

EPISTEMOLOGIA DO DIREITO PENAL: PRIMEIRAS NOTAS

EPISTEMOLOGY OF CRIMINAL LAW: FIRST NOTES

Cláudio Brandão¹
PUC Minas

Resumo

A cientificidade do direito penal somente foi proposta pelo neokantismo do século vinte. Entretanto, o método construído por essa escola se utilizou diretamente de instituições referentes à legalidade e à teoria do crime, estabelecidas mais de um século antes. Nesse contexto, mais de uma escola do pensamento penal, quer anterior quer posterior ao neokantismo, interferirão na cientificidade do direito penal.

Palavras-chaves

História da ciência penal. Método penal. Epistemologia penal.

Abstract

The scientificity of criminal law was only proposed by the neo-Kantianism of the twentieth century. However, the method proposed by this school made direct use of constructions referring to legality and theory of crime, established more than a century earlier. In this context, much more schools of penal thought, either before or after neo-Kantianism, will interfere in the scientificity of criminal law.

Keywords

History of criminal science. Penal method. Penal epistemology.

1. Introdução: A vinculação do Direito Penal à ciência em função da crítica ao positivismo

Apenas no início do século vinte encontramos os primeiros esforços para vincular o discurso normativo produzido em face do Direito Penal à ciência. Com efeito, foi através da afirmação das escolas do pensamento estruturadas em torno da utilização dos escritos de Kant para a crítica ao tratamento positivista da ciência, nomeadamente o neokantismo, que se

¹ Professor do Programa de Pós-graduação e da Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professor do Programa de Pós-graduação e da Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor Titular da UFPE. Professor visitante regular da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (desde 2009). Professor visitante da Universidade de Roma – Tor Vergata (desde 2019).

desenvolveu esse objetivo na Alemanha. O neokantismo defendeu uma quebra na teoria do conhecimento para diferenciar a cientificidade do objeto cultural de investigação, em paralelo ao tratamento do objeto natural, o qual era o paradigma de cientificidade do positivismo, escola dominante no século anterior.

Assim, para o positivismo, apenas a criminologia, tomada como uma ciência baseada em um paradigma ontológico, foi definida como um conhecimento científico². Essa corrente não tratava o Direito Penal como ciência, visto que ele tem objeto normativo de investigação, o qual é caracterizado por ser cultural e mutável. Ademais, o Direito Penal também não possui o caráter de universalidade e o de generalidade, advindo das ciências da natureza. Por conseguinte, ele seria um conhecimento acientífico.

A crítica neokantista partia de uma dicotomia, distinguem-se as ciências que possuíam um ato gnosiológico da explicação, que eram chamadas de ciências da natureza, das ciências que tinham um ato gnosiológico de compreensão valorativa, chamadas de ciências da cultura. As ciências culturais, também denominadas de ciências do espírito humano, caracterizam-se pela interação do *sujeito cognoscendi* com o objeto de investigação, por meio da realização de juízos de valor.

Com efeito,

“O neokantismo, na tentativa de superar o conceito positivista de ciência, procurou fundamentar a natureza científica da atividade jurídica, distinguindo entre ciências da natureza e ciências do espírito. Ambas, diziam os neokantianos, são ciências autênticas

² “A criminologia positivista é autodefinida como a ciência do delito, que investiga suas causas e os meios para combatê-lo. (...) Note-se que o período positivista negou o caráter de ciência ao Direito Penal, que era um saber normativo. As relações entre a criminologia e o direito penal eram tão harmoniosas que se construiu o conceito de ciência integrada do direito penal, assim denominada porque a criminologia era mesmo subordinada ao direito penal. O método das ciências naturais utilizado para explicar os comportamentos delitivos esgotava o saber criminológico, que não era pertinente com a realização de juízos de valor”. BRANDÃO, Cláudio. Criminologia no contexto da modernidade periférica: as agências de controle do sistema penal e a criminalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 149, 2018, p. 361.

porque têm um objeto específico e um método próprio para investigá-lo e, justamente por isso, diferem uma da outra. As ciências da natureza estudam seu objeto do ponto de vista causal ou explicativo e as ciências do espírito estudam o seu, usando um método abrangente referido ao valor. A ciência do direito se inclui entre estas últimas, pois em seus esforços para conhecer o direito positivo, objeto de sua investigação, deve recorrer a uma avaliação”.³

O estudo filosófico da cientificidade do saber penal, isto é, a epistemologia penal, não poderia prescindir, entretanto, do conhecimento produzido anteriormente. Com efeito, o Direito Penal, como ciência cultural que é, tem por objeto o discurso jurídico gerado a partir da norma, assim ele dependerá de elementos e instituições engendradas após a afirmação do Princípio da Legalidade como veículo para a ontologia normativa. Ocorre que esse princípio foi desenvolvido a partir do século dezenove e, nesse contexto, a epistemologia penal teve que buscar o conhecimento determinado em período histórico anterior para conferir a ele um tratamento metodológico, com o escopo de configurar as bases de um sistema teórico capaz de dar a coerência lógica e axiológica ao discurso penal.

