobre esse tema, vale a pena citar as lições de MARTELETO FILHO (2018:16): *o conceito de dolo, em si, se constrói a partir de considerações teleológicas, estritamente vinculadas ao merecimento da pena: é a “ratio” da punição qualificada quem dará o conteúdo e os contornos do conceito.* Ver, ainda, PALMA (2017b:217 e ss.).

<sup>8</sup> Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:174-175) enunciam que: *Embora não se possa falar de uma continuidade histórica no direito penal, pode reconhecer-se na história do direito penal uma luta da qual vai surgindo, arduamente a concepção do homem como pessoa, isto é, como um ser dotado de autonomia moral. Esse conceito não surge de um só golpe e tampouco de forma progressiva e ininterrupta, mas se gesta em uma sucessão de marchas e contramarchas, cuja origem se perde no terreno da paleontologia e da antropologia cultural, cujo desenvolvimento continua até nossos dias, em que a luta segue talvez mais encarniçada do que nunca.*

<sup>9</sup> RAGUÉS I VALLÉS (1999:364), no tocante aos diversos conceitos de dolo, assim leciona: *Adoptar una o otra como más adecuada, en función de su menor o mayor precisión, probablemente sólo dependa de los intereses de quien tenga que manejarlas.* Sobre a forma como a jurisprudência portuguesa realiza a análise do dolo e negligência, ver, também, PALMA (2017b:159-161).

<sup>10</sup> Para SCHÜNEMANN (2002:107), a jurisprudência, ainda que de maneira intuitiva, diferencia condutas que são absolutamente intoleráveis para a proteção do bem jurídico daquelas que são visivelmente menos gravosas.

<sup>11</sup> Como exemplo da discussão atual da doutrina, ROXIN (1997:427) defende que: *La delimitación entre dolo e imprudencia expresa sin embargo no sólo una diferencia de injusto, sino también una diferencia importante de culpabilidad, que justifica la distinta punición de ambas formas de conducta: pues quien se decide — aunque sea sólo para un caso eventual — en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía — aunque sea negligentemente — en la no producción del resultado.* VARELA (2016:414-416), por sua vez, adota uma posição diversa de que a imputação do dolo deve decorrer do caráter retributivo e ressocializador do Direito Penal para evitar a instrumentalização do sujeito com base na ideia de uma prevenção geral, que legitima a utilização de elementos puramente fictícios e despreza a dignidade da pessoa humana. Ainda para PALMA (2002:821): *A resposta à questão da razão de ser de uma distinção entre dolo e negligência como títulos de responsabilidade penal consiste, necessariamente, na convicção de que há um superior poder e direcção dos nossos actos no comportamento doloso. Mas isso não implica, como se sustentou, a existência efectiva de estados mentais ou volições, numa perspectiva “introvertida” de vontade, que corresponde à tradição cartesiana.*

interesses individuais frente ao Estado. E o objetivo deste trabalho é demonstrar como isso efetivamente ocorreu, ou seja, como a política criminal influenciou a dogmática penal, relativamente ao âmbito conceitual do dolo e a forma de imputá-lo no caso concreto, sem a pretensão, por óbvio, de resolver a problemática contemporânea, mas apenas trazer mais elementos para lidar com ela, considerando que é uma das funções da política criminal aplicada: *El estudio de la Historia del Derecho penal, también a modo de 'fuente de información y motor' del cambio legal, sobre la base de las insuficiencias y aciertos observados en la configuración y aplicación histórica de las instituciones que combaten la delincuencia*<sup>12</sup>.

A bem da verdade, o pano de fundo desta pesquisa é a polêmica envolvendo os sistemas penais e a capacidade de serem influenciados por elementos externos, a qual é brevemente abordada no próximo ponto. E nesse viés, o estudo histórico é imprescindível para que se percebam nas pretéritas decisões político-jurídicas os seus sucessos e fracassos, com o fim de aprimorar o sistema atual. Nesse sentido, MENDES (2003:649) pontua que<sup>13</sup>:

*O estudo do direito penal do passado e do direito penal romano em especial é, pois, um excelente remédio contra uma doença que se nos pega vezes demais e que nos impede de compreender a fundo os próprios problemas do direito penal hodierno, uma doença que tem um nome: a razão tecnocrática que se compraz nas construções jurídicas tiradas do direito positivo absolutamente inerte.*

Assim, devidamente delineadas essas questões introdutórias, é possível realizar um juízo comparativo entre os movimentos político-criminais e as concepções de dolo relativo ao período clássico.

## 1.2 Pressuposto do trabalho: A influência do modelo de Estado (ou do modelo político-criminal) no Direito Penal e o Direito como um sistema aberto

Conforme já assinalado, o pano de fundo desta investigação científica é a antiga discussão, ainda não totalmente superada, sobre o caráter aberto ou fechado do Direito Penal, ou seja, se sofre ou não influências social, cultural, histórica e, particularmente, política – objeto específico deste estudo<sup>14</sup>. O que se pretende, assim, utilizando a imputação

---

<sup>12</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:77). No mesmo sentido, ZIPF (1979:15) assinala que: *...la Historia del Derecho se convierte en la primera piedra de toque y en material de observación par el especialista en Política criminal.*

<sup>13</sup> No mesmo sentido, IHERING (2005:41) aponta que: *El hombre de hoy es capaz de comprender mejor el derecho del pasado, porque puede darse cuenta de lo que permanecía oculto para aquéllos y descubrir sustancia íntima y lógica.*

<sup>14</sup> A necessária relação entre as teorias dos sistemas, os fins das penas e os modelos político-criminais é retratada por PALMA (2017a:49 e ss.).

subjetiva como paradigma e partindo do pressuposto de que a dogmática penal não efetivamente cumpriu historicamente o papel que muitos defendiam – a exemplo de Liszt –, de impedir influências político-ideológicas sobre o Direito Penal, é verificar de que forma aquela foi utilizada como instrumento dessas, seguindo a ideia de MUNÓZ CONDE (2013:97) quando afirma que: *...el condicionamiento político de las construcciones dogmáticas en cualquier momento histórico no puede soslayarse.*

Pois bem, desde que o Direito assumiu contornos mais científicos, especificamente nos fins do século XVIII, há um embate entre o que se denomina ciências empíricas e ciências abstratas, assim como a relação entre estas – natural e racional, formal e material, teórico e empírico<sup>15</sup>. Mais recentemente, esse embate teve por principais expoentes Luhmann e Habermas, sem, por óbvio, desprezar outros importantes doutrinadores que tratam do tema.

Em apertada síntese – pois não se tem a pretensão de analisar de forma profunda tão complexo tema –, Luhmann trabalha com a ideia de um sistema fechado, autopoietico. É o sistema que se autolegitima sem estar sujeito às sazonalidades e inconstâncias de elementos a ele extrínsecos, como, por exemplo, influência de decisões políticas<sup>16</sup>. O Direito em si é um sistema circular, ou seja, seus elementos constitutivos, dentre os quais suas normas, se relacionam de maneira circular, utilizando-se de paradoxos, autorreferências e indeterminações, e se estabilizam por meio de valores próprios<sup>17</sup>. Somente assim é possível dar efetivas respostas adequadas aos diversos problemas sociais<sup>18</sup>.

Habermas – que, por meio de sua teoria dos discursos acaba por defender o Direito como um sistema aberto<sup>19</sup> – critica a posição de Luhmann, pois com o rechaçamento do poder político como um legitimador externo do Direito, consequência da participação dos membros da sociedade dentro de um processo democrático, não seria possível resolver

---

<sup>15</sup> Com a intenção de explicar a relação entre dogmática penal e empirismo, KINDHÄUSER (2019:215) assevera que: *...o direito é uma ordem normativa, ou seja, ele cria sobre a base do mundo natural um mundo institucional, ou, como também se poderia dizer, ele transforma os fatos naturais em fatos institucionais.*

<sup>16</sup> *No obstante, como sistema cerrado, el Derecho es completamente autónomo al nivel de sus operaciones. Sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal, y al decidir esa cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema. En cada una de sus operaciones el Derecho tiene que reproducir su propia capacidad operativa, actualizando su estabilidad estructural a través de la recursividad y no, como uno pudiera creer, a través de un “input” favorable o “output” desfavorable* LUHMANN (2005:72-73).

<sup>17</sup> TEUBNER (1993:18 e ss.).

<sup>18</sup> LUHMANN (2005:84).

<sup>19</sup> Os teóricos dos sistemas abertos enunciam que os sistemas consistem em realidades abertas, adaptáveis ao meio ambiente. Mais especificamente quanto ao sistema jurídico, seria molde da realidade social e, ao mesmo tempo, modulado por ela, cf. TEUBNER (1993:18 e ss. e 56). SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:57) argumenta que o sistema aberto: *...constituye una herramienta de cambio social, a través de la materialización de pautas y decisiones de orden político en el sistema jurídico.* Ainda sobre a teoria de Habermas, ver PALMA (2017a:45-49).

questões sociais, econômicas e políticas<sup>20</sup>, a exemplo do problema da criminalidade<sup>21</sup>. Em sociedades complexas, os sistemas jurídicos sofrem pressões externas para que se transformem e se adaptem à nova realidade<sup>22</sup>.

Na verdade, em defesa à teoria dos sistemas fechados, Gunther Teubner explica que o caráter de autoprodutividade do Direito não implica no total desprezo de condicionantes sociais, econômicas e políticas, mas na maneira como ela repercute nesse sistema autor-reprodutivo<sup>23</sup>. O sistema autopoietico não é determinado por componentes externos, mas os recebe como elementos informativos e seleciona aqueles que entende serem importantes, com emprego de seus próprios critérios de seleção e atribuição de valor<sup>24</sup>. Mas é justamente nesse ponto que Habermas rebate a teoria de Luhmann, alegando que ela cria um paradoxo entre a tentativa de estabilizar a expectativa de comportamentos e a facilidade com que o sistema se autorreproduz, concluindo o seguinte:

*Tudo indica que o conceito de autonomia sistêmica, apesar de sua referência empírica, nada tem a ver com a intuição normativa que ligamos à "autonomia do direito". Consideramos que a prática de decisão judicial é independente, porém, somente na medida em que os programas jurídicos do legislador não ferem o núcleo moral do formalismo jurídico e, em segundo lugar, na medida em que as considerações políticas e morais, que se introduzem inevitavelmente na jurisdição, são fundamentais, não se limitando a simples racionalizações de interesses juridicamente irrelevantes. Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita o próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito<sup>25</sup>.*

Essa discussão reflete-se diretamente na relação entre o Direito Penal e a política criminal. De maneira introdutória, já que esse assunto é abordado detalhadamente no segundo capítulo, cumpre esclarecer que a política criminal nada mais é do que a política em geral, ou seja, a arte de governar, de gerir a coisa pública, sob o enfoque criminal<sup>26</sup>, de

---

<sup>20</sup> Nesse ponto, HABERMAS (1997:221-222) primeiramente indaga: *...será que o sistema do direito é capaz de suportar uma tensão mais acentuada, resultante do conflito entre exigências normativas e exigências funcionais em geral, numa sociedade cada vez mais complexa?* E conclui defendendo a necessidade do que denomina uma reinterpretação funcionalista do sistema.

<sup>21</sup> Cf. SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:56).

<sup>22</sup> HABERMAS (1997:223).

<sup>23</sup> TEUBNER (1993:43 e ss.). Nesse mesmo sentido, explica GARCÍA AMADO (1997:51), quando da análise da teoria de Luhmann: *Consiguientemente, "clausura autopoietica no significa aislamiento", y la autonomía del sistema no es su independencia total respecto del medio exterior a él, sino la autorregulación por el sistema mismo de sus dependencias e independencias respecto de ese medio: es el sistema jurídico mismo el que determina qué componentes y circunstancias de un comportamiento individual son relevantes y cuáles indiferentes a la hora de calificarlo, por ejemplo, como delito.*

<sup>24</sup> GARCÍA AMADO (1997:52). Ainda sobre a teoria dos sistemas, ver PALMA (2017a:39-41).

<sup>25</sup> HABERMAS (1997:230).

<sup>26</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:72).

modo a tornar o Direito Penal convenientemente útil. Segundo THÓT (1925:411), ...é a reforma político-jurídica dos conceitos e das instituições do Direito Penal material e formal, feita «segundo o critério utilitário da conveniência».

Enquanto a dogmática penal tem por finalidade limitar o Poder Estatal, evitar abusos e garantir decisões coesas, seguras e uniformes, a política criminal serve para garantir a efetividade do Direito Penal como instrumento transformador da realidade social<sup>27</sup>. Ou seja, a dogmática penal acaba por assumir um papel ambivalente, de dar efetividade e também limitar os fins político-criminais assumidos pelo Estado<sup>28</sup>. Por isso não se pode desprezar o fato que, legitimamente ou não<sup>29</sup>, o modelo político adotado pelo Estado sempre foi fator de influência sobre a forma como a criminalidade deveria ser combatida<sup>30</sup>. E o crime, bem como sua repressão, efetivamente possuem conteúdo e legitimação ideológicos que superaram a mera necessidade de proteção do sistema<sup>31</sup>.

Como se pode ver no transcorrer deste trabalho, os modelos de Estado evoluíram historicamente, partindo de um poder absoluto, que vigorou até meados do século XVIII, a um modelo liberal não intervencionista proposto no final do século XVIII e um modelo social intervencionista que vigorou a partir do final do século XIX. Os perfis ideológicos por eles defendidos deram fundamento às famosas escolas penais e, conseqüentemente, suas correntes político-criminais<sup>32</sup>, as quais, por sua vez, influenciaram a dogmática penal. Fixar bem essas ponderações é fundamental para que se possa compreender a linha de pensamento seguida, assim como a metodologia adotada neste trabalho e os temas ora tratados.

Em suma, partindo da premissa que Direito é historicamente um sistema aberto, o que importa para o presente estudo é como os programas político-criminais, que surgiram em consequência do perfil político ideológico assumido pelos governos, influenciaram na

---

<sup>27</sup> Também nesse sentido, ver ZIPF (1979:07).

<sup>28</sup> ROXIN (2002:101) declara: *El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica*. Também, SCHAFFSTEIN (1957:26): *El Derecho Penal por su materia está atado con más fuerza a los datos del presente, a sus configuraciones político-estatales y a sus representaciones valorativas sociales y éticas. Pero, por otra parte, no podrá nunca renunciar a buscar apoyo en la filosofía para determinar sus conceptos fundamentales, pena y delito, injusto y culpabilidad*.

<sup>29</sup> Nesse aspecto, importante citar as lições de FLETCHER (2008:219-220), para quem: *Democráticos o dictatoriales, los gobiernos necesitan una teoría política para justificar el uso que hacen sanción coercitiva conocida como sanción penal*.

<sup>30</sup> Para se aprofundar mais nesse assunto, ver FLETCHER (2008:215 e ss.).

<sup>31</sup> A maneira como a teoria dos sistemas influenciou o funcionalismo de Jakobs é retratada por PALMA (2017a:41 e ss.), que conclui que nele não há a total exclusão do objeto do crime, de seu conteúdo, nos fins do Direito Penal, mas apenas a redução, com inserção da ideia de funcionalidade sistêmica.

<sup>32</sup>...*la asunción de un determinado modelo de Estado determina la concepción de Derecho penal y en específico, de las instituciones de la teoría del delito y de la teoría de la pena*. E complementa: *El modelo de Estado que se adopte influirá de manera determinante en las normas de conducta, que atienden a la cuestión de que conductas dolosas deben ser desvaloradas, así como en las reglas de imputación, que atienden a la cuestión de cómo imputar el dolo a un sujeto en específico*. SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:07 e 09).

formação dos aspectos doutrinários referentes à imputação subjetiva em consonância com o seguinte pensamento de Armando Sánchez-Málaga Carrillo: *...el concepto de dolo y las reglas para atribuir la penalidad del dolo a una determinada conducta son niveles de análisis estrechamente dependientes de la concepción de Estado que se maneje*<sup>33</sup>.

### 1.3 Metodologia empregada

Roxin diferencia política criminal legislativa de política criminal dogmática. A primeira serve de instrumento ao legislador no momento da criação de leis penais; a segunda objetiva auxiliar a interpretação da lei penal para adaptá-la à realidade social vigente e permitir decisões mais justas<sup>34</sup> – função teleológico-valorativa<sup>35</sup> –, ou seja, para além da capacidade de interferir nas decisões dos legisladores, a política criminal influencia a própria doutrina e jurisprudência penalista<sup>36</sup>. A principal preocupação dessa ciência é com as funções do Direito Penal e os fins da pena, prevalecendo hoje a ideia de prevenção geral e especial, a retribuição e a necessária limitação do poder punitivo estatal pelo Estado de Direito<sup>37</sup>.

Posto isso, o presente trabalho leva em consideração o aspecto dogmático da política criminal, permitindo, assim, a compreensão da construção doutrinária do dolo no que concerne à sua relação com as funções do Direito Penal e com os fins da pena<sup>38</sup>.

A limitação temporal e espacial é necessária aos objetivos desta pesquisa, por razões óbvias, com o fim de evitar um estudo amplo e superficial sobre o tema, lembrando que não é possível estabelecer conexões entre dogmática penal e política criminal sem uma completa compreensão da realidade social e da ideologia política adotada<sup>39</sup> (tema debatido no tópico anterior) diante da relação de interdependência existente entre elas<sup>40</sup>.

Nesse aspecto, optou-se pelo período que compreende o final do século XVII até o início do século XIX, pois foi o momento em que se reconheceu a política criminal como ciência, ao mesmo tempo em que surgiram as teorias clássicas da imputação subjetiva. No âmbito espacial, são tratadas as principais doutrinas europeias do período.

---

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:09).

<sup>34</sup> *La dogmática jurídico penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal.* ROXIN (1992:35)

<sup>35</sup> BORJA JIMÉNEZ (2003:135 e ss.).

<sup>36</sup> No mesmo sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:120) discorrem que: *a decisão política faz parte de uma política geral que se traduz em toda a ordem jurídica, e que se faz patente em todo o direito penal, servindo como critério orientador para o intérprete, que só é limitado pelo princípio da legalidade quanto à extensão do punível.*

<sup>37</sup> BORJA JIMÉNEZ (2003:128) e ROXIN (2000:34).

<sup>38</sup> Também sobre o modo como os fins das penas interfere no conceito de dolo, ver MARTELETO FILHO (2018:21-22 e, de maneira aprofundada, 328 e ss.).

<sup>39</sup> Cf. MUÑOZ CONDE (2013:96).

<sup>40</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:131).

O primeiro passo, portanto, é compreender a política criminal como ciência, tratando de aspectos como conceito, objeto de estudo, suas relações com o Direito Penal e com a criminologia, bem como dos principais movimentos que vigoraram no período abordado, ressaltando-se que tudo indica ser o principal ponto de divergência das modernas escolas penais a fundamentação e finalidade das penas, além da existência ou não do livre-arbítrio, o que permite esse estudo comparativo.

Para tanto, optou-se, como método de estudo, pela utilização das denominadas escolas penais como marcos políticos ideológicos e criminais, com o fim de garantir uma melhor sistematização deste trabalho, sabendo-se que não há um pensamento uniforme entre os doutrinadores que supostamente as compõem<sup>41</sup>, mas um ponto em comum entre eles, especialmente no que concerne aos fins das penas, que os permite serem inseridos, ainda que extemporaneamente, dentro de cada corrente. Foi empregada a classificação mais usual e que mais se aproxima aos fins deste estudo.

Assim, ainda nesse primeiro momento, realiza-se um apanhado geral desse pensamento comum, sob a sistemática das escolas penais, com algumas pinceladas a respeito de questões atinentes à imputação subjetiva. Somente após é possível analisar toda a evolução histórica dos aspectos materiais e processuais do dolo sob a ótica da política criminal. A superação dessas etapas permite ingressar no objeto deste estudo, com a análise da doutrina e da legislação.

São levados em consideração a topografia do dolo e negligência, conceito, conteúdo, método de imputação e elementos adjacentes, os quais são analisados em conformidade com os fins do Direito Penal e a qualidade e fins das penas então predominantes<sup>42</sup>. Obviamente, não é possível abordar todos os doutrinadores do período estudado, razão pela qual foram selecionados aqueles que se entendeu terem contribuído de maneira relevante aos temas em apreço.

---

<sup>41</sup> Importante mencionar que algumas escolas penais, a exemplo da “escola clássica”, não foram criadas por seus supostos integrantes, mas por terceiros, que buscavam um ponto em comum entre diversos doutrinadores na tentativa de classificar um movimento e simplificar o problema. Nesse âmbito, especificamente a respeito da escola, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:131) discorrem que: *A expressão “escola clássica” foi uma invenção de Enrico Ferri. Segundo Ferri, há uma escola “clássica” do direito penal, fundada por Beccaria, integrada por todos os penalistas não positivistas e capitaneada por Carrara. Esta pretensão é absurda, porque ninguém pode afirmar judiciosamente, que seja uma escola, nem sequer uma corrente de pensamento, algo integrado por pensamento revolucionário de cunho francês, idealista alemão, aristotélico-tomista, iluminista, kantiano etc., sem contar com as sínteses pessoais de muitos dos autores que reúne nesta pretensa “escola”. Semelhante “escola” seria mais condizente com um congresso pluripartidarista. Ocorre que para Ferri foi conveniente classificar sob um mesmo rótulo todos os penalistas que não compartilhavam de seus pontos de vista.* Em virtude disso, não há na doutrina uma uniformidade sobre quem pertence a cada escola penal.

<sup>42</sup> Sobre os fins das penas prevalece a existência de três grandes teorias político-criminais: as teorias absolutas, que tratam as penas como retribuição e expiação; as teorias relativas, cujas penas teriam as funções de prevenção geral e especial, positiva e negativa; e as teorias ecléticas. Cf. BLANCO LOZANO (2007, tomo II:57 e ss) e ZIPF (1979:30 e ss.).

Para o tratamento dos resultados empregou-se o método indutivo, o qual, segundo PASOLD (2015:91), consiste em *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter a percepção ou conclusão geral*. Assim, superadas essas questões introdutórias, passa-se ao primeiro tema, o estudo e a compreensão da política criminal, bem como seus estágios evolutivos no período em análise.

## 2 Política Criminal como ciência em ponto de ebulição

### 2.1 Noções introdutórias

A – Como indicado nas notas introdutórias, para possibilitar um estudo comparado entre política criminal e os elementos subjetivos do crime, é imperioso conhecer as escolas penais e os modelos ideológico político-criminais propostos no período objeto deste estudo, com a realização de sucintos apontamentos acerca das questões atinentes ao dolo, livre-arbítrio etc. Isso possibilita, quando da análise das doutrinas, no tópico 04, perceber a qual corrente político-criminal elas se filiaram, viabilizando a análise da efetiva influência na construção dogmática do dolo e da negligência.

B – Pois bem, com a evolução científica do Direito Penal, principalmente no final do século XVIII, surgem temas profundos, que não podem ser suficientemente compreendidos exclusivamente pela doutrina penal, merecendo um tratamento autônomo, especificamente relacionados aos fins das penas, espécies e modo de execução, além da personalidade dos criminosos, todos influenciados pelas complexas relações sociais<sup>43</sup> que se formavam a partir da concentração populacional nos centros urbanos, de modo a garantir melhor atuação em busca da prevenção<sup>44</sup> e repressão delitiva<sup>45</sup>. Com isso, a política criminal passa a ser tratada como uma ciência. Mas isso não significa que seu surgimento ocorreu nesse período<sup>46</sup>. Até mesmo as antigas legislações tinham uma finalidade política<sup>47</sup> – o que pode ser percebido pelo estudo histórico do dolo.

C – No princípio, a política criminal restringia-se à aplicação da pena. Ainda na Idade Média, passou a preocupar-se também com a administração da justiça e alguns poucos estudos sobre a pessoa do delinquente. Seu caráter científico começou a ser alcançado no final do século XVIII, com vistas a aprimorar a aplicabilidade prática do Direito Penal, dando

---

<sup>43</sup> THÓT (1925:410 e ss.).

<sup>44</sup> *A tarefa preventiva consiste em opôr obstáculos físicos, moraes e sociaes, adequados, com o fim de fazer abster o delinquente da perpetração de delictos, dificultando a sua acção.* THÓT (1925:432).

<sup>45</sup> *A 'repressão' é a luta do Estado – e da sociedade representada por ele – contra os delinquentes primarios efectivos e contra os delinquentes reincidentes.* THÓT (1925:433).

<sup>46</sup> *La Política criminal – como toda Política jurídica y como toda Política en general – nunca se halla realmente en una «hora cero» ni puede admitir un punto inicial carente de presupuestos.* ZIPF (1979:14).

<sup>47</sup> Nas lições de THÓT (1925:411): *...a Política Criminal ou seja a luta organizada contra o delicto e o delinquente nasceu simultaneamente com o Direito Penal. Isto é evidente porque, ao estabelecerem-se as primeiras 'penas', se reanalizava já no Direito Penal primitivo um pensamento político: o da aniquilação do delinquente ou o da sua inocuidade para cometer novos delictos, aplicando-se para o primeiro destes fins a pena de morte e, para o segundo, as penas corporais mutilantes.* Na verdade, segundo ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:129): *Toda norma jurídica surge de uma decisão política. Toda norma jurídica traduz uma decisão política. A decisão política dá origem à norma jurídica, mas isto não implica que a norma jurídica fique submetida absolutamente à decisão política.*

ênfase aos procedimentos processuais penais e aos sistemas penitenciários<sup>48</sup>. Em que pesem as divergências doutrinárias, prevalece que foi Feuerbach, no ano de 1801, o primeiro a utilizar o termo “política criminal”<sup>49</sup>, incluindo-a nas ciências em sentido estrito, auxiliares do Direito Penal<sup>50</sup>. Com o surgimento das escolas penais, a política criminal focou-se no crime como fenômeno social e na pessoa do delinquente e suas características físicas e psíquicas<sup>51</sup>. Mas seu objetivo primordial era traçar medidas repressivas e preventivas, objetivando combater a criminalidade e garantir a harmonia social<sup>52</sup>.

D – Na Europa continental pós-iluminista, prevalecia um modelo de Estado ideologicamente liberal, não intervencionista e, como consequência, a política criminal destinava-se primordialmente a frear a atividade criminosa por meio de uma reação estatal. Aos poucos o Estado tornou-se social intervencionista<sup>53</sup>, assumindo funções de defesa e pacificação social, e a política criminal passa a visar à prevenção delitiva<sup>54</sup>.

Liszt foi o principal representante desse movimento; defendia ser perfeitamente possível conciliar um Direito Penal liberal, individualista, com um Direito Penal intervencionista, de cunho social. Em sua concepção, o aspecto individual decorre da dogmática penal e compreende a proteção do indivíduo contra a ação punitiva do Estado. O aspecto social tem por base os fins político-criminais de pacificação social<sup>55</sup>. A partir de seus ensinamentos iniciam-se os conflitos entre a política criminal e os demais ramos das ciências penais, retratados no próximo tópico.

## 2.2 A simbiótica relação entre a política criminal, criminologia e dogmática penal

A – Para compreender a relação entre política criminal e os demais ramos das denominadas ciências penais é imprescindível defini-la e limitar seu âmbito de estudo. Se, por um lado, política criminal pode significar o modo de atuação do Estado em combate à criminalidade<sup>56</sup>, quando o termo se referir a uma ciência, uma disciplina jurídica: *...la Política*

---

<sup>48</sup> THÓT (1925:424 e 425) e BLANCO LOZANO (2007, tomo I:63).

<sup>49</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:75) e JIMENEZ DE ASUA (1947:49).

<sup>50</sup> *Die Hülfskennntnisse des gemeinen CR. Iind, auffer den übrigen Theilen der politiven Rechtsgelehrtheit, A. Sachkenntniffe — Willenlchaften im eigentlichen Sinn. Von diesen I. die Philolophie und zwar 1) die Pfyhologie 2) die praktifche Philolophie über haupt und insbefondere das Naturrecht 3) das allgemeine peinliche Recht 4) die Criminalpolitik...* FEUERBACH (1801:33-34).

<sup>51</sup> THÓT (1925:427 e ss.).

<sup>52</sup> BORJA JIMÉNEZ (2003:122 e ss.).

<sup>53</sup> Para uma noção mais aprofundada sobre essa mudança de modelo de Estado, de liberal para social, ver VORMBAUM (2014:109 e ss.).

<sup>54</sup> BORJA JIMÉNEZ (2003:123).

<sup>55</sup> SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:107).

<sup>56</sup> BORJA JIMÉNEZ (2011:20), que distingue ciência político-criminal e política criminal aplicada, assim como ZIPF (1979:18 e ss.).

*criminal es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose, no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter asegurativo*<sup>57</sup>.

Consiste, assim, em uma ciência que estuda o crime como fenômeno para traçar estratégias penais, processuais e administrativas de enfrentamento em acordo com a realidade social e com os valores que se busca tutelar, sem desconsiderar os direitos e garantias dos cidadãos.

B – Ela caracteriza-se por estabelecer uma relação entre o empirismo da criminologia<sup>58</sup> e o caráter dogmático do Direito Penal<sup>59</sup>, buscando compreender objetivamente o delito e suas formas empíricas e jurídicas de aparição<sup>60</sup>. À criminologia cabe o estudo do fenômeno “crime” e todas as suas consequências sociais<sup>61</sup>. A política criminal se aproveita desse empirismo, conecta as atividades legislativa, doutrinária e jurisprudencial<sup>62</sup> e fornece ao Direito Penal as melhores estratégias de enfrentamento<sup>63</sup>, o qual, por seu turno, as põe em prática, adequando-as a seus princípios e valores de modo a proteger bens jurídicos, garantir a convivência social harmônica e estabelecer a justiça social<sup>64</sup>.

---

<sup>57</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA (1958:62). Citando, ainda, outros conceitos de política criminal, segundo ZIPF (1979:04) trata-se da: *...obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal*; BORJA JIMÉNEZ (2003:148) diferencia a atividade política do Estado da ciência “Política Criminal” e define esta como: *aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal*; Para ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:129): *...a política criminal é a ciência ou a arte de seleccionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos*; em sentido semelhante, BLANCO LOZANO (2007, tomo I:63) a define como: *Ciencia de la que se deriva el arte de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengan a mejorar la eficacia y justicia del Ordenamiento penal propio de cada sociedad y momento historico*.

<sup>58</sup> *La Criminología, portanto, se caracteriza por ser una ciencia “social, empírica, experimental, aplicada, multidisciplinar e integradora”*. BLANCO LOZANO (2007, tomo I:671).

<sup>59</sup> Segundo BORJA JIMÉNEZ (2003:131 e 140), apesar de defender que a política criminal utiliza parâmetros diferentes daqueles empregados pelo Direito Penal e pela Criminologia: *la Política Criminal se ocuparía de establecer, a partir del conocimiento aportado por aquélla, las técnicas y estrategias más adecuadas para prevenirlo y combatirlo; y el Derecho penal se encargaría de cristalizar estos métodos y teorías en preceptos y principios jurídicos que les otorgaría obligatoriedad y vigencia*. No mesmo sentido, ver ZIPF (1979:21).

<sup>60</sup> Nesse sentido, ROXIN (1992:09) discorre que a política criminal se situa em um ponto intermediário entre ciência e estrutura social, entre teoria e prática.

<sup>61</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:58). Ainda, segundo PALMA (2017a:14): *Os estudos científicos não jurídicos sobre o crime como fenómeno social ou psico-social podem ser genericamente definidos como Criminologia*.

<sup>62</sup> ZIPF (1979:18 e ss.).

<sup>63</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:64).

<sup>64</sup> Nas lições de BORJA JIMÉNEZ (2003:142): *La Criminología aportara a la Política Criminal esa información relevante y contrastada sobre los distintos aspectos de la criminalidad que requieran de una solución por parte de los poderes públicos. La Política Criminal, tomando en consideración esa información, y dentro de las diferentes opciones que haya marcado aquella, elaborara la correspondiente propuesta en el ámbito decisorio para intentar solucionar el conflicto en el marco criminal o criminógeno. Finalmente, será el Derecho penal la disciplina que elevará el correspondiente criterio al respectivo principio o precepto jurídico con vigencia general*.

Tal subdivisão, contudo, não encontra pacífico amparo na doutrina. Conforme salientado, desde o avanço do Direito Penal como ciência que se discute sua relação com os demais ramos, principalmente a política criminal. No início do século XX, havia uma enorme confusão sobre a identidade, conteúdo e alcance das denominadas ciências penais, que, de certa maneira, perdura até os dias atuais<sup>65</sup>. De todo modo, veem-se que as relações entre criminologia, política criminal e dogmática penal são muito estreitas<sup>66</sup>. Apesar de serem ramos autônomos, todas compõem o que se denomina ciências criminais<sup>67</sup>.

C – O primeiro a tratar do tema foi Von Liszt<sup>68</sup>, responsável por sistematizar as ciências criminais, delimitando seu âmbito de atuação. Em sua acepção, a política criminal partia do próprio ideal do Direito, que era a proteção de interesses<sup>69</sup>. Assim, ela conferiria um norte para que esses interesses fossem mais bem tutelados, estabelecendo diretrizes a um eficaz combate à criminalidade<sup>70</sup>. O Direito Penal como ciência autônoma, teórica e abstrata, tinha outra função, a de limitar o poder Estatal e, por consequência, a política criminal, como forma de garantir os direitos individuais do “delinquente”.

Desse modo, para Liszt (ou ao menos para aqueles que o mal interpretaram<sup>71</sup>) Direito Penal e política criminal não se misturavam. O primeiro, em seu aspecto objetivo, destinava-se a limitar o poder punitivo do Estado (aspecto subjetivo do Direito Penal)<sup>72</sup> como forma de garantir as liberdades individuais do cidadão. Era um conjunto de regras e princípios limitadores da atuação estatal, um catálogo de direitos. À política criminal, por sua vez, cabia estabelecer estratégias estatais de combate à criminalidade<sup>73</sup>.

A doutrina de Liszt sofreu duras críticas, sob o argumento de que conferiu tamanha amplitude à política criminal que absorveu o Direito Penal, tornando-o uma ciência de pouco

---

<sup>65</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:51-52).

<sup>66</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:129).

<sup>67</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:58 e 64), muito embora este autor retrate que a caracterização da política criminal como ciência penal e autônoma não seja pacífica na doutrina.

<sup>68</sup> Ressalva-se que a teoria de Von Liszt é aprofundada oportunamente na sequência deste texto.

<sup>69</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:38).

<sup>70</sup> DÍEZ RIPOLLÉS (2018:02), ZAFFARONI, PIERANGELI (2004:290) e BLANCO LOZANO (2007, tomo II:43).

<sup>71</sup> Segundo BLANCO LOZANO (2007, tomo II:80 e ss.), a doutrina de Liszt fora mal interpretada. Explica que o doutrinador alemão não tinha a intenção de isolar as ciências penais entre si, mas sim impedir a destruição de importantes princípios penais que protegiam o cidadão contra eventuais abusos do poder do Estado, sob justificativas político-criminais. A separação entre as ciências, portanto, era imprescindível para manter esse sistema de garantias, já que a história mostrava o quanto a política criminal foi capaz de sustentar os excessos do Direito Penal. Nesse mesmo sentido, ver ROXIN (1981:198-199).

<sup>72</sup> Cf. LISZT (2006:01).

<sup>73</sup> No que tange à política criminal, LISZT (2006:02-03) discorre que: *A esta sciencia incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o direito á luz de considerações tiradas dos fins a que elle se dirige e a applical-o em casos singulares de conformidade com esses fins.* Ainda a respeito da doutrina de Liszt acerca da política criminal, ver BORJA JIMÉNEZ (2011:29).

relevo. Era a política criminal que ditava os fins do Direito Penal e não o contrário. Por isso, defendia-se que ela passasse a integrar o Direito Penal, como uma subdisciplina deste<sup>74</sup>.

D – Essa tortuosa relação permaneceu até 1970, ora com aproximação entre as ciências, a exemplo dos neokantistas, ora com novo afastamento, a exemplo dos finalistas<sup>75</sup>, como reação ao regime social nacionalista alemão, que se utilizou do Direito Penal como instrumento de segregação e eliminação racial<sup>76</sup>.

Foi Roxin o principal responsável por tentar colocar uma pá de cal sobre a discussão, aproximando as duas ciências, de modo a promover um intercâmbio entre seus preceitos<sup>77</sup>, com uma mútua influência<sup>78</sup>, algo que na prática sempre aconteceu. Em sua premissa, a concepção de Direito Penal de Liszt possuía tendências contraditórias. Por um lado, era um sistema que tinha a função de combater a criminalidade. Por outro, cabia-lhe controlar as ações punitivas do Estado em prol das liberdades individuais<sup>79</sup>.

Diante disso, estabeleceu que o Direito Penal deve se deixar penetrar pelos estudos político-criminais, em uma relação de cooperação, para que possa promover a almejada coesão social<sup>80</sup>. Consequentemente, toda teoria acerca dos elementos do crime deveria

---

<sup>74</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:44 e ss.).

<sup>75</sup> De maneira mais aprofundada, ver SCHÜNEMANN (1991).

<sup>76</sup> Essa relação entre o Direito Penal e a política criminal no período pós 2ª Guerra Mundial é bem retratada por MEZGER (2003:95 e seguintes).

<sup>77</sup> Nessa direção, importantes são as lições de SHÜNEMMAN (1991:703): *La amplia renormativización del pensamiento sistemático jurídico-penal que se ha ido imponiendo en Alemania desde 1970 y que está estrechamente ligada al estudio programático de "Claus Roxin": «Política criminal y sistema de Derecho penal», del mismo año, renormativización que he conceptualizado en otro lugar como una clarificadora continuación del pensamiento jurídico-penal neokantiano dominante en el primer tercio de este siglo (34), ha dado lugar en los dos últimos decenios a un gran número de esfuerzos, algunos elementales, otros detallados, en pro de la superación del concepto antitético (que se podría denominar «concepto zanja» -«Grabenkonzept»-) entre sistemática jurídico-penal y Política criminal y de su sustitución por un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones, es decir, en pro del desarrollo de un «concepto puente» («Brückenkonzept»).*

<sup>78</sup> *Luego, mi idea básica es que tienen que estar fundidos políticocriminalmente en el derecho penal la configuración conceptual y sistemática, mientras que conforme a la concepción antigua, como por ejemplo la que fundara Liszt, la política criminal no tendría justamente nada que hacer con el "derecho penal" (en el sentido de la teoría general del delito) y debería limitarse sólo al ámbito de las consecuencias jurídicas. "El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal" se dice en Liszt, mientras que yo opino por el contrario, que la política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática.* ROXIN (1992:46).

<sup>79</sup> ROXIN (2002:32).

<sup>80</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:55 e ss.). ROXIN (1992:09) estabelece que o objeto da política criminal é: *La cuestión de como debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad.* E conclui que (1992:63): *...la dogmática penal no es un juego mental ajeno a la vida, sino una ciencia importante orientada a la praxis, para el estado libre y seguro de la sociedad.*

ser reformulada, estabelecendo como foco a solução de conflitos sociais e a efetiva necessidade da pena<sup>81</sup>. A doutrina de Roxin prevalece até os dias atuais<sup>82</sup> e desde então se busca cada vez mais aprimorar essa relação<sup>83</sup>. Assim, a política criminal serve como instrumento de interpretação e sistematização do Direito Penal<sup>84</sup>.

E – Devidamente delineadas as relações entre as ciências penais, que, mais uma vez se afirme, é a premissa da qual se parte na condução deste trabalho, o importante agora é realizar um apanhado geral das principais escolas penais que se estabeleceram no período objeto deste estudo, compreender cada proposta político-criminal e os seus expoentes, para, no último capítulo, verificar as influências sobre o comportamento doutrinário da imputação subjetiva.

Ainda que se tenha consciência das mais diversas classificações das escolas penais<sup>85</sup>, como não se trata do foco deste trabalho, utilizam-se as terminologias mais usuais, com ênfase nos expoentes e ideais político-criminais de cada uma delas. De todo modo, é importante ter em mente que cada forma de Estado implica em um modo específico de lidar com a criminalidade, o que caracteriza os diferentes modelos político-criminais<sup>86</sup>.

## 2.3 Política criminal e as Escolas penais

### 2.3.1 Política criminal racionalista, Humanitarismo Jurídico e o Contratualismo: a Escola Clássica de Beccaria

A – Definir um único modelo político-criminal proposto ou seguido pela escola clássica é tarefa impossível. Essa escola não existiu efetivamente como tal. A terminologia foi conferida pelo positivista Enrico Ferri, de maneira depreciativa, com o fito de inserir um

---

<sup>81</sup> SHÜNEMMAN (1991:703). E nesse aspecto, SHÜNEMMAN (1991:706) faz uma longa e importante digressão sobre os efeitos dessa corrente funcionalista especificamente em relação à dogmática do dolo, merecendo destaque parte dela: *En segundo lugar, quisiera hacer mención a la dogmática del dolo, que durante largo tiempo se ha mantenido sin un sólido punto de apoyo político-criminal, tan sólo haciendo juegos de malabares con palabras vacías y fórmulas lingüísticas retóricas que no llegaban más allá de la estructura superficial, y a la cual la monografía de Frisch sobre o «dolo y riesgo» y su posterior desarrollo por “Herzberg” ha abierto nuevos horizontes, en la medida que la delirante búsqueda en el dolo eventual de un elemento volitivo ontológico ha sido sustituida por un planteamiento cimentado políticamente. Este elemento volitivo será valorado por la comunidad, a partir del conocimiento que tenga el autor de las características de su comportamiento, como una acción lesiva dominada por el autor y que manifiesta un desprecio hacia el bien jurídico.*

<sup>82</sup> BORJA JIMÉNEZ (2003:114 e ss.).

<sup>83</sup> Sobre as atuais tendências político-criminais, ver BLANCO LOZANO (2007, tomo II:57 e ss.).

<sup>84</sup> BORJA JIMÉNEZ (2003:133). Nesse sentido, ROXIN (2002:58) discorre que: *...las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal.*

<sup>85</sup> Sobre as mais diversas classificações das escolas penais, ver BLANCO LOZANO (2007, tomo I:79 e ss.).

<sup>86</sup> Cf. BORJA JIMÉNEZ (2011:22).

conjunto de doutrinadores penalistas não positivistas em uma vala comum<sup>87</sup>, por isso o termo “escola clássica” deve ser utilizado com ressalvas<sup>88</sup>. O ponto de confluência entre eles era o método penal utilizado, qual seja, racionalista, abstrato e dedutivo<sup>89</sup>.

Esse período é marcado por uma forte evolução científica. O avanço das ciências permitiu a superação do teocentrismo pelo antropocentrismo, ou seja, abandona-se o misticismo religioso em prol de um racionalismo com enfoque no ser humano, que passa a compor o centro das relações sociais<sup>90</sup>.

Outro fator de influência no Direito foi a Revolução Industrial, especificamente na segunda metade do século XVIII, que promoveu uma forte migração populacional do campo para as cidades<sup>91</sup>. A concentração de riqueza nas mãos da burguesia, classe que cada vez exerce mais influência social pelo seu forte poderio econômico, somada ao desemprego, geraram um aumento na criminalidade. Por norma, nessas situações incrementa-se o rigor penal, mas nesse período não mais se tolerava a brutalidade das penas empregadas na Idade Média<sup>92</sup>.

Então, por um lado, a burguesia sente a necessidade de limitar o poder da autoridade real, reduzi-lo<sup>93</sup> sob o fundamento que era necessário proteger o indivíduo frente ao poder punitivo do Estado<sup>94</sup> – lembrando que muito embora existisse um poder central representado pela autoridade real, a nobreza, o clero e os Tribunais de Contas exerciam uma espécie de jurisdição particular seletivamente sobre plebeus e camponeses<sup>95</sup>, ou seja, o poder

---

<sup>87</sup> Segundo o próprio FERRI (1999:57), essa denominação foi por ele empregada pela primeira vez em uma palestra pronunciada na Universidade de Bolonha, em 1880, não com o intuito de depreciá-la, mas como sentimento de admiração.

<sup>88</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:285 e ss.) explicam que é de um simplismo incorreto, já que os supostos penalistas da escola clássica não possuem um pensamento integrado. Eles foram catalogados dessa forma simplesmente por divergirem da denominada escola positivista. De todo modo, para os fins de melhor sistematizar este trabalho, a classificação é suficientemente capaz de representar de maneira mais genérica os autores que possuíam um pensamento humanitarista, considerando que alguns deles são tratados especificamente no tópico 4. Sobre esse assunto, ver também MIR PUIG (2003:154 e ss.) e ZAFFARONI (2019:127).

<sup>89</sup> FERRI (1999:59).

<sup>90</sup> IGNÁCIO ANITUA (2007:126 e ss.), segundo o qual esse período é marcado pelo individualismo, racionalismo – mais presente na França – e empirismo – predominante na Inglaterra –, que compunham a base do pensamento ilustrado.

<sup>91</sup> Acerca desse tema, ver, ainda, IGNÁCIO ANITUA (2007:131).

<sup>92</sup> *Na verdade, o humanitarismo não pretende colocar em causa a violência das leis mas a violência desmesurada ou desproporcionada. Mais do que a violência questiona a medida ou o excesso contraproducente da violência.* ALVES (2014:34). Sobre isso, inclusive, IGNÁCIO ANITUA (2007:191) explica que por meio das discussões sobre o castigo, nesse período, buscava-se encontrar *a fronteira legítima para o poder de castigar.*

<sup>93</sup> ZAFFARONI (2007:43) e IGNÁCIO ANITUA (2004:14).

<sup>94</sup> Na verdade, a principal intenção da burguesia era impedir que as demais classes sociais interferissem no avanço do capitalismo, cf. IGNÁCIO ANITUA (2004:14).

<sup>95</sup> POULASTROU (2004:34).

punitivo estava concentrado nas mãos da nobreza e do clero; mas por outro, a punição era imprescindível para o controle da crescente violência urbana<sup>96</sup>.

Nesse contexto, surge a ideia de contrato social como fundamento legitimador do Direito<sup>97</sup>. Como não se admitia mais um direito natural transcendental, de origem divina, o Estado, no papel de legislador, deveria justificar sua interferência nas liberdades individuais e o fez por meio do contrato social<sup>98</sup>. Em linhas gerais<sup>99</sup>, era garantido aos cidadãos o direito à liberdade. No entanto, parcela dessa liberdade era cedida ao Estado, em prol da ampliação dela própria<sup>100</sup> e de um interesse maior, que seria a harmônica e segura convivência social. Assim, o Estado, como guardião do contrato<sup>101</sup>, podia restringir essa parcela de liberdade que lhe fora cedida quando o sujeito violasse o contrato social. O contrato social era ao mesmo tempo o fundamento e o limite do *ius puniendi*<sup>102</sup>.

B – A Escola Clássica tinha por fonte o Iluminismo<sup>103</sup>, cujo objetivo principal era frear os abusos da Monarquia absolutista em defesa das garantias individuais<sup>104</sup>. O fio condutor era liberalismo político, um dos ideais da Revolução Francesa, com a limitação do poder punitivo estatal sob duas perspectivas: a da legalidade, como reflexo dos princípios da

---

<sup>96</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:248 e ss.).

<sup>97</sup> E esse é o principal ponto em comum entre os doutrinadores tratados como representantes dessa escola penal (CAVALCANTI, 2005:67).

<sup>98</sup> De acordo com HASSEMER (1990:176-177), o contrato social seria: *el acuerdo -imaginario- de los ciudadanos en un orden jurídico vinculante para todos*. Em outro contexto, HASSEMER (2007:35) faz importante observação acerca do elemento legitimador do Direito no período iluminista. Segundo ele: *Naquela época, uma pergunta teimava em se apresentar: como legitimar qualquer Direito (penal) positivo sem o padrão de um Direito suprapositivo? Essa pergunta trouxe ao debate os próprios destinatários do Direito (não reais, mas como interlocutores ideais), por ele potencialmente atingidos em seus interesses: a justificação de uma ordem jurídica não poderia mais vir “de cima”, ela precisava vir “de baixo”*.

<sup>99</sup> A concepção de contrato social variava entre os doutrinadores da época. Para uma compreensão mais aprofundada dos diversos posicionamentos, ver IGNACIO ANITUA (2004:14).

<sup>100</sup> Cf. IGNACIO ANITUA (2007:128).

<sup>101</sup> HASSEMER (1990:177).

<sup>102</sup> Segundo BECCARIA (1973:09): *fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire*. Ver, ainda, IGNACIO ANITUA (2007:144-145).

<sup>103</sup> No tocante ao surgimento e evolução do Iluminismo, ver IGNACIO ANITUA (2007:145 e ss.).

<sup>104</sup> *La ilustración, la Edad de la Razón, trajo ansiados vientos nuevos al Derecho penal, vientos que, procedentes de mentes dedicadas al estudio y de espíritus filantrópicos, vinieron a aportar a la ciencia y a la praxis penales algo de lo que hasta entonces se hallaban bastante ayunas: humanidad frente a la desmesurada crueldad para con el reo; respeto a la integridad física y moral de este frente a las vejaciones de todo tipo que, ciegas de venganza y sangre, todavía se hallaban presentes en las legislaciones de la época*. BLANCO LOZANO (2007, tomo II:117).

igualdade e legalidade<sup>105</sup>, que impedia o arbítrio judicial<sup>106</sup>; e a da humanização das penas<sup>107</sup>, corolário do princípio da fraternidade<sup>108</sup>.

O marco histórico evolutivo é a obra do Marquês de Beccaria, “*Dei delitti e delle pene*”, publicada originalmente em 1764, em Livorno<sup>109</sup>, cujo teor é puramente racionalista, no sentido de serem utilizados dados empíricos<sup>110</sup>, e que inaugura a moderna ciência do Direito Penal<sup>111</sup>. Seu aspecto mais político do que dogmático penal foi importante para uma total reformulação do sistema jurídico, considerando as duras críticas realizadas sobre o regime anterior<sup>112</sup>. Nesse período ainda não havia um movimento político-criminal, o cientificismo jurídico engatinhava, porém as novas tendências influenciaram muito na qualidade e finalidade das penas<sup>113</sup>.

Beccaria era um defensor do pensamento político liberal, minimamente intervencionista. Em sua visão, as penas eram consideradas como um mal imposto ao sujeito que cometesse um ato violador da estabilidade social<sup>114</sup>. Seu fundamento político era o princípio da necessidade, cujo objetivo era evitar conflitos sociais que poderiam surgir das práticas criminosas e manter a coesão social<sup>115</sup>, superando as questões transcendentais que prevaleceram por um longo período<sup>116</sup>. Estas não tinham finalidade retributiva, corretiva, ou de ressocialização<sup>117</sup>. Buscava-se a prevenção geral e especial<sup>118</sup>, de modo a distribuir o *bem-estar social ao maior número de pessoas possível*<sup>119</sup>. Deveriam ser certas, necessárias,

---

<sup>105</sup> JIMENEZ DE ASUA (1947:66).

<sup>106</sup> Nesse período, tiveram início os movimentos codificadores como expressão do princípio da legalidade. Este não consistia em uma autorização, legitimação ao direito de punir, mas uma limitação a ele, cf. IGNACIO ANITUA (2004:17). Assim, houve uma sistematização das leis em prol da segurança jurídica, cf. BORJA JIMÉNEZ (2011:47).

<sup>107</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:89).

<sup>108</sup> JIMENEZ DE ASUA (1947:66).

<sup>109</sup> VELÁSQUEZ (2015:04).

<sup>110</sup> JIMENEZ DE ASUA (1947:52). Segundo IGNACIO ANITUA (2007:160), Beccaria conseguiu bem combinar o empirismo inglês com racionalismo francês.

<sup>111</sup> MIR PUIG (2003:153).

<sup>112</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:25).

<sup>113</sup> Nesse sentido, ALVES (2014:25) explica que: *Entre os fins eleitos pelo direito penal setecentista, não há dúvida de que a “prevenção” se apresenta como o objetivo prevalente das penas. Mas não surpreende que a ideia de retribuição como “correção” ou reequilíbrio objetivo da ordem perturbada e como castigo ou resposta ao mal causado pelo delinquente constitua ainda o cenário dos novos desenvolvimentos.*

<sup>114</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:86).

<sup>115</sup> A esse respeito, BARATTA (1999:33) assevera que: *A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a idéia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza.*

<sup>116</sup> VELÁSQUEZ (2015:05).

<sup>117</sup> HESPANHA (2006:03), muito embora há quem diga que havia toques de retributividade em sua teoria, a exemplo de VELÁSQUEZ (2015:05).

