

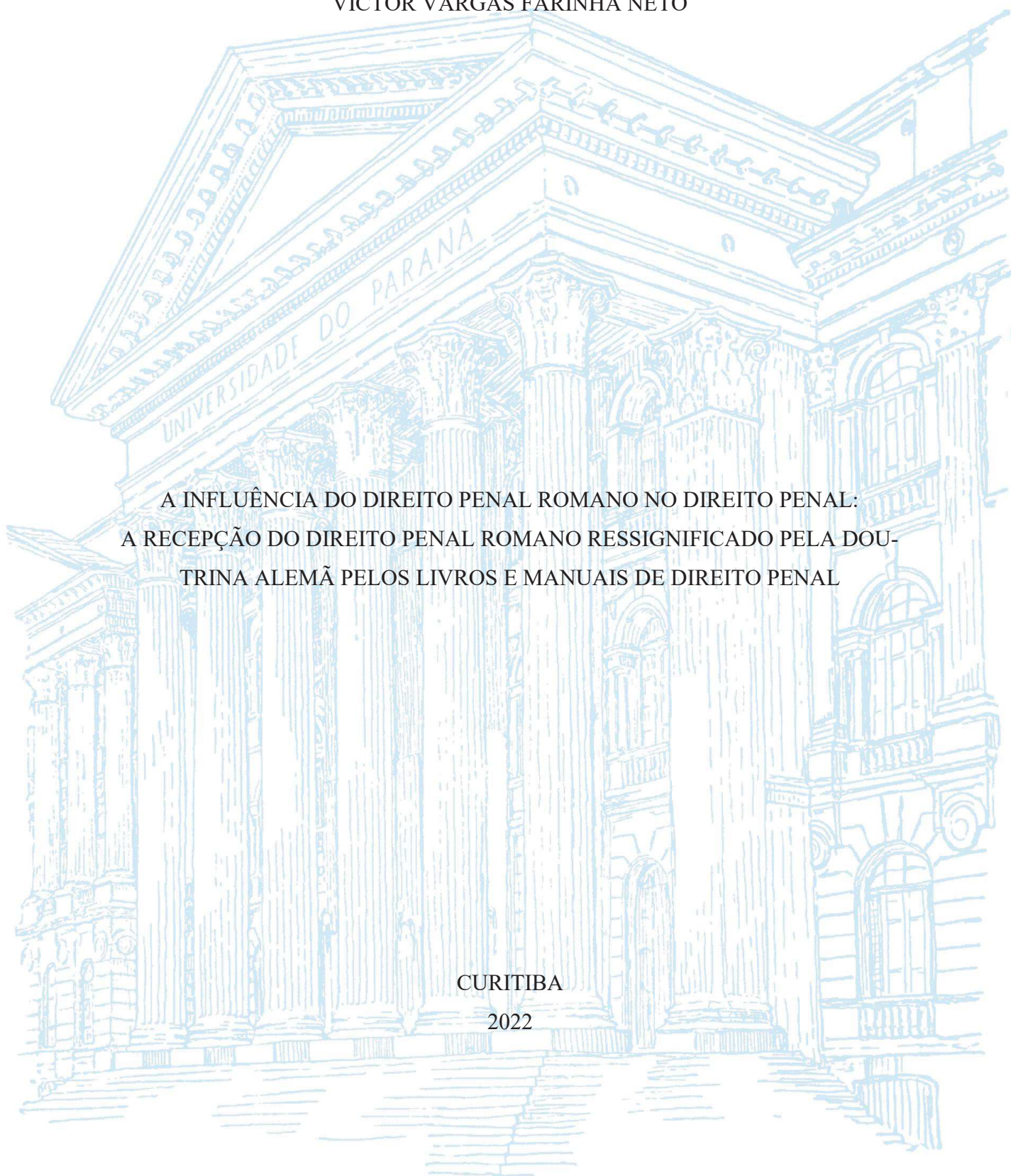
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VICTOR VARGAS FARINHA NETO

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL ROMANO NO DIREITO PENAL:
A RECEPÇÃO DO DIREITO PENAL ROMANO RESSIGNIFICADO PELA DOU-
TRINA ALEMÃ PELOS LIVROS E MANUAIS DE DIREITO PENAL

CURITIBA

2022



VICTOR VARGAS FARINHA NETO

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL ROMANO NO PROCESSO PENAL:
A RECEPÇÃO DO DIREITO PENAL ROMANO RESSIGNIFICADO PELA DOUTRINA
ALEMÃ PELOS LIVROS E MANUAIS DE DIREITO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

CURITIBA
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL ROMANO NOS ATUAIS E MAIS USADOS LIVROS E MANUAIS DE DIREITO PENAL

VICTOR VARGAS FARINHA NETO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



André Peixoto de Souza
Orientador

Coorientador



Ederson Rabelo da Cruz
1º Membro



Elimar Szaniawski
2º Membro

RESUMO

O presente estudo trata da influência do direito penal romano no direito penal atual. O direito penal romano desde a sua criação, passou por diversas ressignificações, especialmente pelos doutrinadores alemães no séc. XIX, no entanto, ainda há a histórica concepção de que o direito romano, tal qual como foi concebido, exerce influência na doutrina penal contemporânea. O objetivo do estudo é compreender o processo de ressignificação do direito penal romano, através das noções gerais históricas do direito penal, iniciando nas escolas romanas de direito, seus períodos de utilização e sua influência dentro do arcabouço jurídico contido nos livros e manuais de direito penal atuais. O direito penal romano como se conhece hoje, muito se difere de sua origem, assim, ideias acerca de pena, dolo, culpa, nexo, casos de inimputabilidade, legítima defesa, coautoria, “sistema” acusatório e sistema inquisitorial, este último influenciando o direito canônico e sobrevivendo com ressignificações no tempo, corroboram com o argumento de que o direito penal atual tem muito pouco da influência do direito penal romano original. A pesquisa integrou como fontes de coleta de dados análise dos manuais atuais, livros, estudos destinados a história do direito, ementas de universidades públicas e privadas contendo os manuais e livros de direito penal utilizados no currículo de graduação em direito. Desta maneira, inicialmente aborda-se por meio de um estudo dos principais livros e artigos acerca do tema, o processo de formação do direito romano, analisando-se o período arcaico, clássico e pós-clássico. Em seguida, descreve-se o processo de ressignificação do direito penal romano, que possibilitou a sua existência até os dias atuais, pontuando o trabalho dos juristas alemães no final da idade média e durante o período de unificação da nação germânica. Identifica-se ainda, um panorama, de como os manuais de direito romano foram recepcionados pelos atuais e mais usados livros nas universidades tradicionais brasileiras, e como eles abordam a questão do direito penal e do processo penal. Por fim, conclui-se que o sistema penal romano, desde a sua criação, proporcionou o desenvolvimento do direito penal vigente, mas que o processo de ressignificação ao longo de toda a história da sociedade, especialmente o empreendido pelos alemães no séc. XIX, é o responsável por influenciar a doutrina penal atual, traduzida nos principais livros e manuais de direito penal, tornando o Direito Romano disciplina fundamental na formação teórica de um jurista.

Palavras-chave: Direito Romano; Direito Penal Romano; Direito Penal; Direito Ressignificado.

ABSTRACT

The present study deals with the influence of Roman criminal law on current criminal law. Roman criminal law, since its creation, has undergone several resignifications, especially by German scholars in the 19th century. In the 19th century, however, there is still the historical conception that Roman law, as it was conceived, exerts an influence on contemporary penal doctrine. The objective of the study is to understand the process of resignification of Roman criminal law, through the general historical notions of criminal law, starting in the Roman schools of law, its periods of use and its influence within the legal framework contained in the books and manuals of criminal law. current. The Roman criminal law as it is known today, differs a lot from its origin, thus, ideas about penalty, intent, guilt, nexus, cases of non-imputability, self-defense, co-authorship, accusatory “system” and inquisitorial system, the latter influencing the canon law and surviving with resignifications over time, corroborate the argument that current criminal law has very little of the influence of the original Roman criminal law. The research integrated as sources of data collection the analysis of current manuals, books, studies aimed at the history of law, menus from public and private universities containing manuals and books on criminal law used in the undergraduate law curriculum. In this way, initially, through a study of the main books and articles on the subject, the process of formation of Roman law is approached, analyzing the archaic, classic and post-classical period. Then, the process of resignification of Roman criminal law is described, which made its existence possible until the present day, punctuating the work of German jurists in the late middle ages and during the period of unification of the Germanic nation. It also identifies an overview of how Roman law manuals were received by the current and most used books in traditional Brazilian universities, and how they approach the issue of criminal law and criminal procedure. Finally, it is concluded that the Roman penal system, since its creation, provided the development of the current criminal law, but that the process of resignification throughout the history of society, especially that undertaken by the Germans in the 19th century, XIX, is responsible for influencing the current criminal doctrine, translated in the main books and manuals of criminal law, making Roman Law a fundamental discipline in the theoretical training of a jurist.