Isto posto, consigne-se que o neokantismo penal partiu do positivismo penal para recompreendê-lo à luz de um método: o método valorativo. Gustav Radbruch, que foi um dos principais artífices da epistemologia penal, utilizou-se dos elementos do sistema positivista do crime elaborado pelo seu antigo professor – Franz von Liszt – para renovar as instituições propostas por ele por meio de valorações, as quais eram alheias ao positivismo mas operavam efeitos axiológicos nos referidos elementos construídos por meio dele. Esse método valorativo servia para a construção de um sistema teórico que superava a própria norma e abarcava na argumentação em torno dela conhecimentos que se referiam a elementos de outra ordem, quer políticos, quer históricos. Por isso, Schmidt afirma que:

³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: BdF. 2001, pp. 164-165.

“A ciência do direito penal não é para Gustav Radbruch apenas a doutrina puramente jurídica das normas, conceitos e problemas sistemáticos do direito penal atual, ou seja, bem no espírito do seu professor Franz von Liszt, ao contrário, sempre tomou na ciência do direito penal o sentido mais abrangente, segundo o qual ela, além da dogmática jurídica, também inclui a política criminal, bem como inclui a história penal, o que vai muito além do jurídico propriamente dito na sua área de pesquisa.”⁴

Nesse contexto, fixar um período anterior ao neokantismo para identificar os antecedentes próximos da epistemologia penal depende da fixação de um critério, que sempre terá algum grau de equivocidade. O anteriormente citado Princípio da Legalidade é a instituição mais adequada para esse fim, portanto os elementos que possibilitaram a construção de um sistema teórico, posteriormente compreendidos valorativamente por meio do método penal, foram engendrados após e a partir do século dezenove.

2. A argumentação limitadora do poder de punir e a visão de conjunto do discurso penal: o limite valorativo do método científico.

Porque existem menções da utilização da violência como resposta social desde os primeiros registros de sociedade, pode-se afirmar que o saber penal – que com a escrita foi perenizado através de um discurso – é tão antigo quanto o registro escrutável da história humana.

⁴ Tradução livre de: *“Die Strafrechtswissenschaft ist für Gustav Radbruch nicht nur die rein juristische Lehre von den Normen, Begriffen und systematischen Problemen des geltenden Strafrechts, das heißt also Strafrechtsdogmatik gewesen, vielmehr hat er ganz im Sinne seines Lehrers Franz von Liszt Strafrechtswissenschaft immer in jenem umfassenden Sinne genommen, wonach die Strafrechtswissenschaft neben der juristischen Dogmatik auch die weit über das eigentlich Juristische hinausgreifende Kriminalpolitik sowie die Strafrechtsgeschichte in ihren Forschungsbereich einzubeziehen hat.”* SCHMIDT, Ebehardt. Gustav Radbruch zum Gedächtnis, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1951, p. 150.

Existem anteriormente ao século que estabelece a construção jurídico-teórica do Princípio da Legalidade – o século dezenove – abundantes escritos que versam sobre o discurso penal, muitos deles de importância hodierna inegável porquanto construíram instituições que são utilizadas até os nossos dias. Assim, para exemplificar, notem-se dois casos: (i) a legítima defesa tem seu surgimento com o Direito Canônico, vez que foi ele quem originalmente regulou a *moderamen inculpatae tutelae*, que se traduzia na reação de defesa frente a uma agressão injusta à vida; (ii) o Direito Romano traz um catálogo de crimes em espécie no *libri terribilis* do Digesto, que nos conformam os elementos de vários crimes, como é o caso do peculato (*depeculatus*) e da concussão (*concutio*).

Todos esses discursos penais tem uma característica comum: a ausência de um método que limite o poder de punir. Ressalte-se que a violência institucionalizada – que existe no uso do Direito Penal pelos Estados totalitários⁵, por exemplo – não depende do citado método para ter existência. O saber penal e seu discurso, bem como o Direito Penal totalitário, são expressões de poder de subjugação do ser humano cuja essência não depende da epistemologia penal.