<sup>118</sup> Nas lições de BECCARIA (1993:59), as penas são: *“motivos sensibles”, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiese sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo.* Sobre isso, ver, ainda, BLANCO LOZANO (2007, tomo I:161), HESPANHA (2006), ALVES (2014:21) e IGNACIO ANITUA (2007:162).

<sup>119</sup> A geração de felicidade – e não a simples ideia de conter a criminalidade – é o norte proposto por Beccaria, que permite sê-lo incluído entre os utilitaristas. Nesse âmbito, ver BARATTA (1999:33) e MORRISON

úteis<sup>120</sup>, legalmente previstas<sup>121</sup>, proporcionais<sup>122</sup> e particularmente humanas<sup>123</sup>, pois se entendia que as penas atrozes, além de ultrapassarem a liberdade cedida pelo cidadão, eram ineficazes, incapazes de prevenir a ocorrência de novos delitos<sup>124</sup>.

O crime deixa de ser uma realidade fática e passa a ser considerado como uma ficção jurídica<sup>125</sup>. Por essa razão, a pessoa do delinquente e sua personalidade desviada perdem o protagonismo penal, são considerados abstrata e isoladamente; o Direito Penal preocupava-se com o fato em si e não com pessoas específicas<sup>126</sup>.

O delinquente é tratado como um ser racional<sup>127</sup> e toda a responsabilização penal tem por fundamento o livre-arbítrio<sup>128</sup>, no sentido de poder decidir e autodeterminar-se a favor ou contra o bem e o mal<sup>129</sup>.

C – Não obstante, a crítica que se fazia era justamente sobre a impossibilidade de essa pena atingir os fins almejados. O sistema penal era muito rígido e abstrato. Não se permitia ao julgador uma mínima interpretação das leis, além da simples análise exegética, o que impossibilitava sua adaptação à realidade social. Esse engessamento sofreu muitas críticas ante sua incapacidade de prevenir novos crimes. Com isso, a Escola Positiva ganha

---

(2012:174), os quais, ao tratarem dos utilitaristas, anunciam que: *O objetivo geral consiste em elevar ao máximo a felicidade de todos. O crime é uma redução da felicidade.*

<sup>120</sup> BECCARIA (1993:79-80).

<sup>121</sup> BECCARIA (1993:61).

<sup>122</sup> BECCARIA (1993:68-71 e 70-80).

<sup>123</sup> A respeito da humanização das penas, BECCARIA (1993:118-126) defendia a exclusão da pena de morte em um governo livre e tranquilo por não ser nem útil nem necessária, mas somente uma guerra do Estado contra o cidadão. Em sua lógica, no contrato social o indivíduo cede parcela de sua liberdade para que lhe fosse assegurado o uso do restante. Mas isso não significa, obviamente, que o sujeito cedesse sua própria existência.

<sup>124</sup> IGNACIO ANITUA (2007:163), BLANCO LOZANO (2007, tomo I:161) e BARATTA (1999:31). HESPANHA (2006) explana que as penas deveriam servir a uma utilidade política, racional e terrena, como forma de promover a disciplina social. Por isso, aquilo que estivesse além desse caráter utilitário não merecia punição, a exemplo dos pecados, dos atos interiores etc. As penas, por conseguinte, deveriam ser proporcionais e capazes de dissuadir o delinquente e as pessoas em geral de cometerem crimes, ou seja, assumiam um caráter preventivo geral e especial. Inclusive, nesse período as penas corporais vão sendo substituídas por privações de liberdade, cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:264).

<sup>125</sup> IGNACIO ANITUA (2007:189), BLANCO LOZANO (2007, tomo I:86) e DEL ROSAL (1948:40).

<sup>126</sup> Nesse sentido, MOLINA ARRUBLA (1988:126) explica que: *...todos los hombres eran libres, iguales, racionales y podían, por ello, actuar responsablemente como individuos. De todos modos, la autorresponsabilidad es restringida en tanto se parte del hecho de que todo individuo, desde su potencial de comportamiento está siempre en condiciones de comportarse de un modo que podríamos llamar desviado, si bien, en última instancia, son condiciones específicas las que lo llevan a observar tal comportamiento. No hay, pues, diferencia entre el criminal y el que respeta la ley, salvo la del hecho: Por tanto, en el centro de los análisis teóricos de la Escuela Clásica del Derecho Penal no está el actor sino el acto.*

<sup>127</sup> BORJA JIMÉNEZ (2011:45).

<sup>128</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:86), DEL ROSAL (1948:40) e IGNACIO ANITUA (2007:188).

<sup>129</sup> *La responsabilidad penal se fundamenta en el libre albedrío y la imputabilidad moral: Ese "Libre Albedrío", postulado indiscutible sin el cual la ciencia penal estructurada por la Escuela Clásica carecería de todo punto de apoyo, no es más que la facultad de autodeterminación frente al bien y el mal; y al tener el hombre esa libertad de elección, e inclinarse por la segunda de las alternativas enunciadas, debe ser por ello castigado.* MOLINA ARRUBLA (1988:127).

força, com seu empirismo racionalista e experimental<sup>130</sup>; insuficiente, entretanto, para superar o método abstrato e exegético de interpretação do sistema, como se vê adiante.

D – O Humanitarismo influenciou, em Portugal, Pascoal de Mello Freire dos Reis, defensor de uma política criminal utilitarista, laica<sup>131</sup> e contrária à ideia de pena como retribuição<sup>132</sup>. Na Itália, pode-se citar Francesco Carrara, para quem a pena era uma necessidade natural<sup>133</sup> de proteger o sistema jurídico efetivamente violado e, por consequência, reduzir o dano social<sup>134</sup>. No último capítulo, empreende-se um estudo aprofundado acerca do pensamento desses doutrinadores e suas influências sobre algumas legislações penais.

### 2.3.2 A Escola Clássica alemã e o idealismo Kantiano e Hegeliano

A – Assim como a escola clássica italiana, a escola clássica alemã surgiu da necessidade de limitar o poder absoluto dos monarcas e superar o Direito natural de origem divina<sup>135</sup>, mas ambas seguiram metodologias diferentes. Os principais representantes foram os filósofos Kant, Hegel e o jurista Feuerbach.

B – Para Immanuel Kant (1724-1804), os homens eram autônomos, morais e racionais<sup>136</sup>. Defendia a liberdade de agir do sujeito, desde que pudesse coexistir harmonicamente com a liberdade dos outros, de acordo com uma lei universal. Essa lei universal é resultante da soma da razão humana vulgar, com o que ele denomina razão pura<sup>137</sup>, ou seja, não provém de elementos externos, como, por exemplo, da religião<sup>138</sup>.

---

<sup>130</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:89).

<sup>131</sup> HESPANHA (2006:08-09).

<sup>132</sup> FREIRE (1966:65).

<sup>133</sup> CARRARA (2000:111-112, tomo I).

<sup>134</sup> CARRARA (2000:31-32, tomo I).

<sup>135</sup> Nessa direção, HASSEMER (1990:175) aponta que: *El destino del Derecho natural de origen divino característico de la teología de Tomás de Aquino y del pensamiento medieval europeo, estaba indisolublemente unido al destino de una divinidad inmanente; de un ser, por tanto, que no sólo era la fuente incuestionable del puro deber, sino también la que revelaba este deber a las personas. Ciertamente todavía en el siglo XVIII, la filosofía y la teología aceptaban de una forma u otra la idea de Dios, pero ya entonces estaba claro que este Dios no era ya directamente el legislador del orden humano que establecía los deberes.* Diante disso, o doutrinador conclui que a escola idealista alemã criou as bases do denominado direito natural racionalista, segundo o qual os deveres dos cidadãos não mais decorreriam de uma ordem divina, mas da própria racionalidade humana.

<sup>136</sup> MORRISON (2012:156).

<sup>137</sup> KANT (2007:47).

<sup>138</sup> Sobre a autonomia na doutrina de Kant, SOUZA (2013:48) explica que: *Cada indivíduo e toda a humanidade têm de passar da infância para o estado adulto. “Sapere aude”! Trata-se de encorajar o ser humano a usar sua capacidade racional, crítica, a utilizar autonomamente sua razão, a emancipar-se, sem se submeter à tutela de autoridade alguma. E autonomia acontece exatamente quando o sujeito é lei (“nómos”) para si mesmo (“autós”), quando ele não recebe ordens de fora, de um outro (héteros), seja de Deus, da natureza ou da tradição.*

A conduta era considerada criminosa quando violava o imperativo categórico, isto é, aquele *mandamento da moralidade*<sup>139</sup> segundo o qual os seres humanos devem agir somente em consonância com aquilo que pretendem que seja considerado como lei universal da natureza, aplicável a todos os indivíduos<sup>140</sup>. Como desdobramento, deveria ser imposta uma sanção proporcional à dor causada, uma pena talional<sup>141</sup>. Esse caráter retributivo era absoluto, não se enxergava na pena outra função<sup>142</sup>, a qual deveria ser cumprida ainda que houvesse uma dissolução da sociedade<sup>143</sup>.

Kant acreditava na racionalidade crítica do ser humano, que lhe permitia distinguir moralmente o certo do errado no momento de agir<sup>144</sup>, dentro do imperativo categórico. Nesse sentido, ensinava que: *A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir “em conformidade com a representação de certas leis”. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais*<sup>145</sup>. Essa vontade racional, para além de ser submetida à lei universal, era sua própria criadora, dentro do imperativo categórico<sup>146</sup>.

O fundamento da pena, então, era o merecimento, no sentido de que o sujeito deveria ser castigado caso cometesse um delito, de forma livre<sup>147</sup>. O filósofo alemão distinguia a existência humana e suas ações em dois âmbitos: aquelas determinadas por uma moral racional e as que se deixavam levar por instintos, desejos, tentações. O ser humano tinha a liberdade de decidir se queria ser governado pela razão ou pelos instintos. E o crime

---

<sup>139</sup> KANT (2007:53).

<sup>140</sup> IGNACIO ANITUA (2007:192-193) e MORRISON (2012:166-167). E esse mandamento, nas palavras de KANT (2007:59), consiste no seguinte: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*. O filósofo alemão (2007:60 e ss.) prossegue citando exemplos em que as pessoas não devem agir por violar esse imperativo categórico. Em uma das situações narradas, o sujeito pede dinheiro emprestado com a promessa de pagamento futuro, mas ciente de que não poderá cumpri-la. Assim, questiona se a seguinte máxima poderia transformar-se em lei universal: *Quando julgo estar em apuros de dinheiro, vou pedi-lo emprestado e prometo pagá-lo, embora saiba que tal nunca sucederá*. A resposta é, obviamente, negativa.

<sup>141</sup> POULASTROU (2004:40), VORMBAUM (2014:35) e IGNACIO ANITUA (2007:193-194).

<sup>142</sup> Kant desprezava a função de prevenção geral da pena, pois instrumentalizava o indivíduo, cf. SCHÜNEMANN (1991:710), PALMA (2017a:50) e MARTELETO FILHO (2018:331-332), muito embora, segundo VORMBAUM (2014:36): *Of course, Kant knew as well as any other that both the threat of punishment and punishment itself could have a preventative effect. However, in his theory this can only ever be a side effect, if not an undesirable one. It cannot in itself constitute a legitimation of punishment*.

<sup>143</sup> MEZGER (1958:382). E nesse aspecto, a pena para Kant assumia um aspecto de vingança, de acordo com IGNACIO ANITUA (2004:21 e ss.). Em que pese toda a relevância filosófica da teoria retributiva-talionar de Kant, segundo MIR PUIG (2003:182), ela não conseguiu influenciar a ciência e a prática penal.

<sup>144</sup> MORRISON (2012:156-157).

<sup>145</sup> KANT (2007:67).

<sup>146</sup> O que KANT (2007:72) denominava *vontade legisladora universal*.

<sup>147</sup> IGNACIO ANITUA (2004:21). MORRISON (2012:176), quanto ao caráter retributivo da pena, utiliza três proposições para resumir a teoria de Kant: 1. *A única razão aceitável para se punir uma pessoa é o fato de ela ter cometido um crime*. 2. *A única razão aceitável para se punir uma pessoa de determinada maneira e em determinado grau é o fato de a punição representar aquilo que ela merece*. 3. *Quem quer que cometa um crime deve ser punido em conformidade com seu grau de merecimento*.

representava uma omissão do sujeito em eleger o caminho da razão, sucumbindo às paixões<sup>148</sup>.

Portanto, o homem não deveria seguir as leis por simples temor, ou qualquer outro sentimento que lhe tornava escravo desses mandamentos, mas por não se omitir em realizar uma reflexão crítica, no sentido de respeitar o outro e garantir o seu próprio respeito<sup>149</sup>. A punição era uma forma de assegurar a própria autonomia do indivíduo, de modo a ser tratado como uma pessoa livre, racional e autodeterminável<sup>150</sup>.

C – O segundo filósofo de relevo foi Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), para quem a evolução humana deveria ultrapassar três estágios, com o objetivo de se alcançar a liberdade absoluta: o subjetivo, consistente no autoconhecimento, que o tornava livre; o objetivo, caracterizado pela capacidade de relacionar-se com outros homens livres, a estabelecer relações coletivas até que se alcançasse o espírito absoluto, que se manifesta por meio da filosofia, arte, etc.<sup>151</sup>.

Quem não alcançasse a capacidade de autoconhecimento, a exemplo dos loucos, imbecis e indivíduos de menor idade, não atuava com liberdade<sup>152</sup> e nem era capaz de se relacionar com terceiros. Por isso, o Direito Penal não lhes atingia; a eles eram aplicadas medidas aptas à neutralização do perigo, mas sem os limites e garantias do Direito Penal<sup>153</sup>. Da mesma forma, só era culpável por um dano aquele que praticasse um ato voluntário e representasse que aquele resultado era necessário, uma consequência lógica de sua conduta e, por essa razão, estaria implícito em seus propósitos. Os resultados estranhos à ação, acidentais, que decorriam de fatores externos, portanto, não podiam ser atribuídos ao sujeito<sup>154</sup>. Nesse período, o dolo ainda tinha estreita relação com a culpabilidade, o que justifica a doutrina de Hegel, a qual mistura o que atualmente compõe elementos da tipicidade, a exemplo da representação subjetiva do resultado e da culpabilidade, mais especificamente no que concerne à imputabilidade.

---

<sup>148</sup> FLETCHER (2008:367 e ss.).

<sup>149</sup> MORRISON (2012:178), ou, nas lições de KANT (2007:113): *...interessa porque é válida para nós como homens, pois que nasceu da nossa vontade, como inteligência, e portanto do nosso verdadeiro eu;*

<sup>150</sup> MORRISON (2012:176).

<sup>151</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:272-273) e IGNACIO ANITUA (2007:262).

<sup>152</sup> HEGEL (1968:123). Essa liberdade de vontade, segundo HEGEL (1968:54 e ss.), consiste no livre-arbítrio. No entanto, essa vontade não era ilimitada, puramente instintiva, mas contingenciada pela autodeterminação. Por isso, ele discorre que no livre-arbítrio: *...están contenidas estas dos cosas: la reflexión libre, que abastece todo, y la dependencia del contenido y de la materia, considerados interna o externamente.*

<sup>153</sup> IGNACIO ANITUA (2007:264). Ainda, ZAFFARONI (2007:90), explicando Hegel, expõe que esses sujeitos, desprovidos de autoconsciência, eram considerados tão perigosos quanto os animais que escaparam do zoológico. Mas eles, assim como os animais, não atuavam com relevância jurídica.

<sup>154</sup> HEGEL (1968:120).

As penas para Hegel tinham um caráter retributivo<sup>155</sup>, absoluto, eram um fim em si mesmas, de modo a negar o mal e restaurar o bem, negar o delito, anulá-lo e reafirmar o Direito<sup>156</sup>. Mais do que isso, a pena imposta ao sujeito delinquente era uma honraria, pois, por um lado, conclamava sua racionalidade<sup>157</sup> e liberdade e, por outro, indicava que os seus direitos individuais também seriam assegurados<sup>158</sup>. Além disso, era a garantia de que ele seria punido na mesma proporção de seu ato, evitando a sua instrumentalização com fins preventivos<sup>159</sup>.

D – Por fim, Paul Johan Anselm Feuerbach (1775-1833) é o legítimo representante do Direito Penal liberal alemão<sup>160</sup>. Foi um dos responsáveis por redigir o Código Penal bávaro de 1813<sup>161</sup> e é considerado o fundador da ciência do Direito Penal alemão<sup>162</sup>.

Feuerbach adotava a proposta político-criminal racionalista<sup>163</sup> e utilitária<sup>164</sup>, influenciada tanto pela obra de Beccaria como pelo pensamento Kantiano<sup>165</sup>. Assim defendia que a pena, no momento da cominação legal abstrata, tinha função preventiva geral negativa, intimidatória<sup>166</sup>, de forma a coagir psicologicamente o homem a não buscar o prazer a todo custo<sup>167</sup>, para, dessa maneira, garantir a estabilidade do Direito – afastando-se, porém não completamente, das correntes filosóficas estabelecidas por Hegel e Kant<sup>168</sup>. Por meio da imposição da pena, mostrava-se que a ameaça era efetiva, séria<sup>169</sup>.

---

<sup>155</sup> Claramente assumindo esse aspecto retributivo da pena, HEGEL (1968:104) pontua que: *En el hecho de que la violencia se destruye en su concepto, reside la verdadera explicación del por qué la violencia es anulada con la violencia; por consiguiente, ella no sólo es condicionalmente jurídica, sino necesaria, es decir, como segunda violencia, que es una anulación de una primera violencia.*

<sup>156</sup> PALMA (2017a:51), IGNACIO ANITUA (2007:264), VORMBAUM (2014:59), ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:272), HESPANHA (2006:12), BLANCO LOZANO (2007, tomo I:146), MIR PUIG (2003:50), MEZGER (1957:42). E nas palavras de HEGEL (1968:106): *La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el alunamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración.*

<sup>157</sup> *Right proving itself against wrong however assumes that the criminal him or herself is recognized as a rational being, for right can only prove itself as an expression of rationality by grappling with wrong*, cf. VORMBAUM (2014:59), em explicação à teoria de Hegel. No mesmo sentido, ver PALMA (2017a:50).

<sup>158</sup> HEGEL (1968:109).

<sup>159</sup> MIR PUIG (2003:51).

<sup>160</sup> IGNACIO ANITUA (2007:180) e ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:254-255). Segundo QUEIROZ (2008:174) esse liberalismo de Feuerbach, a despeito de toda polêmica envolvida sobre ele, se consolida: *...por ter o propósito destacado de garantia e preservação da esfera interna de cada cidadão, seja contra interferências estatais, seja contra interferências de outros sujeitos racionais.*

<sup>161</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:87).

<sup>162</sup> MIR PUIG (2003:177).

<sup>163</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:28 e ss.).

<sup>164</sup> IGNACIO ANITUA (2007:180).

<sup>165</sup> VORMBAUM (2014:43).

<sup>166</sup> FEUERBACH (1989:61). Sobre esse ponto, ver também ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:256), HASSEMER (1990:178), VORMBAUM (2014:21) e PALMA (2017a:55).

<sup>167</sup> Também nesse sentido, ver QUEIROZ (2008:205).

<sup>168</sup> VORMBAUM (2014:39).

<sup>169</sup> FEUERBACH (1989:61). Ver também VORMBAUM (2014:40).

A função preventiva geral, portanto, não decorria da imposição da pena, mas de sua ameaça em abstrato, evitando a utilização do indivíduo como um instrumento do Estado<sup>170</sup>. Além disso, Feuerbach rechaçava a ideia de pena como forma de prevenção especial, retribuição moral, intimidação mediata ou reeducação<sup>171</sup>, ainda que os admitisse como efeitos paralelos<sup>172</sup>, como se vê de maneira mais aprofundada no último capítulo.

Sua teoria é chamada de teoria da coação psicológica<sup>173</sup>, no sentido de que a coação física não era suficiente<sup>174</sup>. Como não era possível acorrentar fisicamente os indivíduos inclinados ao mal e evitar que cometessem crimes, era imposta uma corrente psicológica, que deveria ser severa a ponto de anular eventuais benefícios decorrentes da prática delictiva<sup>175</sup>.

Enquanto para Kant o Direito nada mais é que um dever moral, uma obrigação de respeito ao imperativo categórico, Feuerbach foca também no reconhecimento de direitos subjetivos, na garantia da liberdade dos cidadãos e na limitação do poder estatal<sup>176</sup>. A pena seria uma forma de assegurar esses direitos subjetivos<sup>177</sup> e garantir uma harmônica convivência social, eximindo do Estado o dever de educar os seus cidadãos<sup>178</sup>.

A doutrina de Feuerbach foi criticada por Hegel, já que, segundo o filósofo, ela tratava o ser humano como um cachorro, desprezando sua liberdade de escolha e seus desejos<sup>179</sup>. Em capítulo oportuno, analisam-se as questões relativas a dolo e livre-arbítrio segundo Feuerbach.

### 2.3.3 Política criminal empírica: a Escola Positivista

A – A escola positivista emerge de um período de deslumbramento científico, em que se buscava abandonar a metafísica<sup>180</sup>. Cabia às ciências, utilizando um método empírico,

---

<sup>170</sup> VORMBAUM (2014:39). Em relação ao princípio da legalidade em Feuerbach, QUEIROZ (2008:190 e ss.) explica que naquela oportunidade a ideia principal do doutrinador alemão não era a criação de um instrumento de garantias individual, mas de dirigir o comportamento social, efetivando a almejada coação psicológica.

<sup>171</sup> FEUERBACH (1989:62).

<sup>172</sup> FEUERBACH (1989:125).

<sup>173</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:147) e MIR PUIG (2003:53).

<sup>174</sup> QUEIROZ (2008:188).

<sup>175</sup> HASSEMER (1990:178) e VORMBAUM (2014:40). Segundo FEUERBACH (1989:60): *Todas contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa “que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.*

<sup>176</sup> QUEIROZ (2008:175 e ss.).

<sup>177</sup> FEUERBACH (1989:62).

<sup>178</sup> VORMBAUM (2014:42).

<sup>179</sup> VORMBAUM (2014:59-60), IGNACIO ANITUA (2007:181) e MEZGER (1957:42).

<sup>180</sup> DA MATA (1911:33, volume I) e ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:282). O filósofo COMTE (2002), expoente desse movimento que não se restringiu ao Direito, defendia, em apertada síntese, que a evolução

indutivo<sup>181</sup>, explicar os mais diversos fenômenos, inclusive o fenômeno criminal, desprezando tudo que fosse transcendental, religioso ou filosófico<sup>182</sup>. No Direito Penal, portanto, devia ser empregado o mesmo empirismo<sup>183</sup>.

Essa escola caracterizou-se por ser um contramovimento ao pensamento que predominou desde o final do século XVIII até meados do século XIX. Seus adeptos entenderam que a lógica excessivamente teórico-abstrata da escola clássica privilegiou muito os criminosos e, conseqüentemente, houve incremento da violência e das taxas de reincidência<sup>184</sup>.

A escola clássica não se preocupou com os aspectos práticos de sua teoria. Não era possível a prevenção delitiva sem considerar o criminoso em sua individualidade e não de maneira genérica e abstrata. Ela fracassou no combate à criminalidade, o que consagrou a necessidade de dar uma nova direção ao Direito Penal<sup>185</sup>, com a aplicação de medidas mais adequadas e eficazes aos fins que se pretendia. A bem da verdade, o movimento liberal de contenção do poder punitivo iniciado no período iluminista perdera sua função a partir do momento em que a classe burguesa, composta pelos comerciantes e industriais,

---

humana teve que superar estágios até chegar ao positivismo. No primeiro estágio, teológico, as explicações filosóficas se davam com base em questões sobrenaturais. O estágio metafísico tinha por fonte a ontologia. Por fim, o estágio positivo ou real utiliza o pensamento racional para a exploração direta dos fenômenos, de modo a explicá-los com base em nossa inteligência, excluindo argumentos teocráticos ou metafísicos. O propósito dessa filosofia é a sistematização, generalização e relativização do pensamento, em busca da melhoria das condições individuais e, principalmente, coletivas.

<sup>181</sup> FERRI (1999:61).

<sup>182</sup> VORMBAUM (2014:110 e ss.).

<sup>183</sup> HESPANHA (2006:21).

<sup>184</sup> Nesse sentido, FERRI (1999:57) assim discorria: *A segunda razão foi que o método dedutivo ou de lógica abstrata faz perder de vista o criminoso, enquanto que na justiça penal ele é o protagonista vivo e presente, que se impõe à consciência do juiz primeiramente e mais acentuadamente que a "entidade jurídica" do crime e da pena. De fato, em face da excelência teórica pela Escola Clássica tanto jurídica como penitenciária, advieram (conforme foi referido no n° 19) como resultados práticos o contínuo aumento da criminalidade e da recidiva, em evidente e quotidiano contraste com a necessidade da defesa social contra a delinqüência, que é a razão de ser da justiça penal.* Sobre esse assunto, ver também DA MATA (1911:32 e 205 e ss., volume I), que retrata com números o aumento da criminalidade na Europa e das taxas de reincidência, BLANCO LOZANO (2007, tomo I:225), TORRÃO (2012:29) e MIR PUIG (2003:156). O embate entre as escolas penais perdura até o início do século XX, inclusive sob críticas de DEL ROSAL (1948:23): *Es curioso, y altamente sugestivo, que nuestra Ciencia, acaso la más antigua de todas las ciencias jurídicas, al menos desde el punto de vista del precepto positivo, se atasque a cada década de siglo en una encrucijada, siendo así, que, las más de las veces estos problemas que llegan a convertirse en verdaderos quebraderos de cabeza no estremecen en nada la irreversible y por siempre eterna esencia de nuestro Derecho.*

<sup>185</sup> DEL ROSAL (1948:40). Na visão atual de MIR PUIG (2003:157 e ss.), as excessivas críticas sobre a Escola Clássica foram de, alguma maneira, injustas: *Pero sería injusto para el liberalismo y para la escuela clásica atribuirles la aparición de los problemas que en todos los terrenos se hicieron evidentes a fines del pasado siglo y principios del presente. Concretamente, el aumento espectacular de los índices de criminalidad que delatan en esa época las estadísticas, obedeció antes que nada a las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a las nuevas y duras condiciones de la sociedad industrial que surgía. Sería ingenuo creer que la lucha contra las secuelas de un sistema económico-social puede ser asumida con éxito por el derecho penal y, sobre todo, sería inadmisibile políticamente pensar que tal lucha debe llevarse a cabo a expensas solamente de quienes manifiestan dificultades de adaptación al sistema, castigándolos o someténdolos a medidas de seguridad.* De todo modo, o doutrinador espanhol concorda que o método abstrato e racional de compreender o delito não era suficiente, considerando os complexos avanços sociais daquela época.

alcançou a almejada evolução na pirâmide social. Sentiu-se, então, a necessidade de restabelecer um Estado de modelo intervencionista<sup>186</sup>.

No mesmo contexto fático, tem-se a ainda crescente migração populacional do campo para os centros urbanos que gerou o aumento da pobreza, a mendicância, o abuso de bebidas alcoólicas, surgindo os criminosos em potencial<sup>187</sup>. A reação consistiu em um incremento do poder punitivo – seletivo, baseado no autor e não no fato – sob o argumento de que era necessário combater essa crescente violência urbana<sup>188</sup>. Assim, os positivistas buscavam superar a ideia de crime como um ente puramente jurídico e individual, considerando-o como algo real, natural<sup>189</sup>. O Direito Penal focou na pessoa do delincente – e não mais no crime em si<sup>190</sup> –, que era um sujeito real, biológico, físico e, principalmente, social, no intuito, novamente, de superar a abstração da escola clássica<sup>191</sup>.

Ainda em conformidade com o preponderante pensamento mecanicista de causa e efeito, foi imprescindível tentar compreender as causas do delito. Nesse aspecto, os positivistas empregavam o método indutivo, ou seja, a observação e compreensão da realidade fática, com auxílio de outras ciências, a exemplo da psicologia, sociologia e antropologia, biologia e medicina<sup>192</sup>. Como consequência, a aplicação da pena deveria levar em conta seus efeitos reais e concretos, objetivando realizar um efetivo controle social e prevenir novos delitos<sup>193</sup>.

B – Nesse período, predominou uma política criminal com direção antropobiológica<sup>194</sup>, que categorizava os indivíduos como bons e maus, delinquentes e não delinquentes,

---

<sup>186</sup> Essa situação é mais bem retratada, relativamente à França, por IGNACIO ANITUA (2007:152-154).

<sup>187</sup> CANO LÓPEZ (2004:69).

<sup>188</sup> ZAFFARONI (2007:91).

<sup>189</sup> BARATTA (1999:38-39), CANO LÓPEZ (2004:70) e MIR PUIG (2003:160). Nesse mesmo sentido, vale a pena citar as lições de FERRI (1999:62): *Daqui resultava que antes de estudar o crime como “ente jurídico” e infração da lei penal, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto naturais como sociais e avaliando-o como expressão anti-social de uma dada personalidade delinqüente.*

<sup>190</sup> FERRI (1999:64). Sobre a visão positivista antropológica do crime, ver também CANO LÓPEZ (2004:70) e MIR PUIG (2003:163).

<sup>191</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:225-226), MOLINA ARRUBLA (1988:132) e DEL ROSAL (1948:40). Na verdade, segundo BARATTA (1999:38): *O delito é, também para a Escola positiva, um ente jurídico, mas o direito que qualifica este fato humano não deve isolar a ação do indivíduo da totalidade natural e social.*

<sup>192</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:225-226) e CAVALCANTI (2005:76).

<sup>193</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:91) enuncia que nesse período se deu o início da denominada política criminal aplicada, cujo expoente é Von Liszt, e uma de suas premissas é: *El empleo consciente de la pena, en cuanto arma del orden jurídico en la lucha contra el crimen, es imposible sin el examen científico del crimen en su aspecto real y exterior y en sus causas interiores, que se deducirán de los hechos.* A defesa social, portanto, era o objetivo da escola positivista e nisto ela se assemelhava à escola clássica, ainda que com fundamentos e metodologias diversas, segundo BARATTA (1999:41).

<sup>194</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:26).

com a pretensão de segregar ou eliminar os enfermos<sup>195</sup>, como forma de defesa social<sup>196</sup>. Os homens biologicamente de pior qualidade colocavam em risco a sociedade e o Direito Penal se destinava a eles<sup>197</sup>.

O homem compõe um organismo social<sup>198</sup>. Quando comete um delito, é considerado anormal, uma anormalidade que decorre de fenômenos biológicos, sociais e físicos<sup>199</sup>; desprezava-se o livre-arbítrio<sup>200</sup>. A responsabilidade penal tinha por fundamento a responsabilidade social, ou seja, a sociedade tinha o direito de defender-se daquele que delinquia<sup>201</sup>.

Os positivistas não possuíam uma ideia clássica de pena de cunho político, mas sim de uma intervenção natural, terapêutica, como uma forma de tratar o 'enfermo', permitindo, de maneira reflexa, a prevenção futura de delitos<sup>202</sup>. Por essa razão, a pena deveria ser imposta levando em consideração as características pessoais do criminoso, sua periculosidade<sup>203</sup> e não a gravidade da conduta<sup>204</sup>. Foram representantes dessa escola positivista Lombroso (médico), Ferri (sociólogo e jurista) e Garofalo (jurista), dentre outros.

C – Coube a Cesare Lombroso (1835-1909) a realização de um estudo humano comparando-o com os animais. Ele identificava no homem criminoso características bioló-

---

<sup>195</sup> De acordo com ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:283): O “crime” era a manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se elimina ou segregar definitivamente o portador). ZAFFARONI (2007:90 e ss.) acrescenta que para os positivistas o inimigo era um ser ôntico, no sentido de que não era eleito politicamente como tal. Sua estranheza, ou inimizade decorria de questões naturais, biológicas, patológicas. Ainda sobre o positivismo, BARATTA (1999:29) expõe que: *A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social...* Sobre o assunto, ver, ainda, IGNACIO ANITUA (2007:378 e ss.).

<sup>196</sup> FERRI (1999:70).

<sup>197</sup> De maneira mais aprofundada sobre a evolução da criminologia com enfoque na segregação racial, ver IGNACIO ANITUA (2007:270 e ss.).

<sup>198</sup> Ou nas lições de ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:282), *uma célula do organismo social*.

<sup>199</sup> MOLINA ARRUBLA (1988:138).

<sup>200</sup> E essa era o principal ponto de divergência entre a Escola Clássica e a Escola Positivista, segundo MIR PUIG (2003:161).

<sup>201</sup> MIR PUIG (2003:162).

<sup>202</sup> CANO LÓPEZ (2004:71), BLANCO LOZANO (2007, tomo I:227), HESPANHA (2006:21) e MIR PUIG (2003:164). Para ZAFFARONI (2007:92-93), não eram penas no sentido estrito, mas *medidas administrativas de coerção direta destinadas a conter o perigo que os infratores representavam para a sociedade*. Por essa razão, IGNACIO ANITUA (2007:302) explana que, a despeito da má utilização do positivismo por governos totalitários, de modo a promover uma ampla segregação racial, seu método permitiu uma redução no encarceramento prisional.

<sup>203</sup> MOLINA ARRUBLA (1988:136) e MIR PUIG (2003:163). Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:287) explicam que: *Dentro da concepção positivista, o delito não é a conduta de um homem, e sim o sintoma de um mecanismo decomposto: o delito é sintoma de periculosidade; logo, a medida da pena é a medida da periculosidade*.

<sup>204</sup> CANO LÓPEZ (2004:70).

gicas típicas dos demais animais, criando a ideia de criminosos natos, habituais ou ocasionais<sup>205</sup>, tais como mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, entre outras<sup>206</sup>. A insensibilidade para a dor<sup>207</sup>, daltonismo<sup>208</sup>, fraca acuidade visual<sup>209</sup> etc., também eram fatores determinantes para caracterizar um criminoso, que já se manifestava como tal desde tenra idade<sup>210</sup>, sob o argumento de que tivera um retardo ou distúrbio no desenvolvimento embrionário<sup>211</sup>. Como os criminosos natos não estavam sujeitos à “cura”<sup>212</sup>, o médico italiano defendia que fossem inseridos em casa de abrigo perpétuo<sup>213</sup>, já que as prisões convencionais eram incapazes de promover quaisquer mudanças; pelo contrário, serviam somente para fomentar a reincidência<sup>214</sup>.

Lombroso frequentemente comparava os criminosos natos aos dementes e aos selvagens, pois tanto uns como os outros não possuíam sensibilidade física e afetiva, eram violentos, suscetíveis a paixões<sup>215</sup> e agiam com indiferença em relação ao outro<sup>216</sup>. Tais características impunham-se com uma força irresistível, de modo a impedi-los de dirigir sua própria vontade. Ou seja, a atividade criminosa era condicionada pela hereditária falta de autocontrole<sup>217</sup>. O livre-arbítrio existia primordialmente nas pessoas sãs, muito embora fosse limitado por outros fatores biológicos e sociais<sup>218</sup>. Assim, a ideia de culpa penal perde seu protagonismo, pois a sanção não tinha como fim a imposição de um castigo, mas a defesa, com a segregação temporária ou definitiva daquele que não está apto ao convívio social<sup>219</sup>.

---

<sup>205</sup> LOMBROSO (2016:29).

<sup>206</sup> LOMBROSO (2016:197). Ver, também, DA MATA (1911:43 e ss., volume I).

<sup>207</sup> LOMBROSO (2016:47-49).

<sup>208</sup> LOMBROSO (2016:49-50).

<sup>209</sup> LOMBROSO (2016:50).

<sup>210</sup> Conforme LOMBROSO (2016:72): *Sendo a demência moral e as tendências criminosas unidas indissolavelmente, explica-se porque quase todos os grandes delinquentes tiveram que manifestar suas medonhas tendências desde a primeira infância.*

<sup>211</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:284) e IGNACIO ANITUA (2007:304).

<sup>212</sup> Nesse contexto, LOMBROSO (2016:86) expõe que: *Impedir a conjugação fecunda dos alcoólatras e dos criminosos seria pois a única prevenção do delinquente nato, que, quando é tal, como se vê em nossa história, nunca se mostra suscetível de cura.* Em determinada altura de sua obra (2016:163), o médico cita um único caso em que teve contato com um criminoso nato que se reabilitou, mas não por vontade própria e sim por uma circunstância metafísica, que apagou seus “traços criminoso”: *Encontrei um só caso de verdadeira metamorfose moral de um delinquente nato. Apeguei-me à pessoa de U. Melicone, 40 anos, assaltante, com tio demente, crânio submicrocéfalo, olhos turvos, lábios suitis, que após 20 anos de pena teve alucinações religiosas, e se acreditou revestido de uma missão em louvor a Nossa Senhora, cuja imagem lhe aparecia na cela. A demência lhe tinha apagado todos os traços de tendência criminosa, fazendo dele um apóstolo e filantropo.*

<sup>213</sup> LOMBROSO (2016:86).

<sup>214</sup> LOMBROSO (2016:154 e ss.).

<sup>215</sup> LOMBROSO (2016:124 e ss.).

<sup>216</sup> LOMBROSO (2016:53 e ss. e 124 e ss.).

<sup>217</sup> LOMBROSO (2016:53 e ss. e 124 e ss.).

<sup>218</sup> LOMBROSO (2016:223).

<sup>219</sup> DA MATA (1911:40-41, volume I).

D – Ferri (1856-1929) também defendia um determinismo, no sentido de que o homem não tem liberdade de escolha, pois está preso a leis universais de ordem física, biológica e psicológica<sup>220</sup>. O doutrinador diferenciava-se de Lombroso porque considerava o ambiente social como mais um fator determinante à atividade criminosa<sup>221</sup>, classificando os criminosos como nato, louco, habitual, ocasional e passional<sup>222</sup>, a depender dos graus de periculosidade e de readaptabilidade social.

O criminoso era considerado um sujeito perigoso, anormal<sup>223</sup> e tendencialmente poderia voltar a cometer crimes<sup>224</sup>. E justamente em razão de o sujeito não possuir plena liberdade de agir é que se impunha medidas terapêuticas. Essas medidas não tinham prazo determinado, perduravam até a convalescença do indivíduo<sup>225</sup>.

Por conseguinte, a responsabilidade criminal se dava não por uma violação moral, em decorrência de seu livre-arbítrio (como na escola clássica), mas pelo simples fato de viver em sociedade e não poder causar danos a direitos alheios. Tratava-se de uma responsabilidade social. A pena, por sua vez, tinha como fim a defesa social, por meio da coerção repressiva do condenado, e consistia no que ele denominava sequestro do convívio civilizado, por tempo indeterminado, até que o agente estivesse apto para o retorno ao convívio social<sup>226</sup>.

Ferri não distinguia ciências criminais de ciências auxiliares. Em sua lógica, todas compunham um mesmo bolo, denominado sociologia criminal, destinado à construção jurídica do crime e da pena, objetivando a prevenção e repressão<sup>227</sup>, cada qual exercendo suas funções, de forma a uma complementar a outra. Nessa divisão de tarefas, cabia à política criminal influenciar o legislador, visando à adaptação das informações trazidas pelos demais ramos à realidade social<sup>228</sup>.

---

<sup>220</sup> MOLINA ARRUBLA (1988:134) e BLANCO LOZANO (2007, tomo I:227).

<sup>221</sup> HESPANHA (2006:22) e MEZGER (1957:59). Em consonância com FERRI (1999:62), o crime tinha por causas: *fatores individuais – orgânicos e psíquicos – fatores físicos, ambiente telúrico – fatores sociais, ambiente social...*

<sup>222</sup> FERRI (1999:255). Acerca disso, ver também CAVALCANTI (2005:77).

<sup>223</sup> *Se delinqüê, isso significa que, ou por condição transitória ou por condição permanente (congénita ou adquirida), a sua atividade psíquica funciona anormalmente, quer dizer, de modo “não adaptado” às condições de existência social, segundo o ambiente especial em que todo homem vive e trabalha.* FERRI (1999:251).

<sup>224</sup> MOLINA ARRUBLA (1988:135).

<sup>225</sup> FERRI (1999:67-68). Em relação a essa temática, ver também BLANCO LOZANO (2007, tomo I:227).

<sup>226</sup> FERRI (1999:124).

<sup>227</sup> FERRI (1999:92 e ss.).

<sup>228</sup> Nas lições de FERRI (1999:114): *A política criminal é a arte (no legislador) de adaptar às exigências de cada povo as propostas da sociologia criminal para a defesa preventiva e repressiva.*

E – Por fim, segundo Garofalo (1851-1934), cabia ao Direito Penal defender a sociedade dos sujeitos que violavam os sentimentos altruístas universais de probidade e piedade<sup>229</sup>. O criminoso era aquele detentor de uma anomalia moral<sup>230</sup> que o impedia de compreender as obrigações naturais do convívio social. Essa anomalia poderia decorrer dos mais diversos fatores<sup>231</sup>, já que ele trabalhava com um certo determinismo biológico cultural<sup>232</sup>, desprezando os que pertenciam a tribos degeneradas<sup>233</sup> e renegando o livre-arbítrio<sup>234</sup>.

Assim, Garofalo estabelece uma definição social (e não jurídica) de delito, que chamava de *delito natural*, consistente nessa violação dos sentimentos altruístas universais de probidade e piedade<sup>235</sup>. A pena deveria ser dosada de acordo com o grau dessa “deficiência” do sujeito e podia ser imposta até mesmo antes do cometimento de uma ação delitiva<sup>236</sup>. O jurista aplicava os ensinamentos de Darwin aos inimigos da sociedade, no sentido de eliminá-los como uma forma de seleção natural, que ele denominava seleção social<sup>237</sup>.

F – Como se observa, o positivismo possuía várias vertentes, sociológica, jurídica e biológica, com algumas divergências entre si, porém sem perder a essência, o aspecto comum de que a pena se destinava ao sujeito e não ao fato em si<sup>238</sup>.

Destarte, em determinado momento a ciência penal viu-se em crise<sup>239</sup>, especialmente porque, apesar de toda relevância conferida ao empirismo, na prática ela foi dominada por um método racional e formalista<sup>240</sup> que se restringia à interpretação exegética da

---

<sup>229</sup> GAROFALO (1890?:98). Ver, também, HESPANHA (2006:22) e DA MATA (1911:128 e ss., volume II).

<sup>230</sup> GAROFALO (1890?:97-99).

<sup>231</sup> Nesse sentido, GAROFALO (1890?:56) discorre que: *Pero, desde el momento que este sentido moral es una actividad psíquica, puede hallarse sometido á alteraciones, á enfermedades; puede perderse por completo, puede faltar desde el nacimiento por una monstruosidad semejante á todas las demás de nuestro organismo, y que puede atribuirse, á falta de otra explicación mejor, al atavismo.*

<sup>232</sup> *Sea lo que quiera de esta hipótesis, lo mismo que de la de Darwin, lo cierto y positivo es que cada raza posee hoy una suma de instintos morales “innatos”, es decir, que no son un producto del razonamiento individual, sino que son la herencia del individuo, como el tipo físico de la raza á que pertenece.* GAROFALO (1890?:54-55).

<sup>233</sup> *...excepción hecha de estas tribus degeneradas que representan en la especie humana una anomalía semejante a la que representan los malhechores en la sociedad.* GAROFALO (1890?:57).

<sup>234</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:289).

<sup>235</sup> GAROFALO (1890?:78). De maneira explicativa, ver JIMENEZ DE ASUA (1947:39-40).

<sup>236</sup> HESPANHA (2006:22).

<sup>237</sup> GAROFALO (1890?: 230 e ss.). No que tange à influência de Darwin na teoria de Garofalo, ver, também, ZAFFARONI (2007:94) e JIMENEZ DE ASUA (1947:42).

<sup>238</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:36).

<sup>239</sup> DEL ROSAL (1948:24 e ss.). CAVALCANTI (2005:83-84) retrata essa crise como questões práticas que não eram solucionadas eficazmente pelo positivismo, muito embora o movimento almejasse *resolver as dúvidas que se desenvolviam em torno da concepção do jusracionalismo penal.*

<sup>240</sup> Na Itália, esse predomínio ocorreu principalmente a partir do final do século XIX, com a promulgação do Código Penal de 1889, que unificou toda a legislação até então fragmentada. Já na Alemanha, iniciou-se antes, a partir do Código Penal de 1871, também com a superação da pluralidade legislativa, e teve como principal expoente Karl Binding. MIR PUIG (2003:179 e ss.).

lei, desvalorada como forma de limitar o arbítrio judicial e resguardar as garantias do cidadão<sup>241</sup>.

A dogmática penal era excessivamente técnica, incapaz de superar os postulados do pensamento formal liberalista que ainda prevalecia. Dessa maneira, desconsiderou importantes elementos, a exemplo da política criminal. Consequentemente, sem a interferência da política, a ciência penal ficava ilhada, incapaz de influenciar a realidade social<sup>242</sup>, o que abriu campo para “novas” correntes de pensamento.

É nesse contexto, em busca de um caminho alternativo para superar a chamada luta entre as escolas positivista e clássica<sup>243</sup>, entre o jurídico e o natural, o teórico e o prático, que em meados do século XIX surgem inúmeras escolas ecléticas, merecendo destaque a Escola Moderna alemã e a Escola Neoclássica, perdurando até o século XX<sup>244</sup>. Daí a relevância de autores como Liszt, Mezger e Frank, contemplados no capítulo destinado ao dolo e política criminal.

#### 2.3.4 A Escola Moderna alemã/Escola alemã de política criminal/Escola de Marburgo

A – Na Alemanha, Franz von Liszt, fundador da Escola Moderna, buscou uma conciliação entre os postulados da Escola Clássica e da Escola Positivista<sup>245</sup>, uma unificação de suas teorias<sup>246</sup>. Propunha um Direito Penal utilitário, racional e preventivo, de modo a combater a criminalidade sem se socorrer de ideais metafísicos. Para tanto, era imprescindível a utilização de ciências auxiliares<sup>247</sup>.

---

<sup>241</sup> TORRÃO (2012:29-30) e DEL ROSAL (1948:45 e ss. e 112), explanam que apesar de toda a disputa entre as escolas clássica e positivista, elas eram expressão do mesmo contexto histórico político, denominado *demoliberal*. Portanto, as principais divergências referiam-se à forma como contemplavam o crime.

<sup>242</sup> Segundo IGNACIO ANITUA (2007:372), com o método positivista: *o direito ficava reduzido a uma forma pura, carente de conteúdo*.

<sup>243</sup> A “luta de Escolas” não se restringia ao método dogmático. Como se vê adiante, seus partidários também não concordavam quanto aos fins das penas, retributivo x preventivo, cf. bem assinala MUÑOZ CONDE (2003:90).

<sup>244</sup> Essa tendência de se buscar um caminho alternativo é descrita por DEL ROSAL (1948:30) ao abordar o surgimento da escola italiana denominada técnico-jurídica. Em suas palavras: *El espíritu italiano, con un tacto político inimitable, hace un sopesado equilibrio de las conquistas científicas; valora la utilidad práctica de estas aportaciones; se llena de experiencia humana al prever, sin radicalismo de ninguna especie, la inabarcable variedad con que se nos abre el mundo de la vida; no se inclina, por tanto, con demasiada pasión, que las más de las veces ofusca el enjuiciamiento fino de las cosas y de los seres, por una u otra corriente de escuela; se cerciora de la índole peculiarísima de su tradición jurídica, el máspreciado legado de este pueblo, y da al mundo de las leyes un código, en cuyos trabajos toma buena participación A. ROCCO, de un valor extraordinario*.

<sup>245</sup> CANO LÓPEZ (2004:72).

<sup>246</sup> VORMBAUM (2014:118). Sobre a forma como Liszt tentou promover essa conciliação, ver JIMENEZ DE ASUA (1947:58).

<sup>247</sup> TORRÃO (2012:27-28).

O primeiro passo seria bem delimitar as ciências jurídico-penais e suas fronteiras com as ciências similares<sup>248</sup>, sistematizá-las, já que os positivistas faziam confusão, mesclando todas como se fossem uma só<sup>249</sup>. Com esse intuito, estabeleceu o que chamou de ciência global do direito penal, composta pela dogmática, criminologia e política criminal<sup>250</sup>. A criminologia tinha por finalidade estudar o crime, mas, particularmente o criminoso, desde suas influências internas (psicologia e antropologia) até as externas (sociologia)<sup>251</sup>. A política criminal, por seu turno, utilizava-se dos dados criminológicos para orientar a melhor maneira de execução de pena em prol da sociedade, mas sem interferir na dogmática penal, que continuava a servir tão somente ao cidadão e exigir um respeito extremo ao princípio da legalidade<sup>252</sup>.

Liszt era defensor de um modelo de Estado social intervencionista que deveria se utilizar das ciências penais para transformar a realidade social, proteger bens jurídicos<sup>253</sup> e melhorar a vida do indivíduo. E é nesse aspecto que a política criminal assume seu protagonismo, pois a dogmática penal, em sentido estrito, mantinha seu caráter liberal como um sistema de garantias contra o Poder Estatal<sup>254</sup>.

B – Portanto, em linhas gerais – considerando que no capítulo 04 há um estudo mais aprofundado sobre o penalista alemão –, Liszt entendia o crime como um fenômeno ao mesmo tempo antropológico, social e jurídico, no sentido de que sobre ele deveriam recair estudos dogmáticos e empíricos<sup>255</sup>.

A pena tinha como objetivo primordial a defesa de bens jurídicos, por meio da prevenção, da readaptação do delinquente à vida social ou de sua neutralização<sup>256</sup>. Os modos

---

<sup>248</sup> DEL ROSAL (1948:48).

<sup>249</sup> CAVALCANTI (2005:84) e JIMENEZ DE ASUA (1947:47-48).

<sup>250</sup> IGNACIO ANITUA (2007:367 e ss.).

<sup>251</sup> LISZT (2006:104) e TORRÃO (2012:29-30). E essa é a razão de sua escola ter sido chamada de Escola Sociológica alemã, cf. MIR PUIG (2003:204).

<sup>252</sup> TORRÃO (2012:29-30-31).

<sup>253</sup> Cf. MEZGER (1957:60) e SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:31), muito embora haja discordância quanto a isso, a exemplo de VORMBAUM (2014:123), que discorre haver uma certa ambivalência em sua teoria: *The force with which Liszt championed upholding the rule of law on this side of the bulwark, the ambivalence of the idea of utility, which could lead to a restriction of criminal law in cases of inexpedient or counterproductive punishment (e.g. short-term custodial sentences), the fact that social democrats were among Liszt's followers (e.g. Gustav Radbruch), and finally his political dedication to liberalism (i.e. the left-wing liberals in the Reichstag)—all of this probably contributed to the long-held opinion that Liszt's theory was a liberal, constitutional one and was opposed and defended as such. As it also influenced plans for reform during the late imperial period and the Weimar Republic, it was rejected by the National Socialists. However, it was no great difficulty for Liszt's followers—most importantly, Eberhard Schmidt und Eduard Kohlrausch—to show his theory's compatibility with the "new way of thinking".*

<sup>254</sup> MIR PUIG (2003:199 e ss.).

<sup>255</sup> LISZT (1994). E é justamente esse o aspecto evolutivo da teoria de Liszt, pois a despeito de desprezar quaisquer juízos de valor, sua dogmática não era excessivamente racional-formalista; admitia a influência de elementos empíricos, cf. MIR PUIG (2003:204). Ainda ver DA MATA (1911:196 e ss., volume I).

<sup>256</sup> LISZT (2006:99-100 e 1994:112). Ver, ainda, VORMBAUM (2014:115 e ss.) e DA MATA (1911:197, volume I).

de punição dependiam, respectivamente, da espécie de delinquente, a saber: a) ocasional; b) perigoso, mas recuperável; e c) perigoso e irrecuperável<sup>257</sup>. Com base nisso, instituiu-se um sistema dual de punição, consistente na pena e na medida de segurança<sup>258</sup>, mantendo a distinção realizada pela Escola Clássica entre imputáveis e inimputáveis<sup>259</sup>. Ressalta-se que a imputabilidade estava relacionada à normalidade do sujeito e não ao livre-arbítrio<sup>260</sup>, já que Liszt desprezava sua existência, porque em sua visão, o crime estava relacionado a fatores causais que afetavam a consciência do indivíduo<sup>261</sup>.