Keywords: Roman Law; Roman Criminal Law; Criminal Law; Resigned Law.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
1. A ORIGEM DO DIREITO ROMANO	9
1.1. Período Arcaico	9
1.2. Período Clássico	13
1.3. Período Pós-clássico	15
2. O PROCESSO DE RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO ROMANO	17
2.1. Do Período Medieval.....	17
2.2. Do Iluminismo, BECCARIA e a Escola Clássica	19
2.3. Da Escola Histórica Alemã	21
2.4. Da Escola Moderna Alemã	23
4. A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL ROMANO RESSIGNIFICADO NOS ATUAIS E MAIS USADOS LIVROS E MANUAIS DE DIREITO PENAL	23
5. CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS.....	32

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo compreender como o direito penal romano foi recepcionado pelo Direito Penal, tendo em vista que muitas das regras do Processo Penal e do Direito Penal atual, baseiam-se na codificação jurídica implementada pelos romanos muitos séculos atrás.

Pode-se verificar que após tantos anos e longos períodos como o arcaico, clássico e pós-clássico, o direito romano foi capaz de sobreviver e influenciar o Direito Penal atual, que por sua vez, incorporou muito das leis, regras de processo penal e parte da doutrina romana.

Nota-se que através de um minucioso trabalho de ressignificação, realizado por juristas alemães a partir do século XV, de maneira prática e inédita, buscou-se unificar o direito romano, direito canônico, direito feudal e os estatutos das cidades, visando adaptar o direito às necessidades do fim da idade média e as últimas ressignificação feitas no século XIX e especialmente no século XX, após a Segunda Guerra Mundial.

Assim, no intuito de melhor compreender a influência do direito penal romano no processo penal, a proposta desse trabalho, baseia-se em identificar como o Direito Penal romano foi recepcionado pelos livros e manuais de Direito Penal empregados na atualidade e como ele pode influenciar as novas gerações de juristas.

Busca-se demonstrar a influência do Direito Romano na legislação penal alemã, bem como a contribuição dogmático-normativa dos grandes pensadores alemães, principalmente a produção ocorrida a partir do século XV, na doutrina penal brasileira.

O primeiro capítulo apresenta o contexto histórico das origens do Direito Penal, especialmente do Direito Penal Romano, abordando a evolução histórica, através do Período Arcaico, Período Clássico e Período Pós-clássico do Direito Romano, mencionando-se as fases da vingança divina, vingança privada até a vingança pública estatal no que se refere à aplicação da pena.

O segundo capítulo trata da ressignificação do Direito Penal Romano ocorrida inicialmente com os ideais iluministas da Escola Clássica de Francesco Carrara e do Marquês de Beccaria, porém, destaca-se o ambiente próspero e fértil para seu crescimento filosófico-doutrinário

através da Escola Histórica alemã, Escola Moderna alemã e Escola Pós-moderna alemã, influenciando toda uma concepção dogmática na formação do Direito Penal atual.

Por fim, aborda-se como a crise do positivismo posterior à Segunda Grande Guerra influenciou no crescimento de produção doutrinária-filosófica em matéria penal e processual penal, na Alemanha, em decorrência da necessidade de estabelecer limites ao poder que impedissem a repetição de excessos abomináveis perpetrados pelos nazistas, influenciando os doutrinadores brasileiros no estudo das ciências penais.

Desta maneira, visa-se contribuir com as pesquisas no âmbito da disciplina de Direito Penal romano, apontando os motivos e a forma como o Direito Penal romano foi recepcionado no Direito Penal brasileiro, a fim de se despertar a discussão entre mais pessoas e alertar sobre a importância do estudo e de seu aprendizado no âmbito jurídico, devido à grande influência que exerce nos livros e manuais de Direito Penal utilizados nas matrizes curriculares das principais Escolas de Direito do Brasil.

1. A ORIGEM DO DIREITO ROMANO

1.1. Período Arcaico

As origens do que conhecemos hoje como Direito Penal, ou melhor, o poder punitivo do Estado, têm, sem dúvidas, antecedentes religiosos¹. De acordo com Cezar Roberto BITENCOURT, nas primeiras civilizações, os fenômenos da natureza que causavam prejuízos àquelas sociedades, eram entendidos como manifestações divinas contrariadas com a prática de determinados atos perpetrados pelos indivíduos. Nessa fase, punia-se o infrator visando agradar a divindade. Em regra, o castigo consistia no sacrifício da própria vida do infrator, a fim de aplacar a ira da entidade².

Nesse contexto de que o Direito Penal possuía um caráter místico desde suas origens mais remotas, quando a repressão ou castigo ao infrator deveria satisfazer às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social, BITENCOURT ensina que:

Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação³.

¹ OLIVÉ, Juan Carlos, F. e BRITO, Alexis Couto de. **Direito penal brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 122.

² BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal 1 - Parte Geral**. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 47.

³ Idem.

Desse período, podemos destacar a edição das Leis de Manu, elaboradas pelos membros de uma comunidade localizada ao sul do continente asiático, com forte motivação religiosa e política, são consideradas as primeiras leis gerais de organização da sociedade⁴. Desse mesmo modo, outras civilizações antigas adotaram legislações com essas características, tais como: os Cinco Livros, editados no Egito; o Livro das Cinco Penas, na China; a Avesta, na Pérsia; e o Pentateuco, em Israel⁵.

Na Roma Antiga, também existia a confluência do elemento religioso presente na interpretação das condutas e aplicação das penas aos indivíduos. Esse elemento religioso se verifica pela adoção do termo suplício no que diz respeito à aplicação de uma sanção, mais especificamente da pena capital. Em sua etimologia, suplício significa apaziguar ou aplacar, que no sentido religioso significava aplacar a ira dos deuses. Quando esses deuses eram contrariados, era oferecido um sacrifício especial, visando aplacar sua ira⁶.

Consoante nos ensina BITENCOURT, esta fase primitiva, ficou conhecida como fase da vingança divina e demonstrava a grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos⁷. No Direito Romano, a vingança divina perdurou desde a fundação de Roma, passando por todo o período da Realeza, até o início da República, por voltado do Século V a. C⁸. O primado que dominava, como regra, era o suplício para a satisfação da divindade ofendida pelo crime, conforme aduz NUCCI:

Na fase da monarquia, vigorou o caráter sagrado da pena, firmando-se o estágio da vingança pública. O poder do rei era absoluto, tal como o exercido pelo patriarca no âmbito doméstico. Prevalencia a pena de morte, executada pela decapitação a machado, crucifixação, pelo saco (inseria-se o condenado num saco para jogá-lo ao mar), precipitação ao abismo, flagelação, espancamento, inumação em vida e desmembramento. A prisão era utilizada como medida cautelar para aguardar a execução da pena; porém, havia a prisão como medida punitiva em menor fração⁹.

Como visto, as penas aplicadas se caracterizavam pela severidade, uma vez que consistia no sacrifício do infrator, cuja pena era aplicada pelos sacerdotes. Posteriormente a aplicação das sanções evoluiu para a vingança privada, que poderia ser aplicada contra o indivíduo isoladamente

⁴ COSTA, Naiara Lauriene Souza. RIBEIRO, Gilman Horta. BRASIL, Deilton Ribeiro. **Código de Manu: principais aspectos** **Manu** **Code:** **main** **aspects.** Disponível em: https://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol2_2014_artigo6.pdf. Acesso em 14 de abril de 2022.

