Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 178 • abril 2021

Dossiê – Direito Penal Comparado: Parte Geral

Editores-associados:

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg

Dr. Guilherme Francisco Ceolin

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 178 • abril 2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação
Salo de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Salo de Carvalho

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Andre Nicolitt, Antonio Martins, Beatriz Corrêa Camargo, Bruno Buonicore, Elmir Duclerc, Felipe Freitas, Guilherme Ceolin, Junya Barletta, Marcelo Mayora e Marília Montenegro.

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr.(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Aline Mendes Favarim (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Antonio Goya de Almeida Martins Costa (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Antonio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG - Uberlândia/MG)
Ariel Koch Gomes (UniRitter – Porto Alegre/RS)
Bruno Shimizu (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)

Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ)
Danilo Marques Borges (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS)
Diogo Valério Felix (Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR – Maringá/PR)
Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra - Portugal)
Gabriel Tyles (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP - São Paulo/SP)
Gabriela Perissinotto de Almeida (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Homero Chiaraba Gouveia (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Indaiá Lima Mota (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)
Jardel Luís da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Jéssica Raquel Sponchiado (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
José Manuel de Sacadura Rocha (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/ SP)
Luciano Góes (Universidade de Brasília – UnB - Brasília/DF)
Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná)
Pedro Henrique Pavanatto de Freitas (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rodrigo Cristiano Diehl (Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Rui Carlo Dissenha (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)
Sergio Shecaira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Taysa Matos do Amparo (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Tiago Caruso (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP - São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

Adriano Teixeira (Universidade Ludwig-Maximilian – Alemanha)
Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Gustavo de Oliveria Quandt (Defensoria Pública da União – DPU – Florianópolis/SC)
Hugo Soares (Universidade de Lisboa - Portugal)
Humberto Soares de Souza Santos (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Izabele Guidoti Kasecker (Humboldt-Universität zu Berlin - Alemanha)
Lucas Minorelli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná)
Rui Carlo Dissenha (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)
Thiago Baldani Gomes De Filippo (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra - Portugal)
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa - Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Albin Eser (Instituto Max Planck – Alemanha)
Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra - Portugal)
Antony Duff (Universidade de Stirling – Escócia)
Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Guilherme Brenner Lucchesi (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Marcondes Pereira de Oliveira (Ministério Público do Estado do Piauí – MPPI – Teresina/PI)
Raul Marques Linhares (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS)
Rodrigo Amaral (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Tatjana Hörnle (Instituto Max Planck – Alemanha)
Tomás Grings Machado (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS)
Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra - Portugal)

BASES DE DADOS INDEXADAS:

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 178 • abril 2021

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 178 • abril 2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [04-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [02.03.2021]

EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA
Marina Pinhão Coelho Araújo
1º VICE-PRESIDENTE
Alberto Zacharias Toron
2º VICE-PRESIDENTE
Fábio Tofic Simantob
1º SECRETÁRIO
Bruno Salles Pereira Ribeiro
2º SECRETÁRIO
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
1º TESOUREIRO
Rafael Serra Oliveira
2º TESOUREIRO
Renato Stanziola Vieira
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Maria Carolina de Melo Amorim

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE - BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS
Camila Torres
AMICUS CURIAE
Alberto Zacharias Toron
BIBLIOTECA
Ludmila Bello
BOLETIM
Daniel Zaclis
CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyanos
CONVÊNIO INTERNACIONAIS
Eneas Romero
CURSOS
Bruna Angotti e Mariangela Lopes
CURSOS COIMBRA
Marcelo Almeida Ruivo
GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS
Debora Motta
INICIAÇÃO CIENTÍFICA - LABORATÓRIOS
Daiane Kassada
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Fernanda Prates

JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA
Mariana Chies Santiago Santos
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Salo de Carvalho
SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marta Saad
SISTEMA PRISIONAL
Guilherme Junqueira
TRABALHOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira

EQUIPE DO IBCCRIM

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Diretoria
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

SUPERVISÃO
Douglas Calixto
EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva
EQUIPE
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 178 • abril 2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi, Bruna Mestriner e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Editorial

Direito Penal Comparado: Parte Geral[1]*

Este Dossiê é dedicado ao Direito Penal comparado e, em particular, às questões relativas à parte geral do Direito Penal. O artigo introdutório e seminal de Albin Eser é considerado um clássico moderno, pois oferece uma visão geral ampla e concisa da história, dos objetivos e dos métodos de comparação do Direito Penal, bem como estabelece uma taxonomia proveitosa. O artigo de Emília Merlini Giuliani pode ser visto como um complemento contemporâneo ao texto clássico de Eser. Ela estende o relato histórico até o período atual da globalização, com especial ênfase na relação entre o direito comparado e a dogmática jurídico-penal de caráter nacional, uma relação que nunca foi isenta de tensão e conflito. Isso porque a perspectiva comparada transcende a nacional de várias formas, não só ao apontar para melhores soluções, mas também ao destruir a fé em verdades doutrinárias cuidadosamente consolidadas.

As comparações jurídicas podem ser realizadas com finalidades práticas, como, por exemplo, buscar por novas ideias ou testá-las a fim de resolver um problema legislativo, de forma que o direito estrangeiro sirva como uma espécie de laboratório normativo. O trabalho comparativo também pode servir a propósitos puramente teóricos, como permitir uma melhor compreensão de uma determinada área do direito ou da própria legislação nacional ao contrastá-los com as diferentes soluções previstas em outros ordenamentos para problemas em comum. Os escritos de comparatistas, na área do Direito Penal, são frequentemente caracterizados pela mistura desses dois aspectos, teóricos e práticos, o que resta evidenciado nas contribuições a seguir.

Para ser produtiva, qualquer comparação pressupõe certo grau de similaridade entre os ordenamentos jurídicos selecionados. As doutrinas da parte geral do Direito Penal são boas candidatas ao labor comparativo, porque são baseadas, sobretudo, em variações da gramática universal da filosofia prática. Isso é ilustrado pelos artigos de Antony Duff e Tatjana Hörnle, os quais são, ao mesmo tempo, exemplos encantadores de fertilização cruzada por meio de comparação jurídica. Duff põe em questão o tradicional modelo tripartido anglo-americano a respeito dos elementos subjetivos (*Intention*, *Recklessness* e *Negligence*), uma vez que identifica certos problemas normativos no conceito de *recklessness* desde o ponto de vista da filosofia moral. Para a solução, ele recorre ao modelo alemão, bipartido entre *Vorsatz* e *Fahrlässigkeit* (dolo e culpa), e, mais notadamente, ao

1*. Tradução de Guilherme F. Ceolin.

conceito de *dolus eventualis* a fim de sanar a abrangência excessiva da *recklessness*. Na direção oposta, Hörnle identifica problemas com o conceito de *dolus eventualis* do direito alemão, tais como os evidenciados pela recente jurisprudência alemã sobre os "rachas" ocorridos no interior de cidades e que resultaram em morte. A autora argumenta que a categoria *dolus eventualis* é moralmente infundada e deveria ser substituída por alguma espécie de *recklessness* no sentido anglo-americano, que não requer um elemento volitivo ou atitude do agente para sua afirmação.

As próximas duas contribuições tratam especificamente do Direito Estadunidense. Guilherme Brenner Lucchesi demonstra a importância primordial do *Model Penal Code*, elaborado pelo *American Law Institute*, para o estudo do Direito Penal por parte de pesquisadores estrangeiros. Importância esta que perdura até hoje, mais de 35 anos após a sua última revisão na parte geral. Resultado de um grande empreendimento comparativo, o *Model Penal Code* continua a dominar a discussão doutrinária nos Estados Unidos, até porque é ensinado em suas universidades. Tomás Grings Machado, a seu turno, lança um olhar para as teorias da criminalização e analisa se as fraquezas encontradas na teoria do bem jurídico (*Rechtsgutslehre*) justificam uma abordagem alternativa inspirada no princípio do dano (*Harm Principle*) como formulado por Joel Feinberg e posteriormente elaborado em uma ampla discussão entre doutrinadores jurídicos anglo-americanos.

Por fim, Anna Carolina Canestraro e Túlio Felippe Xavier Januário abordam o tema do concurso de agentes e contrastam as soluções jurídicas adotadas ou propostas nas legislações brasileira e espanhola. Isso mostra que mesmo a comparação de apenas dois ordenamentos jurídicos pode envolver a totalidade da matriz que abarca as escolhas teóricas a respeito do tema, como a entre um sistema unitário ou diferenciador, ou mesmo sobre as teorias da autoria, às quais os autores acrescentam a perspectiva de uma teoria da ação inspirada na filosofia wittgensteiniana.

Carl-Friedrich Stuckenberg

Professor catedrático de Direito Penal, Processo Penal, Direito Penal Comparado e História do Direito Penal na Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Sumário

Dossiê – Direito Penal Comparado: Parte Geral

Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado
Functions, methods and limits of Comparative Criminal Law
Albin Eser
Traduzido por: Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto 19

Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal
Two models of Criminal Fault
Antony Duff
Traduzido por: Guilherme F. Ceolin e Felipe C. De-Lorenzi 47

Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual"
Plea for abandoning the category of "dolus eventualis"
Tatjana Hörnle
Traduzido por: Wagner Marteleto Filho 79

Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal
Thoughts on the role of comparative Criminal Law in the development of Criminal Law and on its relationship with criminal law dogmatics
Emília Merlini Giuliani 103

O *Model Penal Code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano
The Model Penal Code as a key to unlocking the comparative study of American Criminal Law
Guilherme Brenner Lucchesi 149

Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?

Is there any space for the limitation of criminal law through the harm to other principle?

Tomás Grings Machado 171

Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro

Concurrence of agents through the perspective of the meaningful action theory: a dialogue between the Spanish system and the Brazilian's Project of New Criminal Code

Anna Carolina Canestraro e Túlio Felippe Xavier Januário 213

Fluxo Comum
Direito Penal

Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores

About the criminalization of the "ICMS" debt: the rights and wrongs of the Brazilian Superior Courts

Raul Marques Linhares 249

Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal

Can the one who acts against duty trust the correct conduct of others? A contribution to the application of the principle of trust in criminal law

Rodrigo Amaral 287

Processo Penal

Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado

Criminal non-persecution agreement: repression/prevention of crime and confession of the investigated

Marcondes Pereira de Oliveira 311

Índice Alfabético-remissivo

Autores 337

Temas 339

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 343

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 355

Condições para Submissão (*Check List*) 361

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2021 363

Dossiê – Direito Penal Comparado: Parte Geral

Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado

Functions, methods and limits of Comparative Criminal Law

Albin Eser

Professor emérito da Universidade Albert-Ludwigs de Friburgo. Diretor emérito do Instituto Max Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro.
a.eser@csl.mpg.de

Traduzido por:

Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto

Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1023-3145].
luizcr89@hotmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo discute as funções, os métodos e os limites do Direito penal comparado. Inicialmente, traça-se um panorama histórico desse campo de estudos. Posteriormente, busca-se especificar as diferentes funções do direito comparado no âmbito judicial, legislativo e doutrinário. Ainda, o autor analisa os principais limites aos estudos jurídicos comparados, como os perigos do diletantismo e as diferenças estruturais entre diferentes culturas jurídicas. Por fim, conclui-se que a comparação jurídica representa uma via promissora contra o dogmatismo recorrente na formação de profissionais do Direito.

Palavras-chave: Direito penal comparado – Direito penal – Métodos.

Abstract: This article discusses the functions, methods, and limits concerning the comparative legal research on criminal law. Primarily, it aims to describe an overview of the field and its historical development; secondly, it aims to classify its different roles ("Judicative", "Legislative" and "Theoretical"). Furthermore, the author analyzes the main limitations of comparative legal research, such as the danger of dilettantism or the structural disparities between legal cultures. In conclusion, however, comparative research is praised as an antidote against the recurrent dogmatism that characterizes the legal profession.

Keywords: Comparative criminal law – Criminal law – Methods.

Eser, Albin. Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado. Trad. Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 19-46. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

Sumário: I. Considerações introdutórias. II. Sobre o conceito e a história da comparação jurídica no Direito Penal. III. As funções do Direito Penal Comparado hoje. 1. O Direito Penal comparado "judicial". 2. O Direito Penal comparado "legislativo". 3. O Direito Penal comparado "teórico-científico". IV. Meios e métodos do Direito Penal comparado. 1. Métodos de abordagem. 2. Requisitos institucionais. V. Limites do Direito Penal Comparado: obstáculos na harmonização do Direito. VI. Perspectiva.

O método comparativo representa um dos caminhos do conhecimento humano que qualquer ciência humana ou social pode desbravar. O significado do experimento no âmbito das ciências naturais é expresso, no âmbito das demais ciências, pela comparação. (Günther Kaiser)*

I. Considerações introdutórias

"O** Direito comparado vem passando por um momento de prosperidade... Em geral, ele é considerado como um meio apropriado para aprender sobre outras culturas jurídicas e incrementar o próprio Direito... No entanto, o 'perfume da imensidão do

* No sentido dessa proposição, a qual foi formulada pelo homenageado numa conferência sobre estudos comparativos de direito penal e criminologia (In: KAISER; VOGLER. *Strafrecht Strafrechtsvergleichung*. 1975, p. 79-90), há algumas reflexões que podem – em gratidão e lembrança pelos quase 50 anos de condução do instituto Max-Planck – ser dedicadas a ele. Essas considerações são baseadas na versão inglesa de uma palestra proferida na *World Law Conference* de 1996, realizada em Bruxelas (The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Sciences. In: Blanpain Law in Motion, 1997, p. 492-517). Sou especialmente grato ao trabalho conjunto com Katja Langneff para a preparação dessa conferência.

** *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, originalmente publicado no livro em homenagem a Günther Kaiser: ALBRECHT et al. (Org.). *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 1499-1529. Para publicações mais recentes do autor a respeito do direito penal comparado, ver também: ESER, Albin. The Role of Comparative Law in Transnational Criminal Justice. In: BÖSE, Martin et al. (Ed.). *Justice Without Borders. Essays in Honour of Wolfgang Schomburg. Leiden*: Brill – Nijhoff, 2018. p. 137-158, disponível em: www.freidok.uni-freiburg.de/data/149552. ESER, Albin. *Comparative Criminal Law*: Development – Aims – Methods. München: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2017; ESER, Albin. Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese. In: SAFFERLING, C. et al. (Org.). *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 669-683, disponível em :www.freidok.uni-freiburg.de/data/149759; ESER, Albin. Strafrechtsvergleichung: Geschichte – Zielsetzungen – Methoden. In: ESER; PERRON (Org.). *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung*. Berlim: Duncker & Humblot, 2015, disponível em: www.freidok.uni-freiburg.de/data/151202; ESER, Albin. Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu„wertenden" Funktionen und Methoden der Rechtsvergleichung. In: FREUND, Georg. et al. (Org.). *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang*

> mundo' não pode seduzir-nos a enxergar as coisas de maneira excessivamente simplificada, como se o mundo fosse um self-service de culturas jurídicas. Mesmo sem sair da nossa pequena Europa, nós incorremos em obstáculos peculiares, os quais atenuam essa exuberância."[1]

Essa ambivalência, igualmente incontornável no âmbito do Direito Penal comparado, foi ressaltada de forma oportuna na introdução do recém-publicado "Questões centrais do Direito Comparado" ("*Kernfragen der Rechtsvergleichung*"): de um lado, o imenso potencial em matéria de conhecimento e criação do Direito desse campo de estudos; do outro, os claros limites da comparação entre ordenamentos jurídicos. O *Leitmotiv* das minhas reflexões reside em encontrar o ponto de equilíbrio entre otimismo e pessimismo, na contramão de um "autismo" nacional hostil à comparação e sem perder a esperança de ampliar perspectivas transnacionais.

Eu gostaria de percorrer esse caminho por meio de um amplo campo em quatro passos – uns menores, outros maiores: inicialmente, é necessário ressaltar, por meio de uma breve observação histórica dessa disciplina, o que se entende por Direito comparado (II.). Em seguida, serão descritas as finalidades da comparação jurídica na aplicação do direito e na política legislativa, bem como as pesquisas comparativas necessárias para cada um desses campos (III.). Para essa finalidade, o estabelecimento de métodos corretos é de extrema importância (IV.). Nossas últimas considerações recairão nos limites da comparação entre ordenamentos jurídicos (V.).

II. Sobre o conceito e a história da comparação jurídica no Direito Penal

Se eu evito conscientemente uma distinção rígida entre o conceito e o desenvolvimento do Direito comparado, isso não é resultado de uma preguiça intelectual, mas, sim, da compreensão de que esse termo varia de acordo com o que cada autor considera – por motivos de curiosidade pessoal ou em vista de alguma tarefa específica – como digno de pesquisa num ordenamento jurídico estrangeiro. O pesquisador mais ocupado com as peculiaridades "exóticas" de um direito estrangeiro conceberá a comparação jurídica como a administração de um museu no qual são expostas as características marcantes desse ordenamento, como se essas fossem "fósseis" comparados em face da sua diferença ou proximidade com o Direito próprio. Por outro lado, um jurista orientado por razões de política legislativa terá como foco os limites do seu próprio Direito, sobretudo para obter argumentos que sustentem os seus postulados políticos no ordenamento estrangeiro. Naturalmente, há uma série de gradações e finalidades distintas entre os extremos

Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1441-1446, disponível em: www.freidok.uni-freiburg.de/data/9715.

1. GROßFELD. *Kernfragen der Rechtsvergleichung*. Mohr Siebeck, 1996. p. 1 e 3.

de uma comparação "museológica" e da instrumentalização dessa disciplina, o que inviabiliza a pretensão de uma definição amplamente aceita em termos gerais e específicos. Por essas razões, não causa surpresa que o livro supracitado não traga qualquer conceito de Direito comparado, limitando-se a descrever as tarefas legítimas ou ilegítimas – ou bons ou maus métodos – de comparação.

De qualquer maneira, dois elementos se fazem essenciais para toda e qualquer forma de comparação: a observação das fronteiras de um ordenamento (majoritariamente local) e a comparação com outro(s) ordenamento(s). Qualquer objeto dessa comparação (princípios jurídicos, instituições consideradas na sua forma atual ou numa perspectiva histórica, sua autocompreensão ou sua implementação, sem prejuízo da consideração de outros aspectos) representa possíveis expressões do que se entende por Direito comparado. A isso se deve acrescentar um terceiro elemento, isto é, a aplicação planejada e orientada de métodos dotados de reconhecimento geral.[2]

Sem qualquer pretensão de definir uma comparação jurídica como "boa" ou "ruim", pode-se mencionar alguns exemplos nos quais diferentes razões foram invocadas para valorizar uma análise de um Direito estrangeiro.

2. Mesmo esses três elementos mínimos não são diferenciados de forma clara pela literatura atual de Direito comparado. No entanto, deparamo-nos com as seguintes definições em publicações desse século: HOLLAND. *The Elements of Jurisprudence*. 13. ed. 1928. p. 8, citado em CONSTANTINESCO. *Rechtsvergleichung I*, 1971. p. 209: "Comparative Law collects and tabulates the legal institutions of various countries, and from the results thus prepared, the abstract science of jurisprudence is enabled to set forth an orderly view of the ideas and methods which have been variously realized in actual systems"; RABEL, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, p. 85-108 (86). In: ZWEIGERT; PUTTFARKEN (Org.). *Rechtsvergleichung*. 1978: "Por 'Direito comparado' compreende-se o ato de discutir os princípios jurídicos de um Estado (ou outra comunidade que estabeleça alguma forma de Direito) em face de outro ordenamento, passado ou atual. Nós investigamos quais questões são formuladas e respondidas aqui e acolá, bem como as possíveis relações entre cada uma dessas respostas"; LÉVY-ULLMANN. *Droit Mondial du XXe Siècle*, citado em GUTTERIDGE. *Comparative Law*. An Introduction to Comparative Method of Legal Study and Research. 2. ed. 1949. p. 3: "Comparative law is a brunch of legal science whose object it is to bring about systematically the establishment of closer relations between the legal institutions of the different countries"; ZWEIGERT; PUTTFARKEN, op. cit., p. 3: "O Direito comparado é aquela disciplina jurídica que toma como objeto distintos ordenamentos nacionais e cria os pressupostos metodológicos e conceituais necessários para essa abordagem"; SCHOLLER. Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen. p. 743-759 (744). In: HAFT (Org.) Strafgerechtigkeit. *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993: "O Direito comparado deve ser entendido como uma comparação entre culturas jurídicas. A comparação jurídica implica numa busca por sentido, o qual recai nas relações de vida que sejam ou tenham sido base de uma cultura jurídica". Um exemplo da dificuldade de formular uma definição de Direito comparado pode ser visto nos trabalhos de Rheinstein, um dos mais profundos comparatistas do nosso século. Cf. RHEINSTEIN. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. ed. 1987. p. 1 e ss.

Em primeiro lugar, cabe mencionar Aristóteles, um não jurista que olhou para além das fronteiras da Polis e acreditava na possibilidade de obter parâmetros de Justiça por meio da comparação entre as cidades-estado gregas dos séculos IV e V a.C.:

> "Se nos propusermos a investigar qual comunidade estatal é a mais apta a garantir que cada pessoa viva de acordo com seus desejos, então nós também devemos considerar outras constituições, estejam elas em vigor ou não, a fim de demonstrar o que é correto e útil em cada uma delas."[3]

Enquanto Aristóteles sequer cogitava uma transposição direta da Constituição de uma *Polis* para outra, limitando-se à esperança de obter o melhor modelo possível por meio da comparação, os Romanos tinham em mente uma imitação expressa do Direito estrangeiro ao assimilar as instituições jurídicas gregas na lei das doze tábuas.[4]

Esse salto desde a época dos antigos Romanos até o início do século XIX não implica a negação de qualquer forma de Direito comparado entre esses períodos. É possível mencionar alguns canonistas e juristas que ocasionalmente confrontaram o Direito canônico com o Direito secular, assim como a existência de algum interesse na *lex mercatoria* no início da modernidade; por fim, cabe lembrar de Montesquieu, que buscou desenvolver um conceito moderno de lei, compreendida como um fenômeno social cuja distinção nacional se fundamentaria em diferentes condições históricas, étnicas e políticas.[5]

Contudo, esses esforços iniciais não passavam de uma comparação entre fenômenos individuais, enquanto a abordagem mais ampla de Montesquieu só viria a se desenvolver de forma plena a partir da ideia – concebida por Leibniz e desenvolvida por Feuerbach – de uma *Jurisprudência Universal*. Mais precisamente, não se tratava de uma imitação superficial do Direito estrangeiro, mas, sim, de uma compreensão mais profunda do próprio Direito, inclusive do ponto de vista empírico. A esse respeito, podemos citar as próprias palavras de Anselm von Feuerbach:

> "Por que os Juristas ainda não têm uma ciência comparativa do Direito? A mais rica fonte de toda descoberta em qualquer ciência experimental reside na comparação e combinação. O contrário só se torna totalmente claro através da multiplicidade de contrastes; apenas a partir da consideração de semelhanças e diferenças e as razões de ambas é possível compreender exaustivamente a peculiaridade e a essência de qualquer objeto. Assim como a filosofia e a ciência da linguagem são resultado da comparação entre línguas, a Jurisprudência Universal, que concede uma verdadeira força

3. ARISTÓTELES. *Politica*, citado em RHEINSTEIN (nota 2)., p. 41.
4. Para mais detalhes, ver, HUG. The History of Comparative Law. *Harvard Law Review* XLV 32 (1931), p. 1027-1070, impresso em ZWEIGERT; PUTTFARKEN (nota 2), p. 109-161 (110, 130).
5. Maiores detalhes podem ser encontrados em HUG (nota 4), p. 113 e ss.; RHEINSTEIN (nota 2), p. 40 e ss.; CONSTANTINESCO (nota 2), p. 69 e ss.; GUTTERIDGE (nota 2), p. 11 e ss.

> vital a toda e qualquer ciência jurídica específica, é fruto da comparação entre as leis e costumes jurídicos de nações de todas as épocas, sejam estas próximas ou remotas."[6]

Muito embora Feuerbach tenha sido um penalista e apesar do apoio[7] de Carl Joseph Mittermaier – um aluno de grande produção literária – aos seus ideais universais, foi no âmbito do Direito Civil que o Direito comparado encontrou a sua expressão mais plena. Isso também é compreensível se considerarmos que o fortalecimento do comércio para além das fronteiras e de outras atividades econômicas atreladas a deslocamentos para outros países despertou tanto o interesse pelo Direito estrangeiro como a necessidade de regulações envolvendo a colisão de regras jurídicas, a resultar na necessidade de trabalhos preparatórios de Direito comparado. Por essas razões, não é de se surpreender que nomes como o de Sir Henry Maine, na Inglaterra, ou de Rudolf von Jhering, na Alemanha, bem como as primeiras associações, a exemplo da *Société de législation comparée* (1869), estejam vinculados ao Direito civil, ramo que experimentou um desenvolvimento expressivo também no século XX, sobretudo com Edouard Lambert em Lyon e Ernst Rabel em Berlim.[8] Nada obstante, é sintomático que até mesmo hoje em dia – ao menos da Alemanha – ainda sejam publicados livros sob o abrangente título de "Direito Comparado" ("*Rechtsvergleichung*") cujo conteúdo se limita à temática do Direito civil.[9] Com isso, contribuições primordiais para a formação do moderno Direito internacional são ignoradas, ao mesmo tempo em que as pesquisas de etnologia jurídica são restritas; ainda que se trate de estudos mais voltados a aspectos culturais, seus métodos são típicos de Direito comparado. Os primeiros estudos dessa disciplina marcadamente empírica também são atribuídos a Feuerbach e Maine, muito embora o seu estabelecimento definitivo remonte a pesquisadores como Joseph Kohler, na Alemanha, e Nickerson Llewellyn, nos EUA.[10]

---

6. Cf. FEUERBACH, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen. 1810. In: v. FEUERBACH, *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1. Abteilung, 1833, p. 152-177 (163).

7. Para mais informações sobre a relevância de Mittermaier no âmbito do Direito comparado, especialmente nas esferas do processo penal e da organização judiciária, ver SCHMIDT. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. 1965. p. 288 e ss.

8. Para fins comparativos, ver ZWEIGERT; KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. ed. 1996. p. 53 e ss.; RHEINSTEIN (nota 2), p. 40 e ss., ver também COING. *Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit*. MW 1981. p. 2601-2604 (2604).

9. Isso é especialmente válido para os seguintes manuais e tratados de Direito comparado: SCHNITZER. *Vergleichende Rechtslehre*. 1, 2. ed. 1961 (apesar de breves menções à comparação jurídica no âmbito do direito penal e do direito público); para fins comparativos, ver EBERT, *Rechtsvergleichung*. Einführung in die Grundlagen. 1978; SCHWENZER/MÜLLER-CHAU, *Rechtsvergleichung*. Fälle und Materialien, 1996, assim como GROßFELD (nota 1). Também na compilação da chamada "Introdução ao Direito comparado" de ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8) fica claro, já na capa, que se trata de uma comparação restrita ao Direito privado.

10. RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach*. Ein Juristenleben, 1934, p. 190 e ss. Cf., ainda, ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 8 e ss., 56 e ss.; RHEINSTEIN (nota 2), p. 42 e ss., 71 e 75.

De qualquer maneira, as origens do Direito Penal comparado também remontam – desde que não se pretenda chegar ao ponto de incluir um olhar que ultrapasse o marco do século XVI, conforme já descreveu o nosso homenageado[11] – ao início do século XIX.[12] A título de exemplo, e citando novamente os nomes de Feuerbach e Mittermaier, é possível notar já nessa época algo equivalente ao que hoje se denomina de "Direito comparado legislativo":[13] aqui faço menção à introdução dos modernos princípios processuais da acusação, da oralidade, da publicidade e da livre apreciação da prova, assim como a concepção do Ministério Público como um órgão específico e funcionalmente separado do Tribunal, a exemplo do sistema processual do *Common Law* e do novo Direito francês.[14] Outro avanço a ser mencionado diz respeito à instituição de uma cátedra de direito penal comparado na faculdade de Direito de Paris, no ano de 1846.[15] Em 1888, a fundação da União Internacional de Direito Penal pelo belga Prins, pelo holandês van Hamel e pelo austríaco radicado na Alemanha von Liszt resultou na primeira organização científica a ultrapassar fronteiras. A influência desse último resultou no sucesso de "Uma Exposição Comparada do Direito Penal Alemão e Estrangeiro"[16] ("*Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*"), obra de 16 tomos cuja difusão pioneira fora da Alemanha foi reconhecida por von Radzinowicz como "a landmark in the history of comparative penal studies".[17] Ainda, a "Association Internationale de Droit Penal" (AIDP), organização marcantemente reformista e fundada por franceses após a primeira guerra, é primariamente dominada por europeus, apesar de ser presidida por um americano.[18] No âmbito do *Common Law*, um contraponto relevante diz respeito à iniciativa canadense, já datada de 10 anos, da "Society for the Reform of Criminal Law", cujo programa não se abstém de estabelecer – com alguma diferença em relação às pretensões reformistas de longo prazo da AIDP – metas de reformas pontuais.[19]

11. KAISER; GÜNTHER. *Strafvollzug im europäischen Vergleich*, 1985, p. 1 e ss.
12. A título de comparação, cf. JESCHECK, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*. 1955. p. 10 e ss.
13. Cf. ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 49.
14. Para mais detalhes sobre essa reforma do processo penal alemão desde a primeira metade do século XIX, cf. SCHMIDT (nota 7), p. 324 e ss.
15. ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 54 e 57.
16. BIRKMEYER et. al (Org.). *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*. 1905-1909, 16 t.
17. RADZINOWICZ, International Collaboration and Criminal Science. *The Law Quarterly Review* 58 (1942). p. 128.
18. As atividades da AIDP podem ser encontradas no periódico *Revue Internationale de Droit Pénal* (Editions Erés Paris).
19. Detalhes sobre essas reformas podem ser encontrados no The Reformer (The Society for the Reform of Criminal Law, Vancouver B.C.); a título comparativo, cf. a publicação *Criminal Law Forum* – An International Journal (Ruttgers University School of Law, Carnden N.Y.).

Todas essas atividades são dignas de admiração – não só pela sua origem na iniciativa privada, mas também pelo idealismo científico e político-jurídico envolvido nelas, bem como pela atuação voluntária de seus responsáveis. Em relação ao Estado e à Política, isso significa – em nível nacional ou internacional – que a ciência do Direito comparado podia esclarecer o conteúdo do Direito estrangeiro, oferecer modelos de reforma ou estabelecer postulados políticos; contudo, a implementação dessa mensagem acabava entregue à conveniência política dos tomadores de decisão. Ou, se nos expressarmos num jargão comercial, a ciência do Direito comparado atuou como um fornecedor de uma demanda inexistente no universo político.

Nesse aspecto, essas relações, quando não se inverteram totalmente, alteraram-se de forma decisiva nas últimas décadas. Isso é demonstrado, por exemplo, pelo contexto europeu, cujo crescimento econômico torna a comparação jurídica cada vez mais necessária. Além disso, a finalidade econômica pressupõe estudos preparativos de Direito comparado. Uma vez que esses estudos não podem ser conduzidos pelos Ministérios competentes, os pesquisadores e Institutos de Direito comparado passam a ser cada vez mais reforçados na posição de peritos. No contexto mundial, algo semelhante pode ser observado no que diz respeito à instituição das Cortes Penais internacionais: tradicionalmente, o Direito Penal internacional não dispõe de regras a respeito da persecução de crimes internacionais, nem sobre a punibilidade e o procedimento cabível para essas infrações, e essas lacunas não podem ser preenchidas simplesmente a partir de uma adoção do regramento de um Direito nacional específico, o que demanda o desenvolvimento de regras que reflitam, na medida do possível, um amplo consenso. Ainda, esse consenso dificilmente pode ser obtido sem trabalhos preliminares de Direito comparado. No universo político, um estudo comparativo que atenda a uma exigência específica é vista com bons olhos. Assim, a demanda por estudos de Direito comparado passou a ser cada vez maior. Essa janela de oportunidade não pode ser ignorada.

Isso nos leva à questão referente às tarefas por meio das quais o direito comparado adquire sua substância em primeiro lugar. Se a nossa revisão histórica mostrou que olhar além dos limites de um ordenamento jurídico e compará-lo a outro pode servir a objetivos diferentes e o respectivo método deve ser orientado de acordo com essas finalidades, então qualquer conceito substantivo de direito comparado é definível a partir da tarefa que lhe for atribuída. Por consequência, esse conceito será, em certa medida, variável.

III. As funções do Direito Penal Comparado hoje

É possível enumerar duas finalidades claramente distinguíveis do Direito comparado contemporâneo: por um lado, o "Direito comparado legislativo", consistente na criação de leis nacionais baseadas em exemplos estrangeiros; por outro, a observação comparativa entre diferentes ordenamentos jurídicos com a finalidade de aprimorar a

compreensão do próprio Direito, no sentido de um "Direito comparado teórico-científico".[20] Nesse contexto – e seguindo o que o civilista Zitelmann[21] sugeriu no início deste século – cabe destacar o "Direito comparado judicial", caracterizado pela consideração de um ordenamento estrangeiro durante a aplicação do Direito ao respectivo caso concreto.[22]

1. O Direito Penal comparado "judicial"

Se essa modalidade de comparação jurídica – nunca mencionada de forma específica – está sendo abordada em primeiro lugar e como uma categoria autônoma, isso se deve à pretensão de convencer até os mais céticos acerca do significado prático dessa atividade.

Um caso especialmente claro de um Juiz criminal recorrendo ao Direito penal estrangeiro pode ser encontrado no âmbito do – assim denominado na maior parte do continente europeu – *Direito internacional penal*, isto é, o julgamento de fatos cometidos no exterior nos termos da legislação do juízo local. Assim, por exemplo, se um cidadão alemão for morto por um austríaco em Bruxelas e o autor do crime vier a ser preso durante uma visita na casa de Goethe em Frankfurt, ele pode ser condenado em Frankfurt, nos termos da lei alemã, se o fato também for punível segundo as normas do local do crime (§ 7º, sessão 1, do Código penal alemão).* Isso é algo fácil de se notar num caso de homicídio. Por outro lado, pensemos no exemplo de um caso recente julgado pelo Tribunal de Apelação de Düsseldorf: qual seria a solução adequada na hipótese de um curdo que assassina um compatriota seu sob o pretexto de uma alta traição e vem a ser levado a julgamento em solo alemão? Nesse caso, o Direito penal alemão é igualmente aplicável caso o autor não possa ser extraditado e o fato seja punível no local da sua ocorrência (§ 7º, sessão 2, número 2, do CP alemão), como naturalmente ocorre no caso do homicídio praticado no Líbano. No entanto, cabe questionar quais seriam os reflexos de uma causa de justificação invocada pelo autor que alega a prática de traição por parte da sua vítima ou de uma anistia para assassinatos motivados politicamente. Recentemente, fui

20. Ver ZWEIGERT; KÖTZ, op.cit., p. 49.

21. ZITELMANN. *Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, Deutsche Juristen Zeitung V (1990). p. 329-332; impresso em ZWEIGERT; PUTTFARKEN (nota 2), p. 11-17 (11).

22. Descrições dessa forma de comparação jurídica podem ser encontradas, ainda que sem o uso dessa terminologia, em EBERT (nota 9), p. 176 e ss., ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 16 e ss.; UYTERHOEVEN. *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*. 1959. p. 58 e ss., 67 e ss.

* (N. do T.): o dispositivo mencionado diz respeito à validade da lei penal alemã em relação a fatos praticados contra alemães no exterior. Trata-se de regra muito semelhante ao nosso dispositivo referente à extraterritorialidade condicionada (art. 7º, § 3º).

nomeado como perito e tive a oportunidade de vislumbrar, por experiência própria, a dificuldade de interpretar corretamente a legislação do local onde ocorrera o fato.[23]

Todavia, a consideração do Direito estrangeiro pode exercer um papel não só na questão referente à definição do regramento jurídico aplicável ao caso concreto, mas também – e especialmente – na pergunta relativa aos limites da culpabilidade do acusado e à dosimetria da sua pena: seria o caso, por exemplo, de dois países com dispositivos que incriminam a prática do incesto de forma muito distinta, de maneira que um padrasto que tenha tido relações sexuais com sua enteada e imigrado para um local que punisse essa prática, sem saber dessas diferenças em relação ao seu país natal. A Corte que não estiver disposta a excluir de antemão qualquer alegação defensiva envolvendo o erro de proibição deverá levar em conta o Direito vigente no país de origem do acusado.[24]

De maneira similar, a autoridade judiciária de um país pode se ver obrigada a investigar o Direito penal estrangeiro ao manejar o *princípio da dupla incriminação* ("principle of dual criminality"),[25] tanto em situações envolvendo pedidos de extradição como em casos de auxílio judicial mútuo.

Enquanto esses exemplos tratam dos casos "clássicos" da Justiça local levando em consideração o Direito estrangeiro, a ascensão de uma *Justiça penal supranacional* representa – como se pode observar a partir dos Tribunais de Ruanda e da Iugoslávia, assim como no Estatuto de Roma – a atribuição de novas tarefas para o Direito comparado judicial. Até o momento, nem os Tratados internacionais e nem o direito consuetudinário internacional dispõem de regras para a persecução de crimes internacionais, razão pela qual os respectivos estatutos recorrem ao Direito nacional (sobretudo no aspecto referente à aplicação de sanções nos termos da legislação local).[26] Assim, as autoridades de acusação e cortes supranacionais são obrigadas a realizar pesquisas de Direito comparado. Como isso não constitui algo simples, o preenchimento dessas lacunas pode

23. A título de comparação, ver ESER. Grundlagen und Grenzen Stellvertretender Strafrechtspflege. *JZ*. 1993. p. 875-884.

24. Sobre essa forma de considerar o Direito estrangeiro, cf. JESCHECK (nota 12), p. 27. Sobre o tratamento desses casos na jurisprudência alemã, ver BGFISt 10, p. 35-42; cf. ainda JÄHNKE. In: JESCHECK; RUß; WILLMS (Org.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 10. ed. 1989, 211, § 39.

25. Cf. GULLY-HART, Loss of Time Through Formal and Procedural Requirements in International Co-Operation. In: ESER; LAGODNY (Ed.). *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*. 1992. p. 245-266 (261 e ss.); CORNILS. Leges in ossibus? Überlegungen zur doppelten Strafbarkeit einer Auslandstat. In: ARNOLD et al. (Org.). *Grenzüberschreitungen*. 1996. p. 211-228 (213 e ss.).

26. A título de comparação, confira o art. 24 do estatuto do Tribunal Internacional da Iugoslávia (UN-Doc. S/25704, 35.1993, §§ 32 e ss.), bem como o idêntico art. 23 do estatuto do Tribunal de Ruanda (UN-Doc. S/Res/955, 8.11.1994) e o art. 47 projeto de estatuto para a Corte Internacional Penal (UN-Doc. A/49/10, S. 29-161). Cf. ainda os autores mencionados na nota 52.

representar uma importante tarefa para o "Direito comparado legislativo". Retomaremos esse ponto adiante.

Antes de fazer isso, porém, é necessário apontar outra função importante do direito estrangeiro: a saber, seu papel na *interpretação da própria lei*. Isso será essencial sobretudo onde um código penal ou processual penal for adotado a partir de um exemplo estrangeiro, como no caso da Turquia, que adotou o processo penal alemão: nessas hipóteses, se a interpretação de um determinado dispositivo ou figura jurídica, como o problema das proibições de provas (*Beweisverbot*), estiver em questão, é óbvio que o juiz encarregado de aplicar a lei buscará, em caso de dúvida, esclarecimentos na jurisprudência do país que as originou.[27] Esse auxílio interpretativo que ultrapassa fronteiras também pode ser útil, conquanto menos visível do que no caso da recepção explícita de um dispositivo legal, especialmente no que diz respeito a máximas fundamentais para a compreensão da estrutura de um sistema processual: quando princípios como o da oralidade e o da imediatidade da colheita de prova, que seguiram inabaláveis na Alemanha por mais de 100 anos e agora se revelam como disfuncionais e inibidores do processo, a exemplo da diminuição da sua relevância[28] em países como França e Holanda, pode ser útil recorrer ao ordenamento que os originou a fim de perquirir se a função deles se alterara desde o momento da sua concepção.[29]

Mas um olhar que ultrapasse fronteiras pode ser compensador mesmo na interpretação do Direito puramente interno. O quanto um Juiz pode aprender ao consultar e considerar um Direito estrangeiro na sua prática jurisdicional foi demonstrado expressamente, no universo jurídico de língua alemã, por um penalista suíço.[30] Muito embora essa forma de comparação seja óbvia e útil quando se trata dos mesmos termos, a exemplo da expressão "chave falsa" no caso do furto qualificado ou o ato de dispor de um bem no crime de receptação, um Juiz também pode obter conhecimentos relevantes para a interpretação do seu próprio ordenamento a partir do manejo de conceitos e elementos

27. Contudo, isso tende a se verificar apenas de maneira indireta, a exemplo do dever de advertência, cuja jurisprudência exposta no Manual de Processo Penal de Kern e Roxin foi citada por um autor turco (cf. YURTCAN, Ceza Yarigilamasi Hukuku. *Strafverfahrensrecht*. 5. ed. 1994. p. 255) e considerada na decisão do Supremo Tribunal da Turquia (A2: E 157/K438, de 21.2.1995).

28. A título comparativo, ver PERRON (Org.). *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*. 1995. Especialmente as p. 112 e ss., 299 e ss., 569 e ss.

29. Para um panorama geral dessa retomada das raízes históricas de um instituto jurídico num "Direito-mãe" (*Mutterrecht*) estrangeiro, comparar JESCHECK. Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform. *ZStW* 86 (1974), p. 761-782 (765); especialmente sobre a mudança de significado de máximas processuais: ESER, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung" des Strafverfahrens? In: KROESCHELL (Org.). *Recht und Verfahren*, 1993. p. 21-51, também publicado em: *ZStW*, 104 (1992), p. 361-396.

30. HAUSER. Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im materiellen Strafrecht. In: VOGLER et al. (Org.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, 1985, p. 1215-1232.

equivalentes de um Direito estrangeiro próximo, a exemplo do dolo e da culpa ou da autoria e da participação.[31]

Há outro aspecto nesse olhar para além das próprias fronteiras que não pode ser subestimado: quando o Juiz confronta o Direito estrangeiro na interpretação do seu próprio ordenamento, isso pode resultar numa autocrítica. Nesse sentido, por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão se moveu no sentido de uma interpretação restritiva da punição a atos homossexuais.[32] Com isso, o Direito comparado judicial passa a ser mais do que um mero instrumento de interpretação e assume uma *função de controle*.[33] "Além disso, se as autoridades judiciais de diferentes países se espelhassem nos sistemas jurídicos vizinhos e isso levasse a uma interpretação convergente, a visão judicial que ultrapassasse fronteiras poderia até possibilitar uma função harmonizadora, tal como ressaltado pelo último presidente do Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) em relação à convergência com o Direito europeu."[34]

2. O Direito Penal comparado "legislativo"

A partir do momento em que o Juiz não apenas interpreta o Direito, mas também procura harmonizá-lo tendo em vista o Direito estrangeiro, não raro a ponto de atribuir-lhe novas funções, ele ultrapassa, na essência, os limites à criação jurídica, adentrando no terreno do denominado de "Direito comparado legislativo". Efetivamente, enxerga-se nessa orientação à política legislativa a tarefa mais importante do Direito comparado.[35] Na Inglaterra, essa finalidade recebeu até mesmo uma base legislativa, contida na seção 3(1) da *Law Comissions Act* de 1965: "Será dever de cada um dos comissários... obter as

31. A título de exemplo, cf. BGHSt 38, p. 214-231 (228 e ss.), ocasião em que o Tribuna Federal (BGH) recorreu a regramentos de diversos ordenamentos estrangeiros para decidir sobre a violação dos deveres de advertência impostos à polícia e as consequências dessa violação. Para uma visão geral sobre essa "função interpretativa" do Direito comparado, cf. ainda ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 16 e ss.; v. também BOGDAN, *Comparative Law*, 1994, p. 32 e ss.; EBERT (nota 9), p. 176 e ss.; GUTTERIDGE (nota 2), p. 101 e ss.

32. Cf. BGHSt 1, p. 293-298 (297). N. do Tradutor: a incriminação mencionada por Eser foi revogada com a grande reforma penal de 1974 (*Großen Strafrechtsreform*).

33. Uma abordagem geral sobre isso pode ser encontrada em EBERT (nota 9), p. 176 e ss., 179 e ss.; ZWEIGERT. Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode. *RabelsZ* 15 (1949/50), p. 5-21 (17 e ss.).

34. ODERSKY, Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur. *ZEuP* 2 (1994), p. 1-4 (2).

35. Cf. JESCHECK (nota 29), p. 765; ver ainda COING (nota 8), p. 2603; fundamental, DROBNIG; DOPFFEL, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber. In: *Rabels Zeitschrift für auslandisches und intemationales Privatrecht* 46 (1982), p. 253-299.

informações sobre o sistema jurídico de outros países que lhes pareçam aptos a facilitar o desempenho de qualquer de suas funções".[36]

Essas mesmas intenções foram determinantes no já mencionado "Uma Exposição Comparada do Direito Penal Alemão e Estrangeiro"[37] ("*Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*"), tendo também sido sucedidas – ainda que timidamente – nos anos 50, pela nova reforma do Direito penal alemão e os trabalhos comparativos nos seus "materiais para uma reforma penal".[38]

Essa ampliação de perspectiva decorrente de um olhar que ultrapasse fronteiras não deve nos conduzir ao equívoco de supor que a novidade encontrada em outros ordenamentos também seria necessariamente melhor ou mais justa. A comparação entre diferentes legislações pode oferecer diversas alternativas de regramento; em última instância, cabe ao legislador avaliar qual dessas possibilidades é mais adequada para o respectivo país. A esse respeito, o "Direito comparado legislativo" tem uma função meramente preparatória.[39] Ao mesmo tempo, o "fornecimento de soluções"[40] para a escolha a ser feita pelo legislador pode experimentar um enriquecimento considerável.

O acerto da afirmação de Allan Watson, para quem "law develops mainly by borrowing",[41] pode ser exemplificado a partir das reformas do processo penal alemão dos últimos 150 anos; o chamado "processo penal liberal" do século XIX é inconcebível sem os exemplos de origem francesa e inglesa. Da mesma forma, as recentes melhorias contemplando a posição jurídica do acusado não teriam ocorrido sem o papel proeminente da Suprema Corte americana.[42] Nesse contexto, a Alemanha, outrora atuante como um importador do Direito estrangeiro, passou a representar um polo exportador, uma vez que

36. Citado em JESCHECK, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform. In: KAUFMANN et al. (Org.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70*. Geburtstag, 1979. p. 133-154 (148). Para um percursor britânico desse diploma, ver "Fourth Report of Her Majesty's Commissioners of Criminal Law 1839", em JESCHECK (nota 12), p. 16.

37. BIRKMEYER et al. (Org.). *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*. 1905-1909, 16 t.

38. *Materialien zur Strafrechtsreform*. Band 11 Rechtsvergleichende Arbeiten, 1954 e 1955.

39. Cf. JESCHECK (nota 12), p. 43; JESCHECK (nota 29), p. 781; DROBNIG; DOPFFEL (nota 35), p. 269; ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p.16.

40. Conforme descrito plasticamente por ZITELMANN, (nota 21), p. 13.

41. WATSON. *The Making of the Civil Law*, 1981. p. 181.

42. Para mais detalhes, cf. JESCHECK (nota 29), p. 765 e ss.; ROBINSON; ESER. Le droit du prévenu en silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amdrique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1967, p. 567-618; ESER. Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtstellung des Beschuldigten, *ZStW* 79 (1967), p. 565-623.

o Japão e a Turquia em particular tomaram de empréstimo uma parte considerável do direito penal e processual penal de origem alemã.[43]

Se quisermos prescindir de mais exemplos nessa linha para abordar de imediato as funções do Direito penal comparado legislativo, é essencial distinguir três níveis: um nacional, um regional e um supranacional.[44]

A nível *nacional*, é possível falar propriamente num "empréstimo" no sentido de um país adotando, de forma mais ou menos imediata, as regras e instituições de outro. Isso pode se limitar a reformas pontuais, como foi o caso da inserção do dever policial de advertência na Alemanha, nos termos do exemplo americano, ou do novo regramento polonês da interrupção da gravidez, esse inspirado no modelo indicativo alemão. Além do simples intercâmbio de partes do "*software*" jurídico, é possível ocorrer – sob certas circunstâncias – a substituição de grandes partes, quando não do "*hardware*" como um todo, a exemplo da reformulação da pena de multa espelhada no sistema escandinavo de dias-multa ou na guinada fundamental do processo penal italiano no sentido de um sistema adversarial.[45] A dimensão dessas transposições a nível nacional consiste sempre numa atividade unilateral: o país receptor peneira e escolhe o que parecer mais razoável na "oferta estrangeira", sem que isso resulte necessariamente numa relação recíproca. Portanto, nesse nível, o direito comparado pode de fato se degenerar facilmente em um puro "*self-service*", do qual cada país obtém o que for mais conveniente à sua política legislativa.

Numa abordagem correta, a situação já é completamente diferente no âmbito *regional*. De qualquer maneira, isso só se verifica em determinadas regiões caracterizadas pela tentativa de desmantelar as dificuldades de ultrapassar fronteiras ou de estabelecer uma política criminal abrangente que harmonize os diferentes sistemas jurídicos, a exemplo do que ocorre no âmbito da União Europeia.[46] Isso pode ocorrer de formas distintas, começando pelo desenvolvimento nacional autônomo de reformas legislativas

43. Sobre esses processos de transferência, cf., entre outros, LENZ; HEUSER. *Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China*, 1995, p. 4; ÖNDER. Die Entwicklung und Rezeption des Straf-und Strafverfahrensrechts in der Türkei, *ZStW* 70 (1958), p. 313-322.