### 2.3.5 A Escola Neoclássica/Neokantiana

A – A escola Neokantiana surge em um momento de superação do pensamento puramente racional, cientificista e formalista que predominou em meados do século XIX em diante<sup>262</sup>. O método positivista conferia tamanha relevância à criminologia e à política criminal que deixava o Direito Penal em posição de subordinação. Por esse motivo, fracassou<sup>263</sup>, e como uma reação dos penalistas da época, as ciências valorativas e de existencialismo – chamadas de ciências culturais ou de espírito – ganham espaço<sup>264</sup>, convivendo harmonicamente com as ciências naturais, mas diferenciando-se a depender do modo de investigação. Nas primeiras, empregava-se o causalismo explicativo; enquanto as ciências de espírito eram valorativas<sup>265</sup> na tentativa de compreender o fenômeno<sup>266</sup> e pôr ordem ao mundo real caótico<sup>267</sup>.

---

<sup>257</sup> LISZT (2006:100 e 1994:114 e ss.). Em relação a esse tema, ver CANO LÓPEZ (2004:73 e ss.).

<sup>258</sup> DA MATA (1911:198-199, volume I).

<sup>259</sup> FERRI (1999:78).

<sup>260</sup> LISZT (2006:123-125).

<sup>261</sup> VORMBAUM (2014:118) e DA MATA (1911:198, volume I).

<sup>262</sup> VORMBAUM (2014:146).

<sup>263</sup> MIR PUIG (2003:207 e ss.) assim explica esse fracasso: *Las tres categorías centrales de la teoría del delito -acción, antijuridicidad y culpabilidad- encontraban insatisfactoria explicación con arreglo a la metodología positivista. Entendida la acción naturalísticamente en el esquema de VON LISZT y BELING como movimiento corporal o modificación causal del mundo exterior perceptible por los sentidos, no podía cobijar, ni siquiera mínimamente, a la omisión... La antijuridicidad tampoco se explicaba suficientemente desde una actitud metodológica como la positivista, que excluía toda posibilidad de considerar esta nota del delito en sentido valorativo... Por último, la metodología positivista cerró las puertas a una concepción unitaria de la culpabilidad. Su esencia se vio en constituir el nexo de unión psicológico entre el hecho antijurídico y su autor (teoría psicológica de la culpabilidad). Constituía, por así decir, el parangón en el plano de lo subjetivo de lo que la relación de causalidad representaba en lo objetivo.*

<sup>264</sup> ZAFFARONI (2019:129 e ss.), MEZGER (1957:63) e MIR PUIG (2003:172). Na verdade, segundo MIR PUIG (2003:211), os Neokantistas não superaram o aspecto científico dos positivistas, mas alteraram o objeto de estudo das ciências, passando a compreender nele os fenômenos espirituais.

<sup>265</sup> MUÑOZ CONDE (1994:1026).

<sup>266</sup> GRECO (2002:218).

<sup>267</sup> ZAFFARONI (2019:135).

Sendo assim, foi possível e necessário estabelecer novos limites às ciências jurídico-penais<sup>268</sup>. A criminologia era uma ciência natural, ontológica, cuja finalidade era explicar o fenômeno criminal. A dogmática penal era uma ciência de espírito, axiológica, que buscava compreender o crime de forma valorativa<sup>269</sup>. A primeira subordinava-se à segunda<sup>270</sup>.

B – Nesse cenário, os neokantianos buscaram corrigir os erros do positivismo<sup>271</sup> com a consolidação de um sistema penal teleológico, baseado nos fins das penas e nos anseios sociais<sup>272</sup>, que reaproximava o Direito Penal da política criminal<sup>273</sup>. O conceito de crime era influenciado pelos fins do Direito Penal e os juízos de valor que lhe serviam de base. Foram inseridos axiomas em todos os elementos do crime<sup>274</sup>, assim como componentes de cunho subjetivo na tipicidade (por exemplo, crimes de tendência) e na antijuridicidade (cuja proteção ao bem jurídico foi inserida em seu conteúdo<sup>275</sup>).

Na culpabilidade, ponto que interessa a este trabalho, antes restrita à ideia psicológica de dolo e negligência, inseriram-se elementos normativos, segundo a teoria da culpabilidade normativa elaborada por Reinhard Frank<sup>276</sup>. Mas ainda para muitos neokantianos, o dolo permanecia compreendendo o conhecimento da ilicitude da conduta, o chamado *dolus malus*, que acabava por privilegiar os maus intencionados, porém desconhecedores do Direito<sup>277</sup>.

O delito, portanto, deixa de ser analisado de maneira puramente formal e descritiva<sup>278</sup>, conferindo-se enfoque no dever ser<sup>279</sup>, ou seja, nos valores que se pretendia tutelar. A dogmática, da mesma forma, afastou-se da realidade empírica, pregando um excessivo normativismo<sup>280</sup>.

---

<sup>268</sup> ZAFFARONI (2019:130).

<sup>269</sup> MUÑOZ CONDE (1994:1027) e LIMA (2015).

<sup>270</sup> ZAFFARONI (2019:130).

<sup>271</sup> MIR PUIG (2003:221).

<sup>272</sup> VORMBAUM (2014:146-147) e IGNACIO ANITUA (2007:375).

<sup>273</sup> SCHÜNEMANN (1991:699).

<sup>274</sup> SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:109), MIR PUIG (2003:170) e MUÑOZ CONDE (1994:1039).

<sup>275</sup> MUÑOZ CONDE (1994:1039).

<sup>276</sup> ZAFFARONI (2019:132).

<sup>277</sup> GRECO (2002:220). Isso perdurou até o surgimento da teoria da culpabilidade, como explica MUÑOZ CONDE (1994:1043 e ss.). Na verdade, como se aborda em momento oportuno, Mezger acrescenta ao dolo, para além do conhecimento da ilicitude da conduta, o mero desconhecimento dos valores éticos sociais.

<sup>278</sup> *En esta superación de un positivismo unilateral, en el reconocimiento de que los conceptos jurídicos penales nunca pueden recibir sólo de la ley su contenido determinante, en la comprensión de que lo esencial en la ley positiva no es la falta de lagunas, sino precisamente la existencia de las mismas, yace un rasgo característico de la moderna ciencia del Derecho Penal.* MEZGER (1957:65).

<sup>279</sup> MIR PUIG (2003:220). ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:309) assinalam que, segundo os neokantianos, as ciências do espírito, dentre as quais o Direito Penal, tinham como finalidade alterar o caos da realidade por meio dos valores que pregavam: *A realidade é uma espécie de caos em que não se pode penetrar senão por meio do valor, que é o que cria o objeto. A consequência que isto traz ao campo jurídico-penal é que o valor não se limita a agregar um dado, e sim que o direito penal penetra no caos da realidade, recriando-a, o que equivale a dizer que o valor não respeita a realidade, porque não pode, mas que cria aquilo que valora ou desvalora.*

<sup>280</sup> GRECO (2002:220). Esse normativismo implicava em uma necessária, porém problemática, valoração

Enquanto isso, a criminologia, que permanecia isolada da dogmática penal, estudava o autor do crime dentro do contexto político-social em que ele estava inserido<sup>281</sup>, superando a análise preponderantemente biológica de alguns positivistas. As penas, por sua vez, tinham um caráter retributivo, de reeducação/tratamento e de eliminação, principalmente daqueles considerados delinquentes habituais<sup>282</sup>.

C – Esse novo modelo teórico, menos formal e, portanto, mais maleável diante da ampliação de seu campo interpretativo, complementado pela doutrina positivista então predominante, voltada ao agente e às suas atitudes, permitiu que houvesse maior interferência moral e política sobre o Direito Penal<sup>283</sup> e, conseqüentemente, o endurecimento das suas regras, sob o fundamento da necessidade de proteção dos interesses Estatais – ainda que se entenda que ele foi uma enorme conquista da dogmática no controle do Poder Estatal frente aos direitos individuais<sup>284</sup>. Isso ocorreu especialmente na Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial, em virtude do pensamento conservador que passou a predominar diante do aumento do desemprego e da criminalidade, constituindo um fator importante para o início do que se denominou higienização racial<sup>285</sup>.

D – Foram representantes dessa escola penal, dentre outros, Reinhard Frank e Mezger<sup>286</sup>. O primeiro penalista representa o que se chamou de neokantianos liberais, logo superados pelos teóricos do nazismo – o que se atribui ao segundo<sup>287</sup> –, que se aproveitaram do método neokantista para impor os seus próprios valores<sup>288</sup>.

Com isso, resta atingida a meta inicial de perceber nas principais escolas penais os movimentos político-criminais por elas propostos e passa-se agora ao estudo da evolução histórica do dolo, pois somente assim se pode ter algum parâmetro para, no capítulo seguinte, verificar as influências da política criminal sobre a imputação subjetiva da conduta.

---

judicial de normas semanticamente abertas, cf. SCHÜNEMANN (1991:700).

<sup>281</sup> DEL ROSAL (1948:91).

<sup>282</sup> Cf. MUÑOZ CONDE (2003:39 e ss.). Muito embora na prática, de acordo com ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:309), elas tivessem um caráter preponderantemente retributivo.

<sup>283</sup> Nesse sentido, ZAFFARONI (2019:225) enuncia que o neokantismo, muito embora se caracterizasse como uma ciência pura, era suficientemente adaptável a qualquer sistema político ou modelo de Estado justamente por inserir os valores sociais vigentes no sistema.

<sup>284</sup> Nessa direção, MUNÓZ CONDE (2003:64-65) assevera que havia um sistema penal dualista, em que se tutelavam os direitos e garantias do cidadão por meio desse então evoluído conceito de culpabilidade e, por outro lado, se previa a imposição de penas medidas de caráter indeterminado àqueles considerados perigosos.

<sup>285</sup> VORMBAUM (2014:147 e ss.), MUÑOZ CONDE (2003:44) e IGNACIO ANITUA (2007:375 e ss.). Também sobre a forma como o Neokantismo foi utilizado pela doutrina nazista, ver ZAFFARONI (2019).

<sup>286</sup> LIMA (2015).

<sup>287</sup> Na verdade, em consonância com ZAFFARONI (2019:137-138), os doutrinadores daquele período não acreditavam ser Mezger um penalista do nazismo, mas foi forçado a ser um instrumento desse regime. Dentre eles, é possível citar como exemplo JIMENEZ DE ASUA (1947:101-102). No entanto, como se aborda oportunamente, estudos mais recentes empreendidos pelo espanhol Francisco Muñoz Conde indicam justamente o contrário.

<sup>288</sup> ZAFFARONI (2019:131 e ss.).

### 3 A formação da Teoria Clássica do dolo: do Direito Antigo ao *ius commune*

Acredita-se que o conteúdo deste capítulo é relevante ao objetivo proposto, pois compreender historicamente como foi construído o conceito de dolo permite, no tópico seguinte, perceber como o pensamento político-criminal das escolas foi capaz de influenciar os próximos passos evolutivos.

#### 3.1 Código de Hamurabi e Código de Manu

A – Já havia tratamento do dolo e da negligência no Código de Hamurabi<sup>289</sup>, ainda que de maneira muito incipiente. Os exemplos que podem ser citados são as leis 206 e 267. Na primeira, há a utilização do termo “de propósito”, ou seja, o sujeito que lesionasse outrem deveria alegar que não o fez de maneira proposital, além de pagar as despesas médicas. O mesmo termo repete-se na Lei 227.

A Lei 267 estabelecia o dever de indenizar do pastor que, agindo de forma negligente, causasse dano ao rebanho de terceiro. A negligência é prevista também nas leis 55, 105, 125, 236 e 237. Em relação às penas, nesse período estas eram muito severas e assumiam enorme caráter retributivo, com base na Lei de Talião.

B – Da mesma forma, o Código de Manu também diferenciava dolo, negligência e o caso fortuito<sup>290</sup>, e a pena tinha como fim purificar aqueles que suportavam seus rigores<sup>291</sup>.

#### 3.2 A filosofia grega e o nascimento das teorias do dolo

A – Na Grécia, é perceptível o grande avanço no tratamento do dolo, não pelo aspecto jurídico, já que no campo do Direito os gregos não tiveram tanto destaque e sequer foram capazes de criar um sistema jurídico único<sup>292</sup>, mas acerca da responsabilidade ética e moral do sujeito, principalmente em razão do aprimoramento do pensamento filosófico, que historicamente influenciou e ainda influencia a sociedade ocidental.

---

<sup>289</sup> Foi consultada a versão traduzida para o inglês de HARPER, Robert Francis, *The Code Of Hammurabi, King of Babylon*. Chicago: The University of Chicago, 2ª edição, 1904.

<sup>290</sup> Para exemplificar, citam-se os artigos 135, 229, 240, 291 etc. Disponível em [https://www.laneros.com/attachments/codigo\\_-manu-pdf.111671/](https://www.laneros.com/attachments/codigo_-manu-pdf.111671/), acessado em 15 de outubro de 2018.

<sup>291</sup> Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:177).

<sup>292</sup> Cf. GILISSEN (1995:73).

O dolo se relacionava muito com ética e moral. Os pensadores discutiam se o sujeito podia ou não agir de forma imoral voluntariamente, no sentido de ser praticado livremente pelo homem, sem qualquer coação, porque os gregos ainda não trabalhavam com a ideia de vontade propriamente dita<sup>293</sup>.

B – Platão e Sócrates defendiam um certo determinismo<sup>294</sup>, ou seja, que o homem é involuntariamente mau<sup>295</sup> e *que a justiça é uma virtude da alma e a injustiça o seu vício ou deficiência*<sup>296</sup>. Os filósofos entendiam que o homem só era livre quando agia prevalecendo de suas razões em detrimento de suas paixões, as quais lhe aprisionavam<sup>297</sup>.

Na ótica de Platão, o sujeito deveria ser moderado para ser justo, ou seja, capaz de controlar seus desejos e prazeres. Ensinava que o ser humano possuía uma parte boa e uma parte má da alma. No momento em que a parte boa – o *elemento racional* – dominava a parte má – *elemento apetitivo irracional* – significava que foi alcançada a moderação necessária. O domínio pela parte má significava descontrole ou licenciosidade e merecia censura<sup>298</sup>. A alma justa, portanto, é a alma sadia, quando todos seus elementos estão em harmonia, ao contrário da alma injusta, doente<sup>299</sup>.

Assim, Platão concluía que as ações humanas podem ser injustas, independentemente da intenção direta de causar danos a outrem, desde que advenham da paixão, medo, prazer, dor, invejas e desejos<sup>300</sup>. Inclusive, essas eram as principais razões dos casos de homicídios voluntários<sup>301</sup>, que deveriam ser apenados com a morte do homicida<sup>302</sup>. Por

---

<sup>293</sup> COSTA (2015:53).

<sup>294</sup> Esse determinismo fica bem representado na seguinte passagem da obra “A República”: *Uma pessoa má jamais obterá o conhecimento de si própria ou o de uma virtuosa, enquanto uma pessoa naturalmente virtuosa, se for educada, obterá oportunamente o conhecimento tanto da virtude quanto do vício*. PLATÃO (2016:III, 409d e e)

<sup>295</sup> PLATÃO (2010:IX, 860d). Nas lições de DEMURO (2007:07): *Platone rimane fermo nel vecchio insegnamento di Socrate che l'uomo ingiusto non è volontariamente tale, giacché nessun uomo vorrebbe accogliere nella sua parte più preziosa, l'anima, il più grande di tutti i mali, l'ingiustizia*. Esse determinismo é assim rebatido por ARISTÓTELES (2018:3.5, 1113b15): *...não é o caso de a maldade ser involuntária; se assim fosse, teríamos que contradizer o que acabamos de declarar e afirmar que o ser humano é princípio-fundamento e gerador de suas ações, como o é de seus filhos*. De fato, Aristóteles foi o primeiro a tratar do indeterminismo como pressuposto de todo juízo ético sobre a conduta humana, cf. DEMURO (2007:10), servindo de base para o surgimento e avanço da responsabilização penal subjetiva.

<sup>296</sup> O trecho foi retirado do livro I de sua obra “A República”, no qual Platão retrata um diálogo entre Sócrates e sofista Trasímaco acerca do justo e do injusto. PLATÃO (2016:I, 353e).

<sup>297</sup> Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:238).

<sup>298</sup> PLATÃO (2016:IV, 430e, 431a e b e 439d).

<sup>299</sup> PLATÃO (2016:IV, 444c). Sobre isso, ver também BRANDÃO (2017:139).

<sup>300</sup> PLATÃO (2010:IX, 863e e 864) e DEMURO (2007:07).

<sup>301</sup> PLATÃO (2010:IX, 870).

<sup>302</sup> PLATÃO (2010:IX, 871d). Via de regra, a pena de morte não seria imposta às tentativas voluntárias de homicídio, mas somente o exílio. No entanto, havia exceções, cf. PLATÃO (2010:IX, 877). Por exemplo, ao médico que envenenasse uma pessoa sem causar sua morte era imposta pena capital, cf. PLATÃO (2010:XI, 933d).

outro lado, aqueles que cometiam erros remediáveis, causando danos a terceiros, mereciam perdão<sup>303</sup>. A loucura, doença, velhice, legítima defesa, ou morte involuntária durante o tratamento médico são defendidas pelo filósofo como hipóteses de mitigação ou isenção da responsabilidade<sup>304</sup>.

Vê-se, por conseguinte, que Platão diferenciava as ações injustas voluntárias e involuntárias, defendendo uma responsabilização mais severa às primeiras. As penas podem variar entre morte, exílio, açoites e ressarcimento do dano<sup>305</sup>. Ainda, adotava uma terceira espécie de ação, intermediária às voluntárias e involuntárias, decorrente de um *impulso passional da cólera*, com uma responsabilidade penal diferenciada<sup>306</sup>.

C – Aristóteles, por sua vez, distinguia-se dos seus antecessores na oportunidade em que considerava que o sujeito detinha livre-arbítrio<sup>307</sup> e determinava suas ações<sup>308</sup>. Defendia uma responsabilidade moral baseada na espontaneidade, voluntariedade, escolha e deliberação<sup>309</sup>. Cabia ao Estado reprimir as más ações e honrar ações nobres, mas não dissuadir aquelas que não estavam ao alcance da liberdade individual, da voluntariedade<sup>310</sup>.

---

<sup>303</sup> PLATÃO (2010:V, 731).

<sup>304</sup> PLATÃO (2010:IX, 864d e 874) e DEMURO (2007:07-08).

<sup>305</sup> PLATÃO (2010:IX) e DEMURO (2007:08).

<sup>306</sup> PLATÃO (2010:IX, 878).

<sup>307</sup> Segundo ARENDT (1978:62, volume II), naquele período o livre-arbítrio não significava uma faculdade plena de tomar suas próprias decisões, dentro de suas próprias regras, mas se restringia a meios cujos fins eram tidos como certos.

<sup>308</sup> Nesse âmbito, declara ARISTÓTELES (2018:3.5,1113b1 e ss.): *Sendo o fim, então, aquilo que aspiramos, e aquilo que para ele concorre o objeto de deliberação e prévia escolha, segue-se que as ações que dizem respeito a esse meio são realizadas por prévia escolha e voluntárias. As atividades que veiculam as virtudes têm a ver com os meios e, por conseguinte, a virtude também está na esfera de nosso poder, o mesmo sucedendo com o vício. Com efeito, onde somos livres para agir também somos livres para não agir, e dizer não ou dizer sim; se, portanto, depende de nós realizar algo nobre, também depende de nós não realizar algo vil, e se depende de nós não realizar o que é nobre, também depende realizar o que é vil. Mas se depender de nós realizar e não realizar o nobre e o vil e se, como vimos, ser bom ou mau é realizar o nobre ou o vil, conseqüentemente depende de nós sermos virtuosos ou viciosos.* ARENDT (1978:59, volume II) explana que para Aristóteles a alma era composta de razão e desejos. Cabia à razão ditar as regras, comandar os desejos, que eram cegos e por isso deveriam obedecer cegamente, para assim se alcançar a harmonia interna. Nos casos de conflito, o filósofo entendia que a alma se dividia; cada parte puxava para um lado. Essa é a razão de as más pessoas estarem cheias de arrependimentos.

<sup>309</sup> Cf. COSTA (2015:48-50), MORRISON (2012:55) e FLETCHER (2008:43). Nas palavras de DEMURO (2007:10), Aristóteles defendia que: *la volontà può costituire fondamento di un giudizio di valore etico, solo se libera.*

<sup>310</sup> ARISTÓTELES (2018:3.5,1113b20 e ss.).

Dessa forma, Aristóteles subdividia as ações humanas em voluntárias ou involuntárias. Ato involuntário era aquele cometido sob coação<sup>311</sup> ou por ignorância<sup>312</sup> e merece perdão<sup>313</sup>, salvo se a ignorância decorre de uma conduta negligente, citando como exemplo o desconhecimento da lei e a embriaguez<sup>314</sup>. Voluntário, nas lições de Rickert, *is defined as that whose starting-point is in the one knowing the particular circumstances in which the action occurs*<sup>315</sup>, é aquela ação que emana exclusivamente do sujeito, sem a interferência de fatores externos<sup>316</sup>. Havia ainda atos que, a despeito de serem voluntários<sup>317</sup>, mereciam tratamento de involuntários, ao que o filósofo denominava ações mistas<sup>318</sup>. Os exemplos referidos são situações que no Direito Penal atual configurariam excludentes de ilicitude ou culpabilidade, como o estado de necessidade ou coação moral<sup>319</sup>.

Aristóteles também subdividia atos praticados por ignorância e na ignorância<sup>320</sup>. Ato praticado por ignorância é involuntário, pois o sujeito se engana sobre as circunstâncias fáticas ou finalidades do ato e o resultado é diverso daquele por ele pretendido<sup>321</sup>. Na ignorância assemelha-se às atuais hipóteses de diminuição da culpabilidade, quando o sujeito

---

<sup>311</sup> Em conformidade com DEMURO (2007:20), os atos involuntários em virtude da coação são aqueles que hoje denominamos como consequência de caso fortuito ou força maior. Podem se originar, portanto, de fenômenos naturais ou da própria força humana, cf. RICKERT (1989:96-97), por exemplo, *quando se é levado a algum lugar pelo vento, ou por pessoas que nos têm sob o seu poder*, cf. ARISTÓTELES (2018:3.1,1110a1). A coação – representada pela terminologia βίη – consistia no emprego atual ou ameaça de emprego de força contra o sujeito, capaz de influenciar a sua atitude interna para compeli-lo inevitavelmente (ἀνάγκη) a fazer algo. Tratava-se de uma transgressão à lei, portanto era considerada como um ato de violência não somente contra o sujeito, mas contra o próprio Estado, cf. RICKERT (1989:07 e ss.). Este doutrinador, com fundamento em exemplos da literatura grega, afirma que nem todas as circunstâncias de coação implicavam necessariamente na involuntariedade da ação, poderia haver exceções, *in verbis: Even under circumstances of βίη which is severe and in progress, it is possible to be ἐκὼν. Whatever relationship there is between βίη and being ἄκων, it is not as automatic as the mere collocation of force and ἄκων forms (and, as I shall show, the opposition of force and ἐκὼν forms) might suggest*. RICKERT (1989:43).

<sup>312</sup> ARISTÓTELES (2018:3.1,1110a1). No mesmo sentido, RICKERT (1989:96).

<sup>313</sup> Segundo ARISTÓTELES (2018:3.1,1109b30 e 35): *A virtude tem a ver com paixões e ações, e o louvor e a censura são conferidos somente às voluntárias; as que são involuntárias são objeto de perdão e, por vezes, até de compaixão. Por conseguinte, provavelmente seja indispensável ao estudante da virtude discernir entre o voluntário e o involuntário, o que também será útil ao legislador quando for sua tarefa distribuir recompensas e punições*. Para o perdão, exigia-se dor ou arrependimento do autor do ato, cf. RICKERT (1989:111). Nesse sentido, ARISTÓTELES (2018:3.1,1110b15 e ss.) distingue ato involuntário de não voluntário. No primeiro caso, o agente sofre de aflição ou arrependimento, enquanto no segundo caso, não.

<sup>314</sup> ARISTÓTELES (2018:3.5,1113b30 e ss.). A esse respeito, ver também FLETCHER (2008:43).

<sup>315</sup> RICKERT (1989:96).

<sup>316</sup> Cf. COSTA (2015:53).

<sup>317</sup> Voluntariedade que deve ser analisada no momento da ação, cf. ARISTÓTELES (2018:3.1,1110a15), quando o corpo começa a se mover, cf. RICKERT (1989:100).

<sup>318</sup> ARISTÓTELES (2018:3.1,1110a10).

<sup>319</sup> Nessa perspectiva, RICKERT (1989:99) expõe: *They are the sort of things people do either because of fear of greater evils or because of some good*. ARISTÓTELES (2018:3.1,1110a5) cita como exemplos o sujeito obrigado a agir sob a força de um tirano, que tem seus pais e filhos em seu poder; ou do marinheiro que joga a carga no mar para salvar-se de uma tempestade.

<sup>320</sup> ARISTÓTELES (2018:3.1,1110b20 e ss.).

<sup>321</sup> O filósofo cita os seguintes exemplos: *...confundir o filho com um inimigo, como faz Merope, ou uma lança pontiaguda com uma ponta embotada, ou uma pedra com uma pedra-pomes, ou acontecer de alguém que, embora visando à salvação de um indivíduo, administra-lhe uma poção capaz de matá-lo, ou na luta livre golpear um homem quando se pretendia apenas tocá-lo* (ARISTÓTELES, 2018:3.1,1111a10 e ss.).

ignora uma regra de conduta<sup>322</sup>, age movido por violenta emoção ou por embriaguez<sup>323</sup>. Nesses casos, o filósofo defendia que os atos praticados na ignorância se caracterizam como atos voluntários<sup>324</sup>, mas são desculpáveis<sup>325</sup>.

Outra distinção realizada pelo filósofo era de voluntariedade e escolha. Em sua premissa, nem toda ação voluntária é objeto de escolha, pois esta exige uma reflexão racional<sup>326</sup>, uma *deliberazione*<sup>327</sup>, enquanto atos voluntários podem transcorrer de impulsos momentâneos<sup>328</sup>. A escolha seria, contudo, *l'essenza della responsabilità*<sup>329</sup>.

Assim, seguindo essas classificações, o filósofo conclui que os atos injustos praticados voluntariamente são atos de injustiça e, em regra, merecem censura; diferentemente dos atos involuntários<sup>330</sup>. Atualmente, entende-se que essa doutrina aristotélica foi a primeira fonte do conceito completo de dolo, com elementos volitivo e cognitivo<sup>331</sup>. Na época, sua obra tinha por finalidade influenciar as atividades legislativa e judiciária, tornando-as mais conscientes e objetivas<sup>332</sup>.

D – Quanto ao aspecto jurídico-legal, a análise de Aristóteles é mais complexa, pois o Direito grego não era único, não havia uma uniformidade de tratamento, cada Cidade-Estado possuía suas próprias regras jurídicas<sup>333</sup>. Poucas são as fontes escritas conhecidas, a exemplo das leis de Dracon (629 a.C.)<sup>334</sup>. Ainda assim, é possível asseverar que a voluntariedade ou involuntariedade dos delitos passa a possuir maior relevância com o desenvolvimento das *polis*<sup>335</sup>, ou seja, quando o Estado assume um papel ativo na organização social<sup>336</sup>. Naquele período, a religião tinha forte influência sobre o Direito Penal; as leis tinham uma origem santa e obedecê-las era algo sagrado<sup>337</sup>.

---

<sup>322</sup> DEMURO (2007:21).

<sup>323</sup> COSTA (2015:52);

<sup>324</sup> ARISTÓTELES (2018:3.1,1110a20 e ss.).

<sup>325</sup> ARISTÓTELES 2018:5.8,1136a5).

<sup>326</sup> Segundo ARISTÓTELES (2018:3.3,1113a10): *...a prévia escolha é um desejo deliberado de coisas em nosso poder*. Essa escolha relaciona-se com os meios e o desejo, com os fins (ARISTÓTELES, 2018:3.3,1112b30 e 3.4, 1113a15).

<sup>327</sup> DEMURO (2007:16).

<sup>328</sup> ARISTÓTELES (2018:3.2,1111b10).

<sup>329</sup> DEMURO (2007:16).

<sup>330</sup> ARISTÓTELES (2018:5.8,1135a15 e ss.).

<sup>331</sup> DEMURO (2007:10).

<sup>332</sup> Cf. RICKERT (1989:125).

<sup>333</sup> Cf. GILISSEN (1995:73).

<sup>334</sup> Cf. GILISSEN (1995:75).

<sup>335</sup> Muito embora na prática houvesse essa distinção no período de domínio da justiça familiar ou interfamiliar em relação ao crime de homicídio, cf. GASTALDI (2006:100).

<sup>336</sup> Cf. GASTALDI (2006:98). MORRISON (2012:35) explica que a *pólis*, ou cidade-Estado, era muito mais do que um espaço urbano, mas uma tentativa de ordenar e racionalizar o mundo humano em polos opostos, como, por exemplo, racional/irracional, legal/ilegal, homem/mulher etc. Elas surgiram com o agrupamento de clãs, uma espécie de confederação de tribos – chefiadas monocraticamente sob a condição que a religião de cada uma delas seria respeitada, cf. GILISSEN (1995:74) e COULANGES (2009:104 e 105).

<sup>337</sup> Cf. COULANGES (2009:153-158). Em sentido contrário, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:180) e

As leis de Dracon (629 a. C.) subdividiam os fatos em simplesmente voluntários (ou intencionais – agir com base em uma decisão, sem influência de circunstâncias inevitáveis<sup>338</sup>), premeditados e involuntários (agir sob circunstâncias inevitáveis)<sup>339</sup>. Eram empregados os termos *hekon* e *pronoia* para os dois primeiros, enquanto *akôn*<sup>340</sup> se referia às ações involuntárias<sup>341</sup>.

Ainda não havia um conceito de dolo que se aplicava a todos os delitos, restringindo-se principalmente ao homicídio<sup>342</sup>. O homicídio voluntário era apenado de forma mais gravosa<sup>343</sup>. O homicídio involuntário compreendia hipóteses que hoje seriam culposas, assim como hipóteses de interrupção do nexos causal<sup>344</sup>, quais sejam, *ausência completa de algo, falta, negligência, imprudência, erro ou ignorância*<sup>345</sup>. Essas situações foram construídas pelos *retores* como método de defesa pública daqueles que eram acusados de cometerem uma ação ilícita<sup>346</sup>. Como pena, era imposto ao agente que deixasse o Estado, até que os parentes da vítima permitissem seu retorno<sup>347</sup>.

---

GILISSEN (1995:76) lecionam que nesse período o Direito Penal deixa de ser influenciado pela religião e assume um caráter laico.

<sup>338</sup> Conforme RICKERT (1989:73), esse é um conceito utilizado por doutrinadores ou tradutores que fazem parte do que ele denomina de *Functional Opposite View*.

<sup>339</sup> RICKERT (1989:74,75 e 85) critica essa vinculação, defendida pelo *Functional Opposite View*, entre voluntariedade/involuntariedade e circunstâncias evitáveis/inevitáveis. Em seu entendimento, o que as situações que o *Functional Opposite View* trata como exceção à regra, ou seja, de atos voluntários praticados sob circunstâncias inevitáveis, na verdade são a prova que não existe essa vinculação. *Hekon*, ou *Akôn*, por conseguinte, estariam relacionados somente com o íntimo do agente, com suas vontades, desejos e não com situações externas. Nas palavras do autor: *Being ékúv no longer says something about what is external to the agent, but something internal, e.g., the agent has made a decision or acts in accord with his own desire; e conclui: circumstances of άνάγκη and also related situations involving error prompt the use of ékúv group words, but are not interchangeable with them and do not exhaust their meaning.*

<sup>340</sup> De acordo com RICKERT (1989:128), o termo *hekon* expressava uma forte atitude positiva, um compromisso do agente com o ato, enquanto *akon* significava uma atitude negativa, um divórcio.

<sup>341</sup> Cf. GASTALDI (2006:99). Discorre a autora que há divergência doutrinária quanto à efetiva distinção entre os termos *hekon* e *pronoia*. Parcela da doutrina entendia que *hekon* abrangia tanto a intenção pura e simples quanto a premeditação. Outra parcela distinguia os dois termos. É possível melhor compreensão sobre a falta de consenso doutrinário acerca da amplitude dos termos em RICKERT (1989).

<sup>342</sup> GASTALDI (2006:98) e DEMURO (2007:03). No entanto, ARISTÓTELES (2018:5.8) relacionava a ideia de voluntariedade e justiça, de forma genérica, a todas ações humanas que causem danos a terceiros, como adultério, roubo, homicídio etc.

<sup>343</sup> Segundo DEMURO (2007:04): *L'autore doloso viene giudicato dal più antico e "autorevole" tribunale ateniese, l'Aeropago, e viene punito con la morte e la confisca dei beni, rifiutare il giudizio e scegliere la via di un esilio senza ritorno. L'omicidio involontario..., è di competenza del tribunale del Palladio, che lo sanziona con l'esilio temporaneo (forse un anno), esilio cui può essere posto fine dai congiunti dell'ucciso.*

<sup>344</sup> COSTA (2015:47). DEMURO (2007:05) cita como exemplos: *...il caso della uccisione non volunta di un avversario durante una gara di combattimento; il caso dell'uccisione in guerra del compagno scambiato per il nemico; l'ipotesi del medico che nell'esercizio della propria attività, senza volerlo, cagiona la morte del paziente. In questi casi si è sì in presenza di situazioni involontarie, ma il contesto di base, lecito e, in particolare nel caso del medico, rilevante socialmente, in cui le azioni si svolgono, "giustifica" gli esiti indesiderati ed esclude ogni responsabilità.*

<sup>345</sup> GASTALDI (2006:100).

<sup>346</sup> Cf. GASTALDI (2006:101-105).

<sup>347</sup> Cf. BAR (1916:8).

E – Por fim, no que concerne ao pensamento político-criminal, para os filósofos do período pré-socrático as penas possuíam caráter predominantemente retributivo e preventivo<sup>348</sup>, baseando-se em uma concepção moral e religiosa do delito. O pensamento filosófico surgiu como um complemento à religião<sup>349</sup>. Por meio dele foi conferida maior relevância ao ser<sup>350</sup>, às suas paixões e ações<sup>351</sup>. A mortalidade ou imortalidade do indivíduo, assim como sua felicidade, dependiam do seu interior, de seus pensamentos, ambições, desejos<sup>352</sup> e de sua conduta. Aquele que atuasse ou contemplasse de forma virtuosa<sup>353</sup>, seria um homem feliz por toda a vida<sup>354</sup>.

Aristóteles assim ensinava:

*Alguém verdadeiramente bom e sábio enfrentará tudo o que a sorte lhe reservar em uma postura decente, e sempre fará o melhor em quaisquer situações, tal como o bom general emprega do melhor modo seu exército e o bom sapateiro fabrica o melhor calçado possível do couro que lhe fornecem, o que vale também relativamente a todos os demais profissionais<sup>355</sup>.*

E é nesse contexto que os caracteres preventivo<sup>356</sup> e ressocializador da pena assumiram seu protagonismo<sup>357</sup>, sem deixar de lado o retribucionismo<sup>358</sup>.

---

<sup>348</sup> Cf. GASTALDI (2006:107).

<sup>349</sup> Cf. ARENDT (1978:135, volume I).

<sup>350</sup> Em consonância com ARENDT (1978:135, volume I), XVIII séculos depois, essa corrente filosófica passou a ser denominada de ontologia.

<sup>351</sup> No Livro II da obra *Ética a Nicômano*, o filósofo ARISTÓTELES (2018) faz uma ampla digressão, relacionando a virtude do ser humano com suas paixões e ações. DEMURO (2007:06) explica que, na ótica de Platão, o subjetivismo do indivíduo é composto de *instinto, emotivtà e ragione* e o homem é justo quando os três elementos cumprem suas exatas funções, ou seja, *La ragione deve governare, l'elemento spirituale deve dare forza alle attività dell'anima, la concupiscenza deve essere guidata verso un appagamento nobile e degno*.

<sup>352</sup> Cf. ARENDT (1978:138, volume I).

<sup>353</sup> MORRISON (2012:43) assinala que havia uma forte relação entre ética, política, educação, direito e filosofia. Diante disso, conclui que: *...a virtude e lei eram interpenetrantes. A boa lei levava à virtude, e esta resultava em boas leis*.

<sup>354</sup> ARISTÓTELES (2018:1.10).

<sup>355</sup> ARISTÓTELES (2018:I.10, 1101a1 e 15).

<sup>356</sup> Para ARISTÓTELES (2018:2.1, 1103b1): *Legisladores, com efeito, tornam os cidadãos bons treinando-os em hábitos...*

<sup>357</sup> Cf. GASTALDI (2006:107).

<sup>358</sup> Na premissa de ARISTÓTELES (2018:5.4), o crime é uma forma de desequilíbrio entre as relações humanas. O autor está em vantagem e a vítima em desvantagem. A pena é o método de resgate da isonomia, do justo, do meio-termo, o que transparece a ideia de retribuição. E o meio-termo, o equilíbrio, nada mais é do que a virtude, que constitui o caminho para a felicidade eterna, cf. MORRISON (2012:52 e ss.). É possível perceber o caráter retributivo da pena, segundo PLATÃO (2010:IX, 873b e c), nessa passagem: *E se alguém for condenado por um tal assassinato, e de ter morto qualquer uma das pessoas nomeadas, os servidores dos juizes e dos magistrados darão cabo de sua vida e o arrojaram nu numa encruzilhada pré-fixada, fora da cidade; e todos os magistrados, agindo em nome do Estado, tomarão uma pedra e a lançarão contra a cabeça do cadáver a fim de purificar o Estado inteiro; e depois disso eles carregarão o corpo até a fronteira e ali o deixarão sem uma sepultura, de acordo com a lei*.

Segundo Platão, a pena servia para dissuadir os cidadãos a cometerem delitos<sup>359</sup> e para ressocializar o delincente<sup>360</sup>. Considerando a ignorância como o fator que impera sobre o homem a fazer o mal, cabe ao Direito Penal ensiná-lo, *fazendo-o ver a verdade*<sup>361</sup>.

O filósofo conferia primordial importância à educação e ao conhecimento<sup>362</sup> como formas de controlar paixões<sup>363</sup>. Em sua República ideal<sup>364</sup>, a elevação moral do cidadão tornaria as leis e sanções penais menos relevantes. Para tanto, bastava a boa educação, particularmente dos Guardiães<sup>365</sup>. Posteriormente, em “As Leis”, parece desvencilhar-se da utopia e propor algo mais palpável<sup>366</sup>, defendendo a necessidade de um sistema de justiça<sup>367</sup> para manter a estabilidade do Estado<sup>368</sup>. As leis teriam, portanto, a função de impor e ensinar o comportamento justo<sup>369</sup>. Sua observância não deveria decorrer do medo de eventuais sanções, mas de uma explicação racional apta a convencer os cidadãos de sua legitimidade<sup>370</sup>. Todavia, quando não surtiam os efeitos almejados, o sujeito era tido como incurável<sup>371</sup> e deveria ser eliminado<sup>372</sup>.

### 3.3 O Direito Romano: *culpa lata*, *dolo in re ipsa*, *dolus malus* e *dolo ex re*

A – A análise do dolo e da negligência no Direito Romano é de suma importância, pois foi nesse período que se solidificaram conceitos importantes sobre seu aspecto material e processual (probatório), capazes de influenciar até mesmo a dogmática atual<sup>373</sup>. Como

---

<sup>359</sup> PLATÃO (2010:IX, 855).

<sup>360</sup> Cf. GASTALDI (2006:108-109). PLATÃO (2010:IX, 854d) defendia que: *...todo aquele que for pego roubando um templo, se for um estrangeiro ou um escravo, terá o estigma de sua maldição marcado a fogo na sua testa e nas suas mãos, além de sofrer o látigo no número de golpes decretados pelos juízes; ademais, será expulso nu para além das fronteiras do país, pois talvez após ser assim punido, possa disciplinar-se para uma vida melhor.*

<sup>361</sup> Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:238).

<sup>362</sup> Como exemplo, é possível citar o diálogo entre Sócrates, Gláucon e Adimanto, retratado em “A República”, livro II, acerca da importância de conferir conhecimento aos Guardiães da *polis*, assim garantindo que eles *brandos com seu próprio povo e [duros e] cruéis com o inimigo*. PLATÃO (2016:II, 375b e c).

<sup>363</sup> Essa educação era unilateral, totalitária, com imposição de valores, servindo muito mais para garantir a observância das convenções sociais já estabelecidas, Cf. MORRISON (2012:43).

<sup>364</sup> Em sua obra a República, Platão descreve uma cidade ideal, instituída sob um regime aristocrático, a ser governada pelos melhores guardiães, GILISSEN (1995:76).

<sup>365</sup> Cf. MORRISON (2012:46). É possível observar qual o valor das leis e da educação para PLATÃO (2016:IV, 425b e c) na seguinte fala de Sócrates a Adimanto: *Acho tolo legislar sobre tais coisas. Leis não escritas ou escritas jamais tornarão realidade ou as farão mudar*. E conclui: *De qualquer forma, Adimanto, a impressão que se tem é que o começo da educação de alguém determina o que segue.*

<sup>366</sup> Cf. GILISSEN (1995:77).

<sup>367</sup> PLATÃO (2016:IX).

<sup>368</sup> Cf. DEMURO (2007:06) e PLATÃO (2010:IV, 715).

<sup>369</sup> Cf. DEMURO (2007:07).

<sup>370</sup> Cf. MORRISON (2012:47).

<sup>371</sup> PLATÃO (2010:IX, 854e).

<sup>372</sup> Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:239).

<sup>373</sup> Nesse sentido, BRANDÃO (2017:148) assevera que: *...a compreensão do direito no período de formação até a queda do império romano está para a história do pensamento jurídico como o coração está para o corpo*

visto, apesar de ter-se conferido relevância à voluntariedade e ao livre-arbítrio, na Grécia antiga não houve maiores avanços, diferentemente do Direito Romano. Na verdade, nos aproximadamente 13 séculos em que se estuda o Direito Romano não existiu um conceito uniforme de dolo, nem coube à lei tratar do tema<sup>374</sup>, mas aos pretores<sup>375</sup>. Nada obstante, a mais relevante definição romana de dolo provém da doutrina de Aristóteles<sup>376</sup>, quando se reporta ao *dolus malus*, estabelecido pela lex Cornelia<sup>377</sup>, o que é retratado a seguir.

É importante ter em mente que o Direito Penal romano não era um ramo dotado de profunda cientificidade. Não havia uma teoria geral, somente um complexo emaranhado de normas<sup>378</sup> que regulavam a função repressiva do Estado<sup>379</sup>. Sua compreensão provém de uma interpretação doutrinária dessas normas, realizada séculos depois<sup>380</sup>, na tentativa de conferir uma racionalidade àquele sistema. O problema, porém, reside na dificuldade de o historiador inserir-se no complexo contexto histórico, social e jurídico do período estudado. Por isso, analisar o dolo no Direito romano, nas palavras de Demuro: *è reso dunque difficile dal fatto che mai i giuristi romani assurgono a concezioni astratte nel diritto penale né mai formulano teorie generali, secondo il tipico stile romano*<sup>381</sup>.

B – Pois bem, o conceito de dolo foi construído sob influência das obrigações morais do cidadão e como forma de limitar o arbítrio punitivo do soberano ou do juiz sentenciador<sup>382</sup>.

---

*humano, pois o que foi construído nessa época ecoou até o tempo presente, sendo condição para a verticalização da investigação do direito atual, a pesquisa e a compreensão do jus.*

<sup>374</sup> Importante salientar, conforme ensinamentos de BRANDÃO (2017:157 e ss.), que a lei nunca foi a principal fonte do Direito Romano. Mais importante que elas eram as decisões boas e justas prolatadas pelos pretores, em cada caso concreto, a jurisprudência. Somente após a elevação do Cristianismo como religião oficial é que o Direito continental passa a ter como fonte principal a norma.

<sup>375</sup> COSTA (2016:02). No mesmo sentido, MOMMSEN (1905:98) ensina que o conceito de dolo e negligência decorrem de uma interpretação científica da lei. Segundo ele: *La evolución del concepto de la responsabilidad general, distinguiendo en ella el daño producido intencionalmente y el derivado de desatención o descuido, fue debida sin duda alguna á la ciencia jurídica de tiempos de la República.*

<sup>376</sup> Cf. COSTA (2015:49).

<sup>377</sup> Nas lições de DEMURO (2007:36): *Riguardo all'influsso della filosofia greca, la Schuldlehre del diritto penale romano è ritenuta complessivamente una bem riuscita trasmissione nel campo giuridico dei principi dell'etica di Aristotele.*

<sup>378</sup> O termo normas foi utilizado em sentido amplo, pois se compreende que são fontes do Direito Romano as leis, costumes e jurisprudências, em consonância com as lições de PINTO JUNIOR (1888:27). Esse complexo emaranhado de normas foi resumido por KUNKEL (2016:98) como: *La yuxtaposición de diversos estratos jurídicos, que se entrecruzan sin perder su individualidad...*

<sup>379</sup> Cf. DEMURO (2007:26).

<sup>380</sup> Nessa direção, importa citar as lições de MORRISON (2012: 76) acerca da interpretação do Direito Romano e da influência dos valores canônicos: *O saber jurídico ganharia raízes seculares na pioneira Escola de Direito de Bolonha, no território papal ao norte da parte central da Itália (com seu início por volta do século 1100). Ali, o estudo do 'Digesto' de Justiniano – que, juntamente com os 'Institutos', o 'Código' e as 'Novellae' justinianas (livro didático e coletânea do direito imperial romano tardio), constituía aquilo a que se dava o nome de 'Corpus Juris Civilis' – deu origem a uma tradição do estudo do direito romano que persiste até hoje. Visto como a encarnação clássica da razão jurídica e política, o estudo do direito romano oferecia uma base para a administração civil. Não obstante, a maior parte da teoria jurídica continuava a ser proposta por membros da Igreja – e não por juristas – cujo interesse consistia em manter uma síntese das relações entre o homem e Deus.*

<sup>381</sup> DEMURO (2007:28).

<sup>382</sup> MOMMSEN (1905:58).

A violação dessas obrigações morais caracterizava uma injusta violência às leis do Estado, um delito. Como reação, cabia ao Estado impor as penas e resgatar a ordem pública abalada<sup>383</sup>. O Direito Penal era o fundamento e o limite desse *jus puniendi*.

Em linhas gerais, em Roma predominava a responsabilidade penal objetiva. Mas aos poucos isso foi superado, conferindo-se relevo à má intencionalidade como pressuposto da punibilidade. No entanto, em períodos específicos a responsabilidade penal objetiva conviveu com a subjetiva; existiam, por conseguinte, crimes dolosos, crimes que independiam do elemento subjetivo<sup>384</sup> e delitos em que não se exigia a prova dos elementos subjetivos, já que eram presumidos em razão da própria conduta típica – dolo *in re ipsa*.

Foi nesse sistema jurídico que os elementos intelectualivo e volitivo passaram a ter destaque, até que se chegou ao que se denominava *animus*, que compreendia conhecimento da maldade – da ilicitude da conduta (*dolus malus*) – e vontade<sup>385</sup>. O dolo, então, consistia no conhecimento e vontade de praticar um ato maldoso<sup>386</sup>, uma *vontade antijurídica do agente*<sup>387</sup>. A má intenção era fundamento ético da responsabilidade penal<sup>388</sup>, que podia se dar por uma ofensa intencional ou até mesmo descuidada, imprudente, às leis do Estado; e estas nada mais eram que um reflexo das leis morais<sup>389</sup>. Portanto, na Roma antiga por vezes diferenciava-se o dolo da negligência, que se caracterizava pelo descuido<sup>390</sup>.

Diferentemente da Grécia, onde a voluntariedade estava mais relacionada aos crimes com ofensas corporais, o elemento *dolus* no Direito Romano aplicava-se genericamente aos diversos delitos<sup>391</sup>, contudo ainda de forma confusa, porque não havia ainda uma teoria geral da culpabilidade<sup>392</sup>. Inclusive, a doutrina cita os seguintes termos utilizados pelos romanos quando se referiam ao dolo: *dolo*, *sciens dolo*, *dolo malo*, *sciens dolo malo*, *sciens*, *sciens prudensque*, *voluntas*, *data opera*, *consulto*, *sponte*, *consilium*, *adfectu* e *proposito*<sup>393</sup>.

Apesar de a evolução conceitual, nesse período não se alcançou ao que modernamente se denomina dolo eventual. Só era considerado crime doloso aquele em que o

---

<sup>383</sup> MOMMSEN (1905:06).

<sup>384</sup> Cf. COSTA (2015:55).

<sup>385</sup> Cf. COSTA (2015:54 e 59).

<sup>386</sup> Cf. COSTA (2016:03).

<sup>387</sup> MOMMSEN (1905:95 – tradução livre).

<sup>388</sup> Cf. COSTA (2016:04).

<sup>389</sup> MOMMSEN (1905:95).

<sup>390</sup> CABRAL (2016: 18).

<sup>391</sup> Na verdade, o *dolus* era aplicado não somente no Direito Penal, mas nos diversos campos do Direito, a exemplo do Direito Civil, como fundamento ético para responsabilizar pelo descumprimento de uma lei moral ou do Estado, Cf. MOMMSEN (1905:95-96).

<sup>392</sup> DEMURO (2007:41).

<sup>393</sup> Cf. DEMURO (2007:39).

agente atuava intencionalmente visando a um determinado resultado<sup>394</sup>. Entretanto, há quem defenda que os romanos chegaram próximo ao dolo eventual com a ideia de *culpa lata*, quando o sujeito agia com consciência e vontade, mas sem malícia ou hostilidade contra o Direito<sup>395</sup>. Nesse sentido, no Digesto (48, 19, 38, 5) havia uma hipótese de responsabilização penal independentemente da existência ou não de dolo. Impunha-se pena capital ao sujeito que ministrava uma droga abortiva ou afrodisíaca, ocasionando a morte de uma terceira pessoa<sup>396</sup>. Em consonância com Demuro, esse dispositivo foi utilizado como precedente histórico da teoria do dolo indireto de Covarruvias. Contudo, o autor sustenta que, na verdade, se tratava de uma responsabilização penal objetiva, derivada da mera utilização prática do Direito Penal, para punir o mau exemplo gerado por aquela conduta, com total desconsideração de aspectos subjetivos do agente<sup>397</sup>.

As condutas ilícitas negligentes também eram punidas, já que cabia ao cidadão se abster de praticar ações que previsivelmente podiam colocar em risco interesses de terceiros<sup>398</sup>. Destarte, a punição, em vez de pública, se dava em um procedimento privado<sup>399</sup> e as penas eram mais brandas<sup>400</sup>. Por fim, a ignorância quanto à ilicitude do fato excluía o dolo<sup>401</sup>.

Assim, encerrados os aspectos gerais acerca da teoria do dolo, se faz imperiosa a análise de algumas especificidades relativas às diversas fontes do Direito Romano.

C – É possível subdividir o Direito Romano em dois períodos, arcaico e clássico<sup>402</sup>. No denominado período arcaico foi promulgada a *Lex Numae*, do Rei Numa Pompílio (possivelmente entre 716 e 673 a. C.), considerada a mais antiga a tratar do homicídio<sup>403</sup>. Nela,

---

<sup>394</sup> Cf. DEMURO (2007:43).

<sup>395</sup> Essa controvérsia doutrinária é retratada por DEMURO (2007:45-47). De um lado, Karl Binding defende que a *culpa lata* restaria caracterizada quando o sujeito agisse com indiferença. Contardo Ferrini discorda. Para ele, o conceito de *culpa lata* está relacionado ao direito privado, não possuindo qualquer relação com o Direito Penal.

<sup>396</sup> *Qui abortionis aut amatorum poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.* A tradução do dispositivo para o inglês está disponível em WATSON (1998:367, volume IV).

<sup>397</sup> DEMURO (2007:74-75).

<sup>398</sup> Há certa divergência doutrinária acerca da punição dos crimes negligentes, como se vê adiante.

<sup>399</sup> MOMMSEN (1905:96-97).

<sup>400</sup> Nesse sentido, LEITE (2011:154) aponta que na Lei das XII Tábuas, o homicídio involuntário era apenas com uma expiação religiosa.

<sup>401</sup> Cf. COSTA (2015:60).

<sup>402</sup> Tal distinção é realizada, por exemplo, por FERRI (1999:37-38). PINTO JUNIOR (1888:03) classifica em três períodos, pré-justiniano, justiniano (clássico) e post-justiniano. BRANDÃO (2017: 156 e ss.), por sua vez, em quatro. O primeiro compreende a formação de Roma, até a promulgação da Lei das XII Tábuas; o segundo se extingue com o Senador Cícero; o terceiro perdura até Alexandre Severo; e por fim, o período que se encerra com Justiniano.