⁵ BITENCOURT, op cit., p. 47.

⁶ OLIVÉ e BRITO, op cit., p. 122 a 124.

⁷ BITENCOURT, op cit., p. 47.

⁸ GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996, p. 2.

⁹ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral** - Vol. 1. 5 ed. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 37.

ou até mesmo contra o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação de grupos¹⁰.

No entanto, a vingança privada também se mostrou inadequada, uma vez que por vezes a desforra era desproporcional à ofensa, surgindo lutas acirradas entre tribos e grupos familiares que iam se debilitando, enfraquecendo e extinguindo¹¹. Para evitar a dizimação das tribos, surge, então, como primeira conquista no campo repressivo, a lei de talião. Considerado o primeiro exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima. Com o talião, a vingança deixa de ter caráter arbitrário e passa a ser proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. A lei de talião passou a ser adotada no Código de Hamurabi da Babilônia, no Êxodo de Israel e na Lei das XII Tábuas de Roma¹².

Sobre esse período, Aury LOPES JUNIOR nos ensina que na fase da vingança, “a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência social¹³”. Desse modo, o eminente professor nos ensina que nessa época existia uma vingança coletiva, que, de acordo com o entendimento atual, não pode ser considerada como pena, pois vingança e pena são fenômenos distintos. “A vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado.¹⁴”

Nesse período, considerado como o período do Antigo Direito, os costumes representavam a única fonte do direito. De acordo com os estudos de GIORDANI, esses costumes eram interpretados e aplicados pelos sacerdotes escolhidos dentre os patrícios. Os plebeus insatisfeitos e desejosos por verem escritos e tornados públicos esse direito consuetudinário, pleitearam, por intermédio de seus representantes, a nomeação de uma comissão para proceder a almejada escrita¹⁵.

De acordo com BITENCOURT, “a Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.) foi o primeiro código romano escrito, que resultou da luta entre patrícios e plebeus¹⁶”. Foi a lei que inaugurou o período

¹⁰ BITENCOURT, *ibidem*, p. 48.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1: introdução e parte geral**. 38 ed. rev. e atual, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

¹² BITENCOURT, *op cit.*, p. 48.

¹³ JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 12.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ GIORDANI, *op. cit.*, p. 97 e 98.

¹⁶ *Idem*.

dos diplomas legais, “impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a lei de talião, além de admitir a composição¹⁷”.

Nesse mesmo sentido, MIRABETE aduz que:

Em Roma, evoluindo-se das fases de vingança, por meio do talião e da composição, bem como da vingança divina na época da realeza, Direito e Religião separam-se. Dividem-se os delitos em crimina pública (segurança da cidade, *parricidium*), ou crimes *majestatis*, e *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, reprimidas por particulares). Seguiu-se a eles a criação dos crimina extraordinária (entre as outras duas categorias). Finalmente, a pena torna-se, em regra, pública. As sanções são mitigadas, e é praticamente abolida a pena de morte, substituída pelo exílio e pela deportação (*interdictio aquae et igni*)¹⁸.

Segundo GIORNADI, a Lei das XII Tábuas foram redigidas por volta do século V a. C., inicialmente foram editadas dez tábuas, sendo complementadas com mais duas tábuas nos anos seguintes, vejamos:

Depois de vários anos, em 451, a assembleia centuriata teria designado uma comissão de dez membros incumbidos de redigir as leis (*decemviri legibus scribundis*). (...)

Em 450 ou 451 teriam sido redigidas as dez Tábuas da Lei. A codificação foi completada no ano seguinte (450 ou 449) com a redação de mais duas tábuas, formando-se assim a *Lex duodecim Tabularum* (Lei das XII Tábuas) conhecida também como *Lex decenviralis* (Lei decenviral) ou apenas *Lex*¹⁹.

O direito expresso na Lei das XII Tábuas, possuía matérias de Direito Público e Direito Privado. No entanto, as instituições estabelecidas no contexto da Lei Decenviral apresentam-se, ainda, em um âmbito social essencialmente arcaico. A economia permanece com interesse tão somente agrícola. As relações comerciais tiveram menor preocupação que a existente na Babilônia, expressa no código de Hamurabi. A repressão penal é extremamente severa. A pena é às vezes a de talião. Além de sanções de caráter religiosas mostram que o direito ainda não se distingue perfeitamente da religião²⁰. Para NUCCI, “a Lei das XII Tábuas teve o mérito de igualar os destinatários da pena, configurando autêntico avanço político-social²¹”. Nesse período, havia a previsão de oito espécies de pena: “morte, multa, castigos corporais, desterro, perda ou redução dos direitos civis, perda da liberdade (escravização de quem era livre), talião e prisão²²”.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Mirabete, Julio F. **Manual de Direito Penal - Parte Geral** - Vol. 1. 35 ed. São Paulo: Editora Forense, 2021. p. 35.

¹⁹ Idem.

²⁰ GIORNANI, op. cit., p. 97 e 98.

²¹ NUCCI, op. cit., p. 37.

²² Idem.

No período correspondente entre a edição da Lei das XII Tábuas e o início do período Clássico, existiram, ainda, algumas outras leis que visaram atender os anseios dos indivíduos daquela civilização antiga. Dentre as principais, podemos destacar a *Lex Hortensia* (286 a.C.) que equiparou definitivamente os plebiscitos às leis²³.

Plebiscito significa “ordem da plebe”, ou seja, eram deliberações da plebe que, sob proposta de um magistrado plebeu, fazia lei somente para a plebe enquanto as leis gerais valiam para todo o povo (patrícios e plebeus). A Lei Hortênsia trouxe equiparação plena e absoluta, não existindo mais distinção de competência nem de eficácia e aplicabilidade para patrícios e plebeus²⁴.

Desse período, destaca-se, ainda, as seguintes leis: Lei *Canuleia* (445 a.C.), que permitiu o casamento entre patrícios e plebeus; *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.), que melhorou a situação dos devedores insolvente; *Lex Ovinia* (318-316 a.C.), que transferiu a escolha dos senadores para os censores; *Lex Aquilia de damno dato* (plebiscito, 287 a.C.), que tratava da indenização em decorrência de dano; e *Lex Cincia de donis et muneribus* (plebiscito, 204 a. C.), que limitou a liberdade de doações²⁵.

1.2. Período Clássico

Inicialmente, observa-se que não se pode confundir o período clássico da história da civilização romana, com a denominada Escola Clássica do Direito Penal, que se deu posterior à Idade Média, sendo tratada no próximo capítulo do presente trabalho. De acordo com os historiadores, o Período Clássico se deu, seguindo a História Interna de Roma, da época dos irmãos Gracos (século II a. C.) até o reinado de Diocleciano (século III d. C.)²⁶.

O período clássico é considerado do apogeu do desenvolvimento do Direito Romano, marcado pela atuação criativa dos pretores, nos esboços do que conhecemos hoje como jurisprudência, bem como pela produção científica dos juriconsultos²⁷.

De acordo com BITENCOURT, “o núcleo do Direito Penal Romano clássico surge com o conjunto de leis publicadas ao fim da República (80 a.C.)²⁸”. Os costumes continuam como fonte

²³ GIORDANI, op. cit., p. 99.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ GIORDANI, op. cit., p. 2.

²⁷ MADEIRA, Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/lauda-legal/158400/digesto-de-justiniano>>. Acesso em 19 de abril 2022.

²⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 42.

do direito, porém assumindo um papel supletivo ao lado de outras fontes, uma vez que com a existência de leis escritas, deixou de ser a única fonte do direito²⁹.

Nesse período, foram criadas as *leges Corneliae* e *Juliae*, “que criaram uma verdadeira tipologia de crimes, para a sua época, catalogando aqueles comportamentos que deveriam ser considerados criminosos”³⁰.

Com a edição dessas leis, houve a separação entre as condutas que representavam os delitos de direito público e direito privado: as *leges Corneliae* preocuparam-se em determinar os crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos, quais sejam, os crimes patrimoniais, pessoais etc. Por seu turno, as *leges Juliae* ocupavam-se com os crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos próprios administradores, destacando-se os crimes de corrupção dos juízes, do parlamento, prevaricação, traição, conspiração, além de alguns crimes violentos, como sequestro, estupro etc³¹.