44. Sobre esses três níveis, confira a abordagem – mais nuançada - em JESCHECK (nota 36), p. 136 e ss. A pretensão de dividir o Direito comparado legislativo em três níveis encontra certa – mas de forma alguma equivalente – congruência com os níveis da jurisdição criminal transfronteiriça; cf. mais detalhes em ESER. Basic issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline. In: WISE (Ed.). *Criminal Science in a Global Society*, 1994. p. 3-20; ESER. Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa. In: Bundeskriminalamt (Org.). *Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension*, 1992, p. 21-53.

45. Para mais particularidades a respeito dessas reformas no âmbito processual, ver ESER. Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa. *ZStW* 108 (996), p. 86-127.

46. Sobre o desenvolvimento dessa tendência dentro da União Europeia e sua importância para o direito penal comparado e criminologia, ver DANNECKER. Strafrecht in der europäischen Gemeinschaft, Eine Herausforderung für Strafrechtsdogmatik. Kriminologie und Verfassungsrecht. *JZ* 1996, p. 869-880.

inspiradas em países vizinhos, passando auxílio em matéria penal, pela adoção recíproca de regulações no sentido da lógica "separate but uniform" e – finalmente – por meio de regras gerais vinculantes para todos os Estados membros, sob o fundamento de uma força "supranacional".[47]

No (em parte já alcançado) nível *supranacional*, que de certa maneira pode ser compreendido como algo *universal*,[48] o Direito comparado também pode ser praticado de diferentes maneiras:

Em primeiro lugar, ele se presta a investigar os *mais elevados princípios jurídicos*, isto é, aqueles que encontraram amplo reconhecimento nas chamadas nações civilizadas e por isso deveriam servir de medida e padrão para as demais. Isso é especialmente válido para as proibições de penas cruéis, desumanas e degradantes contidas nas declarações gerais de direitos humanos, bem como o reconhecimento dos princípios da legalidade e da culpabilidade.[49] Isso é ainda mais imperativo no caso de um país que esteja obrigado, por força de um tratado, a criminalizar certos comportamentos, como o genocídio ou certas formas de poluição ambiental.[50] Ainda que haja uma produção legislativa uniforme decorrente do cumprimento de obrigações de Direito internacional, é possível conceber uma legislação paralela entre diferentes países.

A rigor, pode-se falar numa legislação internacional quando a punibilidade de certos *crimes internacionais* deixar de depender do reconhecimento de um país em particular, com o acréscimo de um Tribunal internacional autorizado a perseguir esses delitos a despeito da não cooperação de um Estado nacional. Certamente, esse caminho está sendo trilhado pela Comunidade Internacional, que instituiu Tribunais internacionais para a Iugoslávia e Ruanda. Com esses importantes passos, as esperanças

47. Sobre essas distintas atividades de cooperação e harmonização na União Europeia, cf. os trabalhos publicados em SIEBER (Org.). *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, 1993 e em HARDING et al. (Ed.). *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, 1994; ver ainda RIONDATO. *Competenza Penale della Comunità Europe*, 1996 e CADOPPI. Towards a European Criminal Code? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 4 (1996), p. 2-17. Cf. ainda o *Corpus Juris* sugerido pelo grupo de trabalho coordenado por DELMAS-MARTY 'Ware vorgeschlagenen Corpus Junis (Paris, 1997). Uma posição favorável a um código penal modelo pra Europa pode ser vista em SIEBER. Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch. *JZ* 1997, p. 369-381 (especialmente p. 378 e ss.); compare com WEIGEND, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur? *ZStW* 105 (1993), p. 774-802 (787 e ss.). Ver ainda a palestra proferida por NELLES; PIETH e KÜHL no encontro de professores de Direito penal de 1997, ocorrido em Berlim: *ZStW* 109 (1997), p. 727-755, 756-776 ou 777-807, com relatório das discussões feito por ZIESCHANG, p. 830-844.

48. Cf. JESCHECK (nota 36), p. 137 e ss.

49. Cf. JESCHECK, ibidem.

50. Cf. a Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, de 9 de dezembro de 1948, UN Treaty Series, Tomo 78 (1951), N. 1021, p. 277-323, assim como a International Convention for the Prevention of Pollution From Ships, de 02 de novembro 1973. In: RÜSTER; SIMMA (Ed.), International Protection of the Environment, v. 11, 1975, p. 552-568.

relativas ao Estatuto de Roma deixaram de representar algo puramente ilusório. Contudo, haverá ceticismo[51] enquanto faltarem regras gerais para a aplicação desses estatutos; nesse sentido, é sintomático que os responsáveis pela confecção de documentos de Direito internacional público prescindam de especialistas em matéria penal, mesmo em questões envolvendo a definição material e as regras processuais relativas a crimes internacionais. Mesmo que não pareça absolutamente necessário preceder uma codificação internacional do direito penal com uma "parte geral" projetada até o último detalhe, como é costume para a maioria dos códigos criminais hoje, é necessário que se estabeleça, pelo menos, as regras e os pressupostos mínimos para a incriminação e a punição de crimes internacionais.[52]

Finalmente, outro passo em direção a esse nível transnacional recairia no desenvolvimento de um "*Código penal modelo*" *universal*. Há alguns exemplos nesse sentido, como o "Código Penal Tipo para Latinoamerica", apresentado em 1971, o qual já forneceu as bases para as reformas penais da Costa Rica (1970), Bolívia (1972) e El Salvador (1971),[53] ou o "Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica", de 1988.[54] Independentemente da conveniência de uma uniformização global do Direito penal, essas esperanças não podem ser superdimensionadas.[55]

Evidentemente, esse ceticismo está enraizado no campo político, não tendo nada a ver com o direito comparado em si. Isso porque as melhores sinopses e alternativas comparativas são modelos desprovidos de valor enquanto não houver vontade política para realizá-los; no entanto, isso muitas vezes encontra uma barreira no cenário internacional, ante o receio de uma perda de soberania. Da mesma forma, o comparatista não deve se deixar enganar pela imponderabilidade da política; a abertura de um caminho para as decisões políticas só é possível se modelos alternativos forem colocados na mesa. Eis o momento do Direito comparado teórico científico.

---

51. Cf. BASSIOUNI (Ed.). Commentaries on the International Law Commission 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, 1993; sobre a falta de regras gerais, ver ESER. The Need for a General Part, p. 43-52.

52. Sobre o estado atual dessa discussão, cf. NILL-THEOBALD, Anmerkungen über die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs. *ZStW* 108 (1996), p. 229-239 (233 e ss.); AMBOS, Zum Stand der Bemühungen um, einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch. *ZRP* 29 (1996), p. 263-271.

53. Cf. JESCHECK (nota 36), p. 149 e ss.

54. Cf. RODRIGUEZ, *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*. Ein Beitrag zur StrafpmzeBrefomi in Lateinamerika, 1995, p. 5 e ss.

55. Apesar do ceticismo, uma cogitação nesse sentido pode ser encontrada em SCHULTZ. Strafrechtwergleichung als Grundlagenforschung. In: JESCHECK; KAISER (Org.). *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, 1980, p. 7-25 (23).

3. *O Direito Penal comparado "teórico-científico"*

Se a consideração do Direito comparado "judicial" e "legislativo" traz a impressão de que seria esperado do Juiz ou do parlamentar em particular um estudo em primeira mão dessa matéria, é preciso dizer que isso dificilmente corresponde à realidade, a despeito de alguns casos isolados reforçando essa falsa percepção. Além do fato de que o material estrangeiro necessário não é encontrável nem nas bibliotecas judiciais regulares e nem nos serviços de informação parlamentares, falta à maior parte dos Juízes, advogados e políticos o ferramental necessário para lidar de forma competente com o Direito estrangeiro. A ajuda de um comparatista é essencial para obter o material relevante e classificá-lo corretamente. Por isso, o auxílio prático pra essa mediação é uma importante área de responsabilidade para pesquisadores e institutos de direito comparado. A esse respeito, muito pode ser dito sobre as atividades do Instituto Max Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro.[56]

Quando se fala num "Direito comparado científico", isso significa mais do que um mero serviço de informações sobre o Direito estrangeiro. Assim, o fator decisivo reside na interpenetração analítica entre distintos ordenamentos jurídicos, a justaposição comparativa de semelhanças e diferenças e a busca de modelos e estruturas fundamentais. Entre as distintas finalidades[57] que podem ser buscadas nesse contexto, destacam-se pelo menos três possíveis interesses epistemológicos.

Por um lado, esse estudo teórico serve para *melhor compreender o próprio direito*. Ernst Rabel já tentou ilustrar esse "interesse de autoconhecimento" com uma imagem clara: "coloquemos uma criança pequena pela primeira vez diante de um espelho e ela tentará pegar a suposta criança refletida; pela primeira vez, ela se conhecerá. Para colocar um espelho diante do próprio ordenamento jurídico, é preciso situar-se fora dele".[58] O que Rabel pretendia expressar com essa imagem em relação à crítica jurídica e à política legislativa também se aplica à dogmática: em países especialmente orgulhosos da sua dogmática ultrarrefinada, como a Alemanha, a confrontação com doutrinas supostamente mais simplórias de outros países pode resultar na sensata conclusão de que excessos teóricos cultivados como *l'art pour l'art* podem perder de vista o aspecto prático, a ponto de se tornarem contraproducentes.

56. Como estimativa mínima da dimensão dos relatórios e informações prestadas pelos grupos de pesquisa de Direito penal, posso indicar uma média de cerca de 200 trabalhos anuais.

57. Para um panorama geral, cf. SCHULTZ (nota 55), p. 7 e ss.; KAISER. Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie. In: KAISER; VOGLER (Org.). *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung*, 1975. p. 79-90; JESCHECK (nota 29), p. 764.

58. Cf. RABEL (nota 2), p. 92.

Além dessa função de conscientizar acerca dos *limites da dogmática jurídica*, há outra tarefa não menos importante para o Direito comparado.[59] O direito comparado teórico ainda pode ajudar o juiz a obter uma melhor compreensão dos objetivos e limites da própria lei ao aplicá-la.[60]

Um papel não menos importante dos estudos de Direito comparado se apresenta no campo da política. A esse respeito, destacam-se dois campos de aplicação.

O primeiro deles diz respeito à participação em *projetos legislativos*, na medida em que os estudos jurídicos comparativos evidenciam o já referido "estoque de soluções" de alternativas regulatórias concebíveis. Nesse contexto, parece notável que, pelo menos na Alemanha – mas provavelmente também em alguns outros países – dificilmente qualquer grande reforma legislativa ocorra hoje sem pesquisas sobre como outros países lidam com o problema em questão. Para o nosso Instituto Max Planck, por exemplo, isso resulta em cerca de um terço do nosso trabalho consistindo na preparação de relatórios jurídicos comparativos para parlamentos ou ministérios, tendo as nossas investigações mais recentes se dirigido a temas como a colheita de prova no processo penal[61] e o combate à corrupção.[62] Ainda que essas investigações sejam determinadas primariamente pelo respectivo legislador nacional, elas podem beneficiar os esforços de harmonização e unificação jurídica de outros países no âmbito do já citado Direito comparado legislativo, de maneira a perpetrar um efeito transnacional.

Com isso já está abordado o segundo campo de aplicação politicamente relevante: o auxílio de mediação para a pesquisa de direito comparado na *cooperação internacional*. Para mencionar um ponto de conflito atual no âmbito da União Europeia, podemos citar a implementação do tratado de Schengen para a abertura de fronteiras entre países europeus, cujas recorrentes dificuldades podem ser um resultado do desconhecimento a respeito das diferentes finalidades e estruturas referentes à persecução penal.[63]

Que o mero desconhecimento das particularidades de outro ordenamento jurídico pode dificultar a cooperação internacional em matéria penal e levar ao bloqueio de Tratados de extradição ou de assistência mútua é algo que pude observar nas negociações entre os EUA e a Alemanha a esse respeito: por um lado, os americanos não conseguem compreender como o ato praticado por um alemão nos EUA seja julgado nos termos da

59. Opinião expressa a esse respeito é a de KÖTZ, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik. *RabelsZ* 54 (1990), p. 203-215 (208 e ss.). Sobre essa "função de controle" dos estudos comparativos – exercida mediante o emprego de critérios para submeter cada teoria a um exame de exatidão, cf. EBERT (nota 9), p. 179.

60. Cf. acima em III.1.

61. Cf. PERRON (nota 28).

62. Cf. ESER; ÜBERHOFEN; HUBER (Org.). *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, 1997.

63. Cf. O'KEEFFE. The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration? *Yearbook of the European Law* 11 (1991), p. 185-219; SCHOMBURG. Strafrecht und Rechtshilfe im Geltungsbereich von Schengen 11, *NJW* 1995, S. 1931-1936.

lei alemã e resulte numa extradição negada; por sua vez, os alemães terão dificuldades em entender o caso do estelionato cometido por um empresário americano foragido sendo investigado em solo alemão por autoridades americanas. Em vez disso, ambos os países consideram as ações um do outro como um desrespeito à sua própria soberania.

Conforme o exposto numa conferência conduzida em 1998 na *Harvard Law School*[64] para tratar dessas questões, era necessário encontrar uma plataforma comum, uma vez que as diferenças de abordagem envolvendo o tratamento de crimes praticados no exterior passaram a ser cada vez mais visíveis: por um lado, a *Common Law* tende a ser marcantemente restritiva em matéria de extraterritorialidade penal, muito embora os países dessa tradição jurídica não tenham reservas em exercer poderes de investigação e jurisdição no exterior para requerer a extradição de cidadãos estrangeiros que tenham cometido delitos em território nacional; por outro, a aplicação do Direito penal nacional da tradição europeia continental tende a se expandir de forma mais ou menos ampla para além dos seus limites fronteiriços, a abranger delitos praticados em solo estrangeiro na jurisdição local. Consequentemente, a extradição dos cidadãos desses países é negada, pois eles podem ser julgados nos termos da legislação interna também por fatos praticados no exterior.[65] Não pretendemos debater qual dessas concepções seria a melhor ou mesmo a "mais justa", mas, sobretudo, demonstrar a importante função de esclarecimento do Direito comparado científico no que tange a desconstruções de equívocos e à cooperação internacional.

Por último e não menos importante, não devemos esquecer-nos da função mais intrínseca do Direito comparado teórico-científico, qual seja, o seu papel de pesquisa básica. Se essa modalidade de estudo é (ou deve ser) efetivamente desatrelada de qualquer objetivo, a exemplo do postulado por alguns, é uma questão aberta;[66] de qualquer maneira, a suposição de que um pesquisador se sujeitaria ao esforço de estudar um ordenamento jurídico estrangeiro sem qualquer objetivo guarda pouca correspondência com a realidade. O que não é necessariamente essencial na pesquisa básica, entretanto, é sua utilidade no sentido de uma aplicabilidade já predeterminada. É somente a partir da libertação da limitante expectativa de se obter um determinado resultado ou de fundamentar uma posição esperada é que o ponto de vista se torna livre para uma apreciação imparcial das peculiaridades e estruturas de outro Direito.

Nesse nível fundamental, três objetivos de pesquisa são particularmente recompensadores.

---

64. Proceedings of the Harvard Law School Conference on international Cooperation in Criminal Matters, *Harvard International Law Journal* 31 (1990), p. 1-127.

65. Para mais detalhes sobre essa problemática, cf. ESER, Common Goals And Different Ways. In: international Criminal Law: Reflections from a European Perspective. *Harvard International Law Journal* 31 (1990), p. 117-127.

66. Cf., por exemplo, JESCHECK (nota 29), p. 764; KAISER (nota 57), p. 82; SCHULTZ (nota 55), p. 8, o qual chega a falar numa "pesquisa pura".

Tal fenomenologia, mais orientada para a aparência externa do crime, teria que ser complementada e aprofundada por uma comparação estrutural geral, a fim de penetrar por trás da fachada externa e descobrir semelhanças ou diferenças mais profundas. Demos os primeiros passos nessa direção no Instituto Max Planck de Friburgo por meio de pesquisas comparativas sobre as causas de justificação e exculpação como "*key issues*" da teoria geral do crime.[67] O próximo passo consistirá numa análise geral da estrutura do Direito penal.[68] Se as ideias associadas a essa prática puderem ser realizadas, ainda será possível obter com sucesso o que v. Liszt já promovia como uma ciência geral do Direito penal,[69] ou aquilo que Jímenez de Asúa proporcionou por meio dos seus trabalhos preliminares em seu relevante "Tratado de Derecho Penal".[70]

Finalmente, não se deve esquecer a *tarefa cultural*[71] da pesquisa de direito penal comparado, já que as concepções morais dominantes na sociedade e a reação por parte da sociedade e do Estado às práticas desviantes em relação a esses valores encontram a sua expressão mais clara nesse ramo jurídico.

IV. Meios e métodos do Direito Penal comparado

Quando se fala no método do Direito penal comparado, isso tem menos relação com procedimentos voltados a acentuar a sua cientificidade do que com algumas especificidades próprias dos estudos jurídicos comparados. Certamente, seria errôneo esperar por um cânone metodológico geral e vinculante, porque os caminhos a serem seguidos pela pesquisa de direito comparado podem ser tão diversos quanto os seus objetivos. Assim, por exemplo, no caso de uma análise estrutural a respeito do tratamento de diversas ordens jurídicas em relação à participação de várias pessoas na realização de um delito, tanto o plano de pesquisa como a sua condução metodológica serão de antemão mais trabalhosas do que um tema envolvendo a aferição da "*double criminality*", a qual se restringe a verificar a presença de dois tipos equivalentes entre si. Não obstante, para

67. Para mais detalhes, confira ESER. Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime. In: ESER; FLETCHER (Org.). *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven* 1, 1987. p. 1-8, 17-65; ESER. Eröffnungsansprache. In: ESER; PERRON (Org.). *Rechtfertigung und Entschuldigung* 111, 1991. p. 1-6 (p. 2 e ss.).

68. Cf. PERRON, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich". In: ARNOLD et al. (nota 25), p. 127-136; PERRON. Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme. *ZStW* 109 (1997), p. 281-301 (287 e ss.).

69. v. LISZT. *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*. 1. ed. 1894. p. XX, XXI, XXV.

70. DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*, 1950-1970. t. 1-V11; cf. SCHULTZ (nota 55), p. 23 e ss.

71. Cf. KAISER (nota 57), p. 82.

além dessas questões específicas, é possível enumerar – a partir de longos anos de experiência – algumas regras fundamentais que se mostraram promissoras.

1. *Métodos de abordagem*[72]

O *primeiro* passo consiste em definir o *problema fático* a ser esclarecido a partir da observação de diferentes ordenamentos jurídicos. Nessa chamada "questão de funcionalidade",[73] é possível que determinados institutos ou princípios jurídicos sejam imediatamente colocados à prova, como ocorria com frequência na época em que os estudos de Direito comparado ainda eram incipientes. Além disso, é preciso observar que a falta de um determinado princípio jurídico em outro Direito não conduz necessariamente à ausência de regras, pois esses princípios – se compreendidos corretamente – não carregam um conteúdo autônomo de sentido – isso deriva do respectivo problema social a ser regrado, o qual pode ser contemplado por outro dispositivo jurídico. Por essa razão, a pesquisa jurídica comparativa não deve se contentar com a justaposição de princípios ou instituições jurídicas: ela deve recorrer às circunstâncias de vida adjacentes e sua integração social. Assim, ao invés de se satisfazer em saber se conceitos como "dolo" e "instigação" teriam equivalentes em outro Direito, seria o caso de descrever os processos e influências psíquicos a fim de poder formular de questionar, de forma sensata, se esses fenômenos são contemplados pelos mesmos conceitos ou se eles se relacionam com outras regras. Por outras palavras, o verdadeiro sujeito da comparação é não (apenas) a norma, mas pelo contrário a pressuposta situação de vida real como um problema de ordem social a ser regulado pela lei.[74]

Em uma *segunda* etapa, *os países a serem comparados devem ser selecionados*, de maneira que um teste prévio pode ser útil, seja para não perder de vista os países realmente relevantes ou para excluir já de antemão os países sem relevância metodológica.[75]

A *terceira* etapa consiste na preparação dos *relatórios de cada país*. Dependendo da pergunta a ser formulada, esses relatórios serão breves ou abrangentes de diferentes maneiras. Assim, é possível se contentar com uma mera lista de normas legais, especialmente quando a respectiva questão disser respeito à existência ou ausência de tais normas. Como regra, no entanto, não será possível criar um relatório confiável sem levar

72. A respeito do que se segue, cf. JESCHECK (nota 12), p. 36 e ss., JESCHECK (nota 29), p. 771 e ss., assim como ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 31 e ss.

73. Cf. ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 33.

74. Segundo COING (nota 8), p. 2604, essa reorientação metodológica constitui mérito de Ernst Rabel e seus alunos.

75. Cf. JESCHECK (nota 29), p. 771. Na medida em que esse autor considera a escolha do país a "primeira" pergunta a ser formulada, é preciso observar, para evitar incompreensões, que essa opção mal pode ser realizada sem uma compreensão prévia dos problemas de ordem e regramento compreendidos como o verdadeiro objeto de comparação.

em consideração a jurisprudência relevante e a doutrina do país estudado.[76] Como isso não tem relação apenas com o "*law in the books*", mas também como o "law in action", a criminologia também vem ganhando importância como ferramenta comparativa complementar.[77] Por fim, o relatório de um país também deve observar as características de estilo do respectivo Direito, como as especificidades linguísticas e culturais.[78]

Como *quarto* passo, deve-se elaborar um *corte transversal do direito comparado* com base nos relatórios dos países. No entanto, isso não deve se limitar a uma repetição resumida dos dados individuais compilados nos relatórios de país, mas visar a perfilar semelhanças e diferenças e, se possível, também conduzir à formação de modelos. Evidentemente, referências a modelos dissonantes não estão excluídas: essas conspicuidades podem expressar não só uma crítica ao "*mainstream*", mas também indicar potenciais reformas legais a serem promovidas no futuro. Dessa forma, a seção transversal de legislações comparadas pode se tornar um reservatório para o já citado "estoque de soluções", algo especialmente importante para a modalidade legislativa desse campo de estudos.

Uma *quinta* etapa reside na *avaliação político-jurídica* autônoma de várias alternativas regulatórias – possivelmente combinada com propostas de formulação para o legislativo. No entanto, recomenda-se cautela. Porque, como já se apontou a propósito do "direito comparado legislativo", a elaboração de alternativas regulatórias é uma coisa e a escolha final a ser feita é outra.[79] Naturalmente, essa decisão política não pode ser negada a um pesquisador que esteja exercendo o papel de cidadão igualmente político. No entanto, isso deve ser divulgado de forma clara, sob pena de haver uma política pessoal disfarçada sob o manto da cientificidade.

2. Requisitos institucionais

Tendo em vista a variedade de tarefas e a diversidade dos métodos a serem usados, não é surpreendente que a investigação em direito penal comparado não possa ser realizada de forma razoável sem o "equipamento" adequado. Além do *know-how* metódico geral do comparatista, isso inclui, sobretudo, a disponibilidade de uma *biblioteca* com a qual o sistema jurídico do país a ser examinado possa ser acessado. Se, como normalmente é o caso, não for possível uma estadia de pesquisa no país a ser examinado, é necessário equipamento de biblioteca suficiente no domicílio do pesquisador. Os problemas financeiros associados a isso são evidentemente tanto maiores quanto mais amplo for um projeto de pesquisa e na medida em que mais países diferentes estiverem envolvidos nele.

76. Cf. SCHULTZ (nota 55), p. 9 e ss.

77. Para mais detalhes, ver KAISER (nota 57), p. 81 e ss.

78. Cf. SCHULTZ (nota 55), p. 15 e ss.; também tratando em geral do "estilo" de diferentes regiões jurídicas, ver ZWEIGERT; KÖTZ (nota 8), p. 62 e ss.

79. Cf. acima, na nota 40.

Naturalmente, esse problema pode ser mais bem combatido por meio da institucionalização de bibliotecas nas quais o material jurídico do maior número possível de países seja coletado de maneira sistemática e abrangente.

De forma similar, é possível falar num problema de ordem pessoal: em regra, até mesmo um comparador gabaritado só conhecerá um número limitado de ordens jurídicas estrangeiras. Uma vez que um projeto de pesquisa se estende a outros países, isso não pode ser feito sem a participação de outros pesquisadores que conheçam suficientemente bem a língua e a legislação do país em questão. Reunir esses especialistas específicos de cada país na mesma instituição também abre a possibilidade de cooperação intensiva, especialmente com pesquisadores visitantes.

Por isso, seria desejável que existissem tantos institutos de direito comparado quanto possível. No entanto, isso frequentemente esbarra nos imensos custos necessários para o estabelecimento e a operação de um instituto, o qual ultrapassa, em termos de pessoal e biblioteca, as dimensões de um instituto universitário normal. Ainda mais necessárias são instalações de pesquisa como o Instituto Max Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro em Friburgo, que abrangem uma integração do pessoal de pesquisa e da biblioteca.[80] Obviamente, essas oportunidades de trabalho assim abertas devem ser acessíveis a pesquisadores estrangeiros.

V. Limites do Direito Penal Comparado: obstáculos na harmonização do Direito

Até agora, deparamo-nos apenas com o lado bom do direito penal comparado. Contudo, também existem alguns aspectos negativos que não podem ser ignorados.

Tecnicamente, esses problemas decorrem tanto do diletantismo como do ecletismo, em especial quando não se domina suficientemente o Direito estrangeiro[81] e/ou o material obtido é sondado de forma mais ou menos aleatória. Ainda, é possível que a avaliação desse material seja pouco confiável em razão de critérios e indicadores imprecisos.[82]

Não menos perigosa é a tentação de proferir juízos de valor precipitados, inferindo um resultado previamente esperado a partir de dados individuais aparentemente adequados. De fato, mesmo o estudo jurídico comparado mais profissional e metodologicamente adequado pode incorrer nesse obstáculo, porque, por exemplo, o material aparentemente informativo de alguns países é (por quaisquer razões, sejam objetivas

80. Sobre a concepção e o desenvolvimento desse instituto, cf. JESCHECK, Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. *ZStW* 79 (1967), S. 128-144; sobre o desenvolvimento experimentado no meio dos anos 1980, cf. Max-Planck-Gesellschaft, Berichte und Mitteilungen, caderno 4/85, p. 9-20.

81. Cf. JESCHECK (nota 12), p. 38.

82. Cf. KAISER (nota 57), p. 82; SCHULTZ (nota 55), p. 21.

ou pessoais) inacessível ou, de outra forma, não seja possível esperar nenhuma imagem completa das manifestações reais ou possíveis alternativas regulatórias. Sem dúvidas, a necessidade de decidir sob condições de incerteza não é uma exclusividade do Direito comparado, mas um fenômeno quase geral, tendo em vista o caráter limitado do conhecimento humano. Por essas razões, a impossibilidade de uma reunião completa de materiais não constitui motivo para resguardar aprioristicamente uma tentativa de comparação, mas, sim, um pretexto válido para destacar as limitações da investigação e do aspecto condicional das conclusões decorrentes dela.

Além dessas fragilidades inerentes aos estudos jurídicos comparados, as quais podem ser confrontadas até certo grau por um procedimento metodologicamente acertado, há uma limitação que pode afetar especialmente o Direito penal comparado legislativo. Essa recai menos no método do que na matéria, isto é, no caráter inalcançável de um objetivo visado. É necessário antecipar-se contra esse tipo de decepção, sobretudo quando expectativas envolvendo a transposição de regras de outro ordenamento ou do objetivo de uma harmonização mútua esbarram em diferenças estruturais fundamentais – essas expostas pela análise jurídica comparativa.[83]

Que esse problema é claramente subestimado na discussão atual sobre a harmonização do Direito penal europeu[84] é algo que salta aos olhos diante de algumas considerações críticas a esse respeito – as quais não constituem uma objeção fundamental a tais esforços de harmonização, mas alertam sobre o risco de não perder de vista um fim desejável em razão de caminhos equivocados.

Para evitar ilusões a respeito da equiparação entre legislações penais nacionais em solo europeu, é preciso estar ciente de antemão que o conteúdo dos regramentos e o modo de operação de normas jurídico-penais são determinados não só a partir dos tipos particulares, mas também a partir das regras de imputação, assim como as formas de efetivação do Direito material por meio do Processo Penal. Em grande parte, os diversos tipos da parte especial são similares, muito embora existam diferenças que não podem ser subestimadas, mesmo em delitos "clássicos" como o homicídio, o furto e o estelionato. A tentativa de harmonizar as regras gerais de imputação tende a ser ainda mais difícil. Uma simples conferida nos manuais de Direito penal de países baseados em tradições jurídicas independentes e de longa data, como Alemanha, Inglaterra e França, mostra a diversidade na sistematização dos requisitos de responsabilidade criminal. Enquanto a construção do crime nos termos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade parece algo decorrente das leis da natureza aos alemães, os nossos colegas ingleses partem da

83. Uma abordagem detalhada pode ser vista em PERRON, *ZStW* (nota 68), p. 287 e ss.

84. Para mais detalhes, cf. as posições (mais ou menos céticas) dos autores citados na nota 47. Argumenta-se, entre outros fundamentos, que o direito penal em particular continua a ser visto como uma expressão essencial da soberania nacional, o que se opõe como obstáculo de difícil superação para uma rápida padronização e consolidação.; cf. PERRON (nota 68), p. 283 e ss.; WEIGEND (nota 47), p. 775 m.w.N.

diferenciação entre *actus reus* e *mens rea*, ao passo que os franceses se baseiam na distinção entre *éleménts* legal, *material* e *moral*. Mas também há diferenças manifestas em importantes regras da parte geral. Assim, a amplitude de um tipo penal é igualmente definida de forma relevante pela punição da tentativa, pelas distintas formas de participação e pela incriminação da comissão por omissão.[85]

Tampouco é de se ignorar a influência do *Direito processual penal* e sua problemática probatória nos elementos de punibilidade de direito material, pois aqui também existem diferenças dignas de consideração, ainda que não se aborde a questão específica dos poderes de investigação da polícia e isso se restrinja à coletânea judicial de provas.[86]

Na *Alemanha*, nós temos um procedimento de investigação de funcionários públicos com uma ampla e fortemente formalizada audiência de instrução* com juízes togados e leigos, na qual vige o princípio da imediatidade, podendo a defesa obter uma forte influência ao exercer direitos de perguntar, esclarecer e requerer provas. A questão é tratada de forma tão minuciosa por atores profissionais bem preparados que, em questões complexas, especialmente na área da criminalidade econômica, não é mais possível encerrar o processo sem a cooperação da defesa, mesmo que com razoável rapidez. As investigações da polícia e do Ministério Público devem, portanto, ser realizadas de maneira igualmente elaborada nos procedimentos preliminares, assim como os elementos substantivos individuais dos fatos podem ser de difícil esclarecimento.

Na *Inglaterra*, por outro lado, as provas são obtidas em um processo adversarial que ocorre perante juízes leigos. Esses últimos, que não têm conhecimento do objeto do processo até o início da audiência de instrução, são instruídos por um juiz togado que preside os procedimentos. A deliberação da sentença, contudo, cabe exclusivamente a eles. As provas são apresentadas pela acusação e pela defesa em contraditório e da perspectiva de um interesse unilateralmente determinado, de forma que os juízes leigos devem compreendê-las e assimilá-las *hic et nunc*. Assuntos complexos devem, portanto, ser drasticamente simplificados; a defesa não pode transmitir a impressão de estar tentando impedir – por meio de táticas de obstrução e demora – uma condenação justa do acusado. Até mesmo questões de fato ainda mais amplas podem ser tratadas dessa forma, uma vez que expandir tal escopo não é do interesse de nenhuma das partes. Em particular, o esclarecimento de dúvidas sobre os elementos subjetivos do crime cabe em – grande parte – ao réu. Por outro lado, as declarações contraditórias das testemunhas e os fatores atmosféricos têm um peso muito maior, especialmente porque o júri muitas vezes toma

85. Cf. JESCHECK; WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, p. 527 e ss., 612 e ss., 661 e ss.

86. Para evidências e mais detalhes das regras processuais abordadas abaixo, cf. PERRON (nota 28), p. 23 e ss., 96 e ss., 560 e ss.; ver ainda NELLES, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa? *ZStW* 109 (1997), p. 727-755, especialmente 746 e ss.

* N. do T: a audiência de instrução e julgamento (*Hauptverhandlung*), regulada a partir do § 226 do Código de Processo Penal alemão, consiste no ato mais importante do processo penal daquele país.

decisões bastante intuitivas. Isso se deve à impressão muito fragmentada que a audiência de instrução frequentemente oferece.

Na *França* também existe um Tribunal do Júri. No entanto, a audiência de instrução e julgamento é conduzida por um juiz togado que não atua como um árbitro neutro, mas é obrigado a esclarecer a verdade de forma independente e, portanto, influencia o júri muito mais do que seu colega inglês. Além disso, o princípio da imediatidade não se aplica de forma tão estrita como no processo penal alemão; em vez disso, a colheita de provas é essencialmente efetuada com referência aos atos do juiz de instrução. É por meio dele que ocorre a obtenção de provas, e as circunstâncias do caso são trabalhadas de forma minuciosa, ainda que não à moda minuciosa dos alemães. Mesmo questões complexas podem ser tratadas rapidamente.

Sem pretender emitir qualquer juízo de valor sobre as diferenças aqui enumeradas, parece indubitável que na Inglaterra, França e Alemanha – sem prejuízo de outras ordens processuais igualmente divergentes – seria necessário inserir diferentes dispositivos para obter, no sentido de uma harmonização, os mesmos resultados na prática judicial diária. Em suma, a partir desses poucos pontos deve ficar claro que uma verdadeira aproximação do direito penal a nível europeu exigiria alterações muito extensas, cujo alcance real dificilmente pode ser avaliado de forma realista, mesmo por especialistas.[87] Isso não significa que tais ajustes sejam completamente impossíveis. Tampouco se ignora que uma espécie de "direito europeu comum" poderia se desenvolver por meio de decisões de órgãos judiciais europeus, pelo menos para certos princípios e instituições jurídicos fundamentais, sobretudo devido à natureza incompleta da legislação europeia.[88] No entanto, enquanto a Grã-Bretanha, por exemplo, sequer criou um código penal uniforme e escrito[89] para sua própria área nacional, parece dificilmente concebível que esse país esteja disposto a adotar um código penal europeu abrangente.

VI. Perspectiva

Certamente, essa constatação desoladora é dolorosa para quem espera uma rápida harmonização entre os diversos sistemas nacionais de justiça criminal da Europa. Se a pesquisa comparativa tem esse efeito de desfazer ilusões, então é possível vislumbrar algo de positivo: à semelhança de um sistema de alerta prévio, ela pode chamar a atenção para diferenças estruturais fundamentais e consequências não intencionais, especialmente

87. Sobre os pressupostos de uma legislação internacional, cf. PERRON (nota 68), p. 297 e ss.

88. Cf. TIEDEMANN. Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts. In: VOGLER et. al. (nota 30), t. 2, p. 1411-1440.

89. Em relação a esses esforços, ainda desprovidos de sucesso, cf. HUBER. Landesbericht Großbritannien. In: ESER; HUBER (Org.). *Strafrechtsentwicklung in Europa*. t. 3.1, 1990, p. 479-594 (510 e ss.) e t. 4.1, 1993, p. 635-744 (678 e ss.).

em relação a propostas radicais de reforma por meio da adaptação do Direito estrangeiro. Essa função de alerta da pesquisa comparativa pode não ser levada suficientemente a sério em um momento em que numerosos países outrora socialistas estão ocupados com a reestruturação fundamental de seus sistemas de justiça criminal. Se fosse de fato verdade que alguns dos países sucessores da ex-União Soviética foram persuadidos pelos "missionários da *Common Law*" a mudar do procedimento inquisitorial tradicional para um procedimento contraditório, essa ignorância sobre o direito comparado só poderia ser recebida com consternação. Pois se tal mudança de sistema parece ter sido mais mal do que bem-sucedida na Itália,[90] um sistema adversarial restará condenado ao fracasso em países nos quais o Ministério Público tradicionalmente tem uma posição forte e falta uma advocacia forte e igualmente funcional. Essa avaliação – reconhecidamente política – não deve ser entendida como uma rejeição fundamental do sistema processual adversarial, nem como um apelo pela perpetuação dos antigos mecanismos inquisitoriais. Isso porque é igualmente duvidoso que o último resvalaria num bom futuro. Em vez de uma mudança fundamental do sistema com efeitos colaterais imprevisíveis, certas soluções intermediárias também podem ser pensadas, levando em consideração todo o contexto social, incluindo a cultura processual desenvolvida. Esses caminhos já parecem estar sendo trilhados em muitos países, especialmente onde o antigo e verdadeiro sistema "inquisitorial" (no qual as figuras do acusador e do Juiz em grande coincidem) já vem sendo substituído por um sistema "instrutório" (que obriga o Juiz a investigar a verdade, ainda que com forte atuação das partes), enquanto alguns sistemas adversariais vêm se movendo no sentido de um ponto intermediário.[91] Talvez o potencial de maior importância da pesquisa de direito comparado resida na chance de conhecimento, abertura e, possivelmente, também superação do sistema: ela abre os olhos para outras culturas jurídicas e é, portanto, capaz de neutralizar a esterilidade intelectual e a rigidez social. E se o Direito comparado conduziria, num sentido positivo, a uma "*déformations proffessionnelles*", é possível citar, de acordo com Kötz, duas coisas: em primeiro lugar, certo "ceticismo dogmático" e, e segundo, uma postura (atípica entre juristas) de "abertura mental em relação a outras ciências sociais".[92] Essa busca imparcial pela verdade, com olhos bem abertos para outras pessoas, países e seus sistemas sociais e jurídicos, constitui uma necessidade de primeira ordem, precisamente em um momento em que os movimentos fundamentalistas reivindicam a correção absoluta e, por último, mas não menos importante, sempre encontram o apoio de doutrinadores. Nessa busca pela verdade, a prática

90. Cf. AMODIO. Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch, *ZStW* 102 (1990), p. 171-195.

91. Cf. JÖRG; FIELD; PRANTS. Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging? In: HARDING et al. (nota 47), p. 41-56.

92. Assim afirma Kötz em uma conferência (ainda não publicada) sobre as tarefas e os problemas de Direito comparado nos institutos jurídicos da sociedade Max Planck, proferida por ocasião dos 25 anos do Instituto Max Planck em Friburgo (fevereiro de 1991).

comparativa é de suma importância, pois, como o lema de abertura do honrado professor homenageado já expressou: "O significado do experimento no âmbito das ciências naturais é expresso, no âmbito das demais ciências, pela comparação".[93] Por isso, a comparação constitui, no meio jurídico, o melhor antídoto contra verdades absolutas.[94]

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso, de Kai Ambos – *RBCCrim* 121/127-160 (DTR\2016\21996).

93. Nesse sentido, com menção a Durkheim (*Les Règles de la méthode sociologique*, 1895), cf. KAISER (nota 57), p. 79.

94. Cf. ESER. In: Max-Planck-Gesellschaft (Org.). *Internationalität der Forschung*, Berichte und Mitteilungen 1/97, p. 82 e ss.

Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal

Two models of Criminal Fault

Antony Duff

Doutor em Direito pela Universidade de Edimburgo e Professor Emérito do Departamento de Filosofia da Universidade de Stirling, Escócia.
r.a.duff@stir.ac.uk

Traduzido por:

Guilherme F. Ceolin

Doutor em Ciências Criminais (PUC/RS). Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4782-8652].
guilherme.f.ceolin@gmail.com

Felipe C. De-Lorenzi

Doutor em Ciências Criminais (PUC/RS). Advogado.
ORCID: [http://orcid.org/0000-0003-4979-5644].
felipe.lorenzi91@gmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: Neste artigo discuto dois problemas relacionados à abordagem tradicional anglo-americana a respeito da categoria da *recklessness*, bem como as distinções entre *intention*, *recklessness* e *negligence*. O primeiro problema diz respeito à demasiada amplitude da *recklessness*, como definida nessa abordagem – que abrange agentes cujas ações demonstram diferentes tipos de responsabilidade pessoal. O outro problema é relativo à importância atribuída à representação do risco para distinguir entre *recklessness* e (mera) *negligence* – aquele que não representa o risco que assume ou que cria,

Abstract: I discuss two problems for the standard Anglo-American account of recklessness, and the distinctions between intention, recklessness, and negligence. One problem concerns the over-breadth of recklessness as thus defined—that it covers agents whose actions display different kinds of culpability. The other problem concerns the importance attached to awareness of risk in distinguishing recklessness from (mere) negligence—that one who is unaware of the risk that he takes or creates sometimes displays just the same kind of fault as an advertent risk-taker. We can work towards solutions to

Duff, Antony. Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal. Trad. Guilherme F. Ceolin e Felipe C. De-Lorenzi. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 47-77. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

por vezes, exibe exatamente o mesmo tipo de responsabilidade pessoal que aquele que assume esse risco de forma consciente. Podemos trabalhar na busca de soluções para esses problemas contrastando o modelo anglo-americano com o modelo alemão, que traça uma distinção entre: dolo (*Vorsatz*, que se divide em dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, e "*dolus eventualis*") e culpa (*Fahrlässigkeit*, que pode ser consciente ou inconsciente). O *Dolus eventualis*, devidamente compreendido, constitui um tipo distinto de responsabilidade, que deve ser diferenciado da culpa consciente e daquilo que o modelo anglo-americano considera *recklessness*: isso ajuda a resolver o primeiro problema, de amplitude. Quanto ao segundo problema, podemos ver por que a diferença entre a assunção consciente e inconsciente de riscos nem sempre é normativamente significativa se observarmos que a falha de um agente em perceber o risco que cria pode demonstrar uma responsabilidade significativa na estrutura do raciocínio prático que informa sua ação – exatamente o mesmo tipo de responsabilidade exibida nos casos de assunção consciente de riscos. O resultado dessa discussão é a proposição de um novo modelo de responsabilidade criminal. Por fim, observo alguns problemas com a praticabilidade deste novo modelo.

Palavras-chave: Responsabilidade criminal – *Recklessness* – *Negligence* – Direito alemão – *Dolus eventualis*.

these problems by contrasting the Anglo-American schema with the German schema: this distinguishes intention (*Vorsatz*, consisting in purpose, or knowledge, or '*dolus eventualis*') from negligence (*Fahrlässigkeit*, which can be either advertent or inadvertent). *Dolus eventualis*, properly understood, constitutes a distinctive kind of fault, which should be distinguished from advertent negligence within the category of what the Anglo-American schema counts as recklessness: this helps to solve the first problem, of over-breadth. As for the second problem, we can see why the difference between advertent and inadvertent risk-taking is not always normatively significant by noticing that an agent's failure to realise the risk he is creating can itself display a significant fault in the structure of the practical reasoning that informs his action—just the same kind of fault as that displayed by an advertent risk-taker. The upshot of this discussion is a new schema of types of criminal fault; I finally note some problems with the practicability of such a new schema.

Keywords: Criminal fault – Recklessness – Negligence – German law – *Dolus eventualis*.

Sumário: 1. A abordagem tradicional. 2. Dois problemas a respeito da *Recklessness*. 3. Dolo, culpa e *dolus eventualis*. 4. *Dolus Eventualis* e *Recklessness*. 5. A relevância da inconsciência. 6. Um novo modelo de responsabilidade pessoal presumida. 7. Conclusão. Agradecimentos.

1. A abordagem tradicional

As* definições de quatro "espécies de culpabilidade (*culpability*)" no *Model Penal Code*** (§ 2.02(2)) capturam o que podemos denominar "abordagem tradicional" do Direito Penal anglo-americano:

- *Purpose* significa o "objetivo consciente" do agente de realizar Φ.

- *Knowledge* significa que o agente tem "consciência" das circunstâncias e "certeza prática" a respeito da ocorrência dos resultados.
- *Recklessness* significa que o agente "desconsidera conscientemente um risco substancial e injustificável", de tal forma que sua ação constitui "um desvio grosseiro do padrão de conduta que um cidadão fiel ao direito observaria na situação do autor".
- *Negligence* significa que o agente "deveria representar um risco substancial e injustificável [...] de tal natureza e grau que a falha do autor em percebê-lo [...] constitui um desvio grosseiro do padrão de cuidado que uma pessoa razoável observaria na situação do autor".[1]

Mas do que trata essa "abordagem tradicional"? É difícil encontrar um termo que não seja enganoso para o que se busca definir, a menos que utilizemos "*mens rea*" como um termo técnico que não implique nem estados mentais, nem culpa.[***] Os termos

---

* Publicado originalmente em *Criminal Law and Philosophy*, v. 13, n. 4, p. 643-665, 2019, https://doi.org/10.1007/s11572-019-09504-w.

** [N.T.] O *Model Penal Code* é um projeto de codificação elaborado por juristas do *American Law Institute*, em 1962, e que influenciou mudanças nas legislações de diversos estados norte-americanos.

1. Comparar: Law Commission, *A Criminal Code for England and Wales* (Law Com. No. 177; HMSO, 1989) vol. 1, Draft Criminal Code Bill, arts. 6 e 18 (O direito penal inglês fala em "*intention*" em vez de "*purpose*"). Ver: D Ormerod and K Laird, *Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law* (15. ed.; Oxford University Press, 2018; doravante "*Ormerod and Laird*", cap. 3–4. Sobre a "abordagem tradicional" a respeito da *recklessness*, ver F. Stark, *Culpable Carelessness*: Recklessness and Negligence in the Criminal Law (Cambridge University Press, 2016; doravante, *Stark*), cap. 2. "Anglo -" deve ser entendido aqui de maneira estrita: o direito penal escocês é distinto em relação à *recklessness* (ver F. Stark, 'Rethinking Recklessness' *Juridical Review* (2011): p. 163).

*** [N.T.] Tradicionalmente, o Direito Penal inglês utiliza um conceito bipartido de delito, dividindo-o entre *offence* e *defence*. No primeiro momento, verifica-se o cometimento de um crime (*offence*) definido em lei (*statutory offence*) ou pelo case law (*common law offence*). No segundo momento, verifica-se a ausência de elementos capazes de afastar ou mitigar a responsabilidade do réu (*defence*). Para fins analíticos, os elementos que compõem uma *offence* são divididos entre *actus reus* e *mens rea*. De modo geral, o *actus reus* consiste no elemento externo do delito e descreve um determinado estado de coisas que pode incluir a conduta, as circunstâncias e as consequências presentes no crime em particular. Nos delitos de resultado, o *actus reus* engloba também a relação de causalidade entre a conduta e as consequências. A *mens rea* usualmente descreve o estado mental – a disposição psicológica do réu – em relação aos elementos do respectivo *actus reus*. Esse vínculo entre a *mens rea* e os elementos do *actus reus* pode muitas vezes exigir diferentes estados mentais (*intention*, *knowledge*, *reckelessness* etc.) a respeito de diferentes elementos do *actus reus* de determinado crime (*conduct*, *circumstances* e *consequences*). A maioria dos crimes requer sua existência explícita, implícita ou a partir de presunções legais. Após a verificação dos elementos do crime (*elements of the offence – actus reus* e *mens rea*), deve-se apurar a ausência de situações que ensejem alguma *defence*, as quais se referem a qualquer condição ou circunstância passível de afastar ou mitigar a responsabilidade do réu. Do ponto de vista processual, as *defences* guardam relação com diversas cargas processuais, como o ônus de prova, de produção de prova e de persuasão: cabe ao órgão acusador o ônus de provar todos os *elements of the offence*, por dizer, o *actus reus* e a *mens rea*; as *defences*, por sua vez, devem ser alegadas e provadas pelo réu. Cf. AP Simester et al., *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. 6. ed. Hart, 2016, caps. 4-5 (doravante, *Simester and Sullivan*).

"responsabilidade pessoal"[2] (*fault*)* ou "culpabilidade" (*culpability*) também não são apropriados. Isso porque "*recklessness*" e "*negligence*" de fato implicam responsabilidade pessoal, uma vez que a criação de um risco ou uma desatenção que não possam ser consideradas culpáveis não são abarcadas pelas definições de *recklessness* ou *negligence*. Contudo, aquele que age com *recklessness* ou *negligence* pode não ser considerado culpado caso exista uma circunstância que as exclua (*excuse*); e *purpose* e *knowledge* nem sempre implicam responsabilidade pessoal, já que pode haver uma cirscunstância que justifique (justification) causar um resultado previsto como crime com *purpose* ou *knowledge*. Outros autores empregam o termo "elementos mentais" do delito,[3] mas isso pode nos induzir erroneamente à busca por "estados mentais" recônditos que acompanhariam o *actus reus*, ou a argumentos deslocados sobre se a ausência de representação seria um verdadeiro "estado mental". Outros autores falam de uma "dimensão subjetiva" do crime.[4] Contudo, dados os variados significados de "subjetivo", essa terminologia pode também conduzir à confusão. Talvez devêssemos empregar o termo "responsabilidade pessoal presumida": isso porque, uma vez provado que o agente agiu com *purpose, knowledge, recklessness* ou *negligence* a respeito dos elementos da descrição legal de algum crime, o tribunal deve presumir que ele é pessoalmente responsável e, portanto, culpado pelo delito; mas essa presunção pode ser afastada se o agente puder oferecer uma tese defensiva que o exima da responsabilidade penal (*exculpatory defence*).**

Dois pontos preliminares devem ser observados a respeito dessa abordagem tradicional de que tratamos. Em primeiro lugar, ela define uma hierarquia de tipos de responsabilidade pessoal presumida: em particular (deixando de lado aqui a diferença entre *purpose* e *knowledge*),

---

2. Ver Law Commission, Draft Criminal Code Bill, cls 18-20.

* [N.T.] Os termos em inglês "*fault element*" e "*fault*" são empregados para designar a categoria que abrange as espécies de *mens rea* do direito anglo-americano. *Mens rea* pode ser traduzida, de forma aproximativa, ao que denominamos "responsabilidade subjetiva". Contudo, dado que o autor expressamente rejeita o uso do termo "subjetivo" para designar tais elementos, para nos mantermos fiel à sua compreensão, optamos por traduzir, ao longo do texto, os termos por "responsabilidade pessoal".