<sup>403</sup> Cf. MOMMSEN (1905:93, volume II). Segundo as lições de GILISSEN (1995:85), a *Lex Numae* não era uma lei escrita, mas um conjunto de decisões prolatadas pelo rei, no exercício da função de chefe religioso, as quais estabeleciam regras de direito privado e de Direito Penal.

segundo Demuro, Bar e Giordani, constava a seguinte previsão: *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricidas esto*<sup>404</sup>, que parece conceder aos parentes da vítima de homicídio doloso o direito de matar o assassino, desde que reconhecida judicialmente sua culpabilidade<sup>405</sup>, assegurando à justiça o poder de colocá-lo à disposição da comunidade, evitando-se, dessa maneira, que esses casos mais graves fossem resolvidos com uma composição pecuniária<sup>406</sup>. Essa regulamentação foi necessária para fixar um limite à vingança privada, praticada de maneira indiscriminada<sup>407</sup>.

No caso do homicídio culposo, havia a previsão que o agente deveria entregar aos parentes da vítima um carneiro para ser sacrificado em seu lugar<sup>408</sup>, *in verbis: si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem*<sup>409</sup>.

Por esses dispositivos, observa-se que havia punição diferenciada para os casos de homicídio doloso e negligente<sup>410</sup>. Mas o termo *dolo sciens* ainda se restringia ao elemento intelectual, não abarcando o volitivo<sup>411</sup>.

A Lei das XII Tábuas, promulgada no período republicano – aproximadamente nos anos 451-450 a. C.<sup>412</sup> –, foi um marco<sup>413</sup>. Trata-se do primeiro e único instrumento de codificação das leis de Roma<sup>414</sup> laico, ou seja, oriundo da vontade popular e não mais um decreto da religião<sup>415</sup>. Ela representa um período de transição entre o Direito primitivo e o Direito pretoriano<sup>416</sup>. Por meio dela, instituiu-se a separação entre delitos privados (*delicta*)

---

<sup>404</sup> Cf. DEMURO (2007:29), BAR (2016:12) e GIORDANI (1987:22).

<sup>405</sup> KUNKEL (2016:42).

<sup>406</sup> DEMURO (2007:28).

<sup>407</sup> Cf. DEMURO (2007:30) e GIORDANI (1987:23).

<sup>408</sup> Cf. DEMURO (2007:29).

<sup>409</sup> A redação do dispositivo é mencionada por DEMURO (2007:29), BAR (2016:12), GIORDANI (1987:22) e KUNKEL (2016:42).

<sup>410</sup> Acerca do tratamento penal conferido aos homicídios dolosos e culposos nesse período, MENDES (2003:626) discorre que: *Já nos tempos de Realeza (753-509 a.C.) – a época arcaica na qual a vingança contra os autores dos homicídios, um crime que abala a 'pax deorum', era um imperativo de caráter religioso que os parentes das vítimas tinham que cumprir eles mesmos, como se fossem os instrumentos purificadores da comunidade social maculada com o derramamento do sangue dos inocentes – era estabelecida uma diferença de gravidade entre os homicídios doloso e culposo.*

<sup>411</sup> Cf. COSTA (2015:55). Para DEMURO (2007:31), considerando que o termo se refere somente ao aspecto cognitivo, não é impossível pensar que o dolo eventual seria suficiente para resolver os casos mais graves.

<sup>412</sup> KUNKEL (2016:38).

<sup>413</sup> Nas lições de PINTO JUNIOR (1888:12), a Lei das XII Tábuas é uma conquista dos plebeus frente aos patrícios, que exigiam a existência de uma lei escrita capaz de salvaguardar seus direitos. No mesmo sentido, GILISSEN (1995:86) e KUNKEL (2016:39). No entanto, segundo SECCO (1848:6 e ss.) – que dedica algumas páginas de seu livro para explicar a origem dessa lei –, seu conteúdo era muitas vezes incompreensível. E essa falta de clareza foi proposital, pois mantinha a submissão dos plebeus aos patrícios, considerando que a interpretação cabia aos pontífices, cf. GILISSEN (1995:87).

<sup>414</sup> MOMMSEN (1905:140). Diversamente, GILISSEN (1995:87) assim leciona: *A Lei das XII Tábuas não é um código, no sentido moderno do termo; não é talvez um conjunto de leis, antes uma redução a escrito de costumes, sob a forma de fórmulas lapidares.*

<sup>415</sup> Cf. COULANGES (2009:244), muito embora nas lições de IHERING (2005:96-97): *...el elemento religioso, el 'faz', impregnaba toda la vida romana. E complementa: ...donde mejor se manifiesta la influencia de la religión es en el derecho penal.*

<sup>416</sup> Cf. COULANGES (2009:244).

e públicos (*crimina*)<sup>417</sup> de maneira muito primitiva<sup>418</sup>. Os primeiros violavam interesses dos particulares e por eles deveriam ser perseguidos<sup>419</sup>. Os delitos públicos atingiam o próprio Estado<sup>420</sup>, a coletividade<sup>421</sup> e, por isso, davam ensejo à persecução penal pública<sup>422</sup>.

Nesse período, a responsabilidade penal objetiva vai perdendo força<sup>423</sup>; a intenção assume maior relevância<sup>424</sup>, que prevalecia, inclusive, sobre o próprio resultado<sup>425</sup>. Como exemplo, é possível citar o fragmento VI da Tábua VII da Lei das XII Tábuas, em que há a previsão de pena de morte àquele que causa um incêndio consciente a um edifício ou moinho de trigo. Em agindo de forma negligente, a pena de morte é substituída pela reparação do dano, o que demonstrava a relevância da intenção maliciosa na punição dos crimes, *in verbis: Qui aedes acervumve frumenti iusta domum positum combusserit, vincetus verberatus igni necari (XII tabulis) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur*<sup>426</sup>.

---

<sup>417</sup> Em um primeiro momento, o Direito Penal romano era baseado na justiça familiar e na vingança privada: *somente quando o estado, através de suas normas legais ou consuetudinárias, interveio para limitar a discricionariedade das pessoas revestidas do poder de punir, surge o direito penal público*. BRANDÃO (2012:126).

<sup>418</sup> KUNKEL (2016:44).

<sup>419</sup> Segundo IHERING (2005:67-68), a Lei das XII Tábuas autorizava a vingança privada, que consistia na imposição da pena do Talião, nos casos de lesões corporais. No entanto, era possível afastar essa pena por meio de uma composição entre os envolvidos, com o pagamento de uma indenização à vítima. De início, o valor da indenização era estabelecido pelas partes. Com a evolução do sistema, coube à figura do Juiz arbitrar o montante a ser pago, com base em leis e costumes, resultado de uma maior interferência do Estado nas relações privadas. Nesse sentido, também, LEITE (2011:159). Inclusive, essa possibilidade de imposição de uma pena de reparação dos danos consta nos comentários de Gaio 3, 223, e 3, 224, *in verbis: Poena autem iniuriarum ex lege XII abularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si seruo, CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat constituta et uidebantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae; e Sed nunc alio iure utimur. Permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex uel tanti condemnat quanti nos aestimauerimus, uel minoris, prout ei uisum fuerit sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex quamuis possit uel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem*. A tradução dos dispositivos para o inglês está disponível em SCOTT (1932:150-183, volume I).

<sup>420</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:182-184). Nas lições de LEITE (2011:150-151), são exemplos de delitos públicos: *a traição à pátria, a ofensa aos deuses, a deserção, a perduellio (ato que colocava em risco a segurança da república) e o 'parricidium' (de forma genérica, um homicídio cuja vítima era homem livre, ou, literalmente, o assassinato de um parente próximo, normalmente de um pai pelo seu filho)*.

<sup>421</sup> Cf. LEITE (2011:150).

<sup>422</sup> Cf. PRADO (2005:69).

<sup>423</sup> Cf. COSTA (2016:02).

<sup>424</sup> Nessa perspectiva, GIORDANI (1987:23) cita alguns exemplos de crimes previstos na Lei das XII Tábuas, cuja intenção era relevante. São eles a magia, a injúria, o encantamento, a infidelidade do patrono, a infidelidade do tutor, a sedição, entre outros.

<sup>425</sup> Sobre isso, BAR (2016:22) anuncia que na República a jurisdição penal era conferida a assembleias populares que estavam mais preocupadas em julgamentos morais sobre a pessoa, seu caráter, do que em relação aos fatos em si, concluindo que: *There is connected herewith that paramount consideration which was always given to "dolus" in the "judicia publica", and that neglect of the issues of fact relating to the crime. Even to-day, in State crimes, there is a tendency to give especial weight to (as the Romans would say) the "animus hostilis" against the "res publica"*.

<sup>426</sup> Para tradução ao inglês, ver SCOTT (1932, volume I).

Com o fim da República e, conseqüentemente, a instalação do regime imperial, o Direito Penal passou a ocupar maior espaço, intervindo em questões de moralidade pública e bons costumes<sup>427</sup>. O Estado seria o grande interessado na persecução penal até mesmo de crimes que antes atingiam interesses meramente privados<sup>428</sup>. Nesse contexto, já ingressando no período clássico do Direito romano, a *Lex Cornelia* (81 a. C.)<sup>429</sup>, que tratava de homicídios<sup>430</sup> e crimes correlatos<sup>431</sup>, foi promulgada com o intuito de restabelecer a segurança após anos de guerra civil<sup>432</sup>. Ela representa um ponto de viragem<sup>433</sup> e influenciou o tratamento do dolo por séculos<sup>434</sup>.

Seu texto previa a punição de homicídios com uso de arma ou veneno, mas não se restringia a essas condutas, pois conferia o mesmo tratamento penal a atos tipicamente preparatórios para morte de terceiros, como, por exemplo, andar armado<sup>435</sup>.

O elemento volitivo passa a ter importância, sob a influência da filosofia aristotélica, e compreende o ânimo, a intenção de contrariar a lei, uma vontade antijurídica. Era o denominado *dolus malus*, ou seja, dolo com vontade de praticar um ato maldoso<sup>436</sup>. Essa má intenção seria o fundamento ético da responsabilidade penal<sup>437</sup>. Tratava-se de um Direito Penal interessado não somente no fato em si, no resultado, mas também na vontade<sup>438</sup>. E

---

<sup>427</sup> MOMMSEN (1905:09, volume II).

<sup>428</sup> Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:183): *O direito penal não é mais que um instrumento a serviço dos interesses do Estado. Já não haverá interesses particulares tutelados publicamente, mas todos os interesses serão públicos.*

<sup>429</sup> Nas lições de MENDES (2003:617), a *lex Cornelia de siicaris et veneficis* foi aprovada no ano de 81 a.C., em um período conturbado de transição do regime publicano para o imperial, por iniciativa de Lucio Cornélio Sila.

<sup>430</sup> De acordo com MENDES (2003:623-624): *a referida 'lex Cornelia' abrangia somente o homicídio doloso e nem sequer abrangia todas as suas hipóteses (segundo a perspectiva hodierna, bem entendido), desde logo porque o parricídio era punível com base na 'lex Pompeia de parricidiis'. Ademais, ficavam de fora as mortes violentas ocorridas fora da cidade de Roma, a morte violenta do desertor, a morte violenta do ladrão noturno e ainda outras situações.* Assim, o autor conclui que os homicídios culposos ou preterdolosos não eram atingidos pela referida lei. MOMMSEN (1905:109-110, volume II), por sua vez, ensina que o intuito inicial da lei era punir somente assassinos e ladrões. No entanto, ela acabou por ser aplicada a todos os casos de homicídios, tentados ou consumados, desde que empregados meios violentos.

<sup>431</sup> Cf. COSTA (2016:03).

<sup>432</sup> Cf. DEMURO (2007:38) e MENDES (2003:623).

<sup>433</sup> Em conformidade com DEMURO (2007:36), essa mudança na compreensão da responsabilidade penal representa um fato extremamente importante na história da humanidade.

<sup>434</sup> Cf. COSTA (2016:03).

<sup>435</sup> Nas palavras de DEMURO (2007:54): *Già nella prima epoca imperiale, allorquando la 'lex Cornelia' diviene da legge sul banditismo legge sull'omicidio comune, 'l'ambulare cum telo' viene inteso – sotto l'influenza della filosofia stoica – quale esempio di 'voluntas' omicida, moralmente esecrabile e giuridicamente punibile anche se l'omicidio non viene consumato ('homicidium imperfectum).* Havia exceções, no entanto, quanto à presunção do dolo homicida no simples andar armado, a exemplo da seguinte previsão do Digesto, 48. 6. 11. 2, no caso de o sujeito que o fazia no intuito de defender-se: *Qui telum tutandae salutis suae causa gerunt, non videntur hominis occidendi causa portare.* O dispositivo foi traduzido para o inglês por WATSON (1998:331, volume IV). A polêmica envolvendo o crime de *ambulare cum telo* é mais bem retratada na sequência.

<sup>436</sup> Cf. COSTA (2016:03). Inclusive, a falta de *dolus malus* é o fundamento da inimputabilidade penal dos menores impúberes. Sobre esse tema, ver GIORDANI (1987:30 e ss).

<sup>437</sup> Cf. DEMURO (2007:36).

<sup>438</sup> DEMURO (2007:39).

a pena era imposta como forma de retribuir a má intenção<sup>439</sup>. No entanto, o sujeito não podia ser punido simplesmente pelo mau pensamento<sup>440</sup>, a intenção deveria ao menos ser exteriorizada<sup>441</sup>. Essa é, inclusive, a regra que consta no fragmento 48. 19. 18 do Digesto: *Cogitationis poenam nemo patitur*<sup>442</sup>.

Os motivos do crime não eram capazes de interferir na caracterização do dolo, serviam somente como medidas da pena<sup>443</sup>. Nessa mesma linha, as ações impetuosas, cometidas como reação a uma provocação, uma violenta paixão ou embriaguez não eram capazes de afastar o dolo, mas serviam como atenuante da pena<sup>444</sup>, assim como as hipóteses de preterdolo<sup>445</sup>.

Nesse período, muitos atos não intencionais aos poucos deixaram de ser apenados<sup>446</sup>. Como consequência, havia situações em que os homicídios involuntários eram passíveis de isenção de pena<sup>447</sup>. É possível extrair essa conclusão dos seguintes fragmentos

---

<sup>439</sup> Cf. COSTA (2016:04).

<sup>440</sup> Cf. COSTA (2015:58). Para tradução ao inglês, ver WATSON (1998:364, volume IV). Ver também D. 43. 2. 1. 1.

<sup>441</sup> MENDES (2003:649). Como exemplo, é possível citar um fragmento das institutas, L IV, T IV, (11), que prevê uma espécie de responsabilidade penal do coautor, desde que ele de alguma forma contribua para o resultado, exteriorizando sua má intenção: *Non solum autem is iniuriarum tenetur qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit: verum ille quoque continebitur qui dolo fecit vel qui curavit ut cui mala pugno percuteretur. Haec actio dissimulatione aboletur: et ideo, si quis iniuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam iniuriam non poterit recolare.*

<sup>442</sup> Ver tradução para o inglês em SCOTT (1932:144-146, volume II).

<sup>443</sup> MOMMSEN (1905:106-107, volume II).

<sup>444</sup> Segundo DEMURO (2007:48 e 65), era possível distinguir o dolo de ímpeto e o dolo de propósito. O primeiro decorre de uma menor complexidade no processo deliberativo e, por isso, podia resultar em uma diminuição da pena na exclusão da pena capital. A propósito, no fragmento 48. 19. 11. 2. do Digesto são citados exemplos que permitem compreender e diferenciar os crimes cometidos propositadamente, por impulso e por casualidade: *Delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu. Proposito delinquunt latrones, qui factionem habent: impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur: casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit. Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:363, volume IV).*

<sup>445</sup> Nesse sentido, MENDES (2003:628-629), que cita como exemplo de crime preterdoloso a seguinte disposição do Digesto, fragmento 48. 8. 1. 3: *Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo. Leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit. Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:333, volume IV).*

<sup>446</sup> Cf. COSTA (2015:55). É possível citar como exemplo a seguinte regra prevista no L IV, T I, (7) das Institutas, segundo a qual o fato de se dar outra destinação à propriedade obtida em comodato, desde que não intencional, ou seja, quando o sujeito acreditava que o proprietário permitiria não configurava crime de roubo: *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum, ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur.. Ver tradução para o inglês em SCOTT (1932:134-140, volume II).*

<sup>447</sup> LEITE (2011:160 e ss.).

do Digesto: 48, 8, 1, 3<sup>448</sup>; 48, 8, 7<sup>449</sup>; e das institutas: L IV, T III, (3)<sup>450</sup>. A bem da verdade, não havia um sistema lógico e coerente sobre ausência ou atenuação da responsabilidade penal<sup>451</sup>, o que causa certa confusão na doutrina. Por isso, Mendes defende que os casos de negligência impediam a aplicação da pena capital prevista na lex Cornelia, mas não eram causa de isenção da responsabilidade penal; impunha-se uma *extraordinaria cognitio*<sup>452</sup>. Bar, por sua vez, em referência a esse período, assevera que: *He who killed another unintentionally was obliged to give "aries" to the relatives of the slain*<sup>453</sup>, ou seja, segundo ele, a morte involuntária ainda era resolvida com uma espécie de compensação aos parentes da vítima, consistente na doação de um carneiro. Por fim, Brandão expõe que as condutas negligentes eram consideradas como irrelevantes para o Direito Penal, à exceção do período de reinado de Adriano<sup>454</sup>.

Em relação à tentativa, desde que provada a intenção homicida, ela era suficiente para a punição do crime na forma dolosa, ainda que os meios utilizados não fossem capazes de causar a morte. O mesmo ocorria quando da execução de meros atos preparatórios por sicários ou envenenadores, segundo Mommsen<sup>455</sup>. Isso porque o aspecto volitivo, a intenção, tinha prioridade sobre o fato e a motivação<sup>456</sup>. A esse respeito, no fragmento 48.

---

<sup>448</sup> Esse fragmento, cuja redação já foi transcrita, é extremamente relevante, pois bem representa a importância da intencionalidade para os romanos. Em um primeiro momento, há previsão de absolvição daquele que mata sem intenção. Por outro lado, o sujeito que fere com a intenção de matar deve ser condenado como homicida. E, por fim, prevê uma atenuação da pena àquele que, envolvido em uma rixa, matar mais por causalidade do que por vontade.

<sup>449</sup> *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet. Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:334, volume IV). Ou seja, a negligência, ainda que grosseira, afasta a presunção de que a ação havia sido intencional, em virtude da conduta.*

<sup>450</sup> *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla invenitur: nam alioquin non minus quam ex dolo ex culpa quisque hac lege tenetur.* Inicialmente, importante salientar que matar escravos não era considerado propriamente crime de homicídio, mas sim de dano, cf. LEITE (2011). Nesse caso, o fragmento diferencia os fatos acidentais daqueles praticados com negligência, restando a estes a responsabilização penal. Tal distinção fica mais evidente nos fragmentos seguintes, a exemplo do L IV, T III, (4): *Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum traiecerit, distinguitur. nam si id a milite quidem in Campo, locove ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur: si alius tale quid admisit, culpa reus est. idem iuris est de milite, si is in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.* A tradução dos dispositivos para o inglês está disponível em SCOTT (1932:141-144, volume II).

<sup>451</sup> GIORDANI (1987:22).

<sup>452</sup> MENDES (2003:630).

<sup>453</sup> BAR (2016:13). Ainda BAR (1916:41) assinala que: *Little by little, negligence ("culpa") (regard for which was originally foreign to the public penal law) also became liable to punishment, particularly in cases of homicide and starting of fires.*

<sup>454</sup> BRANDÃO (2012:127).

<sup>455</sup> Cf. MOMMSEN (1905:107, volume II).

<sup>456</sup> Tal conclusão pode, ainda, ser retirada fragmento 48. 8. 14 do Digesto: *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus".* Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:335, volume IV). DEMURO (2007:51-53) explica que essa passagem possui duas consequências. A primeira é admitir a punibilidade pela tentativa quando o evento danoso não ocorreu, porém havia provas do desejo criminoso. Nos casos em que era realizado o evento danoso, mas ele não era desejado, haveria uma valoração da vontade e não do fato em si. Nesse caso, conclui o doutrinador, não seriam punidos a título de

8. 14 do Digesto consta que: *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus"*<sup>457</sup>. Demuro explica que essa passagem possui duas consequências. A primeira é admitir a punibilidade pela tentativa quando o evento danoso não ocorreu, porém havia provas do desejo criminoso. Nos casos em que era realizado o evento danoso, mas este não era desejado, haveria uma valoração da vontade e não do fato em si. Nesse caso, conclui o doutrinador, não seriam punidos a título de dolo os delitos preterintencionais<sup>458</sup>. Esse entendimento, contudo, também é posto em voga por Mendes. Segundo o doutrinador, decorre de uma análise do Direito Romano viciada pela visão moderna do penalista, que distingue as diversas etapas do *iter criminis*. Diante disso, conclui que o delito de perambular segurando uma arma branca não caracterizava uma punição de atos preparatórios, mas sim uma hipótese de crime formal e materialmente autônomo, uma opção político-criminal para superar as dificuldades probatórias e, principalmente, restabelecer a paz social em um momento de abalo após a guerra civil<sup>459</sup>.

A prova da subjetividade se dava pela análise das circunstâncias de fato – era o denominado dolo *ex re* – e as qualidades morais do agente podiam influenciar na decisão<sup>460</sup>. É possível exemplificar o dolo *ex re* por meio de uma passagem do *Codex*. No fragmento 2. 20. 6 consta que: *Dolum ex insidiis perspicuis probari convenit*<sup>461</sup>. Também no Digesto, fragmento 44. 4. 1, há a seguinte passagem: *Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur*<sup>462</sup>. Dos dispositivos mencionados, depreende-se que se exigia a prova da fraude, que podia se dar por meio da análise das circunstâncias de cada caso, excluindo-se a presunção<sup>463</sup>. Havia, no entanto, situações em que a mera prática do delito fazia presumir a presença do dolo – o que se denominava dolo *in re ipsa*<sup>464</sup>.

D – Ingressando agora nas questões político-criminais – último ponto a ser tratado neste tópico – depreende-se que as penas possuíam finalidade predominantemente retributiva<sup>465</sup>. Seu fundamento consistia em uma violação consciente às leis do Estado, o que

---

dolo os delitos preterintencionais.

<sup>457</sup> Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:335, volume IV).

<sup>458</sup> DEMURO (2007:51-53).

<sup>459</sup> MENDES (2003).

<sup>460</sup> DEMURO (2007:55-56).

<sup>461</sup> Ver tradução para o inglês em SCOTT (1932, volume XII).

<sup>462</sup> Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:145, volume IV).

<sup>463</sup> Importante salientar que o termo fraude, nas lições de GIORDANI (1987:24), refere-se à ação astuta e maliciosa.

<sup>464</sup> DEMURO (2007:56-57). Nesse sentido, ver Digesto, 48. 8. 7, cuja redação já fora transcrita.

<sup>465</sup> Cf. COSTA (2016:04), LEITE (2011:150) e BAR (1916:51). Segundo MOMMSEN (1905:345, volume II): *Pena era el mal que, en retribución por un delito cometido, se imponía á una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo á preceptos legales, o bien con arreglo á costumbres que tuvieran fuerza de ley*. Entendimento diverso é defendido por PRADO (2005:70), segundo o qual a pena possuía caráter retributivo e intimidatório. Na verdade, nas lições de GIORDANI (1987:17 e ss.), os juristas romanos não criaram uma racional teoria da pena, mas as funções são facilmente percebidas em virtude dos termos empregados pela doutrina e leis quando a ela se referem, quais sejam, *vindicare* e *coercere*, que refletem a ideia de prevenção

caracterizava uma injustiça moral<sup>466</sup>. Entretanto, havia certa presunção dessa consciência de ilicitude sob o fundamento que *el hombre que vivía en medio del tráfico del mundo estaba obligado á conocer las leyes del Estado*<sup>467</sup>. Essa retribuição era personalíssima, ou seja, não se transmitia aos herdeiros daquele que cometeu o crime<sup>468</sup>.

No período mais antigo, as penas privadas tinham um aspecto de vingança, com a aplicação do Talião<sup>469</sup>. As penas públicas consistiam em um ritual sacral, uma honraria aos Deuses<sup>470</sup>, uma forma de acalmar os Deuses pela ofensa a eles perpetrada<sup>471</sup>. Na República, a vingança privada perde força e aos poucos é substituída pelas indenizações<sup>472</sup>, sem, porém, deixar de existir completamente<sup>473</sup>.

E – Conclui-se, de tudo o que foi exposto neste capítulo, que em Roma antiga houve evolução no tratamento penal do dolo importante para o desenvolvimento histórico e dogmático do tema. Em um primeiro momento, no período arcaico, o dolo restringia a consciência de que a conduta poderia causar dado resultado. Por uma necessidade político-criminal e sob a influência da doutrina aristotélica, houve ampliação do conteúdo do dolo<sup>474</sup>, passando a abarcar a voluntariedade como um de seus elementos.

O crime consistia em uma violação ético-moral pelo indivíduo. Havia uma forte relação entre ética e Direito. Conseqüentemente, a conduta dolosa se caracterizava pela má intenção do agente. A pena podia ser imposta até mesmo a atos preparatórios, como forma de retribuição da má intenção<sup>475</sup>.

---

e retribuição. O doutrinador utiliza como fonte de sua pesquisa os seguintes fragmentos do Digesto: D. 48. 3. 6. 1, D. 48. 19. 6. 1, D. 48. 19. 16. 10, D. 16. 3. 31 e D. 48. 19. 20. Nesse último, há ainda a referência da pena como forma de corrigir, ressocializar o delinquente, valendo a pena citá-lo: *Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit*. Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:364, volume IV).

<sup>466</sup> MOMMSEN (1905:101).

<sup>467</sup> MOMMSEN (1905:101).

<sup>468</sup> MOMMSEN (1905:03, volume II).

<sup>469</sup> Segundo THÓT (1925:415): *A essência psicologico-moral do pensamento politico-criminal do talião era a 'vingança', consistindo em retribuir ao culpado o mesmo mal que ele tinha causado á parte ofendida; e esta vingança realisava-se conforme o criterio da 'semelhança', isto é, tratando a parte ofendida ou os seus parentes de proporcionarem ao culpado um mal análogo ao cometido por ele*. O Talião, ao seu tempo, foi um importante instrumento de restrição da vingança privada, antes praticada de forma desregrada, com o fim de impedir o extermínio de pessoas de uma mesma tribo, cf. SILVA JUNIOR (2005:50-51) e FERRI (1999:34).

<sup>470</sup> Cf. MOMMSEN (1905:350 e ss., volume II).

<sup>471</sup> Cf. BAR (1916:05 e ss.).

<sup>472</sup> Cf. MOMMSEN (1905:354 e ss., volume II) e cf. DEMURO (2007:36). Para BAR (1916:11), em Roma a vingança privada foi suprimida em tempos mais remotos. O doutrinador explica como chega a essa conclusão: *We find it, in a pure form, in none of the legal provisions which have survived, and from these provisions we are justified in drawing certain wider conclusions as to its non-existence*.

<sup>473</sup> BAR (1926:14) cita como exemplo de resquício da vingança privada, nesse período republicano, a permissão que se conferia à vítima de matar o sujeito que praticasse furto noturno.

<sup>474</sup> Nesse sentido, ver DEMURO (2007:62).

<sup>475</sup> Segundo DEMURO (2007:61-62): *Si deve poi tenere ben presente che talora "il modello di analisi del reato, proprio del diritto romano, è di tipo soggettivistico", muove cioè dall'indagine sull'intenzione dell'autore piuttosto che dall'accertamento di un fatto materiale*.

Não obstante, os romanos não tinham uma preocupação dogmática, mas apenas político-criminal em punir de acordo com as situações da vida<sup>476</sup>. As penas eram estabelecidas circunstancialmente, a depender da opção político-criminal a ser adotada como forma de garantir a ordem pública, sem um uso racional do Direito<sup>477</sup>. Conferiu-se maior relevo à subjetividade do sujeito, sua intencionalidade, sem que houvesse, porém, um tratamento uniforme, ou dotado de alguma técnica jurídica. Por isso, o aspecto subjetivo do crime tinha muita relação com a moral do agente, seu caráter, e quase nada com o efetivo resultado de sua ação, com as consequências do ato<sup>478</sup>.

### 3.4 – A Idade Média e o *Ius Commune*: da responsabilidade objetiva ao dolo indireto

A – O início da Idade Média se dá com a queda do Império Romano do Ocidente, que não suportou as frequentes invasões bárbaras<sup>479</sup>. Naquele período, havia um pluralismo político, com a coexistência do Direito dos povos germanos, do Direito Romano vulgar – até que, em um segundo momento, passou-se a estudar, compreender e interpretar o Direito Romano erudito – e do Direito Canônico.

---

<sup>476</sup> Nesse âmbito, BAR (1916:51) expõe que: *The Roman lawyers felt themselves justified not only in imposing penalties "ex sententia" and "ad exemplum legis", but also in inflicting punishments, whenever the exigencies of life seemed to require it, for acts which previously had not been the occasion for punishment.*

<sup>477</sup> DEMURO (2007:45) expõe que: *A ben vedere, però, i Romani non pensano questi casi come forme di allargamento del dolo, ma, senza porsi il problema dell'imputazione soggettiva, li puniscono per motivi di ordini pubblico.* É possível citar como exemplo dessa utilização circunstancial do Direito o fragmento do Digesto 48. 6. 11, que previa a pena de morte àqueles que reuniam multidões armadas e invadiam casas, independentemente da motivação, *in verbis: pr. Hi, qui aedes alienas aut villas expilaverint effregerint expugnaverint, si quid in turba cum telis fecerint, capite puniuntur.* Ver tradução para o inglês em WATSON (1998:331, volume IV).

<sup>478</sup> Inclusive, essa crítica é realizada por BAR (1916:52), para quem o Direito Romano avançou em correlacionar causa e efeito, porém não no âmbito penal; e isso se refletiu na teoria do dolo, pois: *...the ultimate result of an act was in general given little consideration, and "dolus" can be accurately comprehended only when it is considered in relation to a specific result.*

<sup>479</sup> A queda do Império Romano não se deu de forma abrupta, por uma ação violenta e repentina dos povos germanos. Na verdade, eles se instalaram em território romano desde os finais do século IV, muitas vezes de forma violenta, mas também em virtude de acordos com o Império, por meio dos quais prestariam ajuda militar, em troca de terras. Além das invasões, também houve uma decomposição interna do próprio governo, responsável pela sua ruptura. TOMÁS Y VALIENTE (1983:97). Sobre a queda do Império Romano, ver também KUNKEL (2106).

B – O Direito dos povos germanos vigorou primordialmente no período compreendido entre os séculos V e XI. Caracterizava-se pela predominância de um modelo individualista de resolução dos conflitos, especificamente com emprego da vingança<sup>480</sup>, composição<sup>481</sup>, duelos e das ordálias<sup>482</sup>; e, a princípio, consuetudinário<sup>483</sup>, somente passando a possuir leis escritas quando do contato com a civilização romana<sup>484</sup>.

Apesar de cada povo germânico ser governado por um rei, o Direito era relativamente uniforme<sup>485</sup>, influenciado pelos Direitos Romano<sup>486</sup> e Canônico. Na verdade, os três sistemas conviviam harmonicamente e se aplicavam cada qual ao seu respectivo grupo social<sup>487</sup>, portanto havia um pluralismo de sistemas jurídicos em vigor<sup>488</sup>. Até que houve a fusão deles, no ano de 654 a. C., com a elaboração do Código Visigótico, também denominado *Fuero Juzgo*, promulgado pelo rei Recesvinto, que consistia em uma compilação de leis visigóticas, costumes germânicos, além de leis romanas e canônicas<sup>489</sup>, cuja influência preponderou sob o sul da Europa<sup>490</sup>. Para os reis germanos, essa fusão foi importante. Eles utilizaram o direito público romano no intuito de fortalecer seu poder<sup>491</sup> e tentar combater

---

<sup>480</sup> A vingança era posta em prática, via de regra, pelo ofendido e/os seus familiares. O Estado somente assumia o poder punitivo quando da prática de crimes contra a nação, contra a comunidade, cf. BAR (1916:58-59). Também nesse sentido, ver FERRI (1999:38-39).

<sup>481</sup> Relativamente à composição, BAR (1916:68) discorre que pouco importava se o crime era intencional ou não intencional, o valor era o mesmo. De fato, como se verá adiante, os povos germânicos não conferiam muita relevância ao aspecto subjetivo do delito, mas sim aos resultados objetivos da ação.

<sup>482</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:184). ZAFFARONI (2007:38) ainda explica que com a queda do Império Romano, o poder punitivo praticamente desaparece. Os conflitos de interesses eram resolvidos mediante lutas, ordálias, ou mesmo por decisão divina. Nos séculos XII e XIII é que se dá início ao que ele denomina renascimento desse poder punitivo.

<sup>483</sup> BRANDÃO (2017:177).

<sup>484</sup> AZEVEDO (2001).

<sup>485</sup> GILISSEN (1995:166).

<sup>486</sup> Um Direito Romano vulgar, nas lições de GILISSEN (1995:169-170), é composto dos textos do Direito Romano clássico e dos costumes locais, uma vez que as obras de Justiniano somente se tornaram conhecidas no ocidente no século XII. Segundo TOMÁS Y VALIENTE (1983:94-95), a muito utilizada expressão Direito romano vulgar decorre da ideia de um Direito prático, consuetudinário, não teórico; *un Derecho vivo y adaptado a las necesidades reales*. E o doutrinador espanhol ainda complementa: *este Derecho vulgar es el que conocieron los pueblos germánicos. Ellos mismos, al vivir durante gran parte del siglo V en contacto con él, contribuyeron a vulgarizarlo más. En importantes fuentes legales germánicas, y muy especialmente en las visigodas, penetró este Derecho romano vulgar, prolongándose su vigencia hasta mucho después de la caída del Imperio*.

<sup>487</sup> Para GILISSEN (1995:167): *A diferença entre o nível de evolução do direito romano e do direito dos povos germânicos era de tal modo grande que os invasores germanos não puderam impor seu sistema jurídico. Além disso, os reis germânicos encontravam no direito público romano um reforço considerável da sua autoridade*. Na verdade, há duas teorias sobre o âmbito de aplicação do Direito Visigótico, a teoria da personalidade e teoria da territorialidade, as quais são profundamente analisadas por TOMÁS Y VALIENTE (1983:105 e ss.).

<sup>488</sup> BRANDÃO (2017:171).

<sup>489</sup> Cf. AZEVEDO (2001:07) e BATISTA (2002:79-81). TOMÁS Y VALIENTE (1983:105) explica que o Código Visigótico teve duas redações oficiais; além da originária, no ano de 681 ele sofreu uma profunda revisão promovida pelo rei Ervigio, sob forte influência da Igreja Católica.

<sup>490</sup> KUNKEL (2016:177).

<sup>491</sup> GILISSEN (1995:167).

os excessos da vingança privada<sup>492</sup>. No tocante ao Direito Canônico, a fusão se origina da necessidade de canonização dos povos bárbaros, como forma de garantir a unidade do reino<sup>493</sup>.

Em relação ao dolo, no princípio, a responsabilidade penal era objetiva, ou seja, era irrelevante que o fato criminoso fosse voluntário, involuntário ou decorrente do acaso; considerava-se somente o dano causado pela conduta<sup>494</sup>. Os germanos entendiam que nenhum delito deveria ficar impune<sup>495</sup>, já que predominava a ideia de preservação da paz e da família<sup>496</sup>.

É importante ter em mente que nesse período o Direito dos povos germânicos saía de um modelo puramente consuetudinário, com a criação de leis escritas. Como todo o sistema judicial ainda era muito embrionário, tais leis deveriam ser de fácil manuseio, mais objetivas, impedindo assim a aplicação discricionária dos julgadores. Em virtude disso, não estabeleciam consequências distintas entre crimes intencionais e não intencionais, muito mais por razões práticas, já que poderia ensejar uma certa liberdade no exercício interpretativo do que pela simples falta de interferência ética e moral no Direito<sup>497</sup>.

Com o passar do tempo, sob a influência do Direito Romano e do Direito Canônico, o elemento volitivo passou a ter alguma relevância, principalmente no Código Visigótico, relativa aos crimes de incêndio e homicídio<sup>498</sup>. No entanto, o dolo ainda era uma fórmula vaga e genérica, que consistia na vontade deliberada de cometer o mal. Preocupava-se

---

<sup>492</sup> FERRI (1999:39).

<sup>493</sup> Para TOMÁS Y VALIENTE (1983:99), a dualidade religiosa era um entrave para a unidade do reino visigótico. Porém, ela foi superada no ano de 589, com a conversão de Recaredo I do arianismo ao catolicismo, por meio do III Concílio de Toledo. KUNKEL (2016:175-176), de maneira mais aprofundada, explica que: *La empresa nació bajo la presión del peligro de guerra que suponían los francos. Representa una tentativa de llegar, todavía en el último momento, a un acuerdo con la población romana y la Iglesia católica, que la representaba, proporcionando así a los godos, que como herejes arrianos estaban en situación difícil frente al monarca católico de los francos, una posición previa más favorable en la inevitable pugna.*

<sup>494</sup> FERRI (1999:39) e BATISTA (2002:40-41).

<sup>495</sup> Cf. DEMURO (2007:80).

<sup>496</sup> Cf. AZEVEDO (2001:04); COSTA (2015:63); FERRI (1999:38); e BATISTA (2002:91).

<sup>497</sup> Cf. BAR (1916:69-70). Ainda assim, o autor discorre que o Direito costumeiro de alguma forma já fazia essa distinção. Segundo ele: *While the injured party, in case of grave injuries, and especially in case of the killing of a relative, could originally choose between resorting to feud or demanding a "compositio", yet, where the act was unintentional, he should at least be satisfied with the "compositio".* Na mesma linha são os ensinamentos de BATISTA (2002:94): *Enquanto, para os tipos singelos de crimes dolosos e de crimes culposos, encontramos uma plataforma conceitual elementar, ainda que inconstante e precária, bem como um nível mínimo, mesmo assistemático, de correspondência de respostas penais – tocando, em geral, aos crimes dolosos penas retributivo-aflitivas, e aos crimes culposos penas pecuniárias compositivas...*

<sup>498</sup> Cf. DEMURO (2007:80-81).

muito pouco com as características do dolo e mais com as situações que permitiam presumir que determinada ação fora intencional<sup>499</sup>. E, a bem da verdade, o aspecto objetivo continuava a prevalecer sobre o subjetivo, porém de forma desordenada, assistemática, impossibilitando até mesmo traçar uma regra<sup>500</sup>.

C – Coube, portanto, ao Direito Canônico avançar nesse tema e conferir relevância à subjetividade do agente.

Esse sistema jurídico desenvolveu-se ainda no período romano – diante da influência que a religião católica exercia sobre o Império<sup>501</sup> –, paralelamente ao Direito Romano<sup>502</sup>, e se aplicava aos cristãos<sup>503</sup>, subsistindo até os dias atuais. Mas, ainda que possuísse autonomia em relação ao Direito Romano, sempre sofreu influências dele<sup>504</sup>.

Com a queda do Império Romano ocidental e a instalação do regime feudal, consequência do êxodo da população para a zona rural, a Igreja Católica assume uma hegemonia

---

<sup>499</sup> Cf. DEMURO (2007:81).

<sup>500</sup> Há um dispositivo no Código Visigótico que considera como homicídio a morte culposa, desde que houvesse intenção de lesionar a vítima, ou seja, não diferencia o crime doloso do preterintencional: *Where One, Intending to Inflict a Slight Injury, Kills Another*. SCOTT (1910:L VI, T V, L VI). Por outro lado, segundo BATISTA (2002:94) há um prenúncio da teoria da *versari in re illicita* (que será tratada adiante), já que em determinados crimes, se impunha a responsabilidade penal pelo resultado àquele que agiu ilicitamente, independente do seu ânimo e da previsibilidade desse resultado. Ainda, o título V do Livro VI descreve inúmeras hipóteses de homicídios voluntário e involuntário, classificando-as como homicídio, indistintamente. Por fim, no L VIII, T III, L VI SCOTT (1910), que trata da derrubada ou queima de cercas, há a seguinte passagem: *...an act involuntarily committed is no crime*. Como se vê, há total falta de coerência no sistema, prevalecendo o objetivismo sobre o subjetivismo. Acerca disso, BATISTA (2002:95) conclui: *Não nos enganemos com esses elementos objetivos que brotam, aqui e acolá, nas espécies criminais visigóticas: o objetivismo da tradição germânica ainda prevalece, e o resultado antijurídico da ação humana rege a reação penal, com indiscutível superioridade sobre os atributos anímicos da própria ação, ainda que eventualmente matizado por eles (como se dá, com certa estabilidade, nas respostas retributivo-afitiva para o homicídio doloso e pecuniário-composicional para o homicídio culposo). Elementos subjetivos vão-se agregando, como parasitas aparentemente frágeis, aos caules de alguns crimes básicos, de forma especial ao frondoso tronco do homicídio, de onde serão extraídos, séculos mais tarde, quando principiarem as abstrações e generalizações que inventarão uma teoria do delito*.

<sup>501</sup> Cf. BACELAR (2018:46 e 66), ao relatar que no ano de 380 d.C. o catolicismo foi consagrado como a religião oficial do Império por Teodósio.

<sup>502</sup> O Direito Canônico, em sua origem, não se interessava por questões terrenas; ocupava-se apenas da salvação das almas. Por isso não concorreu com o Direito laico, convivendo com este de forma autônoma. Somente quando a Igreja se aproxima do Estado é que os sistemas passam a convergir, conforme é tratado adiante. GILISSEN (1995:135).

<sup>503</sup> Segundo GILISSEN (1995:133): *O direito canônico é o direito da comunidade religiosa dos cristãos, mais especialmente o direito da Igreja católica*.

<sup>504</sup> Na verdade, conforme exposto por BACELAR (2018:48), nos primórdios havia um intercâmbio entre o Direito Romano e o Direito Canônico, tratava-se de uma via de mão dupla: *Se, por um lado, o Direito Canônico sofreu uma efetiva romanização, também é verdade que o Direito Romano foi sendo permeado por elementos cristãos...* Esses os sistemas vão se unindo a partir do século XII, mas principalmente no século XVI, cf. DEMURO (2007:84), até que formaram o denominado Direito comum europeu, tratado adiante.

política, aproveitando-se do vácuo institucional deixado. Ela foi responsável pela reorganização social, realizando funções que antes eram incumbidas ao Império<sup>505</sup>. O Direito Canônico serviu de instrumento do exercício de seu poder, como forma de controle, para regular as relações humanas e impor seus preceitos<sup>506</sup>.

Sua maior evolução e influência se deu a partir dos séculos XII e XIII, quando houve ampla proliferação de normas, resultante da Reforma Gregoriana<sup>507</sup>. Na época, sentiu-se essa necessidade em virtude da ineficácia dos livros sagrados em acompanhar toda a expansão do território de influência da Igreja e regular uma sociedade cada vez mais complexa e multicultural<sup>508</sup>. A principal compilação de tais normas ocorreu no século XVI, no ano de 1582, quando da publicação do *Corpus Iuris Canonici*, como resultado dos trabalhos de glosa realizados pelos decretistas e decretalistas nos séculos XII e XIV e XV, que recaíam sobre o Decreto de Graciano e os Decretos de Gregório IX, respectivamente<sup>509</sup>.

No mesmo período, mais precisamente no início do século XII, surge a escola dos Glosadores<sup>510</sup>, à qual coube o estudo do Direito Romano erudito de modo a interpretá-lo, mas não com base na realidade atual e sim no intuito de preservar sua essência<sup>511</sup>. Seus adeptos empregavam, para tanto, um método exegético<sup>512</sup>. Posteriormente, nos séculos XIV e XV, a escola dos Comentadores, fundada por Cino de Pistóia<sup>513</sup>, aprimorou o método dos glosadores com estudos mais racionais<sup>514</sup> do Direito Romano, Canônico, Feudal e Estatutos das Cidades, possibilitando sua adaptação à realidade atual<sup>515</sup>.

---

<sup>505</sup> BACELAR (2018:46-47).

<sup>506</sup> DEMURO (2007:82-83).

<sup>507</sup> A Reforma Gregoriana teve por consequência, de acordo com BATISTA (2002:179), a concentração de poder na pessoa do papa, a quem, então, incumbia investir os bispos, julgá-los, legislar interna e externamente e governar – ou até mesmo delegar esse poder aos reis.

<sup>508</sup> HESPANHA (2005:149).

<sup>509</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1983:187 e ss.). Também sobre a formação e conteúdo do *corpus iuris canonici*, ver BATISTA (2002:189 e ss.).

<sup>510</sup> Segundo HESPANHA (2005:197) a escola dos Glosadores nasce a partir do momento em que o monge Irnerius passa a ensinar o Direito Justiniano em Bolonha. Sobre o assunto, ver também TOMÁS Y VALIENTE (1983:183 e ss.), BRANDÃO (2012:140) e BRANDÃO (2017:180 e ss.).

<sup>511</sup> BACELAR (2018:112). No mesmo sentido, GILISSEN (1995:146 e ss.), LUISI (2000:190) e BRANDÃO (2017:181).

<sup>512</sup> GILISSEN (1995:344), BRANDÃO (2012:141) e KUNKEL (2016:197). HESPANHA (2005:198) explica que para os Glosadores os textos de Justiniano eram quase sagrados, o que impedia qualquer tipo de inovação: *A atividade dos juristas devia consistir, portanto, numa “interpretatio” cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras (“verba tenere”) e, para além disso, a captar o sentido que estas encerravam (“sensus eligere”) - “interpretação anotativa”.*

<sup>513</sup> HESPANHA (2005:210) e BRANDÃO (2012:142).

<sup>514</sup> Nesse aspecto, BRANDÃO (2012:142) ensina que: *Os pós-glosadores, em face da influência da escolástica, utilizaram-se dos conhecimentos de retórica, lógica, metafísica e dialética para dar uma explicação racional aos diversos setores do direito contidos no Digesto.*

<sup>515</sup> BACELAR (2018:112-113), GILISSEN (1995:346), HESPANHA (2005:211) e LUISI (2000:191). No mesmo sentido são relevantes as lições de KUNKEL (2016:198-199): *Entre tanto, el ‘Corpus iuris’ encontró también el acceso a la ‘vida jurídica práctica de Italia’. Sus normas, nacidas de las circunstancias de la Antigüedad, chocaron aquí con un ambiente totalmente diverso. Continuamente fueron surgiendo nuevas cuestiones, que no se podían resolver sin más a partir de ‘Corpus iuris’. Así, los juristas italianos se encontraron situados ante*

Com isso, formou-se o denominado Direito comum europeu<sup>516</sup>, que vigorou nos séculos XIV, XV e XVI, composto por uma multiplicidade de fontes<sup>517</sup>, quais sejam, Direito Canônico e o Direito Romano interpretados, Direito Feudal, doutrina e jurisprudência<sup>518</sup>, até a decadência do Direito Canônico, que se inicia no século XVI<sup>519</sup>.

D – Como já destacado, o Direito Canônico foi o responsável por retomar o elemento subjetivo, uma vez que era pouco relevante no Direito dos povos germânicos<sup>520</sup>. Tinha como principal fundamento a doutrina Patrística<sup>521</sup>, cujo principal expoente foi Santo Agostinho (354-430)<sup>522</sup>. O filósofo diferenciava conhecimento de vontade e defendia que a prática do mal não podia ser objeto de ensino: *...a instrução sempre é um bem, visto que tal termo deriva do verbo "instruir"; e complementa: Logo, se a instrução falar sobre o mal, será para nos ensinar a evitá-lo e não para nos levar a cometê-lo*<sup>523</sup>. De acordo com suas lições, o mal não se originava no conhecimento ou desconhecimento<sup>524</sup>, mas sim de uma vontade

---

*nuevos problemas. Por ello tuvieron que acomodar el Derecho de la codificación justiniana a las situaciones y necesidades de su propia época.*

<sup>516</sup> BANDÃO (2017:184).

<sup>517</sup> As quais, corroborando HESPANHA (2006:05), não possuíam coerência entre si.

<sup>518</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1983:192-193), HESPANHA (2005:152), BRANDÃO (2012:142 e ss.) e BACELAR (1018:106 e ss.), a quem coube concluir que: *Conquanto esse Direito tenha recebido várias designações, a expressão lus Commune (ou "Direito Comum") revela-se a mais adequada porque denota a sua principal característica: a unidade. Unidade que se manifesta em diversos aspectos: unifica as diversas fontes do Direito, constitui um objeto único do pensamento jurídico europeu, uniformiza os métodos de raciocínio, forja um ensino universitário idêntico no continente e utiliza uma mesma língua na literatura (o latim).*

<sup>519</sup> Na acepção de GILISSEN (1995:141), são muitas as causas dessa decadência, sobretudo pela divisão da Igreja pela Reforma Protestante e a laicização dos Estados.

<sup>520</sup> Cf. COSTA (2015:63-64). Como exemplo, é possível citar as seguintes passagens da Bíblia Sagrada, Livro Êxodo, Capítulo 21, Versículos 12, 13 e 14, respectivamente: *Quem ferir um homem e o matar terá que ser executado; Todavia, se não o fez intencionalmente, mas Deus o permitiu, designei um lugar para onde poderá fugir; Mas, se alguém tiver planejado matar outro deliberadamente, tire-o até mesmo do meu altar e mate-o.*

<sup>521</sup> Para BACELAR (2018:64) esse termo: *...designa a Filosofia Católica dos primeiros séculos, normalmente situada entre a Idade Sub-Apostólica – isto é, dos membros que conheceram pessoalmente os apóstolos, mas não a Cristo – e o século VIII. Dos grandes Padres, destacam-se: dentre os orientais, Orígenes de Alexandria, Basílio, Gregório de Nissa, Gregório de Nanziano, João Crisóstomo e João Damasceno; dentre os ocidentais, Tertuliano, Cipriano, Jerônimo, Ambrósio de Milão, Agostinho de Hipona e Boécio.*

<sup>522</sup> Segundo MORIN (2002:284 e ss.), coube a Santo Agostinho lançar os fundamentos da doutrina canônica, principalmente no que concerne ao papel da Igreja como guardiã do Direito e da ordem social. Seu pensamento tinha por base a bondade de Deus e do homem, assim como o livre-arbítrio, que consistia na possibilidade de o ser humano afastar voluntariamente de Deus. Assim, explica que para o filósofo: *Le monde créé par Dieu est nécessairement un monde bon, mais l'homme créé à l'image de Dieu est libre de poser des choix, de suivre Dieu ou de s'en écarter.*

<sup>523</sup> SANTO AGOSTINHO (1995:26 e 27).

<sup>524</sup> Posteriormente, os filósofos escolásticos São Tomás de Aquino e John Duns Escoto passaram a defender que o conhecimento não determina a vontade, mas lhe influencia, principalmente quanto às suas motivações, cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:244). Conforme ESCOTO (2007:51, q. 15, n. 36): *el intelecto y la voluntad se pueden comparar a los actos propios que ellos elicitan o a los actos de otras potencias inferiores respecto de las cuales ejercen cierta causalidad: el intelecto presentando y dirigiendo, la voluntad inclinando e imperando.* No mesmo sentido, AQUINO (2001:750, C.82, a.3) assim discorre: *Es así como el entendimiento es anterior a la voluntad, el motor al móvil y lo activo a lo pasivo, pues el bien conocido mueve a la voluntad.*

viciada<sup>525</sup>, submetida à paixão<sup>526</sup>. O delito, bem como o pecado, era um fenômeno da subjetividade, da voluntariedade somada à malícia<sup>527</sup>.

Para o cristianismo, o homem é um ser livre para decidir entre o bem e o mal e agir. Por outro lado, é falível, comete erros, desvia-se dos planos divinos. Deus deu ao homem a liberdade de decidir e a capacidade de pecar. E esses são os fundamentos da responsabilidade penal, pois a ação delituosa decorria do próprio livre-arbítrio de seu autor<sup>528</sup>. E não faria sentido punir o homem pecador sem que tivesse efetiva capacidade de decidir<sup>529</sup>.