Esse período também ficou conhecido como vingança estatal, uma vez que cerca de duas ou três décadas antes de Cristo a vingança privada havia desaparecido, passado o Estado a exercer o *ius puniendi*³². O fundamento da pena, passou a ser, essencialmente, retributivo. Passou, ainda, a vigorar o princípio da reserva legal, pois as leis *Corneliae* e *Juliae* exigiam que os fatos incriminados e as penas correspondentes estivessem previamente estabelecidos em lei³³.

LOPES JUNIOR assevera que o processo penal surge com a evolução da pena, “definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição)³⁴”.

Sobre esse período, BITENCOURT assevera que:

A pena de morte, que praticamente havia desaparecido, pois, até a era de Adriano (117-138 d.C.), ressurgiu com grande força, no século II d.C., com o aparecimento dos chamados crimes extraordinários, tais como furto qualificado, estelionato, extorsão, aborto, exposição de infante. A esses crimes pode-se acrescentar os crimes essencialmente religiosos, como blasfêmia, heresia, bruxaria etc. A prisão era conhecida na Antiguidade tão somente como prisão-custódia, como depósito, uma espécie de antessala do suplício, onde os condenados aguardavam para a execução da pena propriamente dita³⁵.

²⁹ GIORDANI, op. cit., p. 103.

³⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 42.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 12

³⁵ Ibidem, p. 43.

Como visto alhures, durante essa fase, a sanção penal tornou-se novamente mais rigorosa, assumindo caráter intimidativo por parte do Estado. Passou-se a utilizar a tortura como método probatório. As execuções públicas tornavam-se um espetáculo, destacando-se os combates entre gladiadores, os condenados entreguem às feras, além das crucificações³⁶, fatos bem presentes em nosso imaginário.

Uma novidade inaugurada no período clássico foram os Editos dos Magistrados também denominado Editos dos Pretores. Considerados como “uma das fontes essenciais do direito clássico”, trata-se de uma fonte original que não se encontra, de igual forma, em qualquer outro sistema jurídico. Os Editos eram promulgados para vigorar pelo período de um ano, para atender as hipóteses não previstas, porém que exigiam solução jurídica imediata³⁷.

Os Editos tinham aplicabilidades mais limitadas que as leis, ficando restritos às jurisdições sob responsabilidade do magistrado, que poderia modificar ou revogar seus editos no período de sua vigência. O pretor recém empossado, não estava obrigado a seguir os editos de seu antecessor, porém, na prática, “aceitava as disposições do edito anterior que haviam sido aprovadas pela prática e acrescentava novas disposições³⁸”.

No período clássico, a jurisprudência cresceu em importância e em produtividade. Caracterizada por ser eminentemente criativa, uma vez que os juristas clássicos atuam com mais liberdade e segurança, porém mantendo o respeito à tradição “com o olhar voltado também para o passado contribuição aproveitavam e ampliavam³⁹”. O jurista romano propunha, ainda, em apresentar sempre um fim prático à aplicação do direito, buscando soluções aos temas mais corriqueiros. Esses doutrinadores clássicos procuraram criar um direito humano, universal, “apto a satisfazer às exigências de diversas nacionalidades integradas nos amplos horizontes do Império Romano⁴⁰”.

1.3. Período Pós-clássico

As fontes do direito no período pós-clássico do Direito Romano, compreendido entre o império de Diocleciano até a morte de Justiniano, resumem-se, essencialmente, a duas: as leis (que

³⁶ NUCCI, op. cit., p. 36

³⁷ GIORDANI, op. cit., p. 105.

³⁸ Idem.

³⁹ Ibidem, p. 108

⁴⁰ GIORDANI, op. cit., 109.

nesse momento se referia às constituições) e a jurisprudência, que era o “direito criado pelos antigos jurisconsultos, o direito clássico completado, revisto e interpretado pelo imperador⁴¹”.

Nesse período, o Cristianismo passa a influenciar o Direito Penal, “surgindo a repressão penal de crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica, protegendo os interesses de dominação⁴²”.

A jurisprudência do período pós-clássico apresentou uma robusta diferença com a jurisprudência apresentada no período clássico. Dentre as principais características, podemos destacar a pouca originalidade, uma vez que nesse período os juristas apresentaram características de compiladores e não mais criadores teóricos na elaboração e interpretação da legislação. Outro ponto importante é o dogmatismo, caracterizado pela “predileção pelas classificações, pelas definições com sacrifício da análise e da discussão de casos⁴³” que trouxe a importância à jurisprudência clássica. Houve, ainda, a preocupação da simplificação das discussões jurídicas, abrindo mão das discussões com maior profundidade que “não estariam ao alcance do entendimento do leitor e, muitas vezes, do próprio autor⁴⁴”.

Um ponto de especial importância do período pós-clássico foi o ensino jurídico oficialmente organizado. Enquanto o período clássico ficou marcado pela docência informal, onde o jurisconsulto transmitia seu conhecimento de forma eminentemente prática, no período pós-clássico passou a ser sistematizado, contribuindo para preservar o pensamento jurídico clássico⁴⁵.

Nesse período, os romanos dominavam institutos como o dolo e a culpa, agravantes e atenuantes na aplicação da pena. Ademais, BITENCOURT ensina que:

Finalmente, nesse período, os romanos não realizaram uma sistematização dos institutos de Direito Penal. No entanto, a eles remonta a origem de inúmeros institutos penais que na atualidade continuam a integrar a moderna dogmática jurídico-penal. Na verdade, os romanos conheceram o nexa causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição. Não procuraram defini-los, trabalhavam-nos casuisticamente, isoladamente, sem se preocupar com a criação, por exemplo, de uma Teoria Geral de Direito Penal⁴⁶.

Obra marcante do período pós-clássico foi o Digesto de Justiniano. Por volta do Século V, da nossa era, o imperador Justiniano determinou que fossem compiladas em uma única obra, as

⁴¹ BITENCOURT, op. cit., p. 2 e 110.

⁴² Ibidem, p. 44.

⁴³ Ibidem, p. 114.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ GIORDANI, op. cit., p. 114.

⁴⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 43.

obras e opiniões dos jurisconsultos clássicos⁴⁷. O objetivo era recuperar o legado clássico para pôr fim às incertezas e confusões provocadas pelo grande número de obras e opiniões dos jurisconsultos então existentes, fornecendo aos litigantes o essencial da jurisprudência numa seleção levada a cabo por eminentes e atualizados juristas⁴⁸. Tal obra, também denominada de *Corpus Juris Civilis* ou *Corpus Iuris Civilis Romanii*, determinou as bases do que conhecemos hoje como Direito Civil.

Com o advento do cristianismo e o crescimento da Igreja Católica Romana, surge o Direito Penal Canônico, inicialmente de caráter disciplinar. Aos poucos, com a crescente influência da Igreja e conseqüente enfraquecimento do Estado, o Direito Canônico foi-se estendendo a religiosos (em razão da pessoa) e leigos (em razão da matéria), desde que os fatos tivessem conotação religiosa⁴⁹. Os delitos meramente seculares, eram julgados pelos tribunais do Estado, onde eram aplicadas as sanções comuns⁵⁰.

O Direito Canônico acreditava que o crime era um pecado contra as leis humanas e as leis de Deus, daí, surge a ideia de penitência, de onde derivam os vocábulos penitenciária e penitenciário, uma vez que sob os fundamentos de fraternidade, redenção e caridade, a igreja buscava corrigir e reabilitar o infrator. Surge, com isso, os princípios que orientaram a prisão como conhecemos nos dias atuais⁵¹.

2. O PROCESSO DE RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO ROMANO

2.1. Do Período Medieval

No início do século XII, surge na cidade de Bolonha, o denominado estudo do Direito Comum. Tendo como base os costumes locais, o Direito Feudal, Direito Romano, Direito Canônico e o Direito Comercial⁵², o monge Irnério começou a ensinar o direito de Justiniano, na universidade de Bolonha⁵³.

⁴⁷ MADEIRA, Hélcio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/lauda-legal/158400/digesto-de-justiniano>>. Acesso em 19 de abril 2022.