3. Ver, como *locus classicus*, Law Commission, *Report on the Mental Element in Crime* (Law Com. n. 89; HMSO, 1978); G. Williams, *The Mental Element in Crime* (Magnes Press, 1965).

4. Na terminologia da doutrina alemã: ver M Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart, 2009), p. 59.

** [N.T.] Aqui a ideia de "responsabilidade pessoal presumida" não significa uma presunção de culpabilidade carente de qualquer suporte probatório. Na linha da estrutura do crime do *common law*, que divide o crime em *offence* e *defence*, cuja primeira deve ser alegada e provada pela acusação e a última pela defesa, a ideia de "responsabilidade pessoal presumida" significa que, provado o *purpose*, *knowledge*, *recklessness* ou *negligence*, o réu é considerado (presumivelmente) culpado. No entanto, caso a defesa alegue e comprove uma *defence* que exclua a culpabilidade, a responsabilidade pessoal é afastada. Exceção a essa regra é a figura da "*strict liability*", que se aproxima da responsabilidade objetiva e pela qual se presume a própria responsabilidade pessoal, que não precisa ser provada pela acusação (embora admita prova em contrário da defesa).

aquele que age com *purpose* ou *knowledge*, *ceteris paribus*, age de modo mais reprovável do que aquele que age com *recklessness* e, por sua vez, alguém que age com *recklessness* atua de modo mais reprovável do que aquele que age com *negligence*.[5] Em segundo lugar, embora a *negligence* seja um tipo de "responsabilidade pessoal", normalmente não é suficiente para a responsabilidade penal: "Todo delito requer a *recklessness* como elemento de responsabilidade pessoal [...] salvo disposição em contrário".[6] Embora o legislador possa criminalizar condutas cometidas com *negligence*, pressupõe-se que a responsabilidade penal deve exigir, em regra, ao menos a *recklessness* – tal pressuposição tem maior força particularmente em relação aos delitos "*mala in se*", em oposição aos *mala prohibita,* de natureza mais "regulamentar".[7] Para essa compreensão, portanto, o agente estar consciente do risco é crucial para a determinação da responsabilidade penal. Tanto um agente que age com *recklessness* quanto um que age com *negligence* assumem um "risco substancial e injustificável"; ambos também "desviam grosseiramente do padrão de conduta que uma pessoa fiel ao direito [ou razoável] observaria"; a diferença relevante entre eles é que um agente que atua com *recklessness* "desconsidera conscientemente" o risco, ao passo que um agente que atua com *negligence* "não consegue percebê-lo" quando "deveria estar ciente" dele. De acordo com a abordagem tradicional, essa diferença é determinante para demarcar os casos em que alguém pode ser responsabilizado criminalmente pelo risco concretizado e aqueles em que alguém só deve ser responsabilizado se a lei prever taxativamente a punição por *negligence*.

Há algo de plausível nessa hierarquia: ela reflete nossas reações morais cotidianas em muitos contextos nos quais um agente causa um dano. Imagine que você descobre que seu carro foi danificado; eu admito que o dano foi causado pela colisão entre o meu carro e o seu. Você pode suspeitar que agi maliciosamente e me acusar de danificar seu carro "de propósito". Se eu negar que agi maliciosamente e de propósito, mas admitir que tive quase certeza de que, dirigindo tal qual estava, danificaria seu carro, não resta muito claro se isso deveria mitigar a sua indignação; mas muda a natureza da acusação que enfrento. Já se eu negar que tive conhecimento de que dirigir de tal modo certamente causaria tais danos, mas admitir ter percebido que havia um "risco substancial" de que isso acontecesse, isso me afasta de responder a uma reprovação moral mais séria – agora você não pode me culpar por ter danificado seu carro tendo certeza do dano ou deliberadamente. De todo modo, mesmo que eu tivesse esperanças de não o danificar e acreditasse que provavelmente não o faria, você poderia, com razão, acusar-me de agir sem

5. Ver Model Penal Code § 2.02(5); Draft Criminal Code cl. 19 ('*Degrees of fault*'); *Ormerod and Laird*, p. 89.

6. Draft Criminal Code cl. 20. De acordo: *Ormerod and Laird*, p. 148; ver também Model Penal Code § 2.02(3).

7. *Simester and Sullivan*, p. 168: a criminalização de condutas em *negligence* é "acertadamente excepcional, e normalmente a lei é relutante em aplicar sanções penais graves (em vez de civis) a pessoas que tenham agido com mera *negligence*". Dado o número de crimes que não exigem mais do que *negligence* no direito penal anglo-americano contemporâneo, esta presunção pode parecer antiquada: não posso alongar-me a respeito disso aqui.

considerar os riscos criados por minha conduta e, portanto, com *recklessness* – "Você percebeu que poderia danificar meu carro, mas foi em frente de qualquer maneira". Ainda, se eu insistisse que não cheguei a perceber o risco de danificar o carro, poderia evitar a acusação de ter agido com *recklessness*, mas seria improvável que minha falta de representação do risco me salvasse completamente da culpa – você poderia queixar-se: "Você deveria ter olhado o que estava fazendo". Para refutar essa acusação, eu teria de alegar que não era razoável esperar que eu representasse o possível dano a seu carro. Eu deveria negar que deixei de tomar os cuidados necessários ou de prestar a atenção que poderia e deveria ter prestado. Isso demonstra que, com frequência, é natural que consideremos a assunção consciente de um risco como reprovável, mas menos reprovável que a causação de um dano de forma deliberada ou o agir apesar da certeza de sua ocorrência. Do mesmo modo, é comum vermos como reprovável a falta de cuidado que eu poderia e deveria ter evitado, mas como menos reprovável que a assunção consciente de um risco. É natural, portanto, ver tanto a *recklessness* quanto a *negligence*, tal como definidas pela abordagem tradicional, como tipos de responsabilidade pessoal presumida que são, *ceteris paribus*, menos graves do que o *purpose*, a *intention* ou o *knowledge*; e ver a *negligence* como, *ceteris paribus*, menos grave do que a *recklessness*.

Essa abordagem tradicional levanta várias questões, muitas das quais não serão tratadas aqui. Em particular, não discutirei a extremidade superior da estrutura hierárquica dos tipos de responsabilidade pessoal presumida, onde surgem questões já conhecidas sobre qual a correta definição de "*purpose*" ou "*intention*" e sobre a significância normativa (se é que há alguma) da distinção entre *purpose* e *knowledge* – questões que são ofuscadas pela falha persistente dos tribunais ingleses em fornecer qualquer definição clara de "*intention*". [8] Igualmente, não abordarei a extremidade inferior da estrutura hierárquica – onde se suscitam questões a respeito de se a *negligence* é um tipo de responsabilidade pessoal presumida que poderia tornar justa a responsabilidade criminal, bem como se é pragmaticamente útil: os argumentos que sustentam que a responsabilidade criminal por *negligence* é injusta já foram amplamente refutados por outros autores.[9] Em vez disso, concentrar-me-ei nas áreas intermediárias da estrutura hierárquica: na *recklessness* e em sua relação com a *intention*, de um lado, e com a *negligence*, de outro.

---

8. Ver *Ormerod and Laird*, p. 89–101; *Simester and Sullivan*, p. 134-48; ver também RA Duff, Intention Revisited. In: D Baker and J. Horder (eds). *The Sanctity of Life and the Criminal Law*: The Legacy of Glanville Williams. Cambridge University Press, 2013. p. 148. Mais detalhes nas notas 39-40 *infra*.

9. Ver, *e.g.*, a alegação de Lord Bingham de que se alguém "genuinamente não percebe o risco 'que ele cria, ele' pode ser razoavelmente acusado de estupidez ou falta de imaginação, mas nenhuma dessas falhas deve expô-lo à condenação por crime grave ou ao risco de punição" (*G* [2004] 1 AC 1034, p.[32]). Para refutações, ver HLA Hart, Negligence, Mens Rea, and Criminal Responsibility. In: Hart, *Punishment and Responsibility* (2 nd edn, Oxford University Press, 2008), p. 136; *Stark*, cap. 8.

2. Dois problemas a respeito da *Recklessness*

Eu gostaria de discutir dois problemas a respeito da *recklessness*, como definida pela abordagem tradicional. O primeiro problema diz respeito à demasiada amplitude da categoria. Ela inclui, em uma extremidade, o caso de Alan, que, embora não tenha "certeza prática" de que sua ação irá lesionar algum interesse legalmente protegido, acredita ser altamente provável que isso aconteça. Contudo, segue em frente apesar disso, porque está disposto a causar tal dano como um efeito colateral de sua ação; e, na outra extremidade, o caso de Beryl, que percebe que sua ação cria um risco significativo de dano, mas acredita que é mais provável que não o cause, e age com fundada esperança de que ele não ocorrerá. Se os riscos que Alan e Beryl assumem são injustificados, ambos serão considerados pessoalmente reprováveis; mas há diferenças significativas quanto à natureza e à gravidade de suas responsabilidades. Conforme a lei, eles são passíveis de serem igualmente condenados se o risco se concretizar: por exemplo, podem ser condenados por lesões corporais se o risco for de lesões à integridade física;[10] e pelo crime de dano, se o risco for de dano à propriedade alheia.[11] Essa diferença entre a natureza e a gravidade de ambas as condutas pode ter reflexos na dosimetria da pena, e por certo não devemos esperar que os crimes como definidos em lei sempre reflitam todas as nuances de reprovabilidade. Entretanto, é justo considerar que Alan e Beryl são culpados pelo mesmo crime?

É verdade que, de acordo com as leis vigentes, Alan e Beryl podem ser condenados pelo mesmo crime que alguém que causa o dano intencionalmente,[12] mas isso simplesmente agrava o problema, uma vez que Beryl pode ser condenado da mesma forma não apenas que Alan, mas também que Charles, cujo propósito é causar o dano. Também é verdadeiro que, de acordo com o *Model Penal Code*, Beryl incorrerá em crime apenas se criar um risco "substancial" de dano – não se criar apenas um risco não substancial, ainda que injustificado. Mas um risco pode ser significativo o suficiente, dada a natureza do dano, para justificar a criminalização mesmo em caso de baixa probabilidade de que ele se realize; ademais, pode haver uma diferença substancial entre os riscos que Alan e Beryl assumem conscientemente.[13]

---

10. Offences Against the Person Act 1861, ss. 20, 47; ver Model Penal Code § 211.1(1) ('*Simple Assault*').

11. Criminal Damage Act 1971, s. 1(1); Model Penal Code § 220.3 ('*Criminal Mischief*'). Um parecerista apontou que os promotores poderiam especificar se houve *intention* ou apenas *recklessness* já na acusação: mas a tipificação do crime e a capitulação jurídica ainda não os distinguem; a objeção é que deveria haver essa distinção.

12. Isso é verdadeiro, por exemplo, para crimes de dano e de agressões que ocasionam lesões corporais.

13. A abordagem tradicional inglesa não requer que o risco seja "substancial" — mas somente que a assunção do risco seja "irrazoável" (Draft Criminal Code cl. 18(c), endossado por Lord Bingham em G [2004] 1 AC 1034, [41]). Alexander e Ferzan argumentam que "substancial" não adiciona nada que já não esteja contido em "injustificável" (L Alexander and KK Ferzan, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (Cambridge University Press, 2009), p. 25–27): mas pode haver

O segundo problema existente na abordagem tradicional a respeito da *recklessness* é discutido com mais frequência: ele diz respeito à distinção entre *recklessness*, como base suficiente para responsabilidade penal, e *negligence*, como base insuficiente para tanto. Pode a diferença entre a assunção consciente e inconsciente de riscos ter esse tipo de peso normativo? Há casos em que isso pode ser posto em dúvida. Dois exemplos já bastante conhecidos podem ser encontrados nas legislações que preveem os crimes de estupro e homicídio intencional.

A reforma dos delitos sexuais de 1976 (*Sexual Ofences [Amendment] Act 1976*), ocorrida no direito inglês, definiu o estupro como requerendo que o agente agisse com *knowledge* ou *recklessness* quanto à ausência de consentimento da vítima. Portanto, de acordo com a abordagem tradicional, o crime de estupro requeria, no mínimo, que o agente estivesse ciente do risco de que a vítima não consentiu.[14] Contudo, uma nova reforma em 2003 (*Sexual Ofences Act 2003*) redefiniu o crime de estupro como requerendo a penetração sexual intencional por um agente que "não acredita razoavelmente que [a vítima] consente". Isto é, alguém que tem certeza de que a vítima consente é, portanto, culpado pelo crime de estupro se agir de acordo com uma crença "irracional" e equivocada de que ela consente. A lei declara, dessa forma, que a diferença entre a assunção consciente e inconsciente de um risco não é, nesse contexto, normativamente significativa (ou não é significativa o suficiente para justificar uma diferenciação formal da responsabilidade penal). Isso quer dizer que devemos condenar pelo mesmo crime de estupro aquele que sabe que a vítima não consente, aquele que conscientemente corre o risco de que a vítima não consinta, e aquele que age com base na crença irracional de que a vítima consente.[15]

---

riscos injustificados de dano que não devem ser criminalizados, por motivos "*de minimis*". No entanto, como indicado no texto, pode ser melhor falar de um risco "significativo".

14. A lei de 1976 pretendia tornar legal a "*Morgan doctrine*", desenvolvida pelos tribunais, que entendia que o homem que forçasse sexo com uma mulher contra o seu consentimento não seria considerado culpado pelo crime de estupro se, no momento do crime, acreditasse "genuinamente" que o ato era consentido, mesmo que sua crença fosse totalmente irrazoável (*DPP v Morgan* [1976] AC 182; Hansard 13 de fevereiro de 1976, vol. 905, col. 801). Contudo, a legislação, sem dúvida, definiu uma *mens rea* mais expansiva. Pois, de acordo com a abordagem tradicional a respeito do tema, a *recklessness* quanto à falta de consentimento da vítima exige apenas a consciência de um risco (um risco não razoável) de que a vítima pode não estar consentindo. Ocorre que em *Morgan*, Lord Hailsham afirmou que o crime de estupro exigia uma "intenção de ter relações sexuais quer queira, quer não (*willy-nilly*), não se importando se a vítima consente ou não" (p. 215). Essa concepção de *recklessness* captura condutas de agentes como Alan, mas parece menos adequada para a conduta de Beryl, que age com a crença de que é mais provável do que improvável que o risco não se concretize, bem como com esperança de que ele não ocorra; ver mais detalhes nas notas 34-35 *infra*.

15. Esta última possibilidade é realista? Se for possível provar que a vítima não consentiu, o agente não deveria pelo menos ter percebido que havia o risco de ela não consentir? Mesmo que o réu, "Sr. Cogan", que foi absolvido pela corte com base no precedente de *Morgan*, acreditasse na história do marido da Sra. Leak, no sentido de crer que ela teria consentido em ter relações sexuais com ele, ele não deveria ter percebido que havia um risco de que ela não consentia (*Cogan and Leak* [1976] QB 217)? Todavia, um homem pode ser tão dominado por uma convicção irracional de que a vítima consente a ponto de esquecer o risco de que não seja o caso.

Nesse caso, devemos dizer que a lei está redefinindo o conceito de *recklessness*, ao não exigir a representação do risco? Ou então que a lei aceita a *negligence* quanto ao consentimento da vítima como suficiente para a responsabilidade por este crime grave[16] – apesar da visão tradicional de que aquele que "genuinamente não percebe o risco" que cria não deve enfrentar "condenação por crime grave"?[17] Em ambas as hipóteses, ante a existência dessa divergência, permanece justificada ou está posta em dúvida a abordagem tradicional a respeito dos requisitos normalmente considerados necessários para a afirmação da responsabilidade criminal por crimes graves?

Quanto ao homicídio, de acordo com o *Model Penal Code,* ele será considerado "homicídio intencional" (*murder*)* se "for cometido com *purpose* ou *knowledge*; ou [...] com *recklessness* sob circunstâncias que manifestam extrema indiferença ao valor da vida

16. Aquele que penetra sexualmente uma vítima sem o seu consentimento e sem sustentar uma crença razoável a respeito da existência de seu consentimento é pelo menos negligente quanto ao consentimento da vítima; não estamos lidando aqui com responsabilidade objetiva. Claro que seria possível ter "um crime específico de menor gravidade" de "estupro por negligência grosseira" para enquadrar a conduta de alguém que "honestamente, mas irrazoavelmente, acreditasse existir o consentimento" (Law Reform Commission of Ireland, *Knowledge or Belief Concerning Consent in Rape Law* (LRC IP 15, 2018), par. 4.01–12; ver o Código Penal Sueco, cap. 6): mas a questão aqui é se o direito inglês está correto em considerar tal pessoa culpada por crime de igual gravidade que aquele cometido por alguém que percebe que a outra pessoa não está ou pode não estar consentindo com o ato.

17. *G* [2004] 1 AC 1034, p. [32] (Lord Bingham; ver nota 9 *supra*).

* [N.T] Optamos pela tradução do termo "*murder*" por "homicídio intencional", evitando classificações de nossa tradição como "qualificado", "simples" ou "privilegiado". Isso porque nem todos os casos abarcados pelo termo em inglês correspondem exatamente a eles. Contudo, devemos informar ao leitor que, em alguns contextos, o termo "intencional" pode ser inexato. Isso porque para o direito anglo-saxão, o homicídio (*homicide*) é comumente dividido em duas categorias: *murder* e *manslaughter.* Embora tal classificação possa variar a depender da jurisdição, o *murder* geralmente é subdividido em *first degree murder* e *second degree murder.* O primeiro engloba os casos de homicídio intencional especialmente graves, tais como os cometidos com premeditação, emprego de veneno, emboscada, tortura etc., o que se aproxima do que no Direito Penal brasileiro é compreendido como homicídio qualificado. O segundo engloba tanto casos de homicídio intencional simples quanto de lesões corporais graves seguidas de morte ou que demonstrem uma extrema indiferença pela vida humana. Portanto, o *murder of second degree*, a depender do caso específico, poderia ser capitulado pelo direito brasileiro como homicídio simples, lesão corporal dolosa seguida de morte ou mesmo homicídio culposo. Nesses casos, portanto, o termo "intencional" pode ser enganoso. Por fim, existem duas espécies de *manslaughter*: *voluntary manslaughter* e *involuntary manslaughter.* O primeiro define as situações em que o agente comete o homicídio com intenção, mas tem o seu grau de reprovação diminuído em relação ao *murder* pela presença de algum elemento mitigador da reponsabilidade, como a provocação da vítima, a violenta emoção, entre outros, o que o aproxima do que no Direito Penal brasileiro compreende por homicídio privilegiado, embora os dois sistemas jurídicos levem em consideração diferentes elementos para tanto. Por sua vez, o *involuntary manslaughter* abarca as situações em que o agente comete o homicídio sem intenção, mas com outra espécie de *mens rea* tal qual *recklessness* ou *negligence*, o que se aproxima, embora não corresponda exatamente, ao que se compreende como homicídio culposo, no Direito Penal brasileiro.

humana"; "tal *recklessness* e indiferença são presumidas se o ator está envolvido [...] na prática de [...] roubo, estupro ou ato libidinoso mediante uso da força ou ameaça de uso da força, incêndio, invasão de domicílio para fins criminosos, sequestro ou fuga" (§ 210.2). De modo próximo, para o Direito Penal inglês o homicídio intencional requer a intenção de matar ou de causar "lesões corporais graves", e também que o dano pretendido seja "muito grave", embora o agente não precise perceber que pode ser fatal.[18] O que essas doutrinas sustentam é que, neste contexto (como sugere o texto do *Model Penal Code*), estando o agente envolvido em um crime violento e para fins de condenação por homicídio, não será necessária a representação do risco pelo agente para que sua conduta, ligada ao risco de morte, seja considerada como integrando a categoria da "*recklessness*"? Ou então sustentam que a *negligence* em relação a tal risco é suficiente para a condenação por homicídio intencional (pressupondo que qualquer pessoa envolvida em tal crime age ao menos com *negligence* em relação ao perigo de morte)? Independentemente de como respondamos a essas perguntas, devemos notar que, aqui, também a lei rejeita que a distinção entre a assunção consciente e inconsciente de riscos tenha o significado normativo que a abordagem padrão lhe atribui; e devemos indagar se isso é correto. Essas doutrinas são certamente controversas – mais do que a definição do crime de estupro, discutida acima. Muitos argumentam que, embora se possa condenar por homicídio intencional quem desfere agressão fatal sem ter a intenção ou a expectativa de matar a vítima, deve-se exigir que o agente ao menos tenha percebido que a sua agressão poderia causar a morte.[19] Contudo, isso apenas traz à tona a segunda questão acerca da abordagem tradicional anglo-americana a respeito da *recklessness*: a diferença entre a criação consciente e inconsciente de um risco sempre carrega o significado normativo que essa abordagem lhe atribui? Ela é sempre capaz de demarcar o limite entre a "*recklessness*", como uma base suficiente para responsabilidade criminal, e a "*negligence*", como uma base insuficiente?

Podemos avançar com essas questões vislumbrando não mais o Direito Penal anglo-americano, mas o Direito Penal alemão e sua caracterização da dimensão "subjetiva" do crime.

18. Ver *Ormerod and Laird*, p. 513–15. Compare o conceito de "*wicked recklessness*", do direito escocês (que não requer que o agente represente o risco do resultado morte), entendida como suficiente para a condenação por homicídio intencional: C McDiarmid, 'Something Wicked this Way Comes: The Mens Rea of Murder in Scots Law' *Juridical Review* (2012): p. 283.

19. Como é o caso da English Law Commission, a respeito de "*Murder, Manslaughter and Infanticide*" (Law Com. No. 304; TSO, 2006), Parte II, para o '*first degree murder*' (a comissão aconselha ainda que se permita que uma intenção de causar danos graves baste por si só para o '*second degree murder*').

3. Dolo, culpa e *dolus eventualis*

Enquanto o direito anglo-americano distingue quatro espécies de "responsabilidade pessoal presumida", o direito alemão distingue duas: dolo (*Vorsatz*) e culpa (*Fahrlässigkeit*)*. A culpa pode ser consciente ou inconsciente: nenhuma distinção categórica é feita entre aquele que age culposamente por assumir o risco conscientemente e aquele que não tem consciência do risco. O dolo pode assumir três formas: dolo direto de primeiro grau (*Absicht*), que corresponde aproximadamente ao *purpose* anglo-americano; dolo direto de segundo grau (*Wissentlichkeit*), que corresponde aproximadamente ao *knowledge* anglo-americano; ou dolo eventual (*bedingter Vorsatz*, *dolus eventualis*).[20] Além disso, o direito alemão prevê que "apenas as condutas dolosas são puníveis, salvo a lei expressamente preveja a punição para condutas culposas"[21]; e o número de crimes passíveis de punição a título de culpa é bastante reduzido.[22]

O objeto de nossa atenção aqui será o *dolus eventualis*, bem como a relação entre a *recklessness* anglo-americana, de um lado, e a culpa consciente do direito alemão, do outro. De acordo com a doutrina tradicional alemã, a diferença entre o *dolus eventualis* e a culpa consciente é "volitiva" ou relacionada à atitude, e não cognitiva. Tanto aquele que age com dolo eventual quanto aquele que age com culpa consciente estão cientes de que criam um risco de dano a um bem jurídico; ambos também podem estar igualmente cientes do grau desse risco para aquele bem: mas suas atitudes em relação ao resultado que ocorrerá se o risco se concretizar diferem crucialmente. Aquele que age com *dolus eventualis* "aceita", "aprova", "anui" ou "consente" com a ocorrência do resultado (caso o risco se concretize). Por outro lado, aquele que age com culpa consciente "confia que

---

* [N.T.] O termo alemão *Fahrlässigkeit* é, em geral, traduzido no Direito Penal brasileiro como "culpa" (fala-se, assim, de crimes "culposos") e no Direito Penal português como "negligência" (crimes "negligentes").

20. Para uma exposição em inglês do modelo alemão, ver M Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart, 2009), p. 59–67; MD Dubber and T Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach* (Oxford University Press, 2014), p. 229–34, p. 241–45.

21. Código penal alemão (*Strafgesetzbuch*, StGB; traduzido por M Bohlander como *The German Criminal Code* (Hart, 2008), § 15.

22. Eles podem ser encontrados principalmente em conexão com crimes grave contra a pessoa ou a propriedade (homicídio culposo, lesão corporal culposa, incêndio culposo – StGB §§ 222, 229, 306d), crimes contra a segurança nacional e outros interesses públicos (*e.g.*, StGB §§ 97, 109e, 138, 161), crimes relacionados à lavagem de dinheiro e outras espécies de fraudes contábeis (e.g., StGB §§ 261, 264, 283, 283b), e crimes de "criação de perigo comum" (StGB §§ 306–19) e de perigo de dano ambiental (StGB §§ 324–30). O direito alemão também contém, frisa-se, um âmbito separado para as condutas que violam regulamentações, mas formalmente não são consideradas crimes (*Ordnungswidrigkeiten*), para as quais a culpa normalmente é suficiente: *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG), § 10; ver D Ohana, 'Regulatory Ofenses and Administrative Sanctions: Between Criminal and Administrative Law', in MD Dubber and T Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (Oxford University Press, 2014), p. 1064.

o resultado previsto como possível não ocorrerá". Isto é, ele "confia seriamente" na sua não ocorrência, o que difere de simplesmente ter uma "esperança vã" de que o resultado não ocorrerá.[23]

Aquele que atua com *dolus eventualis* pode ser condenado por qualquer crime que requeira dolo, bem como pode ser punido pela tentativa, caso o resultado relevante não ocorra. Já aquele que age apenas com culpa consciente não pode ser condenado a título de tentativa. Ademais, caso o resultado ocorra, somente poderá haver condenação pela sua responsabilidade culposa se o código penal determinar especificamente a possibilidade da punição a título de culpa para o crime em espécie cometido.

Portanto, o que o direito anglo-americano compreende como "*recklessness*", o direito alemão compreende ou como *dolus eventualis*, enquanto uma espécie de dolo, ou como culpa consciente — o que tem implicações significativas para a responsabilidade criminal do agente. Essa distinção pode acabar por atribuir distintos tratamentos a Alan e Beryl. Se for possível determinar que Alan "consentiu" ou "anuiu" com o resultado por ele previsto, então ele poderia ser condenado, por exemplo, pelo crime de dano (ou tentativa de crime de dano, na ausência do resultado)[24], ou por homicídio (ou sua tentativa).[25] Por outro lado, se não for possível determinar que Beryl "anuiu" com o resultado por ele previsto, mas antes que "confiou seriamente" na sua não ocorrência, ele não seria culpado pelo crime de dano (nem por tentativa de dano); ou, sendo o resultado em questão a morte ou uma lesão corporal, ele seria culpado de um crime de uma categoria distinta e menos grave do que o de Alan — bem como não poderia ser condenado por tentativa, se ausente o resultado.[26] Mais ainda, sendo Beryl condenado pelo crime, seria por crime da mesma categoria que alguém que age (em termos anglo-americanos) com *negligence* — com culpa inconsciente. O direito alemão é, portanto, mais abrangente do que o direito anglo-americano em relação aos crimes que exigem "*intention*": alguns dos crimes que o direito anglo-americano considera inseridos na categoria *recklessness* seriam tratados pelo direito alemão como uma ação *intencional*. Contudo, o direito alemão é menos expansivo em relação aos crimes para os quais a "*recklessness*" é suficiente, via de regra, para a condenação, uma vez que

23. Para uma exposição em língua inglesa sobre a distinção entre *dolus eventualis* e culpa consciente, ver G Taylor, 'Concepts of Intention in German Criminal Law' *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004): p. 99; B Krebs, *Joint Criminal Enterprise in English and German Law* (DPhil thesis, 2015; Oxford University Research Archive, https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:34e2c466-33c0-45ea--8790-338c4f4c89 3d), p. 54–73.

24. StGB § 303. Compare o Criminal Damage Act 1971, s. 1(1), a respeito do crime de dano intencional e por *recklessness*.

25. StGB § 212.

26. Ver o StGB §§ 222 (homicídio culposo), 229 (lesão corporal culposa). No direito inglês, ver as notas 10-11 *supra*; nem Alan ou Beryl seriam passíveis de punição a título de tentativa se o resultado não tivesse ocorrido. Para um breve comentário adicional sobre a regulação legal da tentativa, consulte as notas 39-40 *infra*.

algumas condutas abarcadas pela categoria *recklessness* pelo direito anglo-americano são consideradas como meros casos de culpa pelo direito alemão, e punidas apenas excepcionalmente.

O direito alemão, portanto, parece sanar o primeiro problema que apontei em relação à abordagem tradicional anglo-americana da *recklessness*: ao dividir o que o direito anglo-americano entende por *recklessness* entre *dolus eventualis* e culpa consciente, o direito alemão evita o problema de excesso de amplitude, do qual a *recklessness* anglo-americana é acusada (todavia, um dos custos para tanto é que a categoria dos crimes cometidos com "intenção" é muito mais ampla no direito alemão do que no direito anglo-americano).[27] Essa divisão não lida diretamente com o segundo problema apontado. Em relação ao crime de estupro[28], por exemplo, o direito penal alemão não condenaria uma pessoa que não representasse a ausência de consentimento da vítima (mesmo que tal desconhecimento não fosse razoável), uma vez que o crime de estupro requer dolo, e o desconhecimento o exclui. Por sua vez, se o agente perceber que a vítima podia não estar consentindo com o ato, o tribunal teria que decidir se ele agiu crendo haver o consentimento da vítima ou, em vez disso, se consentiu ou anuiu com a possibilidade da relação sexual não ser consensual. Desse modo, o direito alemão não atribui a mesma importância à consciência do risco por parte do agente que a abordagem tradicional anglo-americana, uma vez que a consciência do risco não é determinante, por si só, para se condenar um agente pelo crime de estupro. De acordo com a abordagem tradicional anglo-americana – embora isso atualmente difira da lei inglesa vigente[29] —, o agente somente será eximido da responsabilidade pelo estupro caso não tenha representado o risco como um todo. Em relação ao homicídio, o direito alemão compreende que a ausência de representação do risco de morte exclui a responsabilidade dolosa, permitindo somente a culposa; por outro lado, se o agente tiver a ciência desse risco, ele poderá ser condenado por homicídio culposo ou doloso (e, neste último caso, também pela tentativa, se o resultado não ocorrer), a depender de sua atitude em relação ao risco.

A definição precisa de "*dolus eventualis*" é controversa na dogmática alemã: alguns teóricos argumentam que seu suposto elemento "volitivo" ou atitudinal não deve desempenhar nenhum papel e que os tribunais devem operar com uma definição puramente cognitiva, isto é, em termos de considerar somente a consciência do agente quanto ao risco. Outros propõem abandonar o *dolus eventualis* por completo e adotar a *recklessness* anglo-americana.[30] Um dos problemas que dizem respeito à ausência de uma definição

27. Ver as notas 40-41 *infra*.

28. Ver o StGB § 177 (conforme alterado em 2016).

29. Sexual Ofences Act 2003, s. 1(1); ver as notas 14–17 *supra*.

30. Para críticas ao dolo eventual em inglês, ver especialmente T Weigend, 'Subjective Elements of Criminal Liability', in Dubber and Hörnle, nota 22 *supra*, p. 490, p. 498–502; CF Stuckenberg, 'Problems of "Subjective" Imputation in Domestic and International Criminal Law' *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014): p. 311, p. 312–15; Taylor, nota 23 *supra*, e 'The Intention

precisa do elemento volitivo ou atitudinal se dá pela multiplicidade de termos usados pela doutrina ("aceitar", "aprovar", "consentir", "anuir"), que parecem expressar posicionamentos diferentes dentro de um espectro que vai desde uma recepção positiva do resultado até um reconhecimento relutante de que ele ocorrerá. Outro problema diz respeito à prova: como os tribunais devem determinar qual a atitude do agente? Dada a dificuldade de estabelecer tais questões, os tribunais podem ter de recorrer a indicadores, tal como o grau de probabilidade de ocorrência do resultado (ou seja, um critério puramente cognitivo), ou a avaliação do caráter do agente — se ele parece ser o tipo de pessoa que "anuiria" com o resultado ou não:[31] a primeira opção acaba efetivamente por abandonar o elemento volitivo como um elemento autônomo do *dolus eventualis* em favor de uma concepção cognitiva, enquanto a última abre as portas para tentativas seguramente perigosas de se avaliar o caráter do réu.

Existem também objeções de princípio ao *dolus eventualis*. É um mantra conhecido da teoria do direito penal liberal que devemos ser criminalmente responsáveis apenas pelo que escolhemos fazer, não pelo que pensamos ou sentimos: o Direito Penal está, corretamente, preocupado somente com as maneiras como agimos em relação ao mundo, não com o reino "interno" das atitudes e emoções. Contudo, o *dolus eventualis* depende precisamente da atitude do agente ou dos sentimentos dele sobre o que faz. Dois agentes podem conscientemente criar o mesmo risco ao mesmo bem jurídico: ambos podem optar por expor esse bem ao mesmo risco de dano, mas um pode "aceitar" ou "anuir" com a ocorrência desse dano, enquanto o outro pode "confiar seriamente" em sua não ocorrência. Essa diferença é muito interessante e influencia a avaliação moral que podemos fazer a respeito do caráter de seus respectivos agentes. Entretanto, dado que cada um deles escolheu desencadear no mundo o mesmo risco de dano ao mesmo bem jurídico, um Direito Penal que respeite as restrições liberais em relação a seu alcance e profundidade, e que fundamente a responsabilidade penal em um atuar responsável, certamente

Debate in German Criminal Law' *Ratio Juris* 17 (2004): p. 34. Para uma defesa do *dolus eventualis*, ver Krebs, nota 23 *supra*, p. 54–73, e 'Mens Rea in Joint Enterprise: A Role for Endorsement?' *Cambridge Law Journal* 74 (2015): p. 480.

31. Ver, *e.g.*, o julgado do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha BGHSt 36.1 (1988): um homem que sabia ser soropositivo e fora informado dos perigos da contaminação através do sexo desprotegido teve relações sexuais desprotegidas com terceiros a quem não informou estar contaminado. Na ausência de prova de que ele havia de fato infectado as supostas vítimas, poderia ele ser condenado por tentativa de lesão corporal (StGB § 223) a título de *dolus eventualis* quanto à contaminação que ele poderia causar? Os elementos cognitivo e volitivo do *dolus eventualis* devem, segundo o tribunal, ser provados; mas ao determinar o elemento volitivo, o tribunal poderia valer-se do caráter do agente e de sua vida pregressa como elemento de prova de sua atitude para com os interesses em jogo e a seriedade do risco. [24]. O caráter do agente e a probabilidade, portanto, figuram, oficialmente, como elementos de prova do *dolus eventualis*; a preocupação é se eles são critérios adequados.

deverá tratá-los da mesma forma.[32] A teoria do *dolus eventualis*, no entanto, estabelece uma distinção radical entre eles: dependendo do bem em questão, o primeiro agente será responsável por um crime grave, ou pela tentativa, se o resultado não ocorrer; o último poderá evitar a responsabilidade criminal por completo, ou será responsável apenas por um crime de menor gravidade — a título de culpa — e não poderá ser condenado por tentativa, ante a ausência do resultado.

Apesar dessas objeções práticas e de princípio, há algo importante no cerne da distinção entre *dolus eventualis* e culpa consciente: ela aponta para uma diferença significativa entre dois tipos de assunção de risco — uma diferença não apenas nas atitudes dos agentes em relação aos riscos que estão cientes que criam, mas na forma como eles mesmos se relacionam, enquanto agentes, com esses riscos que assumem e com os danos que podem causar.

Podemos distinguir duas atitudes práticas* que um agente pode ter em relação a um risco de dano que sabe que é criado por sua conduta. Ele pode, primeiro, ver aquele dano em si mesmo como um preço que vale a pena ser pago para alcançar seu objetivo — talvez ele espere que o dano não ocorra, mas não considerará seu empreendimento como um fracasso se ocorrer. Ele está preparado e disposto (mesmo que com certa relutância) não apenas a correr o risco de causá-lo, mas a de fato a causá-lo, se assim tiver de ser;[33] se o re-

32. Sobre o desencadeamento do risco, ver Alexander e Ferzan, nota 13 *supra*, cap. 2. A objeção a permitir que atitudes determinem a responsabilidade também pode ganhar força com o pensamento (na melhor das hipóteses enganoso) de que não somos capazes de controlar e, portanto, não podemos ser responsabilizados por como nos sentimos – um pensamento que sustenta, por exemplo, objeções liberais já conhecidas contra a criminalização de "crimes de ódio" (ver e.g., HM Hurd, Why Liberals Should Hate "Hate Crime Legislation" *Law and Philosophy* 20 (2001): p. 215).

* [N.T.] O termo "prática" (*practical*) é utilizado ao longo de todo o texto como adjetivo para diversas palavras: atitude prática, sentido prático, atenção prática, preocupação prática, indiferença prática, importância prática etc. Esse termo é empregado em um sentido específico, que se relaciona com a ideia de "razão prática" (*practical reason*). A razão prática pode ser definida, grosso modo, como aquela que tem como objeto de reflexão a ação. Tem a ver, portanto, com razões para se agir de uma determinada forma; com valores e normas de ação. Ela está em contraste com a ideia de razão teórica (*theoretical reason*), que tem como objeto de reflexão o conhecimento – as razões para se acreditar em algo. O termo "prático", portanto, é sempre empregado indicando alguma relação com *razões para agir ou deixar de agir*. Assim, quando o autor fala, por exemplo, de "atitude prática", "preocupação prática" ou "indiferença prática", refere-se a uma atitude, preocupação ou indiferença relacionada ao agir; uma atitude que expressa certas razões para agir, uma preocupação ou indiferença com os resultados da ação. A respeito do conceito de razão prática, ver: Wallace, R. Jay, "Practical Reason", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/practical-reason/>.

33. Ou ele pode não chegar a ver o resultado danoso como um "preço" a ser pago: ver algum dano de forma antecipada como um preço a ser pago é vê-lo como constituindo uma razão contra o seu agir, embora não necessariamente uma que supere as razões a favor da ação; mas se, por

sultado tomar lugar, sua reação espontânea e honesta seria algo como "Ah, tudo bem, isso realmente podia acontecer" — uma reação que aceita o preço que seu empreendimento, de modo já esperado, acabou por ter. Ou ele pode, como segunda hipótese, considerar o risco como algo que vale a pena correr em prol de seu objetivo, mas agir com "confiança" (não apenas vaga esperança) de que nada passará – "confiando seriamente" em sua não ocorrência, embora perceba que sua confiança pode ser vã: se o dano viesse a ocorrer, seu empreendimento teria sido, a seus olhos, um fracasso, pois o dano em si não era um preço que valia a pena pagar. Ele está disposto a correr o risco de causar o dano e, portanto, não está totalmente indisposto a causá-lo (caso contrário não assumiria o risco); mas não está disposto a que o resultado ocorra como preço de seu sucesso.

Por exemplo, imagine que penso que se eu dirigir em alta velocidade ao longo da estrada há uma boa chance de eu ser pego e multado. Se eu considerar que chegar ao meu destino rapidamente é suficientemente importante, ou mesmo se eu for rico de tal maneira que o valor da multa não me seja significativo, posso entender que a multa é um preço que vale a pena ser pago: embora eu prefira não ter de pagá-la, estou disposto a fazê-lo se for preciso. Alternativamente, posso não considerar a multa como um preço que vale a pena pagar. Embora esteja disposto a correr o risco, na esperança de não ser pego e multado, eu preferiria chegar ao meu destino um pouco mais tarde, sem ser pego. No primeiro caso, podemos dizer que eu teria acelerado mesmo se soubesse que seria apanhado; no último caso, não.

Embora essa reflexão possa ser enganosa, poderíamos dizer que, no primeiro caso, mas não no último, o agente "intenciona condicionalmente" o resultado: isso demonstraria a semelhança entre o primeiro caso e o de alguém que está praticamente certo de que sua ação causará determinado resultado como efeito colateral. Esse agente não age com a intenção de causar dano, mas ainda podemos afirmar que a sua ação está inserida no escopo de uma ação intencional. Também quando o dano é previsto como possível, em vez de certo, mas é aceito como um preço que vale a pena ser pago, podemos dizer que essa aceitação do possível resultado se encontra dentro do escopo de uma ação intencional, se as coisas assim acontecerem. Entretanto, não podemos dizer o mesmo de quem confia que o resultado não ocorrerá, embora perceba que possa ocorrer: em que pese ele não possa alegar que o dano ocorreu *de modo contrário* à sua intenção, ele pode negar que o dano (como algo distinto do risco de dano) fazia parte de sua ação intencional. Essa é a diferença crucial entre o *dolus eventualis* ("intenção condicional") e a culpa consciente, e agora podemos entender por que alguém que age com *dolus eventualis* em relação a um dano se aproxima, em termos de reprovação, mais daquele que age intencionalmente do que daquele que age com culpa consciente.

Não se trata de uma diferença nas "atitudes" ou "sentimentos", como algo distinto e separado da ação: é antes uma diferença na estrutura do raciocínio prático que informa a

exemplo, eu for suficientemente (praticamente) indiferente aos interesses em jogo, posso nem mesmo chegar a ver a ocorrência do resultado danoso como um contramotivo para minha ação.

ação do agente – em relação a como o prognóstico de dano se apresenta nesse raciocínio. Se quisermos falar em "atitudes", devemos falar sobre atitudes *práticas* – as atitudes que estruturam e orientam nossas ações. Alguém que age com *dolus eventualis* pode ver o dano potencial como um contramotivo para o seu agir, mas não como uma razão boa o suficiente para não agir dessa forma – nem mesmo se fosse certo que o dano se efetivaria. Por outro lado, quem age com culpa consciente, embora não compreenda o risco de que esse dano possa ocorrer como uma razão boa o suficiente para não agir, entenderia o dano como uma razão boa o suficiente para não agir, caso estivesse certo de sua futura ocorrência. Podemos dizer sobre o primeiro, mas não sobre o último, que agirá "quer queira, quer não (*willy-nilly*), sem se importar se o dano ocorre ou não";[34] o primeiro está disposto a causar o dano, enquanto o último está disposto apenas a assumir riscos.

4. *Dolus Eventualis* e *Recklessness*

Podemos agora retornar aos casos de Alan e Beryl, os quais apresentaram o primeiro problema para a abordagem tradicional anglo-americana da *recklessness*. Como os descrevi, eles diferem não apenas nas atitudes práticas em relação ao dano que perceberam que poderiam causar, mas também em suas avaliações da probabilidade de que o dano aconteceria: Alan via como mais provável do que improvável que o dano acontecesse, enquanto Beryl via como mais provável que não acontecesse. Essa diferença nas expectativas, no aspecto cognitivo da *mens rea*, não é idêntica à distinção entre *dolus eventualis* e culpa consciente, mas claramente tem relação com ela. É difícil imaginar como alguém como Alan poderia "confiar seriamente" na não ocorrência do dano que ele previra como provável (mais provável do que improvável), em vez de agir com o que deveria perceber ser provavelmente uma esperança vã de que não aconteceria. Por outro lado, é mais fácil supor que alguém como Beryl agiria com uma confiança séria e uma esperança fundamentada. Alan poderia, se desesperado para alcançar seu objetivo, ir em frente apesar do risco, esperançoso (injustificadamente*) de que ele não se realizaria; mas, uma vez que pensa que é mais provável do que improvável que o dano ocorrerá, é difícil negar que ele está disposto a levá-lo a cabo – se as coisas assim ocorrerem. Alguém que prevê o risco apenas como possível, em vez de provável, poderia certamente estar também disposto a levar o dano a cabo se as coisas assim ocorressem, entendendo que é um preço que vale a pena ser pago; mas há mais espaço

34. *DPP v Morgan* [1976] AC 182, p. 215 (Lord Hailsham); ver nota 14 acima.

* [N.T.] No original: "*hoping against hope*", que literalmente significa "esperando (ou esperançoso) contra a esperança". Traduzimos por "injustificadamente" porque a expressão indica uma esperança sem fundamento objetivo, que não se sustenta em fatos reais. O *Cambridge Dictionary* define a expressão como "ter esperança muito forte de que algo ocorrerá, mesmo sabendo que é muito improvável". Disponível em: [https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/hope-against-hope]. Acesso em: 22.12.2020.

(tanto conceitual como normativo) para essa pessoa afirmar sinceramente que agiu confiando seriamente em sua não ocorrência.

Enquanto Alan intenciona alcançar seu objetivo, "quer queira, quer não, sem se importar se o dano ocorre ou não",[35] não podemos dizer o mesmo de Beryl. Dizer que Alan "anuiu" ou "aceitou" o dano também implica que ele teria persistido em sua ação, ainda que tivesse certeza prática de que o dano aconteceria, ao passo que não temos razão para pensar o mesmo de Beryl. Mas suponha que Alan negasse isso: ele admite que pensou ser provável que o dano aconteceria e estava preparado para assumir o risco em prol de seu objetivo, mas insiste que não teria persistido se tivesse certeza de que o dano ocorreria. Uma questão é se essa afirmação é psicologicamente plausível acerca de sua atitude enquanto agente em relação ao dano, outra questão é se isso é normativamente significante. Se o agente causa dano à propriedade da vítima e admite que pensava que era mais provável do que improvável que sua ação teria esse efeito, o fato de ele insistir (de forma crível) que teria desistido caso tivesse certeza que causaria tal dano deveria afetar nossa resposta, e julgamento, a respeito de sua ação? Eu sugiro que não: ele ainda agiu na expectativa de que iria (provavelmente) causar o dano – o que significa dizer que estava disposto a causá-lo, como um preço a ser pago para alcançar seu objetivo.

Suponhamos, contudo, que ele alegue não apenas que pensou que seria provável, em vez de certo, que causaria o dano, mas também que tomou certas medidas para *reduzir* a probabilidade de causá-lo. Ele ajustou o curso de sua ação de forma que reduziu as chances de alcançar seu objetivo primário, ou que foi de outra forma modestamente custosa ou onerosa, a fim de tornar menos provável a causação do dano. Apesar de que ainda pensasse que, no cômputo geral, era provável a causação do dano, poderia ele alegar que a sua ocorrência não foi apenas *praeter*, mas *contra intentionem*? Poderia alegar que isso mostrou a falha (parcial) de sua ação intencionada, já que sua intenção era alcançar o objetivo sem causar o dano? E que, por isso, seria injusto sustentar que agiu com *dolus eventualis* de causar dano? Porém, a menos que as medidas que tomou fossem tais que tornassem mais improvável do que provável a causação do dano, permanece verdadeiro que ele "aceitou" ou estava disposto a causá-lo, como um preço a ser pago para alcançar seu objetivo. Com efeito, ele não poderia alegar que "confiou seriamente" na sua não ocorrência.[36]

Essa discussão sobre o *dolus eventualis* poderia ser frutífera para a resolução do primeiro problema acerca da abordagem tradicional anglo-americana da *recklessness*, e indica que poderíamos saná-lo distinguindo, no interior dessa (demasiadamente) ampla categoria, o agente que "anui" (no sentido explicado acima) com o resultado que percebe que poderia

35. *DPP v Morgan* [1976] AC 182, p. 215 (Lord Hailsham); ver nota 14 *supra*.

36. A menos que seu curso de ação tenha precisamente intencionado evitar o dano que provavelmente seria causado, como quando uma cirurgia muito perigosa é realizada em uma tentativa desesperada de salvar a vida de um paciente. Para uma discussão completa das questões aqui abordadas, ver RA Duff. Intention, Recklessness, and Probable Consequences. *Criminal Law Review* [1980], p. 404.

causar daquele que, apesar de percebê-lo, "confia seriamente" na sua não ocorrência. No que diz respeito a como essa distinção deve ser realizada na prática, dadas as dificuldades probatórias, devemos relembrar que a presunção de inocência requer que os tribunais não apenas presumam que os réus são inocentes até que provadas suas culpas, mas também que os presumam não serem mais culpados, culpados de algo pior, do que foi provado. Dada a prova de que o réu conscientemente assumiu um risco (claramente irrazoável) de causar um dano, o tribunal deve inicialmente concluir que ele deve ser condenado por (nos termos do direito alemão) nada mais do que culpa consciente. Apenas se também há prova de que ele "anuiu" com o dano é que o tribunal deveria concluir que ele agiu com *dolus eventualis*. Como a discussão acima sugere, essa prova poderia consistir, inicialmente, na demonstração de que ele previu o dano como provável – mais provável do que improvável; mas ainda que isso seja suficiente para criar uma presunção de *dolus eventualis*, deveria ainda restar espaço para o réu oferecer provas em seu favor; de que genuinamente tentou evitar o dano. (Uma questão adicional é a se deveria ficar aberta a possibilidade de a acusação oferecer provas de que alguém que previu o dano apenas como possível, em vez de provável, apesar disso, "anuiu" com ele; estou inclinado a pensar que não deveria ser o caso, tendo em vista o perigo de que tais julgamentos sejam baseados em avaliações do caráter do réu).[37]

Isso parece nos conduzir para próximo da "visão descomplicada" sustentada por Lord Diplock no julgamento do caso Hyam, no sentido de que o Direito Penal não deveria distinguir:

> "entre o estado mental de alguém que pratica um ato porque deseja produzir uma consequência particularmente ruim e o estado mental de alguém que pratica um ato com total conhecimento de que é provável que ele produza tais consequências, apesar de que elas possam não ser o objetivo que ele estava buscando alcançar ao praticar o ato."[38]

Devemos, então, simplesmente incluir o *dolus eventualis* na categoria da *intention* do direito inglês? Não penso que devamos seguir o direito alemão nesse aspecto. Deveríamos, como sugeri, classificar Alan junto com o agente que tem certeza prática de que sua ação causará o dano relevante; mas deveríamos distinguir ambos daquele que age com a intenção de causá-lo. Em particular, Alan não deveria ser passível de condenação por uma tentativa se o dano não ocorresse,[39] nem deveria ser condenado por tentativa aquele que tem certeza de que o dano acontecerá como um efeito colateral de sua conduta, se tal dano não ocorrer. Neste ponto, surgem questões já conhecidas acerca da significância da distinção entre *purpose* e *foresight*[*], sobre a qual não posso avançar aqui. Mas eu sustentaria que o Direito Penal

37. Ver nota 31 *supra*.

38. *Hyam* v DPP [1975] AC 55, p. 86: ver *Ormerod and Laird*, 90; *Simester and Sullivan*, p. 134–45.