Observa-se no Direito Canônico, portanto, uma forte carga moral e religiosa, cujos fundamentos eram os preceitos da fé cristã, revelados nos livros sagrados<sup>530</sup>. Tratava-se de um Direito Divino. Suas fontes eram a vontade de Deus, os atos legislativos da Igreja, os costumes e o Direito Romano<sup>531</sup>. Os crimes – que tinham caráter público<sup>532</sup> – não derivavam da simples infração a normas positivadas<sup>533</sup>. Iam além, consistiam na prática do mal, do rompimento com uma ordem natural e com os valores divinos<sup>534</sup>; uma violação moral, religiosa, lesão a terceiros ou a perturbação à paz social<sup>535</sup>.

Sob esses princípios, em linhas gerais, os canonistas resgataram o dolo do Direito Romano, repetindo os termos empregados no Digesto e na Lex Cornelia<sup>536</sup>, e reutilizando a própria ideia romanista de *dolus malus*, ou seja, a vontade do indivíduo de praticar um

---

<sup>525</sup> Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:243) expõe que: *Santo Agostinho também reivindica o respeito para com a pessoa humana ao distinguir a vontade do conhecimento e dotá-la de autonomia. Para ele, a liberdade não consiste na possibilidade de fazer qualquer coisa; isto é arbítrio, mas não liberdade. A liberdade está no exercício do arbítrio para o bem. Mas não é o conhecimento do bem que determina o bom procedimento, e sim a vontade a ele direcionada. O mal não é deficiência de conhecimento, mas uma deficiência de vontade.*

<sup>526</sup> *Logo, só me resta concluir: se, de um lado, tudo o que é igual ou superior à mente que exerce seu natural senhorio e acha-se dotada de virtude não pode fazer dela escrava da paixão, por causa da justiça, por outro lado, tudo o que lhe é inferior tampouco o pode, por causa dessa mesma inferioridade, como demonstram as constatações precedentes. Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a própria vontade e o livre-arbítrio.* SANTO AGOSTINHO (1995:52).

<sup>527</sup> DEMURO (2007:87), BATISTA (2002:206) e PEREDA (1957:495-496).

<sup>528</sup> Cf. COSTA (2015:64) e Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:185).

<sup>529</sup> Cf. ZANOTTI (2015:02-03). Segundo este doutrinador (2015:04): *L'imputazione morale prenderà consistenza, dunque, nell'ipotesi concretamente verificata nella quale un atto, cosciente, libero e volontario, contrario o conforme a una norma morale, sia attribuibile a un soggetto.*

<sup>530</sup> GILISSEN (1995:135).

<sup>531</sup> GILISSEN (1995:142).

<sup>532</sup> DEMURO (2007:84).

<sup>533</sup> Nesse sentido, D'Ors (1987:515) explica que: *De ahí esa que pudiera parecer singularidad aberrante de la Iglesia que es la posibilidad de que se puedan castigar delitos no tipificados legalmente por la Iglesia, pero que implican una» infracción de la ley divina;*

<sup>534</sup> *È dunque morale quell'atto libero e razionale dell'uomo che si pone come conforme all'ordinamento stabilito da Dio.* ZANOTTI (2015:08).

<sup>535</sup> DEMURO (2007:84).

<sup>536</sup> Segundo BACELAR (2018:54): *Há um inegável influxo de ordem terminológica, é dizer, a canonística se apropria do jargão jurídico romano, ora preservando o sentido original das expressões, ora modificando-o.* Essa utilização do jargão jurídico é retratada por COSTA (2015:64), que explica que nos enunciados dos primeiros livros penitenciais e decretais é possível encontrar os termos *dolus*, *sciens*, *scienter*, *sponte*, *industria*, *studium*, *malum studium*, *deliberati*, *malitia*, *animus laedendi* e *animus occidendi*, os quais se referem à má intenção do autor do fato.

fato maldoso<sup>537</sup>. Porém, houve a ampliação de suas fronteiras. Eles consideravam como voluntárias não somente aquelas ações dirigidas a determinado fim, mas também aquelas cujo resultado era certo ou previsível, desde que houvesse uma relação lógica entre a conduta – essa necessariamente voluntária – e o resultado<sup>538</sup>.

Além da ampliação conceitual, houve uma simplificação probatória. Por ser de âmbito interno, inacessível, a aferição do elemento anímico se dava objetivamente, mediante a análise de manifestações externas<sup>539</sup>, caracterizando-se o que os romanistas denominavam *dolo ex re*. Isso permitiu a criação de várias hipóteses de presunção de que o resultado fora ao menos representado<sup>540</sup>. A presunção também se aplicava por meio da teoria da *versari in re illicita*, uma verdadeira hipótese de responsabilidade penal objetiva, tratada adiante.

Os fatos involuntários, via de regra, eram isentos de responsabilidade penal<sup>541</sup>, muito embora a negligência, em situações excepcionais, podia ter alguma consequência<sup>542</sup>. A tentativa, por sua vez, não possuía relevância, a despeito do tratamento conferido à vontade<sup>543</sup>.

A pena no Direito Canônico fundava-se na ideia de *vindicta* divina<sup>544</sup>; visava-se à prevenção geral e especial, à reconciliação com Deus, ao arrependimento e à retribuição<sup>545</sup>. Era uma forma de ressocialização<sup>546</sup>, de redenção, de obtenção do sacramento do perdão divino, imprescindível para a salvação da alma. O crime era um pecado<sup>547</sup> e a pena, uma

---

<sup>537</sup> DEMURO (2007:87-88).

<sup>538</sup> Nesse aspecto, DEMURO (2007:104) leciona que: *Tali istanze politico-criminali ispirano l'imporsi nella scienza penalistica, allora agli albori, dell'idea, oggi comune, che nel fuoco della volontà non rientrano solamente i risultati avuti di mira, ma anche tutti quegli altri che sono previsti accanto a essi come certi o come possibili.*

<sup>539</sup> BAR (1916:92) e PORCIÚNCULA (2014:87).

<sup>540</sup> Cf. DEMURO (2007:106-109), que explica que nesses casos em que apenas se podia presumir a ação dolosa, aplicava-se uma pena extraordinária; e BATISTA (2002:207).

<sup>541</sup> DEMURO (2007:88).

<sup>542</sup> BATISTA (2002:207). Na verdade, em consonância com o historiador do Direito Penal LAINGUI (1970:36-37 e 47 e ss.), essa regra sobre a ausência responsabilização criminal por atos involuntários não era universalmente aprovada pela doutrina, que seguia a tradição romana de diferenciar culpa levíssima, leve e grave. Ele ainda explica que, na prática, as culpas leves e levíssimas, decorrentes de ato comissivo ou omissivo, se resolviam majoritariamente na esfera cível, diferente dos casos de culpa grave que poderiam ter reflexos criminais nos delitos graves. Nesses casos, a doutrina, via de regra, defendia que a pena deveria ser menos severa que aquela aplicável aos crimes dolosos, não admitindo sanções corporais.

<sup>543</sup> BATISTA (2002:210 e ss.).

<sup>544</sup> FERRI (1999:39).

<sup>545</sup> BAR (1916:91) professa que: *Hence the punishments of the Church were chiefly "poense medicinales", — punishments calculated to cure the guilty of his faults.* E conclui: *Those penalties which were designated as "medicinales" were also used by the Church as "poense vindictivse."* Moreover, the effect of many of the "poense medicinales" was exactly the same as that of punishment inflicted by the civic authorities. Também no mesmo sentido, ver DEMURO (2007:83 e 86) e BATISTA (2002:225 e ss.).

<sup>546</sup> BAR (1916:82).

<sup>547</sup> Nesse sentido, ZANOTTI (2015:04) explica e conclui que: *È dunque vero che il momento giuridico viene tenuto ben distinto dal momento morale: ma è vero anche, per il diritto canonico, l'assunto per il quale la soglia che separa la responsabilità morale da quella giuridica non è così larga. Conseguentemente, possiamo*

penitência<sup>548</sup>. Por isso o dolo possuía relevância não somente na caracterização do delito, mas também no momento de mensurar a pena<sup>549</sup>.

Como nesse período o sistema penal ainda era cientificamente precário, não existia uma separação entre Direito Penal e Processual Penal; nem mesmo havia princípios gerais. As regras eram estabelecidas de maneira casuística, à medida que surgia a necessidade de solucionar os mais diversos casos jurídicos<sup>550</sup>.

E é nesse contexto que surge a teoria da *versari in re illicita*, necessária para facilitar a imputação subjetiva. A teoria é atribuída ao decretalista Bernardus Papiensis, porém se tornou conhecida pela doutrina de Albertus Gandinus (1245-1310)<sup>551</sup>. Ela teve maior aplicação nos séculos XII e XIII, especificamente aos crimes de homicídio<sup>552</sup>, mas não se restringiu ao Direito Canônico, influenciando também os doutrinadores laicos<sup>553</sup>.

Segundo seus preceitos, se o resultado derivasse de uma ação ilícita, seria imputado ao seu autor a título de dolo, ainda que ele atuasse de maneira muito diligente e independentemente desse resultado ser previsível ou não. Caso a conduta fosse permitida, focava-se na quebra ou não do dever de cuidado<sup>554</sup>. Fora da teoria da *versari in re illicita*, Albertus Gandinus ainda doutrinava que, nos casos de feridas e assassinatos, o dolo era presumido – *in re ipsa* –, cabendo prova em contrário pelo agente<sup>555</sup>.

Percebe-se, por conseguinte, uma influência político-criminal na elaboração de teorias jurídicas relacionadas à imputação subjetiva que permanece ao longo de toda a evolução do Direito<sup>556</sup>, ora ampliando o âmbito de aplicação substancial do dolo, ora minorando as necessidades probatórias de seus elementos constitutivos. Os canonistas buscavam manter a relevância da subjetividade, da *atitude interior*<sup>557</sup>, que provinha dos ensinamentos

---

*affermare come non esista un delitto che non integri anche la figura del peccato.*

<sup>548</sup> Cf. DEMURO (2007:84).

<sup>549</sup> Segundo DEMURO (2007:86): *Nel proporzionare la pena si deve tenere conto non soltanto della natura materiale del fatto criminoso (“qualitas es quantitas delicti”) e della condizione personale dell'autore (età, grado di instruzione, sesso e condizione sociale) ma anche del diverso grado di colpevolezza.*

<sup>550</sup> DEMURO (2007:95-100).

<sup>551</sup> Cf. COSTA (2015:66). LUISI (2000:192) narra que Gandino foi o autor da primeira obra especificamente penal, denominada de *Tractatus de Maleficiis*, que teve por base os Direitos Canônico e Romano, as normas locais, os ensinamentos dos glosadores e, sobretudo, suas experiências práticas como Juiz.

<sup>552</sup> DEMURO (2007:89 e 92).

<sup>553</sup> DEMURO (2007:92).

<sup>554</sup> COSTA (2015:66) e DEMURO (2007:90). BATISTA (2002:94) explica essa teoria da seguinte forma: *Segundo este princípio, quem se encontrasse agindo ilicitamente deveria responder por qualquer resultado que viesse a associar-se a sua conduta, ainda quando, ausentes totalmente consciência e vontade acerca do resultado, faltasse igualmente negligência quanto aos deveres de cuidado, sendo pois o resultado imprevisível e fortuito (“casus”): quem opera ilicitamente responde pelo fortuito (“qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur”).*

<sup>555</sup> DEMURO (2007:107).

<sup>556</sup> Também nesse sentido, ver DEMURO (2007:92).

<sup>557</sup> BATISTA (2002:174).

da fé cristã. Nesse aspecto, o dolo do Direito Romano lhes era suficiente. Contudo, precisavam conferir maior aplicabilidade às normas<sup>558</sup>, considerando que a Igreja Católica assume o papel de controle social e necessita sustentar seu poder e fortalecer os seus dogmas. Por essa razão, diminuíram a necessidade probatória, elaborando um critério objetivo de presunção subjetiva de modo a facilitar a cominação de penas às violações das regras divinas. Nessas situações, fixava-se uma pena extraordinária<sup>559</sup> diante da precariedade da prova. Mas isso não era suficiente nos casos mais graves, que demandavam a imposição de uma pena ordinária, o que acabou por justificar a criação de várias teorias destinadas à ampliação e objetivação conceitual do dolo, dentre as quais o *dolus generalis*, a doutrina de Bartoli e a vontade indireta<sup>560</sup>.

E – A teoria do *dolus generalis* é atribuída ao teólogo Johannes Andrae (1270-1348), sob influência da teoria da *versare in re illicita*<sup>561</sup>. Em sua concepção, bastava que o agente agisse com dolo de praticar a conduta ilícita para que lhe fossem imputados os resultados dela decorrentes, mesmo que não queridos, salvo se imprevisíveis<sup>562</sup>, no que ela se diferencia da teoria de Bernardus Papiensis. Sua aplicação estava relacionada ao crime de adultério. Caso o sujeito convivesse com uma mulher casada, mas sem saber do matrimônio, impunha-se a ele a pena do adultério, tendo em vista ser ilícita a convivência sem vínculo matrimonial, ou seja, o sujeito possuía dolo de manter uma relação ilícita e, conseqüentemente, de praticar adultério.

F – O próximo passo evolutivo foi dado apenas pela escola dos Comentadores, já que dentre os Glosadores não houve grandes inovações.

Os Glosadores, assim como os canonistas, considerando a metodologia puramente analítica empregada na análise dos textos romanos, mantiveram a ideia romanista de *dolus malus*<sup>563</sup>; tratava-se de uma intenção direta<sup>564</sup>. Segundo eles, a prova do dolo não se dava de forma direta, mas com base em presunções, resultantes da análise de elementos fáticos exteriores à subjetividade do agente, indícios, recuperando a ideia de dolo *ex re*<sup>565</sup>. Para

---

<sup>558</sup> Já que nesse período prevalecia a ideia de que não havia justiça sem a punição do culpado e que nenhum crime deveria permanecer impune. DEMURO (2007:92 e 104).

<sup>559</sup> As penas extraordinárias decorrem de uma construção doutrinária, que visa à mitigação do caráter absoluto das penas ordinárias, como forma de adaptá-las à ética cristã de culpabilidade real, conferindo aos Juízes o poder de arbitrar uma pena diversa, extraordinária. Para tanto, deveriam levar em consideração situações especiais que permitiam o agravamento ou atenuação da reprimenda, a exemplo da imputação subjetiva. SCHAFFSTEIN (1957:59-60).

<sup>560</sup> DEMURO (2007:109-110).

<sup>561</sup> DEMURO (2007:110).

<sup>562</sup> COSTA (2015:67). DEMURO (2007:110-111) explica que para a imputação do dolo necessariamente exigia-se a presença de dois requisitos: 1) *la condotta effettivamente volontà è non consentita*; 2) *l'agente non abbia agito nel singolo caso con la convinzione della impossibilità dell'evento diverso*.

<sup>563</sup> COSTA (2015:65).

<sup>564</sup> SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:198).

<sup>565</sup> CABRAL (2016:20).

alguns glosadores, a prova do dolo decorria da própria ação delitiva<sup>566</sup>. Na imputação subjetiva, ainda adotavam a teoria da *versari in re illicita*<sup>567</sup>.

Por outro lado, os Comentadores, conforme salientado, preocupavam-se com a aplicação prática do Direito Justinianeus, interpretando-o de forma a estabelecer uma espécie de ciência jurídica capaz de solucionar os casos concretos<sup>568</sup>, criando, de uma maneira ainda precária, princípios gerais aplicáveis a casos análogos<sup>569</sup>, no que se pode afirmar ter sido o princípio da sistematização do Direito Penal<sup>570</sup>. Diante disso, houve uma evolução da teoria da *versari in re illicita* por razões de política criminal<sup>571</sup>, cujo principal expoente foi Bartolo da Sassoferrato.

Na teoria de Bartolo, o resultado ulterior somente podia ser imputado ao agente quando fosse consequência natural da conduta violenta aos olhos de um observador externo<sup>572</sup>. O dolo, portanto, compreendia o resultado diretamente querido, bem como aquele consequente de uma ação intencional, obviamente tendente a causá-lo, com a reprovação do agente por não ter agido com o devido cuidado<sup>573</sup>, presumindo-se que sua conduta foi voluntária. Percebe-se, assim, uma extensão das fronteiras do dolo, de modo a interferir no aspecto probatório, pois se pressupunha que o agente possuía consciência das consequências naturais de sua ação<sup>574</sup>.

Sendo assim, por um lado, limitou-se o amplo âmbito de imputação subjetiva da teoria da *versari in re illicita*<sup>575</sup>, que não tinha preocupação em traçar uma relação lógica entre a conduta e o resultado. Por outro – e este era o principal foco dessa doutrina, uma vez que os Comentadores se interessavam pelos resultados práticos de seus ensinamentos –, possibilitou-se a imposição de pena ordinária àquelas situações graves em que somente se permitia pena extraordinária, diante da dificuldade em demonstrar que o resultado fora objeto da vontade criminosa<sup>576</sup>.

Esse período histórico é marcado pela diminuição das guerras e, conseqüentemente, do aumento populacional da Europa. O Estado dependia menos de soldados e precisava combater a crescente violência urbana. Portanto, a pena de morte, ordinária, era a melhor

---

<sup>566</sup> CABRAL (2016:21).

<sup>567</sup> Cf. COSTA (2015:66).

<sup>568</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1983:189) e BANDÃO (2012:143).

<sup>569</sup> SCHAFFSTEIN (1957:34).

<sup>570</sup> Essa metodologia utilizada pelos Comentadores era denominada *mos italicus* e é explicada de maneira mais aprofundada em BANDÃO (2017:185 e ss.).

<sup>571</sup> SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2017:200).

<sup>572</sup> DEMURO (2007:114 e 116).

<sup>573</sup> DEMURO (2007:115).

<sup>574</sup> COSTA (2015:69).

<sup>575</sup> COSTA (2015:69).

<sup>576</sup> DEMURO (2007:114-117). Inclusive, nesse sentido, DEMURO (2007:117) explica que na verdade não se alarga o conceito de dolo, mas sim o âmbito de aplicação da pena ordinária.

opção político-criminal<sup>577</sup> e a ampliação conceitual do dolo uma forma de justificar sua imposição.

G – A doutrina de Bartolo foi importante para se chegar à teoria do *dolo indireto*, cuja autoria é atribuída ao eclesiástico espanhol Diego de Covarrubias, influenciado também pela ciência humanista – que, de acordo com SCHAFFSTEIN, ...*fuera la fuerza espiritual que proporcionó, mediata, o inmediatamente, los más importantes impulsos a la dogmática jurídica del siglo XVI*<sup>578</sup>.

Na acepção de Diego de Covarrubias, não havia pecado, muito menos crime, sem vontade<sup>579</sup>. Essa vontade não consistia somente naquilo que se vislumbra diretamente com a ação – a intenção –, era mais ampla<sup>580</sup>, compreendendo também as consequências de alguma forma intrínsecas a ela, ou seja, que dela decorrem naturalmente<sup>581</sup>. Ele defendia a necessidade de haver uma conexão entre a culpa do agente e o resultado, para a imputação subjetiva<sup>582</sup>.

O dolo indireto é uma limitação à ideia primitiva de *versari in re illicita*, pois excluía os resultados fortuitos, imprevisíveis, que não tivessem relação com a conduta ilícita<sup>583</sup>. A previsibilidade objetiva do resultado não querido, por seu turno, implicava na imputação do dolo<sup>584</sup>.

A sanção se justificava pelo descumprimento, por parte do agente, do dever de evitar o resultado não querido, porém previsível<sup>585</sup>. Mas segundo Covarrubias, a sanção imposta deveria ser mais branda do que a do dolo direto, uma pena extraordinária<sup>586</sup> – e esse é um

---

<sup>577</sup> THÓT (1925:415).

<sup>578</sup> SCHAFFSTEIN (1957:19).

<sup>579</sup> BELDA PLANS (2016:30).

<sup>580</sup> E essa maior amplitude do conceito de vontade é uma das distinções (além da forma de punição, conforme se verá adiante) entre a teoria de Covarrubias e a teoria de Bartolo, pois, para o segundo, o resultado previsível é imputado ao agente por meio de uma presunção de que ele efetivamente o previra e, como consequência, o desejou; enquanto para Covarrubias a vontade de agir abrange, ainda que indiretamente, a vontade do resultado, mesmo que não desejado, cf. DEMURO (2007:121-122).

<sup>581</sup> Cf. DEMURO (2007:121) e PEREDA (1957:487 e ss.), que repete o exemplo de Covarrubias. Trata-se da situação em que o sujeito ministra ervas para uma outra pessoa, causando sua morte. São duas hipóteses. Na primeira, a intenção é obter o amor dessa pessoa. Nesse caso, a responsabilidade seria por homicídio voluntário, pois para obter esse amor, as ervas deveriam ser muito fortes, capazes de realizar uma transformação anímica completa. No segundo caso, visa-se facilitar a concepção. As ervas serviriam apenas para melhorar o desempenho do organismo, por isso a morte não poderia ser imputada àquele que as ministrou. Tudo dependeria da natureza da erva utilizada.

<sup>582</sup> DEMURO (2007:95).

<sup>583</sup> Cf. DEMURO (2007:119) e RAGUÉS I VALLÈS (1999:56). Segundo PEREDA (1957:491 e ss.), Covarrubias parte do seguinte exemplo: o do sujeito que vai caçar em período vedado, ocasionando a morte de outra pessoa. Para os teóricos da *versari in re illicita*, como a caça estava proibida, ele responde por homicídio voluntário. Covarrubias defendia que o resultado somente pode ser imputado se tivesse alguma relação com a ação ilícita.

<sup>584</sup> COSTA (2015:72).

<sup>585</sup> COSTA (2015:72).

<sup>586</sup> Cf. DEMURO (2007:120), COSTA (2015:75) e BELDA PLANS (2016:30).

ponto de divergência em relação à teoria de Bartolo. Covarrubias utilizava como antecedente histórico de sua doutrina o mencionado fragmento 48. 19. 38. 5 do Digesto<sup>587</sup>, que prevê a necessária punição, menos severa, por um resultado não desejado, de modo a repreender o mau exemplo da conduta, ou seja, por questões político-criminais<sup>588</sup>.

Portanto, na lógica de Covarrubias, havia o homicídio com vontade direta; o homicídio com vontade indireta, cujo resultado era previsível; e o homicídio causal, com resultado imprevisível, que não configurava crime<sup>589</sup>. Essa teoria predominou até o final do século XVIII<sup>590</sup>. Sua decadência é resultado das novas tendências político-criminais, influenciadas pelo iluminismo<sup>591</sup>.

Nesse momento, após a análise de algumas das principais teorias sobre o dolo formuladas desde a idade antiga até a formação do *ius commune*, encerra-se a introdução histórica e passa-se ao estudo da política criminal, de forma a permitir, no último capítulo, verificar como ela influenciou o que se denomina teoria clássica do dolo.

---

<sup>587</sup> Ver item B do capítulo referente ao dolo no período Romano.

<sup>588</sup> Cf. DEMURO (2007:118-119).

<sup>589</sup> Cf. DEMURO (2007:120-121).

<sup>590</sup> COSTA (2015:72).

<sup>591</sup> COSTA (2015:82).

## 4 As teorias clássicas do dolo sob influência do modelo político-criminal

O último capítulo destina-se ao principal objeto desta pesquisa, qual seja, realizar um juízo comparativo entre os modelos político-criminais e as teorias do dolo referentes a cada escola penal, da Escola Clássica ao Neokantismo.

São analisados alguns dos principais penalistas da época, com enfoque em aspectos como a topografia do dolo e da negligência, seus conceitos, conteúdos, métodos de imputação e alguns elementos adjacentes, a exemplo da tentativa e dos elementos subjetivos diversos do dolo, analisando-os em consonância com os fins do Direito Penal e a qualidade e os fins das penas.

### 4.1 O Humanitarismo e o início das teorias clássicas: a utilitária subjetivação do dolo

A – O início das teorias clássicas do dolo coincide com o surgimento do movimento denominado Humanitarismo Jurídico. O período das luzes marca o rompimento da ciência com a teologia, bem como o fim do Direito Penal comum europeu<sup>592</sup>. A política criminal e a dogmática penal passavam a se complementar e somavam esforços para restringir o arbítrio judiciário, criar um sistema mais racional e estabelecer uma teoria do delito<sup>593</sup>.

B – A imputação do dolo passou a sofrer menos influência de questões morais e mais das funções do Direito Penal<sup>594</sup>. Nessa linha, a pena tinha um caráter predominantemente utilitário, preventivo geral ou especial, servia para dissuadir a prática criminosa e defender a sociedade – ainda que, de maneira reflexa, assumisse uma certa retributividade.

A culpabilidade era puramente psicológica, estava focada mais no fato e na intencionalidade e menos na pessoa do agente, seu caráter, sua personalidade etc.<sup>595</sup>. A princípio, as condutas penalmente relevantes eram aquelas cometidas com dolo, pois de nada adiantaria punir aquele que não compreendesse essa ameaça punitiva – muito embora se admitisse, excepcionalmente, a sanção de condutas negligentes, por erro ou ignorância, ou até mesmo pelo acaso<sup>596</sup>.

---

<sup>592</sup> MEZGER (1957:32-33).

<sup>593</sup> HESPANHA (2006:08).

<sup>594</sup> LAURENZO COPELLO (1999:36).

<sup>595</sup> VORMBAUM (2014:113).

<sup>596</sup> HESPANHA (2006:07).

C – Assim, iniciou-se uma tendência de subjetivação do dolo, especialmente do dolo eventual, ou seja, o resultado, para ser imputado ao agente, deveria ser efetivamente previsto subjetivamente<sup>597</sup>, com a superação da teoria do dolo indireto por razões político-criminais<sup>598</sup>.

Destarte, essa restrição conceitual, somada à abolição da tortura e à desvalorização da confissão, inviabilizava a imputação subjetiva, pois como seria possível acessar a intimidade do agente? Isso gerou uma reação no campo processual, de simplificação probatória, com o emprego de presunções e de provas indiciárias de livre valoração<sup>599</sup>. Os doutrinadores da época se apegaram ao que se denomina *praesumptio doli* e *dolus ex re*. A *praesumptio doli* era uma presunção relativa que as condutas foram praticadas intencionalmente<sup>600</sup>, partindo-se da generalização de que os homens eram seres livres e racionais<sup>601</sup>; enquanto por meio do *dolus ex re* admitia-se a utilização de elementos indiciários para a comprovação do dolo<sup>602</sup>.

#### 4.1.1 Paul Johann Anselm Von Feuerbach (1775-1833): a política criminal da coação preventiva e o dolo psicológico-volitivo

A – Paul Johann Anselm Von Feuerbach era um crítico das teorias objetivas que prevaleciam até então, a exemplo da teoria do dolo indireto<sup>603</sup>. Assim, criou o que chamou de teoria da coação psicológica, sustentada na ideia de prevenção geral negativa e no princípio da legalidade. Esse princípio era especificamente um instrumento político do Estado contra os criminosos – e não o contrário, não tinha como objetivo primordial garantir direitos individuais<sup>604</sup>.

---

<sup>597</sup> COSTA (2015:80).

<sup>598</sup> Segundo COSTA (2015:82): *A decadência dessa teoria resultou de novas exigências político-criminais advindas do iluminismo, totalmente diferentes das existentes ao tempo em que Carpzov a formulou. Entre as novas exigências estava a facilitação dos meios de prova, para a qual era fundamental o conceito de previsibilidade para basear o dolo.*

<sup>599</sup> Cf. RAGUÉS I VALLÉS (1999:282-283).

<sup>600</sup> DEMURO (2007:162 e ss.) e RAGUÉS I VALLÉS (1999:285).

<sup>601</sup> Nesse aspecto, HESPANHA (2006:10) discorre que: *A única forma que de ultrapassar estas dificuldades será – no direito penal como no direito político - pressupor um agente homogêneo e monótono, racional, livre e consciente, um agente cuja consciência e a vontade não sofram de limitações; pressuposto que, por muito longe que andasse da prática, constituiu a base da escola penalista, a que se chamou “clássica”, da primeira metade do séc. XIX.*

<sup>602</sup> Sobre dolo *ex re* nesse período, ver DEMURO (2007:168).

<sup>603</sup> Cf. RAGUÉS I VALLÉS (1999:57-58).

<sup>604</sup> QUEIROZ (2008:195) e MEZGER (1957:35 e ss.).

B – Segundo Feuerbach, aquele que violasse o contrato social, cujo pilar era a legislação<sup>605</sup>, entrava em estado de guerra. Essa violação caracterizava um mau uso do livre-arbítrio<sup>606</sup>, o principal fundamento da pena.

Todo crime derivava de um fator psicológico, um impulso conseqüente do prazer humano<sup>607</sup>. Por isso, a punibilidade, para além do pressuposto objetivo, consistente na prática efetivamente comprovada de uma ação legalmente prevista como um fato criminoso<sup>608</sup>, tinha por pressuposto subjetivo uma vontade ilícita de um sujeito imputável, livre – fator psicológico causal do resultado criminoso<sup>609</sup>.

Feuerbach denominava esse pressuposto subjetivo culpabilidade<sup>610</sup>, o qual, junto à imputação, compunham os fundamentos subjetivos da punibilidade absoluta<sup>611</sup>, exigindo que o sujeito tivesse capacidade volitiva; que sua vontade delitiva consistisse em contrariar uma lei penal por ele conhecida, sabendo de sua punibilidade; e que ele, de maneira auto-determinável, atuasse ou se omitisse nesse sentido<sup>612</sup>.

É importante ter em mente, nesse ponto, que o dolo compreendia a consciência da ilicitude da ação ou omissão, cuja presença nas pessoas devia ser presumida de maneira relativa<sup>613</sup>.

C – O dolo era uma vontade antijurídica<sup>614</sup> e estava situado na culpabilidade. Tratava-se de uma efetiva vontade<sup>615</sup> de realização do resultado, somada à consciência da ilicitude e punibilidade da conduta<sup>616</sup>. Como a pena tinha como finalidade acorrentar psicologicamente o agente, apenas o consciente e voluntário rompimento dessa corrente permitia a responsabilização plena<sup>617</sup>. A mera previsão do resultado não era suficiente para a caracterização do dolo<sup>618</sup>.

---

<sup>605</sup> QUEIROZ (2008:197-198).

<sup>606</sup> CAVALCANTI (2005:71).

<sup>607</sup> FEUERBACH (1989:60 e 118).

<sup>608</sup> FEUERBACH (1989:96-98).

<sup>609</sup> QUEIROZ (2008:214). Há aqui uma aparente contradição que será melhor esclarecida adiante.

<sup>610</sup> FEUERBACH (1989:99).

<sup>611</sup> Cf. QUEIROZ (2008:213).

<sup>612</sup> FEUERBACH (1989:99). Sobre isso, ver, também, QUEIROZ (2008:215) e DEMURO (2007:154-155).

<sup>613</sup> FEUERBACH (1989:100).

<sup>614</sup> FEUERBACH (1989:82). Nesse sentido, DEMURO (2007:158) faz a ressalva de que Feuerbach não distinguia dolo de vontade, nem de intenção, conferindo aos três o mesmo sentido.

<sup>615</sup> Essa vontade era subjetiva, no sentido psicológico da palavra, superando a teoria objetiva do dolo indireto que prevalecia até então e dando origem às teorias da vontade e da representação, cf. RAGUÉS I VALLÈS (1999:59-60).

<sup>616</sup> No artigo 39 do Código Penal do Reino da Baviera, elaborado por Feuerbach, utilizou-se o *dolus malus*, ou seja, um dolo que comportava a consciência da antijuridicidade e punibilidade da decisão do agente, para restar caracterizado.

<sup>617</sup> LAURENZO COPELLO (1999:37) e MARTELETO FILHO (2018:160-161).

<sup>618</sup> DEMURO (2007:155) e MARTELETO FILHO (2018:161).

Logo, a conduta era tida por dolosa: a) quando o agente queria determinado resultado, denominado por Feuerbach dolo determinado; b) ou agia com o fim de praticar um resultado ilícito dentre vários possíveis, não se importando com qual deles fosse efetivamente alcançado, o que ele classificava como dolo indeterminado ou eventual<sup>619</sup>, mas que se diferenciava do atual conceito de dolo eventual justamente por ser possível justificá-lo com base nas funções que conferia à pena<sup>620</sup>.

A negligência consistia em um defeito na vontade, em uma ação ou omissão voluntariamente ilícita, porém não intencional quanto ao resultado lesivo<sup>621</sup>, que era punida em virtude da violação de uma obrigação de diligência<sup>622</sup>. Configurava-se em duas hipóteses: a) se o agente, não observando seu dever de cuidado, deixava de evitar o resultado ilícito, sem, no entanto, intenção de causá-lo; b) ou na hipótese em que agia ou se omitia arbitrariamente de uma ação, de forma consciente e prevendo – ou que deveria ter previsto caso houvesse agido de maneira diligente – que essa ação ou omissão estava conectada causalmente a um possível ou provável resultado ilícito, não desejado<sup>623</sup>.

Feuerbach ainda classificava como culpa determinada por dolo os casos em que o agente almejava um determinado resultado ilícito que tinha como consequência outro resultado também ilícito, o qual o agente houvera previsto ou, ao menos, que fosse possível prever<sup>624</sup>. Sua intenção era resolver as hipóteses atualmente chamadas de crimes qualificados pelo resultado<sup>625</sup>. Assim, o agente respondia dolosamente pelo resultado intencional e culposamente por aquele não desejado<sup>626</sup>. Todavia, a proximidade com o que ele denominava dolo indeterminado fez com que sua teoria sofresse posteriores modificações doutrinárias, de modo a excluir desse conceito o resultado não efetivamente previsto<sup>627</sup>.

---

<sup>619</sup> FEUERBACH (1989:85) utiliza como exemplo o do sujeito que efetua disparos de arma de fogo contra seu desafeto não com a intenção específica de matá-lo ou assustá-lo, mas de lhe causar danos, agindo com indiferença quanto as efetivas consequências de sua ação. O dolo indeterminado também foi inserido por Feuerbach no Código Penal do Reino da Baviera, artigo 40. Segundo o dispositivo, seria punido por ação dolosa quanto ao resultado mais grave, ainda que o agente alegasse que seu objetivo era um crime menos gravoso.

<sup>620</sup> Cf., também, MARTELETO FILHO (2018:342).

<sup>621</sup> COSTA (2015:84). Segundo FEUERBACH (1989:82), dolo: *...es una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión jurídica, con la consecuencia de la antilegalidad del afán*; e culpa: *es una determinación ilícita de la voluntad para una acción u omisión, de la que surge la lesión jurídica, conforme a las leyes de la naturaleza, sin la intención de la persona*.

<sup>622</sup> DEMURO (2007:155) e MARTELETO FILHO (2018:161). O dever de diligência foi expressamente mencionado no 64 do Código Penal do Reino da Baviera. No dispositivo consta, em breve síntese, que os súditos são obrigados a omitirem-se de ações perigosas, devendo agir sempre com atenção e cautela. A violação desses deveres pode ensejar a responsabilização penal por culpa.

<sup>623</sup> FEUERBACH (1989:83-84).

<sup>624</sup> FEUERBACH (1989:86).

<sup>625</sup> DEMURO (2007:159).

<sup>626</sup> COSTA (2015:84-85). Segundo disposto no artigo 42 do Código Penal do Reino da Baviera, o agente só respondia pelo resultado doloso no limite de sua intenção antijurídica.

<sup>627</sup> Cf. retratado por DEMURO (2007:158 e ss.). Nesse aspecto, RAGUÉS I VALLÈS (1999:59) explica que a essa teoria de Feuerbach não teve boa aceitação dentre os doutrinadores da época, que passaram a utilizar

D – A pena variava de acordo com a intencionalidade do agente, por se tratar de uma resposta a um defeito na motivação do agente<sup>628</sup>. Em regra, era mais branda para os crimes culposos do que para os dolosos<sup>629</sup>, lembrando que a punição pelo crime culposo dependia de expressa previsão legal<sup>630</sup>.

Dentro dos crimes culposos, quanto maior o defeito na motivação do agente, maior a responsabilidade penal<sup>631</sup>. Nos crimes dolosos, o grau de pena dependia do grau de periculosidade do que Feuerbach chamava de impulsos sensuais, considerando como fatores determinantes a intensidade – no sentido de desejar aquele resultado e romper as eventuais barreiras que lhe são opostas –, a firmeza – a consistente na predominância de fatores internos sobre os externos, que influenciaram a vontade do agente – e o âmbito desses impulsos – que compreende a quantidade de sujeitos e de bens jurídicos que podem ser atingidos pela intenção delitiva<sup>632</sup>.

A pena ainda podia ser atenuada quando presente alguma limitação ao livre-arbítrio, como, por exemplo, quando o fato era motivado por uma boa intenção<sup>633</sup>.

E – A tentativa era punida, desde que a não consumação se desse por influência de algum fator externo e não pela mutação da vontade do agente<sup>634</sup>. A pena era mais branda e variava a depender da proximidade com a consumação<sup>635</sup>. A tentativa inidônea não poderia caracterizar conduta criminosa, já que o doutrinador alemão exigia um nexo causal entre a conduta praticada e o resultado pretendido<sup>636</sup>.

F – No campo processual, a prova direta do dolo, por meio especialmente da confissão, não era imprescindível, admitindo-se a análise das características da ação, da conectividade entre ela e o resultado antijurídico e das circunstâncias anteriores, contemporâneas e posteriores a ela<sup>637</sup>, dentre outras provas indiciárias<sup>638</sup>.

---

o dolo eventual para tratar desses casos.

<sup>628</sup> FEUERBACH (1989:98). Sobre isso, ver também QUEIROZ (2008:214) e LAURENZO COPELLO (1999:38).

<sup>629</sup> FEUERBACH (1989:118).

<sup>630</sup> FEUERBACH (1989:83). No Código Penal do Reino da Baviera, Feuerbach diferenciava culpa grosseira de culpa leve, com uma pena menos severa nesse último caso, conforme disposto nos artigos 65 a 70.

<sup>631</sup> Nesse âmbito, FEUERBACH (1989:118) discorre que: *La culpa resulta más punible: cuanto más fácilmente se haya podido hacer u omitir la acción mediante cuya comisión u omisión se hubiese evitado el resultado antijurídico; cuanto más estrecha sea la conexión entre la acción y la lesión jurídica resultante; cuanto más obligado a la diligencia haya estado el culpable, en razón de sus especiales relaciones.*

<sup>632</sup> FEUERBACH (1989:119 e ss.).

<sup>633</sup> FEUERBACH (1989:109-110).

<sup>634</sup> FEUERBACH (1989:76). O artigo 58 do Código Penal do Reino da Baviera trata da não punição pela tentativa, nos casos em que o próprio agente, por ato voluntário, impede a consumação do delito. Ainda, nos artigos 57 e 62 havia a previsão de punição da tentativa quando da prática de atos meramente preparatórios.

<sup>635</sup> FEUERBACH (1989:116). Essa regra consta expressamente nos artigos 60, 61 e 62 do Código Penal do Reino da Baviera.

<sup>636</sup> FEUERBACH (1989:76).

<sup>637</sup> FEUERBACH (1989:100).

<sup>638</sup> Sobre prova indiciária, ver FEUERBACH (1989:336 e ss.).

No princípio, Feuerbach defendia até mesmo a possibilidade de presunção geral do dolo (*praesumptio doli*), *iuris tantum*, quando o resultado se originava de uma conduta ilícita<sup>639</sup>. E nesse aspecto ele influenciou o Código Penal do Reino da Baviera, o qual, nos artigos 43 e 44, permitia a presunção relativa do dolo, admitindo prova em contrário, bastando um juízo de mera probabilidade para afastá-lo, com a inversão do ônus probatório<sup>640</sup>. O primeiro dispositivo tratava especificamente da conduta ilícita praticada pelo agente, presumindo-se que era dirigida a um dado resultado também ilícito. No segundo havia uma hipótese de presunção quanto à previsibilidade do resultado ilícito pelo agente, quando da experiência comum fosse possível reconhecer que se tratava de uma consequência necessária daquela conduta.

A partir da 9ª edição de sua obra, em 1826, Feuerbach mudou de posicionamento, passando a ser contrário a essa presunção e mantendo apenas a ideia de dolo *ex re*, novamente influenciando o Código Penal da Baviera, pois a regra foi abolida em 1848<sup>641</sup>.

G – Com relação aos fins das penas, conforme destacado no capítulo 2, Feuerbach defendia que, no momento da cominação legal abstrata, as penas tinham função preventiva geral negativa, intimidatória<sup>642</sup>.

Não obstante, estabelecia efeitos secundários, paralelos, que se assemelham aos caracteres retributivos, ressocializadores e de prevenção especial da pena, quais sejam: a) a intimidação direta, que se dava por meio da execução pública das penas, capaz de gerar um sentimento coletivo de que a ameaça fora efetivada<sup>643</sup>; b) a garantia de segurança do Estado em relação àqueles que sofreram a imposição da pena; e c) o melhoramento jurídico do condenado<sup>644</sup>.

Como o ser humano tendencialmente almeja aquilo que lhe dá prazer e, em contrapartida, evita tudo o que lhe possa causar dor e sofrimento, essa punição deveria surtir um

---

<sup>639</sup> Cf. DEMURO (2007:164 e ss.), que cita como fonte o seguinte trecho retirado da 4ª edição da obra de FEUERBACH (1808:59): *Da bey jeder Handlung eines Menschen "Absicht" der nächste Erklärungsgrund, vermöge der Natur des menschlichen Geistes, sein muss, mithin die Hervorbringung einer Wirkung durch "willkürliche" Handlung, ohne dass jene Wirkung Zweck der Willkür gewesen, nureine besondere "Ausnahme" von einer allgemeinen Regel ist; so muss auch ein rechtswidriger durch eine an sich willkürliche Handlung hervorgebrachter Effekt so lange "als" Zweck des Willens angenommen werden, bis sich bestimmte Grü für die Ausnahme zeigen ("Facta laesione praesumitur dolus, donec probetur contrarium)*. Sobre o assunto, ver, também, MARTELETO FILHO (2018:164).

<sup>640</sup> RAGUÉS I VALLÉS (1999:284).

<sup>641</sup> Cf. DEMURO (2007:167) e MARTELETO FILHO (2018:165). Denota-se, inclusive, que o trecho citado na nota anterior não foi repetido na 14ª edição, traduzida para o Espanhol.

<sup>642</sup> MEZGER (1957:35-36) remete-se à teoria de Feuerbach da seguinte forma: *la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica interna, que en los- casos de una posible infracción del Derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio*.

<sup>643</sup> FEUERBACH (1989:128).

<sup>644</sup> Cf. FEUERBACH (1989:125). Tais efeitos dão substrato à doutrina de QUEIROZ (2008:147 e 208), o qual Feuerbach tentou conciliar, sem entrar em contradição, o retribucionismo com o utilitarismo, utilidade com justiça, não abandonando totalmente as correntes de Hegel e Kant.

verdadeiro mal<sup>645</sup>, de modo a dissuadir as pessoas de cometer o crime, pois o sofrimento seria maior do que o eventual benefício auferido<sup>646</sup>. As penas impostas, porém, deveriam ser proporcionais ao fato praticado, por isso o doutrinador alemão as classificava segundo seu grau de severidade<sup>647</sup>.

H – Em suma, Feuerbach foi o principal representante alemão do Direito Penal clássico, que tinha por proposta político-criminal a limitação do poder Estatal, a humanização das penas e, sobretudo, a prevenção geral<sup>648</sup>, sem categorizar indivíduos, ao menos quando trata dos efeitos principais das penas. Defendia os direitos humanos pregados pelo movimento iluminista, inclusive tendo sido responsável por abolir a tortura na Alemanha<sup>649</sup>.

Sob essa influência, propôs a vinculação da pena a uma efetiva ação delitiva, legalmente prevista, dolosa ou culposa, fundada na ideia de que os sujeitos possuem livre-arbítrio. Adotava um conceito de dolo psicologista e mais restrito (em consonância com seus ideais político-criminais), abrangendo somente as hipóteses que hoje se assemelhariam ao dolo direto de primeiro e segundo grau<sup>650</sup>. Situações contemporâneas típicas de dolo eventual eram tidas por ele como ações culposas, assim como o resultado subsequente, não desejado, mas que qualificava o crime inicialmente cometido (culpa determinada por dolo)<sup>651</sup>.

Por outro lado, possibilitava, em um primeiro momento, a presunção do dolo, permitindo, além disso, a prova dos elementos subjetivos do delito por meios diretos ou indiretos, o que ampliava a discricionariedade do Poder Judiciário no momento de julgar os crimes e violava o princípio da presunção de não culpabilidade, pois invertia o ônus da prova quanto a esse elemento subjetivo<sup>652</sup>. Contudo, revê esse seu posicionamento a partir da 9ª edição de sua obra.

---

<sup>645</sup> FEUERBACH (1989:127).

<sup>646</sup> QUEIROZ (2008:205), DEMURO (2007:154) e MARTELETO FILHO (2018:340-341).

<sup>647</sup> Nesse sentido, FEUERBACH (1989:135) discorre que: *Por consiguiente, la pena de muerte es la más severa de todas. A ella le siguen: 1) La pérdida perpetua de la libertad; 2) Las penas mutilantes; 3) Las infamantes unidas a sufrimientos físicos (como los azotes y las marcas a fuego); 4) La infamia sin mal físico (picota); 5) La confiscación de la totalidad del patrimonio; 6) El exilio local perpetuo; 7) Los castigos corporales simples; 8) La privación temporal de la libertad; 9) El exilio por tiempo determinado; 10) Las penas infamantes; 11) Las multas.*

<sup>648</sup> E a ideia de prevenção geral, segundo DEMURO (2007:154), é que sustenta a teoria da culpabilidade de Feuerbach.

<sup>649</sup> VORMBAUM (2014:38).

<sup>650</sup> Muito embora, segundo DEMURO (2007:158), conferia ao dolo intencional uma definição mais ampla do que seus sucessores, pois nele compreende o dolo indeterminado, tema já tratado.

<sup>651</sup> Também nesse sentido, ver COSTA (2015:84-85).

<sup>652</sup> RAGUÉS I VALLÉS (1999:284).

Como o fundamento da pena não era a prevenção especial e nem se pretendia a instrumentalização do indivíduo, ela não dependia do caráter do agente, de sua personalidade, mas de sua motivação naquele fato específico, do seu grau de intencionalidade na violação do bem jurídico.

Na verdade, há uma aparente contradição na doutrina de Feuerbach. Ao justificar a causa criminal nos instintos, nos desejos humanos e no prazer, ele negava o livre-arbítrio, assumindo uma postura determinista. Em contrapartida, defendia a vontade livre de um sujeito imputável como fundamento da responsabilização penal. Atento a isso, Queiroz explica que a divisão metodológica realizada por Feuerbach permite a convivência pacífica entre essas doutrinas opostas. O determinismo influencia filosoficamente a atuação política do Estado quando da cominação de crimes e penas. No entanto, para permitir uma justa responsabilização penal, de modo a evitar arbitrariedades, dever-se-ia levar em conta as já mencionadas questões subjetivas, em resumo, o livre-arbítrio. E com a utilização desses dois recortes metodológicos, é que a pena, para Feuerbach, tinha funções preventivas – no momento em que se voltava à dissuasão geral da prática criminosa – e retributivas – na sua individualização<sup>653</sup>.

#### *4.1.2 Francesco Carrara (1805-1888): dolo e negligência como elementos de valoração política do delito*

A – Na Itália, Francesco Carrara, para além de representar o movimento clássico, era adepto do jusnaturalismo. Em sua acepção, o Direito nasceu junto ao homem com o fim de estabelecer seus deveres na terra, particularmente o de respeitar o próximo. Esses deveres decorrem de uma moral divina, de caráter imperativo<sup>654</sup>. Contudo, Deus deu ao homem a capacidade de violar essas regras por meio do livre-arbítrio<sup>655</sup>. Por essa razão, também lhe incumbiu de tutelar essa moral, impondo uma força coercitiva ao Direito<sup>656</sup>, garantindo assim a harmonia universal<sup>657</sup>. E o crime era uma violação a esse Direito natural

---

<sup>653</sup> Cf. QUEIROZ (2008:217 e ss.).

<sup>654</sup> *Nosotros no somos más que instrumentos de Dios: gobernantes o gobernados, no tenemos derecho más que para servir á sus fines.* CARRARA (2000:29, tomo II).

<sup>655</sup> *Pero la ley moral es susceptible de violación, en razón de la libertad del hombre y de las pasiones culpables que lo arrastran violentamente al mal.* CARRARA (2000:24, tomo II).

<sup>656</sup> CARRARA (2000:19 e ss., tomo II). Sobre esse assunto, ver também BLANCO LOZANO (2007, tomo I:87-88).

<sup>657</sup> Essa harmonia era uma necessidade social, consistente no cumprimento da lei natural de que o homem deve associar-se com os objetivos de conservação, aprimoramento moral e intelectual etc. E o Direito era a garantia de que cada cidadão não poderia agir com base unicamente em seus desejos, viabilizando, assim, essa convivência social, cf. CARRARA (2000:41, tomo I).

por um sujeito imputável<sup>658</sup>. Consistia em uma questão jurídica e não fática<sup>659</sup>, porque não existia delito sem lei devidamente promulgada, cujo conhecimento pelos cidadãos é presumido<sup>660</sup>.

O *jus puniendi* sustentava-se na ideia de livre-arbítrio, na imputabilidade moral<sup>661</sup>. Todavia, essa moral individual não era fundamento único da penalização. A responsabilidade penal decorria da necessidade natural<sup>662</sup> de proteger o sistema jurídico efetivamente violado e, por consequência, reduzir o dano social<sup>663</sup>. Por isso, o simples mau pensamento, as ações que não surtiavam efeitos externos e os atos absolutamente preparatórios não mereciam pena<sup>664</sup>; somente eram alcançados pela justiça Divina<sup>665</sup>. Pelo mesmo motivo, os crimes que Carrara denominava imperfeitos (tentativa e crime frustrado) não podiam ser submetidos à mesma resposta penal que os crimes perfeitos<sup>666</sup>. Ainda, o sujeito respondia por tentativa na hipótese em que o meio era relativamente inidôneo para o objetivo almejado, pois considerava que fora dado início à execução da ação criminosa, com a violação da convivência social<sup>667</sup>.

B – O doutrinador assume um conceito psicologista de dolo<sup>668</sup>, o qual compõe o que ele chama de força moral subjetiva do delito<sup>669</sup>. Era a intenção de praticar um ato sabidamente contrário à lei<sup>670</sup>: *l'intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario a la legge*<sup>671</sup>. Portanto, ainda prevalecia a ideia de *dolus malus*<sup>672</sup>.

Esse conceito é construído a partir da ideia da intencionalidade. Em sua visão, a soma dos elementos intelectivos – ou seja, a previsibilidade do resultado e o conhecimento

---

<sup>658</sup> *El ejercicio de la justicia es delegado, en virtud de la ley del orden, á la autoridad social para asegurar la defensa de los derechos del hombre merced á una coacción eficaz y presente, ajustada al precepto natural de respetarlos.* CARRARA (2000:38, tomo I).

<sup>659</sup> CARRARA (2000:42, tomo I). Sobre isso, ver também CAVALCANTI (2005:69) e BARATTA (1999:36).

<sup>660</sup> CARRARA (2000:34, tomo I) define o crime como: *la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable.*

<sup>661</sup> CARRARA (2000:40, tomo I). Ver, ainda, LAURENZO COPELLO (1999:42-43).

<sup>662</sup> CARRARA (2000:111-112, tomo I).

<sup>663</sup> CARRARA (2000:31-32, tomo I).

<sup>664</sup> CARRARA (2000:32 e 199-200, tomo I).

<sup>665</sup> CARRARA (2000:39, tomo I).

<sup>666</sup> CARRARA (2000:195 e 236, tomo I).

<sup>667</sup> CARRARA (2000:225 e ss., tomo I).

<sup>668</sup> Nesse sentido, CARRARA (2000:55, tomo I) discorre que: *háse olvidado que los diferentes caracteres de la intención dependen únicamente del estado interno del alma.*

<sup>669</sup> Segundo CARRARA (2000:52, tomo I), a força moral subjetiva do delito é composta por quatro elementos: a) o conhecimento da lei; b) a previsão/previsibilidade dos resultados; c) a liberdade de decidir; e d) a vontade de agir.

<sup>670</sup> Ou, nas palavras de CARRARA (2000:55, tomo I): *la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que sabemos es contrario á la ley.*

<sup>671</sup> CARRARA (1909:313).