⁴⁸ GIORDANI, op. cit., p. 117.

⁴⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 44.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ BITENCOURT, op. cit., p. 44.

⁵² BITENCOURT, p. 44.

⁵³ HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 198 e 199.

Tal movimento, conhecido como Escola dos Glosadores (1100 a 1250) e pós-glosadores (1250 a 1450), iniciado primeiramente na Itália, expandiu-se pela França e posteriormente até a Alemanha, influenciou profundamente a legislação penal do velho continente do período medieval.

De acordo com HESPANHA, é difícil determinar qual foi impacto prático da Escola de Bolonha, tendo em vista que suas intenções não eram, predominantemente, práticas. A principal intenção dos primeiros cultores do direito romano era, na verdade, mais um objetivo teórico-dogmático do que um objetivo pragmático⁵⁴. Nesse sentido, BITENCOURT nos ensina que:

Nesse período histórico, por influência dos glosadores e pós-glosadores, surgiram importantes diplomas legais que aspiravam alcançar o status de Direito comum, com o consequente fortalecimento do poder político entre os povos germânicos, especialmente a partir do século XII. Entre os mais importantes destacam-se a *Constitutio Moguntina*, de Frederico II (1235), e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), de Carlos V, sobre a qual desenvolveu-se o Direito Penal medieval na Alemanha. A importância da Carolina reside na atribuição definitiva do poder punitivo ao Estado, que, na época, apresentava-se profundamente enfraquecido, estabelecendo a denominada cláusula salvatória.

Em que pese, esse movimento teórico ter influenciado fortemente na vida política e jurídica de sua época⁵⁵, culminando na unificação das normas a serem aplicadas dentro dos nascentes Estados Nacionais absolutistas, isso não significou, necessariamente, a sistematização de um Direito justo⁵⁶. No entanto, a eficácia intelectual do saber que cultivavam, finalmente, demonstrou seus efeitos práticos, com os movimentos reformadores do iluminismo, que foi o marco das lutas em prol da humanização do Direito Penal.

O sistema processual vigente era o sistema acusatório, que predominou até o século XII, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. “As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório⁵⁷.”

No século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir os delitos que tivessem conotação religiosa e tudo que fosse contrário à fé Católica. Em primeiro lugar, eram recrutados dentre os fiéis, os que fossem julgados mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar os fatos contrários aos ditames da Igreja Católica que tivessem

⁵⁴ Ibidem, p. 200.

⁵⁵ Ibidem, p. 201.

⁵⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 44.

⁵⁷ AURY LOPES JUNIOR, op. cit., p. 12.

conhecimento. “Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento.⁵⁸”

2.2. Do Iluminismo, BECCARIA e a Escola Clássica

Em meados do Século XVIII, quase toda a Europa ainda estava sob a égide do “Antigo Regime”, marcado pelos Estados Absolutistas e o poder dos monarcas e dos senhores feudais justificados por escolha divina. A justiça estava a seu serviço e dispunham seus arbítrios. Nesse contexto, surge o iluminismo, movimento cultural que buscava provocar mudanças econômicas, políticas e sociais na sociedade da época⁵⁹.

Nesse sentido, OLIVÉ e BRITO nos afirmam que:

O iluminismo trará importantíssimas mudanças para a evolução do Direito Penal, já que a partir dessas ideias, pode-se começar a falar de uma incipiente ciência do Direito Penal. Em 1764 é escrita uma obra chave para a época e para as gerações posteriores. No é outra que o livro *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), de Cesare Bonessana, Marquês de BECCARIA⁶⁰.

As correntes iluministas, que tiveram por fundamento a razão e humanidade, das quais VOLTAIRE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU foram os principais representantes, trouxeram uma severa crítica aos excessos existentes na legislação penal vigente. Para estes autores, a pena deveria ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, “as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente⁶¹”.

CESAR BONESSANA, Marquês de Beccaria, nasceu em Milão, no ano de 1738. Não jurista, todavia, filósofo, discípulo de Rousseau e Voltaire⁶². Em 1764 publica *Dos delitos e das penas*, obra inspirada nas ideias defendidas por Montesquieu, Voltaire, Locke e, em especial, no Contrato Social, de Rousseau⁶³.

Com fundamento nos pensamentos iluministas e buscando uma ruptura com o regime até então vigente, BECCARIA argumenta que:

Entretanto, os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ OLIVÉ e BRITO, op cit., p. 127.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ BITENCOURT, op. cit., p. 45.

⁶² NORONHA, op. cit., p. 24.

⁶³ BITENCOURT, op. cit., p. 45.

quiméricos; o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza; tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas⁶⁴.

Propondo uma mudança de paradigma, BECCARIA afirma que as penas não podem passar de imperativos da salvação pública⁶⁵, desse modo, “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza⁶⁶” e essas penas serão mais justas quanto mais sagrada e “inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos⁶⁷”. BECCARIA cunhou, ainda, o primado de que somente “as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social⁶⁸.”

Para BITENCOURT, “os postulados formulados por Beccaria marcam o início definitivo do Direito Penal moderno, da Escola Clássica de Criminologia, bem como o da Escola Clássica de Direito Penal⁶⁹”.

Dentre os princípios inaugurados na obra *Dos delitos e das penas*, BECCARIA estabelece que o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça aplicar a outro membro dessa sociedade uma pena que não esteja prevista em leis. Uma vez que, no momento em que “o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado⁷⁰”. Desse modo, nenhum “magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.”

De igual modo, “o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis⁷¹”, cabendo tal tarefa ao magistrado.

De acordo com PRADO, o pequeno livro de BECCARIA, não possui um conteúdo necessariamente original, uma vez que tem origem nas ideias dos estudiosos iluministas

⁶⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Disponível em <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>, p. 8. Acesso em 16 de abril de 2022.

⁶⁵ NORONHA, op. cit., p. 24.

⁶⁶ BECCARIA, op. cit., p. 10.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibidem, p. 11.

⁶⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 46.

⁷⁰ Ibidem, p. 10 e 11.

⁷¹ Ibidem, p. 11.

contemporâneos. No entanto, teve acolhida excepcional e grande parte de seu conteúdo continua tendo plena vigência no Direito Penal contemporâneo⁷².

Nesse mesmo sentido se posicionam autores como NORONHA e BITENCOURT, os quais afirmam que muitas das reformas sugeridas por Beccaria foram propostas por outros pensadores⁷³. Contudo, seu êxito reside no momento em que seu livro veio à luz. Era o que a sociedade da época esperava ouvir. Para NORONHA, “com BECCARIA, raiava do direito penal liberal⁷⁴”.

De acordo com ANIBAL BRUNO, “a doutrina de Francesco Carrara é a expressão definitiva da corrente clássica na Itália⁷⁵”. Com efeito, os dois maiores expoentes da escola clássica foram Beccaria e Carrara. Beccaria foi o precursor do Direito Penal liberal, e Carrara foi o criador da dogmática penal⁷⁶. “Mas, na verdade, Carrara é quem simboliza a expressão definitiva da Escola Clássica, eternizando sua identificação como a Escola Clássica de Carrara⁷⁷”.

2.3. Da Escola Histórica Alemã

No mesmo período, se formou na Alemanha uma corrente doutrinária-filosófica com as mesmas atitudes e preocupações da doutrina italiana, ou seja, os problemas relacionados às sanções penais. “A corrente alemã distinguia-se pelo rigor metódico com que analisava todos os aspectos e pela tendência filosófica investigatória⁷⁸”.

Nas palavras de ANIBAL BRUNO, “nessa corrente revelam-se qualidades que distinguem o espírito germânico⁷⁹”, ou seja, “a tendência à investigação filosófica e a meticulosidade e rigor com que aprofunda a análise dos seus problemas⁸⁰”.

A Escola Histórica Alemã teve origem na primeira metade do século XIX, inicialmente através dos estudos de FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY com sua obra o Sistema do Direito Romano Atual. Os estudos de SAVIGNY tiveram grande influência no direito alemão, bem como no direito dos países de tradição romano-germânica, em especial nos estudos do Direito Civil.

⁷² PRADO, Luiz R. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 74.

⁷³ BITENCOURT, op. cit., p. 46.

⁷⁴ NORONHA, op. cit., p. 26.