⁵ Nesse sentido, afirma Muñoz Conde que: “a partir de esa época, el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el "imperio de la ley. (...) La importancia de este adelanto se mostró posteriormente, cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible, amenazando con penas a conductas indiferentes desde el punto de vista éticosocial y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable” MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: BdF. 2001, p. 106. Mir Puig aponta como o nazismo desvirtuou as instituições científicas, a partir do exemplo do bem jurídico: “La actitud de la ciencia penal nacional-socialista frente al bien jurídico suele mostrarse como ejemplo del significado político liberal de éste. Amelung muestra cómo tal planteamiento debe ser revisado. Ciertamente que en un primer momento el bien jurídico fue rechazado, como signo individualista, por la escuela de Kiel (así, Dahm y Schaffstein). Pero en 1937 y 1938 estos mismos autores lo aceptaron en sendos trabajos, después de que el neokantiano Schwinge y el nacional-socialista Klee defendiesen la compatibilidad de bien jurídico y nacional-socialismo”. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: BdeF. 2003, p.115.

O Princípio da Legalidade – no período inicial da ciência penal – foi defendido como meio de legitimação, porque teria o condão de limitar o poder de punir dos que detinham o poder político, dessarte:

“Em primeiro lugar, o princípio da legalidade, na medida em que supõe que tudo o que não é proibido é permitido, constitui a base da "liberdade dos modernos", que se baseia na segurança jurídica, ou seja, na possibilidade de calcular com precisão as consequências de diferentes cursos de ação. Mas, além disso, a legalidade é uma espécie de princípio de princípios”.⁶

Do exposto se infere que a epistemologia penal nasceu com o neokantismo e desde então tornou-se “valiosa”⁷. Isto significa que não prescinde ela de juízos de valor, não podendo ser considerado como científico o Direito Penal nazista, por exemplo, que desvirtuando o escopo limitador que advém da epistemologia penal, degenerou o método neokantista para dar uma abertura ao arbítrio. Nesse panorama, o método e a consequente cientificidade do saber penal tem um cariz diverso da ontologia; eles se voltam para a axiologia, pois versam sobre a legitimidade e se vinculam a uma face política da organização social: a democracia. É no contexto “valioso” do método penal que se compreende a afirmação de Zaffaroni que as relações entre o método penal e a política são estreitas⁸, pois:

⁶ VIVES ANTÓN, Tomas. Principios penales y dogmatica penal. **Libro homenaje a José Rafael Mendoza Toconis**. T.I. Caracas:Universidad Central de Venezuela. 1998, pp. 361-362.

⁷ “El Derecho, como parte de las ciencias del espíritu, es una ciencia valorativa, "axiológica". El Derecho penal se ocupa de la valoración de determinadas conductas humanas. Por tanto, la misión de la ciencia del Derecho penal no puede ser la investigación explicativa o causal de tales conductas. Esto sería romper las fronteras de la Criminología. Pero no basta con decir que la ciencia del Derecho penal es una ciencia valorativa, sino que es necesario que nos formulemos la pregunta de cuáles son las valoraciones que la ciencia del Derecho penal, como ciencia valorativa, hace.” NAVARRETE URIETA, José María. Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito, p.65

⁸ “El poder judicial es un poder (hace parte) del gobierno. Cada decisión judicial (y no sólo de materia constitucional) es un acto de gobierno de características particulares, pero que no por ello desdibujan su naturaleza. Un discurso jurídico-penal es una elaboración

“um discurso penal bem estruturado não é outra coisa que um programa político estruturado com precisão poucas vezes vista”⁹

Porém, deve-se advertir que a ciência penal não esgota as questões referentes à legitimidade do discurso penal e da potestade punitiva. O Direito Penal científico hodierno passa por grande crise, o que acarreta grandes incongruências. Isto posto:

“A ciência do direito penal atualmente não possui uma *idée directrice* para orientar o legislador e avaliar seus “produtos” – as leis criminais. Seu conceito orientador (bem jurídico) é muito vago e sua declaração de missão ‘o direito penal como último recurso na proteção de bens jurídicos’ é muito grosseira para responder a questões complicadas de criminalização. A jurisprudência criminal não dispõe atualmente de um repertório de teorias que possa utilizar para orientar a legislação”.¹⁰

A crise hodierna do Direito Penal científico¹¹, entretanto, não nos leva a abandonar a epistemologia penal. Até o tempo presente não

intelectual que se le ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en si mismo una propuesta o programa político”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires:BdeF. 2005, p.74.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires:BdeF. 2005, pp.73-74.