<sup>672</sup> Segundo CARRARA (1909:309) *E certamente la "coscienza" del male che si fa deve essere un attributo indispensabile del "dolo".* A esse respeito, ver, também, COSTA (2015:88-90).

do caráter ilícito da ação<sup>673</sup> –, com os elementos volitivos – liberdade de decidir e vontade de agir, geravam a intenção<sup>674</sup>. Presentes todos os elementos, restava configurada a intenção perfeita; a ausência de algum(ns) deles tinha por consequência a imputabilidade; já a presença diminuída caracterizava a intenção imperfeita e uma menor imputabilidade<sup>675</sup>.

Por conseguinte, Carrara estabelecia duas outras hipóteses de intenção: direta e indireta<sup>676</sup>. No primeiro caso, o resultado era previsto e querido pelo agente, ainda que o meio empregado não fosse absolutamente capaz de gerá-lo<sup>677</sup>. No segundo, o agente ou não previu o resultado previsível, ou, se previu, não o desejou. Na hipótese em que o sujeito agia com indiferença frente ao resultado previsto, configurava-se a intenção indireta positiva. Por outro lado, se não houvera previsto nem desejado o resultado, restava caracterizada a intenção indireta negativa.

Com base nessas premissas, Francesco Carrara estabelece que da intenção direta e indireta positiva decorria a ação dolosa, nesse caso, sob o fundamento que estão implícitos na vontade de meio os resultados previstos<sup>678</sup>; enquanto que da intenção indireta negativa poderia gerar uma ação culposa ou o caso fortuito, a depender da previsibilidade ou não do resultado<sup>679</sup>. O resultado previsível, porém não previsto, era imputado a título de culpa<sup>680</sup>, sob o fundamento de que foram voluntariamente mantidas inertes as faculdades intelectuais<sup>681</sup>, aplicando essa regra, inclusive, às hipóteses de erro vencível<sup>682</sup>. O resultado imprevisível era considerado caso fortuito, isentando o agente de pena<sup>683</sup>, pois ele não poderia ser responsabilizado pela omissão de uma diligência que mesmo sendo adotada seria inútil<sup>684</sup>.

---

<sup>673</sup> Nesse aspecto, CARRARA (2000:150, tomo I) defendia a presunção de que os cidadãos tinham conhecimento das leis, por lhes ser um dever conhecê-las.

<sup>674</sup> CARRARA (2000:53, tomo I).

<sup>675</sup> CARRARA (2000:53-54, tomo I). Sobre isso, ver, também, DEMURO (2007:237).

<sup>676</sup> CARRARA (2000:54, tomo I).

<sup>677</sup> A respeito do meio utilizado na execução do crime, DEMURO (2007:243 e ss.) retrata uma importante divergência doutrinária travada entre os penalistas italianos Francesco Carrara e De Simoni. O caso paradigmático era o do marido de uma esposa gulosa, que envenenava um resto de comida e a escondia, na esperança de que ela o encontrasse, comece e morresse. Para De Simoni, essa era uma hipótese menos grave de dolo, pois o meio empregado era relativamente eficaz a causar o resultado morte. No entanto, Carrara contestava essa teoria, pois para ele o meio indireto não interfere na intenção, no estado de ânimo do agente, que era direta, por isso o dolo era determinado àquele fim.

<sup>678</sup> LAURENZO COPELLO (1999:44).

<sup>679</sup> CARRARA (2000:55, tomo I).

<sup>680</sup> Nas lições de CARRARA (2000:62, tomo I), a culpa é: *“la omisión voluntaria de diligencia, por el autor de un hecho, en el cálculo de sus consecuencias posibles y que él podía prever”*. Ou seja, mesmo nas hipóteses de culpa, exigia-se a voluntariedade do agente, ainda que na omissão de calcular os possíveis efeitos de sua conduta, impedindo-lhe de prevê-los.

<sup>681</sup> DA MATA (1911:309, volume II).

<sup>682</sup> CARRARA (2000:152-153, tomo I).

<sup>683</sup> Assim, discorria CARRARA (2000:65, tomo I) que: *“No haber previsto” la consecuencia dañosa: en esto es en lo que se distingue la culpa del “dolo”. “No haber podido preverla”, es en lo que se distingue “el caso fortuito” de “la culpa”*.

<sup>684</sup> CARRARA (2000:65, tomo I).

Para resolver as situações atualmente conhecidas como de dolo eventual, o penalista italiano classificava o dolo em determinado e indeterminado – os quais distinguia da preterintenção<sup>685</sup>. Em sua perspectiva, o dolo indeterminado era: *quello dal quale è informato l'uomo che si è diretto ad un fine pravo, prevedendo ancora che dai suoi atti possa derivarne un evento più grave, ma “senza desiderare” e volere cotesto effetto*<sup>686</sup>; Portanto, imputava-se a título de dolo indeterminado o resultado ulterior efetivamente previsto (e somente o previsto; o resultado não previsto era atribuído a título de culpa), mas não desejado, de uma *ação malvada*, que violasse por intenção indireta um bem jurídico<sup>687</sup>, inclusive na hipótese em que o agente acreditava que poderia evitar a consequência danosa por ele prevista, desde que a ação inicial tivesse um fim ilícito<sup>688</sup>; por outro lado, se a conduta objetivasse um resultado lícito, havia a presunção de que ele não a previra como possível e, por conseguinte, responderia a título de culpa<sup>689</sup>. A preterintenção, ou preterdolo, tinha uma solução jurídica que ele considerava ser intermediária<sup>690</sup>. Como o sujeito queria a lesão menos grave, sobre ela respondia a título de dolo determinado. O resultado ulterior, não desejado nem previsto como possível, porém presumidamente previsível, era imputado como culposo<sup>691</sup>.

A intensidade do dolo era capaz de influir na gravidade em abstrato do delito e, como consequência, na dosagem das penas, quando, no caso concreto, restasse demonstrado que ela trespassava as fronteiras da subjetividade, surtindo efeitos externos, já que, assim, haveria um incremento do dano social<sup>692</sup>. Portanto, levando em consideração o perigo social gerado, Carrara estabeleceu níveis de gravidade do dolo, a depender do intervalo entre a determinação e a ação, bem como da certeza do desejo, sendo eles: a) premeditação; b) deliberação; c) resolução imprevista; e d) paixão cega<sup>693</sup>.

O doutrinador também relacionou as situações de imputabilidade diminuída em razão da idade, sexo, loucura, erro, coação física e moral etc., à inteligência e à liberdade de agir do agente e, portanto, com o dolo<sup>694</sup>, até porque o dolo e a negligência estavam inseridos topologicamente na culpabilidade. Em seu entendimento, essas hipóteses mereciam

---

<sup>685</sup> CARRARA (1909:326).

<sup>686</sup> CARRARA (1909:323).

<sup>687</sup> CARRARA (2000:57, tomo I). Sobre dolo determinado e indeterminado em Francesco Carrara, ver também COSTA (2015:88).

<sup>688</sup> CARRARA (2000:64, tomo I).

<sup>689</sup> CARRARA (2000:57, tomo I).

<sup>690</sup> CARRARA (1909:325).

<sup>691</sup> CARRARA (2000:155, tomo I) e CARRARA (1909:326).

<sup>692</sup> CARRARA (2000:114-116, tomo I).

<sup>693</sup> CARRARA (2000:58-59, tomo I).

<sup>694</sup> CARRARA (2000:117 e ss., tomo I).

um abrandamento na responsabilidade penal em razão de o mau exemplo resultante da ação ser menor, assim como o alarme social dela decorrente<sup>695</sup>.

No que se refere à culpa, Carrara a classificou como grave, leve ou levíssima, de acordo com o grau de previsibilidade do resultado, cujos efeitos penais deveriam ser diversos para cada uma delas<sup>696</sup>.

Quanto à prova do dolo, esta deveria ser efetiva. A dúvida favoreceria o agente<sup>697</sup>.

C – As penas<sup>698</sup> tinham um caráter preventivo geral e especial<sup>699</sup>, que Carrara denominava defesa direta e indireta da sociedade, cuja principal função era eliminar o eventual perigo gerado pela sensação de impunidade<sup>700</sup> e restabelecer a ordem e a tranquilidade social<sup>701</sup>. Somente em um aspecto acessório elas serviam para reprimir a ação humana violadora de direitos de terceiros<sup>702</sup>. O crime tinha como efeito mediato a sensação de que a lei é ineficaz em virtude de sua violação moral voluntária, dolosa ou culposa<sup>703</sup> – com a ressalva que Carrara considera a negligência como um defeito de vontade e não de inteligência, consistindo na voluntária falta de reflexão sobre a conduta, o que justificaria a punição<sup>704</sup>. E para reconquistar a confiança social na lei e na justiça, era imprescindível a aplicação de uma pena àqueles que deram mau exemplo<sup>705</sup>, freando os impulsos seus e daqueles que eventualmente poderiam imitá-los<sup>706</sup>.

Assim, a sanção devia ser imposta pelo Estado a serviço do homem, por haverem sido violadas leis naturais<sup>707</sup>. Tratava-se de uma reação moral subjetiva – pois decorria da

---

<sup>695</sup> CARRARA (2000:157, tomo I).

<sup>696</sup> CARRARA (2000:66-67, tomo I).

<sup>697</sup> Nesse sentido, CARRARA (2000:207, tomo I) explica que, no que tange à tentativa, não havendo certeza quanto à real intenção do agente, ou seja, qual o crime que ele pretendia praticar, dever-se-ia presumir a intenção menos malvada.

<sup>698</sup> Segundo CARRARA (2000:06, tomo II), a pena consistia em: *un mal infligido por los Magistrados, conforme á la ley del Estado, á aquellos que han sido en debida forma reconocidos culpables de un delito.*

<sup>699</sup> *El fin de la pena no es que se “cumpla la justicia”, ni que el ofendido sea “vengado”, ni que el daño sufrido por él sea “reparado”, ni que los ciudadanos sean “intimidados”, ni que el culpable “expié” su falta, ni que se obtenga su “enmienda”.* CARRARA (2000:30-31, tomo II).

<sup>700</sup> Segundo CARRARA (2000:28, tomo II): *La libertad del hombre es en definitiva el fundamento del derecho penal. Destinado por la ley de su creación á ejercer libremente su actividad sobre la tierra en los límites del respecto á la libertad de sus semejantes, el hombre está colocado ab eterno bajo el imperio de la ley moral, la cual regula al mismo tiempo sus derechos respecto á los demás y sus deberes hacia ellos. Pero esta libertad no sería real si el freno de una autoridad no asegurara la eficacia de la ley. No es, pues, la sociedad quien hace nacer el derecho de castigar, es la necesidad de castigar á los violadores del derecho la que hace nacer la sociedad civil: ésta es un resultado necesario de la ley natural, no como fin sino como medio, como instrumento para la represión de la licencia y protección respectiva de la actividad humana.*

<sup>701</sup> CARRARA (2000:31 e ss., tomo II).

<sup>702</sup> BARATTA (1999:37) e IGNACIO ANITUA (2007:188).

<sup>703</sup> CARRARA (2000:80-81, tomo I).

<sup>704</sup> CARRARA (2000:83-84, tomo I).

<sup>705</sup> Nesse sentido, conclui CARRARA (2000:83, tomo I): *...al paso que el delito había alentado á los malos é intimidado á los buenos, la autoridad intimidada á los malos y da vigor a los buenos.*

<sup>706</sup> CARRARA (2000:34., tomo II).

<sup>707</sup> BARATTA (1999:37).

vontade racional do Juiz em aplicá-la – à ofensa social que derivava da força moral subjetiva empregada pelo agente na prática delitiva<sup>708</sup>. Por esse motivo, a reação deveria ser proporcional ao grau de sentimento de insegurança gerado pela ação e suficiente para a reparação social<sup>709</sup>.

D – Portanto, seguindo a linha de Feuerbach, Francesco Carrara era um defensor do livre-arbítrio, não admitindo a instrumentalização dos indivíduos, nem sua responsabilização moral, mas somente pelo mau exercício de sua liberdade<sup>710</sup>, com a consequente violação concreta e voluntária à lei penal, de forma a manter a estabilidade do sistema. Prova disso é ausência de punição de atos absolutamente preparatórios e a previsão de pena mais branda à tentativa e ao que ele denominava delito frustrado quando comparados ao crime consumado.

Carrara assumia um dolo psicológico, que se caracterizava pela intenção de praticar um ato conscientemente contrário às leis penais. Admitia a previsão e a previsibilidade do resultado como elementos de aferição do grau de intencionalidade, possibilitando a distinção entre dolo, negligência e caso fortuito.

Utilizava, porém, um conceito de dolo mais amplo do que o adotado pelo contemporâneo doutrinador alemão. Bastava o elemento cognitivo para a configuração do dolo indeterminado, ou seja, prescindia da vontade do agente. Ainda assim, estabelecia critérios, os quais eram necessários para a limitação das decisões judiciais, em consonância com o modelo político-criminal por ele proposto.

A pena tinha como fim a prevenção geral e especial. Era um instrumento necessário para recuperar a confiança na lei e a coesão social. A conduta a ser punida deveria ser suficiente para romper com essa paz social. Devido a isso, somente as ações voluntariamente destinadas à violação das leis poderiam ser punidas. E por essa razão a conduta culposa era presumidamente voluntária.

Os resultados imprevisíveis não eram punidos, pois não teria efeito algum exigir a previsão de algo imprevisível. Da mesma forma, os maus pensamentos, as ações internas e a mera cogitação não tinham o poder de violar a lei, não causavam inquietação social e não mereciam sanção.

Por fim, quando da análise dos casos concretos se constatasse que a intensidade do dolo interferia no perigo social da conduta, ela era capaz também de influenciar na dosagem da pena. A variação do dolo modificava a importância política do delito<sup>711</sup>.

---

<sup>708</sup> CARRARA (2000:37-38, tomo II).

<sup>709</sup> CARRARA (2000:87 e ss., tomo II).

<sup>710</sup> LAURENZO COPELLO (1999:42-43).

<sup>711</sup> CARRARA (1909:323).

#### 4.1.3 A postura eclética quanto aos fins das penas e dolo psicológico: Pascoal de Mello Freire dos Reis (1738-1798)

A – Para encerrar a análise dos doutrinadores da Escola Clássica, assinala-se que Pascoal de Mello Freire dos Reis foi o principal representante do Humanitarismo Jurídico na doutrina portuguesa<sup>712</sup>. Defendia uma política criminal utilitarista e laica, desprovida de influências religiosas<sup>713</sup>. A pena era uma consequência da violação do contrato social, o *castigo necessário que a lei faz sofrer ao criminoso*<sup>714</sup>. Quando o sujeito praticava um ato ilícito, ao mesmo tempo renunciava aos seus direitos e aos dos outros. Daí nascia o direito de punir<sup>715</sup>, que dependia de uma efetiva ofensa à sociedade ou a terceiros<sup>716</sup>.

Mas essa sanção não poderia assumir um caráter retributivo, vingativo<sup>717</sup>, que consistiria em *uma antecipação, na Terra, dos castigos celestes*<sup>718</sup>, pois não teria utilidade social alguma e acabava por ser cruel e injusta<sup>719</sup>, nem reparatório do dano causado<sup>720</sup>. Deveria, assim, ser proporcional ao dano praticado e tinha por funções primordiais a prevenção geral e especial, a ressocialização do delinquente e garantir a segurança da vítima<sup>721</sup>.

B – O ato ilícito, em consonância com Mello Freire, devia se originar de uma conduta volitiva, *uma vontade certa de delinquir*<sup>722</sup>, que poderia caracterizar o que denominava mau dolo ou culpa. No primeiro caso, restaria configurado um delito, e no segundo, um quase

---

<sup>712</sup> É possível perceber claramente sua filiação a essa corrente político-criminal da leitura da introdução do projeto de Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, FREIRE (1844:XVII-XXXI), na oportunidade em que faz inúmeras críticas às Ordenações Filipinas, então vigentes, principalmente no que concerne à crueldade e desproporcionalidade das penas, ao tratamento desigual conferido aos fidalgos, à insegurança jurídica caracterizada pela obscuridade do texto legal.

<sup>713</sup> HESPANHA (2006:08-09).

<sup>714</sup> Cf. Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título IV, *caput*, FREIRE (1844:06).

<sup>715</sup> FREIRE (1966:63).

<sup>716</sup> Cf. Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título I, § 5º, FREIRE (1844:01).

<sup>717</sup> FREIRE (1966:65).

<sup>718</sup> HESPANHA (2006:08).

<sup>719</sup> FREIRE (1966:80).

<sup>720</sup> FREIRE (1966:64), muito embora conste no seu Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título IV, a reparação do dano como uma das funções da pena, FREIRE (1844:06). Sobre esse assunto, ver, ainda, ALVES (2014:15 e ss.).

<sup>721</sup> FREIRE (1966:65 e 79). Inclusive, como exemplo, FREIRE (1844:02), no seu Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título II, § 3º, estabelece que aos furiosos não seriam apenados, ainda que a conduta fosse praticada antes da fúria ou demência, em razão da inutilidade da sanção, incapaz de ressocializá-los. E a superveniência dessa fúria suspendia a pena já imposta, cf. § 4º do mesmo título. Ao defender essas finalidades à pena, Mello Freire afasta-se do radicalismo preventivista de Beccaria e assume uma posição eclética, de forma a produzir efeitos para o delinquente, a sociedade e a vítima cf. ALVES (2014:21-22).

<sup>722</sup> FREIRE (1966:80). No Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título I, §1º, FREIRE (1844:01) estabelece que não há delito sem dolo e malícia ou culpa.

delito<sup>723</sup>, com diferentes respostas penais a cada uma das hipóteses<sup>724</sup>, já que a pena poderia ser agravada ou atenuada de acordo com o grau de subjetividade empregado, porque demonstrava maior ou menor atrocidade do delito<sup>725</sup>.

C – Para o doutrinador português, o dolo consistia em um *ânimo, intenção e vontade de delinquir*<sup>726</sup>. Seguindo esse conceito, distinguia o dolo *ex proposito* do dolo *ex impetu*, a depender de o crime ser resultado de uma prévia cogitação ou de uma ação impetuosa, para, assim, estabelecer diferentes sanções<sup>727</sup>.

Ainda nos casos em que o sujeito praticasse uma conduta lícita e dela se originasse um resultado não desejado, não podia ser imputado a ele esse resultado a título de crime. Em contrapartida, em sendo a conduta ilícita, haveria responsabilização penal, mesmo que a consequência não houvera sido prevista pelo agente<sup>728</sup>.

As hipóteses de erro – de fato ou de direito – invencível, embriaguez não provocada pelo agente, violenta emoção, impuberdade, loucura, coação, caso fortuito etc. excluíam a vontade livre do agente, o dolo, e, por consequência, o crime, ainda que se tratasse de fato ilícito<sup>729</sup>.

Os crimes tentados mereciam uma pena diversa daquelas previstas aos crimes consumados, levando-se em conta a razão da não consumação, ou seja, se como consequência da ação própria do agente ou em decorrência de elementos externos. E o simples mau pensamento, via de regra, não podia ser punido<sup>730</sup>, havendo exceções, a exemplo dos crimes de heresia e de lesa Majestade<sup>731</sup>.

---

<sup>723</sup> FREIRE (1966:56).

<sup>724</sup> A título de exemplo, nos títulos XXX e XXXI do Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título I, §1º, FREIRE (1844:69 e ss.) diferencia o homicídio voluntário, premeditado e aqueles praticados com culpa leve ou grave, prevendo sanções diversas para cada situação, a depender desse grau de culpa.

<sup>725</sup> FREIRE (1966:77). Nesse sentido, consta no Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título IV, §§ 14 e 22, FREIRE (1844:08-09) que: *A qualidade da pessoa, e a sua maior inteligência e entendimento não desculpa, antes agrava o delicto; e por consequencia não diminue, antes aumenta a pena; e é maior a pena do delicto, que se commeteo de proposito e insidiosamente, em plena liberdade, e por pura malícia, do que em rixa nova, por occasião inesperada, e sem plena liberdade, ou por alguma causa.*

<sup>726</sup> FREIRE (1844:92, do capítulo referente às provas em que o autor fundou as doutrinas de sua obra).

<sup>727</sup> FREIRE (1844:92, do capítulo referente às provas em que o autor fundou as doutrinas de sua obra).

<sup>728</sup> FREIRE (1844:03), no seu Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título II, §§ 9º e 10º. Porém, nessa oportunidade, o doutrinador não deixa claro se a punição pelo resultado seria ordinária ou extraordinária. O que parece ficar esclarecido no título XXX, § 16, FREIRE (1844:70-71), em que são exemplificadas situações em que o sujeito pratica um ato ilícito que, culposamente, resulta em um homicídio, estabelecendo a aplicação pena extraordinária.

<sup>729</sup> FREIRE (1966:58-59) e Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título II, FREIRE (1844:02).

<sup>730</sup> FREIRE (1966:59) e, no Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título I, §§ 2º e 4º, e título IV, § 21, FREIRE (1844:01 e 09). Também sobre isso, ver ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:261) e ALVES (2014:907).

<sup>731</sup> Tais exceções foram tratadas por FREIRE (1844:02) na parte das Provas do Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título I. A respeito da incriminação da cogitação por Mello Freire, ALVES (2014:910-911) explica: *...o preceito dedicado à alta traição não se refere à cogitação, mas à tentativa. Prevê e descreve, expressa e claramente, uma actuação ilícita que qualifica como “conjuração”.* Assim, ela conclui que: *... Mello Freire parece admitir nas “Provas” muito mais do que na verdade pretende ver consagrado. A*

D – Vê-se, portanto, que Pascoal de Mello Freire confere relevância à subjetividade do agente, ao livre-arbítrio, desde o princípio, quando não considera como criminosa a conduta praticada sem vontade. Dessa maneira, ainda que não se aprofunde nesse tema, fica evidente a opção por um dolo psicológico, cognitivo e volitivo, aferido no momento da conduta, que também serve como termômetro para a pena a ser imposta, cujo caráter é exclusivamente utilitário, de prevenção e ressocialização.

No que tange à questão probatória, o penalista português exige a perfeita e legal comprovação do fato para permitir a condenação do agente<sup>732</sup>, vedando a utilização de presunções como prova legal<sup>733</sup>, o que parece compreender os elementos subjetivos dolo e negligência.

#### 4.2 O determinismo positivista

A – Os positivistas se apoiavam nas relações de causa e efeito para negarem a autonomia individual, o livre-arbítrio e, por consequência, defenderem que o sujeito estava submetido a um determinismo biológico, sociológico e psicológico<sup>734</sup>. Para tanto, utilizavam-se de um método descritivo<sup>735</sup>.

O Direito Penal, que até então centrava-se no fato que objetivava a punição de condutas intencionais, passou a visar ao autor como resposta à escola penal clássica<sup>736</sup>. Por esse motivo, a responsabilização penal não se baseava na moral e na culpa, mas em uma necessidade de defesa social, de modo a considerar o sujeito apto ou não à convivência comunitária<sup>737</sup>.

Por isso a pena aproximava-se das medidas terapêuticas, no sentido de que o delinquente era considerado um enfermo e dependia de um tratamento para retornar ao convívio social<sup>738</sup>. Em sendo insuficientes, fazia-se necessária a eliminação desse indivíduo do convívio social<sup>739</sup>.

##### 4.2.1 Enrico Ferri (1856-1929): dolo e negligência como medida do tratamento social

---

*declaração política vai além do que seu cuidado de jurista permite no texto do “Código intentado”.*

<sup>732</sup> Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título XLV, FREIRE (1844:110).

<sup>733</sup> Código Criminal elaborado por ordem da Rainha D. Maria I, título XLVI, FREIRE (1844:112).

<sup>734</sup> CAVALCANTI (2005:77) e VORMBAUM (2014:113 e ss.).

<sup>735</sup> JESCHECK (2003:03).

<sup>736</sup> CAVALCANTI (2005) e VORMBAUM (2014:113 e ss.).

<sup>737</sup> CAVALCANTI (2005:77).

<sup>738</sup> HESPANHA (2006:21).

<sup>739</sup> MEZGER (1957:59).

A – Como destacado no capítulo que introduz as escolas penais, o italiano Enrico Ferri negava o livre-arbítrio, pois queria afastar totalmente o Direito das influências religiosas, filosóficas ou éticas<sup>740</sup>. Como consequência, defendia que a responsabilidade penal não tinha por fundamento a livre determinação da vontade<sup>741</sup>, ou a moral individual, mas pelo simples fato de haver vida em sociedade<sup>742</sup>.

A pena servia justamente como forma de proteger a convivência social<sup>743</sup>. Sua imposição resultava de um dever, não de um direito do Estado<sup>744</sup>. E o objetivo não era preventivo, muito menos retributivo<sup>745</sup>, mas repressivo, curativo e reeducativo<sup>746</sup>; o criminoso era equiparado a um doente e necessitava de tratamento. Por isso, Ferri não distinguia imputáveis de inimputáveis, considerava que todos os criminosos eram dotados de alguma anomalia. Em sua acepção, a lei penal aplicava-se indistintamente, inclusive a crianças e enfermos mentais<sup>747</sup>, em prol da defesa social.

A responsabilidade penal tinha por fundamento uma ação humana *que o legislador considera prejudicial ou perigosa à segurança ou à prosperidade coletiva*<sup>748</sup>, já que Ferri era contrário à tese que se deveria pôr em cárcere os sujeitos antes mesmo de cometerem qualquer crime, como forma de prevenção<sup>749</sup> – muito embora admitisse a punição de atos preparatórios<sup>750</sup> e de fatos hoje considerados como tentativa inidônea<sup>751</sup>. Essa ação humana derivava de um conjunto de causalidades sociológicas, físicas e biológicas<sup>752</sup>. Ela surgia com uma ideia criminosa, que, por não ser inibida, evoluía até se transformar em uma ação volitiva expressa por meio de movimentos musculares<sup>753</sup>.

Enquanto a violação da norma em abstrato e a ofensa ao bem jurídico eram pressupostos da pena, sua dosagem dependia da análise de como aquela determinada ação criminosa expressava a personalidade do agente<sup>754</sup>. O objetivo seria impor a sanção mais

---

<sup>740</sup> FERRI (1999:66-67).

<sup>741</sup> Inclusive FERRI (1999:226) salienta que foi retirada do Código Penal italiano de 1890 a expressão “liberdade de eleição”, prevista como condição de punibilidade.

<sup>742</sup> FERRI (1999:204 e ss.). Ver, ainda, IGNÁCIO ANITUA (2007:313).

<sup>743</sup> IGNÁCIO ANITUA (2007:311).

<sup>744</sup> FERRI (1999:99).

<sup>745</sup> FERRI (1999:93).

<sup>746</sup> BARATTA (1999:40).

<sup>747</sup> FERRI (1999:124 e ss.) argumenta que se o indivíduo tem o direito de se defender contra uma ação criminosa, qualquer que seja o agente, não há razão de limitar esse poder/dever ao Estado, principalmente quando se trata dos mais perigosos criminosos. Sobre esse pensamento de Enrico Ferri, ver também, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:285).

<sup>748</sup> FERRI (1999:141).

<sup>749</sup> FERRI (1999:144).

<sup>750</sup> FERRI (1999:482-483).

<sup>751</sup> Sobre esse assunto, ver FERRI (1999:271 e ss.).

<sup>752</sup> IGNÁCIO ANITUA (2007:312).

<sup>753</sup> FERRI (1999:210-211).

<sup>754</sup> ...o crime tem toda a eloqüência e importância do fato realizado e é a revelação concreta de uma personalidade perigosa (FERRI, 1999:291).

adequada à reabilitação do sujeito criminoso<sup>755</sup>, ou seja, deveriam ser considerados seus graus de periculosidade e readaptabilidade<sup>756</sup>.

Ferri entendia que as penas deveriam ter prazo indeterminado<sup>757</sup>. Segundo seu raciocínio, a pena fixa foi uma reação iluminista aos abusos cometidos no período medieval e objetivava retribuir a culpa pelo fato cometido. No entanto, pecava em definir um termo para o “tratamento” do criminoso que não fosse o de sua própria reabilitação<sup>758</sup>. Em sendo inviável a reabilitação, não haveria alternativa, senão a exclusão do delinquente do convívio social<sup>759</sup>.

Nesse viés, o caráter subjetivo da conduta não passava de mais um elemento, o mais importante deles<sup>760</sup>, identificador da personalidade e periculosidade do agente, permitindo aferir a medida e qualidade da sanção a ser imposta<sup>761</sup>. Esse era o fundamento utilizado por Ferri para defender a responsabilização penal de infantes, idiotas, loucos, etc.<sup>762</sup>; e, por outro lado, nos casos de coação física irresistível, caso fortuito, erro ou ignorância e consentimento do ofendido, a isenção de responsabilidade penal, justamente por não ser a expressão de uma personalidade criminosa<sup>763</sup>.

B – O dolo era o componente psíquico do crime, o estado mental do delinquente, suas ideias e intenções<sup>764</sup>. Dentre os seus elementos, Ferri diferenciava vontade de intenção e de fim e definia um roteiro pelo qual a parte psicológica do *iter criminis* seguia<sup>765</sup>.

---

<sup>755</sup> De acordo com FERRI (1999:202): *Na execução da condenação, o delinqüente, segundo a sua individualização contida na sentença, vem destinado a um ou outro estabelecimento entre os da espécie estabelecida na sentença e, portanto, vem sujeito ao tratamento higiênico, educativo, disciplinar, jurídico e econômico que melhor corresponda à sua personalidade, que pode ser mais ou menos readaptável à vida social, ou incorrigível, ou incurável.*

<sup>756</sup> ...uma defesa social mais eficaz aos contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos... FERRI (1999:68).

<sup>757</sup> Essa indeterminação poderia ser absoluta ou relativa. Enquanto na primeira a pena não tinha nem prazo mínimo nem máximo, na segunda havia prazo máximo e, eventualmente, mínimo, fixados na lei ou na sentença. (FERRI, 1999:315).

<sup>758</sup> FERRI (1999:313 e ss.).

<sup>759</sup> Nesse sentido, FERRI (1999:67-68) discorre que: *Que, finalmente, a pena, como a “última ratio” de defesa social repressiva, não deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente, com o sequestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo no tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária.*

<sup>760</sup> FERRI (1999:294 e ss.).

<sup>761</sup> FERRI (1999:224).

<sup>762</sup> FERRI (1999:222 e ss.).

<sup>763</sup> FERRI (1999:210 e 418 e ss.).

<sup>764</sup> FERRI (1999:394).

<sup>765</sup> Nesse aspecto, FERRI (1999:394) discorria que: *O processo fisiopsíquico de cada ato humano consiste em que pela “sensação” é determinado um “sentimento” (ou emoção), que se torna o “motivo determinante” e ao mesmo tempo é determinada uma “associação de idéias” (sic), que se torna a “intenção”; se esta se dirige a influir sobre o mundo externo, determina uma “volição”, por força da qual o ato se realiza.*

Assim, a vontade relacionava-se com a ação física em si e, por isso, não tinha tanta relevância na análise do crime e da pena a ser imposta.

A intenção compreendia o resultado desejado com determinada ação. Era primordial para diferenciar uma ação dolosa de uma ação culposa ou preterintencional<sup>766</sup>, a depender de ter havido ou não reflexão sobre as suas consequências<sup>767</sup>. Para a caracterização do dolo, a intenção deveria comportar a consciência da ilicitude da conduta (*dolus malus*)<sup>768</sup>, que indicaria o grau de perversidade e malignidade do agente<sup>769</sup>.

O fim consistia na motivação, no motivo que determinou a ação<sup>770</sup>. A motivação poderia integrar o tipo penal quando da exigência de um especial fim de agir para sua configuração ou tão somente determinar a ação delitiva, sendo componente do dolo<sup>771</sup>. Nessa situação, servia de instrumento de mensuração do grau de malignidade e de periculosidade do agente, como fator de influência da pena a ser imposta, podendo até mesmo justificar a ação delitiva, nos casos, por exemplo, de legítima defesa<sup>772</sup>.

Ferri diferenciava dolo direto, que denominava dolo positivo, de dolo eventual e negligência. No primeiro, a intenção a determinado resultado ilícito era firme e dirigia a vontade de cometer o ato criminoso. Por outro lado, para configurar o dolo eventual, bastava a representação ideal ou a previsão de que da ação poderia advir o resultado criminoso, sem a intenção do agente, que, entretanto, não foi capaz de conter sua conduta, sabendo da possibilidade de causar um dano a um bem jurídico. Na negligência não havia previsão do resultado pelo sujeito<sup>773</sup> e a responsabilidade penal se justificava na involuntária<sup>774</sup> falta de providência pelo sujeito<sup>775</sup>.

A medida da pena e a efetiva responsabilização criminal por atos involuntários dependiam do grau de previsibilidade do resultado, além do nível de precaução e atenção adotados, aferidos com base na experiência comum e nas condições sociais do agente<sup>776</sup>. Diante disso, o doutrinador italiano estabeleceu quatro modalidades de delinquentes, seguindo do mais ao menos perigoso: a) aqueles que produziam o resultado por um defeito

---

<sup>766</sup> FERRI (1999:218).

<sup>767</sup> FERRI (1999:395).

<sup>768</sup> FERRI (1999:395-396).

<sup>769</sup> FERRI (1999:402).

<sup>770</sup> Para realizar essa diferenciação FERRI (1999:216) utiliza como exemplo o do sujeito que efetua um disparo contra um homem. A vontade era representada pelo ato de disparar; a intenção consistia na morte da vítima e o fim seria uma eventual vingança.

<sup>771</sup> Nesse caso, FERRI (1999:401-402) faz a ressalva que sua doutrina não é unânime, pois havia doutrinadores que não inseriam os motivos determinantes como elemento do dolo.

<sup>772</sup> FERRI (1999:217-218).

<sup>773</sup> FERRI (1999:408 e ss.).

<sup>774</sup> Em sendo voluntária, o sujeito responderia a título de dolo, cf. DA MATA (1911:310, volume II).

<sup>775</sup> DA MATA (1911:310, volume II).

<sup>776</sup> FERRI (1999:414).

de sensibilidade moral, citando, como exemplo, o do sujeito que age com dolo eventual, ou seja, que não quer o resultado, mas que o prevê como possível e age por um defeito de sensibilidade moral; b) os que agem por imperícia; c) os que, por defeito de atenção e de associação de ideias não prevêm o resultado ilícito; e d) por fim, aqueles que agem inconscientemente por razões momentâneas não imputáveis a eles<sup>777</sup>.

Da mesma forma, na tentativa, a pena podia se assemelhar à do crime consumado ou ser inferior, a depender novamente da periculosidade demonstrada<sup>778</sup>.

Os elementos subjetivos, notadamente o dolo, deveriam ser de alguma forma provados pela acusação, ainda que essa prova não fosse plena, que apenas permitisse uma conclusão óbvia de que determinada ação fora dolosa pela mera análise fática, não se admitindo presunções (*dolo in re ipsa*)<sup>779</sup>. As qualidades do agente também influenciavam na decisão judicial<sup>780</sup>.

C – Como se observa, Ferri defendia um Direito Penal focado no autor, em sua personalidade, periculosidade e readaptabilidade social, ou seja, no aspecto psicológico do crime e não exclusivamente no fato em si<sup>781</sup> (não obstante isso, o fundamento da imputabilidade penal individual consistia na efetiva prática do crime e não a periculosidade criminal do agente, que interferia apenas na pena a ser imposta).

Ferri desprezou a ideia de livre-arbítrio em prol da prática do ato ilícito como elemento essencial para a responsabilização penal. O Direito Penal não se dirigia somente àqueles que agiram de forma livre, às pessoas tidas como “normais”, mas a todos indistintamente, até porque o criminoso era um sujeito anormal, no sentido de não conseguir se adaptar às regras de convívio social. Consequentemente, o dolo, negligência, consciência ou inconsciência não interferiam na imputabilidade, mas no modo de execução da pena, adaptando-a às particularidades do sujeito que cometeu a ação criminosa<sup>782</sup>.

A bem da verdade, o dolo e a negligência eram os principais elementos do crime e sustentavam a teoria de Ferri, diferenciando-o dos doutrinadores do período clássico<sup>783</sup>.

---

<sup>777</sup> FERRI (1999:268 e ss.).

<sup>778</sup> FERRI (1999:501 e ss.).

<sup>779</sup> FERRI (1999:398-399).

<sup>780</sup> *Os precedentes pessoais do acusado, o seu gênero de vida anterior, as circunstâncias reais e pessoais do fato, o seu comportamento antes, durante e depois do fato são os critérios seguros e positivos para resolver o problema – que, nove vezes sobre dez, não é um enigma – de controlar a veracidade das declarações do acusado e de lhe precisar o estado de espírito, a vontade, a intenção, o fim.* FERRI (1999:220-221).

<sup>781</sup> Nesse sentido, FERRI (1999:307) aduz ser um princípio da Escola Positiva: *adaptar a sanção para o crime à periculosidade do criminoso.*

<sup>782</sup> FERRI (1999:389).

<sup>783</sup> Sobre isso, vale a pena citar as lições de FERRI (1999:397): *É justamente pela pouca importância dada aos elementos do dolo, e sobretudo aos motivos determinantes, que a escola clássica e as legislações por ela inspiradas “materializaram” a justiça penal, levando-a a ter em vista a objetividade do crime e dos resultados materiais (como na tentativa) sem as focar na sua verdadeira luz com a subjetividade do criminoso.*

Tanto na ação dolosa quanto na culposa havia uma transgressão à convivência social. Contudo, as intenções e motivações do autor de um crime, seu grau de previdência e atenção demonstravam sua própria personalidade, uma antissocialidade mais ou menos perigosa. E a pena era uma forma de defesa, não proporcional à ação, mas aos seus próprios fins de reeducação. Enquanto isso, os clássicos e neoclássicos defendiam a punição mais severa dos crimes dolosos como maneira de castigar moralmente o agente pela sua conduta<sup>784</sup>.

Como consequência, o italiano utilizava os conceitos de *dolus bonus* e *dolus malus*, tendo em mente que o agente que não tinha conhecimento que sua conduta era ilícita não representava periculosidade social. Também, pelas mesmas razões, aproveitava-se dos ensinamentos do Direito Romano para estabelecer diversas espécies de dolo, a exemplo do dolo premeditado, dolo de improviso etc<sup>785</sup>.

Ferri propunha uma nova metodologia de análise do crime sem abandonar o sistema de garantias estabelecido pela doutrina clássica. Por isso, exigia a efetiva prova dos elementos subjetivos em detrimento das presunções.

#### 4.2.2 Raffaele Garofalo (1851-1934) e a anomalia moral do delinquente

A – O também italiano Garofalo entendia que um criminoso não podia ser analisado simplesmente pelo ato que praticou; deveriam ser considerados diversos outros fatores, biológicos e culturais, os quais comprovariam que aquela conduta não foi isolada, mas consequência de uma anomalia moral<sup>786</sup>, determinista. Assim, além de aspectos biológicos, sobre os quais ele seguia a teoria lombrosiana<sup>787</sup> –, muito embora admitisse que não sabia explicar a relação lógica entre o formato do crânio e a organização psíquica anormal, apegando-se somente à realidade fática<sup>788</sup> –, Garofalo reconhecia que outros elementos externos também influenciam na personalidade do criminoso, a exemplo do *medio ambiente, físico y moral, las tradiciones, los ejemplos, el clima, las bebidas, etc*<sup>789</sup>.

A vontade não decorria exclusivamente de um movimento psíquico; estava sujeita a influências dessas forças externas ora retratadas. Por essa razão, ainda que o indivíduo tivesse uma tendência criminal, isso não significava necessariamente que praticaria um

---

<sup>784</sup> FERRI (1999:410 e ss.).

<sup>785</sup> FERRI (1999:399 e ss.).

<sup>786</sup> GAROFALO (1890?:102).

<sup>787</sup> GAROFALO (1890?:103 e ss.).

<sup>788</sup> GAROFALO (1890?:109).

<sup>789</sup> GAROFALO (1890?:126). Ainda, explica o jurista (1890?:199) que: *...si la "imperfección moral" del delincuente es siempre la "condición necesaria" del delito, las "circunstancias exteriores" son con mucha frecuencia "las causas que determinan su manifestación"*.

crime; ele poderia passar a vida toda de forma honrada, sem prejudicar o próximo<sup>790</sup>. Por outro lado, o sujeito que ostentava temperamento tranquilo e instintos de piedade não se deixaria levar por um violento acesso de cólera, salvo nos casos de grave enfermidade patológica<sup>791</sup>. Portanto, os crimes mais graves – delitos naturais – derivavam necessariamente dessa soma de fatores internos e externos. Naquelas ofensas menos graves aos sentimentos de piedade, a exemplo da morte causada por imprudência, admitia a possibilidade de o indivíduo não sofrer de uma anomalia e que sua conduta resultou exclusivamente de fatores externos, como a má educação<sup>792</sup>.

Os criminosos eram vaidosos, indiferentes, impassíveis de remorso ou arrependimento e não conseguiam reprimir seus desejos<sup>793</sup>. Garofalo os distinguia em delinquentes instintivos e delinquentes fortuitos; enquanto naqueles havia forte presença de instintos egoísticos, estes eram apenas incapazes de controlar os impulsos provocados pelo mundo exterior<sup>794</sup>. Ainda assim, não os considerava por si só enfermos<sup>795</sup>, mas detentores de uma anomalia não patológica, consistente na carência de sentido moral<sup>796</sup>. Essa questão não é meramente terminológica, mas necessária à ciência penal, inclusive para justificar a pena de morte, pois seria extremamente cruel impor tal sanção aos alienados<sup>797</sup> ou àqueles que, por acidente, sofrem de uma enfermidade e merecem um tratamento; diferentemente daqueles que possuem um defeito de temperamento, de caráter<sup>798</sup>.

A anomalia moral podia ser modulada – no sentido de diminuir o caráter perverso do sujeito, mas nunca o extirpar – por meio da educação ou de outros fatores externos, o que Garofalo denomina *produção artificial do sentido moral*. Por outro lado, a má educação era capaz de fazer renascer instintos primitivos e selvagens em pessoas de boa compreensão moral, cujos efeitos, nesse caso, eram irreversíveis. A educação aqui é entendida de forma ampla, compreendendo os exemplos e hábitos com os quais o sujeito teve contato na in-

---

<sup>790</sup> GAROFALO (1890?:127).

<sup>791</sup> GAROFALO (1890?:143).

<sup>792</sup> GAROFALO (1890?:146-147).

<sup>793</sup> GAROFALO (1890?:118).

<sup>794</sup> GAROFALO (1890?:127).

<sup>795</sup> GAROFALO (1890?:128).

<sup>796</sup> Nesse sentido, GAROFALO (1890?:131) explica que: *Considerando la ausencia de sentido moral como una enfermedad, habría que venir á esta consecuencia estrictamente lógica: que una misma enfermedad podría ser mas o menos grave, o que desaparecería completamente, según el grado de perfeccionamiento de los estados sociales; de suerte que un mismo individuo debería ser considerado como gravemente enfermo en los países civilizados, con una salud poco quebrantada en los pueblos semibárbaros y perfectamente sano en las islas de Fidji, en la Nueva Zelandia o en el Dahomey.*

<sup>797</sup> GAROFALO (1890:270 e ss.) defendia que a sociedade deveria ser piedosa com os alienados. Por isso, a eles caberia a pena de reclusão por prazo indefinido, até o desaparecimento de todo o perigo, em um asilo, como forma de socorrê-los da enfermidade passageira e modificável que lhes acometeu. Essa pena também teria a função preventiva, sob o argumento de que os loucos consideram uma tortura a perda de sua liberdade.

<sup>798</sup> GAROFALO (1890?:133 e 269).

fância. Ela não seria capaz de modificar o caráter dos adultos, de inculcar-lhes bons sentimentos, seria uma utopia, já que o homem não é bom por reflexão, mas sim por instintos. Por isso, criticava a visão da escola correccionalista de que a sanção deveria assumir um caráter corretivo, proporcional ao delito, com prazo determinado. Defendia, em sentido contrário, a imposição de pena capital, prisão, deportação e desterro de caráter perpétuos<sup>799</sup> ou reparação dos danos, a depender da personalidade do agente.

B – Garofalo também reconhece no Direito um fator externo de influência na criminalidade<sup>800</sup> de duas formas. A primeira seria na criação de leis que visam ao aprimoramento do meio social, de modo a prevenir indiretamente a atividade criminosa<sup>801</sup>. Nesse aspecto, a atividade Estatal não poderia ser muito grande, a fim de evitar a excessiva restrição de liberdades individuais, causando novas rebeldias<sup>802</sup>. A segunda consiste na prevenção delitiva por meio da imposição de pena e esse é um ponto que muito importa aos objetivos deste trabalho, merecendo grande atenção.

Pois bem, a prevenção delitiva que Garofalo entende ser imprescindível é aquela que inibe o indivíduo de delinquir, ou seja, a prevenção direta e especial, adequada às individualidades do culpável<sup>803</sup>, como forma de defesa social. A pena, assim, deveria ser destinada àqueles que cometeram o ato ilícito, pelo perigo que representavam à sociedade, com o objetivo de eliminar absoluta ou relativamente os que não estão adaptados ao meio social, para evitar a reincidência<sup>804</sup>. A prevenção geral também importava, mas de maneira reflexa, ocasional, de modo que a pena não assumisse um caráter intimidatório, atemorizador, de instrumentalização do ser humano<sup>805</sup>.

Como forma de justificar essa eliminação, o jurista italiano apoiava-se na teoria da seleção natural de Charles Darwin. Em sua lógica, os indivíduos compõem organizações sociais, dotadas de regras imprescindíveis para sua existência. Aquele que descumprisse essas regras, que não se adaptasse às condições do meio ambiente em que vivia, deveria ser excluído, eliminado dessa agremiação, como uma forma artificial de seleção natural<sup>806</sup>,

---

<sup>799</sup> GAROFALO (1890?:153 e ss.).

<sup>800</sup> GAROFALO (1890?:200 e ss.).

<sup>801</sup> GAROFALO (1890?:203) cita como exemplos: *escuelas dirigidas por maestros inteligentes y morales, la institución de asilos de educación y de establecimientos agrícolas para los niños pobres y abandonados, la prohibición de publicaciones y espectáculos obscenos, la prohibición impuesta á la gente joven para asistir á las audiencias de lo criminal y á sus debates, la restricción de la libertad de los establecimientos de bebidas y otros análogos, la prohibición de la ociosidad, la vigilancia sobre las personas sospechosas, las buenas leyes civiles y un procedimiento expedito y poco costoso.*

<sup>802</sup> GAROFALO (1890?:203).

<sup>803</sup> GAROFALO (1890?:290).

<sup>804</sup> GAROFALO (1890?:220).

<sup>805</sup> GAROFALO (1890?:282).

<sup>806</sup> *Es un principio de biología que el individuo desaparece tan luego como sus imperfecciones le impiden soportar la acción del medio ambiente. La diferencia entre el orden biológico y el orden moral está en que, en el primero, la selección tiene lugar espontáneamente, por la muerte de los individuos que carecen de aptitud,*

garantindo a existência saudável da convivência coletiva e o aprimoramento da raça humana<sup>807</sup>. Essa pena consistia na privação do indivíduo em ter uma vida social, o que muitas vezes significava o desterro, deportação, prisão perpétua, ou, mais do que isso, a pena capital, a depender da qualidade do criminoso e do ato por ele praticado<sup>808</sup>. Podia ser imposta ainda que com uma única violação, pois o sujeito demonstrou ser portador de uma anomalia.

Àqueles que cometiam atos menos graves, que não demonstravam total ausência de sentimento de piedade e nem serem portadores de crueldade, a obrigação de reparar o dano ao Estado e à vítima era suficiente, impondo-se a prisão somente como maneira de compeli-lo ao pagamento da dívida<sup>809</sup>.

A prevenção geral, por sua vez, como salientado, era um efeito indireto e aceitável da pena. Nesse viés, para as pessoas honradas, a sanção caracterizava-se como um reforço moral de controle dos maus instintos<sup>810</sup>. Naqueles criminosos natos e habituais que incorrem em crimes graves, a prisão, até mesmo a de caráter perpétuo, não era suficiente para gerar um temor. Por isso, mais uma vez Garofalo sustenta a imprescindibilidade da pena de morte, desde que imposta com frequência<sup>811</sup>.

Aos criminosos profissionais bastaria a prisão perpétua, desterro ou deportação, enquanto aos que se envolviam naquilo que o doutrinador denominava criminalidade endêmica, sem habitualidade, a prisão sem período definido, também severa, conseguia assumir o almejado aspecto preventivo<sup>812</sup>. Garofalo utiliza inclusive estatísticas criminais para provar sua tese de que a tendência daquele momento histórico de abrandamento das penas produziu um aumento da criminalidade e da reincidência<sup>813</sup>.

C – A responsabilização penal, segundo Garofalo, não podia ter como finalidade a responsabilidade moral do indivíduo que praticou o ato, fundada em seu livre-arbítrio<sup>814</sup>. Como enunciado, Garofalo era um determinista e rechaçava a ideia de que o delinquente agia sob um impulso momentâneo: estava sujeito a fatores internos e externos que determinavam seu caráter criminoso<sup>815</sup>.

---

*mientras que, en el segundo, como el individuo es físicamente apto para la vida y no puede vivir fuera del medio social, al cual, sin embargo, no puede adaptarse, la selección debe tener lugar “artificialmente”, es decir mediante el poder social, que debe obrar del mismo modo que la naturaleza obra en el orden biológico.* GAROFALO (1890?:246).

<sup>807</sup> GAROFALO (1890?:257).

<sup>808</sup> GAROFALO (1890?:230 e ss.).

<sup>809</sup> GAROFALO (1890?:351 e ss.).

<sup>810</sup> GAROFALO (1890?:250).

<sup>811</sup> GAROFALO (1890?:211).

<sup>812</sup> GAROFALO (1890?:212 e ss.).

<sup>813</sup> GAROFALO (1890?:215 e ss.).

<sup>814</sup> GAROFALO (1890?:262 e ss.).

<sup>815</sup> ...para nosotros no existe el delito sino como la revelación de un carácter, como el efecto de una improbidad

Por essa razão, a pena a ser imposta não dependia do grau de voluntariedade da ação, que era imensurável<sup>816</sup>, mas especialmente do nível de periculosidade do agente, suas características subjetivas, com o fito de torná-la mais eficaz na proteção do meio social<sup>817</sup>. Inclusive, quando se posiciona a favor da punição da tentativa inidônea em determinadas hipóteses, não é com base simplesmente na intenção do agente, mas no que ela representa, a anomalia moral do agente<sup>818</sup>. Do mesmo modo, ao defender que a pena da tentativa pode ser a mesma do crime consumado e que os atos preparatórios podem ser punidos de forma semelhante<sup>819</sup>.

D – Em suma, Garofalo adota uma política criminal de categorização de delinquentes e eliminação daqueles que entende serem incorrigíveis em prol da defesa social. Nesse aspecto, a subjetividade pouco importa, pois adotando a corrente determinista, o criminoso possui uma anomalia moral, fruto de elementos biológicos e culturais; ele despreza o livre-arbítrio. Mas a intencionalidade, assim como a conduta praticada ou intentada, não deixa de ter seu papel, auxiliar o julgador na análise da perversidade do sujeito de modo a catalogá-lo como criminoso nato, criminoso profissional, ocasional ou louco, permitindo a imposição da modalidade de pena mais adequada a cada caso. Tratava-se, portanto, de um direito penal mais centralizado no autor, em suas características e suas más intenções do que no ato em si<sup>820</sup>.

Garofalo não trata com profundidade da conceituação de dolo e negligência, ou a forma de sua imputação, até porque isso tem pouco relevo para o doutrinador, uma vez que o mais importante é justamente a personalidade daquele que praticou a conduta criminosa, a qual é refletida em sua própria ação.

#### 4.2.3 Franz von Liszt (1851-1919): a teoria da representação e a prevenção mediante retribuição

---

*o de una crueldad, congénitas o adquiridas, pero siempre convertidas en "instintivas"; de manera que es siempre de esperar que los mismos individuos ejecuten actos del mismo género.* GAROFALO (1890?:268).

<sup>816</sup> GAROFALO (1890?:289). A título de exemplo, GAROFALO (1890?:276) defendia a punição daqueles que cometiam o crime sob hipnose, pois os sujeitos não detentores de uma anomalia moral conseguiriam se rebelar a ponto de não seguir a ordem daquele que os hipnotizava.

<sup>817</sup> *Así que, según los caracteres subjetivos, veremos, ante todo, si debe aplicarse al autor de un robo un medio de eliminación, o si puede ser suficiente con la simple reparación, y si, en el primer caso, esta eliminación debe ser perpetua o indefinida, si debe consistir en la relegación o en la adscripción a una colonia agrícola, o á un establecimiento industrial cuando se trate de jóvenes cuya reforma moral puede esperarse.* GAROFALO (1890?:284 e ss.). Sobre isso, ver, ainda, IGNÁCIO ANITUA (2007:314).