⁷⁵ BRUNO, Anibal. **Direito Penal Parte Geral. Tomo I**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 2005, p. 102.

⁷⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 53.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Ibidem, p. 54.

⁷⁹ ANIBAL BRUNO, op. cit., p. 105 e 106.

⁸⁰ Idem.

Nos estudos do Direito Penal destacaram-se IMMANUEL KANT, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL e PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, este último considerado o fundador da moderna ciência do Direito Penal, a partir de sua obra Tratado de Direito Penal de 1801. FEUERBACH, nascido em Hainichen, na Alemanha, iniciou seus estudos na filosofia, posteriormente passando a se dedicar ao estudo do Direito Penal. Inicialmente se filiou ao imperativo categórico de Kant, depois, passando a entender que a pena não é uma medida retributiva, mas preventiva, elaborando sua famosa teoria da coação psicológica⁸¹, ou seja, para FEUERBACH, “o fim do Direito Penal é a prevenção por meio da coação psicológica exercida pela ameaça da pena contida na lei⁸²”.

De acordo com essa teoria, o fundamento jurídico dessa ameaça é a segurança do direito, do bem-estar social. A execução da pena seria a concretização dessa ameaça, demonstrando que não se trata de uma ameaça vã. Desse modo, o fundamento da pena seria o motivo inibidor do ímpeto criminoso, fazendo com que o Estado cumpra seu fim: a paz social⁸³. “Ao contrário de Kant, assumiu uma posição determinista, dispensando o livre-arbítrio para fundamentar o seu sistema⁸⁴”. Seu prestígio e de sua obra ficou demonstrado no Código da Baviera de 1813, que foi de sua autoria, além de ser o autor do primado atual até os dias de hoje: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime, nem pena sem lei prévia).

KANT e HEGEL destacaram-se como os principais representantes das teorias absolutas da pena. KANT, opondo-se à corrente utilitarista do Iluminismo, concebeu a pena como um imperativo categórico, numa autêntica retribuição ética, ou seja, “a justificação da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito⁸⁵”, enquanto HEGEL reelaborou a retribuição ética kantiana, transformando-a em retribuição jurídica. Como o crime é a negação do direito, a pena é a negação do crime, ou seja, a reafirmação do direito. Desse modo, a justificação da pena “é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada⁸⁶”. HEGEL discordava da teoria de FEUERBACH, por considerar que tratava o homem como a um animal irracional, quando é ameaçado com um

⁸¹ BITENCOURT, op. cit., p. 54.

⁸² ANIBAL BRUNO, op. cit., p. 106.

⁸³ Idem.

⁸⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 54.

⁸⁵ Ibidem, p. 70.

⁸⁶ Idem.

bastão. Mas, de certa forma, na busca da proporcionalidade, tanto Kant quanto Hegel admitem uma orientação talional⁸⁷.

2.4. Da Escola Moderna Alemã

FRANZ VON LISZT criou as bases do que conhecemos nos dias atuais como Direito Penal. Com um movimento do positivismo crítico parecido com o que ocorreu na Terceira Escola Italiana, surgiu o que conhecemos como Escola Moderna Alemã, também conhecida como escola de política criminal ou escola sociológica alemã. Com a colaboração de ADOLPHE PRINS e Von Hammel, criaram, em 1888, a União Internacional de Direito Penal, que, posteriormente à Primeira Guerra Mundial, foi sucedida pela Associação Internacional de Direito Penal, instituição especializada no estudo das ciências penais⁸⁸.

Von Liszt concebeu a ideia do fim no Direito Penal, que deve sempre orientar-se segundo o objetivo a que se destina. “O Direito Penal deve apresentar uma utilidade, um efeito útil, que seja capaz de ser registrado e captado pela estatística criminal. Para ele, a pena justa é a pena necessária. Embasado nessas ideias, partiu para a reforma do sistema penal alemão⁸⁹.”

4. A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL ROMANO RESSIGNIFICADO NOS ATUAIS E MAIS USADOS LIVROS E MANUAIS DE DIREITO PENAL

HESPANHA escreveu sobre a importância do estudo da história do direito na formação dos juristas. De acordo com o autor, o direito histórico permite interpretar o direito atual, permitindo a identificação de valores jurídicos que duram no tempo, desenvolvendo a sensibilidade jurídica, alargando os horizontes culturais dos juristas. Além disso, HESPANHA aduz, ainda, que “os exemplos históricos dão um certo brilho à argumentação dos juristas e, nesse sentido, podem aumentar o seu poder de persuasão, nomeadamente perante uma audiência forense⁹⁰”.

Com efeito, tal argumentação justificaria o interesse dos doutrinadores nacionais contemporâneos em olhar para o passado, para os teóricos históricos, a fim de justificar e embasar as argumentações vigentes. A história jurídica é uma disciplina formativa para os futuros juristas, cuja missão é “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo⁹¹”. HESPANHA apresenta,

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 58.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ HESPANHA, op. cit., p. 21.

⁹¹ Idem.

ainda, a influência do Direito de Roma no processo de unificação dos direitos europeus, uma vez que entre os séculos I a.C. e III d.C., “o Império Romano estendeu-se por toda a Europa meridional, tendo ainda atingido algumas zonas mais a norte, como a parte norte da Gália (a actual (*sic*) França) e o sul de Inglaterra⁹².”

O Direito Romano esteve vigente na Península Ibérica desde o século 218 a.C., para os cidadãos romanos estabelecidos nas cidades romanas e para as relações realizadas entre romanos e não romanos, nas transações em que os romanos reconheciam como um direito comum a todas as nações⁹³.

Segundo HESPANHA, no século XIII, o Direito Romano expandiu-se por grande parte da Europa, vindo a integrar-se ao direito local da maior parte dos reinos europeus, chegando até a Alemanha, por volta dos séculos XV e XVI, influenciando, desse modo, as legislações penais do Brasil, desde a sua colonização até os dias atuais, senão vejamos:

A partir do século XIII, primeiro em Itália e, depois, um pouco por toda a parte, o direito romano passa a estar integrado no sistema de fontes de direito da maior parte dos reinos europeus, mesmos naqueles que não reconheciam a supremacia do imperador, embora, nestes casos, apenas quando se verificasse não estar a matéria em causa regulamentada pelo direito local. O mesmo aconteceu na Alemanha, onde a recepção foi mais tardia (séculos XV/XVI)⁹⁴.

Tal entendimento, materializa o ponto central da presente pesquisa, qual seja, o interesse do estudo da origem do Direito Romano, o processo de resignificação do Direito Romano, em especial pelos teóricos alemães, e a influência desse Direito Penal Romano resignificado nos atuais e mais usados livros e manuais de Direito Penal, influenciando a nova geração de juristas brasileiros

Estudar a formação do direito romano pode ser considerado o meio para se apontar questionamentos mais sérios a respeito dos modelos e sistemas do direito atual, permitindo uma melhor compreensão sobre o tema, haja vista que, as dificuldades encontradas pelo pesquisador estão em tentar captar a essência de certos fenômenos organizacionais que possibilitaram aos consultores e juristas implantar processos de mudanças, tecnicamente bem justificados, capazes de influenciar a cultura jurídica ao redor do globo.

JESCHECK e WEIGEND ensinam que a mudança e o desenvolvimento do Direito Penal alemão teve início com a recepção, redescobrimto, interpretação e transformação do Direito

⁹² Ibidem, p. 123.

⁹³ Ibidem, p. 140.

⁹⁴ HESPANHA, op. cit., p 143 e 144.

Romano do início da Idade Média, através dos estudos elaborados pelos membros da Escola dos Glosadores (1100-1250) e pós-glosadores (1250-1450). Os alemães perceberam que o Direito praticado nas cidades do norte da Itália e a grande tradição lombarda não estavam muito distantes das necessidades político-jurídicas e do sentimento jurídico dos alemães. Afirmam, ainda, que os motivos da recepção residiram na decadência do sistema jurídico alemão, baseado na crença de que o Direito Romano, considerando que o Direito do Sacro Império Romano representado pela Igreja, seria a continuidade do Direito do antigo Império, sendo, assim, o legítimo Direito Imperial⁹⁵.