¹⁰ Tradução livre de: “*Die Strafrechtswissenschaft verfügt gegenwärtig über keine idée directrice, mit der sie den Gesetzgeber anleiten und seine „Produkte“ – die Strafgesetze – bewerten könnte. Ihr Leitbegriff (Rechtsgut) ist zu vage und ihr Leitbild „Strafrecht als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“ zu grobschlächtig, um komplizierte Kriminalisierungsfragen zu beantworten. Gegenwärtig verfügt die Strafrechtswissenschaft also nicht über ein Theoriepertoire, mit dessen Hilfe sie die Gesetzgebung anleiten könnte.*” KUBICIEL, Michael. Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft **Strafrechtspolitik**. Nomos: Baden-Baden, 2018, p.106

¹¹ No Brasil, ponha-se em relevo a lúcida apreciação de Souza sobre essa crise: “o legislador e os operadores do Direito não encontram soluções eficazes para a criminalidade atual, simplesmente expedindo-se simbolicamente normas criminalizadoras, o que, por sua vez, na prática, acarreta uma deslegitimidade do Direito Penal – face à sua incapacidade de revalidação real dos valores vigentes, por incapacidade de prevenção ou repressão aos focos agressores – e a completa sensação social de insegurança, criando-se uma sociedade do medo”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Intervenção Jurídica Penal e*

conseguimos construir uma substituição adequada para ele, representando a epistemologia penal o “mal menor”, vez que sem ela o *jus puniendi* restaria sem nenhuma espécie de limitação em potência.

3. A viragem metodológica: a afirmação do crime como centro de gravidade da epistemologia penal.

Os discursos penais anteriores ao século XIX expressavam uma manifestação de poder que não se vinculava necessariamente a pretensões de legitimidade, sendo, não raras vezes, expressões de puro arbítrio. Assim, o seu foco era a *pena*, que conceitualmente se identifica como dor e sofrimento. Destaque-se que a pena era à época ordinariamente corporal, isto é, um sofrimento físico que acarreta dor e esfacelamento do corpo do homem, concretamente realizada por instrumentos torturantes e degradantes.

Com efeito, as origens etimológicas dessa instituição podem vir quer do grego dor (πῦρ) quer do latim sofrimento (*poena*), traduzindo-a na resultante do exercício do domínio físico sobre o outro, isto é, como expressão do (bio)poder caracterizador do exercício da violência institucionalizada pelo saber penal. Como se vê, não é por obra do acaso que nosso ramo do saber se denomina *Direito Penal*, vez que até o multicitado século XIX, o centro de gravidade do discurso penal era a pena.

A metodologia e a epistemologia penal mudaram aquele centro de gravidade, acarretando o protagonismo do *crime*. O tratamento científico do Direito Penal deu a pena o status conceitual de uma consequência, o que fez com que fosse indispensável perquirir a sua causa eficiente: essa última é o crime¹². Por conseguinte, o estudo da causa da pena trouxe para o discurso penal os requisitos que transformam uma conduta em delito.

modelos de tipificação. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre pela USP. São Paulo:SED. 2006, p.8

¹² Tal modificação do centro de gravidade fez com que a Teoria do Crime fosse traduzida, também ela, em um método, conforme diz-nos J. Bustos: “Los fines que persigue una teoría del delito y del sujeto responsable son esencialmente prácticos. Se

É por essa razão que somente se construíram a partir do século XIX as instituições estruturais do crime, nomeadamente a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Ressalte-se que a tipicidade – última instituição do crime a vir a lume na linha do tempo – tem sua origem nos estudos de Ernst von Beling sobre a moldura legal objetiva do delito (*Tatbestand*)¹³; a antijuridicidade – alicerçada no vocábulo *Rechtswidrigkeit* – foi desenvolvida por Adolf Merkel através dos estudos dos elementos comuns a todas as causas de justificação e da violação do direito objetivo¹⁴; a culpabilidade, por sua vez, teve sua nomenclatura construída quando Karl Binding traduziu a *imputatio* romana para o alemão *Schuld*¹⁵. Binding afirmou que os comandos do Direito somente se destinam a quem tem capacidade de compreendê-los, assim é a vontade individual racional que coloca um sujeito em dívida, perfazendo a culpabilidade, por conseguinte:

“Uma proibição ou mandato do direito, enquanto uma exigência de uma vontade geral racional à vontade individual racional somente pode ser dirigida a quem tem capacidade para cumpri-la”.¹⁶

Esses elementos são em si mesmo um método, porquanto convertem uma conduta em delito através de predicados que

trata de ofrecer tanto al jurista como al operador jurídico una propuesta metodológica, un modelo de análisis, que sirva para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trotta, 1997, p.127

¹³ Beling distinguiu-se de todos os juristas anteriores por considerar a tipicidade um elemento do crime, cf. BELING, Ernst von. **Die Lehre vom Verbrechen**. Aalen:Scientia. 1964, p.23.

¹⁴ Cf. MERKEL, Adolf. **Lerhburch des Deutschen Strafrechts**. Goldbach:Keip. 1996, p.36.