<sup>818</sup> Isso fica claro nos exemplos utilizados por GAROFALO (1890?:294). O primeiro é o do agente que quer matar seu desafeto e utiliza açúcar acreditando ser capaz de envenená-lo. Nesse caso, não é possível puni-lo, pois ele é incapaz de cometer um crime, é inofensivo, e, conseqüentemente, não representa um risco social. Diferentemente do segundo exemplo, em que o agente utiliza açúcar acreditando ser arsênico, demonstrando ser capaz de cometer um crime e que a sua punição é efetivamente necessária.

<sup>819</sup> GAROFALO (1890?:298). Ver, também, DA MATA (1911:234, volume II).

<sup>820</sup> GAROFALO (1890?:302).

A – Conforme delineado no segundo capítulo, Liszt não se enquadra propriamente como um doutrinador positivista, porque adotava uma corrente eclética, mesclando os postulados da corrente clássica e positivista. Mas foi inserido neste capítulo por questões metodológicas, levando-se em consideração que utiliza como princípio vetor de sua teoria o causalismo-científico, o combate do delito mediante a compreensão de suas causas, também adotado pelos positivistas<sup>821</sup>. Esse estudo se dava por meio das ciências auxiliares à dogmática penal, com o emprego do método experimental<sup>822</sup>.

Franz von Liszt é considerado um expoente na evolução da política criminal como ciência. Tentou conferir uma nova sistematização às ciências penais, separando e delimitando os seus diversos ramos, segundo seus objetivos e a metodologia empregada, classificando-as em ciência do Direito Penal em sentido estrito, criminalística, criminologia, penalologia e política criminal<sup>823</sup>.

B – Assim, especificamente no que concerne à política criminal, Liszt defendia ser ela um ramo científico independente e, ao mesmo tempo, limitado pelo Direito Penal<sup>824</sup>. Tratava-se de um guia ao legislador sobre a melhor forma de combater a criminalidade, auxiliado pelo estudo antropológico, mas, particularmente, social de suas causas<sup>825</sup> e com a consequente imposição de penas e medidas de segurança<sup>826</sup>, levando em conta a própria missão do Direito Penal<sup>827</sup>.

A pena era uma *consequência necessária do delito*<sup>828</sup>, um mal imprescindível ao enérgico combate à criminalidade<sup>829</sup>, à garantia dos interesses sociais<sup>830</sup>, à manutenção da ordem jurídica<sup>831</sup> e à proteção de bens jurídicos<sup>832</sup>. Era uma ofensa a um bem jurídico pertencente ao delinquente<sup>833</sup>. Em virtude de um contrato realizado entre as pessoas e o Estado (*contrato de penitência*), o delinquente evitava a sua exclusão da comunidade jurídica,

---

<sup>821</sup> MEZGER (1957:61).

<sup>822</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:171).

<sup>823</sup> Díez Ripollés (2018:02) e BLANCO LOZANO (2007, tomo I:171).

<sup>824</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:40) e IGNACIO ANITUA (2007:367-368).

<sup>825</sup> MIR PUIG (2003:203). Esse estudo se dava por meio da criminologia, subdividida por LISZT (2006:105 e ss.) em biologia criminal e sociologia criminal. A primeira tinha por objeto o indivíduo criminoso, sua anatomia, fisiologia e psicologia. Já a sociologia criminal buscava analisar as causas sociais do crime.

<sup>826</sup> Díez Ripollés (2018:02), ZAFFARONI, PIERANGELI (2004:290) e BLANCO LOZANO (2007, tomo II:43).

<sup>827</sup> A missão do Direito Penal, segundo LISZT (2006:98), seria a tutela reforçada de interesses mediante a cominação de pena e sua efetivação.

<sup>828</sup> LISZT (1994:66 – tradução livre).

<sup>829</sup> Nas próprias palavras de LISZT (2006:400), pena: *...é o mal, que, por intermedio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delicto.*

<sup>830</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:172) e MEZGER (1957:60).

<sup>831</sup> LISZT (2006:120-121 e 1994:88).

<sup>832</sup> LISZT (1994:89 e 107 e ss.). Ver, ainda, DEL ROSAL (1948:76) e MIR PUIG (2003:57).

<sup>833</sup> LISZT (2006:401 e 1994:77).

pagando um preço, pela sua permanência, que seria a pena<sup>834</sup>. Logo, ela tinha por fins a prevenção geral e, principalmente, especial<sup>835</sup>, de modo a intimidar, eliminar ou ressocializar o delinquente<sup>836</sup>, evitar sua reincidência<sup>837</sup>, sem desconsiderar os efeitos sobre as vítimas, o bem jurídico lesado, a gravidade do ataque e os interesses sociais atingidos<sup>838</sup>. O caráter retributivo não prevalecia em sua teoria<sup>839</sup>, como consequência de seu desprezo ao livre-arbítrio<sup>840</sup>.

Em consonância com Liszt, caberia ao legislador possibilitar que a execução da pena, sua natureza e extensão, variassem a depender dos fins que se pretendia atingir em cada caso concreto<sup>841</sup>. Como norte, diferenciava os delinquentes não habituais/ocasionais dos habituais – com a ressalva que a habitualidade não dependia da efetiva reincidência, muitas vezes bastava um fato para demonstrar que se tratava de um sujeito com tendência criminosa<sup>842</sup>. Para os primeiros, era suficiente a imposição de medidas ressocializadoras, ou intimidatórias<sup>843</sup>. Os criminosos habituais, por sua vez, eram tidos como recuperáveis ou irrecuperáveis. Aos recuperáveis, impunham-se medidas de correção enérgicas de caráter duradouro<sup>844</sup>. Já aos irrecuperáveis as medidas ressocializadoras não eram suficientes, por isso havia a necessidade de neutralizá-los, impondo-lhes penas sem prazo determinado<sup>845</sup> diante da então impossibilidade de aplicar as penas de morte ou desterro<sup>846</sup>.

---

<sup>834</sup> LISZT (1994:96).

<sup>835</sup> *Spetterà invece a von Liszt offrire la compiuta teorizzazione dello svolgimento della funzione preventiva in direzione della prevenzione speciale*. DEMURO (2007:176). Sobre isso, ver, também, MEZGER (1957:62).

<sup>836</sup> LISZT (2006:99-100 e 1994:112). Ver, também, IGNACIO ANITUA (2007:368-369), ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:290), MIR PUIG (2003:55), MARTELETO FILHO (2018:338) e PALMA (2017a:56).

<sup>837</sup> VORMBAUM (2014:118).

<sup>838</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo II:38).

<sup>839</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:290) e MIR PUIG (2003:206).

<sup>840</sup> Para LISZT (2006:123): *O direito penal, como qualquer ciencia, só se occupa com o homem empírico, e este absolutamente não é livre, determina-se por idéas e representações (motivos), e consequentemente está sujeito á lei da causalidade*. E conclui: *Emquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possui o homem normal não puder ser contestada, a possibilidade de derminar o delinqüente por meio da pena ficará subtrahida ao conflicto das opiniões, a responsabilidade pelo resultado, a culpa, terá uma base firme inatacável e o direito penal desenvencilhar-se-ha da idéa da retribuição, que, sem a hypothese do livre arbitrio, não pôde mais subsistir, pois cáe com õ «deves, logo podes»*. LISZT (2006:123-125). Na verdade, na obra *La idea de fin en el Derecho Penal*, LISZT (1994:127 e ss.) tenta esclarecer melhor sua teoria, no sentido de não desprezar o caráter retributivo da pena, mas mudar o foco dela de modo a complementar o caráter preventivo. Para tanto, a retribuição não poderia visar ao crime abstratamente considerado, mas ao fato em si e ao seu causador. Assim ele expõe que (1994:129): *No es el concepto el que es castigado, sino el autor; por ello la medida de la pena retributiva no debe regirse por el concepto, sino que por el hecho del hechor*.

<sup>841</sup> LISZT (2006:100 e 1994:114 e ss.).

<sup>842</sup> LISZT (2006:116).

<sup>843</sup> Ver, por exemplo, LISZT (2006:115 e 1994:224 e ss.).

<sup>844</sup> LISZT (2006:117 e 1994:122-124).

<sup>845</sup> MUÑOZ CONDE (2003:41-42), MIR PUIG (2003:56-57), VORMBAUM (2014:119) e ZAFFARONI (2007:95 e ss.). O doutrinador argentino explica que essa pena indeterminada é o princípio para o que hoje se denomina medida de segurança. Ainda, ZAFFARONI (2019:106) aponta que a teoria de Liszt foi fonte de inspiração para a pena por prazo indeterminado, introduzida pelos nazistas no ano de 1933. Por fim, para LISZT (2006:118), a indeterminação da pena fixada na sentença deveria ser superada em momento posterior, na execução da pena, oportunidade em que seria analisado o caráter do delinquente.

<sup>846</sup> LISZT (1994:120).

C – O crime consistia em um ente jurídico e um fenômeno empírico<sup>847</sup> e social<sup>848</sup>, que resulta da natureza individual do delinquente e das condições exteriores, socioeconômicas a que está submetido<sup>849</sup>; um injusto culpável. O injusto era composto de elementos objetivos, externos, quais sejam, a efetiva ação humana<sup>850</sup> e a ilegalidade (tipicidade e antijuridicidade)<sup>851</sup>. A ação humana deveria ser voluntária – o que não significava ser dotada de livre-arbítrio, mas que não fora condicionada por uma coação física ou psíquica – e ter por consequência (nexo causal) uma alteração no mundo exterior, um resultado<sup>852</sup>. A ilegalidade consistia na violação de uma norma imperativa ou proibitiva emanada pelo Estado, com a colocação de perigo ou efetiva lesão a bens jurídicos<sup>853</sup> e que, como consequência, causava um dano social<sup>854</sup>.

O dolo e a negligência estavam inseridos na parte subjetiva, que Liszt denominava culpa<sup>855</sup>. Tratava-se de uma relação psicológica entre o fato e o resultado<sup>856</sup>. Como pontuado, Liszt era contrário à ideia de livre-arbítrio<sup>857</sup>. Para a imputabilidade penal, bastava que o sujeito fosse *mentalmente desenvolvido e mentalmente são*<sup>858</sup>, que compreendesse o caráter criminoso de sua ação. Assim, defendia um determinismo, não puramente biológico, como Lombroso, mas também social, físico e econômico, já que o sujeito poderia cometer crimes influenciado pela realidade que lhe circundava<sup>859</sup>. Por isso, o resultado delitivo importava menos do que a análise sobre o próprio agente<sup>860</sup>. As motivações, as intenções e o passado do sujeito que praticou um fato concreto tinham relevância na fixação da pena<sup>861</sup> de forma a demonstrar a sua culpabilidade e, especialmente, a sua periculosidade<sup>862</sup>.

Liszt foi o precursor da teoria da representação, segundo a qual bastava o elemento intelectual para a configuração do dolo, ou seja, o sujeito deveria representar como provável

---

<sup>847</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:172).

<sup>848</sup> LISZT (1994:108).

<sup>849</sup> LISZT (2006:99-107).

<sup>850</sup> LISZT (2006:193 e ss.).

<sup>851</sup> Segundo LISZT (2006:119), a intervenção do Estado na liberdade individual somente poderia ocorrer quando: *o agente tem manifestado a sua intenção hostil por meio de um facto determinado e precisamente qualificado pela lei.*

<sup>852</sup> LISZT (2006:193 e ss.).

<sup>853</sup> LISZT (2006:220 e ss.).

<sup>854</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:310).

<sup>855</sup> *Culpa é a “responsabilidade pelo resultado produzido”.* LISZT (2006:249).

<sup>856</sup> Cf. CABRAL (2016:30) e JESCHECK (2003:03).

<sup>857</sup> MIR PUIG (2003:206) e VORMBAUM (2014:118).

<sup>858</sup> LISZT (2006:257).

<sup>859</sup> BLANCO LOZANO (2007, tomo I:172) e CAVALCANTI (2005:82).

<sup>860</sup> LISZT (2006:127).

<sup>861</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:290-291).

<sup>862</sup> LISZT (2006:125 e ss.). Ver, também, BLANCO LOZANO (2007, tomo I:172) e LAURENZO COPELLO (1999:49). Sobre os papéis da culpabilidade e da periculosidade na fixação da pena, VORMBAUM (2014:119) explica que: *Followed through to its conclusion, Liszt’s idea of punishment as protection ultimately dispenses utterly with the concept of blameworthiness, for the culprit’s attitude, the decisive issue, is less an expression of his blameworthiness than of his dangerousness.*

o resultado de sua conduta, como efeito do ato voluntário (previsão do resultado e representação do nexo causal), independente da motivação, ou intenção<sup>863</sup>. O pensamento de Liszt evolui até que ele insere o elemento “aprovação”<sup>864</sup>. Portanto, além da probabilidade do resultado, o agente deveria anuir a ele, ou seja, a certeza de sua realização não o impediria de realizar o ato<sup>865</sup>. Como consequência, Liszt era contrário à doutrina do dolo indireto, que permitia a responsabilização do indivíduo pelas outras consequências de sua ação delitiva (hipóteses que hoje poderiam configurar o dolo direto de 2º grau ou o preterdolo) não efetivamente representadas, mas que derivaram do seu curso causal, mesmo nos casos de *versari in re illicita*<sup>866</sup>.

O dolo de Liszt era um *dolus bonus*, não se exigia a consciência de que a ação era ilícita, que inviabilizaria o sistema pela dificuldade probatória<sup>867</sup>. Por essa razão, o erro de direito não interferia na imputação subjetiva, pouco importava a boa ou a má-fé do agente<sup>868</sup>.

A tentativa caracterizava-se como uma ação voluntária dirigida a um resultado representado, mas não produzido. Por exigir a representação do resultado, o doutrinador não admite a tentativa de crimes culposos<sup>869</sup>. A necessidade da punição não decorre da violação do bem jurídico, mas da periculosidade do ato, cujo resultado possível fora representado pelo agente<sup>870</sup>. Por isso, admite, excepcionalmente, a responsabilização em caso de tentativa impossível, quando o ato é passível de causar perigo ao bem jurídico<sup>871</sup>.

Em relação à culpa, o doutrinador a conceitua como: *...a causação ou o não impedimento, por acto voluntario, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sel-o (sic)*<sup>872</sup>. Em outras palavras, a punição da conduta culposa ocorre quando o agente quebra um dever de cuidado que a ordem jurídica impõe objetivamente a todos, causando um resultado previsível, porém não previsto. Em sendo prevista, a responsabilização culposa dependia do fato de haver ou não a esperança de que o resultado não ocorreria<sup>873</sup>. A despeito dessa definição, Liszt não diferenciava a culpa consciente da inconsciente, prevendo as mesmas consequências jurídicas para ambas<sup>874</sup>.

---

<sup>863</sup> LISZT (2006:270 e ss.). A esse respeito, ver também COSTA (2015:88).

<sup>864</sup> COSTA (2015:89).

<sup>865</sup> LISZT (2006:274).

<sup>866</sup> LISZT (2006:276).

<sup>867</sup> LISZT (2006:278 e 285).

<sup>868</sup> LISZT (2006:288 e ss.).

<sup>869</sup> LISZT (2006:328).

<sup>870</sup> LISZT (2006:322 e 331).

<sup>871</sup> Para maior aprofundamento a respeito da tentativa impossível, ver LISZT (2006:335 e ss.).

<sup>872</sup> LISZT (2006:290-291).

<sup>873</sup> LISZT (2006:290 e ss.). Ver, também, LAURENZO COPELLO (1999:51-52).

<sup>874</sup> LISZT (2006:293-294).

D – Assim, concluindo acerca da teoria de Liszt, observa-se que ele tentou estabelecer limites e ao mesmo tempo racionalização à atuação estatal, buscando conferir efetividade ao combate à criminalidade sem esquecer das liberdades e garantias individuais. Nesse aspecto, a prevenção delitiva era mais importante do que a repressão, tendo em mente que o crime tinha questões socioeconômicas como causa, ou seja, havia uma certa culpa coletiva na criminalidade<sup>875</sup>.

Liszt era um determinista. Como tal, rechaçava a ideia de culpa moral pelo ato. A pena, portanto, não podia ser essencialmente retributiva, mas principalmente preventiva, ou melhor, uma *prevenção mediante retribuição*<sup>876</sup>. E a prevenção somente seria eficaz se fossem conhecidas as condições antropológicas e sociais do criminoso. Assim como para os positivistas, o aspecto subjetivo do crime e do criminoso era um instrumento para se alcançar esse fim, pois permitia analisar o grau de culpabilidade e periculosidade do agente e inseri-lo em uma das três categorias descritas, objetivando a melhor medida para aquele caso concreto.

Dessa forma, para a configuração do dolo pouco importava a intencionalidade do agente, mas que o resultado fosse efetivamente previsto como consequência da conduta<sup>877</sup>, uma previsibilidade subjetiva e não meramente objetiva. Em um segundo momento, Liszt passa a defender a necessidade de anuência do delinquente a esse resultado, o que demonstraria um maior desprezo pelo bem jurídico. Nessa linha, era contrário à teoria do dolo indireto, pois não era capaz de justificar uma maior culpabilidade ou periculosidade do agente. Do mesmo modo, não diferenciava a culpa consciente da culpa inconsciente.

Também por razões político-criminais, opunha-se àqueles que inseriam a consciência da ilicitude como elemento do dolo (*dolus malus*) diante da dificuldade probatória de mais esse elemento psicológico.

#### 4.2.4 José Caeiro da Mata (1877-1963) e a patologia criminal

A – Importante representante português da escola positivista<sup>878</sup>, Caeiro da Mata foi o titular da cadeira de Direito Penal da Universidade de Coimbra nos anos de 1907 a 1910<sup>879</sup>.

Em sua concepção, o crime tinha um aspecto jurídico e outro social. No aspecto social (o aspecto jurídico é tratado mais adiante), o equiparava a uma patologia individual

---

<sup>875</sup> LISZT (2006:120).

<sup>876</sup> LISZT (1994:130 – tradução livre).

<sup>877</sup> Também nesse sentido, LAURENZO COPELLO (1999:46).

<sup>878</sup> Segundo PALMA (1999:380), Caeiro da Mata era um positivista radical de base fundamentalmente antropológica.

<sup>879</sup> HESPANHA (2006:25).

e social; não se tratava, portanto, de fenômeno decorrente da má vontade e do livre-arbítrio individual<sup>880</sup>. A pena era um remédio, ou melhor, uma reação desse organismo coletivo atingido<sup>881</sup>. O agente não poderia ser moralmente responsável por seus atos. Essa responsabilidade era social, ou seja, tinha por fundamento a vivência humana em sociedade<sup>882</sup>.

B – Sua doutrina baseava-se em um total desprezo ao livre-arbítrio<sup>883</sup>. O sujeito era criminoso por uma anomalia orgânica, psíquica ou social, hereditária e adquirida<sup>884</sup>, uma *anormalidade*<sup>885</sup>. Isto é, considerava os fatores antropológicos (constituição orgânica, constituição física e condições biológico-sociais), físicos e sociais como determinantes à atividade criminosa, a exemplo da raça, hereditariedade, idade, sexo, estado civil, profissão, domicílio, classe social, educação, clima etc.<sup>886</sup>.

Ainda assim, a conduta criminosa deveria ser voluntária, no sentido de que o agente conhece a ilicitude e tem o poder de dirigi-la, mesmo que sua vontade seja submetida às leis naturais, ao *ambiente físico e social*<sup>887</sup>. O dolo e a negligência decorrem dessa ação voluntária. No primeiro caso, depende de o agente querer o resultado ilícito, ou ao menos prevê-lo. Por outro lado, incorria em culpa aquele que não quis e não previu subjetivamente o resultado previsível objetivamente, mas que o deveria ter impedido, exigindo previsão legal específica para a punição dessa espécie delitiva<sup>888</sup>. Nesse caso, defende a ideia de uma responsabilidade penal baseada na temibilidade do autor, em seu grau de nocividade, e não no resultado material de sua conduta<sup>889</sup>.

Nessa perspectiva, Caeiro da Mata distinguia dolo determinado, dolo indeterminado e dolo eventual. O primeiro consistia na intenção direta de violar determinado bem jurídico. No dolo indeterminado o sujeito pratica uma ação capaz de causar resultados ilícitos distintos, previsíveis. Por fim, no dolo eventual, o sujeito produz um resultado mais grave do que previu ou pôde prever, cabendo, no máximo, a responsabilização por culpa<sup>890</sup>.

---

<sup>880</sup> DA MATA (1911:219, volume I).

<sup>881</sup> DA MATA (1911:08-11, volume I).

<sup>882</sup> HESPANHA (2006:26).

<sup>883</sup> *O livre arbítrio do homem, como factor principal d'aquelles, é uma utopia, uma concepção metaphysica sem valor. A noção de liberdade moral desapareceu perante a concepção do determinismo, segundo a qual o homem obedece a leis geraes, sujeito ás condições do meio em que vive.* DA MATA (1911:10, volume I). A esse respeito, ver, também, PALMA (1999:380-381).

<sup>884</sup> DA MATA (1911:12 e 58, volume I).

<sup>885</sup> DA MATA (1911:57, volume I).

<sup>886</sup> DA MATA (1911:67 e ss., volume I).

<sup>887</sup> DA MATA (1911:286 e 292, volume II).

<sup>888</sup> DA MATA (1911:156 e ss. e 308, volume II).

<sup>889</sup> DA MATA (1911:311 e ss., volume II).

<sup>890</sup> DA MATA (1911:305-308, volume II).

No que concerne à culpa, Caeiro da Mata a classificava como grave, leve ou levíssima, a depender do grau de previsibilidade do resultado, com o fim de conferir uma resposta penal adequada, isentando de responsabilidade no caso em que ela dependesse de uma atenção extraordinária e excepcional do agente<sup>891</sup>.

Caeiro da Mata também defendia a necessidade de um ato material, a *manifestação externa do delito*, não admitindo a punição do mau pensamento<sup>892</sup>, sob o fundamento de que essa materialização da conduta demonstra o caráter criminoso do agente, até então em estado latente. E ainda conforme o doutrinador português, essa é a razão pela qual a lei penal punia alguns atos preparatórios e a tentativa<sup>893</sup>.

A propósito, a punição da tentativa se justificava não pela revelação da má intenção do agente, e sim pela violação da lei penal, com a consequente exposição do bem jurídico a uma situação de perigo, sem que se atingisse a desejada lesão por circunstâncias alheias à vontade do agente<sup>894</sup>. A pena deveria ser mais branda à do crime consumado, pois a tentativa representava uma menor audácia, perseverança e/ou aptidão do criminoso<sup>895</sup>. O doutrinador, no entanto, conferia solução diferente ao que denominava delito frustrado, aquele em que o agente esgotou todos os meios ao seu alcance para a consumação do delito que se frustrou. Nesse caso, a punição deveria ser idêntica à do crime consumado, uma vez que a conduta revelava o mesmo grau de periculosidade do delinquente<sup>896</sup>. Nas hipóteses de crime impossível prevalecia a mesma ideia para que o sujeito fosse ou não responsabilizado penalmente, ou seja, dependia do grau de periculosidade do agente, representado pela ação por ele praticada<sup>897</sup> e pelo grau de aptidão dos meios utilizados<sup>898</sup>. Do mesmo modo, admitia a tentativa de crime culposos, assim como crime frustrado culposos, pois o simples ato negligente ou imprudente demonstra a necessidade de responsabilizá-lo<sup>899</sup>.

C – Caeiro da Mata negava as teorias retributivas da pena, pois esta deveria servir apenas à defesa preventiva da sociedade<sup>900</sup> – com a ressalva que, no momento da cominação legal, a sanção, por ser um método de coação psicológica, só era capaz de prevenir

---

<sup>891</sup> DA MATA (1911:308-309, volume II).

<sup>892</sup> DA MATA (1911:225, volume II).

<sup>893</sup> DA MATA (1911:227-229 e 233-237, volume II).

<sup>894</sup> DA MATA (1911:245 e 248-249, volume II).

<sup>895</sup> DA MATA (1911:252, volume II), com a ressalva de que havia a possibilidade de moderar a pena fixada, a depender da capacidade de regeneração do criminoso, como se aborda adiante.

<sup>896</sup> DA MATA (1911:253-254, volume II).

<sup>897</sup> DA MATA (1911:254-259, volume II).

<sup>898</sup> PALMA (1999:381).

<sup>899</sup> DA MATA (1911:260, volume II).

<sup>900</sup> *É preciso, pois, que a função pela qual a sociedade se perserva do delicto, cesse de ser uma reacção tardia e violenta contra os efeitos, para diagnosticar ou afastar as causas naturais, e que ponha em primeira linha a defesa preventiva da sociedade contra a delinquencia natural e legal.* DA MATA (1911:219, volume I).

crimes decorrentes de fatores psicológicos, não atingindo aqueles praticados por razões antropológicas<sup>901</sup>.

Assim, em um primeiro momento, Mata estabelecia a necessidade da adoção de uma série de medidas profiláticas, tais como a proibição de casamento com uma pessoa portadora de doença hereditária, a esterilização dos degenerados, admissão do divórcio (para evitar os crimes de adultério e bigamia), regulamentação da prostituição, maior atenção aos menores em situação de abandono, proibição de publicações imorais, aumento de impostos sobre a produção de bebidas alcoólicas, dentre outras<sup>902</sup>, que seriam mais eficazes na prevenção delitiva.

As medidas repressivas, ou seja, as penas, por seu turno, eram um *mal necessário*<sup>903</sup> à defesa social, um método de intimidação dos sujeitos perigosos, para desincentivá-los a praticar um crime quando do fracasso das medidas profiláticas ora descritas. Portanto, tinham um caráter de prevenção geral, principalmente, e de regeneração do delinquente<sup>904</sup>. Deveriam ser impostas não em consonância com o grau de violação do direito<sup>905</sup>, mas com as condições pessoais do agente em concreto<sup>906</sup>, do seu grau de periculosidade<sup>907</sup>, estabelecendo as seguintes categorias de criminoso: a) alienados; b) criminosos-natos; c) habituais d) ocasionais; e d) passionais<sup>908</sup>.

Dentre as medidas sugeridas, imperioso citar a pena de morte, prisão, internato, exílio, reparação do dano<sup>909</sup>. Estas não tinham um prazo máximo, e o limite mínimo fixado era passível de retificação<sup>910</sup> para melhor adequação ao caso concreto.

D – Como se vê, Caeiro da Mata também apoiava sua doutrina nas ciências naturais. Comparava o crime a uma patologia que merecia uma resposta médica, com um enfoque mais profilático<sup>911</sup>.

Essa patologia podia decorrer de fatores sociais, biológicos, físicos etc. E os Juízes eram considerados médicos sociais, higienistas, que ao aplicarem as sanções, deveriam ter conhecimento científico que lhes permitia conhecer os delinquentes e impor a medida

---

<sup>901</sup> DA MATA (1911:219-220, volume I).

<sup>902</sup> DA MATA (1911:221 e ss., volume I).

<sup>903</sup> DA MATA (1911:252, volume I).

<sup>904</sup> DA MATA (1911:250-251, volume II).

<sup>905</sup> DA MATA (1911:228, volume II).

<sup>906</sup> DA MATA (1911:252, volume I).

<sup>907</sup> DA MATA (1911:297-299, volume II).

<sup>908</sup> DA MATA (1911:253-254, volume I).

<sup>909</sup> DA MATA (1911:253-254, volume I).

<sup>910</sup> DA MATA (1911:253, volume I e 250-251, volume II).

<sup>911</sup> DA MATA (1911:220, volume I).

mais adequada ao caso concreto<sup>912</sup>, com o fim de regeneração, se possível, ou eliminação em prol da defesa social<sup>913</sup>.

Nessa linha, Caeiro da Mata desprezava a padronização dos indivíduos, com a utilização do conceito de homem médio, que implicava em sua responsabilização moral quando da violação desse padrão. Defendia a necessidade de considerá-los em sua individualidade, com uma resposta penal adaptada àquele caso concreto, buscando maior eficiência punitiva<sup>914</sup>.

Como reflexo dessa política criminal, Caeiro da Mata utilizava o dolo e a negligência como elementos de indicação da periculosidade e temibilidade do sujeito. No caso do dolo, essa periculosidade era representada pela intenção de violar a lei penal (*dolus malus*) e causar um dano social. Na negligência, a temibilidade resultava da deficiência na capacidade de previdência do agente. Por isso, criou categorias de dolo e negligência capazes de demonstrar esse grau de periculosidade e temibilidade. Ainda como consequência, defendia a mesma punição ao crime consumado e frustrado; a possibilidade de responsabilização por crime impossível; e a tentativa de crime culposos.

#### 4.3 Sistema neoclássico/neokantiano: o Direito Penal dos valores

A – Como explicado, nesse período neoclássico preponderava a ideia de um Direito Penal fundado em valores, no sentido de que a caótica realidade deveria ser ordenada com base nos valores socioculturais<sup>915</sup>. Por conseguinte, os neokantistas romperam com o método puramente descritivo dos positivistas; passaram a distinguir as ciências naturais das ciências de espírito, incluindo a criminologia no primeiro grupo e a ciência do Direito no segundo. Assim, aplicavam a metodologia das ciências de espírito ao Direito de modo a compreender e valorar o fenômeno criminal<sup>916</sup>.

O principal aspecto do crime a sofrer essa influência foi a culpabilidade, que deixou de ser puramente psicológica com a inserção de elementos normativos<sup>917</sup>. E foi nesse período que se superou completamente a possibilidade de responsabilização objetiva pelo resultado com base nas antigas formas de presunção de dolo e negligência<sup>918</sup>.

---

<sup>912</sup> DA MATA (1911:253, volume I).

<sup>913</sup> DA MATA (1914:442).

<sup>914</sup> DA MATA (1914:442).

<sup>915</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:309-310).

<sup>916</sup> JESCHECK (2003:03) e MUNÓZ CONDE (2003:31-32).

<sup>917</sup> MIR PUIG (2003:220), JESCHECK (2003:03) e MUNÓZ CONDE (2003:53 e ss.).

<sup>918</sup> MUNÓZ CONDE (2003:54).

B – Vale lembrar que o neokantismo perdurou desde o fim do século XIX até o período imediatamente posterior à 2ª guerra mundial. Sendo assim, é possível afirmar que sua metodologia científica, alicerçada em valores sociais facilmente manipuláveis, em conjunto com o sistema de penalização daqueles indivíduos considerados como perigosos, foram utilizados como fundamento jurídico para a higienização racial, o que fora mencionado no capítulo 2.

#### 4.3.1 As fórmulas de Reginald Frank (1860-1934): o dolo cognitivo sob um método de imputação volitiva

A – Reginald Frank (1860-1934) foi pioneiro a questionar a teoria psicológica da culpabilidade, pois esta era incapaz de resolver situações como aquela em que o agente agia intencionalmente, porém sob coação moral irresistível, ou de pessoas que, muito embora possuíssem uma doença mental, cometiam uma conduta típica e ilícita intencionalmente<sup>919</sup>. Ele inseriu fatores psicológicos e normativos na culpabilidade<sup>920</sup>, oportunidade em que criou a denominada teoria da culpabilidade normativa<sup>921</sup>, que tinha como fundamento a reprovabilidade da ação<sup>922</sup>.

Em sua perspectiva, a culpabilidade era um juízo de reprovabilidade sobre a ação ou omissão, que compreendia a imputabilidade, dolo e negligência, além de outros elementos adjacentes<sup>923</sup>, os quais conferiam maior liberdade ao julgador no momento de decidir<sup>924</sup>.

B – O dolo consistia no conhecimento das circunstâncias de fato que integram o tipo legal e na previsão do resultado danoso<sup>925</sup>. Não era imprescindível o conhecimento da antijuridicidade do fato, pois ainda que o sujeito não conhecesse a norma proibitiva eventualmente violada, deveria ter consciência ética do que é socialmente permitido ou proibido<sup>926</sup>. A vontade era elemento da ação causal, não tendo relação com o resultado, nem com o

---

<sup>919</sup> Como exemplo de sua crítica à teoria psicológica, é possível citar o seguinte ensinamento de FRANK (2002:30), relativamente ao estado de necessidade como elemento que exclui a culpabilidade: *Si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudencia -y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado-, podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace.*

<sup>920</sup> ROXIN (1992:116) e VORMBAUM (2014:132).

<sup>921</sup> ZAFFARONI (2019:132), JESCHECK (2003:03) e CURY URZÚA (2011:67).

<sup>922</sup> MUNÓZ CONDE (2003:55) e CURY URZÚA (2011:68).

<sup>923</sup> FRANK (2002:36 e ss.). Sobre esse assunto, ver, também, MUÑOZ CONDE (1994:1041) e ROXIN (1992:118). Ainda, segundo FRANK (2002:41), a culpabilidade pressupunha os seguintes elementos: *1º una aptitud espiritual normal del autor... 2º una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta... 3º la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa.*

<sup>924</sup> Cf. FRANK (2002:41-45).

<sup>925</sup> FRANK (2002:61).

<sup>926</sup> FRANK (2002:52-57). Sobre o mesmo assunto, ver CURY URZÚA (2011:68).

dolo<sup>927</sup>. A negligência consistia na mera capacidade de discernir sobre o resultado danoso<sup>928</sup>. Portanto, Frank era um adepto da teoria da representação, segundo a qual bastava a previsão do resultado danoso para a configuração do dolo, muito embora considerasse que a teoria da vontade e a teoria da representação eram mais formal do que internamente distintas, pois o elemento volitivo não era desprezado, mas considerado junto à análise da ação<sup>929</sup>.

Em sua acepção, a maior gravidade da conduta dolosa, que justificava uma pena mais severa, decorria do fato de o agente prosseguir em sua ação, mesmo após representar o resultado ilícito como possível<sup>930</sup>. Nessa linha, Frank criou sua primeira fórmula, denominada de hipotética<sup>931</sup>, publicada na revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, no ano de 1890, na tentativa de facilitar a imputação subjetiva<sup>932</sup> e melhor estabelecer os limites entre dolo e culpa consciente<sup>933</sup>. Esta consiste no seguinte: *Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt also den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte*<sup>934</sup>.

Para desenvolvê-la, Frank partiu de três espécies de previsibilidade do resultado, quais sejam: 1<sup>a</sup> – aquela que define o resultado como certo; 2<sup>a</sup> – a que dá o resultado como necessário; e 3<sup>a</sup> – aquela em que o resultado é possível. As duas primeiras hipóteses não geravam quaisquer problemas, o dolo restava configurado no momento em que o sujeito decidia agir<sup>935</sup>. A maior dificuldade, porém, surgia quando o resultado era apenas possível<sup>936</sup>. Nessa situação, realizava-se um juízo hipotético sobre a pessoa do agente (e por essa razão a fórmula é denominada de hipotética), no sentido de compreender se o fato de ele ter representado o resultado possível como certo seria ou não capaz de impedir sua ação<sup>937</sup>, assim distinguindo dolo eventual e negligência consciente.

---

<sup>927</sup> FRANK (2002:59). Ainda sobre isso, ver COSTA (2015:89).

<sup>928</sup> FRANK (2002:41).

<sup>929</sup> FRANK (2002:58 e ss.). As fórmulas de Frank tratadas na sequência tomam por base um aspecto emocional-volitivo, por essa razão, dentre outros, MARTELETO FILHO (2018:176 e ss.) lhe insere como um adepto das teorias volitivas.

<sup>930</sup> LAURENZO COPELLO (1999:53) e PALMA (2017b:139).

<sup>931</sup> COSTA (2015:90).

<sup>932</sup> Segundo PALMA (2002:798), as fórmulas de Frank consistem em um: *...método de interpretação dos factos, a partir do significado que eles permitem apreender.*

<sup>933</sup> LAURENZO COPELLO (1999:54) e MARTELETO FILHO (2018:177).

<sup>934</sup> FRANK (1890:211). O trecho foi traduzido por RAGUÉS Y VALLÉS (1999:62) para o espanhol da seguinte forma: *La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tendido el significado de un contramotivo decisivo.*

<sup>935</sup> *Doloso es el actuar del cual el autor no habría dejado de abstenerse por la representación de las circunstancias de hecho.* FRANK (2002:66).

<sup>936</sup> LAURENZO COPELLO (1999:53-54).

<sup>937</sup> COSTA (2015:90).

Portanto, sua fórmula pode ser assim sintetizada: se o sujeito tivesse previsto o resultado possível como certo/seguro, mesmo assim agiria? Essa previsão seria um contra-motivo suficiente para impedir a conduta? Como já mencionado, era realizado um juízo de valor sobre os interesses do agente e o resultado ilícito. Caso os primeiros prevalecessem, a conduta era dolosa<sup>938</sup>. Porém, caso o sujeito confiasse na não produção do resultado, não respondia por dolo<sup>939</sup>.

Após sofrer críticas, particularmente por uma má responsabilização criminal, já que permitia a atribuição por negligência de condutas merecidamente dolosas<sup>940</sup>, ou seja, por uma necessidade político-criminal baseada nos valores socioculturais e da justiça, conforme pregava o movimento neokantista, Frank cria a denominada 2ª fórmula, (fórmula positiva<sup>941</sup>) adicionando a indiferença como fator relevante para a atribuição do dolo. Portanto, se o agente é indiferente diante da possibilidade ou não do resultado, age com dolo<sup>942</sup>. A segunda fórmula é assim sintetizada: *mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich*<sup>943</sup>.

A primeira fórmula permitia a punição por dolo somente nos casos em que o sujeito agiria na hipótese de prever como certo o possível resultado lesivo. Por intermédio da segunda fórmula, Frank justificava a necessidade de punir de maneira mais severa aqueles que previram o resultado e se deixaram determinar por essa previsão, ou agiram com indiferença frente a ela, em vez de se absterem de praticar aquela conduta. A reprovabilidade da ação era menor quando o resultado era apenas possível e o sujeito confiava em poder evitá-lo. Frank realizava, desse modo, um juízo sobre a culpabilidade do autor<sup>944</sup>. Já o aspecto volitivo não tinha relação com o resultado previsível da ação, mas com a prática da conduta conscientemente perigosa, muito embora o método de imputação subjetiva empregado por meio das suas fórmulas demandasse a análise do aspecto volitivo do agente.

Entretanto, as fórmulas de Frank, a despeito da enorme contribuição para a dogmática penal, traziam uma imensa dificuldade probatória, designadamente a “hipotética”, pois tratava de uma situação hipotética consistente na forma como o sujeito teria agido caso houvesse previsto o resultado com certo/seguro, em vez de meramente possível. Por isso, muitos diziam que elas permitiam a prática de um Direito Penal focado na pessoa do autor,

---

<sup>938</sup> COSTA (2015:90 e 91) e LAURENZO COPELLO (1999:54).

<sup>939</sup> COSTA (2015:91) e LAURENZO COPELLO (1999:54).

<sup>940</sup> Sobre essas críticas, ver FRANK (2002:57 e ss.), COSTA (2015:91-92), RAGUÉS I VALLÉS (1999:68) e MARTELETO FILHO (2018:180 e ss.).

<sup>941</sup> COSTA (2015:90).

<sup>942</sup> FRANK (2002:64).

<sup>943</sup> FRANK (1903:104). A fórmula foi traduzida por COSTA (2015:92) da seguinte maneira: *seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, em todo caso eu agirei*.

<sup>944</sup> FRANK (2002:64).

uma vez que a avaliação judicial era realizada mediante a análise da personalidade do agente, dos valores sociais por ele assimilados e do risco social que representa<sup>945</sup>. Inclusive, essa concepção normativa de crime, defendida por Frank, foi crucial para o desenvolvimento da teoria da “culpa pela condução de vida” de Mezger<sup>946</sup>, tratada adiante, a qual deu subsídio aos atos de higienização racial pelo nazismo.

#### 4.3.2 Edmund Mezger (1883-1962) e a conduta de vida do autor

A – A complexidade em analisar as teorias de Edmund Mezger consiste em bem compreender suas diversas facetas, uma vez que exerceu a dogmática penal no período anterior, contemporâneo e posterior à 2ª guerra mundial, além de ser considerado um dos principais penalistas alemães desses períodos<sup>947</sup>. Ele compunha o que se denominava vertente sul-ocidental alemã do neokantismo<sup>948</sup>. Na graduação, foi aluno de Frank, o que, de alguma maneira, influenciou sua formação jurídica<sup>949</sup>.

Estudos mais recentes demonstram que sua doutrina serviu de apoio ao governo social nacionalista. Mais do que isso, Muñoz Conde o inclui como o penalista oficial do regime nazista, particularmente por ter composto a Comissão de Reforma do Direito Penal, responsável por criar leis racistas de ideologia nazista<sup>950</sup>. Por conseguinte, não se pode desprezar o fato de que Mezger se apresentou ao mundo jurídico de três formas, anterior, durante e posterior ao regime nacional socialista, adaptando muito bem suas teorias a essas realidades contrapostas<sup>951</sup>.

Em um primeiro momento, publicou seu Tratado de Direito Penal no ano de 1931, com reedição em 1933, fundado nos postulados liberais. Mas deixou de atualizá-lo durante todo o período de domínio nazista, publicando a terceira edição somente no ano de 1949<sup>952</sup>.

No prefácio da obra *Criminologia*<sup>953</sup>, escrito em outubro 1933 – ou seja, após Adolf Hitler ser nomeado chanceler da Alemanha –, é possível perceber claramente sua segunda

---

<sup>945</sup> Sobre essa questão, ver RAGUÉS I VALLÉS (1999:70-71), COSTA (2015:91), LAURENZO COPELLO (1999:54), PALMA (2002:798), PALMA (2017b:139) e BIRMAN (2011:94).

<sup>946</sup> BIRMAN (2011:93).

<sup>947</sup> Cf. retrata MUNÓZ CONDE (2003) e IGNACIO ANITUA (2007:376).

<sup>948</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI (2004:310).

<sup>949</sup> MUNÓZ CONDE (2003:81).

<sup>950</sup> A relação de Mezger com o regime social nacionalista é bem retratada por MUNÓZ CONDE (2003). Ainda sobre o assunto, ver ZAFFARONI (2019:135 e ss.) e AMBOS (2020).

<sup>951</sup> Interessantes são as lições de MUNÓZ CONDE (2003:159) sobre essa capacidade de “adaptação” de Mezger: *Lo que verdaderamente asombra en la actitud de MEZGER es, en todo caso, su capacidad camaleónica de adaptación a los nuevos tiempos y su absoluta amnesia respecto al inmediato pasado.*

<sup>952</sup> No tocante a esse assunto, aprofundando-se nas teorias de Mezger relativamente a outros temas do Direito Penal, ver JIMENEZ DE ASUA (1947:87 e ss.).

<sup>953</sup> Na verdade, o título “Criminologia” se deve à versão espanhola dessa obra, já que na versão alemã ela possui o título “Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen”, ou seja, “Política Criminal sobre

feição, na oportunidade em que reconhece o fracasso do Direito Penal alemão, referindo-se ao período da luta entre as escolas clássica e positiva, e apresenta como solução um Estado totalitário capaz de tutelar o seu povo e garantir uma regeneração racial<sup>954</sup>.

O próximo divisor de águas, corroborando Muñoz Conde, foi sua obra intitulada “*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*”, publicada em 1950<sup>955</sup>. Em seu prólogo, o alemão admite ser necessária uma reformulação do que defendeu por quase vinte anos<sup>956</sup>, que compreende o período de governo nacional socialista até sua derrubada, com o fim da segunda guerra mundial. Como principal consequência, prega maior independência entre dogmática penal e política criminal, contrariando aquilo que fomentou durante muito tempo<sup>957</sup>.

B – O Direito, para Mezger, era um instrumento de garantia de convivência externa e ordenada das pessoas<sup>958</sup>, conciliando os interesses individuais com os sociais<sup>959</sup>. O Direito Penal, como instrumento dessa pacificação social, tinha por objetivo a luta contra o crime, por meio das penas e de outras medidas, essas de caráter corretivo e educativo, denominadas jurídico-penais, tais como a colocação de alcoólatras e delinquentes com deficiência mental em asilos ou outras instituições adequadas, dentre outras<sup>960</sup>. Portanto, o retribucionismo, especialmente, e a prevenção norteavam sua teoria do crime<sup>961</sup>.

O crime, por sua vez, consistia em uma conduta humana, voluntária, dirigida por um fim<sup>962</sup>, que violava a lei penal e a paz social e, por essa razão, merecia a pena como repressão<sup>963</sup>; não se punia o mero pensamento<sup>964</sup>, e para a configuração da tentativa exigia-

---

fundamentos criminológicos” (tradução do autor). Essa alteração na sua nomenclatura se deve ao fato de a obra tratar muito mais sobre Criminologia e pouco sobre política criminal. Acerca disso, ver JIMENEZ DE ASUA (1947:53).

<sup>954</sup> MEZGER (2018:11).

<sup>955</sup> MUNÓZ CONDE (2003:96 e 139 e ss.).

<sup>956</sup> *El período de casi veinte años transcurridos ha afectado a las bases de la totalidad y permite ver de manera nueva y diferente a la anterior algunas cosas desde sus fundamentos. Se hace, por tanto, necesario ofrecer un balance de cuáles de esos fundamentos deben permanecer a pesar del cambio de las circunstancias y dónde una nueva perspectiva hace surgir algo esencialmente nuevo.* MEZGER (2000:11).

<sup>957</sup> *Durante mucho tiempo, la Dogmática del Derecho penal ha estado apartada de los intereses jurídico-penales. Su más joven y mundana hermana, la Política criminal, la ha tenido en la sombra. En esto se ha operado recientemente un cambio. Se impone de nuevo una participación más activa en las cuestiones dogmáticas.* MEZGER (2000:11).

<sup>958</sup> MEZGER (1958:135).

<sup>959</sup> MEZGER (1958:142).

<sup>960</sup> MEZGER (1957:03-06). Nesse sentido, MEZGER (1958:27) conceituava o Direito Penal como: *...el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido. E continua: Pero, derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros.*

<sup>961</sup> ZAFFARONI (2019:137).

<sup>962</sup> Sobre a necessária distinção entre a “voluntariedade” e a “finalidade”, em contraposição à teoria de Welzel, ver MEZGER (2000:21-23).

<sup>963</sup> MEZGER (1958:77 e ss. e 88).

<sup>964</sup> MEZGER (1958:106).

se uma conduta externa, não se admitindo a penalização de atos meramente preparatórios, salvo quando considerados crimes autônomos<sup>965</sup>. Essa conduta humana tem necessariamente um aspecto objetivo, concreto, e subjetivo, pessoal<sup>966</sup>. O aspecto objetivo consiste na conduta externa do agente e é valorado na antijuridicidade. Enquanto o subjetivo é a atitude interna, psíquica, de descumprimento pessoal do dever de atender ao Direito<sup>967</sup>, e integra a culpabilidade<sup>968</sup>. Porém, isso não exclui a existência de elementos subjetivos na antijuridicidade, os chamados elementos subjetivos do injusto, por meio dos quais a própria norma penal revela o aspecto externo como uma expressão da conduta interna, mas diversa do dolo<sup>969</sup>.

Como neokantiano, Mezger entendia que o intérprete da lei penal tinha que levar em conta os fins do próprio Direito Penal<sup>970</sup>, ou melhor, os valores humanos propostos pelo legislador<sup>971</sup> – mas não apenas isso, cabia ao mesmo intérprete uma investigação sobre os fatos, aplicando, para tanto, conhecimentos científicos e conceitos jurídicos<sup>972</sup>. Tais valores não eram estáticos, mas dinâmicos, alteravam-se à medida que a própria sociedade evoluía<sup>973</sup> e são incorporados em todos os elementos da sua teoria do crime, como, por exemplo, com a inserção de elementos normativos no tipo penal<sup>974</sup>.

C – Em relação à culpabilidade, o que mais interessa a este trabalho, Mezger entendia que o fato criminoso nada mais era que um reflexo da personalidade do seu autor<sup>975</sup> e, por isso o dolo, que consistia em uma forma de imputação pessoal, lhe integrava<sup>976</sup>. Defendia uma concepção mais normativa da culpabilidade em detrimento de uma concepção puramente psicológica, no sentido de que sua caracterização dependia de um juízo de valor realizado por terceiros sobre a conduta, e não uma mera análise psicológica do agente<sup>977</sup>.

---

<sup>965</sup> MEZGER (1958:278 e 283).

<sup>966</sup> MEZGER (1958:79).

<sup>967</sup> LAURENZO COPELLO (1999:58-59).

<sup>968</sup> Em relação a isso, MEZGER (1958:79) discorre que: *Antijuridicidad significa el juicio impersonal-objetivo del ordenamiento jurídico sobre el hecho (que puede contener, por su parte, elementos "subjetivos"; confr. el § 31, III), en tanto que la culpabilidad tiene en cuenta la imputación personal-subjetiva del hecho a un autor determinado*. Ver, também, MEZGER (2000:29) e MUÑOZ CONDE (2003:130 e ss.).

<sup>969</sup> MEZGER (1958:81-82 e 135 e ss.) e MEZGER (2000:35-44). Segundo MUNÓZ CONDE (2003:52), os elementos subjetivos do injusto foram constatados em Fischer e Hegler, no início do século XX, mas foi Mezger quem mais aprofundou nesse estudo.

<sup>970</sup> MEZGER (1957:139).

<sup>971</sup> MEZGER (1958:44).

<sup>972</sup> MEZGER (1958:45).

<sup>973</sup> MEZGER (2018:283).

<sup>974</sup> Sobre os elementos normativos do tipo, ver MEZGER (1958:147).

<sup>975</sup> MEZGER (1958:189) conceituava a culpabilidade como: *...el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*. Ainda sobre isso, ver JESCHECK (2003:04).

<sup>976</sup> MEZGER (2000:42).

<sup>977</sup> MEZGER (1958:190) e MEZGER (2000:51 e ss.).

O pressuposto da culpabilidade era a possibilidade de o agente agir em conformidade com os valores sociais. No entanto, essa regra implicava no reconhecimento pleno do livre-arbítrio – questão ético filosófica insolúvel – e ainda trazia consigo uma imensa dificuldade de demonstração no caso concreto. No intuito de superar essas barreiras, Mezger apegava-se à ideia de generalização do Direito, como as pessoas enfrentariam a mesma situação<sup>978</sup>, além de pregar certo determinismo, o que se aborda adiante.

D – O dolo e a negligência, por Mezger adotar um conceito causal de ação<sup>979</sup>, eram formas, respectivamente, mais e menos graves da culpabilidade<sup>980</sup>. Utilizava um conceito completo de *dolus malus*, que compreendia conhecimento, vontade do fato e consciência da ilicitude<sup>981</sup>. Portanto, o agente, para incorrer em um crime doloso, devia conhecer e/ou prever as circunstâncias de fato e de Direito, presentes e futuras, que fundamentam a pena e o curso causal que determina o resultado<sup>982</sup>.

Mas, para além do conhecimento da ilicitude do fato, Mezger reconhecia como conduta dolosa aquela praticada com desconhecimento/desprezo aos valores jurídicos vigentes, o que denominava cegueira jurídica. Ou seja, a mera gravidade do fato somada ao dever de internalizar os valores da sociedade alemã justificavam a aplicação da pena plena – e não a título de culpa –, pois não admitia a possibilidade de o sujeito desconhecer o que toda sociedade recriminava eticamente<sup>983</sup>.

O doutrinador alemão classificava o dolo em imediato (ou dolo direto de primeiro grau), indireto e condicionado<sup>984</sup>. O primeiro caracterizava-se pelo que o autor quer diretamente com sua ação. O dolo indireto, ou dolo direto de segundo grau, consiste na efetiva representação pelo agente de consequência necessária ou efeito acessório daquele fato,

---

<sup>978</sup> MEZGER (1958:195-196 e 272-273) e MEZGER (2000:58).

<sup>979</sup> Cf. MUNÓZ CONDE (2003:37). Muito embora Mezger integrasse a corrente causalista, é importante mencionar um trecho de sua obra, em que assume a importância do aspecto subjetivo como motor da conduta causal: *la esencia de la acción consiste en gobernar el suceso externo con un acto interno, psíquico, que anticipa, en la representación interna, la marcha de los acontecimientos externos causales y los determina, de tal manera, en su curso futuro*. MEZGER (1958:91).

<sup>980</sup> MEZGER (1958:199).