39. Como ocorreria no direito alemão; ver notas 24-26 *supra*.

* [N.T.] O autor utiliza aqui o termo "*foresight*" como uma variação estilística da categoria "*knowledge*" como entendida pela abordagem tradicional anglo-americana, explicada acima.

deveria distinguir entre o agir com a intenção de causar o dano, e o agir com a crença (ainda que confiante) de que tal dano acontecerá como um efeito colateral de sua ação. Assim, se por um lado ambas as modalidades de responsabilidade pessoal presumida devem ser normalmente suficientes em relação aos crimes consumados (*completed crimes*), por outro, em relação aos crimes preparatórios (*inchoate crimes*) e com "intenção específica de possibilitar o cometimento de outros crimes" (*crimes of 'ulterior intent'*), dever-se-ia normalmente requerer a intenção (direta) de cometê-los.[40]

Isso sugere que, no topo superior da classificação das modalidades de responsabilidade pessoal presumida, deveríamos distinguir *purpose* de *foresight*, e deveríamos tratar a *foresight* como o caso-limite do que, na doutrina tradicional anglo-americana, considera-se *recklessness*. Fazendo relação com o modelo alemão, deveríamos, portanto, distinguir dolo direto de primeiro grau de dolo direto de segundo grau.[41] Seria possível, então, classificar o *dolus eventualis* juntamente com o dolo direto de segundo grau, e colocar Alan na mesma categoria de alguém que age com a certeza prática de que causará o dano relevante. As condutas de ambos os agentes podem ser entendidas, em certo sentido, como abarcadas pela definição de "*recklessness*", uma vez que, no que diz respeito às atitudes práticas que as informam, são igualmente manifestações de desconsideração em relação ao dano que se tem expectativa de causar. Essa é a razão pela qual não é injusto, não é uma categorização inadequada, condená-los pela mesma infração. Mas seria melhor dizermos que eles causaram o dano "com disposição" (*willingly*). Alternativamente, se enxergarmos uma boa razão (apesar de eu não pensar que deveríamos) para traçar uma distinção formal, categorial, entre eles, poderíamos considerar um agente que age com certeza prática de que causará o dano como agindo com "*knowledge*",[42] e Alan como agindo "com disposição" (*willingly*). Em ambos os casos, porém, deveríamos distinguir agentes como Alan de agentes como Beryl, que seriamente confiam na não ocorrência do dano criminal que perceberam que poderiam causar. Estes últimos não agem "quer queira, quer não, sem se importar se o dano ocorre ou não": eles se importam, no sentido que tem relevância prática, apesar de não se importarem suficientemente. Seu injusto não é o mesmo de uma conduta que pode ser compreendida totalmente como *recklessness*, mas – como poderíamos dizer – o de uma conduta *negligence* "consciente".

Isso nos conduz diretamente ao segundo problema da abordagem tradicional anglo-americana identificado na Seção 2: a grande significância normativa que ela atribui à distinção entre a assunção consciente e inconsciente do risco. Se essa distinção for tão significativa, deveríamos alocar Beryl em uma categoria diferente do que alguém que

40. Para uma argumentação detalhada a respeito da *mens rea* das tentativas, ver RA Duff, *Criminal Attempts* (Oxford University Press, 1996), cap. 1, 13.3.

41. Ver nota 20 *supra*.

42. Ou como agindo "intencionalmente", mas não "com intenção", em relação ao dano: ver Duff, nota 8 *supra*.

nem mesmo percebe que está criando um risco de causar dano – ao passo que o direito alemão sugere que eles pertencem à mesma categoria. É para essa questão que devemos nos voltar agora.

5. A relevância da inconsciência

De acordo com a abordagem tradicional anglo-americana, a falta de representação do risco de dano que minha conduta cria tem uma diferença crucial para minha responsabilidade pessoal em relação a esse risco, ainda que minha falta de representação seja bastante irrazoável. Na Seção 2, indiquei duas espécies de casos em que essa ideia é tensionada: devemos agora explorar essa tensão mais de perto. Para isso, temos de passar do Direito Penal para a Filosofia moral: em particular, para Aristóteles e J. L. Austin.

Em sua discussão acerca da responsabilidade moral, Aristóteles distingue o "voluntário" do "involuntário" (*hekousion* de *akousion*). A ignorância acerca de fatos relevantes sobre a conduta de alguém é uma forma pela qual uma ação pode falhar em ser "voluntária", como quando não percebo o risco de dano que minha ação cria. Mas essa ignorância nem sempre converte minha ação em "involuntária".

> "A ação feita por ignorância é toda ela não voluntária, apenas é involuntária quando provoca sofrimento e arrependimento a quem a praticou. Na verdade, quem age na ignorância e nem sequer fica vexado com o que fez, não poderá ter agido voluntariamente, uma vez que ficou sem saber o que fez. Mas também não pode dizer-se que terá agido involuntariamente, porquanto nem sequer se entristeceu."[43*]

O "sofrimento e arrependimento" do agente (como uma reação imediata, espontânea, àquilo que ele percebe ter feito) é um critério implausível para o "involuntário", como comumente compreendemos esse termo, ou para o "não intencional" (uma tradução alternativa para "*akousion*"): ele pode colocar luz sobre as atitudes do agente, mas se o seu comportamento foi involuntário ou não intencional depende certamente de características do comportamento em si mesmo, não das reações subsequentes (ainda que imediatas) a ele. Contudo, se nos voltamos agora para Austin, poderemos ver mais

43. Aristotle, *Nicomachean Ethics* (trans. R Crisp; Cambridge University Press, 2000), III.1, 1110b. Como ficará claro na sequência, "voluntário" e "involuntário" são traduções distantes das ideais para "*hekousion*" e "*akousion*".

* [N.T.] Para esse excerto foi utilizada a tradução para o português do original grego de Ética a Nicômaco feita por Antonio de Castro Caeiro, que, de modo semelhante à tradução inglesa citada por Duff, traduz os termos *hekousion* e *akousion* por "voluntário" e "involuntário", respectivamente. Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40 (Livro III.1, 1110b).

claramente um ponto importante para o qual o comentário um tanto elíptico de Aristóteles nos aponta.

> "Podemos argumentar que pisamos em uma cobra inconscientemente: mas não em uma criança – você deve olhar onde pisa, alguém diria. É claro que foi (realmente), se quiser, inconsciente: mas essa palavra consiste também em uma defesa, a qual não será permitida, em razão dos *standards* normativos. E se você tentar alegá-la, estará subscrevendo a *standards* tão terríveis que sua situação ao final será pior do que era inicialmente."[44]

O ponto de Austin (e Aristóteles) não é simplesmente de que as respostas que damos às nossas próprias ações não intencionais ou inconscientes podem ser avaliadas como apropriadas ou inapropriadas, colocando-as sob uma luz boa ou ruim. É também de que nossas respostas podem mostrar como nos relacionamos com tais ações e com os danos que sem intenção ou inconscientemente causamos, enquanto seus agentes. Se eu tropeço em seu bebê, isso pode, de fato, ser "inconsciente", porque eu não vi o bebê ali. Mas suponhamos que minha resposta (espontânea, honesta) é dizer algo como "Ó, desculpe, eu não vi o bebê ali" e seguir adiante — responder da mesma forma como se eu tivesse pisado em seu dedo do pé em meio a uma multidão; eu não demostro o "sofrimento e arrependimento" apropriado para essa situação. (Suponhamos também que o bebê estava plenamente visível.) Ao responder em tais termos, "[eu] implico que a situação [pisar no bebê] está inserida em uma classe de acontecimentos acidentais que ocorrem na prática de qualquer ato físico"[45]. Isto é, eu implico que se trata de uma questão trivial à qual alguém pode facilmente estar "inconsciente" — uma que não é digna de muita atenção.

Consideremos agora outro exemplo. Meu filho se casará; eu sei que importa para ele que eu esteja lá e tenho intenção de estar presente. Mas eu encontro uma amiga, nós saímos para beber e começamos a conversar. O tempo voa, e então percebo que perdi o casamento. Mais tarde eu ligo para meu filho para me desculpar: "Desculpe-me", eu digo, "eu estava de papo com a Sally e simplesmente não lembrei do casamento". É pouco provável que isso o acalme. Esquecer de seu casamento poderia ser escusável, por exemplo, caso uma emergência grave tivesse me distraído. Contudo, apresentar isso (verdadeiramente) como algo que "simplesmente não lembrei" é classificá-lo como uma questão relativamente sem importância, que não merece muita atenção prática. Tal resposta mostra que eu esqueci porque ele era, aos meus olhos, relativamente sem importância. Isto é, meu esquecimento, bem como minha resposta a ele, manifesta minha visão sobre sua carência de importância.

---

44. JL Austin, 'A Plea for Excuses', in Austin, *Philosophical Papers* (Oxford University Press, 1961), p. 123, p. 142–43.

45. Austin. A Plea for Excuses. p. 140.

O ponto desses exemplos é sugerir que a reação imediata, espontânea, de um agente ao que ele nota que fez inconscientemente, expõe não apenas suas atitudes ou seus sentimentos acerca do fato, entendidos como características de seu caráter que são completamente distintas de seu agir, mas também suas atitudes *práticas*: ela mostra o que o agente reconhece como potenciais fontes de razões para ação e o grau de importância de tais razões. Essas atitudes práticas podem também ser demonstradas pela própria inconsciência: no fato de falhar em notar o bebê (que obviamente estava ali) ou de esquecer o casamento que deveria ter sido centro de minhas preocupações enquanto pai. Em tais casos, a inconsciência ou esquecimento perdem a força exculpatória que frequentemente podem ter. É certo que, com frequência, eles não são totalmente exculpatórios: o fato de que eu não reparei na xícara de chá em que esbarrei, ou de que esqueci que combinamos de nos encontrar para tomar um café, pode me afastar de reprovações morais mais sérias – não é como se eu tivesse, com conhecimento, esbarrado na xícara ou não ido ao encontro. Mas isso me deixa exposto à acusação de que deveria ter tomado mais cuidado – uma acusação de *negligence*. Nos casos de tropeçar no bebê e de esquecer o casamento, contudo, eles carecem até mesmo dessa força mitigatória, uma vez que expõem o mesmo tipo de indiferença prática — de falta de preocupação prática — para com os interesses afetados que a exibida por alguém que percebe o que está ou pode estar fazendo.

Pode ser verdade que eu não teria, com conhecimento, pisado no bebê ou perdido o casamento, assim como pode ser verdade que Alan não teria persistido em seu curso de ação caso tivesse percebido que era certo que causaria o dano. Mas essas possibilidades hipotéticas não têm aqui o mesmo tipo de significância normativa que podem ter em outros contextos. Ou, de modo mais preciso, elas careceriam dessa significância exculpatória se minha reação imediata, espontânea e honesta ao perceber o que fiz fosse do tipo acima descrito: se mostrassem que eu coloco o fato de tropeçar em um bebê "em uma classe de acontecimentos acidentais que ocorrem na prática de qualquer ato físico" ou que vejo o casamento de meu filho como algo que se pode "simplesmente não lembrar". É possível imaginar tropeções em bebês e esquecimentos de casamentos que são, se não completamente escusáveis, ao menos mitigados pela inconsciência ou esquecimento do agente, mas apenas se eles tiverem uma explicação que é consistente com o reconhecimento, pelo agente, da importância normativa dos interesses ou valores em causa.

Aristóteles e Austin, e os exemplos aqui discutidos, mostram que a distinção entre consciência e inconsciência dos atos e omissões de alguém nem sempre é significativa normativamente: isso também é verdadeiro quando nos voltamos à assunção e à criação de riscos?

Podemos iniciar pensando novamente acerca de qual é a diferença normativamente significativa entre "*recklessness*" e "*negligence*". Uma sugestão é esta: o agente cuja conduta pode ser abarcada pela *recklessness* é alguém que "anui" com o risco que assume ou cria. Ao passo que pode não anuir com o dano, como faz alguém que age em *dolus eventualis*, ele anui ou aceita o risco como algo que vale a pena ser assumido pelo bem de sua empreitada. Alguém que age (meramente) com *negligence*, por sua vez, não expõe essa

atitude prática em relação ao risco que assume:[46] ele assume o risco não porque anui com ele ou pensa que vale a pena, mas porque não o percebeu; ele "sofre" quando percebe o risco (ainda que o dano dele decorrente não tenha acontecido). Não era um risco com o qual ele anuiu, ou que teria anuído, como algo que valia a pena a fim de realizar seu objetivo. Assim, a diferença entre alguém que age com *recklessness* e alguém que age (meramente) com *negligence*, como era o caso da diferença entre alguém que age com *dolus eventualis* e que age (meramente) com culpa consciente, é a atitude enquanto agente (*agential attitude*) que eles exibem em suas ações em relação aos riscos que assumem e aos danos que podem causar.

Assim entendida, a *recklessness* é exibida frequentemente, talvez até mesmo caracteristicamente, na assunção consciente do risco, enquanto a negligência é exibida frequentemente, talvez caracteristicamente, na assunção inconsciente do risco – na falha de alguém em perceber o risco que poderia e deveria ter percebido. Mais precisamente, alguém que age com *knowledge* de que está criando um risco demonstra, com isso, que anui com esse risco – que está disposto a assumi-lo pelo bem de sua empreitada; em contraste, alguém que não representa, que não percebe o risco que cria, normalmente não demonstra uma anuência com o risco. Porém, isso nem sempre é assim, como sugerem os exemplos discutidos na Seção 2: por vezes, quem assume o risco inconscientemente expõe, na própria falha em perceber o risco que cria, o tipo de aceitação ou de anuência com o risco que caracteriza a *recklessness*.[47]

Consideremos agora alguém que persiste no ato de penetrar sexualmente uma pessoa que comprovadamente não consentiu com isso, sem uma crença razoável de que ela tinha consentido.[48] O agente não pode negar que agiu, no mínimo, com ("mera") *negligence* ao falhar em perceber que a vítima poderia não ter consentido, mas seria permitido a ele alegar que foi culpado por ("mera") *negligence*, uma vez que o caráter não consensual

46. Falar de um agente "meramente" negligente ('*merely*' *negligent*) é assumir que a *negligence* é, de fato, um tipo de responsabilidade pessoal menos grave do que a *recklessness*: *ceteris paribus*, alguém que cria um risco por *negligence* é menos culpado do que alguém que o cria com *knowledge*; a questão é se essa diferença na culpabilidade está fundada na diferença entre consciência e inconsciência. Os critérios colocados pela abordagem tradicional anglo-americana poderiam, em vez disso, aceitar o critério factual da consciência como assinalando a distinção entre *recklessness* e *negligence*, e então argumentar que a *negligence*, definida nesses termos, nem sempre é uma responsabilidade pessoal menos grave que a *recklessness* (comparar D Archard, 'The Mens Rea of Rape: Reasonableness and Culpable Mistakes', in K Burgess-Jackson (ed.), *A Most Detestable Crime* (Oxford University Press, 1999), p. 213). Ver ainda SV Shiffrin, 'The Moral Neglect of Negligence', in D Sobel et al. (eds.), *Oxford Studies in Political Philosophy*, vol. 3 (Oxford University Press, 2017), p. 197.

47. Para uma discussão mais detalhada desses casos, ver RA Duff, *Intention, Agency, and Criminal Liability* (Blackwell, 1990), cap. 7.

48. Não posso abordar aqui a questão sobre o que poderia tornar uma crença errônea no consentimento em "razoável", ou sobre quão plausível poderia ser para ele alegar que estava genuinamente inconsciente até mesmo do risco de que a vítima não tivesse consentido (ver nota 15 *supra*).

da penetração foi "inconsciente"? Uma tal alegação de inconsciência poderia ser faticamente verdadeira (assim como pode ser verdade que eu tropecei no bebê inconscientemente), mas é normativamente inaceitável: porque isso – se verdadeiramente reflete sua perspectiva da questão – mostra que ele é (poderíamos dizer) alguém que desconsidera totalmente (*utterly reckless*) o consentimento da vítima, assim como sua autonomia e integridade sexual. O consentimento mútuo é essencial para a legitimidade da atividade sexual: é ele que distingue uma relação sexual de uma penetração sexual que configura estupro. Falhar em perceber que a outra pessoa poderia não ter consentido, ou agir com uma convicção irrazoável de que ela consentiu, é não estar atento a um aspecto normativamente essencial de sua ação intencionada, o que expõe uma total falta da devida consideração aos interesses alheios. Isso mostra que o consentimento da outra pessoa, ou a falta dele, figura na estrutura de sua razão prática como algo cuja consideração não tem importância, o qual alguém pode facilmente não representar.

De modo similar, se alguém ataca a outrem violentamente, de uma forma que cria um risco óbvio de morte,[49] poderia ser faticamente real que ele não percebe, que não está consciente do risco de morte; mas essa falha, em si mesma, dado que o agente está envolvido nesse ataque violento, expressa sua total falta de consideração pela vida da vítima. O risco de morte está intimamente conectado à sua ação intencionada – ao ataque violento. Ao passo que poderia ser faticamente verdadeiro que ele age "inconscientemente" em relação a esse risco (óbvio), uma tal inconsciência expõe, por si mesma, algo seriamente culpável em relação à estrutura da razão prática que informa sua ação. Ela mostra que a vida ou a morte de outra pessoa figura em sua razão prática (na estrutura de razões que ele reconhece em favor e contra agir de determinada forma) como algo cuja consideração não tem importância, que alguém pode facilmente não representar.

Nesses casos, diferentemente dos exemplos discutidos anteriormente, iniciamos não com a reação do agente ao que fez, mas antes com o que é evidente em sua ação – a penetração sexual de alguém cujo consentimento é, na melhor das hipóteses, duvidoso ou um ataque violento que causa risco à vida de outrem. Porém, atribuir ao agente em tais casos o mesmo tipo de indiferença que atribuímos àquele que está consciente do risco que cria é também sugerir que sua reação honesta após o evento seria similar: trataria o risco de não consentimento, ou de morte, como algo de relativamente pouca importância.

O que isso implica para o Direito Penal? Essa análise sugere que a abordagem tradicional está errada em atribuir tamanha significância categorial à consciência ou inconsciência do agente em relação a um risco óbvio e significativo que sua conduta cria: ao passo que é verdade que o agente consciente escolhe criar o risco, enquanto o agente inconsciente não escolhe, ambos podem demonstrar exatamente o mesmo tipo de

49. Isso é requerer mais do que o direito inglês atualmente requer, uma vez que a lesão corporal grave que um homicida deve ter intencionado não precisa ser tal que obviamente gere perigo de vida; ver *Ormerod and Laird*, p. 513. Mas isso está em desacordo com abordagem tradicional da *recklesseness*, uma vez que não requer a consciência do risco de morte.

responsabilidade pessoal em relação ao risco — a mesma indiferença prática aos interesses em questão. Se o Direito Penal deve considerar a assunção consciente de riscos como uma conduta abarcada pela definição de "*recklessness*", e a *negligence* como uma categoria de responsabilidade pessoal menos grave, deveríamos também considerar algumas assunções inconscientes do risco como possíveis de serem classificadas como *recklessness* e reajustar a distinção entre *recklessness* e *negligence*.[50]

6. Um novo modelo de responsabilidade pessoal presumida

As duas últimas seções sugerem que deveríamos construir um novo modelo de responsabilidade pessoal presumida:

- *Purpose/intention* significa o objetivo consciente do agente de realizar *X*.
- *Willingness* (*dolus eventualis*) significa que o agente está (plenamente) disposto a realizar *X*.
- *Recklessness* significa que o agente está disposto a assumir o risco de realizar *X*.
- *Negligence* significa que o agente falha em dar a atenção ou em tomar o cuidado que podia e devia ter dado ou tomado.[51]

Esse modelo incorpora a perspectiva da doutrina alemã do *dolus eventualis*, mas também distingue formalmente entre "*recklessness*" e "*negligence*" — como na abordagem tradicional anglo-americana. O que importa em cada caso, e que identifica cada um como uma modalidade distinta de responsabilidade pessoal presumida, é a estrutura da razão prática que é exposta pela ação do agente: o que o agente reconhece como razões em favor e contra o que ele faz e como ele sopesa essas razões.

O quanto isso estende a abrangência da "*recklessness*" para aquilo que, na abordagem tradicional anglo-americana, seria classificado como *negligence*? Quantos agentes que assumem ou criam riscos inconscientemente seriam agora considerados como agindo com *recklessness*? O que importa, como sugeri na discussão do estupro e do homicídio intencional, é se o risco em questão é intimamente conectado ou vinculado à ação intencionada pelo agente, como o consentimento da outra pessoa está intimamente conectado

50. Ver Duff, nota 47 *supra*. Para críticas a essa e outras abordagens baseadas na atitude ("*attitudinal*"), ver *Stark*, p. 208–25, e outras referências lá citadas, especialmente KK Ferzan, 'Opaque Recklessness' 91 *Journal of Criminal Law and Criminology* (2001): p. 597.

51. Mas ver nota 42 *supra*, sobre se devemos distinguir entre alguém que age com "*knowledge*" em relação a um dano previsto com certeza prática e alguém que age "com disposição" ('*willingly*') em relação a um dano previsto como provável. Poderíamos imaginar ainda se "*reckless*" é o termo correto para agentes como Beryl (ver nota 42 *supra*), uma vez que eles não desconsideram *totalmente* o dano que podem causar; "*negligence* consciente" poderia ser preferível.

com a relação sexual ou – de um modo distinto – o risco à vida de uma pessoa está intimamente conectado a um ataque violento que é feito contra ela.[52] Essas conexões são certamente normativas, não meramente empíricas: elas dependem de um julgamento de que o provável ou possível impacto da ação intencionada do agente em um certo interesse significativo é tão imediato e tão significativo que deveria ser central para sua atenção prática, de modo que sua simples falha em perceber o impacto provável ou possível expõe uma séria desconsideração desse interesse. Ao menos intuitivamente, é plausível atribuir essa falta de consideração nos exemplos de estupro e homicídio intencional acima discutidos.[53] Mas quão longe deve ser aplicada essa abordagem (ou: ela deve mesmo ser aplicada) para além desse tipo de crimes violentos contra a pessoa? Ela justificaria, por exemplo, condenar o Sr. Parker por "causar dano [...] à propriedade alheia [...] com *recklessness* a respeito de se [...] essa propriedade seria danificada", ainda que no momento em que bateu o monofone na base do telefone público com tamanha força simplesmente "não lhe tenha ocorrido" que isso poderia danificá-lo?[54] Eu penso que justificaria, e sem precisar apelar, como fez o tribunal no caso *Parker*, à ideia de cegueira deliberada: aqui também podemos falar de um ataque violento – apesar de contra a propriedade em vez de contra a pessoa – ao qual a real possibilidade de dano está intimamente conectada. A raiva do Sr. Parker e sua frustração explicam por que ele bateu o monofone na base do telefone com tamanha força e por que o risco óbvio de dano "não lhe tenha ocorrido": não lhe ocorreu porque, em meio à sua raiva, ele não se importava com isso.

Contudo, a discussão sobre a abrangência potencial da *recklessness* a casos de inconsciência coloca em destaque um problema óbvio do novo modelo sugerido: sua praticabilidade como doutrina jurídica. Como os tribunais distinguirão *willingness* de *recklessness*, e *recklessness* de *negligence*? Eu indiquei esse problema em relação ao

52. Deve-se notar que, ao passo que isso justificaria a adoção de uma versão limitada da doutrina inglesa de que a intenção de causar lesão corporal grave é suficiente para o homicídio intencional se a vítima morre (ver nota 49 *supra*), não justificaria a doutrina muito mais extensiva do *Model Penal Code*, relativa ao homicídio praticado com "indiferença extrema" (*'extreme indifference' murder*) (§ 210.2; ver nota 18 *supra*): não se pode alegar, de modo plausível, que uma ameaça à vida de outrem é uma parte essencial, ou está intimamente relacionada, a toda infração como "incêndio, invasão de domicílio para fins criminosos (*burglary*), sequestro ou fuga (*felonious escape*)", mesmo quando elas de fato resultam em morte.

53. No caso do homicídio intencional (mas não do estupro), podemos falar de um tipo legítimo de "responsabilidade construtiva" (*'constructive liability'*): a responsabilidade do agente pelo homicídio intencional é construída sobre sua responsabilidade por uma "entrada errada" ('gateway wrong') (causar lesão corporal grave) que é intimamente conectada com o homicídio intencional. Ver *Simester and Sullivan*, p. 204-10.

54. *Parker* [1977] 1 WLR 600; Criminal Damage Act 1971, s. 1(1): sua alegação é de que ele bateu o monofone em razão da frustração porque o telefone não funcionava (esse foi o último de uma série de eventos inconvenientes), e que a (obviamente elevada) possibilidade de que isso causaria dano ao aparelho não lhe ocorreu. (Obrigado a um parecerista por me lembrar desse tipo de caso).

dolus eventualis,55 e o mesmo problema claramente surge com a *recklessness*, como argumentei que ela deveria ser entendida: se o agente não estiver comprovadamente consciente do risco que está assumindo ou criando, que provas ou argumentos deveriam ser utilizados para dar suporte à afirmação sobre se agiu com *recklessness* ou com mera *negligence*? Suponhamos que está provado que o autor agiu, no mínimo, com *negligence* — que ele agiu de uma forma que criou um risco óbvio e irrazoável (um que teria sido óbvio para uma pessoa "razoável") de causar o dano: o tribunal deve perguntar se ele agiu com *recklessness* ou com mera *negligence* em relação a esse risco. A prova de que ele estava consciente do risco seria também prova de que agia com indiferença prática em relação a ele – isto é, que agiu com *recklessness*; mas que tipo de suporte probatório seria relevante caso ele não estivesse comprovadamente consciente do risco? Há um perigo óbvio de que os tribunais confiariam em um critério puramente cognitivo e julgariam que o agente agiu com *recklessness* se e somente se ele estivesse consciente do risco; ou, na versão "objetiva" da *recklessness* utilizada no caso *Caldwell*, como uma questão de ter assumido (conscientemente ou não) um risco "óbvio e sério", e talvez obviamente injustificado;[56] ou ainda em juízos (intuições?) sobre a conexão íntima entre o risco em questão e o curso de ação por ele intencionada, os quais inevitavelmente variariam de tribunal para tribunal e seriam resistentes a uma validação racional. Considerarei brevemente três possíveis respostas a esse problema.

Uma primeira resposta seria dizer que a lei e os tribunais deveriam, de fato, utilizar um critério puramente cognitivo, baseado na consciência, para a "*recklessness*": não porque ele verdadeiramente captura o tipo de culpabilidade que pode propriamente fundamentar a responsabilidade criminal padrão — não entendemos que essa escolha em assumir ou criar o risco realmente constitua uma modalidade distintiva de responsabilidade pessoal —, mas porque é um teste indireto e praticável, embora aproximado, para o Direito Penal utilizar e para os tribunais aplicarem. Devemos aceitar que há alguns agentes que assumem o risco inconscientemente e que cometem injustos da mesma espécie, com a mesma espécie de culpabilidade, daqueles cometidos por agentes que assumem o risco conscientemente — como nos casos do estupro e do homicídio intencional discutidos acima. Este é abarcado por uma legislação baseada na consciência, enquanto aquele não; mas isso significa dizer apenas, e sem surpresa, que o Direito Penal não pode ser senão uma forma imperfeita de atribuir responsabilidade. Para avançar nessa possibilidade, seria necessário esclarecer o que significa alguém estar consciente ou inconsciente do risco que assume ou cria.[57] Mas essa é uma questão que não poderemos abordar aqui, apesar de que ela poderia colocar dúvidas sobre a medida em que um teste baseado no elemento cognitivo é mais praticável do que um teste baseado nas atitudes práticas expostas na ação do agente.

55. Ver notas 30–31, 36–37 *supra*.

56. Ver *Caldwell* AC 341; *Lawrence* [1982] AC 510; *Ormerod and Laird*, p. 105–10.

57. A respeito, ver *Stark*, cap. 4-5.

Uma segunda resposta seria seguir o direito alemão: entender tanto aquele que assume o risco conscientemente, mas que não "anui" com o dano, quanto aquele que assume o risco com negligência inconsciente (*negligently inadvertent*) como agindo "culposamente" (*Fahrlässig*), sem traçar uma distinção categorial entre eles; e permitir que uma tal *negligence*, seja consciente ou inconsciente, possa ser suficiente para a responsabilidade criminal apenas quando exista previsão legal explícita em relação a casos específicos.[58] Uma tal previsão poderia incluir tornar a *negligence* em relação à falta de consentimento da vítima suficiente para uma condenação criminal, e a *negligence* em relação ao risco de acontecer uma morte a partir de um ataque violento como suficiente para condenação por homicídio intencional, se a vítima morre. Para ambos os casos, poderíamos dizer que o interesse em questão é muito importante e o risco a esse interesse está intimamente conectado com a atividade em que o agente está engajado propositalmente. Poderíamos também ver boa razão para criar, como no direito alemão, infrações distintas (e menos graves) baseadas na *negligence*, relacionadas a danos particularmente sérios ou tipos de atividades especialmente perigosas. Mas nós iríamos, então, ao menos reduzir, e algumas vezes eliminar, a responsabilidade criminal daquelas condutas que o direito penal anglo-americano atualmente classifica como integrando a *recklessness* (o que contribuiria para reduzir a amplitude e o peso das punições do nosso Direito Penal). Porque, se por um lado a *negligence*, seja consciente ou inconsciente, é uma espécie de responsabilidade pessoal, e causar um dano (ou perigo) dessa forma a um interesse juridicamente protegido é uma espécie de injusto que, em princípio, temos razão para criminalizar; por outro, nossas leis penais atuais refletem uma crença de que essa razão não é forte o suficiente para justificar que transformemos a *negligence* inconsciente em um fundamento suficiente, com validade geral, para responsabilidade de todos os crimes "de resultado". Portanto, é válido questionar se e por que deveríamos converter a *negligence* inconsciente em suficiente para tanto.

Uma terceira resposta seguiria o direito alemão, operando com uma nova categoria geral de "culpa" ("*negligence*") como uma modalidade distintiva de responsabilidade pessoal presumida; mas diferenciando dentro dessa categoria a (mera) "*negligence*" de uma modalidade mais grave de "*gross negligence*", e então atribuindo à última o papel na fundamentação da responsabilidade criminal que a *recklessness* atualmente cumpre no direito anglo-americano.[59] Tal abordagem indicaria o reconhecimento de que a diferença normativa em questão é de grau, e não de tipo categorial. Alguém que inconscientemente cria um risco que poderia e deveria ter percebido e evitado é culpado da mesma espécie de injusto que alguém que, com *knowledge*,

58. Ver nota 22 *supra*, e o respectivo texto.

59. A "negligência grave" ('*gross negligence*') atualmente figura no direito inglês de forma mais evidente no "homicídio com negligência grave" ('*gross negligence manslaughter*'), mas também em algumas infrações de trânsito: ver *Simester and Sullivan*, p. 160–61, p. 416–20; *Ormerod and Laird*, p. 583–96; Road Traffic Act 1988, s. 2A; *Bateman* (1927) 19 Cr App R 8.

assume tal risco sem "anuir" com o dano que ele sabe que poderia causar (um injusto de falhar em conferir suficiente importância prática aos interesses que coloca em perigo). Qualquer diferença de culpabilidade entre eles é uma diferença na gravidade da indiferença exibida em relação aos interesses em questão. Com muita frequência, a assunção consciente do risco é mais grave do que a assunção inconsciente — ou é mais fácil provar sua gravidade. Porém, por vezes, a inconsciência não tem essa força mitigatória – especialmente quando o risco está intimamente relacionado com a ação intencionada pelo agente (como ocorre com o risco de não consentimento no caso do estupro, ou com o risco de morte no caso do ataque violento), ou quando a questão é uma que deveria estar no centro das atenções do agente (como no caso de esquecer o casamento ou de um médico que faz uma operação).[60] Não posso discutir aqui com mais detalhes essa possibilidade, ou a praticabilidade da "*gross negligence*" como uma categoria de responsabilidade pessoal, além de indicar o fato de que, nos casos de júri, os jurados certamente necessitariam de orientação sobre o que torna a "*negligence*" "*gross*" (grave) (o que poderia incluir a previsão de exemplos ilustrativos) e de que devemos reconhecer o perigo de que jurados (e magistrados) entendam isso como um convite para condenar réus com base simplesmente em seu sentimento, mais ou menos inarticulado, de que as condutas eram suficientemente desvalorosas para justificar uma condenação criminal. Mas isso pode ser o melhor que podemos fazer, se não formos seguir o direito alemão e, com isso, deixar que as diferenças de culpabilidade entre agentes que assumem o risco (consciente ou inconscientemente) seja determinada pelos julgadores discricionariamente.

7. Conclusão

Apesar de eu não ter oferecido nenhuma proposta definitiva para um modelo revisado de responsabilidade pessoal presumida em Direito Penal, espero que tenha feito o suficiente para lançar dúvidas sobre a abordagem tradicional anglo-americana relativa às distinções entre *recklessness* e *intention*, e entre *recklessness* e *negligence*. Não defendi uma adoção integral do modelo alemão; de fato, defendi (ou afirmei) que o direito deveria distinguir *purpose* ou dolo direto de primeiro grau de *knowledge* ou dolo direto de segundo grau, e eu não descartei a sugestão de que se devem distinguir formalmente, no interior da categoria da culpa (*Fahrlässigkeit*) do direito alemão, as formas graves das formas comuns dessa responsabilidade pessoal presumida. Mas espero ter mostrado que, por meio da consideração do modelo alemão, podemos identificar algumas alternativas plausíveis para o modelo anglo-americano.

Há também uma mensagem mais geral a ser extraída dessa discussão (apesar de eu não ter podido desenvolvê-la aqui) acerca do caráter ou dos fundamentos da responsabilidade

60. Ver *Bateman* (1927) 19 Cr App R 8; *Adomako* [1995] 1 AC 171.

criminal.[61] A responsabilidade, poderíamos dizer, deve ser por ações (ou omissões) injustas; para entender a que a ação criminosa corresponde, devemos olhar para além das características superficiais do comportamento manifesto, e observar a razão prática por meio da qual a conduta do agente é estruturada — ao mesmo tempo resistindo à tentação de supor que, ao olhar "além" da superfície, estaremos tentando espiar um distinto reino da atividade "mental", em oposição à atividade "física". O objetivo não é visualizar o "caráter" do agente, mas o caráter da ação, na forma como realizada pelo agente. Isso incluirá atentar para as escolhas que ele fez, uma vez que a escolha é a conclusão da razão prática. Mas não significa converter a escolha em fundamento da responsabilidade criminal: porque a estrutura relevante da razão prática do agente inclui sua compreensão das razões tanto a favor como contrárias a suas ações; e essa compreensão pode ser exposta não apenas pelas escolhas que ele faz, mas por aquilo que percebe ou não percebe nas situações que enfrenta.

Agradecimentos

Agradeço, pelos úteis comentários, aos participantes dos seminários nas Universidades de Bergen, Nottingham, Reading e Surrey, a Carl-Friedrich Stuckenberg e especialmente ao parecerista anônimo deste periódico [*Criminal Law and Philosophy*]; agradeço também a Jill Flohill por seu trabalho editorial minucioso e prestativo.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado, de Luís Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin – *RT* 961/245-273 (DTR\2015\13359); e
- Teoria da cegueira deliberada e os limites de responsabilização subjetiva no direito penal brasileiro, de Fábio Agne Fayet e Andersson Vieira Carvalho – *RBCCrim* 163/153-195 (DTR\2019\42592).

61. Mas ver Duff, nota 40 *supra*, cap. 9–11; RA Duff, *Answering for Crime* (Hart Publishing, 2007), cap. 5.

Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual"

Plea for abandoning the category of "dolus eventualis"

Tatjana Hörnle

Diretora do Instituto Max Planck de Pesquisa em Criminalidade, Segurança e Direito, em Friburgo.
Professora honorária na Universidade Humboldt de Berlin.
t.hoernle@csl.mpg.de

Traduzido por:

Wagner Marteleto Filho

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3905-0087].
wmarteleto@gmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: Para o Direito Penal alemão, o comportamento elevadamente perigoso, com consequências graves, é punido ou como delito doloso, com dolo eventual, ou como delito culposo. Esta dicotomia, com as molduras penais rigorosamente delimitadas, não é convincente por diversos motivos; não só em razão de problemas com a verificação retrospectiva de estados psicológicos, mas, também, porque diferenças para atitudes/posicionamentos internos*, sob o ponto de vista normativo, são superestimadas. Ao invés de se tentar aprimorar a definição do dolo eventual, o núcleo do injusto de comportamentos muito perigosos deve ser compreendido mediante

Zusammenfassung: Nach deutschem Strafrecht wird hochriskantes Verhalten mit schweren Folgen als entweder bedingt vorsätzliches oder fahrlässiges Delikt geahndet. Diese Dichotomie mit den scharf abgegrenzten Strafrahmen ist aus verschiedenen Gründen nicht überzeugend, nicht nur wegen der Probleme mit der retrospektiven Feststellung psychologischer Zustände, sondern auch, weil Unterschiede bei inneren Einstellungen in normativer Hinsicht überbewertet werden. Statt des Versuchs, die Definition des bedingten Vorsatzes zu verbessern, sollte der Unrechtskern von hoch riskantem Verhalten durch eine andere Kategorienbildung

* *Inneren Einstellungen* tem o sentido de "atitudes" ou "posicionamentos internos", ou seja, de dados psicológicos, com conexão valorativa-emocional, do agente. Optei pela tradução "posicionamentos internos" no escopo de evitar conexões com questões de "direito penal da atitude", que não possui relação com o tema do artigo (N.T.).

Hörnle, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual". Trad. Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 79-101. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

outra construção de categorias, mesmo caso isso conduza a uma mudança fundamental do Direito Penal alemão. Com apoio na definição de *"recklessness"*, do *Código Penal Modelo* do *American Law Institute*, deve ser considerada a introdução da leviandade* como uma nova categoria central.

Palavras-chave: Direito penal – Dolo eventual – *Recklessness* – Leviandade – Culpa consciente.

erfasst werden, auch wenn dies auf eine grundlegende Änderung des deutschen Strafrechts hinausläuft. In Anlehnung an die Definition von "Recklessness" im Model Penal Code des American Law Institute ist zu erwägen, Leichtfertigkeit als neue Zentralkategorie einzuführen.

Schlüsselwörter: Strafrecht – edingter Vorsatz – *Recklessness* – Leichtfertigkeit – ewusste Fahrlässigkeit.

Sumário: I. Problemas com a punição ajustada ao injusto de comportamentos elevadamente perigosos. II. Problemas com a categoria "dolo eventual". 1. O preconceito racionalista na definição do dolo eventual. 2. Problemas de determinação. 3. Quão importantes são os posicionamentos internos na perspectiva valorativa? 4. Resultado intermediário. III. Vozes críticas na ciência penal alemã. IV. Uma grande solução *de lege ferenda:* leviandade como nova categoria central. 1. Orientação à categoria "recklessness". 2. Defesa contra possíveis objeções. V. Implementação *de lege ferenda.* VI. Conclusão.

I. Problemas com a punição ajustada ao injusto de comportamentos elevadamente perigosos

O[1] que pode ser descrito, fenomenologicamente, como um comportamento gravemente violador de um dever de cuidado e altamente perigoso, com efeitos fatais (ou outros efeitos graves)[2], pune-se, no Direito alemão, de modo muito distinto. Decisivas são as constatações judiciais para as representações e posicionamentos subjetivos do agente, e suas categorizações, ou como dolo eventual de matar, ou como culpa (§ 15 do StGB). Esta dicotomia – "ou-dolo-ou-culpa" – traz problemas consigo. Primeiro, estados psicológicos pretéritos são decisivos para o resultado do processo penal, embora estes estados sejam dificilmente constatáveis. Segundo, é duvidoso se distinções psicológicas, em relação às quais a jurisprudência confere um significado central, têm realmente grande peso para a aferição do injusto do fato (veja-se, sobre isso, de forma detalhada, infra, II).

---

* O termo, em alemão, correspondente à *recklessness* é *leichtfertigkeit* (N.T.).

1. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie "bedingter Vorsatz", originalmente publicado em *Juristen-Zeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019. Tradução de Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. ORCID iD https://orcid.org/0000-0003-3905-0087. *E-mail*: wmarteleto@gmail.com

2. As considerações subsequentes não se referem somente ao comportamento altamente perigoso com consequências graves, mas, também, à causação de outros danos graves; nesse sentido, veja-se infra V. Para a ilustração, devem servir, primeiramente, os delitos de homicídio.

Terceiro, as molduras penais dificultam uma aplicação da pena ajustada ao injusto[3]. Caso um comportamento altamente perigoso seja julgado como homicídio culposo, então a moldura penal a ele correspondente será equivalente àquela do furto simples (§§ 222, 242 do StGB: multa, ou pena privativa de liberdade de até cinco anos), enquanto a admissão do dolo eventual de matar desloca a pena, com um grande salto, para cima (pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos, § 212 do StGB, ou, por exemplo, em caso de perigo comum, prisão perpétua, § 211 do StGB). Tal como já demonstraram os julgamentos acerca de corridas ilegais com resultados fatais, a decisão "a favor" ou "contra" o dolo eventual de homicídio pode despertar duras críticas[4]. Fato de que há uma grande controvérsia acerca da classificação jurídica de tais casos permite concluir que o núcleo comum do injusto é maior do que o sugerido pelas molduras penais delimitadas de modo preciso. O espectro penal contido no § 222 do StGB (homicídio culposo) revela-se muito baixo para ações gravemente violadoras do dever de cuidado e altamente perigosas, enquanto a classificação como homicídio doloso qualificado borra a distinção com um atentado terrorista com intenção de matar. Para os "casos de racha", há, a partir de agora, uma nova tipificação penal, que abrange a consequência fatal como resultado qualificado (§ 315, d Abs. 5, do StGB) e possibilita, com a cominação de pena privativa de liberdade de um até dez anos, uma sanção ajustada ao injusto[5]. Tais soluções pontuais, apenas para os delitos de perigo previstos na Seção 28 do StGB, levam a um conglomerado ainda mais confuso e assistemático. Segundo: elas a realidade da vida. Não se podem prever quais formas de comportamento desconsiderado aumentarão no futuro e quais serão colocadas no foco da atenção pública[6]. Tipos penais que descrevem ações específicas contemplam apenas pequenos segmentos dos comportamentos altamente perigosos. Seria mais importante, com a categoria dos *delitos de resultado em geral* (por exemplo, delitos de homicídio e de lesão corporal), conseguir gerar os pressupostos que fizessem com que um comportamento altamente perigoso, com consequências relevantes, pudesse ser punido ajustadamente ao injusto.

Uma questão essencial é: qual papel deve ter, para fins de condenação e para a medida da pena, se, em um comportamento externo idêntico, as representações e os posicionamentos do agente forem distintos? A maioria dos doutrinadores alemães se ocupa

3. *Weigend* ZStW 93 (1981), p. 660 ss.; *Vogel*, in: Leipziger Kommentar (LK) StGB, 12. ed. 2007, perante o § 15, nota 26.

4. LG Köln BeckRS 2016, 17841 (condenação por homicídio culposo com a aplicação de uma pena não privativa de liberdade); LG Berlin JZ 2017, 1062 com comentário em *Grünewald* (condenação à pena de prisão perpétua por homicídio doloso); sobre isso, também *Kubiciel/Hoven* NStZ 2017, p. 439; Puppe ZIS 2018, 122; BGH JZ 2018, 574; veja-se *Eisele* JZ 2018, p. 549; *Hörnle* NJW 2018, 1576; *Walter* NStZ 2018, p. 409; *Puppe* JR 2018, p. 323; *Momsen* KriPoz 2018, p. 76; *Herzog*, in: Festschrift für Rogall, 2018, p. 147 ss.

5. Lei penal modificadora – punibilidade de corrida não autorizada no trânsito, BGB1. I 2017, p. 3532, em vigor desde 13.10.2017.

6. Criticamente, quanto a isso, também *Rostalski* GA 2017, p. 585, p. 595.

da interpretação do direito vigente e não coloca em questão a dicotomia ali ancorada: "ou-dolo-ou-culpa". Eles criticam as definições de dolo eventual e culpa consciente aplicadas pelo BGH* (sobre isso, infra, II; o StGB não contém nenhuma definição legal)[7] e propõem definições alternativas. Assim, *de lege lata*, já se poderia classificar um comportamento altamente perigoso, em grande extensão, como caso de dolo eventual (veja-se, com detalhes, infra, III). Contudo, como as molduras penais já são predeterminadas, um deslocamento de mais casos para a área do dolo conduz, de todo modo, a problemas de desajuste do ilícito à moldura penal (nesta constelação, a moldura penal é muito elevada)[8]. Partindo-se de uma perspectiva de medida da pena, as definições estendidas de dolo, sem modificações ao lado das consequências jurídicas, são problemáticas. Contudo, quem quiser aprimorar o direito vigente não poderá ignorar a proposta de uma mudança.

Na ciência penal alemã, é indicada, isoladamente, não uma interpretação legal, mas uma nova redação legal para se alcançar a solução buscada[9]. Esta se baseia não em outras propostas para uma definição do dolo eventual, mas no abandono desta figura jurídica e na introdução de uma nova categoria intermediária, *de lege ferenda*, como a designada como "*recklessness*" (em seguida, traduzida como leviandade) no *Código Penal Modelo*[10] (sobre isso, infra, IV). Uma tal categoria central reunirá casos os quais, segundo o direito alemão vigente, necessitariam ser categorizados de modo separado: ou como dolo eventual ou como culpa consciente. Um sistema tripartido, sem a categoria do dolo eventual, compreenderia as seguintes categorias: intenção ou conhecimento seguro**; leviandade; algumas formas de culpa. É de se conceder que esta ideia exigiria alteração legislativa em grande extensão, o que faz improvável uma implementação (infra V, VI). Isto não deve, contudo, ser razão para a ciência jurídica renunciar a uma análise crítica do direito vigente e a considerações de melhorias conceituais.

II. Problemas com a categoria "dolo eventual"

Para a compreensão e delimitação do dolo eventual, a jurisprudência aplica as seguintes definições: atua com dolo eventual, quem reconhece o resultado típico como um efeito possível e não distante, e o aprova, ou consente nele na busca do resultado almejado; também quando o resultado é indiferente para ele ou, até mesmo, em si, indesejado.

---

* O BGH – Bundesgerichtshof – é o Tribunal alemão correspondente ao nosso STJ (N.T.).

7. Distintamente, por exemplo, § 5 do Código Penal austríaco e art. 12 do Código Penal suíço.

8. *Walter* NJW 2017m 1350, 1352 s.; *Herzog*, in: Festschrift für Rogall, 2018, p. 147, 157.

9. *Weigend* ZStW 93 (1981), 637, 687 ss.; *Schünemann* GA 1985, p. 341, 363 s.; *Perron*, in: Festschrift für Nishihara, 1998, p. 145, 151 s.; *Vogel*, in: LK-StGB (nota 2), perante o § 15, nota 26 ss.

10. Assim também *Weigend* ZStW 93 (1981), p. 637, 688.

** Dolo direto de primeiro e segundo grau (N.T.).

A culpa consciente se dá, por outro lado, se o agente confia seriamente, e não apenas vagamente, que o resultado típico não ocorrerá[11]. Esta definição de dolo eventual baseia-se na suposição implícita de que as pessoas avaliam as situações em processo de duas etapas. À avaliação cognitiva (reconhecer efeitos como possíveis) segue a formação de um posicionamento interno acerca deste (possível) curso de acontecimentos (aprovar, ou colocar-se de acordo, de um lado; confiar na boa saída, de outro)[12]. Porém, caso se tomem conhecimentos da literatura da psicologia, surgem dúvidas sobre se as pessoas realmente compreendem e avaliam as situações deste modo (infra, 1). Além disso, em problemas relevantes: se, no processo penal, deve ser verificado o que o acusado pensou há meses ou anos (2). Finalmente, deve-se colocar em questão, com uma consideração normativa, se aquilo que é tomado como circunstância essencial, pela jurisprudência – o "confiar no bom resultado" –, é tão importante que resulte em uma grande diferença para a valoração do injusto e a medida da pena (3).

1. O preconceito racionalista na definição do dolo eventual*

O modelo de avaliação de dois níveis que é utilizado para a descrição, de um lado, do dolo eventual e, de outro, da culpa consciente, torna-se seguramente justificado, *sob determinadas circunstâncias*, dependendo do contexto de vida e da estrutura da personalidade do sujeito. Possivelmente, a definição jurisprudencial pode prevalecer, porque ela "passa bem" para os segmentos intelectualmente profissionalizados da personalidade dos juristas: uma estrutura analítico-racional (compreender e avaliar situações) de descrição de estados psíquicos pode parecer, para juristas e juízes, convincente. Na perspectiva da psicologia, contudo, uma modelação das decisões

11. BGHSt 57, p. 183, 186 (4. Senado); BGH NStZ 2011, p. 699, 701 (4. Senado); NStZ 2013, p. 581, 582 (3. Senado); NJW 2016, p. 2516, 2518 (4. Senado); NStZ 2018, 37, 38 (3. Senado); NJW 2018, p. 1621, 1622 (4. Senado). Em outras decisões, remete-se à "assunção do risco": BGH NJW 2014, p. 3382, 3383 (4. Senado); NStZ 2016, p. 25, 26 (2. Senado); NStZ 2017, p. 277, 279 (1. Senado).