¹⁵ Na principal obra de Binding, ele constrói uma teoria da culpabilidade vinculada substancialmente à antijuridicidade, de modo a não haver antijuridicidade que não seja culpável e culpabilidade que não seja antijurídica. Cf. BINDING, Karl. **Die Normen und Ihre Übertretung**. T.I. Aalen:Scientia. 1991, p.244.

¹⁶ Tradução livre de: “*Ein rechtliches Verbot oder Gebot als Forderung des vernünftigen Gemeinwillens an der vernünftigen Einzelwillen kan sich nur an solche richten, die jeweilen die Fähigkeit haben ihm zu entsprechen*”. BINDING, Karl. **Die Normen und Ihre Übertretung**. T.I. Aalen:Scientia. 1991, p.243.

individualizam um objeto susceptível de ser investigado, sistematizando-o e estabelecendo uma conexão lógica e axiológica de etapas sucessivas.

Sobre a tipicidade, registre-se que:

“Em 1906, Beling escreveu a obra que inaugurou uma nova sistemática metodológica no direito penal: *A doutrina do crime (Die Lehre vom Verbrechen)*. Beling, nesta obra, reduziu o âmbito de abrangência do *Tatbestand*, que não mais seria considerado como sinônimo de crime, e deu-lhe uma função no método do direito penal. A tipicidade (*Tatbestand*) para ele é uma descrição. Tem, pois, uma função meramente descritiva, separada a antijuridicidade e da culpabilidade. Não cabe à tipicidade o estabelecimento dos juízos sobre as causas de justificação ou sobre o dolo ou a culpa, que são as funções da antijuridicidade e da culpabilidade, respectivamente, mas tão somente realizar uma descrição, pois a tipicidade nunca pode ser valorativa, apenas descritiva, porque ela pertence à lei, não à vida real.”¹⁷.

A teorização proposta por Beling será reelaborada pouco tempo depois pelos neokantianos. Eles apontarão o juízo de valor prévio à antijuridicidade que o tipo encerra, vez que porta a declaração legal que o comportamento legalmente apontado como crime é digno de uma pena. Por conseguinte, há na tipicidade uma conduta valorada negativamente pelo legislador.

A antijuridicidade é o elemento do crime que concretiza o juízo de contrariedade da conduta com o Direito, realizando a sua lesão. Merkel inaugurou uma teorização original, porquanto afirmou que a antijuridicidade era a violação das normas do direito objetivo, isto é, das leis penais. Não obstante, Merkel não traçou o liame que separava a antijuridicidade da culpabilidade, o que somente foi defendido no último quarto do século XIX, por obra de Franz von Liszt. Molina Fernandez faz uma precisa apreciação do pensamento de Adolf Merkel, afirmando que:

“uma vez definido o injusto como infração das normas do direito objetivo falta determinar que requisitos devem dar-se para a existência da infração, e é aqui onde surge a original contribuição de Merkel segundo a qual, para que uma conduta seja contrária à norma é preciso que se cumpram dois requisitos: em primeiro lugar

¹⁷BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade Pena: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 80-81.

avaliado deve supor a lesão da vontade geral objetiva descrita na norma (...), em segundo lugar, e isto é verdadeiramente o que faz de peculiar sua exposição, deve concorrer a imputabilidade.”¹⁸

Com o positivismo penal posterior a Binding, a antijuridicidade será separada da culpabilidade, que se tornarão instituições autônomas. E ainda, após positivismo penal, a culpabilidade será um juízo de reprovação sobre o autor do injusto e igualmente se compreende a essência desse juízo, pois:

“A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, que representa a censura feita ao homem. Todavia essa censura será sempre um juízo derivado, porque dependerá da realização prévia de um injusto. Não há possibilidade de se censurar o autor de um comportamento típico e antijurídico (injusto) sem a realização anterior do referido injusto”.¹⁹

Enfatize-se, entretanto, que a metodologia penal não construiu os seus elementos *ab ovo*, engendrando instituições originais a partir dela mesma. Muito ao contrário, o saber penal já tinha, na linha do tempo, desenvolvido o que se colocaria como o conteúdo da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, por meio do método científico.

4. A ordenação do sistema metodologicamente orientado.

O discurso científico do saber penal contemporâneo obedece a uma ordem de abordagem do seu objeto, consequência direta do seu método: primeiro se investiga o Princípio da Legalidade, posteriormente se investigam os elementos referentes à Parte Geral do Direito Penal para, por fim, chegar-se à Parte Especial. Contudo, se buscarmos a ordem histórica do surgimento do discurso penal, chegamos à evidência de que primeiro se afirmou na linha do tempo um catálogo dos crimes em espécie – o que nos dias atuais é chamado de Parte Especial do Direito Penal – através da experiência mais que milenar de construção pretoriana no império romano. Ressalte-se que os romanos não se preocuparam em

¹⁸ MOLINA FERNANDEZ, Fernando. **Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito**. Barcelona:Bosch. 2001, Pp. 291-292.

¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae**, 3:4, 2018, p.43.

construir uma Parte Geral do Direito Penal, vez que eles, evitando generalizações, tratavam o Direito como uma arte que decidia uma lide por meio da *auctoritas*, que possibilitava a decisão boa e equitativa como expressão do reconhecimento do direito subjetivo de um cidadão²⁰. Por conseguinte:

“os juristas romanos evitavam generalizações e, tanto quanto possível, definições. O método deles é preponderantemente casuístico. Eles procediam de caso a caso, sendo mais ansiosos para estabelecer um bom conjunto de regras para trabalhar o caso, mesmo correndo o risco de alguma incoerência lógica que seja susceptível de, mais cedo ou mais tarde, criar alguma dificuldade, do que estabelecer algo como um sistema lógico (de normas gerais prévias).”²¹

O direito penal romano foi produto de cerca de um milênio e três centúrias de experiência. Nesse período, partia-se do caso e o magistrado construía o próprio direito penal, dando a forma da solução jurídica a partir do que ele sentia – por isso o sua decisão chama-se sentença, que é o participio passado do verbo sentir – com base na *auctoritas*. Considerando que na fase inicial do direito romano (751 a.C – 450 a.C) havia um arbítrio

²⁰ “O método do direito romano é indutivo. Parte-se, por meio dele, do caso para se chegar à solução, por conseguinte, é o procedimento para a realização do direito uma verdadeira construção, fundamentado na autoridade daquele que pode discernir o justo do ímpio e, assim, demarcar a fronteira entre violência lícita e violência ilícita: o jurista. O direito, assim, é visto como uma arte na sua acepção grega: *téchne*, o que o faz concreto; ele nasce de uma situação real e controversa que demanda uma solução. Esta última, por sua vez, será sentida pelo jurista, que criará a boa resolução da demanda, utilizando-se da palavra solenemente declarada e das fórmulas, que comunicam ao direito o seu caráter transcendente e sacramental”. BRANDÃO, Claudio. Do Jus ao Directum: a reconfiguração do método do Direito. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, 13:31, 2021, pp. 27-28.

²¹ Tradução livre de: “Roman jurist avoid generalizations and, so far as possible, definitions. Their method is intensely casuistic. They proceed from case to case, being more anxious to establish a good working set of rules, even at the risk of some logical incoherence with may sooner or later, create a difficulty, than to set up anything like a logical system.” BUCKLAND, W.; McNAIR, A. *Roman law and common law: a comparison in outline*. Cambridge:Cambridge University. 1936. P.11.

ilimitado²² e que foi a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) que possibilitou, de forma inovadora, que o *jus* tivesse uma memória, têm-se que nela foram contidas as mais importantes instituições até então construídas. Pois bem, na Lei das XII Tábuas estavam os crimes em espécie²³, divididos em quatro grupos: (i) *Perduellio*, (ii) *Parricidium*, (iii) *Furtum*, (iv) *Iniuria*.

Somente após a Parte Especial já estar consolidada é que será encontrado o antecedente próximo da Parte Geral, na transição da Idade Média para a Idade Moderna – século XVI – que sediou o período do *mos italicus tardio*. Nesse período, Tiberius Decianus buscou identificar os elementos comuns a todos os crimes em espécie a partir das quatro causas primeiras da filosofia aristotélica, nomeadamente as causas material, formal, eficiente e final. Com isso, o citado pós-glosador construiu um sistema de elementos comuns às espécies delituosas, que se traduziu no gérmen da Parte Geral. Esse sistema abrangia a sua forma (a lei natural ou a lei positiva), a sua matéria (o elemento subjetivo *dolus malus*), a condição para a realização (a conduta) e o seu escopo (a medida da pena em face dos motivos)²⁴.

Assim, segundo Sílvia Alves:

“O facto de Decianus começar pela análise do conceito de delictum abre o caminho que duzentos anos mais tarde permitiria desenvolver o objecto da parte geral do direito penal”²⁵

²²“Esta idea de la coercición ilimitada constituyó el punto de partida de la concepción jurídica de Roma. El magistrado, en virtud del derecho de coercición que le compete, juzga y pena, pero pena a su arbitrio”. MOMMSEN, Theodore. **El derecho penal romano**. Bogotá: Temis. 1991, p. 332.