<sup>981</sup> MEZGER (1958:199 e 226 e ss.) e MEZGER (2000:64).

<sup>982</sup> MEZGER (1958:238-239).

<sup>983</sup> Cf. ZAFFARONI (2019:141-143) que explica que nas edições de pós-guerra, Mezger trocou a cegueira jurídica pela expressão inimidade ao Direito, o que é perceptível em MEZGER (2000:66-67). Na edição de 1958, MEZGER (1958:250 e ss.) explica como seu pensamento evoluiu acerca desse tema, mencionando apenas o período pós-guerra. Em um primeiro momento, na obra publicada em 1948, considerava dolosa a conduta hostil ao Direito e à justiça, mesmo quando o sujeito não tinha conhecimento de sua ilicitude. Em 1951 – se bem que em MEZGER (2000:67-68) já se nota essa alteração –, passou a desconsiderá-la como dolosa, mas sobre ela surtiam os mesmos efeitos jurídicos. Assim, conclui que: *en el derecho vigente, la forma básica jurídico-penal de la culpabilidad exige, con respecto a las circunstancias de hecho, sin excepciones, el dolo; y, con respecto a la antijuridicidad del hecho, exige el dolo o una actitud del autor incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto*. Sobre esse assunto, ver, também, MUNÓZ CONDE (2003:133 e ss.).

<sup>984</sup> MEZGER (1958:228 e ss.).

ou seja, presume-se que o autor do fato, consciente de que pode gerar outros resultados, os quer causá-los, ainda que não os deseje efetivamente. Por fim, o dolo condicionado ou eventual é aquele em que o agente representa um fato como possível e mesmo assim aprova a sua realização, ainda que também de forma presumida, o que permite considerá-lo como um defensor das teorias do consentimento<sup>985</sup>. A utilização, pelo doutrinador, das terminologias “necessário” e “possível” tem um objetivo: demonstrar um maior ou menor grau de probabilidade da consequência ou efeito.

Para a atribuição do dolo, fazia-se um juízo de valor sobre os seus elementos e sobre o fim que guiou a conduta do agente, com a finalidade de analisar seu significado jurídico-penal<sup>986</sup>. A culpa configurava-se com a violação de um dever de cuidado e que a sua observância evitaria o resultado danoso. Sua punição dependia de expressa previsão legal<sup>987</sup>.

Mezger distinguia a negligência consciente e inconsciente, a depender da previsibilidade ou não das consequências de sua conduta. A primeira configurava-se quando o sujeito previu o resultado como possível, mas confiou que ele não se produziria; diferentemente da negligência inconsciente, em que as consequências sequer foram previstas, apesar de previsíveis<sup>988</sup>. No entanto, essa distinção não implicava no reconhecimento de diversos graus de culpa<sup>989</sup>.

A tentativa exigia o dolo, ainda que eventual, não sendo admitida a sua punição a título de culpa<sup>990</sup>. A mera má intenção, a exemplo do crime putativo – em que a pessoa acreditava que sua conduta, lícita, era ilícita –, não era punida<sup>991</sup>. Quanto à falta de idoneidade da conduta, por razões político-criminais de prevenção geral, o doutrinador adotava uma corrente que chamava de objetivo-subjetiva, no sentido de que a punição dependia de o autor acreditar ou não que sua ação era suficiente para a pretendida lesão ao bem jurídico, somada à perturbação do sentimento social de segurança jurídica<sup>992</sup>.

D – Como salientado, a pena, de acordo com Mezger, tinha como principal finalidade a retribuição, mas sem desprezar a prevenção, geral e especial<sup>993</sup>, com o primordial objetivo

---

<sup>985</sup> Cf. LAURENZO COPELLO (1999:62-64). Lembrando que, nas lições de ROXIN (1997:430), a teoria do consentimento: *exige “para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él”*.

<sup>986</sup> MEZGER (1958:89 e ss. e 228).

<sup>987</sup> MEZGER (1958:256).

<sup>988</sup> MEZGER (1958:257-258).

<sup>989</sup> MEZGER (1958:261).

<sup>990</sup> MEZGER (1958:279-280).

<sup>991</sup> MEZGER (1958:279).

<sup>992</sup> MEZGER (1958:284-290).

<sup>993</sup> MEZGER (1958:370 e ss.) e MEZGER (2018:206-207).

de conservar a comunidade, fortalecer o ordenamento jurídico e aprimorar a espécie humana<sup>994</sup>. A prevenção geral tinha como foco a manutenção em estado latente da tendência criminosa que todas as pessoas possuem. Para bem surtir esse efeito, a pena deveria considerar a personalidade do delinquente, ser justa e humana<sup>995</sup>. A prevenção especial, por sua vez, podia ser física ou psíquica; caracterizava-se pela correção/reeducação do delinquente ou sua eliminação<sup>996</sup>, desde que, nesse caso, fosse necessária para garantir a segurança social e a regeneração do povo<sup>997</sup>. Inclusive, no período social nacionalista, tratava com normalidade a imposição de medidas eugênicas, cuja finalidade era a profilaxia criminal, por meio da higienização individual, social e de raça; considerava-as como fruto de modernas direções e tendências político-criminais<sup>998</sup>. A retribuição, por fim, consistia em responder com um mal pelo mal causado, também de forma justa<sup>999</sup>.

Seguindo essa linha, Mezger defendia um sistema dual de responsabilização jurídico-penal que se caracterizava pela imposição de penas e medidas de segurança<sup>1000</sup>. As primeiras eram fundamentadas na culpabilidade do agente, no grau de lesão ao bem jurídico e nos fins das penas<sup>1001</sup>. A culpabilidade não tinha por objeto somente o fato em concreto, mas também aspectos biológicos e psicológicos<sup>1002</sup>, além daquilo que Mezger denominava *conduta de vida do autor*, ou seja, a forma como ele a conduziu, as decisões que

---

<sup>994</sup> MEZGER (1958:379). O melhoramento da espécie é tratado em MEZGER (2018:193 e 287).

<sup>995</sup> MEZGER (1958:371-372), com a ressalva que esse caráter de justiça e humanidade são elementos incorporados por Mezger no período pós-guerra.

<sup>996</sup> “*La futura Administración de justicia penal*” considerará como su objetivo supremo ele ponerse al “servicio de la regeneración del pueblo”. Pero esta meta incluye en sí dos “misiones”, a saber: el restablecimiento de la “responsabilidad del individuo” frente a la comunidad del pueblo y la “eliminación” en esta última “de partes integrantes nocivas al pueblo y a la raza”, cf. MEZGER (2018:287). Ainda, no que concerne à eliminação do delinquente, MUNÓZ CONDE (2003:104) relata que Mezger, em uma conferência depois publicada em 1928, defendeu a pena de morte àqueles assassinos mais cruéis. Mas, como já visto, a eliminação não se restringia a eles, já que, durante o regime nacional socialista, pregava a higienização racial como forma de combater a criminalidade, cf. MUNÓZ CONDE (2003:142 e 202 e ss.).

<sup>997</sup> MEZGER (1958:372-375) e MEZGER (2018:193 e 287).

<sup>998</sup> MEZGER (2018:50-51 e 288).

<sup>999</sup> MEZGER (1958:379). Na obra de 1933, MEZGER (2018:206-207) trata da retribuição como elemento central do poder punitivo, que, segundo ele: ...significa, con arreglo a esta tesis de la responsabilidad del ciudadano ante la comunidad del pueblo, mucho más que según la concepción del liberalismo hasta ahora dominante: significa una valoración del complejo específico, estructural del acto aislado del delincuente.

<sup>1000</sup> MEZGER (1958:391-392).

<sup>1001</sup> MEZGER (1958:384).

<sup>1002</sup> Pero una investigación exacta de los fundamentos positivos de la criminalidad no puede hoy concebirse sino sobre base científico-causal, específicamente biológica, psicológica y psicopatológica; MEZGER (2018:49). Nessa mesma obra sobre criminologia, MEZGER (2018) tratava de forma aprofundada o que ele denominava de biologia constitucional, que consistia em (2018:113): *la investigación, sobre la base científico-causal, de los diversos tipos de personalidad humana en sus características y formas de exteriorización corporales (somáticas) anímicas (psíquicas), aplicando después estos resultados al objeto de la comprensión del delincuente*. Ele relaciona as mais diversas teorias que estudam as características físicas e psíquicas dos indivíduos, na tentativa de compreender e criar categorias de delinquentes, adotando uma concepção dinâmica de delito, no sentido de que o indivíduo sofre muitas transformações durante o tempo. Além do aspecto puramente biológico, MEZGER (2018:159 e ss. e 206) menciona a hereditariedade como outro elemento imprescindível ao Estado totalitário para o combate da criminalidade e conclui: *La investigación biológico-hereditaria y constitucional-biológica del delincuente es para dicho Estado una base de la que nos*

tomou etc.<sup>1003</sup>. Portanto, é perceptível a adoção de um legítimo Direito Penal de autor. Como consequência, a punibilidade também era baseada na conduta pessoal do indivíduo<sup>1004</sup>, de maneira a adequar a pena às necessidades daquele caso concreto.

Do mesmo modo, as medidas de segurança eram impostas em acordo com o grau de periculosidade do indivíduo e suas características pessoais. Não tinham prazo determinado e objetivavam a prevenção especial, por meio da eliminação social daqueles considerados irrecuperáveis, assumindo certo determinismo, mas não puramente biológico, como pontuado. Com relação aos recuperáveis, elas tinham um caráter educativo, de modo a adaptá-los aos anseios éticos da comunidade<sup>1005</sup>.

E – Como se observa, Mezger, especialmente no período de governo nacional socialista, adota uma postura de certa maneira determinista – muito embora não entre nessa discussão, pelo seu caráter filosófico –, no sentido de que fatores biológicos, hereditários, sociais e psicológicos são imperiosos na compreensão do criminoso. Ainda nesse período, prega a pena como forma de eliminar aqueles que não bem assimilaram os valores sociais propostos pelo regime totalitário, de modo a aprimorar a espécie e resguardar a raça e o povo. No pós-guerra, não abandona a ideia de eliminar os delinquentes que considera perigosos, mas deixa de utilizar as expressões que deram origem à denominada higienização racial. Mesmo assim, as penas deviam ser impostas a depender dessas características do agente e, particularmente, do modo como ele conduziu sua vida<sup>1006</sup>, adotando um Direito Penal focado na pessoa do autor, o que acaba por se refletir na teoria do dolo.

Assim, no que se refere ao elemento subjetivo, ainda que adotasse o *dolus malus* para sua configuração, não era imprescindível a efetiva vontade de violar a lei penal, sendo suficiente o mero desconhecimento ou desprezo aos valores jurídicos vigentes. Isso permitiu dar maior amplitude à interpretação judicial, de maneira a evitar sancionar por negligência, situações que Mezger entendia ser imperiosa a pena mais severa, considerando a forma como o autor conduziu sua vida – ou seja, por razões político-criminais<sup>1007</sup>. Nessa

---

*es posible prescindir, al objeto de reconocer las condicionalidades de raza y de sangre del delincuente concreto y de tratarle de un modo adecuado.* E, evidentemente, essas ideias serviram de fundamento para a higienização racial realizada nos anos seguintes.

<sup>1003</sup> Cf. MEZGER (1958:384-385), ZAFFARONI (2019:143-144) e MUNÓZ CONDE (2003:133 e ss.). A despeito do fator social ter alguma relevância na aferição da culpabilidade, MEZGER (2018:252 e 270) era contrário às teorias sociológicas do delito, pois elas acabam por reconhecer uma responsabilidade social e não individual pelo crime praticado e, em sendo assim, são incapazes de justificar a punibilidade.

<sup>1004</sup> Inclusive, a esse respeito, o fato de o sujeito ser delinquente habitual perigoso configurava uma agravante da pena, cf. MEZGER (1958:360-361). Sobre isso, ver, também, MUÑOZ CONDE (2003:48).

<sup>1005</sup> MEZGER (1958:193-194 e 392 e ss.).

<sup>1006</sup> ... *la “culpabilidad” del autor no sólo existe en la directa culpabilidad por el hecho, sino también en la “actitud” que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el Derecho como totalidad.* MEZGER (2000:51 e ss.).

<sup>1007</sup> *La justificación de este punto de vista, es decir, la justificación de esta ampliación de la pena de dolo más allá de la existencia de un dolo de hecho concreto se basa, en primer lugar, en las imperiosas necesidades*

mesma linha, a representação do resultado delitivo permitia a configuração do dolo indireto e do dolo eventual, por meio de uma presunção da vontade do agente. O elemento volitivo era imprescindível, pois Mezger integrava os penalistas defensores das teorias do consentimento e refletia a finalidade retributiva a que ele conferia à pena, no intuito de repreender a decisão do agente<sup>1008</sup>. A presunção dependia da análise do grau de probabilidade do resultado e a forma como o agente dirigiu sua ação, com vistas a evitá-lo ou não<sup>1009</sup>.

Por fim, no que concerne à tentativa, a falta de idoneidade da conduta podia ser punida, desde que seu autor acreditasse que ela poderia causar determinada lesão a um bem jurídico e que houvesse uma efetiva perturbação social, o que também permite juízos arbitrários a depender do modo como o sujeito conduzira sua vida.

---

*de la vida práctica jurídica*. MEZGER (2000:69).

<sup>1008</sup> LAURENZO COPELLO (1999:61).

<sup>1009</sup> LAURENZO COPELLO (1999:63-64).

## 5 Conclusões

A – É impossível dissociar Direito Penal de política criminal, pois o sistema é impregnado pela ideologia política e pelo modelo de Estado que o estabelece ou aplica<sup>1010</sup>. A construção da teoria do delito decorreu da necessidade de punir crimes e da definição do modo como isso seria realizado<sup>1011</sup>. A própria teoria de Von Liszt, sobre a separação de dogmática penal e política criminal, que tinha o princípio da legalidade como o mais relevante instrumento de garantia, era pautada por uma decisão de política criminal.

O estudo, portanto, partiu do pressuposto de que o Direito Penal é um sistema aberto, ou seja, deixa-se influenciar pelos fins político-criminais assumidos pelos mais diversos modelos de Estado.

Com base nessa premissa, buscou-se estabelecer uma conexão entre as opções político-criminais e a evolução doutrinária relativamente às teorias clássicas do dolo e da negligência, no período compreendido entre o final do século XVIII e início do século XX, apoiando-se nas lições de Demuro, o qual explica que a relação entre responsabilidade penal objetiva, o conceito de dolo e os métodos processuais de imputação têm direta relação com as necessidades político-criminais:

*La responsabilit  oggettiva   anche oggi usata come risposta a esigenze di prevenzione generale e di semplificazione probatoria: le stesse esigenze che contrassegnano la sua nascita, che motivano storicamente l'ampliamento del concetto di dolo e la presunzione di esse in sede processuale e che gli consentono di superare indenne l'epoca innovatrice dell'illuminismo giuridico<sup>1012</sup>.*

B – A política criminal tem como objetivo definir medidas repressivas e preventivas necessárias para combater a criminalidade e garantir a coesão social. O seu enfoque é

---

<sup>1010</sup> Nesse sentido, importantes são as lições de MUÑOZ CONDE (2003:126): *Una Dogmática jurídicopenal completamente neutra desde el punto de vista político y valorativo, no puede existir. La relación, a veces contradictoria y atormentada, entre Dogmática jurídicopenal y Política criminal es inevitable. De lo que se trata es de saber de qué Política criminal hablamos; si de una coherente con los valores del Estado de Derecho, de la democracia y el respecto de los derechos humanos; o de una basada en el mantenimiento de las desigualdades sociales, los privilegios de unos pocos a costa de la mayoría, la superioridad de la raza aria, la instrumentalización del ser humano al servicio de valores colectivos o estatales, o la negación de los derechos humanos más elementales, como ocurrió en el Estado nacionalsocialista.*

<sup>1011</sup> *Para os penalistas, à forma perfeita do crime corresponde a pena ordinária e à forma imperfeita a pena extraordinária. Identificar, coleccionar e sistematizar as imperfeições do crime é ao mesmo tempo estudar a anatomia do crime. Desentranhada essa colecção anatómica do estudo das causas de afastamento da pena ordinária, vemos aparecer a moderna teoria geral do crime. E foi nesta que a partir de então se concentrou o esforço de construção dogmática. De tal forma que o tempo mais não fez do que acentuar o caráter “derivado”, “acessório” ou “instrumental” da “doutrina das consequências jurídicas do crime”. Ao ponto de ser remetida para o domínio da política criminal e de alegadamente perder a sua natureza dogmática, para onde hoje regressa, ao encontro da sua origem.* ALVES (2014:14).

<sup>1012</sup> DEMURO (2007:94). No mesmo sentido, LAURENZO COPELLO (1999:36) e MARTELETO FILHO (2018:330-331).

dirigido, principalmente, às funções do Direito Penal e aos fins da pena. As escolas penais de alguma maneira refletem as escolhas político-criminais dos penalistas que as integram, ainda que não houvesse um pensamento uniforme entre eles, e, por isso, serviram de fio condutor para a construção das respectivas teses.

C – Os representantes da “Escola Clássica”, influenciados pelo contratualismo, iluminismo e liberalismo político, defendiam um modelo de Estado minimamente intervencionista, objetivando limitar o arbítrio judiciário. O método dogmático utilizado por eles era racionalista, abstrato e dedutivo. A responsabilidade penal decorria da racionalidade do ser humano, que possui capacidade de decisão e autodeterminação, ou seja, livre-arbítrio. As penas tinham caráter preventivo e deveriam ser certas, necessárias, úteis, legalmente previstas, proporcionais e, principalmente, humanas. Eram impostas como forma de manter a estabilidade social.

Na Alemanha, a Escola Clássica optou por uma metodologia diversa, influenciada pelos filósofos Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Para Kant, os homens eram autônomos, morais, racionais. Tinham liberdade de agir e capacidade de distinguir o certo do errado. A pena era uma reação merecida, proporcional e retributiva à ação violadora das leis universais criadas pelo próprio ser humano. Hegel, por sua vez, defendia que somente as pessoas que alcançassem o estágio de autoconhecimento eram consideradas detentoras de livre-arbítrio. Por isso, a culpabilidade dependia de um ato voluntário e da representação do resultado como necessário. As penas, em seu entendimento, também eram retributivas, como forma de negar o crime, reafirmar o Direito e evitar a instrumentalização do indivíduo.

Por pregarem um sistema mais racional, é possível concluir, ainda que de maneira genérica, que a teoria do dolo e da negligência tinha menos relação com questões morais e mais com o que se entendia serem as próprias funções do Direito Penal. Além disso, houve uma tendência de subjetivação do dolo, psicológico, cognitivo e volitivo.

Feuerbach defendia uma política criminal de limitação do poder estatal, humanização das penas e de prevenção geral negativa. A finalidade da pena era, assim, evitar a violação do contrato social, pelo mau uso do livre-arbítrio – teoria da coação psicológica. E esse modelo liberal-humanitário foi fundamental para ele adotar um conceito de dolo psicológico, volitivo e mais restrito, abrangendo somente as hipóteses que hoje se assemelhariam ao dolo direto de primeiro e segundo grau. Situações contemporâneas típicas de dolo eventual eram tidas por ele como ações culposas, assim como o resultado subsequente, não desejado, mas que qualificava o crime inicialmente cometido (culpa determinada por dolo). O

doutrinador chegou a adotar a *praesumptio doli* e o *dolo ex re*, objetivando a facilitação processual da imputação subjetiva, posicionamento esse alterado posteriormente.

Francesco Carrara, para além de representar o movimento clássico, era um adepto do jusnaturalismo. Segundo ele, o crime era uma violação ao Direito natural por um sujeito imputável que abusava de seu livre-arbítrio. O *jus puniendi*, portanto, sustentava-se na ideia de livre-arbítrio, imputabilidade moral e na necessidade natural de proteger o sistema jurídico efetivamente violado. As penas tinham um caráter preventivo geral e especial. Por essas razões, somente as ações voluntariamente destinadas à violação das leis poderiam ser punidas. Consequentemente, o doutrinador adotava uma abordagem completa de dolo, composto por elementos intelectivos e volitivos, ou seja, intenção de praticar, de forma livre, um ato sabidamente contrário à lei (*dolus malus*), cujo resultado era previsível. A previsão e a previsibilidade do resultado refletiam o perigo social da conduta e, por conseguinte, influenciavam a aferição do grau de intencionalidade, possibilitando a distinção entre dolo, negligência e caso fortuito, com efeitos na dosagem da pena.

Pascoal de Mello Freire dos Reis também consagrava o livre-arbítrio. Ele propunha uma política criminal utilitarista e laica. O direito de punir dependia de uma efetiva ofensa à sociedade ou a terceiros. A pena, como consequência, tinha um caráter eclético, no sentido de assumir as funções de prevenção geral e especial, ressocialização do delinquente e de garantir a segurança da vítima. O penalista português não aprofunda no tema da imputação subjetiva, mas, ainda assim, fica clara a opção por um dolo psicológico, cognitivo e volitivo, caracterizado pelo ânimo, intenção e vontade de delinquir, e servia como termômetro para a pena a ser imposta, de maneira a torná-la útil, seguindo os fins de prevenção e ressocialização.

D – Os positivistas empregaram o método indutivo/empírico na construção da dogmática penal. Eles apoiavam-se nas relações de causa e efeito para negarem a autonomia individual, o livre-arbítrio e defenderem que o sujeito estava submetido a um determinismo biológico, sociológico e/ou psicológico. Como consequência, a responsabilidade penal não podia ter como fundamento a culpa moral pela ação, mas somente a defesa social. Assim, pregavam um incremento do poder punitivo, seletivo, baseado no autor e não no fato, seguindo-se uma política criminal com direção antropobiológica, determinista. Isso teve reflexos na imputação subjetiva, ou seja, exigia-se menos para a caracterização da conduta dolosa, bastando o elemento intelectivo. A consciência da ilicitude da conduta, para alguns, servia de termômetro da malignidade do agente, mas, para outros, demandava uma maior atividade probatória, dificultando, por conseguinte, a responsabilização penal, por isso não era ponto pacífico entre eles a imprescindibilidade de sua exigência.

Enrico Ferri negava o livre-arbítrio. Defendia um Direito Penal focado no autor, em sua personalidade, periculosidade e readaptabilidade social. Para ele, todos os criminosos possuíam alguma anomalia. E a pena era um mecanismo de defesa da convivência comunitária, cujos objetivos eram repreender, curar e reeducar. A sua dosagem dependia da análise de como aquela determinada ação criminosa expressava a personalidade do agente, objetivando a sanção mais adequada à reabilitação, em cada caso concreto. Como consequência, para a caracterização do dolo, a intenção deveria comportar a consciência da ilicitude da conduta (*dolus malus*), que indicaria o grau de perversidade e malignidade do agente. No caso do dolo eventual, bastava a representação ideal ou a previsão de que o resultado poderia advir de determinada ação, independentemente da intenção do agente. A negligência configurava-se com a não previsão do resultado pelo sujeito e a responsabilidade penal se justificava pela involuntária falta de previdência. A medida da pena dependia dos níveis de previsibilidade do resultado e de precaução e atenção empregados pelo sujeito. A prova dos elementos subjetivos resultava da análise fática, não se admitindo presunções. As qualidades do criminoso tinham relevância, nesse aspecto.

Raffaele Garofalo também adotava uma postura determinista, no sentido de que o criminoso era portador de uma anomalia, sob influência dos mais diversos fatores biológicos, culturais, sociais etc. A pena a ser imposta, em sua concepção, não dependia do grau de voluntariedade da ação, que era imensurável, mas, principalmente, do nível de periculosidade do agente, suas características subjetivas, que podiam ser aferidas por meio da sua intencionalidade, quando da execução do ato criminoso. Ela destinava-se à prevenção especial, com o objetivo de eliminar absoluta ou relativamente os que não estão adaptados ao meio social, para evitar a reincidência. A prevenção geral também importava, mas de maneira reflexa. Garofalo não trata com profundidade da conceituação de dolo e negligência, ou da forma de sua imputação, até porque isso tem pouco relevo para o doutrinador, já que o mais importante é justamente a personalidade daquele que praticou a conduta criminosa.

Na mesma linha, Franz von Liszt era contrário à ideia de livre-arbítrio, ainda que, para a configuração do delito, a ação humana devesse ser voluntária, no sentido de que não fora condicionada por uma coação física ou psíquica. A pena, para ele, era uma consequência necessária do delito. Tinha por fins a prevenção geral e, principalmente, especial, de modo a intimidar, eliminar ou ressocializar o delinquente, evitar sua reincidência. Logo, as motivações, as intenções e o passado do sujeito que praticou um fato concreto eram considerados na fixação da sanção, como reflexo da sua culpabilidade e, especialmente,

da sua periculosidade. Nesse aspecto, o dolo e a negligência traçavam um vínculo psicológico entre o fato e o resultado. Esses elementos estavam inseridos na parte subjetiva, denominada culpa. O dolo de Liszt era um *dolus bonus*, não se exigia a consciência de que a ação era ilícita, que inviabilizaria o sistema pela dificuldade probatória. Ele foi o precursor da teoria da representação, segundo a qual bastava o elemento intelectual para a configuração do dolo. O pensamento dele evoluiu até que insere o elemento “aprovação”. Ainda, era contrário à doutrina do dolo indireto, que permitia a responsabilização do indivíduo pelas outras consequências de sua ação delitiva não efetivamente representadas, mas que resultaram do seu curso causal. Quanto à conduta culposa, Liszt defendia que sua punição decorria da quebra de um dever de cuidado que a ordem jurídica impõe objetivamente a todos, causando um resultado previsível, porém não previsto. Em sendo previsto, a responsabilização culposa dependia do fato de haver ou não a esperança de que o resultado não ocorreria. Apesar dessa definição, Liszt não diferenciava a culpa consciente e inconsciente, prevendo as mesmas consequências jurídicas para ambas.

O português José Caeiro da Mata, seguindo a tendência dos demais positivistas, desprezava o livre-arbítrio. Em sua ótica, o sujeito era criminoso por uma anomalia orgânica, psíquica ou social, hereditária ou adquirida. Ainda assim, a conduta criminosa deveria ser voluntária, no sentido de que o agente conhece a ilicitude e tem o poder de dirigi-la. Ele negava as teorias retributivas da pena, pois esta deveria servir apenas à defesa preventiva da sociedade. Por isso, estabelecia a necessidade da adoção de uma série de medidas profiláticas em um primeiro momento. Só com o fracasso delas é que se tornavam imprescindíveis as medidas repressivas, com os objetivos de prevenção geral e de regeneração. Assim, utilizava o dolo e a negligência como indicadores da periculosidade e temibilidade do sujeito, com o fim de adaptar a pena às necessidades do caso concreto. O dolo consistia no querer o resultado ilícito (*dolus malus*), ou ao menos em sua previsão. Seguindo essa linha, Caeiro da Mata distinguia dolo determinado, dolo indeterminado e dolo eventual. O primeiro consistia na intenção direta de violar determinado bem jurídico. No dolo indeterminado, o sujeito praticava uma ação capaz de causar resultados ilícitos distintos, previsíveis. Por fim, no dolo eventual, o sujeito produz um resultado mais grave do que previu ou pôde prever, cabendo, no máximo, a responsabilização por negligência. Também incorria em negligência aquele que não quis e não previu subjetivamente o resultado previsível objetivamente, mas que o deveria ter impedido. Caeiro da Mata classificava a culpa como grave, leve ou levíssima, a depender do grau de previsibilidade do resultado.

E – Os representantes do neokantismo distinguiram as ciências naturais das ciências de espírito, incluindo a criminologia no primeiro grupo e a ciência do Direito no segundo.

Eles buscaram estabelecer um sistema penal teleológico, baseado nos fins das penas e nos anseios sociais, o que reaproximava o Direito Penal da política criminal. As penas tinham um caráter retributivo, de reeducação/tratamento e eliminação, principalmente daqueles considerados delinquentes habituais. Na culpabilidade, antes restrita à ideia psicológica de dolo e negligência, foram inseridos elementos normativos. Esse sistema mais maleável, complementado pela doutrina positivista ainda predominante, permitiu que houvesse maior interferência moral e política sobre o Direito Penal e até mesmo o endurecimento das suas regras, sob pretexto da necessidade de proteção dos interesses Estatais.

Reginald Frank inseriu fatores normativos na culpabilidade, oportunidade em que criou a denominada teoria da culpabilidade normativa. Ela compreendia a imputabilidade, dolo e negligência, além de outros elementos adjacentes. O dolo era puramente cognitivo, consistia no conhecimento das circunstâncias de fato que integram o tipo legal e na previsão do resultado danoso. A vontade compunha a ação causal, não tendo relação com o resultado. Não era imprescindível o conhecimento da antijuridicidade do fato (*dolus malus*), pois se exigia que o sujeito tivesse consciência ética do que é socialmente permitido ou proibido. A negligência caracterizava-se pela mera capacidade de discernir sobre o resultado danoso. Frank desenvolveu duas fórmulas, cujo objetivo era diferenciar o dolo eventual e a negligência consciente. Por meio da primeira fórmula, deveria ser ponderado se o sujeito que praticou o crime, na hipótese em que houvesse previsto que determinado resultado ilícito possível era certo, teria ele desistido ou não de sua ação. No primeiro caso restaria configurada a culpa consciente e, no segundo, o dolo eventual. Por uma necessidade político-criminal, Frank cria a segunda fórmula, adicionando a indiferença como fator relevante para a atribuição do dolo. Assim, estabelecia a necessidade de punir de maneira mais severa aqueles que previram o resultado e se deixaram determinar por essa previsão ou agiram com indiferença frente a ela, ao invés de se absterem de praticar aquela conduta.

Edmund Mezger exerceu a dogmática penal nos períodos anterior, contemporâneo e posterior à segunda guerra mundial, adaptando suas teorias às necessidades de cada momento. Inclusive, sua doutrina serviu de apoio ao governo nacional-socialista alemão. E nesse período, principalmente, assumiu uma postura de certa forma determinista, no sentido de que fatores biológicos, hereditários, sociais e psicológicos são imperiosos na compreensão do criminoso. Estabeleceu, ainda, a pena como maneira de eliminar aqueles que não assimilaram bem os valores sociais propostos pelo regime totalitário, de modo a aprimorar a espécie e resguardar a raça e o povo. O Direito Penal, para ele, era um instrumento de pacificação social, que tinha por objetivo a luta contra o crime por meio das penas e de outras medidas. A pena tinha como principal finalidade a retribuição, mas sem desprezar a

prevenção, geral e especial. Mezger era um adepto das teorias do consentimento como reflexo da finalidade retributiva que conferia à pena. O dolo e a negligência eram formas, respectivamente, mais e menos graves da culpabilidade. Utilizava um conceito completo de *dolus malus* que compreendia conhecimento, vontade do fato e consciência da ilicitude. Mais do que isso, reconhecia como conduta dolosa aquela praticada com desconhecimento/desprezo pelos valores jurídicos vigentes, o que chamava de cegueira jurídica. Ainda, classificava o dolo em imediato (ou dolo direto de primeiro grau), indireto e condicionado. O primeiro caracterizava-se pelo que o autor queria diretamente com sua ação. O dolo indireto, ou dolo direto de segundo grau, consistia na efetiva representação pelo agente de consequência necessária ou efeito acessório daquele fato, com uma presunção do aspecto volitivo. Por fim, o dolo condicionado ou eventual é aquele em que o agente representa um fato como possível e ainda assim aprova a sua realização, podendo-se aplicar a mesma presunção. A negligência configurava-se com a violação de um dever de cuidado, cuja observância evitaria o resultado danoso. Mezger distinguia a culpa consciente e inconsciente, a depender da previsibilidade ou não das consequências de sua conduta, desde que previsíveis.

F – Vê-se, portanto, que os modelos, os métodos científicos, a ideologia político-social e as filiações filosóficas presentes em cada escola penal tiveram forte influência na forma como cada penalista dessa escola concebeu a sua teoria da imputação subjetiva. Não se pode esquecer que as categorias dolo e negligência são opções político-criminais de punir mais ou menos severamente determinados tipos de condutas criminosas.

Assim, na Escola Clássica, predominava a ideia de limitação do poder estatal e humanização das penas. Por isso criaram menos tipologias de dolo e exigiram mais para sua configuração – elementos volitivo e cognitivo.

Os positivistas, no intuito de incrementar o rigor penal, de forma evidentemente seletiva, adotavam mais tipos de dolo, com menos requisitos, suficientes para que se pudesse compreender o caráter do agente e a necessidade da punição em prol da prevenção especial.

Por fim, os Neokantistas criaram um sistema mais maleável, o que permitiu a Mezger, por exemplo, camuflar suas reais intenções de apoio ao regime nacional-socialista. Ele utilizou-se de um conceito completo de dolo direto (cognitivo, volitivo e com consciência de ilicitude), em tese de mais difícil caracterização, mas que, na prática, foi muito eficiente na tarefa de higienização racial.

G – E esse foi o real propósito deste trabalho, investigar como, no período indicado, a dogmática penal foi construída em torno dos valores políticos que se pretendia tutelar,

utilizando as teorias da imputação subjetiva apenas a título exemplificativo, pois se poderia ter realizado exercício semelhante sobre os demais elementos do crime.

Para além dos resultados obtidos com a pesquisa, foi possível perceber, ainda, que a influência entre a dogmática penal e a política criminal não operava como uma via de mão única. Enquanto a postura filosófica dos penalistas sobre o determinismo e o livre-arbítrio conferia fundamento à pena e seus fins, o êxito daquilo que era proposto dependia da forma como eram estabelecidos e utilizados os elementos da imputação subjetiva, ora com ampliação do alcance dogmático ou facilitação da atividade probatória, ora com restrições de um ou ambos. Portanto, a dogmática também contribuiu com a reflexão, os debates e os estudos da política criminal, de maneira que a relação entre esses ramos científicos se mostrou de dupla via<sup>1013</sup>.

Oportuno mencionar que a intenção nunca foi de promover uma análise crítica sobre essa relação, com quaisquer juízos de valor, mas simplesmente demonstrar como na realidade isso efetivamente ocorreu, de modo a permitir que os dados colhidos possam de alguma forma auxiliar no tortuoso debate atual. Almeja-se que a conclusão a respeito dessa relação, bem assim dos demais dados colhidos e reflexões desenvolvidas ao longo da pesquisa possam contribuir para o debate da ciência jurídica, sob a perspectiva histórica, doutrinária e acadêmica, sem prejuízo de que os operadores do Direito dela façam uso para o desenvolvimento da atividade prática e cotidiana como fonte de conhecimento.

---

<sup>1013</sup> Sobre essa relação, E ZIPF (1979:05-06) discorre que: *Del tratamiento politicocriminal y dogmaticopenal de este problema en particular, elegido como modelo, cabe inferir conclusiones sobre la relación entre Política criminal y dogmática juridicopenal. Ambas son dos ámbitos independientes, pero que se compenetran en múltiples aspectos. Así, es misión de la dogmática en el marco de la Política criminal 'conseguir posibilidades de solución con el sistema para objetivos politicocriminales. La Política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como, viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global politicocriminal, dado que su efectividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos político criminales.*

## Referências Bibliográficas

- ALVES, Sílvia, *Punir e humanizar. O Direito Penal setecentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- AMBOS, Kai, “Criminología nacionalsocialista. Continuidad y radicalización”. In *Indret*, n° 1, 2020, pp. 364-393.
- AQUINO, Santo Tomas, *Suma de Teologia*, C. 92, a. 1 (tradução para o espanhol de O. P. Damián Byrne, 4ª edição, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001).
- ARENDT, Hannah, *The life of the mind*. San Diego, New York, London: Harcourt, Inc., 1977.
- ARISTÓTELES, *Ética a nicômano* (tradução para o português de Edson Bini, 4ª edição, São Paulo: Editora Edipro, 2018).
- AZEVEDO, Luiz Carlos de, “O Direito Visigótico”. In *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol 96, 2001, pg. 3-15.
- BACELAR, Renan Victor Boy, *Direito Canônico. Vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental*. Belo Horizonte: Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2018.
- BAR, Carl Ludwig Von, et al., *The continental legal history series. A History of Continental Criminal Law* (tradução para o inglês de Thomas S. Bell, et al., Boston: Little, Brown, and Company, volume VI, 1916).
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal* (tradução para o português de Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Editora Revan, 3ª edição, 1999).
- BATISTA, Nilo, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*. Edizione di riferimento a cura di Renato Fabietti, Milano, 1973.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1993.
- BELDA PLANS, Juan, *Diego de Covarrubias*. Madrid: Biblioteca Virtual Ignacio Larramendi de Polígrafos, 2016.
- BIRMAN, Joel, “Genealogia da reprovação. Sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal”. In André Nascimento e Nilo Batista (org.), *Cem anos de reprovação. Uma contribuição para a crise da culpabilidade*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, pp. 85-101.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Política criminal*. Barcelona: Bosch Editor, tomos I e II, 2007.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*. 2ª edição, Valência: Editora Tirant lo Blanc, 2011.

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: n°. LVI, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio, *Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em Perspectiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- BRANDÃO, Cláudio, “O Direito no pensamento romano”. In Cláudio Brandão (coord.), et al., *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*, São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 121-133.
- BRANDÃO, Cláudio, “Direito no pensamento jurídico medieval”. In Cláudio Brandão (coord.), et al., *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*, São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 134-146.
- CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite, *Dolo y Lenguaje: Hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del Lenguaje*. Sevilha: Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide, 2016.
- CANO LÓPEZ, Francisca, “La influencia del positivismo en la criminología y penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición”. In Iñaki Riviera Beiras (coord), et al., *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*, Barcelona: Anthropos editorial, 2004, pp. 61-80.
- CARRARA, Francesco, *Opuscoli di diritto criminale*. Florença: Fratelli Cammelli, 1909.
- CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho Penal, parte geral, tomos I e II*, 1890 (tradução para o espanhol de Octavio Béeche e Alberto Gallegos, São José da Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2000).
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros, *Crime e sociedade complexa. Uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização*. Campinas: Editora LZN, 2005.
- COMTE, Augusto, *Discurso preliminar sobre o espírito positivo* (tradução para o português de Renato Barboza Rodrigues Pereira, edição eletrônica de Ridendo Castigat Mores, 2002).
- COSTA, Pedro Jorge, “Dolo Penal e sua prova”. In Cláudio Brandão (coord.), *Coleção ciência criminal contemporânea*, São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- COSTA, Pedro Jorge, “O dolo no Direito Romano: conceito, prova e suas influências posteriores”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 124, 2016, pp. 37-63.
- COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga. Estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia Antiga e de Roma* (tradução de Edson Bini, 4ª edição, São Paulo/Bauru: Editora Edipro, 2009).
- CURY URZÚA, Enrique, “De la normativización de la culpabilidad a la normativización de la teoría del delito”. In André Nascimento e Nilo Batista (org.), *Cem anos de reprovção. Uma contribuição para a crise da culpabilidade*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, pp. 67-84.
- DA MATA, José Caeiro, “Actuais tendências legislativas em matéria criminal”. In *Revista da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Imprensa da Universidade, volume 111, pp. 430-446.
- DA MATA, José Caeiro, *Direito Criminal Português, volumes I e II*. Coimbra: F. França Amado, Editor, 1911.

DEL ROSAL, Juan, *Política Criminal*. Barcelona: Bosch, casa editorial, 1948.

DEMURO, Gian Paolo, *Il Dolo. Svolgimento storico del concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

D'ORS, Alvaro, "Los sagrados cánones, entre el misterio y el Derecho". In *Revista Verbo*, Madrid, n° 255-256, mai/jun. 1987, pp. 511-521.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt". In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 20-12, pp. 01-31.

ESCOTO, Juan Duns, *Naturaleza y Voluntad. Quaestiones Super Libros Metaphysicorum Aristoteles, IX, Q. 15* (tradução para o espanhol de Cruz González Ayesta, Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra S. A., 2007).

FERRI, Enrico, *Princípios de Direito Criminal. O Criminoso e o Crime* (tradução para o português de Paolo Capitanio, 2ª edição, Campinas: Editora Bookseller, 1999).

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 4ª edição, Giessen, 1808, pp. 59-60.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Heyer, 1801. Disponível em [http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/feuerbach\\_recht\\_1801](http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/feuerbach_recht_1801), acessado em 09 de janeiro de 2020.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (tradução para o espanhol a partir da 14ª edição alemã de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989).

FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho Penal* (tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde, 1ª edição, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2008).

FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze herausgegeben und erläutert*. 4ª edição, Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903. Disponível em <https://archive.org/details/dasstrafgesetzb01frangoog>, acessado em 04 de janeiro de 2020.

FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (tradução para o espanhol de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, a partir da edição versão original datada de 1907, Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002).

FRANK, Reinhard, "Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre". In *Zeitschrift Fur Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, volume 10, 1890, pp. 169-228. Disponível em <https://zenodo.org/record/2229127#.XeEiCehKjIU>, acessado em 29 de novembro de 2019.

FREIRE, Pascoal José de Mello, *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas*. 3ª edição, Coimbra: na Imprensa da Universidade, 1844.

FREIRE, Pascoal José de Mello, *Instituições de Direito Criminal português*, 1794 (tradução do latim para o português de Miguel Pinto de Meneses, Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 155-156, 1966).

GARCÍAAMADO, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, reimp. 2005.

- GAROFALO, Raffaele, *La criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión* (tradução para o espanhol de Pedro Dorado Montero, Madrid: Fondo Antigo de la Universidad de Sevilla, 1890?).
- GASTALDI, Viviana, *Direito Penal na Grécia Antiga* (tradução para o português de Mônica Sol Glik, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006).
- GILISSEN, John, *Introdução histórica ao Direito* (tradução para o português de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995).
- GIORDANI, Mário Curtis, *Direito Penal Romano*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.
- GRECO, Luís, “Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal', de Roxin”. In *Revista brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, n.º. 20, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia. Entre a facticidade e validade*. Volume II (tradução para o português de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).
- HARPER, Robert Francis, *The Code Of Hammurabi, King of Babylon*. 2ª edição, Chicago: The University of Chicago, 1904.
- HASSEMER, Winfried, “Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania” (tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde. In *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n.º. 8, 1990, pp. 173-186).
- HASSEMER, Winfried, *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política* (tradução para o português de Adriana Beckman Meirelles, et al., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007).
- HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo blanch, 1989).
- HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho* (tradução para o espanhol de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires: Editorial Claridad, 5ª edição, 1968).
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2005.
- HESPANHA, António Manuel, “O direito penal e o seu ensino (c. 1800 – c. 1910)”. In António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva (coords.), *Fontes para a história do direito penal em Portugal (c. 1800 – c. 1910)*, Lisboa: FDUNL, 2006.
- IGNACIO ANITUA, Gabriel, “Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración”. In Iñaki Riviera Beiras (coord), et al., *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*, Barcelona: Anthropos editorial, 2004, pp. 13-32.
- IGNACIO ANITUA, Gabriel, *História dos pensamentos criminológicos* (tradução para o português de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007).
- IHERING, Rudolf Von, *El espíritu del Derecho romano* (tradução para o espanhol de Fernando Vela, Madrid: Editora Marcial Pons, 2005).

JESCHECK, Hans-Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria” (tradução para o espanhol de Patrícia Esquinas Valverde, a partir do original “Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 05-01, pp. 01-19, 2003).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. 3ª edição, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista, tomo VII*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1947.

KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes* (tradução para o português de Paulo Quintela, Lisboa, edições 70, Lda., 2007).

KINDHÄUSER, Urs, “A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?” (tradução para o português de Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155, 2019, pp. 213-225).

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano* (tradução para o espanhol, a partir da 4ª edição alemã, de Juan Miguel, 1ª edição, 2ª reimpressão, Barcelona: Ariel Derecho, 2016).

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y Conocimiento*. Valência: Editora Tirant lo blanch, 1999.

LEITE, Ricardo Savignani Alvares, “Delito público e delito privado: um breve estudo do homicídio culposo e da lesão corporal no direito romano”. In *Revista Liberdades*, IBCCRIM, nº 8, 2011, pp. 150-167.

LIMA, Luís Armando Pereira, “Teoria do crime: elementos sobre a teoria neoclássica (neokantismo). Ou teoria teleológica do delito, ou teoria normativa”. In *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, nº 4309, 2015.

LISZT, Franz Von, *La idea de fin en el Derecho Penal* (tradução para o espanhol de Enrique Aimone Gibson, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994).

LISZT, Franz Von, *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I* (tradução para o português de José Hygino Duarte Pereira, Coleção História do Direito Brasileiro, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006).

LOMBROSO, Cesare, *O Homem delinquente* (tradução para o português de Sebastião José Roque, 3ª reimpressão, São Paulo: Icone editora, 2016).

LUHMANN, Niklas, “El Derecho como sistema social”. In Carlos Gómez-Jara Díez (coord), *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*, Espanha: Editorial Comares, 2005, pp. 69-86.

LAINGUI, André, *La responsabilité pénale dans L'ancien droit (XVI – XVIII siècle)*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

LUISI, Luiz, “Tiberio Deciani e o sistema penal”. In *Direito e Democracia*, revista de ciências jurídicas, Canoas, volume 1, nº. 2, 2000, pp. 189-208.

MARTELETO FILHO, Wagner, *O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais*. Lisboa: Tese doutoral apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

- MENDES, Paulo de Sousa, “*Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio?”. In Manuel da Costa Andrade, et al (org.), *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 615-650.
- MEZGER, Edmund, *Criminología* (tradução para o espanhol de Jose Arturo Rodriguez Munõz, Santiago: Ediciones Olejnik, 2018).
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general* (tradução para o espanhol, a partir da 6ª edição alemã, de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958).
- MEZGER, Edmund, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde, a partir da edição alemã de 1950, Valencia: Tirant lo blanch, 2000).
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I* (tradução para o espanhol de Jose Arturo Rodriguez Munõz, a partir da 2ª edição alemã de 1933, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 3ª edição, 1957).
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2ª edição, 2003.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, “Evolución histórica de la criminología. Ensayo de criminología académica. Primera Parte”. In *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, nº 80, 1988.
- MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho Penal Romano* (tradução para o espanhol de P. Dorado, Madrid: La España Moderna, volumes I e II, 1905).
- MORIN, André Albert, “De l'étude des racines chrétiennes des droits pénaux français, britannique et canadien”. In *Revue générale de droit*, Ottawa, volume 32, nº 2, 2002, pp. 213-304.
- MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo* (tradução para o português de Jefferson Luiz Camargo, 2ª edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Dogmática jurídico penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, volume 105, 2013, pp. 95-117.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalismo*. Valência: Tirant lo blanch, 4ª edição, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, vol. II, 1994, pp. 1025-1050.
- PALMA, Maria Fernanda, “A vontade no dolo eventual”. In *Rui Manuel de Mora Ramos, et al (org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, volume II, Coimbra: Editora Almedina, 2002, pp. 795-833.
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal: Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. Lisboa: AAFDL Editora, 2ª edição, 2017a.

- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal: parte geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL Editora, 3ª edição, 2017b.
- PALMA, Maria Fernanda, “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade Portuguesa à actual questão metodológica”. In Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fascículo 3º, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 351-447.
- PALMA, Maria Fernanda, “Exclusão do dolo por erro”. In Manuel da Costa de Andrade, et al. (org.), *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao professor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra editora, 2013, pp. 613-636.
- PASOLD, Cesar Luiz, *Metodologia da pesquisa jurídica*. 13ª edição, Florianópolis: Conceito editorial, 2015.
- PEREDA, Julián, “Covarrubias Penalista”. In Eugenio Cuello Calon (diretor), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, nº. 3, 1957.
- PINTO JUNIOR, João José, *Curso elementar de Direito Romano*. Pernambuco: Typographia Economica, 1988.
- PLATÃO, *A República* (tradução para o português de Edson Bini, 2ª edição, São Paulo: Editora Edipro, 2016).
- PLATÃO, *As Leis* (tradução para o português de Edson Bini, 2ª edição, São Paulo: Editora Edipro, 2010).
- PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2014.
- POULASTROU, MARTÍN, “Desigualdad social y castigo. Aportes del iluminismo para una criminología radical”. In Iñaki Riviera Beiras (coord), et al., *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*, Barcelona: Anthropos editorial, 2004, pp. 33-59.
- PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume I, 2005.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, *A teoria penal de J. P. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do Direito Penal contemporâneo na obra de J. P. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*. São Paulo: tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, *El dolo y su prueba em el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.
- RICKERT, GailAnn, *Ekon and Akon in early Greek thought*. Atlanta: The American Philological Association, 1989.
- ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A., 1981).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte geral. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2ª edição, Madrid: Editora Civitas, 1997).

- ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal* (tradução para o espanhol de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2000).
- ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito* (tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992).
- ROXIN, Claus, *Política criminal y systema del derecho penal* (tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde, 2ª edição, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002).
- SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, Armando, *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*. Barcelona: Tese doutoral defendida na Universidad de Barcelona, jun. 2017.
- SANTO AGOSTINHO, *O livre-arbítrio* (tradução para o português de Nair de Assis de Oliveira, 2ª edição, São Paulo: Editora Paulus, 1995).
- SCHAFFSTEIN, Federico, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo* (tradução para o espanhol de Jose Maria Rodrigues Devesa, Madrid: Instituto de estudios politicos, 1957).
- SCHÜNEMANN, Bernd, “La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal” (tradução para o espanhol de Margarita Martínez de Escamilla. In *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 44, fasc/mês 3, 1991, pp. 693-714).
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff” (tradução para o Espanhol de Mariana Sacher e Carlos Suárez González, “De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo”, in *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*”. Madrid: Editora Tecnos, 2002, pp. 97-111).
- SCOTT, Samuel P., *The Civil Law*. Cincinnati: The Central Trust Company, volumes I, II e XII, 1932. Disponível em <http://www.constitution.org/sps/sps.htm>, acessado em 17 de dezembro de 2018.
- SCOTT, Samuel P., *The Visigothic Code*. Boston: The Boston Book Company, 1910. Disponível em [http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/0506-0506,\\_AA\\_VV,\\_Leges\\_Romanae\\_Visigotorum\\_\[Scott\\_JP\\_Curatore\],\\_EN.pdf](http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/0506-0506,_AA_VV,_Leges_Romanae_Visigotorum_[Scott_JP_Curatore],_EN.pdf), acessado em 03 de janeiro de 2019.
- SECCO, Antonio Luiz de Sousa Henriques, *Manual histórico de Direito Romano*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848.
- SILVA JUNIOR, Walter Nunes da, *Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. Recife: Tese apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – Centro de Ciências Jurídicas/ UFPE, como requisito para a obtenção de título de Doutor em Direito Processual Penal, 2005.
- SOUZA, Draiton Gonzaga de, “Feuerbach e a questão do livre-arbítrio: acerca dos pressupostos filosóficos do Direito Penal”. In *Revista de Estudos Criminais*, n° 50, Porto Alegre, julho/setembro, 2003, pp. 45-60.
- TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches system* (tradução para o português de José Engrácia Antunes, *O Direito como um sistema autopoietico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993).

- THÓT, Ladislau, “A política criminal”. In Rodolfo Xavier da Silva (org.), *Boletim do Instituto de Criminologia. Revista de Criminologia, Antropologia, Polícia Científica, Psiquiatria e Legislação*, volume VII, série III, ano IV, Lisboa, 1925.
- TORRÃO, Fernando, “A criminologia na renovada *gesamte Strafrechtswissenschaft* (Dogmática Penal enquanto barreira transponível da Política Criminal?)”. In *Lusíada. Direito*, n.º 5 e 6, Porto, 2012, pp. 23-40.
- VARELA, Lorena, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*. Espanha: Bosch Editor, set., 2016.
- VELÁSQUEZ, Fernando, “Beccaria y los límites al derecho de castigar”. In *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Volume 3, n.º 1/2, 2015.
- VORMBAUM, Thomas, *A Modern History of German Criminal Law* (tradução para o inglês de Margaret Hiley, Reino Unido: Springer-Verlag, 2014).
- WATSON, Alan, *The Digest of Justinian*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, volume IV.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª edição, Madrid: Editora Tecnos S. A., 1983.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Doutrina Penal Nazista. A dogmática penal alemã entre 1933 a 1945* (tradução para o português de Rodrigo Murad do Prado, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 1ª edição, 2019).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *O inimigo no Direito Penal* (tradução para o português de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal brasileiro, parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2004.
- ZANOTTI, Andrea, “*Actus humanus* e principio di responsabilità”. In *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, Milano: n.º 18/2015, mai. 2015.
- ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal* (trad. para o espanhol de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Jaén: Edersa, 1979).