12. O segundo elemento é designado frequentemente como volitivo (veja-se, por todos, *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. ed. 2019, § 15 nota 9 ss.), o que é inexato porque não se trata de volições em sentido estrito. A designação "elemento emocional do dolo" (*Herzberg* JZ 2018, p. 122, 125) é mais próxima do significado. Eu utilizo o termo "posicionamento" (assim também *Schumann* JZ 1989, p. 427, 431), pois a avaliação de um risco pode ser influenciada por emoções, sem que, porém, seja idêntico com isso. Na literatura psicológica, é mencionado um componente afetivo do posicionamento; veja-se, por exemplo, *Jonas/Stroebe/Hewstone* (Org.), Sozialpsychologie, 6. ed. 2014, p. 201 ss.

* *Bias* é um anglicismo, geralmente, traduzido como *viés* (no sentido neutro), *preconceito* (no sentido de pré-juízo), *tendência* ou *inclinação*. Pela interpretação do texto, optei por *preconceito*, no sentido hermenêutico, de pré-conceito ou pré-juízo (N.T.).

humanas mais realista deve resultar mais rica em variações e menos racionalista[13]. Então, deve-se partir de que a compreensão de riscos não é apenas o produto do processamento cognitivo de circunstâncias externas. Ao contrário, depende, decisivamente, de outros fatores, se as pessoas, em virtude de sinais externos idênticos, reconhecem riscos ou não. Um fator são as características da personalidade, que favorecem o deslocamento de riscos, por exemplo, a impulsividade[14]; um segundo fator são emoções, que conduzem, no processamento de informações idênticas, a resultados diferentes[15]. A relação da tomada de consciência e da valoração de um risco não é qualquer processo que corre em uma única direção.

Em vez disso, as influências ocorrem em ambas as direções: o conhecimento influencia a valoração; porém, ao inverso, a correta identificação de situações e de possíveis consequências depende, decisiva e frequentemente, do sentido de como o indivíduo reage emocionalmente. Uma carga emocionalmente negativa é repelida e reprimida já ao nível cognitivo; um efeito que é designado como *wishful thinking*[16]. Além disso, pouco realista deve ser a suposição central da definição propagada de dolo eventual e culpa consciente, nomeadamente, a suposição de que o conhecimento do risco sempre está vinculado a que a pessoa forme um posicionamento interno suficiente acerca do que foi reconhecido. Pode-se designar a isto como a imputação "ou/ou", que afirma: *ou* as pessoas aceitam o resultado possível, e/ou conformam-se com ele; *ou* elas confiam no bom desenlace. Uma terceira e uma quarta possibilidades se encontram, contudo, na ausência de um posicionamento avaliativo acerca do risco conhecido e em avaliações inseguras, cambiáveis. Com isso, é de se contar, sobretudo, se as pessoas, em grande excitação, sob a influência de fortes emoções, em interações rápidas com outros ou mesmo sob grande pressão temporal, agem e reagem. Sob tais circunstâncias, é possível que a consciência do risco apareça, mas um posicionamento interno não seja formado, ou que o sujeito vacile de forma difusa entre esperança e senso de realidade[17]. Sob tais circunstâncias, a dicotomia "ou dolo eventual, ou negligência consciente", descabe – não há nem consistente confiança no bom desenlace, nem aceitação de um resultado ruim.

13. van *Gelder/de Vries Criminology* 50 (2012), p. 637 ss.; *van Gelder*, in: Bernasco/van Gelder/Elffers (Hrsg.), The Oxford Handbook of Offender Decision Making, 2017, p. 166 ss. Veja-se, para uma discussão detalhada ao plano da literatura da psicologia, *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, p. 104 ss.

14. *Jones*, in: Bernasco/van Gelder/Elffers (nota 12), p. 181 ss.; *van Gelder* ebd. (nota 12), p. 168 s.

15. *Clore/Schnall*, in: Albarracin/Johnson/Zanna (Hrsg.), The Handbook of Attitudes, 2005, p. 437, 452 ss.; *Sjöberg* Risk Management 9 (2007), 223 ss, *van Gelder*, in: Bernasco/van Gelder/Elffers (nota 12), p. 466 ss.

16. *Marsh/Wallace*, in: Albarracin/Johnson/Zanna (nota 14), p. 369, 373 ss.

17. *Schünemann, in:* Festschrift für Hirsch, 1999, p. 363, 367. *Puppe,* ZIS 2014, p. 66, 68; *Grünwald,* JZ 2017, p. 1069,1070.

2. *Problemas de determinação*

Além disso, surge um segundo problema: a necessidade de determinação retrospectiva. Mesmo quando as pessoas, de forma sincera e oportuna, informam sobre suas avaliações situacionais e representações, isto pode ser inexato. Não é evidente que se consiga analisar e/ou ter claramente percepções de si mesmo, e colocá-las em palavras de modo intersubjetivamente compreensível. Tratando-se de estados psíquicos ocorridos há muito tempo, a autorreflexão e a autoinformação também não são confiáveis pois as pessoas tendem a fazer ajustes subsequentes de suas representações[18]. Nos processos penais, ocorre um outro problema: os acusados não fornecem qualquer informação, ou há dúvidas pertinentes sobre se as informações fornecidas são, ao menos, subjetivamente honestas.

Não resta alternativa aos aplicadores do direito, senão utilizarem-se de indícios externos e deles extrair conclusões para processos psíquicos[19]. É questionável se os Tribunais consideram, de modo suficiente, que conclusões válidas não são simples. Isso não apenas para os juízes do fato, mas também para os juízes do BGH[*]. A decisão acerca do caso do "racha de Berlim" contém as seguintes frases:

> "A determinação sobre se um acusado atuou dolosamente é uma questão de fato, e incumbe, exclusivamente, ao juiz do fato. Esta comprovação tem sempre que ser referida ao caso individual, e não permite um tratamento generalizante – algo na forma de sentenças jurídicas ou empíricas, das quais resulte, em face de determinados círculos pessoais ou de determinadas abordagens, a afirmação ou negação de uma atuação dolosa."[20]

O acento da competência prioritária do Tribunal do fato deve ser esclarecido em um sentido sócio-organizacional: os Tribunais de revisão necessitam evitar, em virtude de seus recursos limitados, que precisem comprovar cada decisão acerca do dolo eventual. Para os juízes de fato, a insistência para "referência ao caso individual" e um ceticismo geral em relação a sentenças empíricas genéricas não leva a muito mais longe. O que o acusado pode ter pensado e sentido, na situação concreta, não se descreve sem comparação com situações padrão e com reações padrão de pessoas comparáveis[21]. Como processos

18. *Nsh/Ost* (Orgs.), False and Distorted Memories, 2016.

19. *Momsen* KriPoZ 2018, p. 76, 86, refere-se ao fato de que os conhecimentos podem ser obtidos a partir do comportamento antecedente ou subsequente, ou de informações externas ao processo penal. Assim, também, *Zehetgruber* KriPoZ 2018, p. 358, 359. Porém, tais cenários probatórios nem sempre estão disponíveis, e eles não permitem qualquer inferência confiável sobre as cognições e posicionamentos, os quais constituem o dolo eventual.

* Na Alemanha, a matéria factual é decidida pelos juízes e tribunais das instâncias inferiores. O BGH possui competência exclusiva para matéria de direito (N.T.)

20. BGH (n.r.3) JZ 2018, p. 574, 575.

21. *Puppe* JR 2018, p. 323, 324.

psíquicos devem ser descritos, senão com a ponderação: "pessoas em tais situações, pensam em regra que..."? Ao invés de se minimizar a relevância de sentenças empíricas, é preciso colocar, em primeiro plano, o tratamento distinto dessas padronizações. O seria considerar, portanto, quando é possível, com a confiabilidade necessária, concluir acerca de processos psíquicos a partir de circunstâncias externas comprovadas, e quando não. Para muitos estados mentais, a derivação a partir de circunstâncias externas deve ser mais possível do que para outros. Para a forma mais intensa do querer, a intenção, é mais provável que se deem atividades de preparação ou, ao menos, comportamentos observáveis pouco antes da atuação (por exemplo, apontar conscientemente para determinada parte do corpo, antes de apertar o gatilho), que permitam uma conclusão suficientemente confiável. Inferências que se baseiam em juízos cognitivos devem ser, sob determinadas condições, aceitavelmente confiáveis. É condição necessária que capacidades cognitivas individuais (experiência de vida; inteligência; experiência no contexto concreto; qualquer distorção cognitiva provocada, por exemplo, por álcool etc.) sejam consideradas. Seriam equivocadas considerações aplicadas de modo irrefletido, tal como "eu (Juiz x) teria, nesta situação, reconhecido que...", e assim presumindo-se "o acusado também necessitava ter visto...", e na sentença encontre-se que "ele reconheceu isto". No entanto, inferências também esbarram, no limite, com a inclusão de capacidades cognitivas individuais. A suposição de que pessoas semelhantes em experiência e inteligência chegam a avaliações situacionais parecidas perde ainda mais plausibilidade quanto mais se movimenta de consequências *evidentes* para apenas *possíveis*. Se o algo a ser reconhecido for apenas uma probabilidade, será mais difícil reconstruir o que o acusado concreto pensou no momento do fato. Tais avaliações do risco não dependem exclusivamente de circunstâncias externas e das capacidades cognitivas da pessoa em julgamento – características de personalidade e emoções jogam um papel essencial[22]. Para a categoria do dolo eventual, isso significa que, já para o primeiro elemento na definição da jurisprudência, derivações a partir das circunstâncias externas são problemáticas. É difícil especificar, assim, se o acusado concreto reconheceu o resultado típico como possível. Reconstruções confiáveis acerca de estados mentais não se tornam mais simples quando se aplicam ao segundo elemento da definição do dolo eventual*. Segundo a fórmula do BGH, é de se questionar se o acusado aprovou o resultado reconhecido como possível, ou se consentiu a ele, na busca do objetivo almejado, ou, ainda, se levou a sério e não apenas confiou vagamente que o resultado ilícito não ocorreria[23]. Posicionamentos de espécie valorativa são presumivelmente menos aptos para padronizações do que a compreensão cognitiva do risco, porque eles devem depender mais intensamente da personalidade e das emoções. Na perspectiva jurídico-sociológica, é uma questão interessante saber em que critérios se movem os que decidem, nos Tribunais e no Ministério Público, para a afirmação ou

22. Supra, n.r. 13, 14.

* A Autora refere-se aqui ao elemento volitivo (N.T.).

23. Supra, n.r. 10.

negação do dolo eventual[24]. São de se esperar suposições implícitas, que de todo modo são frágeis ou simplesmente inadequadas, para reconstruir posicionamentos internos. Fatores condutores de decisões podem ser, entre outros, simpatia ou antipatia causadas por alegações dos acusados e por informações biográficas[25].

A atribuição de posicionamentos internos poderá ainda ser revestida de fundamentos se o agente atuar em um papel social, vinculado com o típico padrão de comportamento. Argumentos dessa espécie jogaram um papel no "caso dos corredores". No julgamento de revisão do BGH sobre o "caso de Berlim", foi imputado que as pessoas normalmente compensam, para si mesmas, a possibilidade reconhecida de resultado fatal com a esperança "de que tudo vai correr bem"[26]. O Tribunal de Berlim apoiou-se em outra suposição: os acusados sentiram-se seguros em seus pesados veículos, portanto, para eles, não se apresentava a necessidade de confiar na ausência de uma colisão[27]. A referência do Tribunal de Berlim ao cenário dos corredores foi, tanto pelo BGH[28] como também em comentários[29], avaliada como uma padronização inadequada. Referências ao abstrato e não diferenciável socialmente "motorista racional" aplicam-se de forma menos problemática do que referências a posicionamentos padronizados de indivíduos pertencentes à cena subcultural. Nada obstante estas diferenças, o julgamento de primeira instância e o do Tribunal de revisão se vincularam a uma premissa metódica, nomeadamente, a reconstrução *racionalista e simplificadora* de posicionamentos internos. A suposição de que o desconforto emergente do risco precisa ser dissolvido por um pensamento autoconfiante de que "vai correr tudo bem" autoriza inferências a partir das estruturas mentais de muitos juristas, os quais valoram situações padronizadas segundo perspectivas de longo prazo, razoavelmente estáveis. Mas é pouco plausível generalizar isto mediante a eliminação da socialização, das circunstâncias de vida e de efeitos de fortes neurotransmissores, como a adrenalina. Dissonância, a qual surge pelo reconhecimento do risco de lesões a si próprio, não necessita ser percebida como perturbadora por qualquer pessoa e de igual modo. O período considerado como relevante para a valoração (os próximos minutos ou o bem-estar de longo prazo?) se apresenta de modo muito diferente[30]. Posicionamentos internos são atribuídos, não determinados. Isso vale também se os tribunais se esforçam, do

24. *Puppe* constatou arbítrio, *in ZStW* 103 (1991), p. 1, 9. Também *Ruppenthal*, *Der bedingte Tötungsvorsatz. Eine rechtsvergleichende Studie*, 2017, p. 199.

25. *Schünemann* GA 1985, p. 341, 361. *Puppe* ZIS 2014, p. 66, 69. Compare-se, igualmente, o comentário de *Tonio Walter,* que faz uma distinção para a valoração da dignidade penal de ultrapassagem elevadamente perigosa, se uma *mãe* a realiza em razão de seu filho gravemente ferido ou um delinquente a *executa* para fugir da polícia, *NJW* 2017, p. 1350, 1352 (grifos meus).

26. Um perigo reconhecido para si mesmo é, portanto, um indício de que o agente esperou por uma boa saída; BGH (n.r. 3), JZ 2018, p. 574, 576.

27. LG Berlin (n.r. 3) JZ 2017, p. 1062, 1067.

28. BGH (n.r. 3) JZ 2018, p. 574, 576.

29. *Eisele* JZ 2018, p. 549, 554; *Momsen* KriPoZ 2018, p. 76, 92.

30. *Eiffers*, in: *Bernasco/van Gelder/Eiffers* (n.r.12), p. 52, 58 e ss.

melhor modo possível, para evitar julgamentos não transparentes ou frutos de preconceitos. O direito alemão força o aplicador a afirmar, de modo decisionista, ter reconhecido o posicionamento interno do agente. Isso não é convincente, caso se reconheça que processos psíquicos são verificados por meio de diversos fatores apenas parcialmente acessíveis.

3. Quão importantes são os posicionamentos internos na perspectiva valorativa?

Junto do problema de que estados mentais não podem ser reconstituídos de modo confiável em processos judiciais, encontra-se outra questão fundamental: em uma perspectiva normativa, quão significativa é a distinção entre "colocar-se de acordo" e "confiar na boa saída"? Em regra, o evidente problema probatório oculta esta questão normativa. No sentido de se neutralizar o problema probatório, imagine-se que, no ramo de um experimento das neurociências, implante-se um *chip* em cada pessoa, pelo qual, entre outros, também sejam armazenados conteúdos de pensamentos. A partir da leitura deste *chip*, se permite reconstruir o que cada um dos participantes pensou, acerca de uma corrida de esqui em uma encosta movimentada, na qual ocorreu uma colisão fatal com um grupo de aprendizes. Ambos pensaram na possibilidade de que, em virtude de haver muitas pessoas na pista, um acidente com resultado fatal poderia ocorrer. O otimista "O" pensou, contudo: "*não, através de minha técnica de slalom; vai tudo correr bem*". O pessimista "P", por outro lado, pensou "*até poderia ocorrer um acidente, mas para mim é indiferente; estes incapazes idiotas me enervam de qualquer maneira*". De acordo com o direito alemão, se vincula, neste experimento mental, uma poderosa diferença: "O" seria punido apenas por homicídio culposo e "P", por homicídio doloso ou, até mesmo, por homicídio doloso qualificado (pela afirmação do perigo comum). Qual valoração pode suportar esta distinção?

Um esclarecimento possível poderia se aplicar à distinta periculosidade dos agentes e, portanto, no que se refere à probabilidade de repetição de comportamentos arriscados. A questão fundamental sobre *se*, e *em quais circunstâncias*, prognósticos de reincidência devem ser relevantes para a medida da pena, não pode ser discutida aqui. *Mesmo no caso* de se tomar tais considerações de medida de pena como fundamentalmente defensáveis, é de se colocar em questão se as diferenças nos pensamentos de "O" e "P" permitem concluir, de modo claro, que para "P", antes que para "O", são de se esperar ações arriscadas para outras pessoas. Primeiro, dificilmente se pode, diante de uma única ação, derivar qualquer prognose futura de forma confiável. Possivelmente, lida-se com um evento singular, condicionado por circunstâncias situacionais não habituais. Segundo, dificilmente se pode estabelecer uma conexão clara entre "posicionamento interno" e "um aumento de perigo para outras pessoas também no futuro". Por um lado, o egocentrismo que, no pensamento de "P", vem à expressão, poderia ser valorado como indício para uma probabilidade elevada de futura falta de consideração. Contudo, por outro, a mistura de otimismo e autoconfiança, que registra a base da ação de "O", pode, *de igual forma*, fundamentar uma inclinação geral para comportamentos arriscados em diversos

ramos da vida. Visto da perspectiva da "perigosidade dos autores", seria difícil justificar uma grande distinção nas sanções.

O fator decisivo é saber se uma *valoração moral* revela uma diferença considerável. Poder-se-ia classificar, portanto, o posicionamento interno de "P" como moralmente censurável, porque ele inclui uma desvalorização de outros seres humanos ("idiotas incapazes"), – contudo, uma desvalorização explícita de tal espécie não é nenhuma característica constitutiva para o dolo eventual. Na ciência penal alemã, o "posicionamento hostil ao direito" é referido como circunstância característica de um autor doloso[31]. Caso não se parta da atitude em face do Direito, mas da atitude em face dos semelhantes (veja-se, acerca da preferência pela valoração relacional do ilícito, adiante, item IV.2), pode-se argumentar que um agente com dolo eventual, no seu comportamento, realiza uma hierarquização errada de interesses, em relação aos semelhantes ou ao evento danoso[32]. Nesta base, seria de se trazer, às custas de "P", que ele avaliou o seu interesse (comparativamente trivial) em se divertir na corrida como mais relevante do que o interesse de outras pessoas no respeito à integridade corporal. Contudo, turva-se novamente o julgamento moral, caso a valoração também se estenda, de modo comparável, ao agente "O". E, a favor de "O", deixa-se mesmo indicar que ele, no momento do fato, não realizou uma explícita ponderação errada de interesses. Ele partiu de que os interesses de todas as pessoas da pista de esqui podiam ser realizados de modo simultâneo, e ele não necessitava, portanto, sobrevalorizar seu próprio interesse de forma censurável. Mas esta distinção é novamente relativizada, caso se pergunte, *por que* "O" não realizou qualquer ponderação de interesses repreensível. Seus pensamentos são um caso de "*wishful thinking*". Assim, não são necessariamente vinculados a um posicionamento completamente respeitoso e de consideração em face dos semelhantes. É concebível que uma falta de consideração basicamente existente, um posicionamento de grande egoísmo, sejam apenas mascarados pelo efeito do "*wishful thinking*". Deslocamento* do risco e grande egocentrismo são muito bem associáveis entre si; provavelmente, o grande egocentrismo exige mesmo a prontidão para o deslocamento do risco[33]. Além disso, juízes que consideram a excessiva autoconfiança otimista de "O" como menos repreensível moralmente, em comparação com a sóbria prognose do risco de "P", e seu egocêntrico desdém pelos outros também precisam admitir outro ponto: o excesso de confiança de "O", tomado em si, merece um julgamento negativo. É possível tolerar o otimismo ingênuo nos próprios assuntos, ou considerar como uma simpática, talvez mesmo recomendável, máxima de vida. Em situações de elevado perigo para terceiros, o otimismo irrealista e a

31. *Roxin,* Strafrecht AT, 4 Aufl. 2006, § 12, n.m. 26.

32. *Yaffe* Criminal Law and Philosophy 12 (2018), p. 19, 25 e ss.

* *Verdrängen*, literalmente, significa *reprimir*, *repelir*, *deslocar*. Na literatura alemã, o termo é muito utilizado pelas teorias cognitivas, no sentido de que o agente repeliu, deslocou a representação do risco (N.T.).

33. Assim, *Puppe,* in: Nomos Kommentar (NK) StGB, 5. Aufl. 2017, § 15, n.m. 49.

autoconfiança excessiva e descuidada alteram-se, contudo, para algo repreensível. Mesmo caso se veja, sob a consideração de todos os aspectos, ainda uma distinção moral entre os pensamentos de "O" e "P", isso desaparece, pelo menos, em seu peso relativo, ao se comparar os dois agentes na equivalência objetiva de injusto realizado. O núcleo do injusto (moral, tal como jurídico) situa-se na desconsideração dos corredores, conscientes da elevada violação do dever de cuidado executada. A construção do direito penal alemão, de que uma comparativamente sutil (se, sobretudo, existente), diferença moral na valoração de posicionamentos internos agrega um significado relevante à valoração do injusto, não é convincente[34].

4. Resultado intermediário

A jurisprudência do BGH sobre o dolo eventual é, por várias razões, contestável. A definição aplicada desperta a inadequada aparência de que é comparativamente fácil compreender processos psíquicos. A modelagem de estados psíquicos em direito penal é exageradamente racionalista e simplificadora. Uma possível conclusão poderia ser por uma troca aprimorada entre a ciência jurídica e as ciências cognitivas, no sentido de compreender melhor as ligações entre características de personalidade, emoções, cognições e posicionamentos. Para um ganho epistêmico de uma ciência penal aplicada, uma tal troca interdisciplinar seria louvável. Mas não se pode partir de que isso também vale para a práxis do direito penal. Quanto mais próxima da realidade se apresentar a modelagem de estados psíquicos, tanto mais difícil se tornará a aplicabilidade prática destes conhecimentos[35]. Com compreensão suficiente da riqueza variada e da complexa gênese de estados psíquicos, torna-se claro que a determinação retrospectiva ainda é mais difícil do que comumente se presume. Não é apenas a constatação de posicionamentos internos que causa problemas. Também o lado cognitivo depende, para simples juízos de probabilidade ("tomar o resultado como possível"), de fatores individuais, os quais se evadem de reconstruções confiáveis no processo penal.

Uma outra objeção contra a delimitação precisa entre o dolo eventual e a culpa consciente também seria de se erguer, se tiver ocorrido um pensamento claro do criminoso, o qual poderia ser revelado retrospectivamente (no meu cenário fictício, em face de um *chip* implantado). Para um tratamento normativo, não faz nenhuma diferença, ou ao menos nenhuma grande diferença, que um pensamento tal como "tudo correrá bem", fosse lido (no *chip*). A fronteira precisa, que o direito alemão traça entre a culpa consciente e o dolo eventual, com significativa diferença para a medida da pena, tampouco é de se justificar mediante uma distinção considerável na valoração dos posicionamentos internos relevantes.

34. *Puppe* ZStW 103 (1991), p. 1, 11 e ss.

35. Assim também *Stuckenberg* (n.r. 12), p. 150.

III. Vozes críticas na ciência penal alemã

Houve e há várias abordagens na ciência penal alemã que criticam[36] a jurisprudência sobre o dolo eventual e desenvolvem *outras* definições. Dentro desta ramificada discussão, podem-se diferenciar dois grupos, que partem de distintas premissas metodológicas, pelas quais, predominantemente, chegam a resultados semelhantes[37]. Uma perspectiva discrepante da jurisprudência do BGH, na medida em que segue a abordagem tradicional a este respeito, assume que se depende de processos psíquicos reais, mas em delimitada extensão. Uma outra abordagem, frequentemente identificada com a palavra-chave "normativização", afasta-se total ou parcialmente da exigência de que estados psíquicos devam ser retrospectivamente determinados. Ao primeiro grupo, pertencem as propostas que não exigem posicionamentos internos para o dolo eventual, mas apenas conectam a ele que o agente considerou a consumação do fato como possível[38], e a abordagem de Frisch, que parte do conhecimento acerca do risco normativamente relevante[39]. *Rolf Herzberg* considera que se trata da espécie do perigo gerado, e não, portanto, de um posicionamento interno[40]. O decisivo é se o agente conhece ou representa que gera um perigo imediato de realização do tipo – na geração de um perigo imediato de realização do tipo, também há dolo se o agente espera que o resultado não ocorra[41]. Dentro deste segundo grupo normativista, a distância para os critérios de imputação psicologizantes é mais ou menos extensa. Para um afastamento, caracterizado como relativamente amplo, da teoria dominante, está *Günther Jakobs*. Ele também considera admissível uma punição por um fato doloso se o agente, por indiferença, não desenvolveu qualquer consciência acerca da possibilidade de ocorrência do resultado[42]. Outros autores, por outro lado, se mantêm firmes no sentido de que um dado psicológico precisa se dar, o qual se baseia nos reconhecimentos cognitivos do agente, mas se referem, a propósito, à figura padrão da pessoa racional. Assim, *Ingeborg Puppe* considera

36. Fundamental, *Frisch, Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 3.

37. *Grünewald* JZ 2017, p. 1069, 1071.

38. Assim, por exemplo: *Schünemann*, JZ 1989, p. 427, 430 e ss.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, p. 171 e ss.; 443; *Frister*, Strafrecht AT, 8. Aufl., p. 149. Compare-se também § 826 BGB *Wagner*, in: MunchKomm BGB, 7. Aufl., § 826, n.m. 29: conhecimento da probabilidade da causação do dano basta para a afirmação do dolo.

39. *Frisch* (n.r. 35), p. 162 e ss.

40. *Herzberg* JZ 2018, p. 122, 125.

41. *Herzberg* JZ 2018, p. 122, 129; o mesmo, in: Festschrift für Schwind, 2006, p. 317, 322 e ss.

42. *Jakobs* ZStW 114 (2002), p. 584; 587 e ss.; o mesmo RW 1 (2010), p. 283, 306. Também *Pérez Barberá* GA 2013, p. 454, 470; e sobre o assunto (contudo, com dúvida em face do artigo 103, Abs. 2 GG), *Pawlik,* in: Festschrift für Jakobs, 2007, p. 469, 488, n.r. 106. Criticamente, *Kindhäuser* in: Festschrift für Eser, 2005, p. 354, 356 e ss.; *Vogel* GA, 2006, p. 386, 388; *Gaede* ZStW 121 (2009), p. 239, 262; *Schüneman* ZStW 126 (2014), p. 1, 14 e ss.

como necessário que o agente tenha se feito consciente[43] do perigo de realização do tipo, mas o posicionamento interno de "colocar-se-de-acordo-com-o-resultado" não seja determinado enquanto uma grandeza individual-psicológica. O decisivo é que uma pessoa racional "somente então teria agido deste modo, se ele tivesse realmente querido o resultado ou o aprovado"[44]. Portanto, deve-se assumir a presença de um perigo doloso: se o perigo "é tão grande, tão evidente e tão incontrolável, que uma pessoa racional, em sua presença, não poderia nele incorrer sem se colocar de acordo com a ocorrência do mau resultado"[45]. As abordagens normativistas têm a vantagem de que admitem, abertamente, atribuir estados psíquicos. Na perspectiva da medida da pena, contudo, é problemático, pela aplicação do direito em vigor, deslocar mais facticidades para a área do dolo. Reconhecido este problema, alguns autores fazem, além da questão da interpretação, propostas *de lege ferenda* para as consequências jurídicas. *Tonio Walter* pronuncia-se por uma regra legal de diminuição de pena para o dolo eventual (em contraste com o propósito ou o conhecimento)[46*]. *Herzberg* propõe permitir, com uma regra de medição de pena anexada ao §16 do StGB, uma redução da pena segundo o § 49, Seção1, do StGB, se o agente, quando da perpetração dolosa do fato, teve a esperança de que não ia realizar o tipo[47]. Estas abordagens, com a inclusão de um nível de medição da pena, dão um passo na direção certa. Mas elas têm a desvantagem de que a escolha da moldura penal, tal como antes, se mantém dependente de categorias psicológicas ("esperança", para *Herzberg*; "tomar-como-possível", para *Walter*). Expressões fracas de estados cognitivos esbarram em problemas de determinação (supra II.2) e para características como "esperar por uma boa saída" é de se duvidar que uma circunstância assim designada faça uma diferença considerável para a valoração do ilícito (supra II.3). Caso se ocupe com o dolo eventual em uma perspectiva jurídico-científica, devem também ser incluídas soluções que se situam em grande distância do direito alemão, isto é, desenvolver medidas de valoração para um sistema nivelado de valoração do ilícito, as quais nem se situam em formas fracas de conhecimento, nem em posicionamentos internos. Isso seria alcançável se, ao invés de uma dicotomia entre dolo e negligência, fosse introduzido um sistema de tripartido, com a categoria intermediária da leviandade.

43. *Puppe*, in: NK-StGB (n.r. 32), § 15, n.m.70.

44. *Puppe*, in: NK- StGB (n.r. 32), § 15, n.m. 68; a mesma ZStW 103 (1991), p. 1, 14 e ss. Assim também, *Kindhäuser* in: Festschrift für Eser, 2005, p. 345, 354; Kubiciel/Hoven NStZ 2017, p. 439, 441.Criticamente, *Prittwitz, in*: Festschrift für Puppe, 2011, p. 819 e ss.

45. *Puppe* JR 2018, p. 323, 326. De acordo, *Ruppenthal* (n.r. 23), p. 282 e ss.

46. *Walter* (n.r. 37), p. 443.

* Aqui se trata do dolo direto de primeiro grau/intenção, e do dolo direto de segundo grau/necessário (N.T).

47. *Herzberg*, JZ 2018, p. 122, 130.

IV. Uma grande solução *de lege ferenda*: leviandade como nova categoria central

1. Orientação à categoria "recklessness"

No sistema tripartido aqui proposto, casos que, segundo o direito vigente, são classificados ou como dolo eventual ou como culpa consciente seriam compreendidos sob o título da "leviandade". A moldura de pena para a realização leviana de um resultado típico flanquearia, de um lado da (tendencialmente, mais alta) moldura penal da intenção e do conhecimento seguro[48] e, de outro, da moldura penal mais baixa da culpa simples[49]. Que a divisão dupla entre o dolo e a culpa não é sem alternativa, demonstra o direito comparado. Nos sistemas inglês e americano, há a categoria da "*recklessness*"[50]. *Thomas Weigend* já propôs, em 1981, considerar, também no direito alemão, uma regulação semelhante[51]. A minha proposta desvia-se, contudo, em um ponto decisivo da abordagem de *Weigend*. Para o último, atua levianamente quem toma o resultado como possível[52] – *Weigend* define, assim, a categoria intermediária do modo como uma perspectiva defendida na literatura alemã[53] define o dolo eventual. Sua questão é conformar, de maneira distinta, o lado da consequência jurídica[54]. Eu considero, entretanto, especialmente necessário diminuir os problemas epistêmicos que se apresentam no processo penal para a determinação retrospectiva de estados psíquicos. Isso abrange não apenas posicionamentos internos, como também avaliações cognitivas fracas, como "tomar-como-possível".
Na literatura alemã, enquanto isso, há um conjunto de requisitos que podem ser

48. Veja-se infra na n.r. 72.

49. Também nessa medida, o que ultrapassa o campo temático aqui discutido, seria de se considerar se ações levemente violadoras do dever de cuidado devem ficar livres de pena. Para isso, vejam-se os comentários de *Duttge*, in: *MunchKomm StGB*, 3. Aufl. 2017, § 15, n.m. 220.

50. *Dubber,* Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, p. 66 e ss., traduz *recklessness* como falta de consideração (*Rücksichtslosigkeit*). Este conceito viria em consideração para a categoria intermediária a ser discutida em sequência, mas teria a desvantagem de que ele também é utilizado para a vinculação de propriedades caracteriológicas ("uma pessoa sem consideração"), enquanto leviandade é utilizado, de modo predominante, como propriedade de uma ação, portanto, é mais adequada ao nosso objetivo.

51. *Weigend* ZStW 93 (1981), p. 637, 687. *Puppe* objetou que é problemático "enxertar" o direito alemão com soluções de outro círculo jurídico. In: NK-StGB (n.r. 32), § 15 n.m. 6. Esta objeção metódica deve ser considerada com atenção, mas não é, em minha opinião, essencial para a nossa questão de direito. A colocação da leviandade não é – como mostra a (se também assistemática) aplicação de conceitos no StGB – vinculada com propriedades do direito processual inglês ou americano ou outras condições de ramos específicos de ordens jurídicas.

52. *Weigend* ZStW 93 (1981), p. 657, 688.

53. Vejam-se as referências supra, n.r. 37, e para *Weigend* ZStW 93 (1981), p. 657, 670, na literatura mais antiga.

54. Assim, *Weigend* ZStW 93 (1981), p. 657, 697.

encontrados no StGB, para a extensão da punibilidade de ações levianas[55]. Leviandade vale, em alguns tipos, como condição suficiente de punibilidade, como no § 97, Abs. 2, do StGB ("divulgação de segredo de Estado"), § 138, Abs.3, do StGB ("não comunicação de delito"), §§ 176 b, 178 do StGB ("delitos sexuais com resultado morte"), § 232, Abs. 3, do StGB ("tráfico de órgãos"), § 251 do StGB ("roubo com resultado morte"), § 261, Abs.5 (lavagem de dinheiro). O legislador introduziu a leviandade de modo pontual e assistemático. Assim, a proposta aqui submetida oferece, a um conceito um pouco marginalizado, um significado central, para dar uma nova categoria intermediária substitutiva do dolo eventual, mas, também, além disso, refletir sobre uma adequada definição de leviandade, a qual, *de lege ferenda*, deva ser uma definição legal. Um ponto de partida para discussões mais amplas poderia ser a definição contida no *Model Penal Code* americano[56]:

> "Uma pessoa atua levianamente em relação a um elemento material de um delito quando ele, conscientemente, desconsidera um risco substancial e injustificável, de que o elemento material exista ou irá resultar de sua conduta. O risco precisa ser de tal natureza e grau que, considerando a natureza e o propósito da conduta do agente, e as circunstâncias conhecidas por ele, sua desconsideração envolva um grande desvio do *standard de conduta que uma pessoa obediente à lei iria observar na situação do agente*."

Quando se analisa tal definição, se apresentam três elementos: primeiro, é preciso que tenha havido uma massiva lesão de um dever objetivo de cuidado; segundo, que esta tenha fundamentado um risco considerável e, terceiro, que este tenha sido conscientemente ignorado pelo agente. Os dois primeiros elementos correspondem também ao que pode ser encontrado na categoria alemã da leviandade. Por um lado, é necessário um forte e pronunciado desvio do específico dever de cuidado a ser observado e, por outro, uma ampliada previsibilidade do resultado típico[57]. Para se discutir, seria sobre se a delimitação ao risco (re)conhecido pelo autor, que o *Model Penal Code* prevê (*consciously disregards*), faz sentido. Na literatura alemã, acerca da leviandade, não é tido como pressuposto vinculante que o agente se tenha feito consciente da geração de um risco especialmente elevado[58].

---

55. *Freund*, in: Festschrift für Frisch, 2013, p. 677, 694; *Grunewald* JZ, 2017, p. 1069,1072; *Rostalski* GA 2017, p. 585, 598.

56. Não se trata de direito em vigor, mas apenas de um influente, e apenas parcialmente transformado em lei, Modelo de Código Penal do ano de 1962. As (sempre ainda muito diversas) leis penais dos Estados dos EUA contêm um conglomerado de descrições de estados mentais, com impregnações históricas e novas terminologias. *Dubber/Hörnle*, Criminal Law. A comparative approach, 2014, p. 237. Sobre o Código Penal da Califórnia, veja-se *Ruppenthal* (n.r. 23), p. 62.

57. Veja-se sobre isso *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (n.r. 11), § 15, n.m. 205, com referências.

58. *Roxin* (n.r. 30), § 24, n.m. 83; *Duttge*, in: MünchKomm StGB (n.r. 48), § 15, n.m. 192; *Sternberg-Lieben/Schönke/Schröder* (n.r. 11), § 15, n.m. 205; *Kühl/Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 15, n.m. 55.

Um fator essencial, que reveste a valoração do ilícito, é a massiva violação do dever de cuidado[59]. Para uma simples culpa, a lesão do dever de cuidado pode resultar da simples cognoscibilidade do risco[60] (se não há qualquer regulamentação estandardizada de comportamento, a qual deva prevenir o imediato perigo para outrem). Para a transição da culpa para a leviandade, deve, contudo, ser pressuposto o conhecimento da massiva lesão do dever de cuidado, em vez da simples cognoscibilidade. Se falta, por outro lado, ao autor, a consciência de que seu comportamento desvia de forma massiva do dever de cuidado, ele não atua levianamente. Mantém-se, então, a punição por um comportamento simplesmente culposo (culpa inconsciente)[61]. Quem reconhece que seu próprio comportamento colide massivamente contra um dever de comportamento estandardizado (por exemplo, em uma corrida automobilística em área central com velocidade fortemente elevada) reconhecerá, no mais das vezes, também o risco gerado para outras pessoas (valorações cognitivas apresentam-se, sobretudo, idiossincráticas, se elas dizem respeito a efeitos futuros apenas possíveis – veja-se alhures II.2). De fato, é imaginável que uma pessoa avalie uma situação de tal modo que seja evidentemente inconsistente com a perspectiva de uma pessoa racional: o agente reconheceu a massiva violação do dever de cuidado, mas não registrou o risco dela resultante. Se a falta de consciência do risco é explicada com um déficit cognitivo (como uma deficiência mental) não habitual e relevante[62], isso obsta uma punição em virtude de uma ação leviana. No caso normal, contudo, uma ocultação do risco, com o conhecimento presente acerca da massiva lesão do dever de cuidado, é vista como expressão de desdém por interesses vitais de outras pessoas e, analogamente, censurável à ação com consciência do risco[63]. Em uma definição legal de leviandade, seria adequado adotar, como circunstância subjetiva, apenas o conhecimento sobre a massiva violação do dever de cuidado. Para a consciência do risco, seria apenas de se considerar a forma negativa ("a menos que"), limitada a constelações nas quais um déficit cognitivo tenha impedido a formação da consciência do risco[64].

59. *Tenckenhoff* ZStW 88 (1976), p. 897, 899, 912.

60. *Weigend*, in: Festschrift für Gössel, 2002, p. 129, 133 e ss. *Duttge*, in: MünchKomm StGB (n.r. 48), § 15, n.m. 107, p. 121, parte da cognoscibilidade individual do risco.

61. Veja-se sobre a questão, sobre se é de se diferenciar entre negligência consciente e inconsciente, *Roxin* (n.r. 30), § 24, n.m. 68. *Duttge*, in: MünchKomm StGB (n.r. 48), § 15, n.m. 219. *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, p. 264.

62. *Roxin* (n.r. 30), § 24, n.m. 88.

63. *Yaffe*, Criminal Law und Philosophy, 12 (2018), p. 19 e ss.

64. Se se tratar de um déficit cognitivo gerado por um modo violador do dever (algo como o consumo de álcool em determinado contexto), é de se antecipar o ponto de ligação nos delitos de resultado e, em tal medida, se comprovar os pressupostos para as ações culposas e mesmo levianas; veja-se, assim: BGHSt 42, p. 235, 236.

2. Defesa contra possíveis objeções

Considerações sobre o lado subjetivo do fato apoiam-se, frequentemente, no princípio da culpabilidade, fundamentado constitucionalmente. Os tribunais, em virtude do princípio da culpabilidade, não apenas têm o dever de averiguar estados de consciência reais[65], como também de produzir o olhar mais abrangente possível na psique do agente e, portanto, igualmente considerar posicionamentos internos, como o "colocar-se de acordo com o resultado"[66]. Como postulado jurídico-constitucional, o último (critério, N.T.) é duvidoso. Pode-se realmente argumentar que uma ordem jurídico-penal que fosse desconsiderar completamente todas as circunstâncias de conhecimento e vontade individuais colidiria com o princípio da culpa. Disso não resulta, de modo algum, que não exista qualquer espaço para a mudança do *status quo*. A constituição fornece um âmbito para valorações jurídico-penais, porém, não pode regular todos os detalhes da valoração do fato ilícito subjetivo. O conceito de sobreconstitucionalização se adequa não apenas para a descrição de estruturas do direito europeu[67], mas também para considerações críticas acerca da tendência da ciência penal alemã, de classificar a estabilizada teoria do delito como constitucionalmente vinculante. Minha tese é: a rotulação de um comportamento como ilícito com dignidade penal não exige adentrar em todas as nuanças de processos mentais, decisórios e de deslocamentos altamente pessoais do autor individual. O ilícito penal é primariamente relacional; isso significa procurar pelo significado de formas de comportamento a partir da perspectiva do outro, e não na cabeça e na alma do autor. Isso seria refutado por penalistas como *Jochen Bung*, o qual considera a decisão pela ação como essencial[68]. O foco restrito no mental é profundamente ancorado na história das ideias[69], na qual a tradição histórica já provoca o questionamento:

---

65. *Schünemann*, in: Festschrift für Hirsch, 1999, p. 363; 376; *Gaede* ZStW 121 (2009), p. 239, 269.

66. Refere ao princípio da culpa: *Momsen* KriPoZ 2018, p. 76, 77, 94, e *Zehetgruber* KriPoZ 2018, p. 358, 359, no sentido de fundamentar que, de lege lata, posicionamentos internos devem ser determinados.

67. Veja-se sobre a sobreconstitucionalização como diagnóstico para o direito europeu: *Grimm*, Europa ja – aber welches?: Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 2016.

68. *B*ung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, p. 133 e ss. Abordagens que se apoiam na recepção de antigos escritos da filosofia da mente merecem, contudo, questionamentos metodológicos: este ramo da filosofia foi caracterizado por uma ligação irrefletida na observação dos próprios fenômenos mentais, o que é um ponto de partida muito pouco confiável. Assim: *Stuckenberg* (n.r. 12), p. 152, 177.

69. Uma intensa acentuação de intenções, vontade e posicionamentos internos tem base na história das ideias, que aparecem em discussões do século 12, em cruzamentos da teologia e da filosofia (veja-se *Stübinger* Schuld, Strafrecht und Geschichte, 2000, p. 368 e ss.). Um foco mais forte na vontade é especialmente conclusivo para um panorama, que vê o núcleo do censurável em uma desobediência do homem contra mandamentos divinos (compare-se, *Stückenberg,* n.r. 12, p. 214, 410). Uma fonte adicional na história das ideias é de se presumir na filosofia aristotélica; para isso *Köckritz,* Die Bedeutung des Willens für den Verbrechensbegriffs Carpzovs in der Practica Nova

se uma tal compreensão do injusto penal, no contexto de um entendimento contemporâneo adequado do Direito e do Estado, ainda é convincente. O Direito tem a tarefa de assegurar a esfera de liberdade externa dos cidadãos em suas relações recíprocas[70]. Portanto, a geração de um risco significativo para terceiros, pelo desvio de uma norma de comportamento, que fundamentalmente protege importantes interesses de integridade, consiste no núcleo do ilícito penal[71]. A tradicional dicotomia entre dolo eventual e culpa, que essencialmente está dependurada no posicionamento interno do agente, oculta o significado deste núcleo do ilícito.

Isso não exclui que, em um sistema tripartido, adicionalmente, se considere como penalmente exasperante partir do conhecimento seguro ou da intenção direcionada, se o agente buscou o resultado típico ou previu como segura a sua ocorrência[72]. Sob tais circunstâncias, já pode ser adequada uma pena mais elevada, pois em ações orientadas a um objetivo, regularmente, se encontram riscos especialmente altos, com perigos imediatamente próximos (tais como, se o agente detona uma bomba, esfaqueia a vítima, ou a esgana)[73]. Uma outra circunstância, que justifica punir mais rigorosamente (em regra)[74] a produção intencional do resultado, em face de perigos levianos e culposos, decorre do significado distinto que advém da agressão, de um lado, e dos perigos, do outro[75]. O

Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Dissertação, Bonn 1955, p. 94. Veja-se, sobretudo para uma valoração crítica da influência sustentável de *Hans Welzel* como defensor de um naturalismo psicologista, *Stückenberg, in: Frisch* et al. (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels, 2015, p. 87, 104 e ss.

70. Até aqui, proximamente *Pawlik*, das Unrecht des Bürgers, 2012, p. 99 e ss.

71. Considerações próximas por *Frisch* GA 2018, p. 553, 561; *Pawlik* (n.r. 70), p. 380. *Pawlik* parte, contudo, em oposição à minha abordagem, de que não é de se julgar um evento interpessoal entre o agente e a vítima, mas, sim, de que o ilícito penal consiste em que o agente desatentou para o seu dever de cooperação em face da comunidade jurídica, p. 90; 280. Veja-se para um modelo focado na *recklessness* na teoria penal americana: *Alexander/Ferzan*, Crime and Culpability, 2009.

72. Veja-se, sobre a discussão se, para a comparação entre o dolo eventual e a intenção (dolo direito de primeiro grau, N.T.), a última deve ser considerada como caso de punição mais intensa, BGH, julgado de 10.01.2018 – 2 StR 150/15 = NStZ 2018, p. 533 e ss.; O segundo Senado (órgão jurisdicional do BGH – N.T.) afirmou essa pergunta com concordância do outro Senado no BGH. De acordo: Klett-Straub NStZ 2018, p. 535; *Stam* JZ 2018, p. 601.

73. BGH (n.r. 72), NStZ 2018, p. 533, 534. *Stam* JZ 2018, p. 601,606, objeta que a perigosidade, para a punição por um delito consumado, não poderia jogar papel algum, pois em face da ocorrência do resultado, o perigo se realizou. Contudo, é de se registrar que a valoração do injusto da ação vincula-se ao momento da ação.

74. Se a ação, em que pese a intenção subjetiva de produção do resultado, é realmente pouco ou simplesmente não perigosa, esta circunstância é de ser considerada. Isto deve ter consequência para a conformação da moldura penal: estas circunstâncias precisam se sobrepor. Para ações não perigosas, uma pena menor é mais adequada do que para ações levianas perigosas.

75. Compare-se, no sentido de que a classificação de comportamento como proposital desencadeia, em grande medida, reações agressivas, *Nickel*, Journal of Personality, 42, p. 482 e ss., 1972. Para

sentido social do evento se altera se o agente quis produzir um determinado resultado grave. Em uma comparação hipotética com o mesmo caso sem esta intenção (mesma violação do dever de cuidado, risco comparável *ex ante*, resultado idêntico), deixa-se fundamentar que a distinção entre um ataque e um perigo é significativa, caso se aplique, para a valoração do ilícito, a perspectiva da vítima[76]. Um ataque intencional significa uma lesão intensificada do dever interpessoal de paz.

V. IMPLEMENTAÇÃO *DE LEGE FERENDA*

Como se deixam implementar as considerações supramencionadas no StGB? Numa tratativa do "caso dos corredores", *Annette Grünwald* e *Frauke Rostalski*, seguindo uma sugestão de *Georg Freund*, postularam, que o § 222 do StGB fosse complementado por um segundo parágrafo, que previsse, para a morte leviana de uma pessoa, uma pena privativa de liberdade de um até dez anos[77]. Essa consideração tem um alcance mais amplo do que a pontual qualificação do resultado para disputas automobilísticas ilegais, no § 315, d, Abs.5, do StGB. Mas uma solução limitada ao § 222 do StGB orienta-se sempre, ainda mais intensamente, ao âmbito de aplicação dos "acidentes fatais". É evidente que também necessitaria se dar uma variante sob medida da leviandade para as lesões corporais – se a vítima sobreviver a um comportamento leviano, mas sofrer lesões corporais permanentes. Também, para lesões corporais, a distinção entre as molduras de pena do tipo culposo (§ 229 do StGB, pena de multa ou pena privativa de liberdade até três anos) e

uma reconstrução normativa da distinção entre ataque e perigo, *Duff,* Answering for crime: responsibility und liability in the criminal law, 2009, p. 147 e ss. Sobre o significado da perspectiva da vítima para a valoração do ilícito subjetivo, *Hörnle* (n.r. 61), p. 217. Para outros autores, deve-se partir da relação do agente perante o direito (e não em face de seus concidadãos); assim *Frisch* (n.r. 35); p. 48; o mesmo, em 50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, p. 269-290; *Jakobs,* Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, p. 111; *Pawlik* (n.r. 70), p. 90 e ss.; *Grünewald,* Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, p. 155. Contra isso, pode-se argumentar que o questionamento do direito não é quantificável; assim *Stam* JZ 2018, p. 601, 605.

76. Contra o foco na perspectiva da vítima, objeta *Grosse-Wilde* RphZ 2018, p. 137, 150, que a vítima de crimes muitas vezes não nota a presença de um ataque intencional (talvez, porque o ataque mata) ou apenas reconhece tal circunstância ao final do processo penal. A minha argumentação, contudo, não se baseia em sentimentos reais (como ira, insegurança, ofensa) do indivíduo afetado. Especificações gerais para a valoração do ilícito, que devem estruturar o caminho para a medida da pena, resultam de valores padronizáveis. Para a minha proposta, basta, portanto, a tese se para uma pessoa que assume a perspectiva da vítima do fato, regularmente faz diferença saber se um resultado foi realizado um comportamento perigoso ou um comportamento perigoso também produzido com intenção de lesão ou conhecimento seguro. Veja-se sobre valorações padronizadas *Robinson,* Intuitions of justice and the utility of desert, 2013, p. 54, 305.

77. *Freund,* in: Festschrift für Frisch, 2013, p. 677, 694; *Grünewald* JZ 2017, p. 1069, 1072; *Rostalski* GA, 2017, p. 585, 598.

a moldura de pena para lesões corporais dolosas com resultado grave (§ 226, Abs.1, do StGB, pena privativa de liberdade de um até dez anos) é muito intensa. Vale para outros tipos de delitos, tais como o de incêndio[78]. O direito vigente só prevê, por um lado, para ações dolosas, distintas qualificações relativas à fundamentação da condenação e para a graduação da moldura de pena correspondente. Ações culposas conduzem, por outro, regularmente, a um tipo unitário não diferenciado, com uma moldura de pena muito inferior (§§ 222, 229, 306d, do StGB). Para todos estes delitos, seria preferível, em vez de dois grupos de tipos, três, com correspondentes molduras de pena para ações culposas, levianas e intencionais/com conhecimento[*].