O direito romano passou ainda por alguns processos de ressignificação que possibilitaram que ele se adequasse à nova realidade, tais como o realizado pelos juristas alemães no final do século XV, como aponta Hespanha:

São estes juristas que, debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canônico, direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas, vão procurar unificar o direito e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média⁹⁶.

Conforme visto alhures, algumas correntes doutrinária-filosóficas de estudo do direito surgiram concomitantemente na Alemanha e na Itália, dentre elas podemos destacar a Terceira Escola Italiana e a Escola Moderna Alemã, conforme apresentado no capítulo anterior. Ambas correntes surgiram com as mesmas atitudes e preocupações, no entanto, as correntes alemãs distinguiam-se pelo rigor metódico com que analisavam todos os aspectos e pela tendência filosófica investigatória⁹⁷.

Com efeito, conforme nos ensina ANIBAL BRUNO, nas correntes doutrinárias alemãs, revelam-se qualidades que distinguem o espírito germânico⁹⁸, ou seja, “a tendência à investigação filosófica e a meticulosidade e rigor com que aprofunda a análise dos seus problemas⁹⁹”.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, houve um grande crescimento de produção doutrinária-filosófica em matéria penal, encontrando na Alemanha um ambiente favorável ao “renascimento” do Direito Natural em detrimento do Direito Positivo, uma vez que se sentiu a necessidade de estabelecer limites ao poder que impedissem a repetição de excessos abomináveis

⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heirick; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5 ed., Ren. e Ampl., Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada, 2002, p. 128 e 129.

⁹⁶ JESCHECK e WEIGEND, op. cit., p. 199.

⁹⁷ BITENCOURT, p. 54.

⁹⁸ ANIBAL BRUNO, op. cit., p. 105 e 106.

⁹⁹ Idem.

como os cometidos no III Reich¹⁰⁰. Nesse contexto, surgem grandes autores que passaram a influenciar os doutrinadores brasileiros, em especial, os voltados ao estudo das ciências penais.

Dentre os principais autores alemães desse período, podemos destacar os trabalhos de HANS WELZEL e CLAUS ROXIN. Vemos em WELZEL a controvertida Teoria da ação finalista, aceita com parcimônia por parte da doutrina brasileira, uma vez que a referida teoria considera que a ação humana é o exercício da atividade finalística. Ou seja, WELZEL considera que a finalidade é logico-subjetiva, desconsiderando o subjetivismo metodológico e relativismo valorativo de KANT¹⁰¹.

Temos na Teoria Finalista o contraponto aos conceitos formulados no período neokantiano de antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade. Em que pese as duras críticas à insuficiência da teoria finalista, por ignorar a existência dos bens jurídicos fundamentais, as teorias de WELZEL foram aceitas por alguns doutrinadores, tais como, JESCHECK, na década de 1960, STRATENWERTH e HASSEMER. “No Brasil, no entanto, a primeira obra finalista surge somente em 1970, na qual JOÃO MESTIERI, analisando os crimes contra a vida, faz a divisão entre tipo objetivo e tipo subjetivo¹⁰²”.

Na doutrina brasileira, são partidários da Teoria Finalista doutrinadores clássicos do Direito Penal, tais como NELSON HUNGRIA e ANIBAL BRUNO¹⁰³, autores atualmente em desuso nas grades curriculares de graduação das principais universidades de Direito.

Em WELZEL, surge a tipicidade subjetiva. O dolo é a própria finalidade dirigida à realização dos elementos objetivos do tipo, ou seja, a ação não é cega, é dirigida para uma finalidade. A antijuridicidade passa a ser considerada como um injusto pessoal, que não se limita à causação objetiva da lesão a um bem jurídico, senão que exige também a finalidade do autor que o Direito desvaloriza. Com relação à culpabilidade, WELZEL mantém em boa parte a ideia do juízo de reprovação, no entanto entendido como uma reprovação pessoal¹⁰⁴.

ABREU afirma que, devido a formação sociológica de HANS WELZEL é possível classificar sua obra, sem qualquer rigidez, como “neo-clássica”. Considerando como “neo” uma

¹⁰⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 62.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Ibidem, p. 135.

¹⁰³ ABREU, Iduna Weinert. **Teoria da Ação Finalista de Hans Welzel**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 27 de abril de 2022.

¹⁰⁴ OLIVÉ e BRITO, op cit., p. 229.

reformulação dos princípios da Escola Clássica, que teve como principais expoentes BECCARIA e CARRARA, no sentido de readaptar tais princípios às contingências sociais à época atual¹⁰⁵.

Acerca do finalismo, Cezar Roberto BITENCOURT, em seu Tratado de Direito Penal, manual presente nas principais universidades do Brasil, tais como Universidade Federal do Paraná – UFPR, Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, dentre outras, afirma que “não devemos renunciar ao grande legado deixado pelo finalismo na construção da dogmática jurídico-penal, substituindo-o por uma sistematização pautada exclusivamente nos resultados que se pretende alcançar¹⁰⁶”.

Temos, ainda, na doutrina penal e processual brasileira, forte influência de CLAUS ROXIN. Em sua obra, *Derecho Penal - Parte Geral Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*¹⁰⁷, “Roxin destaca o valor fundamental da construção sistemática de conceitos para a dogmática jurídico-penal¹⁰⁸”.

O modelo proposto por ROXIN desenvolve a teoria do crime sob uma “orientação político-criminal na qual todas as categorias do sistema (ação, tipicidade, antijuridicidade, responsabilidade) devem ser desenvolvidas a partir dessa perspectiva¹⁰⁹”. “Pode ser considerada como uma abordagem continuadora do neokantismo, mas que modifica sua referência valorativa orientando-se para a política criminal e os princípios constitucionais¹¹⁰.”

De acordo ROXIN, a ação é uma conduta humana significativa no mundo exterior, que é dominado por uma vontade. Portanto, não considera como ação, os meros pensamentos ou atitudes internas. Essa ação tem que ser típica, ou seja, tem que coincidir com uma das descrições dos delitos expressos na legislação penal. A ação deve ser antijurídica, ou seja, proibida em lei. E por fim, a ação típica e antijurídica deve ser culpável¹¹¹.

De acordo BITENCOURT, a dogmática proposta por ROXIN, deixa de estar estritamente vinculada à interpretação do Direito positivo para incorporar, como parâmetro valorativo, “as

¹⁰⁵ ABREU, op. cit.

¹⁰⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 64

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte Geral Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2ª edición* e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid – España: Editora Civitas, 1997.

¹⁰⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 64.

¹⁰⁹ OLIVÉ e BRITO, op cit., p. 231.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ ROXIN, op. cit., p. 194 e 195.

finalidades que o Direito Penal busca alcançar, permitindo, em última instância, que a solução do caso concreto se amolde em maior medida às finalidades do sistema penal¹¹²”.

É inegável a contribuição de ROXIN para doutrina penal e processual brasileira, como podemos ver nas obras de AURY LOPES JUNIOR, CEZAR ROBERTO BITENCOURT, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e MIGUEL REALE JUNIOR, para citar apenas alguns. Dentre os conceitos formulados por ROXIN, temos os conceitos de coisa julgada formal e material, delitos permanentes, além da própria teoria do delito.

CLAUS ROXIN não apenas influencia o trabalho dos principais doutrinadores atualmente aceitos nos currículos escolares, como também, parte de sua obra integra a grade curricular da formação de novos juristas das Grandes Escolas de Direito do Brasil, tais como Universidade Federal do Paraná – UFPR, Universidade de São Paulo – USP, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Pontifícia Universidade Católica – PUC, Universidade Presbiteriana Mackenzie, dentre outras.