²³ O estudo de Saldanha, que detalha os crimes e os analisa, aponta que a tábua oitava, que trata do catálogo de delitos é a mais longa da Lei, aborda os aspectos ora público ora privado das infrações, cf. SALDANHA, Nelson Nogueira. A Lei das Doze Tábuas e o Direito Penal Romano. **Revista Forense**, 195, 1961. p.73 e ss.

²⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p.27.

²⁵ ALVES, Sílvia. **Punir e Humanizar: o Direito Penal setecentista**. Belo Horizonte: Dplacido. 2019, p.35. Afirma, ainda, que: “O humanismo contribuiu para o nascimento de uma parte geral ao delinear metodologicamente uma direcção sistemática e sintética. Desde Decianus que se desenha uma linha evolutiva que conduz aos modernos sistemas de direito penal e que verdadeiramente não se interrompe”. ALVES, Sílvia.

O Princípio da Legalidade foi o último elemento a se consolidar. Ele adquiriu o embrião de sua feição atual por conta de um movimento político do século XVIII – o Iluminismo – que objetivando quer a laicização, quer a reconfiguração das relações de governo e hierarquia, visou eliminar a utilização da lei natural (*lex naturalis*) e seus efeitos na resolução de lides. Nesse panorama, é a filosofia política setecentista que dará a força motriz originária desse referido princípio, construído na obra do Marquês de Beccaria²⁶, a qual ganhará a roupagem do discurso penal no primeiro ano do século subsequente – 1801 – através de Anselm von Feuerbach²⁷, em uma corrente teórica alemã denominada acertadamente de *iluminismo penal*.

Ressalte-se, com referência ao explicitado no tópico anterior, que o Princípio da Legalidade foi um alicerce prévio para o desenvolvimento da Teoria do Crime, o que o tornou um verdadeiro “princípio de princípios” no âmbito do discurso penal. Ana Elisa Bechara põe em relevo o motivo pelo qual o método penal, não se atendo a ordem histórica do aparecimento dos elementos, deslocou o Princípio da Legalidade para o seu marco inaugural:

“As leis penais implicam, porém, mais do que meras regras escritas decorrentes de uma vontade política. Em razão do princípio da

Punir e Humanizar: o Direito Penal setecentista. Belo Horizonte:Dplacido. 2019, p.30.

²⁶ Como afirma Zaffaroni: “BECCARIA no ofrecía a los jueces ningún sistema, sino que criticaba desde una perspectiva iluminista el sistema penal de su tiempo. Si este pensamiento se hubiese limitado a producir tales discursos (si el curso ideológico se hubiese interrumpido), no habría modificado en nada las decisiones judiciales, es decir, la práctica del derecho.” ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires:BdeF. 2005, p.78.

²⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.** Giessen:Heyer. 1808, p.63. Ponha-se em relevo que: “El Derecho penal europeo propiamente dicho, aparece en la época del liberalismo individualista y de su correlato el positivismo jurídico, época que recibe el cetro de manos de un iusnaturalismo filosófico agonizante. El trasplante, con todas sus consecuencias, de las concepciones políticas al seno del Derecho penal, la realizó FEUERBACH.” NAVARRETE URIETA, José María. Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito. **Anales de la Universidad de Valencia, 36, 1962.** p. 61

legalidade, ingrediente fundamental da cultura jurídica democrática a que não se pode renunciar, a formalização das decisões legislativas em matéria penal deve ser entendida concretamente como uma via racional de levar a cabo a função do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, sem perder de vista sua natureza constrictiva excepcional, de forma a preservar a liberdade individual como regra geral.”²⁸

De início, o iluminismo penal associou o Princípio da Legalidade ao próprio escopo do discurso penal, que era visto como o instrumento para a tutela de direitos subjetivos por meio da pena legal. Essa finalidade gerou uma teoria da prevenção geral negativa, vez que a pena prevista na lei servia como um meio de intimidação, exercendo uma coerção psicológica que funcionasse como um freio inibitório, evitando os comportamentos violadores de direitos subjetivos.

Nesse contexto, o discurso penal produzido no período desenvolverá uma Teoria do Crime, que tem uma correlação com a Teoria da Pena e com a Teoria da Lei Penal. Não obstante, a Teoria do Crime desenvolver-se-á metodologicamente muito mais do que as outras teorias citadas, atingindo um grau de sofisticação tal que permitirá a identificação de características relevantes apenas para o discurso penal, diferenciando a conduta pertinente ao Direito Penal daquelas penalmente indiferentes.

Ponha-se em relevo que o desenvolvimento da Teoria do Crime fará com que ela mesma possa ser reconhecida, posteriormente, como um método. Nessa mesma toada, não será incorreto afirmar que essa teoria eclipsou as outras duas, de modo a, por uma metonímia, identificar-se a parte pelo todo, isto é, identificar-se um setor do método do discurso penal com o próprio método do discurso penal.