Seria um remédio comparativamente descomplicado introduzir, em cada caso, um parágrafo na parte especial, para todos os delitos de resultado com variações de culpa já existentes, o qual previsse, para perpetrações levianas, uma moldura de pena mais elevada. Sobretudo seria de se complementar o §15, do StGB: "... se a lei expressamente não ameaçar com pena a ação culposa *ou leviana*". Na medida em que, para todo delito de resultado, seria de se punir a perpetração leviana com uma pena mais elevada do que a dos comportamentos culposos, seria preciso verificar se ainda seriam necessários e úteis os delitos qualificados pelo resultado. Por exemplo, poder-se-ia comprovar como supérfluo o § 227 do StGB (lesão dolosa com resultado morte), se existisse um tipo mais geral de homicídio leviano[79]. O pensamento, de que os delitos qualificados pelo resultado preenchem uma "função de fechamento de lacunas em casos próximos de dolo"[80], esbarra na fronteira, porque apenas pontualmente há estes tipos. Soluções sistemáticas seriam preferíveis e tornariam a lei mais clara.[*]

A complementação, aos já existentes delitos de resultado praticáveis com culpa, por uma moldura penal especial para a leviandade, seria relativamente simples. Mais complicadas são as considerações quando o objetivo deva ser uma consequente renúncia ao dolo eventual. Para isso, seriam vinculados amplos efeitos para a parte geral, entre outros para as regras do erro. Muitos tipos penais exigem circunstâncias constitutivas do injusto acompanhantes, como: a coisa apropriada precisa ser *alheia* (§ 242 do StGB), a pessoa abusada precisa ser uma *criança* (§ 176 do StGB) ou a declaração precisa ser *falsa* (§ 153 do StGB). O §16 do StGB regulamenta que a falta de conhecimento exclui o dolo[81].

---

78. Os delitos qualificados e os delitos qualificados pelo resultado nos § 306a do StGB, com molduras de pena em parte mais elevadas, pressupõem dolo de incêndio. Se o agente atua levianamente, quanto à causação de um incêndio, mantém-se, mesmo para efeitos massivos e a morte de muitas pessoas, na comparativamente trivial moldura de pena do § 306d do StGB.

* Dolo direto de primeiro e segundo graus (N.T.).

79. Veja-se, para uma proposta oposta, de se exigir, para os delitos qualificados para o resultado, ao invés de simples culpa, a leviandade, *Paeffgen*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 18, n.m. 44.

80. *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, p. 132; *Gaede* ZStW 121 (2009), p. 239, 270.

81. Tomado ao pé da letra isso exclui o dolo eventual: quem toma algo apenas como possível, não tem, em sentido exato, nenhum conhecimento; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, p. 2, n.r. 7.

De lege ferenda, seria de se considerar como o engano leviano sobre uma circunstância acompanhante caracterizadora do ilícito deve ser integrado em uma nova compreensão da regra do erro sobre o tipo[82]. Um outro desafio, que precisaria ser explicado, seria qual efeito o desaparecimento do conceito "dolo eventual" teria para outros dispositivos da parte geral, que se referem ao dolo.

VI. Conclusão

Na perspectiva conceitual, os melhores fundamentos dizem no sentido de se abolir a categoria do dolo eventual e de se introduzir um sistema tripartido, que diferencia a intenção e/ou o conhecimento seguro, a leviandade e a culpa simples. Assim, primeiramente, o problema de determinação, que traz em si a pretensão de reconstruir a representação individual e o posicionamento do agente, é atenuado. Segundo, a categoria intermediária da leviandade é mais apta a capturar o fato ilícito do comportamento grosseiramente lesivo do dever de cuidado, elevadamente arriscado, enquanto a separação afiada entre o dolo eventual e a culpa consciente divide, artificialmente, um núcleo comum do ilícito.

Em um tratamento realista, é preciso admitir que as considerações aqui colocadas contam com pequena chance de implementação. Primeiramente, o efeito *status quo* não é de se subestimar: é difícil que as pessoas desistam do que é familiar[83], e isso deve valer, em especial medida, para juristas, os quais têm se atordoado sob a pressão de dois exames oficiais do direito alemão. As linhas fundamentais da dogmática do dolo alemã, em todas as discussões acerca da definição do dolo eventual, são tão firmemente ancoradas que um apelo pelo abandono do dolo eventual deve esbarrar em resistências – ainda mais se é feita também referência ao Código Modelo americano[84]. Segundo, houve atividades do legislador nos últimos anos, de reações *Ad hoc* a casos sensacionalistas, e de soluções pontuais de "*Patchwork*". Para o futuro, será ainda menos provável que, (presumivelmente, cada vez mais frágeis) coalisões governamentais possam investir tempo e energia em reformas legislativas amplas, sobretudo se a práxis supõe que pode trabalhar com o existente. Terceiro, é de se admitir que os desafios de implementação técnico-legislativa seriam consideráveis. Uma solução sistematicamente correta de abolição do dolo eventual não seria implementável com poucas regulamentações. Mais que isso, tais considerações conduzem a uma relevante intervenção na estrutura do StGB, que seria factível, mas exigiria respostas a várias questões de resultados. A coerência sistemática, apontada

82. Compare-se *Hörnle* ZStW 112 (2000), p. 356, 376. Para o erro culposo, veja-se *Walter* (n.r. 37), p. 438; para uma compreensão fundamentada em delitos específicos do erro leviano, também *Gaede* ZStW 121 (2009), p. 239, 278.

83. *Kahneman/Kretsch/Thaler*. *The Journal of Economics Perspectives*, 5, p. 193, 1991.

84. Cética em face de importações *Puppe*, in: NK-StGB (n.r. 32), § 15, n.m. 6.

como característica do Direito Penal alemão, e os efeitos nela resultantes – que têm as modificações em determinados locais e outros pontos – conduzem a que os fundamentos conceituais contra as modificações sejam muito fechados. A compreensão de que sistemas penais estabilizados há anos não mais se permitem alterar facilmente não deve, contudo, ser confundida com a ilusão de que soluções historicamente impregnadas seriam sempre as melhores possíveis.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 64/222-238, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\2007\11);
- As teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente, de Laura Ayub Salvatori – *RBCCrim* 166/19-61 (DTR\2020\3817); e
- Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo, de Wilson Franck Junior e Juliana Franck – *RBCCrim* 98/169-205, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\2012\450731).

Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal

Thoughts on the role of comparative Criminal Law in the development of Criminal Law and on its relationship with criminal law dogmatics

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Emília Merlini Giuliani

Doutora em Ciências Criminais pela PUC/RS e em Direito Penal pela Universität Osnabrück. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Advogada.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1349-3970].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6087455212818966].
emiliamg@gmail.com

Recebido em: 30.09.2020
Aprovado em: 25.11.2020
Última versão da autora: 11.12.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: O presente artigo aborda o papel que o direito penal comparado teve e segue tendo na evolução do Direito Penal e da ciência jurídico-penal. Como passo necessário para melhor compreender esse papel, realiza-se um breve apanhado da história do direito penal comparado, em que se apresenta como se deu seu surgimento e consolidação enquanto disciplina jurídica autônoma. Em um segundo momento, demonstra-se que houve um aumento significativo da importância da pesquisa jurídico-penal comparada a partir da segunda metade do século passado. Os motivos que levaram a esta mudança no interesse pelo direito penal comparado são, então, explorados mais detidamente. Em seguida, e como decorrência daquilo que foi possível constatar no decurso do trabalho, o foco da análise é deslocado para a particular relação

Abstract: The present article approaches the role that comparative criminal law has had and continues having in the development of criminal law and criminal law science. As a necessary step to better understand this role, an overview of the history of comparative criminal law is traced out, whereby the circumstances of its inception and consolidation as an autonomous legal subject are presented. Secondly, the significant increase in importance of comparative criminal law research since the second half of the 20th century is shown. The reasons that led to this change in interest for comparative criminal law are then more thoroughly explored. After that, and as a consequence of what was gathered over the course of this investigation, the focus of the analysis shifts to the particular relationship between comparative criminal law and criminal

Giuliani, Emília Merlini. Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 103-148. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

entre o direito penal comparado e a dogmática penal. Nesse ponto, são discutidos alguns entraves que por vezes dificultam essa relação, mas também são enfatizados os pontos de encontro que permitem uma interação profícua entre esses dois campos do saber. Ao final, conclui-se que a dogmática penal, apesar de sua marcada nacionalidade, mostra-se como uma via possível para o contato e diálogo edificante com o Direito Penal de outros países.

Palavras-chave: Direito penal comparado – Dogmática penal – Ciência jurídico-penal – Aumento de importância – Comparação jurídico-penal.

law dogmatics. Here, a discussion about some of the obstacles that occasionally hinder this relationship is carried out, in the course of which the contact points that allow for a fruitful interaction between these two fields are also emphazised. In closing, it is concluded that criminal law dogmatics, despite its strong national attachment, rises as a viable lane for contact and fruitful dialogue with foreign countries' criminal law.

Keywords: Comparative criminal law – Criminal law dogmatics – Criminal law science – Increase in importance – Criminal law comparison.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da importância do direito penal comparado para o desenvolvimento da ciência jurídico-penal. 3. Do surgimento e consolidação do direito penal comparado. 4. Do aumento da importância do direito penal comparado como consequência do entrelaçamento global, econômico e político da sociedade. 5. Da relação entre o direito penal comparado e a dogmática penal: entre a resistência e a confluência. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A[1] comparação não é algo novo no Direito Penal. Muito pelo contrário: ela possui, na realidade, uma grande e longa tradição nesse campo.[2] Não obstante, tampouco é de se estranhar que a ideia de um direito *penal* comparado, enquanto atividade teórico-científica autônoma, tenha sido, durante boa parte de sua história, recebida com desconfiança ou mesmo incompreensão tanto em espaços acadêmicos, como práticos. Ocorre que o Direito Penal é, por sua natureza, o mais "paroquial"[3] dos ramos do direito. Enquanto tal, ele tende a expressar muito fortemente a soberania estatal, de modo que falar em uma comparação que o tenha por objeto pode soar, para muitos, uma contradição em termos. Aliado a isso, tem-se que, por longo tempo, a expressão "direito comparado" foi usada quase como sinônimo de direito *civil* comparado.[4]

1. O presente artigo se trata de uma versão modificada e traduzida de parte de livro publicado pela autora no exterior e em língua estrangeira (GIULIANI, 2020).
2. JUNG, 1998, p. 1.
3. A expressão é de DUBBER, 2007, p. 433.
4. DUBBER, 2006, p. 1288.

Entretanto, ainda que ao direito penal comparado tenha sido historicamente, dedicada menos atenção do que à sua irmã do campo privado,[5] é inegável que o diálogo e o contato entre países prestou enorme contribuição ao desenvolvimento do Direito Penal. E isso é verdade tanto ao nível nacional, quanto ao nível internacional:[6] pense-se, por exemplo, na influência que a pesquisa jurídico-penal comparada exerceu e ainda exerce, com alguma regularidade, sobre reformas legislativas nacionais[7] ou em como ela vem, mais e mais, contribuindo decisivamente para o estabelecimento de tratados internacionais com vistas à cooperação internacional em assuntos penais.[8]

Mas não só. O direito penal comparado tem papel vital não só na compreensão de outros ordenamentos jurídicos e na construção de soluções normativas conjuntas a problemas compartilhados, como também na estruturação e aperfeiçoamento dos respectivos sistemas jurídico-penais nacionais. Neste ponto, revela-se, em verdade, uma das tarefas mais árduas – e também mais relevantes – da atividade comparada: a de encontrar alternativas factualmente adequadas e possivelmente melhores, do ponto de vista

5. De acordo com *Hilgendorf,* "no presente, a comparação jurídica é, acima de tudo, um domínio do direito civil." Tradução livre do seguinte trecho: "[i]n der Gegenwart ist der Rechtsvergleich vor allem eine Domäne des Zivilrechts (unter Einschluss des Wirtschaftsrechts)." HILGENDORF, 2011, p. 12.

6. Nesse sentido, *Jescheck* salienta que o simples estudo do direito e leis estrangeiros já tem, em si, grande importância prática em áreas como a persecução internacional de delitos que, diante do aumento da integração mundial e também da criminalidade transfronteiriça, exigem conhecimentos sobre a organização judicial e sobre o ordenamento jurídico de outros países para que se consiga estabelecer relações de assistência jurídica em âmbito penal. Igualmente, o estudo do direito alheio se mostra indispensável nos casos de extraterritorialidade da lei penal nacional. Para além do mero estudo do direito estrangeiro (*Auslandsrechtskunde*), o autor menciona especificamente a contribuição que o direito penal comparado presta a projetos de lei ao fornecer informações não apenas sobre o estado das legislações e jurisprudência de outros países, mas também por oferecer uma visão comparativa dos resultados desses elementos e até mesmo sobre sua avaliação do ponto de vista político. Na esfera internacional, Jescheck salienta que: "Auch auf materiell-strafrechtlichem Gebiet gibt es internationale Abkommen, die durch rechtsvergleichende Vorstudien möglich geworden sind und durch ständige Fortsetzung der Vergleichsarbeit, insbesondere durch kriminologische und statistische Untersuchungen, auf der Höhe ihrer Wirksamkeit gehalten werden. Wir kennen bestimmte Typen von Straftaten, die ihrer Natur nach über die Grenzen des einzelnen Landes hinauswirken und meist auch nicht von Einzeltätern, sondern von internationalen Verbrecherorganisationen durchgeführt werden. [...] Die Rechtsvergleichung hatte hieran wesentlichen Anteil: sie hat die Verträge vorbereitet und abgefaßt, sie überwacht ihre Ausführung und ihre Wirksamkeit." Jescheck, 1955, p. 26-35.

7. Como exemplo disso, no Brasil, pode-se citar a Lei 9.613 de 1990 (Lei de Lavagem de Dinheiro). A Exposição de Motivos Nr. 692/MJ, que acompanhou o projeto que viria a constituir tal lei, traz menção explícita à "experiência e técnica vitoriosas em direito comparado" como justificativa para a redação de vários de seus dispositivos (v. ponto 29). Documento disponível em: [fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf]. Acesso em: 21.09.2020.

8. V. Jescheck, 1955, p. 32.

político-criminal, ao tratamento jurídico de uma determinada questão. Isso porque o estudo comparado impõe a necessidade de se ir além da simples contraposição dos ordenamentos jurídicos, motivando que se investigue a fundo os pressupostos filosóficos e os fundamentos empíricos do tratamento destinado ao problema em cada um dos sistemas envolvidos.

Como bem pontuou *Jescheck*, "tão diferentes possam ser as relações da criminalidade nos países individuais, ainda assim trata-se sempre de grandezas comparáveis: do comportamento humano, da violação de normas jurídicas e de bens jurídicos, de culpa e expiação [...]," [9] enfim, de realidades sociais essencialmente equiparáveis. Em outras palavras: o direito penal comparado se interessa não apenas por um ou outro aspecto isolado da realidade jurídica dos países sob análise, senão que procura apreender, de forma compreensiva, as variáveis e o contexto que determinam a maneira como cada país lida, através do direito, com um dado problema.

Não por outra razão, ele encontra uma via para o diálogo com diferentes sistemas jurídicos justamente através da ciência jurídico-penal – e, de um modo especial, da dogmática penal. Nas palavras de *Kersten*, "[a] dogmática apreende o direito com base em princípios normativos. Ela não aplica o direito positivo de forma irrefletida, senão que de acordo com regras abstratas e em relações sistemáticas."[10] Ela fornece, pois, um ponto de apoio ideal para a compreensão dos principais elementos que configuram o tratamento de uma determinada matéria dentro de um contexto específico, revelando os argumentos que lhe sustentam e as críticas a que está sujeito. No entanto, nem sempre essa interação ocorre de forma tranquila.

Assim, a proposta deste artigo é analisar o papel do direito penal comparado na evolução e aperfeiçoamento do Direito Penal, de um modo geral, e, de um modo mais particular, a sua relação com a dogmática e ciência jurídico-penal. O propósito da análise é, de um lado, estimular uma reflexão sobre a importância do direito penal comparado hoje e elucidar algumas das dificuldades que ele ainda encontra no desempenho de suas tarefas. De outro, está o intuito, assumidamente despretensioso, de demonstrar o quão proveitoso pode ser o diálogo entre a dogmática penal e o direito penal comparado. Para tanto, será utilizada a teoria do bem jurídico como ilustração de como pode se dar uma comparação frutífera entre países de tradições distintas.

Com esses objetivos em mente, e com vistas a proporcionar uma compreensão mais ampla sobre o primeiro ponto, realiza-se inicialmente um resgate histórico cuidadoso do surgimento e consolidação do direito penal comparado enquanto disciplina acadêmica

9. Tradução livre do seguinte trecho: "Denn so verschieden die Verhältnisse der Kriminalität in den einzelnen Ländern auch liegen mögen, so handelt es sich doch immer um vergleichbare Größen: um menschliches Verhalten, um die Verletzung von Rechtsnormen und Rechtsgütern, um Schuld und Sühne [...]." JESCHECK, 1955, p. 27.

10. Tradução livre da seguinte passage: "Dogmatik begreift das Recht anhand von normativen Leitsätzen. Sie wendet das positive Recht nicht unreflektiert an, sondern nach abstrakten Regeln und in systematischen Zusammenhängen." KERSTEN, 2012, p. 67.

autônoma. Recorre-se aqui, sobretudo, a escritos da doutrina alemã, haja vista que a Alemanha é apontada como um dos berços desse ramo jurídico.[11] Em seguida, será tematizada a relação, por vezes tensa, entre a dogmática penal e o direito penal comparado, quando então será demonstrado como a interação entre ambos pode ser proveitosa, especialmente em questões que tocam a parte geral do Direito Penal. Com isso, espera-se ter logrado, ao final, tecer uma contribuição à forma como se pratica a pesquisa comparada no âmbito do Direito Penal.

2. Da importância do direito penal comparado para o desenvolvimento da ciência jurídico-penal

O Direito Penal possui uma posição bastante singular dentro do campo de estudos jurídico-comparados:[12] ao mesmo tempo em que se reconhece o lugar sólido que o direito penal comparado ocupa, desde há muito, dentro das ciências jurídicas, durante boa parte de sua história ele ficou relegado a um segundo plano em relação ao Direito Civil e Comercial. Com efeito, não raro o direito penal comparado é deixado de fora dos livros e manuais que tratam da pesquisa jurídico-comparada, quase como se a expressão "direito comparado" contivesse implicitamente o termo "privado".[13]

Todavia, ao longo do último século, em virtude das mudanças sociais decorrentes dos processos de globalização, o direito penal comparado experienciou um aumento significativo de importância.[14] Isso pode ser explicado em parte pelo surgimento de novos e complexos riscos como resultado da rápida evolução da ciência, dos meios de

11. Nas palavras de Dubber: "Historically speaking, one can occasionally read that comparative law as a serious academic discipline began as comparative criminal law, either in Germany or in France, or both". DUBBER, 2006, p. 1288. Também nesse sentido, ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 52-54.

12. Nas palavras de Dubber: "Criminal law occupies an odd position in the field of comparative jurisprudence. Historically speaking, one can occasionally read that comparative law as a serious academic discipline began as comparative criminal law, either in Germany or in France, or both. And yet, no introduction to comparative criminal law fails to point out that comparative law means, and has meant for quite some time, comparative civil law first and foremost. Textbooks on comparative law feel no need to address, or even acknowledge the existence of, comparative studies in criminal law." DUBBER, 2006, p. 1288.

13. Essa também é a observação de *Hilgendorf*, quem refere: "Diferentemente do direito civil, não existe um manual sequer de direito penal comparado. Na formação jurídica o direito penal comparado não tem praticamente papel algum, embora questões relacionadas com o estrangeiro estejam se tornando cada vez mais relevantes também no direito penal." Tradução livre de: "Anders als im Zivilrecht existiert kein einziges Lehrbuch der Strafrechtsvergleichung. In der juristischen Ausbildung spielt die Strafrechtsvergleichung kaum eine Rolle, obgleich auch im Strafrecht Sachverhalte mit Auslandsbezug immer mehr an Bedeutung gewinnen" HILGENDORF, 2011, p. 12 e 14.

14. SIEBER, 2006, p. 80 ss.

comunicação, das tecnologias informáticas, dos meios de transporte, assim como pela ampliação da circulação humana, fatores estes que trouxeram consigo o contato pessoal mais intenso e frequente com outras culturas e ordens jurídicas. Não surpreende, pois, que na configuração política e econômica de uma sociedade cada vez mais global, o Direito Penal tenha vindo a se deparar com alguns desafios bastante complexos.[15]

Sobretudo a partir do último quarto do século XX, os Estados nacionais viram-se diante de delitos cujos percursos e consequências cada vez menos se limitavam às fronteiras nacionais. Como consequência, foi-se fortalecendo, de um modo generalizado e gradual, a percepção de que não seria mais possível combater crimes transfronteiriços isoladamente. Assim, para fazer frente aos novos riscos, ter conhecimento de diferentes ordens jurídicas e aproximá-las em termos de conteúdo passou a ser considerado, em alguns contextos, como absolutamente indispensável.[16] Daí que a mobilização de diversos Estados em torno da construção de espaços de consenso sobre determinadas matérias jurídico-penais tenha surgido quase como um "efeito colateral" não só de sua integração em outras esferas, como também da própria permeabilização das fronteiras nacionais.

A intensificação da colaboração interestatal com vistas à harmonização das legislações nacionais, em especial no espaço europeu, levou *Großfeld* a afirmar, em meados da década de 1990, que o direito comparado vivia então seu apogeu.[17] Com efeito, a crescente integração econômica regional e mundial dos Estados fomentou, nessa época, o interesse na comparação jurídica – e não apenas na esfera civil, mas também no âmbito *penal*. Como bem enfatiza *Jung*, aliás, "direito penal comparado é, por óbvio, direito comparado".[18] O que quer dizer: a comparação em Direito Penal desenvolve-se nos mesmos contextos e é influenciada por muitos dos fatores que atuam sobre a comparação em outros ramos do direito. Talvez isso possa parecer evidente quando posto de tal forma, mas a verdade é que há muitos elementos peculiares à área jurídico-penal que fazem com que por vezes nos esqueçamos deste fato. O direito penal comparado se utiliza, portanto, de muitos dos mesmos conhecimentos reunidos pelas outras áreas do saber comparado e fornece, em troca, sua própria perspectiva; em outras palavras, por óbvio que ele não se desenvolve apartadamente da comparação em outros campos do saber jurídico.[19]

15. SIEBER, 2006, p. 86.

16. V., acerca disso, PIETH, 1997, p. 757.

17. GroSfeld, 1996, p. 1. Não obstante isso, *Zweigert* e Kötz salientam, em relação a essa época, que: "[o] direito comparado ainda não se tornou componente firmemente estabelecido de uma *culture juridique* que transcende fronteiras nacionais". Tradução livre de:"[d]ie Rechtsvergleichung noch nicht zu einem fest verankerten Bestandteil einer über das Nationale hinausweisenden *culture juridique* geworden [ist]". Zweigert; Kötz, 1996, p. 52.

18. Tradução livre da seguinte frase: "Strafrechtsvergleichung ist natürlich Rechtsvergleichung." JUNG, 1998, p. 2.

19. Algo igualmente ressaltado por *Schutz*: "Direito penal comparado é *direito* comparado. Seu método é, portanto, basicamente o mesmo utilizado para analisar o direito nacional. Trata-se de uma metodologia científico-intelectual, compreensiva e interpretativa que, todavia, recorre a

Por isso, pode-se afirmar que o aumento da importância do direito *penal* comparado na segunda metade do séc. XX se explica também pelo aumento da importância do direito comparado como um todo. Mas essa explicação é só parcial e, portanto, insatisfatória. A constatação de que o direito penal comparado teve um aumento expressivo de importância ao longo das últimas décadas diz respeito especificamente à comparação no âmbito *penal*. Para entender melhor o significado dessa afirmação e a razão por que ela não se resume a um aumento generalizado da relevância do direito comparado como um todo no contexto de um mundo globalizado é necessário compreender um pouco melhor a história desse ramo particular da comparação jurídica.

3. Do surgimento e consolidação do direito penal comparado

É, pois, inegável que a comparação em Direito Penal assumiu papel de maior relevo recentemente. Contudo, engana-se quem supõe que o campo do direito penal comparado tenha passado a ser considerado importante apenas nos últimos tempos. O pensamento comparado pertence, em verdade, à história do Direito Penal moderno. É possível percebê-lo já na obra de *Feuerbach*, o pai da ciência penal alemã – e, aliás, de forma bastante acentuada.[20] Desde o início do séc. XIX, *Feuerbach* já salientava o valor do pensamento comparado nas ciências empíricas. Isso pode ser ilustrado pela seguinte passagem, muito citada entre os comparatistas,[21] retirada do preâmbulo de seu livro, publicado em 1810, em que o autor aponta para a indispensabilidade e utilidade da comparação em *todas* as ciências – inclusive da ciência jurídico penal:

> "Por que o anatomista tem sua anatomia comparada? [E] por que o estudioso do Direito ainda não tem uma ciência jurídica comparada? A fonte mais rica de todas as descobertas em todas as ciências empíricas é comparação e combinação. Só através de diversas contraposições é que o contraposto torna-se inteiramente claro; só através da observação das semelhanças e diferenças e dos motivos de ambos é que a particularidade e essência interna de cada coisa pode ser exaustivamente explorada."[22]

---

métodos da ciência do ser". Tradução livre de: "Strafrechtsvergleichung ist Rechtsvergleichung. Ihre Methode ist deshalb grundsätzlich dieselbe, wie sie zur Erforschung eines Landesrechtes befolgt wird. Es ist eine geisteswissenschaftliche, verstehende und auslegende Arbeitsweise, die jedoch seinswissenschaftliche Methoden heranzieht." Schultz, 1980, p. 9 (grifo no original).

20. Hilgendorf, 2011, p. 12.

21. Nesse sentido, por ex. ESER, 1998, p. 1503 e Zweigert; Kötz, 1996, p. 51.

22. Tradução literal da seguinte passagem: "Warum hat der Anatom seine vergleichende Anatomie? [U]nd warum hat der Rechtsgelehrte noch keine vergleichende Jurisprudenz? Die reichste Quelle aller Entdeckungen in jeder Erfahrungswissenschaft ist Vergleichung und Combination. Nur durch mannigfaltige Gegensätze wird das Entgegengesetzte vollständig klar; nur durch Betrachtung der Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten und der Gründe von beiden wird die Eigentümlichkeit und innere Wesenheit jeden Dinges erschöpfend ergründet." Feuerbach, 1833, p. 163. Digna de menção

Feuerbach era, afinal, um homem de seu tempo. O desenvolvimento do direito comparado na Alemanha só teve início no séc. XIX, impulsionado por um desejo geral de codificação e uniformidade das normas.[23] Antes dessa época dificilmente se poderia falar em direito comparado no sentido de uma abordagem metódica e cientificamente orientada.[24] Ainda que seja possível reconhecer esforços comparativos ao longo de praticamente toda a história do direito, tais empenhos representam mais um resultado ocasional do simples interesse no direito estrangeiro do que um processo de reflexão realmente

é, ademais, a seguinte contribuição de *Gutteridge*: "The origin of modern comparative law was, however, not due to any impulse coming from within the law but was a by-product of the new school of creative thought which derived its impetus from the idea of evolution. Comparative law began to follow the other comparative sciences, such as comparative anatomy, and its aim was to find in law the 'equivalent of correlation of structure in anatomy, i.e. like structures performing like functions'." Segundo *Gutteridge*, a partir de então o direito comparado não mais seria praticado por apenas alguns pesquisadores individuais, tendo passado a constituir reconhecidamente um instrumento a serviço do desenvolvimento e evolução do direito. Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 16. Mas isso tem, em parte, a ver com a mudança geral de paradigma das ciências. O modelo de racionalidade que subjazia à ciência moderna se desenvolveu, segundo Souza Santos, desde a revolução científica (iniciada no séc. XVI) principalmente no âmbito das ciências naturais. Só no séc. XIX é que essa forma de pensar se estendeu às ciências sociais. Consigo, ela trouxe a ideia de evolução e a aspiração por razão, objetividade e precisão metodológica. Além disso, a racionalidade científica da Modernidade também é caracterizada pelo ruptura com o paradigma científico anteriormente dominante e reflete a percepção de uma nova visão de mundo. Essa atitude intelectual proporcionou, em parte, um solo fértil para o direito comparado. Souza Santos, 2010, p. 21-22. Cf. Jescheck, 1955, p. 10.

23. Zweigert; Kötz, 1996, p. 49-50. Nesse contexto, *Perron* esclarece que: "Somente quando, nos séculos XVIII e XIX, os Estados nacionais fizeram com que a ideia racional de codificações legais abrangentes e sistematicamente bem construídas tivesse êxito, é que surgiram ordenamentos jurídicos nacionais autônomos, cuja elaboração e aperfeiçoamento, a partir de então, passou a ser vista pelos juristas como sua tarefa principal. Naturalmente, no início ainda não se tratava de uma separação nacional do direito. Pelo contrário, diante da enorme necessidade de regulação, não restava aos autores dos projetos de leis outra coisa, que não se guiar por modelos estrangeiros. Assim, na discussão alemã sobre o processo penal, no início do séc. XIX, por ex., debateu-se intensamente sobre os modelos inglês e francês, antes que prevalecesse a construção escolhida no Código Imperial Processo Penal de 1877." Tradução livre de: "Erst als im 18. und 19. Jahrhundert die modernen Nationalstaaten der vernunftrechtlichen Idee von umfassenden, systematisch durchkonstruierten Gesetzeskodifikationen zum Durchbruch verhalfen, entstanden autonome nationale Rechtsordnungen, in deren Ausformung und Weiterentwicklung die Juristen fortan ihre Hauptaufgabe sahen. Freilich konnte von einer nationalen Abschottung des Rechts am Anfang noch keine Rede sein. Im Gegenteil, angesichts des enormen Regelungsbedarfs blieb den Verfassern der Gesetzentwürfe oft gar nichts anderes übrig, als sich an ausländischen Vorbildern zu orientieren. So wurde beispielsweise in der deutschen Strafprozeßrechtsdiskussion des frühen 19. Jahrhunderts lebhaft über englische und französische Vorbilder gestritten, bevor sich die in der Reichsstrafprozeßordnung von 1877 gewählte Konstruktion durchsetzen konnte." Perron, 1997, p. 284.

24. Jescheck, 1955, p. 10-11.

comparativo. Isto é, em tempos mais remotos até houve algum esforço nesse sentido, mas sem que se percebesse neles o potencial da comparação para o aperfeiçoamento ou crítica do próprio direito,[25] bem como sem que se tenha, em tais contextos, utilizado sistematicamente métodos voltados a tal objetivo.

E isso tem uma razão: *Dubber* esclarece que, antes do Iluminismo, um direito comparado era de todo inconcebível, porque até então o ordenamento jurídico de um país estava profundamente atrelado à sua soberania.[26] De modo que, caso houvesse algum contato com outros sistemas jurídicos ou caso fosse manifestado algum interesse pela estrutura ou normas desses outros sistemas, a possibilidade de uma influência efetiva do direito estrangeiro sobre o direito pátrio permanecia extremamente limitada.[27] Bem, não é difícil compreender que a ordem jurídica de um país corporifica, de fato, sua soberania. Isso vale, em alguma medida, para todas as áreas do direito. Entretanto, essa ligação tende a se manifestar de forma ainda mais pronunciada no Direito Penal, uma vez que ele é o ramo que, tradicionalmente, reflete mais fortemente a soberania nacional.[28] E se isso segue sendo, ao menos em parte, verdade nos dias atuais, não surpreende que, em tempos pré-iluministas, o Direito Penal fosse ainda mais impérvio à influência de ordenamentos jurídicos externos do que outros campos do direito.[29] A mentalidade dominante daquela

25. Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 11-12.

26. Nas palavras de *Dubber*: "In a pre-Enlightenment system of criminal law, the very idea of comparative law is preposterous. A wise and curious sovereign might wish to consult the experiences of other sovereigns as they exercise quasi-patriarchal power over their households, but accounts of other practices elsewhere would have no critical bite whatsoever – the exercise of disciplinary power over the state household was beyond critique." Dubber, 2006, p. 1290. *Zweigert* e *Kötz* mencionam que "[a]s pesquisas jurídico-comparadas mais antigas podem ser encontradas na Grécia, nomeadamente através do interesse especial de pensadores gregos nas composições estruturais do Estado. [...] Tratava-se de especulação filosófica de bases jurídico-comparadas." Tradução livre de: "[d]ie ältesten rechtsvergleichenden Untersuchungen finden wir in Griechenland, und zwar durch das besondere Interesse griechischer Denker an den Strukturformen des Staates. […] Dies war philosophische Spekulation auf rechtsvergleichender Grundlage." Zweigert; Kötz, 1996, p. 47.

27. DUBBER, 2006, p. 1288. Conforme *Eser*, não se deve simplesmente supor que nenhuma comparação jurídica tenha sido realizada no passado – mesmo os romanos teriam exercitado o raciocínio comparado ao adotar institutos jurídicos de origem grega. Não obstante, o autor enfatiza que antes do séc. XIX o direito comparado consistia preponderantemente da comparação entre fenômenos isolados, em que se buscava, na maioria das vezes, imitar dispositivos legais de outras sociedades. Só depois é que o direito comparado teria sido transformado em um método científico a serviço de uma compreensão mais profunda do próprio direito. ESER, 1998, p. 1502.

28. Perron, 1997, p. 282.

29. Perron, 1997, p. 282. De acordo com *Dubber*, "in the United States, criminal law to this day is conceived of as protecting the state's sovereignty against 'offences'. The power of the State to reassert its sovereignty against an offence is virtually unlimited within its geographical limits." DUBBER, 2006, p. 1290. V. também: Tiedemann, 1996, p. 386.

época, segundo *Dubber*, era a de que "um soberano que não pode punir como entender apropriado não é soberano."[30]

O Iluminismo representou, bem se sabe, um ponto de viragem nesse estado de coisas. Pautado pela razão e pelo pensamento racional, o Iluminismo reivindicou o estabelecimento de princípios que hoje são tidos como elementares no Direito Penal e Processual Penal.[31] Essa corrente de pensamento foi também responsável por ter solidificado e disseminado a ideia da autonomia individual,[32] com base na qual procurou traçar limites claros à arbitrariedade estatal.[33] A crítica ao poder punitivo constituiu, portanto, ponto central do movimento iluminista, tendo criado as condições indispensáveis para o surgimento do direito penal comparado.[34] Nesse sentido é que *Feuerbach*, tendo transposto para o âmbito jurídico-penal diversas ideias de cunho iluminista, refletiu em suas obras o espírito da época.[35]

Todavia, apesar dos apelos por uma maior atenção à atividade jurídico-comparada e do evidente refinamento de seus métodos, o direito comparado só pôde alcançar um avanço mais expressivo ao longo do séc. XIX, na forma de uma comparação legislativa que se deu, principalmente, no seio do Direito Comercial.[36] De uma perspectiva histórica, é

30. Tradução livre de: "*[a] sovereign who cannot punish as he sees fit is no sovereign*." DUBBER, 2006, p. 1290.

31. Nesse ponto, cf.: Ambos, 2010, p. 505.

32. D'Avila, 2005, p. 30-31.

33. Faria Costa, 2007, p. 15-16.

34. Nas palavras de *Dubber*: "The critique of traditional criminal law formed an important part of the critical project of Enlightenment political theory. Central Enlightenment figures like Voltaire (in France), Kant and P. J. A. Feuerbach (in Germany), Bentham (in England), and – most influentially – Beccaria (in Italy) recognized that the threat and infliction of punitive pain on the newly discovered autonomous citizen posed the most difficult, and the most important, challenge to Enlightenment political theory. It makes sense, then, that the Enlightenment would trigger a systematic interest in the comparative analysis of criminal law and, in fact, an interest in comparative criminal law first and foremost, before an interest in other forms of comparative analysis. All comparative law bears critical, even subversive, potential by exposing the relativity of apparently ironclad rules. The mere existence of alternative rules suggests that alternatives are possible; and if alternatives are possible, it is only a small step to the suggestion that they might be preferable." Dubber, 2006, p. 1289-1290.

35. Algo que se pode observar claramente em diversas de suas concepções, muitas das quais seguem vigentes, na sua essência, até os dias atuais. Cite-se, por exemplo, a noção de crime como lesão a direitos por ele sustentada, ou o argumento de que a ameaça de pena (*psychologische Zwangstheorie*) é que poderia vir a exercer uma função preventiva, do que decorre que *nulla poena sine lege*. V., nesse sentido, LUZ, 2013, p. 39.

36. *Zweigert* e *Kötz* elucidam, ainda, que o direito comparado, tal como o conhecemos hoje, teria duas raízes: o *direito comparado legislativo* e o *direito comparado teórico-científico*. Enquanto o primeiro conceito designa a utilização de direito estrangeiro no processo legislativo, o segundo abrange o estudo de outros ordenamentos jurídicos com o intuito puro de obtenção de conhecimento. Zweigert; Kötz, 1996, p. 49-50.

compreensível que tenha sido, inicialmente, no direito privado que o direito comparado tenha atraído mais atenção, e não no direito público. A harmonização das normas de Direito Civil mostrava-se, à época, necessária para possibilitar o surgimento de novas relações jurídicas internacionais e, consequentemente, o crescimento econômico. Mas isso não significa que a comparação jurídica tenha sido realizada com exclusividade nessa esfera. Pelo contrário: *Zweigert* e *Kötz* salientam que "[houve] trabalhos preparatórios de direito comparado para praticamente todas as propostas legislativas mais relevantes" daquele tempo.[37]

Assim é que, no decorrer dos sécs. XIX e XX, foram dados importantes passos na direção de um aprofundamento das pesquisas comparadas no âmbito do Direito Penal. Isso se manifestou não apenas por meio de contribuições teóricas, mas também através de sua clara influência na legislação e na jurisprudência de tribunais internacionais.[38] O interesse na experiência jurídico-penal e político-criminal de outros países decerto decorre, em parte, naturalmente da curiosidade intelectual e científica. Mas razões pragmáticas também o impulsionam de maneira significativa.[39] A análise de como outros países lidam com problemas similares – sejam eles de natureza político-criminal ou não – através do direito, mostra-se vantajosa, uma vez que ela proporciona um olhar renovado sobre a própria ordem jurídica e, portanto, pode até mesmo vir a contribuir com as reformas legislativas internas. Não por outra razão já se observara, logo no início do séc. XIX, que a comparação de diferentes direitos permitiria a construção de um "estoque de soluções"[40] e, assim, poderia levar ao aperfeiçoamento do próprio direito.[41]

37. Tradução livre do seguinte trecho: "Rechtsvergleichende Vorarbeiten finden sich für nahezu alle wichtigeren Vorhaben der Gesetzgebung." Prosseguem os autores: "sie sämtlich aufzuzählen oder im einzelnen darzustellen ist hier nicht der Ort. Angeführt seien nur die fortwährenden Reformarbeiten im Strafrecht. sie haben zu einem frühen Monument der deutschen Rechtsvergleichung geführt, der 'Vergleichende Darstellung des Deutschen und des Ausländischen Strafrechts'." Zweigert; Kötz, 1996, p. 50.

38. SIEBER, 2006, p. 95 ss.

39. Zweigert; Kötz, 1996, p. 53.

40. Sieber, 2007, p. 54; Amelung, 1980, p. 44.

41. E, aliás, não apenas na Europa ou na Alemanha. *Zweigert* e Kötz salientam que a ascensão do direito comparado no início do séc. XIX ocorreu quase simultaneamente em diversos países. Zweigert; Kötz, 1996, p. 53. Cf, ainda: Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 10 ss. Igualmente nesse sentido, esclarece *Eser*: "Nesse sentido, o 'direito comparado legislativo' possui somente uma função preparatória. Não obstante, por ele o 'estoque de soluções' para as decisões a serem tomadas pelo legislador pode experimentar um enriquecimento significativo." Tradução livre de: "Insofern hat die 'legislative Rechtsvergleichung' nur eine Vorbereitungsfunktion. Gleichwohl kann damit der 'Vorrat an Lösungen' für die vom Gesetzgeber letztlich zu treffende Wahl eine beträchtliche Bereicherung erfahren." ESER, 1998, p. 1511.

Ademais, é de se ressaltar que, ainda durante o século XIX, já havia se tornado evidente as desvantagens do isolacionismo jurídico.[42] Assim, aos poucos foi se consolidando a compreensão de que, para poder adequar o direito às mudanças sociais da época, os juristas deveriam estar dispostos a olhar para além das fronteiras nacionais e a investigar as políticas criminais e exemplos estrangeiros de solução jurídica.[43] É possível reconhecer claramente uma postura semelhante de oposição ao provincialismo do direito, no geral, e do Direito Penal, em particular, na passagem do texto de *Feuerbach* acima transcrita.[44] A contribuição do autor para o desenvolvimento da comparação jurídica, a propósito, foi muito além do que apenas aquela crítica ao caráter hermético do direito. O trabalho de *Feuerbach* representou, em verdade, um avanço notável para a pesquisa de direito penal comparado.[45] Em mais de uma ocasião ele criticou com veemência as limitações da ciência jurídica alemã, advogando pela construção de uma ciência jurídica universal erigida sobre bases comparadas.[46]

---

42. *Dubber* critica, ainda, que em muitos países o direito penal tenha se isolado não apenas do direito penal estrangeiro, mas também de outros ramos do direito nacional. O autor explica que o direito penal não raro se desenvolve sem levar em conta as teorias ou lições que já existem em outros âmbitos jurídicos. Ele cria seus próprios conceitos sem considerar os pontos de contato ou intersecção da matéria com outros os ramos do direito. Por óbvio, isso pode levar a contradições entre lei e teoria, no sentido de que conceitos como ação (*act*), dano (*harm*), intenção (*intention*) ou negligência (*recklessness*) também têm relevância para outros âmbitos jurídicos, e talvez possuam, lá, um conteúdo não compatível com a respectiva conformação penal desses mesmos conceitos. DUBBER, 2006, p. 1301. Nesse mesmo passo, em relação ao direito penal alemão, refere *Schultz* que: "Na doutrina de direito penal alemã, ademais, corre-se o perigo de isolar o direito penal de todo o direito." Tradução livre de: "In der deutschen Strafrechtslehre droht zudem die Gefahr, das Strafrecht vom Ganzen des Rechts zu isolieren." Schultz, 1980, p. 18. No entanto, vale a ressalva de que tal observação também pode ser feita na direção oposta, ou seja: as outras áreas do direito também poderiam ser criticadas por não levar em consideração conceitos do direito penal. Cf., ademais, Zweigert; Kötz, 1996, p. 51.

43. Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 19-20. V., também: Zweigert; Kötz, 1996, p. 58.

44. V. nota 23.

45. ESER, 1998, p. 1503.

46. Nas palavras de *Feuerbach*: "De fato, no âmago da ciência alemã e da natureza alemã repousava uma razão principal por que, entre nós, ao menos dentre os próprios juristas, praticamente não era possível pensar num tal trabalho. Nossa ciência jurídica alemã já era, em si, tão extensa, tão variada em seus componentes, são rica em fontes inesgotáveis, que mesmo o empenho mais diligente não tinha nem tempo nem forças para o estrangeiro, se não quisesse, para adornar com flores estrangeiras o solo da literatura pátria, negligenciar, em grande medida, a cultura dos frutos domésticos, que necessidades diárias autoritariamente demandavam. A natureza do estudioso alemão é o rigor e essa designa, no geral, também nossa literatura jurídica. O alemão acredita não saber nada enquanto não dominar seu objeto em todos os pontos e nos mínimos detalhes. Seu conhecimento aspira, pois, em todos os lugares, mais à profundidade do que à amplitude e, lá onde ele teme que a maior amplitude sacrificaria a meticulosidade do seu conhecimento, ele limita de bom grado sua extensão. Quem quer abranger muito, não pode se envergonhar por pequenos erros; quem quer ponderar tudo no seu todo, não pode explorar tudo em detalhes,

Além disso, tanto *Feuerbach* como seu pupilo, *Mittermaier*, fizeram uso de métodos comparativos no debate sobre princípios modernos de Direito Processual Penal.[47] Mas foi, sobretudo, *Mittermaier* quem se dedicou ao direito comparado com vistas à reforma do Direito Processual Penal, tendo não apenas justaposto leis, mas também incluído na sua comparação a dimensão da realidade do direito.[48] Como consequência, ele acabou

senão que tem que tocar muito apenas superficialmente, deixar algumas coisas no escuro, aceitar outras apenas de boa fé". Tradução livre de: "Doch lag in dem Wesen der teuschen Jurisprudenz und des teuschen Charakters eine Hauptursache, warum bisher unter uns, wenigstens von den Rechtsgelehrten selbst, an eine solche Arbeit kaum gedacht werden konnte. Unsere teusche Jurisprudenz war an sich schon von so großem Umfange, so vielfach in ihren Theilen, so reich an unerschöpflichen Quellen, daß auch der emsigste Fleiß für das Ausländische weder Zeit noch Kräfte übrig hatte, wenn er nicht, um den Boden vaterländischer Literatur mit fremden Blumen zu schmucken, die Cultur der einheimischen Früchte, die das tägliche Bedürfnis gebieterisch foderte, großen Theils vernachläßigen wollte. Der Charakter des teuschen Gelehrten ist Gründlichkeit, und dieser bezeichnet auch im Ganzen *unsere juristische Literatur. Der Teusche glaubt so lange nichts zu wissen, als er nicht seines Gegenstandes in allen Punkten bis in seine kleinsten Theile Meister geworden ist. Sein Wissen strebt daher überall mehr in die Tiefe, als in die Breite, und er beschränkt sich gern in seinem Umfange, wo er der größeren Ausdehnung die Gründlichkeit seines Wissens aufzuopfern fürchtet. Wer Vieles umfassen will, darf sich kleiner Irrthümer nicht schämen; wer alles im Ganzen überdenkt, kann nicht alles im Einzelnen ergründen, sondern muss über vieles nur hinüber streifen, manches im Dunklen lassen, anderes nur auf Treu und Glauben hinnehmen*." O autor prossegue: "E também a esse respeito retorno mais uma vez ao necessário estudo das Constituições, leis e instituições, à criação de uma ciência jurídica universal, como a fonte mais rica de uma filosofia legal verdadeira, abrangente e útil para a vida." Tradução livre de: "Und auch in dieser Beziehung komme ich wieder auf das nothwendige Studium der Verfassungen, Gesetze und Einrichtungen, auf die Gründung einer Universal-Jurisprudenz, als der reichsten Quelle einer wahren, umfassenden, und für das Leben brauchbaren Gesetzphilosophie zurück." Feuerbach, 1833, p. 165-166 e p. 169. V., ainda: Zweigert; Kötz, 1996, p. 51. Cf.: Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 13.

47. JESCHECK, 1955, p. 11-12.

48. Zweigert; Kötz, 1996, p. 54. No prefácio de seu livro sobre a oralidade, o princípio acusatório a publicidade e o Tribunal do Juri em diferentes ordens jurídicas, *Mittermaier* escreveu: "Frequentemente percebe-se a falta de um conhecimento preciso das particularidades pelas quais se configura, na prática, o processo que se deseja introduzir; lamenta-se a falta de atenção às experiências de países nos quais há muito existe o procedimento oral. Desde 1809 este autor direciona seus estudos especialmente à obtenção, em todas suas viagens, de informações precisas sobre as faltas, lacunas e lados negativos das instituições desses países, por meio de observação própria, de questionamentos a pessoas que passaram por diversos cargos na vida civil, puderam observar os efeitos das instituições judiciais; ele usou suas relações de amizade com profissionais de alto escalão no exterior para conhecer suas visões e experiências sobre questões importantes do processo penal. [...] Acima de tudo, era desejo do autor apreender e expor adequada e corretamente a forma como as ideias, por ex., da oralidade, do princípio acusatório são implementadas em diferentes países, por ex., na Inglaterra, na Escócia, na América do Norte, na França, na Itália, bem como o lado positivo e o negativo das instituições que cada vez mais são sugeridas na Alemanha, a fim de demonstrar de que pressupostos, relações e condições a eficácia dos famosos dispositivos dependem e a que o legislador deve almejar". Tradução livre de: "Nur zu häufig

por influenciar, através do direito penal comparado, a inclusão de princípios processuais basilares no sistema jurídico alemão.[49] Além disso, ao lado de *Zachariä*, *Mittermaier* fundou,[50] em 1829, a primeira revista para o estudo de direito estrangeiro, a *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*.[51] Em virtude de sua enorme

bemerkt man den Mangel der genauen Kenntnis der Einzelheiten, durch welche das Verfahren, dessen Einführung man wünscht, in der Anwendung sich gestaltet; man beklagt den Mangel der Beachtung der Erfahrungen der Länder, in welchen mündliches Verfahren seit langer Zeit besteht. Seit 1809 hat der Unterzeichnete seine Studien besonders darauf gerichtet, auf allen Reisen durch Selbstbeobachtung, durch Erkundigung bei Personen, welche nach verschiedenartiger Stellung im bürgerlichen Leben die Wirkung gerichtlicher Einrichtungen beobachten konnten, genaue Nachrichten über die Mängel, Lücken und Schattenseiten der Einrichtungen ihrer Länder zu erhalten; er hat seine freundschaftlichen Verhältnisse mit hochgestellten Praktikern des Auslandes benützt, um ihre Ansichten und Erfahrungen über die wichtigen Fragen des Strafverfahrens kennen zu lernen. [...] Vorzüglich war es der Wunsch des Verfassers, die Art wie die nämliche Idee z.B. der Mündlichkeit, des Anklageprinzips in verschiedenen Ländern z.B. in England, Schottland, Nordamerika, Frankreich, Italien, durchgeführt ist, die Licht- und Schattenseite der auch in Deutschland immer mehr empfohlenen Einrichtungen, gehörig aufzufassen und darzustellen, um zu zeigen, von welchen Voraussetzungen, Verhältnissen und Zuständen die Wirksamkeit der gerühmten Vorschriften abhängt und worauf der Gesetzgeber hinzuwirken hat." Mittermaier, 1845, p. IV-V. O trecho aqui transcrito é especialmente elucidativo, porquanto resume claramente a intenção da obra: servir não apenas à representação das particularidades de outros sistemas jurídicos, mas também a uma autêntica investigação das experiências estrangeiras no enfrentamento de questões jurídicas similares, com o objetivo de alcançar nova compreensão do direito alemão. Esse esforço pode ser percebido em outras obras do autor, e não apenas dentro do direito penal. V., por ex., sobre a condição das estabelecimentos prisionais na Inglaterra: Mittermaier, 1850, *passim*; acerca do processo penal inglês, escocês e norte-americano: Mittermaier, 1851; sobre o Tribunal do Júri na Europa e na América: Mittermaier, 1865; sobre o processo penal alemão em comparação com o processo civil da França e da Prússia: Mittermaier, 1826.