Em que pese a grande influência da obra de ROXIN em seus manuais, BITENCOURT afirma que:

Assim, reconhecemos o valor decisivo da proposta de abertura metodológica formulada por Roxin. Entretanto, como veremos no estudo das categorias dogmáticas do delito e das normas do Código Penal brasileiro, não adotamos uma aplicação direta (integral) do modelo roxiniano, porque as peculiaridades e incoerências de nosso sistema penal requerem um esforço interpretativo e argumentativo diferenciado, adequados à realidade brasileira.¹¹³

Nota-se, ainda, expressamente a influência do Direito Romano na obra e formulação das teorias de ROXIN, tais como, a própria Teoria do Delito, uma vez que o jurista romano ULPIANO quem formulou o primado “*Cogitationis poenam nemo patitur*” ou seja, ninguém sofrerá pena por seus pensamentos;¹¹⁴ o Estado da Teoria do Consentimento, tendo em vista que também é de ULPIANO a frase “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, ou melhor, o que realiza com a vontade do ofendido, não constitui injusto;¹¹⁵ e Princípio da legalidade, aplicado à anterioridade penal, haja vista que o Direito Romano Antigo e o Direito Romano Medieval previam, em certa medida, a irretroatividade da lei penal¹¹⁶.

¹¹² BITENCOURT, op. cit., p. 64.

¹¹³ Ibidem, p.67.

¹¹⁴ ROXIN, op. cit., p. 196.

¹¹⁵ Ibidem, p. 511.

¹¹⁶ Ibidem, p. 141.

Temos, ainda, presente nas obras dos doutrinadores brasileiros a influência da Teoria Social da Ação, de JOHANNES WESSELS e desenvolvida por HANS-HEINRICH JESCHECK. A referida teoria visa um contra ponto entre as teorias clássica e finalista, acrescentando uma nova dimensão, a relevância ou transcendência social da ação¹¹⁷.

De acordo com essa teoria, a conduta é o comportamento humano voluntário psicologicamente dirigido a um fim socialmente reprovável. “A reprovabilidade social passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal (comportamentos aceitos socialmente não seriam típicos)¹¹⁸.”

Os estudos de WESSELS e JESCHECK têm como ponto de partida o estudo do Direito Romano no Direito Penal Alemão, a partir do século XIII, em especial, a recepção redescobrimiento, interpretação e transformação do Direito Romano do início da Idade Média, através dos estudos elaborados pelos membros da Escola dos Glosadores (1100-1250) e pós-glosadores (1250-1450).

Percebe-se ainda, a presença da teoria dos referidos autores no Manual de Direito Penal Brasileiro de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, obra presente nos principais cursos de graduação e pós-graduação de Direito do Brasil, bem como as obras autônomas de HANS-HEINRICH JESCHECK fazem parte da matriz curricular da graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, além da USP e PUC.

As bases do estudo das ciências penais no Brasil estão enraizadas no estudo do Direito surgido em Roma, porém, ressignificado, pois pode-se notar a grande contribuição dos doutrinadores alemães para a formação dos pensadores do Direito Penal brasileiro.

Como a maioria dos sistemas penais atualmente vigente, o Brasil adota uma teoria mista da pena, bem como, pelo menos em tese, a teoria finalista da conduta, havendo, com isso, a necessidade de todo esse arcabouço doutrinário para formação das novas gerações de juristas.

Desse modo, torna-se evidente a influência exercida pelo Direito Penal Romano ressignificado, especialmente por intermédio das escolas alemãs, nos mais usados e atuais livros de direito penal, que reforça a forma como o Direito Romano foi recepcionado e incorporado no âmbito

¹¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Disponível em: https://env1.cursopopulardefensoria.com.br/pluginfile.php/2691/mod_resource/content/3/SLIDE.pdf. Acesso em 28 de abril de 2022.

¹¹⁸ Idem.

jurídico nacional, pois segundo Alves “frequentes remissões as fontes romanas e às obras de eminentes romanistas se encontram não só em livros¹¹⁹”, mas em todo arcabouço jurídico ocidental.

5. CONCLUSÃO

Com efeito, torna-se evidente através do presente trabalho, a influência exercida pelo Direito Penal Romano ressignificado nos mais utilizados e atuais livros de direito penal das principais universidades brasileiras. Nota-se que a construção teórica tendo como fundamento e apreço o estudo do Direito histórico permite que as novas gerações de juristas não se olvidem das conquistas das ciências penais ao longo de séculos de existência.

Destaca-se a influência do Direito Romano na legislação penal alemã, bem como a contribuição dogmático-normativa dos grandes pensadores alemães, principalmente a produção ocorrida a partir do século XI, na formação de uma doutrina penal adequada ao seu tempo.

Resta claro a influência da Escola Clássica Romana e os ideais iluministas de CARRARA e BECCARIA na Teoria Finalista de HANS WELZEL que, por sua vez, exerceu grande influência nos trabalhos de ANIBAL BRUNO e NELSON HUNGRIA.

Além disso, destaca-se a influência da Escola Histórica Alemã, que teve em FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY e sua obra o Sistema do Direito Romano Atual, seus principais expoentes e que trouxeram grande influência no estudo do Direito alemão, bem como no direito dos países de tradição romano-germânica, influenciando autores como IMMANUEL KANT, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL e PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, este último considerado o fundador da moderna ciência do Direito Penal, a partir de sua obra Tratado de Direito Penal de 1801.

Pontua-se a importância de FRANZ VON LISZT que criou as bases do que conhecemos nos dias atuais como Direito Penal, tendo como paralelo a Terceira Escola Italiana, dando origem ao que se conhece como Escola Moderna Alemã, também nominada como escola de política criminal ou escola sociológica alemã, influenciando os doutrinadores brasileiros aos estudos do Direito Penal.

Por fim, com a crise do positivismo posterior à Segunda Grande Guerra, pode-se comprovar o grande crescimento de produção doutrinária-filosófica em matéria penal e processual penal, na Alemanha, em decorrência da necessidade de estabelecer limites ao poder que impedissem a

¹¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009, p. 345.

repetição de excessos abomináveis perpetrados pelos nazistas e o contexto histórico no Brasil que fez com que os doutrinadores brasileiros passassem a estabelecer novos conceitos para a pena e para as condutas penalmente reprováveis.

Deste modo, foi possível demonstrar a importância das pesquisas no âmbito da disciplina de Direito Penal romano, apontando os motivos e a forma como o Direito Penal romano foi recepcionado e influenciou o Direito Penal brasileiro, buscando-se, dessa forma, fomentar o debate e o aprofundamento nos estudos desse importante ramo do Direito histórico, em virtude da grande influência que exerce nos livros e manuais de Direito Penal utilizados nas matrizes curriculares das principais Escolas de Direito do Brasil.

REFERÊNCIAS

ABREU, Iduna Weinert. **Teoria da Ação Finalista de Hans Welzel**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3&isAllo wed=y>. Acesso em 27 de abril de 2022.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**, 24 ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

BEARD, Mary. **SPQR: uma história da Roma Antiga**. Traduzido por Luis Reyes Gil. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>, Acesso em 16 de abril de 2022.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal 1 - Parte Geral**. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução por Isabel Teresa Santos: Storia dei diritto romano, 1988. Lisboa: Estampa, Imprensa Universitária nº 73, 1990.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal Parte Geral. Tomo I**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 2005.

BÜLOW, Oskar von. **La Teoria de las Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1964.

COSTA, Naiara Lauriene Souza. RIBEIRO, Gilman Horta. BRASIL, Deilton Ribeiro. **Código de Manu: principais aspectos Manu Code: main aspects**. Disponível em: https://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol2_2014_artigo6.pdf. Acesso em 14 de abril de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Disponível em: https://env1.cursopopulardefensoria.com.br/pluginfile.php/2691/mod_resource/content/3/SLIDE.pdf. Acesso em 28 de abril de 2022.

GIARDINA, Andrea (Dir.). **O Homem Romano**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 1996.

GRIMAL, Pierre. **A civilização romana**. Lisboa: Edições 70, 1984.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

JESCHECK, Hans-Heirick; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5 ed., *Ren. e Ampl.*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada, 2002.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/lauda-legal/158400/digesto-de-justiniano>>. Acesso em 19 de abril 2022.

MEIRA, Sílvio A. B. A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado. 5. Ed. Belém: Cejup, 1989.

MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. 35 ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1: introdução e parte geral**. 38 ed. rev. e atual, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. 5 ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

OLIVÉ, Juan Carlos, F. e BRITO, Alexis Couto de. **Direito penal brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz R. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal - Parte Geral Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la 2ª edición e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid – España: Editora Civitas, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do processo penal romano. Traduzido por Moacyr Lôbo da Costa. São Paulo: Buchatsky, 1976.