5. Nota final.

Na história das ideias penais o método científico sofreu importantes variações, que trouxeram aportes teóricos fundamentados em postulados muitas vezes contraditórios entre si. Por isso podemos

²⁸ BECHARA, Ana Elisa. **Norma, Valor e Injusto Penal**. Belo Horizonte: Dplacido, 2018, p.113.

encontrar a partir do século XIX até os dias atuais cinco momentos de ruptura conceitual, os quais possibilitaram diferentes instituições e diversos conteúdos dados aos institutos, que se mantiveram com identidade de significantes e diferenciação de significados. Por conseguinte, cada um desses momentos se traduz em uma escola do pensamento penal, que traz por consequência a produção de uma verdadeira revolução científica. São elas: (i) o idealismo penal; (ii) o positivismo penal; (iii) o neokantismo alemão; (iv) o finalismo; (v) o funcionalismo.

Deve-se concluir esse panorama introdutório da epistemologia do discurso penal com a necessidade de uma visão de conjunto dessas revoluções. Com efeito, porque cada uma dessas revoluções científicas deixou a sua herança para o Direito Penal contemporâneo, não é possível a verticalização da investigação sem o seu conhecimento. É certo que foi o positivismo penal – sobretudo o que foi gerado pela obra de Franz von Liszt – que deu o contorno mais próximo do que hoje é a teoria do crime, ao inserir na epistemologia o conceito de ação e ao reconhecer que a causalidade física produzida por ela separará a antijuridicidade da culpabilidade, traduzindo-as em instituições com individualização teórica. Porém não se pode desconhecer que foi a escola anterior – o idealismo penal – que possibilitou a criação de vários conceitos, tais como os de antinormatividade e o de bem jurídico. Nessa toada, também devemos consignar que foi o neokantismo alemão que reconheceu a culpabilidade como um juízo de censura pessoal, criando a exigibilidade de conduta diversa. O finalismo, por sua vez, construiu a concepção pessoal de injusto e situou o erro de proibição como causa de exclusão da culpabilidade, enquanto o funcionalismo possibilitou a inserção da imputação como fator limitador da causalidade na atribuição do tipo objetivo ao autor do resultado.

Como exemplificado acima, cada uma das cinco revoluções científicas deixou a sua marca para a construção da epistemologia penal contemporânea e, assim, todas são indispensáveis para o estudo verticalizado do método penal.

Referências

- ALVES, Sílvia. **Punir e Humanizar: o Direito Penal setecentista**. Belo Horizonte:Dplacido. 2019.
- BECHARA, Ana Elisa. **Norma, Valor e Injusto Penal**. Belo Horizonte:Dplacido. 2018.
- BELING, Ernst von. **Die Lehre vom Verbrechen**. Aalen:Scientia. 1964.
- BINDING, Karl. **Die Normen und Ihre Übertretung**. T.I. Aalen:Scientia. 1991.
- BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. *Delictae*, 3:4, 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. Do Jus ao Directum: a reconfiguração do método do Direito. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, 13:31, 2021.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro:Forense. 2005.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Pena: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2021.
- BRANDÃO, Cláudio. Criminologia no contexto da modernidade periférica: as agências de controle do sistema penal e a criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*,149, 2018.
- BUCKLAND, W.; McNAIR, A. **Roman law and common law: a comparison in outline**. Cambridge:Cambridge University. 1936.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trotta, 1997.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Giessen:Heyer. 1808.

KUBICIEL, Michael. Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft **Strafrechtspolitik**. Nomos: Baden-Baden, 2018.

MERKEL, Adolf. **Lerhburch des Deutschen Strafrechts**. Goldbach:Keip. 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: BdeF. 2003

MOLINA FERNANDEZ, Fernando. **Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito**. Barcelona:Bosch. 2001.

MOMMSEN, Theodore. **El derecho penal romano**. Bogotá:Temis. 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: BdeF. 2001.

NAVARRETE URIETA, José Maria. Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito. **Anales de la Universidad de Valencia**, 36, 1962.

SALDANHA, Nelson Nogueira. A Lei das Doze Tábuas e o Direito Penal Romano. **Revista Forense**, 195, 1961.

SCHMIDT, Ebehardt. Gustav Radbruch zum Gedächtnis, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. 1951.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Intervenção Jurídica Penal e modelos de tipificação*. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre pela USP. São Paulo:SED. 2006.

VIVES ANTÓN, Tomas. Principios penales y dogmatica penal. **Libro homenaje a José Rafael Mendoza Toconis**. T.I. Caracas:Universidad Central de Venezuela. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires:BdeF. 2005.