49. ESER, 1998, p. 1504. V.: Mittermaier, 1845, *passim*.

50. Cf. Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 13; Zweigert; Kötz, 1996, p. 53.

51. No prefácio da primeira edição, o autor esclarece o objetivo da revista, salientando os fundamentos comuns dos regimes jurídicos dos Estados europeus e referindo seu interesse compartilhado nas mesmas questões e tarefas político-científicas. Consoante o autor: "Desse tipo são, por exemplo, todas as questões e tarefas que dizem respeito ao aperfeiçoamento da constituição representativa [...] Igualmente podem ser consideradas como questões europeias, em certa medida, as questões que dizem respeito às garantias da autonomia da administração da justiça, a organização dos tribunais, as vantagens, a composição e as competências do Tribunal do Júri e a composição dos municípios; em suma, questões que, quanto mais profundamente interveêm na essência mais íntima dos Estados e nas aspirações da época, mais frequentemente são debatidas nos textos e na vida. À mesma classe pertence a longa lista de tarefas que se relacionam com o aprimoramento da legislação civil e penal; por ex., (e para ficar aqui só com algumas das questões mais gerais) a tarefa: Quando é necessário para um Estado a elaboração e introdução de um Código Civil? Ou a tarefa: Como se deve formular um tal Código, de modo que a ciência do direito civil não pereça entre as pessoas com sua introdução? E igualmente a tarefa: A lei deve punir as ofensas de acordo com sua infâmia ou de acordo com sua periculosidade? São as penas mais eficazes na medida em que são mais severas? Pode-se até atribuir a essas investigações um interesse primordialmente europeu, uma vez que elas têm ligação direta com as

contribuição científica nesse campo, *Jescheck* lhe atribuiu o título de "verdadeiro criador da descrição comparada na Alemanha".[52]

Consideráveis contribuições teóricas ao desenvolvimento do direito penal comparado no espaço de língua alemã durante o *Fin de Siècle* prestaram, ainda, *Kohler*, *von Liszt* e *Radbruch*.[53] O empenho destes autores em vários trabalhos que levaram ao refinamento do método comparado é inegável.[54] Especialmente digno de nota é a obra de dezesseis volumes intitulada *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, em cuja concepção e realização *von Liszt* desempenhou papel decisivo.[55] A confecção da

relações externas dos Estados europeus. As mesmas investigações também impactam, aliás, as tarefas da legislaçao civil de múltiplas formas. [...] Os naturalistas da Alemanha e dos países vizinhos se reúnem anualmente para discutir os interesses de sua ciência. Seria justo que os estudiosos do Direito fizessem o mesmo. Eles também são naturalistas; pesquisam as leis naturais da sociedade civil". Tradução livre de: "Von dieser Art sind z.B. alle die Fragen und Aufgaben, welche die Vervollkommnung der Repräsentativverfassung betreffen. [...] Eben so können die Fragen, welche die Bürgschaften für die Selbstständigkeit der Gerechtigkeitspflege, die Organisation der Gerichte, die Vortheile, die Zusammensetzung und die Befugnisse der Schwurgerichte, und die Verfassung der Gemeinden betreffen, in einem gewissen Grade als Europäische Fragen betrachtet werden; insgesammt Fragen, welche, je tiefer sie in das innerste Wesen der Staaten und in das Streben des Zeitalters eingreifen, desto häufiger in Schriften und im Leben verhandelt werden. In dieselbe Klasse gehört die lange Reihe von Aufgaben, welche sich auf die Verbesserung der Civil- und der Strafgesetzgebung beziehen; z.B. (um hier nur bei einigen der allgemeinsten Fragen stehen zu bleiben,) die Aufgabe: Wann ist für einen Staat die Abfassung und Einführung eines bürgerlichen Gesetzbuches Bedürfnis? ferner die Aufgabe: Wie ist ein solches Gesetzbuch abzufassen, auf daß nicht mit der Einführung desselben die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts in dem Volke absterbe? eben so die Aufgaben: Soll das Gesetz die Vergehungen nach Maßgabe ihrer Schändlichkeit oder soll es sie nach Maßgabe ihrer Gefährlichkeit bestrafen? Sind Strafen in dem Grade wirksamer, in welchen sie strenger sind? [...] Man kann diesen Untersuchungen sogar vorzugsweise ein Europäisches Interesse beilegen, da sie in einer unmittelbaren Beziehung auf die auswärtigen Verhältnisse der Europäischen Staaten stehen. Dieselben Untersuchungen schlagen übrigens zugleich in die Aufgaben der Civilgesetzgebung mannigfaltig ein. [...] Die Naturforscher Deutschlands und der benachbarten Länder halten alljährlich eine Versammlung, um sich über die Interessen ihrer Wissenschaft zu besprechen. Die Rechtsgelehrten sollten billig dasselbe thun. Sie sind auch Naturforscher; sie erforschen die Naturgesetze der bürgerlichen Gesellschaft." Zachariä, 1829, p. 7-10; 27.

52. Tradução livre da frase a seguir: "Er ist der eigentliche Schöpfer der vergleichenden Darstellung in Deutschland." Jescheck, 1955, p. 12. Esse entendimento é compartilhado por *Dubber*: "If Feuerbach established the modern discipline of comparative criminal law, Mittermaier was the first professional criminal law comparatist." Dubber, 2006, p. 1303-1304.

53. Hilgendorf, 2011, p. 13.

54. Citar, aqui, todas as obras destes autores extremamente produtivos que tenham tido relevância para o direito comparado não seria, diante dos limites deste trabalho, possível, especialmente considerando-se a amplitude de sua produção científica. V., apenas a título de exemplo: Kohler, 1889; v. Liszt, 1970 (vol. I e II); Radbruch, 1999.

55. A empreitada científica foi apoiada desde o início pela *Internationale Kriminalistische Vereinigung*. Ademais, a *v. Liszt* foi confiada a tarefa de assegurar as "bases financeiras" (*die finanziellen Grundlagen*) de tal empreendimento. Sobre isso: v. Liszt, 1894, p. XI-XXVII.

publicação mobilizou, segundo *Jescheck*, inúmeros estudiosos alemães do Direito Penal daquela época, tendo estimulado sensivelmente a discussão sobre a reforma de direito penal alemão da virada de século. Por tal motivo, o valor da obra é até hoje reconhecido na comunidade científica do mundo todo.[56]

56. Jescheck, 1955, p. 11. Nesse sentido, *Radzinowicz* enfatiza que: "The work of Stooss and Von Liszt (especially the latter) constitutes a landmark in the history of comparative penal studies." Radzinowicz, 1942, p. 323. Do mesmo modo, *Dubber* reconhece a enorme importância da obra. Ele assevera, contudo, que se trata mais de um trabalho sobre direito estrangeiro do que um trabalho propriamente de direito comparado: "This collection is a treasure trove of information about non-German criminal systems as of the early twentieth century. […] It is not, however, a work of comparative law." Dubber, 2006, p. 1303. Não obstante, deve-se ter em mente que tal obra, na realidade, é só parte de um empenho científico mais amplo, que havia sido iniciado com outras duas publicações, quais sejam: os dois volumes do livro intitulado "*Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*", de autoria de *v. Liszt*. Além disso, deve-se manter presente que *v. Liszt* explica, na introdução desses dois trabalhos iniciais, que ele havia se inspirado na pesquisa de *Stoos* e adotaria, como ponto de partida da própria pesquisa, seu plano de trabalho (embora não sem modificações ou adaptações). Por tal motivo, *v. Liszt* esclarece que "o primeiro volume" conteria "os fundamentos para uma exposição jurídico-comparada do direito penal europeu, e não esta em si", isto é, ele iria primeiro "criar as pré-condições necessárias para todo trabalho comparado em âmbito penal" (tradução livre). Só então seria possível realizar a parte realmente comparada da pesquisa. A obra composta de múltiplos volumes (*Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*) deveria, então, representar essa segunda fase da empreitada, na qual não seriam apenas justapostos dois ou mais direitos, senão que se buscaria encontrar "algo novo, autônomo", que "diferisse dos direitos individuais comparados e não estivesse simplesmente contido neles" (tradução livre). Em quê, na opinião de *von Liszt*, consistiria uma tal contribuição, vem elucidado na seguinte passagem: "O direito comparado começa, para mim, apenas no instante em que o autor, apoiado em sua pesquisa minuciosa, e partindo de uma específica e clara visão fundamental da política criminal, nos diz: é assim, e não de outro jeito, que vocês devem fazer. [...] E é nesse sentido que nossos volumes seguintes devem nos trazer uma exposição verdadeiramente jurídico-comparada da 'legislação penal contemporânea.' [...] Mas darei um passo além. A tarefa do direito comparado não é apenas encontrar a regra jurídica adequada, mas também aperfeiçoar a ciência jurídica. Sobre a base ampla e empírica, que a ciência jurídica deve à penetração de contribuições estrangeiras, é que a teoria nacional deve se elevar acima de si mesma." Tradução livre de: "Die Rechtsvergleichung beginnt für mich erst in dem Augenblicke, in dem der Verfasser, gestützt auf diese seine sorgfältige Untersuchung und ausgehend von einer bestimmten und klaren kriminalpolitischen Grundanschauung, uns sagt: so, und nicht anders, sollt ihr es machen. [...] Und in diesem Sinne sollen unsere folgenden Bände eine wirklich rechtsvergleichende Darstellung der 'Strafgesetzgebung der Gegenwart' uns bringen. [...] Ich gehe aber noch einen Schritt weiter. Aufgabe der Rechtsvergleichung ist nicht nur die Findung des zweckentsprechenden Rechtssatzes, sondern auch die Weiterbildung der Rechtswissenschaft. Auf der breiten, empirischen Grundlage, die sie der Durchdringung fremder Leistungen verdankt, soll die nationale Theorie sich über sich selbst hinaus erheben." v. Liszt, 1894, p. XXII-XXVII. Estes excertos são bastante esclarecedores na medida em que evidenciam uma concepção específica de direito penal comparado que *v. Liszt* defendia naquele tempo. Essa concepção continha em si a ideia de que o desenvolvimento e evolução do direito é um dos maiores contributos do direito penal comparado.

Contudo, cumpre salientar que a contribuição de *von Liszt* ao direito penal comparado não se restringiu apenas à elaboração de escritos teóricos. Juntamente com *Adolphe Prins* e *Gerardus Antonius van Hamel* ele fundou, em 1889, a primeira associação transnacional voltada ao fomento da pesquisa criminológica e jurídico-penal.[57] Sob o nome "*Internationale Kriminalistische Vereinigung*", a Associação organizou, à época, diversos congressos internacionais em várias metrópoles europeias e, dessa forma, incentivou o contato entre estudiosos do Direito Penal de diferentes países.[58] Através desses eventos, a Associação permitiu um intercâmbio de experiências e opiniões extremamente frutífero não apenas em relação a temáticas de Direito Penal e política criminal, mas também especificamente em relação ao direito penal comparado.[59] Por essa razão, *Kesper-Biermann* afirma que: "Para a atividade extremamente extensa de comparação em direito penal, uma organização como a Associação constituiu a condição ideal".[60] Todos esses fatores

57. ESER, 1998, p. 1505; Jescheck, 1955, p. 13-17.

58. V., em especial, o Art. 4 do Estatuto da Associação, no qual se esclarece que ao menos uma vez ao ano deveria ser realizada uma reunião: v. LISZT, 1889, p. 365.

59. Tradução livre do trecho a seguir: "Für die außerordentlich umfangreiche strafrechtsvergleichende Tätigkeit bildete eine Organisation wie die Vereinigung die ideale Voraussetzung." Kesper-Biermann 2007, p. 85-86. *Von Liszt* elucida o objetivo da *Internationale Kriminalistische Vereinigung* da seguinte forma: "Cada legislação penal deve possuir um caráter nacional, deve se adaptar às particularidades do Estado ao qual se destina. Mas toda legislação penal repousa sobre bases científicas: e a ciência que busca obter essas bases não está, assim como qualquer ciência, limitada por barreiras nacionais. Assim, nossa associação também deve ser uma associação internacional, para que, em comum concurso, possa ser disponibilizada a cada país." Tradução livre de: "Jede Strafgesetzgebung muss nationalen Charakter tragen, sie muss der Eigenart des Staates sich anpassen, für dessen Volk sie bestimmt ist. Aber jede Strafgesetzgebung ruht auf wissenschaftlichen Grundlagen: und die Wissenschaft, welche diese Grundlagen zu gewinnen sucht, ist, wie jede Wissenschaft, an nationale Schranken nicht gebunden. So soll auch unsere Vereinigung eine internationale sein, um sie im gemeinsamen Wettbewerb der einzelnen Länder zur Verfügung zu stellen." v. Liszt, 1889, p. 367.

60. Kesper-Biermann, 2007, p. 89. A autora menciona, todavia, que, afora o fato de que entre seus membros estavam não só acadêmicos de países europeus, mas do mundo todo, a Associação era, ainda assim, fortemente eurocêntrica. Em suas palavras: "Embora mais de vinte nações pertencessem, ao todo, à Internationalen Kriminalistischen Vereinigung antes 1ª Guerra Mundial, ela era – em termos de importância e número de representantes de cada Estado – essencialmente um assunto da Europa continental. A Grã-Bretanha e os EUA tinham apenas uma representação marginal; lá, o foco estava no movimento de reforma prisional. Os poucos Estados Sul-Americanos, como o Brasil ou a Argentina, do mesmo modo que o Japão enquanto país asiático ou o Egito enquanto país do norte da África, desempenhavam, representados por um punhado de pessoas, apenas um papel periférico. Isso, juntamente à composição social de luxo da Associação, resultante das profissões dos membros, levou o criminologista inglês Sir Leon Radzinowicz a descrevê-la como 'uma espécie de clube elitista europeu confortável e bem estabelecido.'" Tradução livre de: "Obwohl der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung vor dem Ersten Weltkrieg insgesamt über 20 Nationen angehörten, war sie – gemessen an Bedeutung und Zahl der Vertreter der einzelnen Staaten – im Wesentlichen eine kontinentaleuropäische Angelegenheit. Großbritannien und die

históricos demonstram com clareza o grande florescimento que direito penal comparado viveu durante esse período.

Mas a história não é algo linear e tampouco o foi a história do desenvolvimento e consolidação do direito penal comparado. Nas palavras de *Dubber*:

> "A história do direito penal comparado é a de algo muito promissor seguido de uma prática decepcionante, até mesmo enfadonha. Após um início teoricamente ambicioso na virada do século, quando seus objetivos foram traçados com enorme entusiasmo e grandes esperanças, o direito penal comparado logo desanimou."[61]

Assim, apesar dos notáveis avanços que a pesquisa jurídico-comparada como um todo havia conquistado durante a virada do século XIX, sua importância enquanto instrumento de análise e aperfeiçoamento do direito permaneceu ainda demasiado limitada, especialmente quando se leva em consideração seu (parco) impacto concreto no ordenamento jurídico – e isso vale não apenas para o direito comparado como um todo, mas especialmente para o direito *penal* comparado. Fato é que a produção científica do direito comparado nem sempre ressoou com o legislador.[62] O desinteresse ou mesmo a falta de disposição por parte do agente formulador de políticas em utilizar os resultados de pesquisas comparadas em reformas legislativas daquele tempo foi resumido de forma cirúrgica por *Eser*: "a ciência jurídico-comparada estava no papel do provedor a quem faltava, do lado político, uma correspondente demanda."[63]

No entanto, também no mundo acadêmico o direito comparado seguia sendo objeto de modesta consideração, a despeito do lugar relativamente seguro que já havia conquistado dentro das ciências jurídicas à época. Se, por um lado, essa falta de valorização pode ter sido agravada pelo fato de que a pesquisa comparada não lograva repercutir na legislação, por outro, sua marginalização enquanto ramo legítimo do direito era algo que lhe

---

USA waren nur marginal vertreten; dort lag der Schwerpunkt auf der Gefängnisreformbewegung. Die wenigen südamerikanischen Staaten wie Brasilien oder Argentinien spielten genauso wie Japan als asiatisches oder Ägypten als nordafrikanisches Land, vertreten durch eine Handvoll Personen, nur am Rande eine Rolle. Die, zusammengenommen mit der aus den Berufen der Mitglieder hervorgehenden, gehobenen sozialen Zusammensetzung der Vereinigung, läßt den englischen Kriminologen Sir Leon Radzinowicz sie als '*a kind of a comfortable established élitist European club*' bezeichnen." Kesper-Biermann, 2007, p. 85-86 (grifo no original).

61. Tradução livre da seguinte passagem: "The story of comparative criminal law is one of great promise followed by disappointing practice, even drudgery. Following a theoretically ambitious start at the turn of the nineteenth century, when its aims were laid out with great verve and high hopes, comparative criminal law flattened out quickly." Dubber, 2006, p. 1291.

62. ESER, 1998, p. 1505.

63. Tradução livre: "[...] die rechtsvergleichende Wissenschaft [war] in der Rolle des Anbieters, dem auf politischer Seite eine entsprechende Nachfrage fehlte". ESER, 1998, p. 1505.

acompanhava desde o início.[64] De acordo com *Gutteridge,* o direito comparado não era apenas visto com simples desinteresse no âmbito científico, senão que, não raro, com uma postura de franca hostilidade. Não por acaso, havia sido apelidado de "Cinderela das ciências jurídicas".[65] É provável que esse antagonismo tenha se originado, segundo o autor, de um "medo dos efeitos poluentes ou disruptivos que, temia-se, poderia resultar da infiltração de ideias jurídicas vindas de fora".[66] Nesse ponto, o enraizamento do direito na tradição teria sido em parte responsável por ter nutrido uma atitude intransigente por parte dos juristas perante os estudos jurídico-comparados.[67]

A ausência de demanda política por pesquisas de direito comparado, portanto, não pode ser apontada como a única razão pela qual seus evidentes êxitos não conduziram a um imediato reconhecimento do seu valor científico. Pode-se dizer que a recusa, por parte da academia, em admitir a relevância e a autonomia da comparação jurídica teve sim um peso sensível na manutenção desse estado de coisas. Não obstante, acontecimentos mais recentes na esfera do Direito Internacional demonstraram, mais uma vez, o quão crucial pode ser o interesse político para a evolução de áreas específicas da pesquisa: o aumento precisamente desse interesse em pesquisas jurídico-comparadas veio a desempenhar, mais tarde, papel decisivo no aumento da importância do direito penal comparado.[68]

É interessante notar, além disso, que o paralelo com os conceitos de oferta e demanda bem ilustra por que justamente o Direito *Civil* comparado acabou, durante tanto tempo, sendo favorecido em detrimento do Direito Penal: a introdução de regras uniformes no campo do Direito Comercial era e é tido como pressuposto do crescimento econômico em diversos contextos.[69] Isso fez com que a demanda política por trabalhos preparatórios de direito comparado se tornasse muito mais elevada nesses âmbitos regulatórios muito antes de se formar uma semelhante demanda na esfera do Direito Penal. A isso soma-se, ademais, o fato de que a demanda por conhecimentos do Direito Civil estrangeiro tendia a ser maior também na jurisprudência, tendo em vista a "constante aplicação de leis estrangeiras no direito internacional privado."[70] Além disso, a "utilidade dos trabalhos

64. Frankenberg, 1985, p. 418.

65. Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 23.

66. Tradução livre da frase a seguir: "dread of the polluting or disruptive effects which is feared might result from the infiltration of legal ideas from abroad." Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 25.

67. *Gutteridge* enfatiza, ademais, que: "It must not be thought, however, that this attitude of mind is confined to Englishmen because it exists more or less in every country." Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 25.

68. Sobre isso, v. SIEBER, 2006, p. 85 ss.

69. Cf.: Zweigert; Kötz, 1996, p. 50.

70. Tradução livre do trecho a seguir: "[...] ständige Anwendung fremder Gesetze im internationalen Privatrecht". Jescheck, 1955, p. 25.

comparativos" se fazia mais evidente em relação ao Direito Civil,[71] ao passo que, no Direito Penal, "ainda predominava pouca clareza" quanto a esse aspecto.[72] Todos esses fatores teriam, segundo *Jescheck*, "feito com que o estudo do direito civil estrangeiro parecesse mais natural."[73]

4. Do aumento da importância do direito penal comparado como consequência do entrelaçamento global, econômico e político da sociedade

Esse quadro mudou significativamente no final do século passado. Os acontecimentos-chave do séc. XX desaguaram em uma mudança visível no *Zeitgeist*.[74] Com o início da era atômica, novos tipos de perigos se desvelaram para a humanidade. Perigos que, se de um lado soam demasiado abstratos e complexos, de outro se fazem quase ubíquos e profundamente alarmantes.[75] A incerteza passa, então, a constituir parte integrante da existência humana, revelando-se como um lado inesperado do avanço científico-tecnológico.[76] A sociedade se vê, então, em uma era global, na qual riscos são percebidos no mundo todo precisamente porque suas consequências tendem a ser, também, globais.[77]

---

71. Jescheck, 1955, p. 25.

72. Hilgendorf, 2011, p. 14.

73. Tradução livre do seguinte excerto: "das Studium des Auslandszivilrechts geradezu als selbstverständlich erscheinen lassen." Jescheck, 1955, p. 25.

74. Souza Santos, 2010, *passim*. *Morin* designou a época pós segunda Guerra Mundial como Era de Damocles – fazendo referência à anetoda da espada de Dâmocles. Segundo o autor, diante da real possibilidade de ser aniquilados em um curto momento, a humaninade passou a estar sentada, assim como dâmocles, sob uma espada pendurada pela crina de um cavalo. O desenvolvimento de armas de destruição em massa representou, segundo o autor, um ponto de inflexão especial na forma de pensar sobre diversos aspectos da vida no mundo inteiro. Morin, 1997, p. 213. Também sobre esse ponto: D'Avila, 2001.

75. O perigo passa, então, a constituir parte integrante da vida em sociedade, em uma escala muito maior do que antes: em um mundo globalizado também os riscos são globais. Nesse contexto, difundiu-se o conceito desenvolvido pelo sociólogo Ulrich Beck da "sociedade de risco", que procura designar a nova configuração da sociedade através de sua imbricação com condições e situações intrinsecamente perigosas. Beck, 2010, p. 43. O conceito de sociedade de risco foi transposto para e desenvolvido no direito penal por diversos autores. Uma das obras mais conhecidas e abrangentes sobre esse tema é a tese de habilitação de *Prittwitz*: Prittwitz, 1993.

76. *Souza Santos* cita descobertas revolucionárias no âmbito das ciências naturais como fator decisivo dessa mudança de espírito. Souza Santos, 2010, p. 23-28; 40 ss.

77. Constatação esta que se confirma diariamente e que possui cada vez maior impacto na percepção que temos desses riscos. Se desastres nucleares como o de Chernobyl (1986) e de Fukushima I (2011) descortinaram a dimensão dos danos que erros ou falhas a um nível individual podem acarretar quando cometidos em contextos de energia nuclear, o aquecimento global de causa humana evidencia gradualmente como condutas individuais, tomadas agora em um nível comunitário

Não é exagero afirmar que os desenvolvimentos da tecnologia e da ciência nas últimas cinco décadas remodelaram o mundo e as relações humanas.[78] O planeta se conectou de tal forma que, hoje, uma única ação pode facilmente (e em alguns casos até imprevisivelmente) produzir efeitos bem além das fronteiras do país onde ela foi tomada. O advento da internet foi, em grande medida, responsável por ter reformulado os conceitos de espaço e tempo:[79] virtualmente, tudo ocorre instantaneamente; virtualmente, o ser humano torna-se onipresente. Inúmeras atividades podem, agora, ser realizadas em uma rapidez sem precedentes. As mudanças técnicas, econômicas e políticas levaram, ademais, a uma perda generalizada de controle por parte dos Estados individuais – hoje, um país dificilmente consegue, sozinho, regular ou monitorar suficientemente o trânsito transfronteiriço de pessoas e produtos ou a transmissão de dados através da rede mundial.[80]

Resulta da soma dessas transformações que os limites territoriais dos Estados não representem mais, por si só, um obstáculo eficaz à criminalidade. Evidentemente, a permeabilidade das fronteiras nacionais trouxe consigo incontáveis vantagens. Mas é inegável que ela possui também um lado negativo: a via que conduz a uma maior abertura das fronteiras também conduz a um incremento sensível do cometimento de crimes que não mais as vê como óbices. Com isso, a globalização trouxe não apenas novos riscos, senão que também criou novas oportunidades para a prática de delitos transnacionais.[81] Eis que surge, então, um paradoxo: no enfrentamento da criminalidade internacional, um país – e, pois, seu Direito Penal – acaba por esbarrar nas próprias fronteiras.[82] Ligado a isso, nota-se um entrelaçamento mútuo cada vez maior entre as políticas nacionais e regionais. Nesse contexto de dificuldade na contenção de delitos transfronteiriços,

---

e contínuo, também são capazes de ocasionar destruição em larga escala. A atual pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), os incêndios de proporções estarrecedoras a ameaçar biomas inteiros, os vazamentos de óleo em alto-mar, tudo isso comprova que o risco não pode ser contido por fronteiras nacionais.

78. A mudança estrutural da sociedade foi, de fato, tão profunda, que por volta do final do sécula passado havia se disseminado, sobretudo no mundo ocidental, a percepção de que a Modernidade havia chegado a seu fim. Novas designações para a nova era da história humana se multiplicaram: não vivíamos mais em um período moderno, mas em uma "modernidade tardia" ou em uma "pós-modernidade". Morin, 1997, p. 14.

79. *Sieber* fala, aqui, de uma "dissolução das clássicas categorias de espaço e tempo" (tradução livre). Sieber, 2007, p. 61. De modo similar, *Hilgendorf* aponta para o processo de encolhimento (*kleiner Werden*) do planeta como consequência da invenção da Internet: "Zeit und Raum haben damit ihre herkömmliche Bedeutung verloren. Politik, Wirtschaft, Kunst und auch die Wissenschaft spielen sich heute im [*sic*] einem 'globalen Dorf' ab, in dem jeder der Nachbar des anderen ist." Hilgendorf, 2011, p. 11.

80. Sieber, 2007, p. 67.

81. Sieber, 2007, p. 3.

82. Sieber, 2007, p. 7.

identifica-se claramente uma busca crescente dos países por mais cooperação internacional especificamente no campo do Direito e Processo Penal. Tornou-se, assim, gradualmente visível que os riscos globais das últimas décadas estariam a exigir soluções igualmente globais.[83] O que significa, dentre outras coisas, harmonização de ordenamentos jurídico-penais.

Para alcançar esse objetivo é, entretanto, necessário mais do que apenas vontade política ou disposição para fazer concessões. Harmonização do Direito Penal requer, antes de tudo, o conhecimento sobre os ordenamentos e culturas jurídicas de outros países. No mundo globalizado, portanto, o direito penal comparado ganhou um enorme significado enquanto condição para a aproximação dos Estados e seus ordenamentos jurídicos. Ele assume, em diferentes níveis, um papel fundamental na apreensão das diferenças e particularidades de diversos sistemas jurídicos e contribui, em última análise, de forma decisiva para o desenvolvimento do Direito Internacional, para a configuração de normas de Direito Internacional ou mesmo para sua transposição para o direito nacional.[84]

Cumpre lembrar, ademais, que o direito penal comparado também foi impulsionado no contexto do pós-guerra face à necessidade premente de se perseguir os crimes de guerra cometidos e de se julgar seus responsáveis. O desenvolvimento de uma jurisdição penal por meio da criação de tribunais penais internacionais, bem como a elaboração de tratados no âmbito do direito internacional com vistas a evitar, no futuro, crimes contra a humanidade, teria sido impossível sem o auxílio expressivo de trabalhos de direito penal comparado. Diante disso, despertou-se elevado interesse na cooperação internacional e, como consequência, a demanda por direito penal comparado também aumentou.[85] Foi então que a comparação jurídica teve um segundo florescimento.

Ao refletir sobre essas mudanças e suas repercussões sobre as relações entre os Estados e sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, *Sieber* enumera cinco conjuntos de fatores que teriam contribuído para que o direito penal comparado ganhasse em importância nas últimas décadas. De modo resumido, tais fatores abrangem, consoante o autor:

> (*i*) a intensificação do contato das pessoas com ordens jurídicas estrangeiras, propiciada tanto por uma maior mobilidade humana como pelo aumento das relações e negócios mantidos entre pessoas e organismos de países diferentes;
>
> (*ii*) a crescente busca pela efetiva proteção dos valores e direitos humanos universais, o que inclui sua tutela *no* e *através* do direito penal, bem como sua aplicação e reforço por tribunais penais internacionais;
>
> (*iii*) o desenvolvimento de mecanismos de persecução penal interestatal ou de um ordenamento jurídico-penal transnacional que sejam capazes de operar adequadamente e

83. V., sobre isso, SIEBER, 2007, p. 7 ss.

84. Cf. Sieber, 2006, p. 93-109.

85. ESER, 1998, p. 1506.

> de fazer frente a formas de criminalidade transfronteiriças, algo que demanda aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais;
>
> (*iv*) o surgimento de novos instrumentos de harmonização em direito penal, que alcançam, por vias menos *hard* e não vinculativas (as chamadas *soft law*) uma espantosa capacidade de penetração nos ordenamentos jurídico-penais nacionais;[86]
>
> (*v*) o surgimento de políticas criminais supraestatais como resposta a crises de segurança globais do séc. XXI, que ganham força e consistência a partir da sua articulação no seio de organismos internacionais. A voz desses organismos amplifica o discurso da necessidade da aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais e, com isso, acaba por catalisar o processo de internalização de suas recomendações ou diretrizes.[87]

O autor desenvolve uma análise minuciosa desses principais fatores que, por razões de recorte e espaço, não cabe aqui aprofundar. O que se deseja salientar é que, segundo *Sieber*, esses elementos levaram a um visível aumento da importância do direito penal comparado a partir da segunda metade do séc. XX. Diante do cenário composto por esses componentes, o campo da pesquisa comparada acabou se tornando essencial para o enfrentamento de novos desafios no âmbito do Direito Penal.[88] O atual arranjo mundial exige, como sublinhado acima, um fortalecimento cada vez maior da cooperação interestatal e, com isso, também um contínuo aperfeiçoamento dos processos de harmonização e aproximação jurídicas. Os fatores listados acima, por óbvio, não devem ser considerados isoladamente, senão que como componentes de um contexto social mais amplo, como fatores que estão ligados entre si e que se moldam mutuamente. A complexidade que se revelou como traço característico do mundo globalizado atravessa todas as dimensões – econômica, social, política, técnica – que, ao fim e ao cabo, acabaram determinando o incremento da demanda por conhecimentos jurídico-comparados especificamente em Direito Penal. Em outras palavras, a crescente complexidade e a marcada interconexão do mundo atual é, em grande parte, responsável por ter transformado o "direito penal comparado de um mercado de oferta em um mercado em demanda."[89]

É incontroverso que as mudanças sofridas pelo mundo no decurso da globalização trouxeram consigo problemas completamente novos que, como tais, já não pareciam passíveis de serem superados pelas soluções jurídicas tradicionais e limitados às fronteiras nacionais.[90] A tentativa de mitigar esses problemas pôs em curso um processo,

86. Sobre este ponto, em particular, essenciais são as contribuições de *Machado* e *Weißer*: MACHADO, 2004, p. 45 ss. e p.171 ss.; WEISER, 2017, p. 981 ss.

87. Sieber, 2007, p. 80 ss.

88. SIEBER, 2007, p. 3 ss.

89. ESER, 1998, p. 1506.

90. Nas palavras de Sieber: "Essa transformação da sociedade, da criminalidade e do sistema jurídico-penal de referência desafia categorialmente o direito penal clássico – voltado ao território nacional e à repressão – e provoca mudanças fundamentais, sobretudo quanto a suas fronteiras

ao que tudo indica, irreversível de internacionalização da política criminal e do direito, que cada vez mais impacta a conformação do Direito Penal em âmbito nacional.[91] Nesse quadro, as ciências jurídico-penais, em especial, se deparam com novos desafios, não apenas em virtude de dificuldades práticas e teóricas, mas também em razão dessa crescente internacionalização da política criminal que, nos últimos tempos, acabou favorecendo uma expansão desproporcional do Direito Penal.[92]

Para apreender e digerir criticamente os conflitos que surgem nesse contexto, a ciência jurídico-penal tem de estar disposta a questionar seu provincialismo. Uma vez que manter uma excessiva "pobreza de espírito nacional"[93] pode acabar inibindo a construção de soluções apropriadas aos problemas que surgem em certas áreas do Direito Penal, superar esse apego ao pensamento e à cultura jurídica pátrios parece estar na ordem do dia.[94] Uma adequada assimilação teórico-científica das novas dificuldades no

territoriais e funcionais." Tradução livre de: "Dieser Wandel von Gesellschaft, Kriminalität und strafrechtlichem Referenzsystem fordert das klassische – auf das staatliche Territorium und die Repression ausgerichtete – Strafrecht kategorial heraus und bewirkt fundamentale Veränderungen, vor allem im Hinblick auf seine territorialen und funktionalen Grenzen." SIEBER, 2007, p. 49.

91. Cf. HIRSCH, 2004, p. 836 ss.

92. Em sentido análogo, afirma *Pieth*: "Especialmente a harmonização do direito penal material não é uma obviedade, ela demanda uma discussão concreta e específica para cada tema. Nós conhecemos os riscos: a renúncia às regras de imputação de um Estado de direito, o nivelamento por baixo dos requisitos da tipicidade no interesse de se alcançar um meio-termo, mas sobretudo o fato de que a harmonização do direito penal significa, frequentemente, expansão do direito penal". Tradução livre de: "Insbesondere Harmonisierung von materiellem Strafrecht ist keine Selbstverständlichkeit, sie bedarf der konkreten und themenspezifischen Erörterung. Wir kennen die Risiken: die Aufgabe rechtsstaatlicher Zurechnungsregeln, die Einnivellierung von Tatbestandserfordernissen im Interesse eines Kompromisses, vor allem aber die Tatsache, daß Strafrechtsharmonisierung häufig Strafrechtsexpansion bedeutet." PIETH, 1997, p. 758.

93. A expressão foi utilizada por *Hilgendorf* na passagem a seguir, em que o autor ressalta as vantagens do contato com outras ordens jurídicas: "Dessa forma, uma certa pobreza de espírito nacional, que caracteriza muitos juristas até hoje, pode ser questionada e, não raro, até mesmo corrigida." Tradução livre de: "Auf diese Weise kann eine gewisse nationalstaatliche Borniertheit, die viele Juristen bis heute auszeichnet, hinterfragt und gar nicht selten sogar korrigiert werden." Hilgendorf, 2011, p. 15.

94. Ainda em 1996, *Tiedemann* referiu que, em relação aos processos de harmonização jurídica na União Europeia, o direito penal estaria atrasado em comparação com outros ramos do direito. Um motivo para isso, segundo o autor, "[…] es que el Derecho Penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que sólo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo — al menos en amplios sectores – el Derecho Penal se presenta como Derecho político, que muestra una vinculación especialmente fuerte a la tradición y a la conciencia de determinados valores, vinculación que, sin embargo, también se refiere a emociones y temores fundamentales. La reciente discusión pública alemana acerca de «¿Extranjeros europeos en la judicatura?» en relación con la reforma del Derecho electoral municipal en el Estado federado de Hessen da buena cuenta de ello. […] Sobre todo la Parte Especial del Derecho Penal, como es sabido —y haciendo use de una imagen

contexto do Direito Penal requer, portanto, conhecimentos jurídicos comparados. Por sua vez, isso significa que também o direito penal comparado acaba sendo confrontado com novas tarefas e esferas de atuação, o que o obriga a refinar seus métodos tendo em vista que "[...] os requisitos para um direito comparativo convincente e de alta qualidade aumentaram imensamente."[95]

O desenvolvimento de novos instrumentos internacionais no contexto da política criminal e a harmonização das normas do Direito Penal nos respectivos ordenamentos jurídicos constituem um processo complexo, cujo êxito depende em grande medida de estudos jurídico-comparados, da troca de opiniões entre especialistas e de um conhecimento sólido dos ordenamentos jurídicos nacionais envolvidos. Embora o direito comparado não seja uma condição suficiente ou mesmo necessária para a harmonização ou uniformização jurídicas, ele pode, sem dúvida, contribuir para que tais processos sejam realizados e para que, ademais, sejam bem-sucedidos.[96]

5. Da relação entre o direito penal comparado e a dogmática penal: entre a resistência e a confluência

Se, de um lado, é no plano da ciência jurídico-penal que o caminho para um diálogo fértil entre os direitos penais de diferentes países parece se abrir, de outro, a comparação jurídico-penal por vezes esbarra em obstáculos adicionais precisamente ao nível da dogmática penal. Apesar de soar um tanto paradoxal, uma vez que dogmática e ciência jurídico-penal têm uma estreita conexão,[97] tal não é sem razão. Como bem formulou *Kindhäuser*, isso pode ser explicado pelo fato de que a dogmática penal está, "de certa forma,

a la que frecuentemente se recurre –, se presenta como espejo, formulado en negativo, en el que se reflejan los valores y las actitudes valorativas de una sociedad. Ciertamente, estos valores tienen en Europa profundas raíces comunes, y al menos en parte, coinciden en sus contenidos, pero se hallan provistos de tan diversas perspectivas y acentos que en una valoración global parece difícil llegar a un acuerdo aún referido al mínimo denominador común." Tiedemann, 1996, p. 386.

95. Meyer, 2011, p. 102.

96. *Sacco* elucida que, no período entre as duas Grandes Guerras, a ciência jurídico-comparada considerava que seu objetivo e sua tarefa principal consistiam em preparar o solo para a harmonização do direito. Contudo, a aproximação jurídica não dependeria necessariamente dos conhecimentos oferecidos pelo direito comparado: ela poderia ocorrer, na verdade, de forma completamente independente dos resultados apresentados pelas pesquisas jurídico-comparadas. Mas isso não significava que tais pesquisas não teriam nada para contribuir com os processos harmonizatórios. Bem pelo contrário: entre comparação e harmonização haveria, segundo o autor, um vínculo indissolúvel que se manifesta claramente na interpretação e aplicação de normas unificadas ou uniformizadas. Sacco, 2001, p. 33; p. 193-194.

97. Sobre este ponto, v. abaixo (nota 116).

ligada simbioticamente a dois sistemas dotados de poder institucional" [98] – a saber: a Constituição e a legislação nacional, de um lado, e a jurisprudência, de outro. Os primeiros fornecem seu principal *input*, enquanto o segundo tem uma influência decisiva sobre seu *output*.[99] Em outras palavras, esses dois sistemas fornecem certo quadro de referência dentro do qual a dogmática penal normalmente se desenvolve.

Por tal motivo, a ela pode ser moldada de maneiras muito diferentes dependendo do país no qual é construída.[100] E embora não deva, de forma alguma, ficar confinada aos limites do direito positivo, ela não é, tampouco, totalmente independente da "realidade na qual produz seus efeitos."[101] Antes, pelo contrário: ela trabalha a partir de/e com vistas a essa mesma realidade. Portanto, a dogmática penal reflete de modo marcante a cultura (jurídica) e os valores ou ideias de justiça que são cultivados em uma dada sociedade em um determinado momento.[102] E a forma como ela é concebida e estruturada depende, igualmente, dos contextos históricos, políticos, econômicos de cada sociedade, bem como das influências exercidas em seu pensamento jurídico ao longo do tempo e até mesmo das especificidades de sua linguagem.[103]

Cada sistema jurídico-penal cria, pois, um conjunto particular de normas, instituições e conceitos que interagem mutuamente e cuja interpretação e aplicação concreta também dependem de fatores jurídico-culturais específicos.[104] Muitas vezes, isso leva a sistematizações bastante diferentes da matéria jurídico-penal e, consequentemente, a diferenças na respectiva composição, por ex., dos elementos do delito. Some-se a isso a

98. Tradução livre do seguinte trecho: "zwei mit institutioneller Macht ausgestatteten Systemen gewissermaßen symbiotisch verbunden." Kindhäuser, 2009, p. 954.

99. Kindhäuser, 2009, p. 954. Veja, ainda, do mesmo autor: Kindhäuser, 2016, p. 1-2.

100. Schultz, 1980, p. 17. Cf.: Fletcher, 2000, p. 236.

101. Tradução livre do seguinte trecho: "[...] Wirklichkeit, in der sie ihre Auswirkungen hat." Robles Planas, 2010, p. 357.

102. O que, como bem pontua *Robles Planas*, não significa dizer que a dogmática penal se resume necessariamente às características dos países onde se desenvolveu: "E apesar da constatação de que a ciência jurídico-penal alcançou seu maior nível de desenvolvimento através da dogmática da Europa continental de cunho alemão, seria grotesco identificá-la com determinadas traços da realidade nacional: já há muito tempo a dogmática não conhece fronteiras." Tradução livre de: "Und trotz der Feststellung, dass die Strafrechtswissenschaft ihr höchstes Entwicklungsniveau durch die kontinentaleuropäische Dogmatik deutscher Prägung erreicht hat, wäre es grotesk, die Dogmatik mit bestimmten landeseigenen Wirklichkeitszügen zu identifizieren: Seit geraumer Zeit kennt die Dogmatik keine Grenzen." ROBLES PLANAS, 2010, p. 361.

103. Sobre alguns dos problemas relacionados à língua, v. SACCO, 2001, p. 51 ss.

104. *Perron* salienta que: "Para cada ordenamento jurídico surge uma rede tão especifica de regras normativas e interações fáticas, que mesmo ordenamentos jurídicos geograficamente vizinhos ou historicamente ligados se distinguem significativamente". Tradução livre de: "Für jede Rechtsordnung entsteht so ein spezifisches Geflecht normativer Regelungen und faktischer Wechselwirkungen, das sich selbst bei geographisch benachbarten oder historisch verwandten Rechtsordnungen erheblich unterscheidet." Perron, 1997, p. 299.

tendência, ainda comum entre muitos juristas, de não reputar o direito de outros países como uma fonte adequada de soluções para problemas de natureza político-criminal em seu próprio país.[105] Diante de todas essas variáveis, pode-se chegar à conclusão – um tanto prematura – de que as contribuições teórico-científicas baseadas no direito penal estrangeiro seriam inerentemente inúteis para o aperfeiçoamento do próprio sistema jurídico, especialmente quando as diferenças político-jurídicas, culturais, históricas e legais entre os países em questão parecerem por demais profundas. Isso porque, como dito, especificamente no âmbito penal, a dependência do direito do ambiente político e social nacional costuma ser muito mais pronunciada do que em outras áreas do direito.

Tal forma de ver as coisas, no entanto, pode levar à desconsideração tanto do valor científico quanto da utilidade prática da comparação jurídico-penal, o que tende a ocorrer, sobretudo, quando os países a serem comparados pertencem a círculos ou famílias jurídicas distintas[106] – algo que por vezes já se assume como indicação de que o diálogo entre os sistemas não seria sequer possível.[107] Essa maneira de pensar, contudo, parte de uma premissa equivocada:[108] a de que o direito comparado *pressupõe compatibilidade* entre os sistemas jurídicos examinados e que, pois, só faria sentido se os sistemas jurídicos a comparar se encontrarem no mesmo "estágio de desenvolvimento".[109] No entanto, essa lógica padece de um vício de superficialidade: um direito penal comparado que se limite a comparar apenas países com uma história e cultura jurídica comuns corre o risco de se tornar circular e vazio, afinal, "[o] reconhecimento de semelhanças é a consequência lógica de permitir que apenas coisas semelhantes sejam comparadas desde o início."[110] Uma comparação jurídica nesses termos, ademais, também ameaçaria dar origem a mal-entendidos, ao induzir que se presumam semelhanças entre sistemas jurídicos que, porventura, talvez sequer existam na realidade.

---

105. Cf. Gutteridge, 1949 (reimpressão 1971), p. 24-26. Aqui, não no sentido de aplicar-se diretamente o direito estrangeiro a casos concretos nacionais, mas sim como possível fonte de inspiração e argumentos para fundamentar uma determinada solução.

106. A classificação de países em famílias remonta, em especial, à obra de René David (DAVID, 2002, p. 21 ss.).

107. V. SACCO, 2001, p. 44 ss.

108. Em semelhante sentido, *Sacco* ressalta que: "[...] one can compare the legal systems of countries with different economic bases, not because these systems are more or less similar, but because comparison itself has no fear of differences however large they may be. The very jurists who once denied that capitalist and socialist legal systems were comparable because they are fundamentally diverse were, without realizing it, themselves making a comparison. Comparison measures the extent of differences be they small or large. It must not concern itself exclusively with the small differences or the large ones. It must discuss only the common core of different legal systems or only their distinctive elements." Sacco 1991, p. 7.

109. MICHAELS, 2006, p. 368.

110. Tradução livre de: "[...] die Erkenntnis von Gemeinsamkeiten ist logische Folge dessen, daß man von Anfang an nur Gleiches zur Vergleichung zugelassen hat." Michaels, 2002, p. 108.

Nesse ponto, o profundo enraizamento nacional do Direito Penal e, em alguma medida, também da dogmática penal, ainda representam um dos maiores problemas com que se depara a pesquisa jurídico-penal comparada. Tendo em vista que um sistema jurídico não é estático, senão que algo vivo e complexo que se desdobra em contextos socioculturais, factuais e jurídicos específicos, só pode ser compreendido se a análise não se limitar à mera leitura de textos jurídicos, mas se, ademais, levar em consideração a dimensão da realidade jurídica ao compará-los.[111] Em similar veio, *Perron* observa que "[...] os regulamentos e instituições jurídicas não podem ser entendidos *per se*, mas apenas no contexto dos casos realmente afetados por eles e da forma como são implementados na prática."[112] Uma compreensão que, a propósito, já se tornou praticamente um truísmo no direito comparado.[113]

Contudo, um aspecto que por vezes acaba sendo esquecido nessa discussão é que dessa dimensão real participam, além da jurisprudência, também a dogmática penal e a ciência do Direito Penal, enquanto atividades dedicadas a analisar, a ordenar de forma coerente e a organizar sistematicamente os regulamentos aplicáveis, princípios materiais e decisões judiciais concretas.[114] Nesse sentido é a lição de *Rieble*: "A ciência jurídico-

111. *Bettiol* enfatiza que: "o direito comparado não pode ser praticado de maneira formalística; caso contrário, nós nos encontraríamos ainda no campo da jurisprudência dos conceitos e não estaríamos em condições de compreender e utilizar a *substantia rerum*." Tradução livre de: "daß die Rechtsvergleichung nicht formalistisch betrieben werden darf; wir befänden uns andernfalls immer noch im Rahmen der Begriffsjurisprudenz und wären nicht in der Lage, die *substantia rerum* zu begreifen und zu nutzen." Bettiol, 1980, p. 26.

112. Perron, 1997, p. 286.

113. Perron, 1997, p. 301.

114. Que a delimitação entre os dois conceitos não é tarefa simples, é algo já pontuado por Greco: "A primeira dificuldade com que qualquer posicionamento sobre questões de dogmática jurídica e ciência do direito se depara consiste no fato de que estes conceitos não apresentam um conteúdo claro". Tradução livre de: "Die erste Schwierigkeit, der jede Stellungnahme zum Fragenkreis Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft begegnet, besteht darin, dass diese Begriffe keinen klaren Gehalt aufweisen." Greco, 2014, p. 139. Não obstante, é possível encontrar na literatura jurídica pertinente definições bastante esclarecedoras. *Roxin*, por ex., descreve a dogmática penal como "[...] a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização e contínua formação de ordens jurídicas e doutrinas científicas no âmbito do direito penal". Tradução livre: "[…] die Disziplin, die sich mit der Auslegung, Systematisierung und Fortbildung der gesetzlichen Anordnungen und wissenschaftlichen Lehrmeinungen im Bereich des Strafrechts befasst." ROXIN, 2006, § 7 Rn. 1-3. *Jescheck* e *Weigend* afirmam que: "O cerne da ciência do direito penal é a dogmática jurídico-penal (teoria do direito penal). Ela parte do direito penal enquanto seu fundamento e limite, elabora o conteúdo conceitual e a estrutura das normas jurídicas, organiza a matéria jurídica em um sistema e procura encontrar novos caminhos para a conceituação e para a sistemática." Tradução livre de: "Das Kernstück der Strafrechtswissenschaft ist die Strafrechtsdogmatik (Strafrechtstheorie). Sie geht aus von dem Strafgesetz als ihrer Grundlage und Grenze, arbeitet den begrifflichen Inhalt und Aufbau der Rechtssätze heraus, ordnet den Rechtsstoff in einem System und versucht, neue Wege der Begriffsbildung und Systematik zu finden" Jescheck; Weigend, 1996,

-penal interpreta normas jurídicas em plena vida jurídica. A dogmática serve ao conhecimento para essa própria realidade da vida."[115] Além disso, diante de sua capacidade crítica no que tange às decisões legislativas e judiciais, a pesquisa científica constitui parte essencial da cultura jurídica de um país. E se, por um lado, essa atividade ajuda a moldar o direito nacional, por outro, devido ao seu grau de abstração[116] e à sua independência do direito positivo, ela também tem em si o potencial de se irradiar para além das fronteiras nacionais.

Nesse ponto, é interessante destacar a importância que a dogmática do Direito Penal assumiu, por ex., na realidade jurídica alemã: lá, ela é considerada fonte de direito em virtude de sua solidez e de sua função constitutiva do direito.[117] Tal função é concretizada na medida em que "a teoria do direito penal pode e deve oferecer ao Poder Legislativo os modelos de solução para os fundamentos da responsabilidade penal. A dogmática do

p. 44. Entretanto, *Augsberg* salienta que "o fato de a dogmática ser ciência jurídica não conduz à conclusão inversa de que a ciência jurídica seria somente dogmática." Tradução livre: "*[d]ass Dogmatik Rechtswissenschaft sein kann, trägt nicht den Umkehrschluss, Rechtswissenschaft sei nur Dogmatik*." Augsberg, 2014, p. 66. Nas palavras de *Kindhäuser*: "Criminal law science in a narrower sense — *criminal law dogmatics – develops the content-related requirements for the consistent and verifiable utilization of the lex lata [...] The scientific character of criminal law dogmatics lies, on the one hand, in the rationality of its method, and on the other hand in the systematic merging of its findings*." Kindhäuser, 2016, p. 19.

115. Tradução livre da seguinte passagem: "Rechtswissenschaft deutet Rechtsregeln im prallen Rechtsleben. Dogmatik dient der Erkenntnis für eben diese Lebenswirklichkeit." Rieble, 2013, p. 164.

116. O alto grau de abstração do conceito de delito alemão é sublinhado também por *Ambos*. No entanto, o autor refere que o direito penal alemão, não obstante sua forte capacidade de irradiação para diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, é "amplamente ignorado" ao nível supranacional (tradução livre). Consoante o autor, "[o] único sucesso internacional retumbante se deve à doutrina jurídico-penal alemã, nomeadamente ao seu decano Claus Roxin, com sua teoria do domínio do fato. Nesse meio-tempo, ela foi reconhecida não apenas pelos sistemas que já nos eram, de qualquer modo, favoráveis, mas também pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), até mesmo na versão da doutrina do domínio por organização, e lá encontrou o endosso da câmara de recursos". Tradução livre de: "[d]er einzige durchschlagende internationale Erfolg ist der deutschen Strafrechtslehre, namentlich ihrem Doyen *Claus Roxin*, mit der Tatherrschaftslehre beschieden. Sie wurde inzwischen nicht nur in den uns ohnehin gewogenen Systemen, sondern auch vom *Internationalen Strafgerichtshof (IStGH)*, sogar in der Variante der Organisationsherrschaftslehre, anerkannt und hat dort auch die Billigung der Rechtsmittelkammer gefunden." Ambos, 2016, p. 178. *Schünemann* salienta, igualmente, que a influência da dogmática penal de língua alemã permaneceu marginal não apenas no nível do direito penal do Estatuto de Roma, mas também – muito mais seriamente – no da União Europeia". Tradução livre de: "[...] dass der Einfluss der deutschsprachigen Strafrechtsdogmatik nicht nur auf das Strafrecht des Rom-Statuts, sondern auch– *weit ernster – auf der Ebene der EU marginal geblieben ist*." Schünemann, 2014, p. 2.

117. Fletcher, 2000, p. 236. Também: Gropp, 2008, p. 11. Digna de nota é a definição de fonte de direito de *Sacco*: "Law cannot be applied unless it is interpreted. [...] Whatever influences interpretation is a source of law." Sacco, 1991, p. 344-345.

Direito Penal torna-se, certamente, um meio de encontrar o direito no caso concreto."[118] Mas isso não vale apenas para a dogmática do direito penal alemão. Em diversos países, o trabalho jurídico-dogmático, isto é, a elaboração teórico-abstrata do Direito penal conforme princípios constitucionais e materiais,[119] teve um efeito concreto na formulação de leis e nas decisões judiciais ao longo do tempo.

Tendo em vista que, via de regra, a pesquisa jurídico-científica e dogmática possui estreita relação com as realidades específicas de um país, ela tende a refletir em si mesma as particularidades culturais daquela sociedade, bem como as respectivas convicções fundamentais que lá prevalecem. Por essa razão, a sistematização e o tratamento dogmático da matéria jurídica acabem sendo, não raro, muito diferentes de um país para outro, ainda que as condições básicas de vida e os regulamentos legais sejam semelhantes entre eles.[120] De fato, um olhar mais detido revela que os sistemas jurídicos variam em sua estrutura e conteúdo mesmo em países vizinhos que, sob muitos aspectos, compartilham contextos sociais, linguísticos e históricos.

Isso pode ser ilustrado com clareza ao tomarmos como exemplo a teoria do bem jurídico. Na Alemanha – assim como no Brasil – o conceito de bem jurídico tutelado está no centro do debate teórico sobre os limites materiais do Direito Penal. O termo "bem jurídico" é usado frequentemente em debates sobre a (des)criminalização de comportamentos e, por vezes, é até mesmo adotado pelo Poder Legislativo como justificativa para sua decisão política.[121] Contudo, não se verifica uma relevância equiparável do conceito a nível legislativo na Áustria, não obstante a relação bastante estreita entre ambos países, especialmente na esfera do Direito Penal.[122]

Nesse sentido, refere *Lagodny* que "[a] importância da discussão do bem jurídico para o direito penal alemão só pode ser entendida a partir de desenvolvimentos históricos

118. Tradução livre de: "[...] als die Strafrechtslehre dem Gesetzgeber Modelle zur Lösung der Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit anbieten soll und kann. Strafrechtsdogmatik wird so immerhin zum Mittel der Rechtsfindung." Gropp, 2008, p. 11.

119. Nesse contexto, ressalta *Kindhäuser*: "Criminal law science [...] is based upon a combination of philosophy and law. This combination is characteristic of civil law countries, including Germany, Portugal, Spain, Italy and Latin America." Kindhäuser, 2016, p. 1. Cf.: Fletcher, 2000, p. 237.

120. Perron, 1997, p. 287. O mesmo é realçado por *Fletcher*: "Certo é que o mundo da dogmática jurídico-penal parece completamente diferente a depender do local de onde se observa os sistemas jurídicos, se a partir do ponto de vista americano ou alemão." Tradução livre de: "Sicher ist, daß die Welt der Strafrechtsdogmatik völlig anders aussieht, je nachdem ob man vom amerikanischen oder deutschen Standpunkt aus die Rechtskreise der Welt betrachtet." Fletcher, 2000, p. 236.

121. Conduto, no que toca ao ambiente legislativo brasileiro, o conceito de bem jurídico é utilizado quase que exclusivamente enquanto argumento de legitimação da intervenção estatal e não (ou ao menos muito raramente) como fundamento para a descriminalização de comportamentos. Cf. Luz, 2013, p. 116-119.

122. Cf. Lagodny, 2016, p. 674.

e culturais" da Alemanha.[123] O principal objetivo da ideia de bem jurídico foi, desde o início, definir um critério material que ajudasse a examinar a legitimidade da intervenção penal. Segundo o autor, a doutrina do bem jurídico recebeu, principalmente no período do pós-guerra, enorme destaque:[124] diante da necessidade de se colocar limites aos espaços de decisão do legislador alemão, a teoria foi reavivada e seguiu sendo desenvolvida como um argumento crítico à legislação daquele país.[125]

Tendo em vista que, na Alemanha, a tarefa de proteger o Direito Penal de uma instrumentalização política não poderia, naquele momento, ser confiada apenas ao Direito Constitucional, considerou-se necessária a edificação de uma teoria de limitação do Direito Penal que fosse independente do direito posto.[126] Em contraste, *Lagodny* esclarece que o conceito de bem jurídico praticamente não desempenha papel algum na discussão de projetos legislativos na Áustria,[127] dado que lá existem outros critérios (constitucionais) que cumprem tão

123. Tradução livre do excerto a seguir: "Die Bedeutung der Rechtsgutsdiskussion für das deutsche Strafrecht kann man nur aus der historisch-kulturellen Entwicklung heraus verstehen." Lagodny, 2016, p. 674.

124. No entender de *Lagodny*, o debate do bem jurídico, na Alemanha, representou, à época, o enfrentamento do país com seu recente passado: "Em retrospecto, pode-se compreender a discussão alemã sobre o bem jurídico como uma expressão jurídico-penal do confronto com o nacional-socialismo e seu ambiente intelectual" Tradução livre de: "Rückblickend kann man die deutsche Rechtsgutsdiskussion als spezielle strafrechtliche Ausprägung der Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und seinem geistigen Umfeld verstehen." Lagodny, 2016, p. 674.

125. Cumpre salientar, contudo, que ela também foi e segue sendo objeto de críticas até hoje, muitas das quais se mostram extremamente válidas e pertinentes. Também é digno de nota que especialmente nas últimas décadas diversas teorias alternativas foram formuladas. Para um panorama abrangente sobre esse ponto, v. HEFENDEHL, 2007.

126. Conforme refere *Lagodny* , o direito penal e o direito constitucional na alemanha nesse período estavam separados quase hermeticamente um do outro, o que só começou a mudar por volta dos anos 90. Lagodny, 2016, p. 674. É, todavia, incontroverso que a teoria do bem jurídico constitui parte essencial da ciência jurídico-penal alemã até os dias atuais. Ela não foi concebida só após a segunda Guerra Mundial, senão que acompalhou o desenvolvimento da dogmática penal no país. ESER, 1966, p. 359. V., ainda: Swoboda, 2010, *passim*; Hefendehl (org.), 2007, *passim*.

127. Lagodny, 2016, p. 673. *Vogel* menciona que também ao nível internacional e regional a teoria do bem jurídico não parece convencer. Vogel, 2012, p. 25. Em sentido análogo, *Ambos* enfatiza que, no momento, não é só a teoria do bem jurídico que tem pouco eco na esfera internacional, senão que a dogmática penal alemã de um modo geral: "Um observador experiente na esfera internacional terá de constatar sobriamente que, nos últimas décadas, a ciência jurídico-penal alemã se viu exposta a uma perda de importância internacional em praticamente todos os níveis. [...] Para além dos sistemas jurídicos que já são fundamentalmente inclinados a nós, o direito penal alemão é largamente ignorado no exterior e a nível supranacional, embora, nesse aspecto, uma distinção deva ser feita em relação a algumas áreas da ciência conjunta do direito penal". Tradução livre de: "Ein international erfahrener Beobachter wird nüchtern festzustellen haben, dass sich die deutsche Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten einem internationalen Bedeutungsverlust auf praktisch allen Ebenen ausgesetzt sieht. [...] Über diese, uns grundsätzlich gewogenen Rechtsordnungen hinaus wird das deutsche Strafrecht im ausland und auch auf

bem – ou talvez até melhor – a mesma função limitativa do Direito Penal, e cujos específicos escopos somente poderiam, da mesma forma, ser inteiramente compreendidos quando analisados dentro dos respectivos contextos histórico e cultural.[128]

Se ampliarmos um pouco mais o horizonte de análise, as diferenças na forma como as respostas do Direito Penal são construídas e como as normas são organizadas em diferentes sistemas jurídicos se tornam ainda mais perceptíveis. Se, por exemplo, deslocarmos o foco deste exemplo para os Estados Unidos, fica logo claro que o conceito de bem jurídico, no sentido de um critério de legitimação do Direito Penal que se proponha crítico ao sistema, não tem muito sentido lá. Na verdade, a expressão "bem jurídico tutelado" – ou, em sua tradução correspondente, "*protected legal good*" – sequer pertence ao usual vocabulário jurídico anglo-americano.[129] Todavia, seria errado concluir, a partir disso, que os juristas ou estudiosos das ciências humanas e sociais aplicadas, nos EUA, nem mesmo estariam preocupados com os fundamentos e limites materiais do Direito Penal. É possível, pelo contrário, que a questão lá simplesmente seja colocada de outra forma e que a resposta adquira, de forma condizente, contornos diferentes.

Ao aproximarmos um pouco mais o olhar, percebemos que o debate anglo-saxão sobre os limites do Direito Penal é desenvolvido mais no campo da filosofia.[130] Em essência, trata-se, nesse ponto, do *harm principle*, elaborado pelo filósofo inglês *John Stuart Mill*. Originalmente, o princípio não foi concebido especificamente para o âmbito penal.[131] Entretanto, por ocasião da discussão sobre a imposição jurídica da moral, na segunda metade do séc. XX, ele foi submetido a um exame mais detalhado – e, dessa vez, voltado ao Direito Penal –, em particular através das obras de *H.L.A. Hart* e *Joel Feinberg*.[132] Claro, não se pode negar que o conceito alemão de bem jurídico também possui forte cunho filosófico. A diferença, entretanto, é que, na Alemanha, o Direito Penal e a filosofia são intimamente interligados, o que não costuma ser o caso em países que, a exemplo dos Estados Unidos e Inglaterra, pertencem ao sistema jurídico do *common law*.[133] A *dogmática* penal, enquanto elemento central do direito penal alemão, corpori-

---

supranationaler Ebene weitgehend ignoriert, wobei freilich insoweit hinsichtlich der einzelnen Bereiche der gesamten Strafrechtswissenschaft zu differenzieren ist." Ambos, 2016, p. 177-178.

128. O autor fala, aqui, do "princípio de separação" (*Trennungsgrundsatz*) ancorado na constituição austríaca. Lagodny, 2016, p. 675.

129. v. HIRSCH, 2014, p. 85. Também: v. Hirsch, 2007, p. 38.

130. Cf. Schünemann, 2014, p. 3.

131. Nesse sentido, *Lauterwein* refere que: "While Mill did not restrict his argument tot he criminal law, but applied it to any state action, today the harm principle in particular is used to limit the scope of the criminal law." Lauterwein, 2010, p. 58.

132. V., sobre isso: Harcourt, 1999-2000, p. 122; p.129-134; Stewart, 1999, p. 202.

133. *Fletcher* afirma que, do ponto de vista estadunidense, "a filosofia e o direito não se deixam conectar tão facilmente." Tradução livre de: "Philosophie und Recht nicht so leicht zu verbinden [seien]." Fletcher, 2000, p. 236.

fica precisamente esse vínculo.[134] A estreita relação entre os dois ramos da ciência é uma das razões pelas quais o conceito de bem jurídico, no direito daquele país, é considerado parte do Direito Penal e não apenas da filosofia.[135]

Não obstante todas essas ressalvas, decerto existe uma semelhança entre o conceito de bem jurídico e o *harm principle*. E isso não passou despercebido pela comunidade jurídico-científica.[136] Já se traçou, inclusive, paralelos entre os dois conceitos, tanto na literatura de língua alemã, quanto na de língua inglesa.[137] Apesar das diferenças na sistematização de cada um, verifica-se que, essencialmente, ambos partem da mesma ideia básica, qual seja: a de que existe um limite supra ou pré-positivo à proibição jurídico-penal e à punição de um comportamento, que delimita a (i)legitimidade da intervenção estatal nas liberdades individuais. Em outras palavras, tanto o *harm principle* quanto o conceito de bem jurídico deveriam atuar como critérios materiais por meio dos quais fosse possível avaliar a correção ou a justeza do emprego (em concreto e em abstrato) do Direito Penal.[138]

O papel do princípio no direito americano é, entretanto, muito mais tímido do que aquele desempenhado pelo bem jurídico no direito alemão,[139] algo que só pode ser corretamente apreciado por meio de uma pesquisa jurídico-comparada mais profunda, que

134. Nesse sentido, explica *Schultz:* "É em si evidente que a tradicional dogmática alemã procura se orientar mais fortemente por uma determinada doutrina filosófica do que a dogmática de outros países, e queela se inclina à construção de sistemas. (...) Não por acaso, muitas vezes a representação da filosofia do direito nas universidades alemãs está nas mãos de penalistas." Tradução livre de: "Allein es ist offensichtlich, daß die herkömmliche deutsche Dogmatik sich stärker als die anderen Länder nach einer bestimmten philosophischen Lehre auszurichten sucht und auf Systembildung hin angelegt ist. (...) Es ist nicht von ungefähr, daß die Vertretung der Rechtsphilosophie an deutschen Universitäten oft in der Hand der Strafrechtler liegt." Schultz, 1980, p. 18.

135. Nesse context, esclarece *Eser*: "In light of the examination thus far, the principle of harm might seem only to be of theoretical interest. Perhaps this was the reason why Anglo-American jurisprudence, in its strong pragmatic tradition and its general aversion to mere theoretical speculation, paid it little attention until today." Eser, 1966, p. 346-347.

136. Cf.: Lauterwein, 2010, p. 2.

137. Acerca disso, v. Eser, 1966, p. 345; Roxin, 2006, § 2 Rn. 123-125; Swoboda, 2010, p. 37-39; v. Hirsch, 2007, p. 41-44.

138. O mesmo é possível constatar em relação à Austrália: Lauterwein, 2010, p. 60-61.

139. Relativamente ao peso que o princípio tem dentro do sistema jurídico estadunidense, *Smith* refere que: "[i]f the influence of the harm principle in judicial contexts is most often tacit and hard to corroborate, its adoption in the academy is more explicit and demonstrable." Smith, 2004, p. 5. Entretanto, *Harcourt* sublinha que, aos poucos, o *harm principle* conquistou a ciência e retórica jurídico-penais e influenciou até mesmo a elaboração do *Model Penal Code*: "From philosophy of law to substantive criminal law, the harm principle permeated the debate during the 1960s and 1970s. As evidenced by the writings of Professors Hart and Feinberg in the legal philosophic debate, and of Professor Wechsler and the drafters of the Model Penal Code in the substantive law debate, the harm principle became the dominant discursive principle used to draw the line

não se contente com a investigação baseada em um único conceito ou instituto jurídico. E embora os conceitos coincidam em vários aspectos em termos de conteúdo e função, eles não são mutuamente intercambiáveis – portanto, não há uma sobreposição perfeita entre os seus respectivos significados. Mas isso, por si só, em nada diminui o valor do trabalho comparativo: diferenças sistemáticas, teóricas ou jurídicas no tratamento de uma determinada matéria ou problema não são obstáculos intransponíveis, senão que a força motriz da atividade científica. A relevância do intercâmbio científico reside, ademais, no fato de que diferentes perspectivas podem iluminar um determinado tópico a partir de outro ângulo. As diferenças na abordagem e processamento de um problema suscitam debates e, em última instância, aprimoram os argumentos nos quais se baseia uma ou outra posição.[140] O exemplo trazido deixa claro que pontes culturais podem, enfim, ser construídas também por meio de divergências.[141]

---

between law and morality. The decision to embrace Mill's original, simple statement of the harm principle was a powerful rhetorical move." Harcourt, 1999-2000, p. 134-135; p. 138.

140. Recorde-se, nesse ponto, da contribuição teórica de *Faria Costa*, em que o autor destaca o significado da crítica fundada para o aprimoramento da tomada de decisão socialmente relevante: a crítica seria, em essência, "[...] um precioso ingrediente capaz de densificar o 'caldo de cultura' que, de um jeito ou de outro, subjaz não somente aos processos de tomada de decisão no espaço público, mas também ao debate de ideias no âmbito 'científico'." Faria Costa, 2017, p. 318.

141. Quanto a esse ponto, é possível fazer uma conexão com as considerações de *Großfeld*. O autor ressalta a importância da construção de pontes culturais através do direito comparado, que pode ser alcançada sobretudo através de um enfoque nas semelhanças dos direitos a serem comparados. Segundo *Großfeld,* no início da pesquisa não devemos nos concentrar (ou não apenas) nas diferenças entre duas ou mais ordens jurídicas, porquanto uma tal atitude poderia reforçar a visão de que sistemas muito diferentes não têm absolutamente nada em comum, o que, a seu turno, pode levar a uma distorção da comparação. O autor questiona, então: "Mas será que isso é possível entre culturas que – à primeira vista – diferem muito entre si? Pode ser que as diferenças estejam na superfície, que afinal reconheçamos o que é nosso no outro e em nós o que é do outro; isso seria uma ponte sólida para uma compreensão jurídico-comparada. O direito comparado enseja esse otimismo; pois ele mostra que em todos os lugares as pessoas são, no fundo, as mesmas, o pensar e o sentir percorrem caminhos semelhantes." Tradução livre de: "Ist das aber zwischen Kulturen möglich, die sich – dem ersten Anschein nach – stark unterscheiden? Es könnte sein, daß die Unterschiede an der Oberfläche liegen, daß wir im Anderen doch das Eigene und im Eigenen das Andere erkennen; das wäre eine tragfähige Brücke für rechtsvergleichende Verständigung. Die Rechtsvergleichung bietet Anlaß zu solchem Optimismus; denn sie zeigt, daß Menschen wohl überall im Grunde gleich sind, das Denken und Fühlen in ähnlichen Bahnen verlaufen." Großfeld, 1996, p. 17-18. E de fato: ao se contemplar um outro país, deve-se evitar excluir precipitadamente a possibilidade de uma comparação em razão de diferenças jurídico-culturais aparentemente inconciliáveis. Ao menos em um nível teórico, olhar para as diferenças quanto à forma de abordar problemas e pensar soluções mostra-se indispensável para que se tenha um ganho científico na área jurídica – mesmo quando o contexto cultural de cada país seja muito diferente. Isso porque, no intercâmbio de ideias, é precisamente através de divergências que se podem originar novos conhecimentos.

Com efeito, pode-se apontar inúmeras diferenças históricas e jurídico-culturais entre a Alemanha e os Estados Unidos que são decisivas para o valor dos critérios de legitimação acima mencionados dentro dos seus respectivos territórios nacionais. Os elementos que compõem o delito são moldados e estruturados de acordo com o contexto mais amplo de cada um desses Estados, isto é: eles derivam dos fundamentos jurídico-culturais de cada família ou sistema jurídico a que pertencem.[142] Enquanto a dogmática penal alemã é caracterizada por seu alto grau de abstração e por sua capacidade de sistematização, é a abordagem mais pragmática e política que tende a predominar no pensamento jurídico americano.[143]

Assim, percebe-se que a dogmática penal é influenciada fortemente por essa mentalidade jurídica subjacente, de modo que sua estrutura e seu conteúdo acabam por refletir, dentre outras coisas, o tipo de argumentação que é considerada convincente, os valores e sua hierarquia, bem as relações normativas que se formam dentro do ordenamento jurídico pátrio. Essa forma de pensar determina também o peso que é dado a considerações teóricas no contexto da aplicação da lei. *Fletcher* observa, por ex., que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte tende a se ocupar menos com o Direito Penal material e mais com questões de natureza Processual Penal.[144] Já a jurisprudência alemã, de outro lado, não raro se envolve na discussão sobre os limites substantivos do Direito Penal.[145] O sistema jurídico-penal anglo-americano está mais centrado na punição, e menos na ação ou conduta humana.[146] Com efeito, é a pena que constitui o ponto de partida para o desenvolvimento do sistema de Direito Penal dentro da de países da família *common law*, ao passo que nos países pertencentes à tradição *civil law,* o injusto costuma compor o eixo central das considerações do Direito Penal.[147] Todas essas características da cultura jurídica de um país integram o âmago de sua dogmática jurídica.[148]

142. Fletcher, 2000, p. 236.

143. Fletcher, 2000, p. 235 e p. 241.

144. Fletcher, 2001, p. 282.

145. Dubber, 2006, p. 1323. Importante salientar, aqui, que a Suprema Corte Alemã recusou repetidas vezes o conceito de bem jurídico como critério de constitucionalidade de leis penais (a sua decisão mais famosa diz respeito à constitucionalidade do delito de incesto). V., sobre isso, SWOBODA, 2011, p. 24; SCHÜNEMANN, 2007, p. 209 ss.

146. Nas palavras de *Dubber*: "In the Anglo-american literature, the debate about the rationale, o rationales, of punishment largely remains within the familiar framework of consequentialist and deontological theories of punishment." Dubber, 2005, p. 696.

147. Conforme pontua *Fletcher*, "[o]s americanos vêem na pena a marca distintiva de todo o sistema jurídico-penal. Os alemães vêem na pena apenas uma medida dentre outras que podem ser impostas ao autor de um ilícito penal." Tradução livre de: "[d]ie Amerikaner sehen in der Strafe ein Kennzeichen des gesamten Strafrechtssystems. Die Deutschen sehen in der Strafe nur eine Maßnahme unter anderen, die dem Unrechtstäter auferlegt werden darf." Fletcher, 2000, p. 244.

148. *Ambos* salienta que "[t]ampouco se pode negar que o direito (penal) se estabelece »dentro de um processo de desenvolvimento social complexo« e, nessa medida, é um »fenômeno cultural«. Mas

Nossa intenção, aqui, não é explorar a fundo a pesquisa comparada sobre os conceitos materiais desenvolvidos pela dogmática e ciência jurídico-penal de cada um desses países para limitar racionalmente a intervenção estatal de caráter penal. O exemplo da teoria do bem jurídico tinha o propósito de ilustrar, na discussão ora realizada, o quão variado pode ser o desenvolvimento da ciência do Direito Penal em diferentes culturas. Ainda que, atualmente, as concepções de valor e fins almejados sejam, em essência, as mesmas em diversos países, é provável que muitas daquelas diferenças profundamente enraizadas persistam, sobretudo no pensamento jurídico-dogmático.[149-150]

Apesar de "[...] existirem diferentes tentativas de sistematizar o direito penal no mundo",[151] essas diferenças não representam, de forma alguma, barreiras intransponíveis ao

isso é só parte da história. Porque, por um lado, a condicionalidade cultural de nossa disciplina repercute de forma diferente nas suas respectivas subdisciplinas. Por outro lado – e mais importante ainda – isso não significa de forma alguma que o direito penal seja imune às influências internacionais e europeias." Tradução livre de: "[e]s lässt sich auch nicht bestreiten, dass sich das (Straf)Recht »in einem vielschichtigen sozialen Entwicklungsprozess« herausbildet und insoweit eine »kulturelle Erscheinung« ist. Doch ist das nur die halbe Wahrheit. Denn zum einen wirkt sich die Kulturbedingtheit unserer Disziplin in ihren jeweiligen Subdisziplinen unterschiedlich aus. Und zum anderen – was noch wichtiger ist – bedeutet sie keineswegs, dass das Strafrecht gegenüber internationalen und europäischen Einflüssen immun ist." Ambos, 2016, p. 185.

149. Todavia, salienta *Vogel*: "Em uma análise mais cuidadosa, a suposta vinculação cultural do direito penal acaba por se revelar uma quimera e certamente não afeta – ao menos não de forma que se reconheça – os desafios da política criminal moderna, a exemplo do terrorismo, tráfico de pessoas, tráfico ilegal de drogas, crimes cibernéticos, etc." Tradução livre de: "Die angebliche Kulturgebundenheit des Strafrechts erweist sich bei näherer Betrachtung weithin als eine Chimäre und betrifft gewiss nicht bzw. nicht in anerkennender Weise die Herausforderungen moderner Kriminalpolitik wie Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, Cyberkriminalität usw." Vogel, 2012, p. 29.

150. Digno de nota que, no âmbito da dogmática penal alemã, o conceito de bem jurídico, no que tange à sua capacidade crítica, jamais alcançou consenso entre os penalistas, não obstante sua história centenária. V. HEFENDEHL, 2007.

151. Tradução livre da seguinte passagem: "[...] daß auf der Welt unterschiedliche Versuche der Strafrechtssystematisierung gibt." É de se ressaltar, aqui, a posição de *Hirsch* de que classificações pouco diferenciadas dos elementos da conduta punível não compõem, por si só, um sistema em sentido estrito: "Não é possível falar de uma construção de sistema científica, não em sentido estrito; porque não surgem outras possibilidades de classificação e diferenciação que orientem por aspectos factuais." Tradução livre de: "Von einer wissenschaftlichen Systembildung im eigentlichen Sinne kann nicht gesprochen werden; denn an Sachgesichtspunkten orientierte weitere Einteilungs- und Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich nicht." Hirsch, 2004, p. 848. *Ambos* argumenta, de outro lado, "[q]ue isso desconsidera não apenas que também existe, no direito penal anglo-americano, »dogmática« no sentido da interpretação e sistematização da lei vigente (»doctrinal scholarship«), mas, acima de tudo, que o trabalho de estruturação e sistematização da dogmática tradicional também pode ser realizado de outras maneiras e o é realizado, nomeadamente através do recurso a princípios gerais (»general principles«) no âmbito de um discurso teórico-filosófico e teórico-jurídico rigoroso, bem como através do trabalho detalhado sobre o caso concreto." Tradução livre de: "Dies übersieht nicht nur, dass auch im angloamerikanischen

intercâmbio científico. Isso se torna ainda mais claro quando temos em mente que o desenvolvimento de um arcabouço teórico-científico que permita organizar "problemas individuais em uma relação sistemática mais ampla"[152] pode se dar por diferentes vias de raciocínio. Uma construção dogmático-penal de sistemática mais refinada, como a alemã, representa, pois, apenas um método para o tratamento teórico dos problemas de Direito Penal. E embora tenha vantagens visíveis – por ex., a coerência interna, maior segurança jurídica e alta capacidade de abstração – outros métodos de elaboração e classificação da matéria jurídica não só são possíveis, senão que também possuem tanta capacidade de rendimento dentro de outros sistemas jurídicos quanto a dogmática penal alemã.[153] Uma vez que problemas ou conflitos sociais são, em sua maioria, questões passíveis de comparação, as propostas de solução elaboradas no exterior também admitem comparação, ao menos em um nível científico. Conquanto nem sempre se utilizem da mesma terminologia ou das mesmas categorias ou conquanto essas propostas se estruturem de outra forma, fato é que visam resolver problemas comparáveis e, portanto, mostram-se adequados para o diálogo científico internacional.

Daí decorre que uma comparação envolvendo sistemas jurídicos (à primeira vista) muito diferentes pode ser não apenas possível, mas também extremamente útil, contanto que a atividade comparativa não se concentre excessivamente em termos ou normas jurídicas isoladas, e sim que se guie pela questão central objeto da análise. Essa questão constitui o referencial em relação ao qual os diferentes sistemas jurídicos podem ser comparados – é esse referencial, e não normas e leis, que deverá orientar a pesquisa.[154] Como bem pontua *Kischel,* essa máxima "[...] se apoia na compreensão de que institutos jurídicos não são construções abstratas, senão que servem sempre, em última instância,

---

Strafrecht »Dogmatik« i. S. der Auslegung und Systematisierung des geltenden Rechts (»doctrinal scholarship«) stattfindet, sondern vor allem, dass die Strukturierungs- und Systematisierungsleistung traditioneller Dogmatik auch auf andere Art erbracht werden kann und auch erbracht wird, nämlich durch Rückgriff auf allgemeine Prinzipien (»general principles«) im Rahmen eines anspruchsvollen rechtstheoretischen und -philosophischen Diskurses sowie durch die kleinteilige Arbeit am konkreten Fall." Ambos, 2016, p. 182.

152. Hirsch, 2004, p. 849.

153. Nesse sentido, *Fletcher* enfatiza que o método investigativo baseado em fatos do pensamento jurídico anglo-americano também tem suas vantagens: o "método de casos" exerce uma espécie de função de alerta (*Alarmfunktion*). Fletcher, 2000, p. 252-253.

154. Essas reflexões dizem respeito, sobretudo, à chamada "comparação funcional", que, todavia, não representa a única forma de pesquisa jurídico-comparada. Em essência, no centro do direito comparado funcional "está a comparação das soluções que cada ordem jurídica coloca à disposição para problemas fáticos concretos". Tradução livre de:"steht also der Vergleich der Lösungen, die die jeweiligen Rechtsordnungen für konkrete Sachprobleme bereithalten." Kischel, 2015, p. 6. A atividade jurídico-penal comparada pode, entretanto, ter contornos bastante diversos a depender da sua finalidade, do seu ponto de partida e das suas dimensões. Quanto aos atuais métodos do direito penal comparado, v.: Sieber, 2006, p. 111-125. Para um panorama sobre as principais críticas ao método funcional do direito comparado, v.: Cury, 2014, *passim*.

à resolução de problemas interpessoais, sociais ou econômicos reais."[155] Por essa perspectiva, não é difícil perceber que, por ex., tanto o *harm principle* como o conceito de bem jurídico servem a propósitos similares em cada sistema jurídico, mas são elaborados a partir de diferentes abordagens teórico-filosóficas. Além disso, cada um pertence a um universo conceitual inteiramente diverso – universo este que, se por um lado realça ainda mais a fixação nacional do Direito Penal, por outro talvez possa ser mais bem compreendido precisamente através da comparação. Se olharmos para eles pela lente das funções que exercem dentro dos seus respectivos sistemas jurídico-penais, perceberemos que cada um apresenta, curiosamente, deficiências semelhantes.[156]

Conclusão

Diante das considerações elaboradas ao longo do presente artigo, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que o direito comparado mostra-se possível e significativo, sobretudo, quando há, além de semelhanças, pontos de divergência entre os sistemas jurídicos a serem comparados.[157] Quando o pesquisador volta o olhar para o universo jurídico, dogmático e científico-penal de outro país, normalmente são as diferenças que lhe saltam primeiro aos olhos. Isso porque tendemos a identificar logo aquilo que destoa do que conhecemos, aquilo que diverge da realidade a que estamos acostumados: a terminologia e linguagem jurídica distintas, os institutos e concepções abstratos moldados conforme outro referencial cultural e valorativo, a diversidade das ideias e dos princípios jurídicos. Entretanto, a superação de uma observação inicial mais superficial só é possível ao se aprofundar o exame daquilo que se percebe como diferente. Uma via extremamente profícua para proceder a esse aprofundamento é justamente através da ciência e, mais especificamente, da dogmática penal. Aceitar a curiosidade inicial que muitas vezes impulsiona o interesse pelo tratamento dado a uma questão jurídico-penal em outros países e insistir em uma tal análise, em muitos casos, leva a que se reconheça que a lacuna entre os sistemas jurídicos talvez não seja tão profunda quanto inicialmente parecia, e que um denominador comum pode ser encontrado entre eles, especialmente no nível da dogmática

155. Kischel, 2015, p. 6.

156. A título de exemplo, não raro a vagueza e a elasticidade dos conceitos é criticada em ambos países, especialmente diante de crimes que não violam um bem jurídico ou que não geram uma lesão a outros. Por isso, a capacidade de rendimento de tais conceitos costuma ser questionada por muitos penalistas. V. Dubber, 2005, p. 691. Em sentido similar: Lauterwein, 2010, p. 60.

157. *Michaels* salienta que, na verdade, esses dois elementos são pressupostos da comparação jurídica: a ausência de qualquer um deles – seja a diferença, seja a semelhança (no sentido do *tertium comparationis*) – é, na sua opinião, o motivo pelo qual antes do séc. XX a atividade comparativa praticamente não se fazia possível. Michaels, 2002, p. 100.

penal. Afinal, "o fato de que existem problemas individuais paralelos em todos os lugares já indica que se está trabalhando com base em pontos de partida científicos comuns".[158]

A ciência do Direito Penal, de um modo geral, se ocupa fundamentalmente da busca de soluções factualmente corretas aos conflitos sociais tendo por referência um determinado quadro normativo – embora não necessariamente se atendo a ele. Ao fazê-lo, ela constrói um arcabouço teórico-abstrato que procura desenvolver proposições jurídico-penais universalmente válidas. O diálogo transfronteiriço que se estabeleceu ao longo do tempo ao nível científico e dogmático do Direito Penal demonstra "[...] que, no mundo, não apenas se lida em grande medida com as mesmas questões gerais do direito penal, como, ademais, que se procura, em debates de direito penal internacional, soluções factualmente pertinentes".[159] A busca pela correção e validade geral das soluções de problemas é, portanto, o que torna as descobertas da ciência e da dogmática do Direito Penal intercambiáveis e comparáveis, apesar das diferenças culturais jurídicas e de uma ainda persistente visão cerrada em si mesma.[160]

158. Tradução livre do seguinte trecho: "*[d]as Faktum, daß überall parallele Einzelprobleme bestehen, deutet aber darauf hin, daß man auf der Grundlage gemeinsamer wissenschaftlicher Ausgangspunkte arbeitet*." Hirsch, 2004, p. 844.

159. Tradução livre da frase a seguir: "[...] *dass man sich nicht nur weitgehend mit dem gleichen strafrechtlichen allgemeinen Problemstoff befaßt, sondern überdies im internationalen strafrechtlichen Gespräch nach sachbezogenen Lösungen sucht*." Hirsch, 2004, p. 841.

160. Nesse sentido, enfatiza *Ambos*: "Se o direito penal alemão realmente deseja estar à altura dos desafios internacionais, então são necessárias mudanças estruturais. A abertura metodológica ou »receptividade« já exigidas por *Kühl* e reforçadas por *Vogel* significam estar disposto a se engajar em um discurso sem expectativa de se chegar a um conclusões fechadas com sistemas jurídicos semelhantes, mas, sobretudo, com os desconhecidos, o que depende da relevância dos argumentos baseados em fatos e da ênfase em problemas fáticos, e não de categorias dogmáticas tradicionais ou de um pensamento sistemático rígido. [...] A preservação da específica compreensão alemã de direito (penal) não é, enfim, um fim em si mesmo, senão que apenas se justifica se for capaz de fornecer contribuições construtivas para resolver os problemas prementes de um direito penal cada vez mais internacionalizado." Tradução livre de: "Will sich die deutsche Strafrechtswissenschaft den internationalen Herausforderungen wirklich stellen, so bedarf es struktureller Veränderungen. Die schon von *Kühl* geforderte und von *Vogel* bekräftigte methodische Öffnung bzw. »Offenheit« bedeutet die Bereitschaft zu einem ergebnisoffenen Diskurs mit verwandten, aber vor allem fremden Rechtsordnungen, bei dem es auf die Bedeutung der Sachargumente und Betonung der Sachprobleme statt auf überkommene dogmatische Kategorien oder starres Systemdenken ankommt. [...] Die Bewahrung des spezifischen deutschen Verständnisses von (Straf)Rechtswissenschaft ist im übrigen kein Selbstzweck, sondern nur gerechtfertigt, wenn es zur Lösung der drängenden Probleme des zunehmend internationalisierten Strafrechts konstruktive Beiträge leisten kann." Ambos, 2016, p. 189. Cf.: Vogel, 2012, p. 30.

Bibliografia

AMBOS, Kai. Cesare Beccaria und die Folter – Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 122, p. 504-520, 2010.

AMBOS, Kai. Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft. Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg, v. 163, n. 4, p. 177-194, p. 2016.

Amelung, Knut. Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 92, p. 19-72, 1980.

Augsberg, Ino. Lob der Dogmatik, *rescriptum*. Munique, n. 1, p. 63-66, 2014.

Beck, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

Bettiol, Giuseppe. [Discussão]. In: Jescheck, Hans-Heinrich; Kaiser, Günther (org.). *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*. Berlim: Duncker & Humblot, 1980. p. 26-31.

Cury, Maria Paula Nasser. Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Porto Alegre, n. 6, p. 176-185, 2014.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

D'Avila, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

D'Avila, Fabio Roberto. A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excurso sobre o Direito Penal do Risco). *Boletim do Instituto brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 98, 2001.

Dubber, Markus Dirk. Comparative Criminal Law. In: Reimann, Mathias; Zimmermann, Reinhard (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University, 2006. P. 1287-1325.

Dubber, Markus Dirk. Theories of crime and punishment in German criminal law. *The American Journal of Comparative Law*. Oxford, n. 53, p. 679-707, 2005.

Eser, Albin. Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. In: Albrecht, H.-J.; Dünkel, F.; Kerner, H.-J.; Kürzinger, J.; Schöch, H.; Sessar, K.; Villmow, B. (org.). *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht:* Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Vol. 2. Berlim: Duncker & Humblot, 1998. P. 1499-1529.

Eser, Albin. The Principle of „Harm" in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests. *Duquesne University Law Review*. Pittsburgh, n. 4, p. 345-417, 1966.

Faria Costa, José de. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado. In: Leite, Alaor; Teixeira, Adriano (org.). *Crime e política*: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 317-345.

Faria Costa, José de. Ler Beccaria hoje. In: Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 5-27.

Feuerbach, Paul Johann Anselm. Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft (1810). In: v. Feuerbach, Paul Johann Anselm. *Kleine Schriften vermischten Inhalts*. Nuremberg: Theodor Otto, 1833. P. 152-177.

Fletcher, George P. Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht. *In*: Eser, Albin; Hassemer, Winfried; Burkhardt, Björn (org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Rückbesinnung und Ausblick, München: Beck, 2000. P. 235-253.

Fletcher, George P. Parochial versus Universal Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, n. 3, p. 20-34, 2005.

Frankenberg, Günter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 26, p. 411-455, 1985.

GIULIANI, Emília Merlini. *Strafbarkeit der Geldwäsche in Brasilien und in Deutschland*: Die strafrechtliche Behandlung des Phänomens auf internationaler und auf nationaler Ebene. Hamburg: Verlag Dr. Kova, 2020.

Greco, Luis. Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft. *rescriptum*. Munique, n. 2, p. 139-142, 2014.

Gropp, Walter. Deutsches Strafrechtsdenken im Europäischen Kontext. *In*: Karsai, Krisztina (org.). *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und in Deutschland*. Beiträge zur Strafrechtsvergleichung. Szeged: Pólay Elemér Alapítvány, 2008. p. 9-19.

GroSfeld, Bernhard. *Kernfragen der Rechtsvergleichung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1996.

Gutteridge, H. C. *Comparative Law*. An introduction to the comparative method of legal study and research. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1949 (reimpressão 1971).

Harcourt, Bernard E. The collapse of the harm principle. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Chicago, n. 90, p.109-194, 1999-2000.

Hefendehl, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático? Trad. Rafael Alcácer; María Martín; Íñigo Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

Hilgendorf, Eric. Zur Einführung: Globalisierung und Recht. *In*: Beck, Susanne; Burchard, Christoph; Fateh-Moghadam, Bijan (org.). *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden: Nomos, 2011. P. 11-25.

Hirsch, Andrew. Harm and wrongdoing: Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierung. In: Hefendehl, Roland; Hörnle, Tatjana; Greco, Luís (org.). *Streitbare Strafrechtswissenschaft*: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014. Berlin: De Gruyter, 2014. P. 85-92.

Hirsch, Andrew. El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». In: Hefendehl, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático? Trad. Rafael Alcácer; María Martín; Íñigo Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. P. 37- 52.

Hirsch, Hans Joachim. Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: nationale und universale Strafrechtswissenschaft, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 116, p. 836-854, 2004.

Jescheck, Hans-Heinrich. Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1955.

Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts:* Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

Jung, Heike. Grundfragen der Strafrechtsvergleichung. *Juristische Schulung*. Munique, n. 38, p. 1-7, 1998.

Kersten, Jens, Warum Dogmatik?, *rescriptum*. Munique, n. 1, p. 67-69, 2012.

Kesper-Biermann, Sylvia. Die Internationale Kriminalistische Vereinigung. *In*: Kesper-Biermann, Sylvia; Overath, Petra (org.). *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik* (1870-1930): Deutschland im Vergleich. Berlim: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007. P. 85-107.

Kindhäuser, Urs. Criminal Law Science (Strafrechtswissenschaft). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 26, p. 1-32, 2016.

Kindhäuser. Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 121, p. 954-964, 2009.

Kischel, Uwe. *Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck, 2015.

Kohler, Josef. *Rechtsvergleichende Studien über islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon*. Berlim: Carl Heymanns, 1889.

Lagodny, Otto. Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Gießen, n. 10, p. 672-680, 2016.

Liszt, Franz. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Vol I (1875-1891). Berlim: De Gruyter, 1970.

Liszt, Franz. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Vol II (1892-1905). Berlim: De Gruyter, 1970.

Liszt, Franz. *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*. Der Strafrecht der Staaten Europas. Vol I. Berlin: Otto Liebman, 1894.

Lauterwein, Carl Constantin. *The limits of criminal law*. A comparative analysis of approaches to legal theorizing. Farnham; Burlington: Aschgate, 2010.

Luz, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos*. Um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCrim, 2013.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004.

Meyer, Frank. Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung. In: Beck, Susanne; Burchard, Christoph; Fateh-Moghadam, Bijan (org.). *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 87-112.

Michaels, Ralf. Functional Method of Comparative Law. In: Reimann, Mathias; Zimmermann, Reinhard (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University, 2006. p. 339-382.

Michaels, Ralf. Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anläßlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Heidelberg, n. 66, p. 97-115, 2002.

Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach der Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder*. Stuttgart: J. G. Cotta'scher Verlag, 1845.

Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Der neueste Zustand der Gefängniseinrichtungen in England und englische Erfahrungen über Einzelhaft*. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1850.

Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsübung*, Erlangen: Ferdinand Enke, 1851.

Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Erfahrungen über die Schwurgerichte in Europa und Amerika über ihre Vorzüge, Mängel und Abhülfe*. Erlangen: Ferdinand Enke, 1865.

Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Der gemeine deutsche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung*. Bonn: Adolph Marcus, 1826.

Morin, Edgar. O astro errante. In: Morin, Edgar; Bocchi, Gianlucca; Ceruti, Mauro (org.). *Os problemas do fim de século*. Lisboa: Editorial Notícias, 1997. p. 9-15.

Morin, Edgar. A era Damocleana. *In*: Morin, Edgar; Bocchi, Gianlucca; Ceruti, Mauro (org.). *Os problemas do fim de século*. Lisboa: Editorial Notícias, 1997. P. 209-216.

Perron, Walter. Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 109, p. 281-301, 1997.

PIETH, Mark, Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 109, p. 756-776, 1997.

Prittwitz, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

Radbruch, Gustav. *Rechtsvergleichende Schriften*. Edição de Heinrich Scholler. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

Radzinowicz, Leon. International Collaboration in Criminal Science. *The University of Toronto Law Journal*. Toronto, n. 4, p. 307-337, 1942.

Rieble, Volker. Methodische Rechtserkenntnis: Irgendwie und sowieso. *rescriptum*. Munique, n. 2, p. 163-166, 2013.

Robles Planas, Ricardo. Das Wesen der Strafrechtsdogmatik. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Gießen, n. 5, p. 357-365, 2010.

Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006.

Sacco, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Sacco, Rodolfo.. Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (installment I of II). *The American Journal of Comparative Law.* Oxford, n. 39, p. 1-34, 1991.

Sacco, Rodolfo. Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (installment II of II). *The American Journal of Comparative Law.* Oxford, n. 39, p. 343-401, 1991.

Schultz, Hans. Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung. *In*: Jescheck, Hans-Heinrich; Kaiser, Günther (org.). *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*. Berlim: Duncker & Humblot, 1980. p. 7-25.

Schünemann, Bernd. Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Gießen, n. 1, p. 1-18, 2014.

Schünemann, Bernd. Ein neues Bild des Strafrechtssystems? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlim, v. 126, p. 1-26, 2014.

Schünemann, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su

interpretación. In: Hefendehl, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático? Trad. Rafael Alcácer; María Martín; Íñigo Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. P. 197-226.

Sieber, Ulrich, Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft, in: Sieber, Ulrich/Albrecht, Hans-Jörg (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. Mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005, Berlin 2006, S. 78-151.

Sieber, Ulrich, Strafrechtsvergleichung im Wandel. Grenzen des Strafrechts – Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 119, p. 1-68, 2007.

Smith, Steven D. The hollowness of the harm principle, *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. San Diego, n. 17, p. 1-62, 2004.

Souza Santos, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

Stewart, Hamish. Legality and Morality in H.L.A. Hart's Theory of Criminal Law, *SMU Law Review*. Texas, n. 52, p. 201-227, 1999.

Swoboda, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 122, p. 24-50, 2011.

Tiedemann, Klaus. La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 49, p. 385-404,1996.

Vogel, Joachim. Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum. *Juristen Zeitung*. Tübingen, ano 67, n.º 1, p. 25-31, 2012.

WEISER, Bettina. Expertokratie? – Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtsentwicklung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim, v. 129, p. 961-994, 2017.

Zachariä, Karl Salomo. Über den Zweck dieser Zeitschrift. Statt einer Vorrede. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*. Heidelberg, v. 1, p.1-27, 1829.

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr, 1996.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Estado y futuro del derecho penal comparado, de Kai Ambos – *RBCCrim* 140/139-92 (DTR\2018\7938).

O *Model Penal Code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano

The Model Penal Code as a key to unlocking the comparative study of American Criminal Law

Guilherme Brenner Lucchesi

Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws* pela Cornell Law School. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Professor Permanente do PPGD-UFPR (CAPES 6). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Secretário-geral do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado e sócio do escritório Lucchesi Advocacia.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9505-421X].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1512135510310992].
guilherme@lucchesi.adv.br

Recebido em: 20.06.2020
Aprovado em: 25.11.2020
Última versão do autor: 15.12.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: O presente artigo aborda a importância do estudo do Código Penal Modelo, proposto como base para a reforma dos sistemas jurídico-penais estaduais nos Estados Unidos da América na década de 1960, para a compreensão mínima necessária do Direito Penal americano que possa permitir um estudo adequado de Direito Penal comparado com aquele sistema jurídico. Para tanto, o artigo aborda primeiramente a formação histórica dos sistemas jurídico-penais nos Estados Unidos, desde a incorporação do direito comum inglês até a constituição dos sistemas legais estaduais. Na sequência, aborda-se o processo de codificação do Direito Penal nos Estados Unidos, distinguindo as codificações estaduais do processo de consolidação das leis federais. O processo de codificação teve seu ápice na proposição do Código Penal Modelo que,

Abstract: This article analyzes the importance of studying the Model Penal Code, proposed as a basis for the reform of state criminal law systems in the United States of America in the 1960's, for the minimum comprehension of American criminal law that will allow an adequate comparative criminal law study of the American legal system. In order to do so, the article first approaches the historical formation of the American criminal law systems, from the incorporation of English common law to the establishment of state legal systems. Then, the codification process of criminal law in the United States is discussed, distinguishing the state codifications from the process of compiling federal law. The codification process peaked with the proposition of the Model Penal Code, which, although it has not been fully adopted in any state, represents an important

Lucchesi, Guilherme Brenner. O *Model Penal Code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 178. ano 29. p. 149-169. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

ainda que não tenha sido adotado integralmente em nenhum estado, representa uma importante ferramenta de ensino do Direito Penal e de interpretação das leis estaduais e federais – mesmo aquelas que não foram redigidas tomando o Código Penal Modelo por base. Conclui-se reforçando a importância do estudo do Código Penal Modelo, principalmente ao pesquisar os institutos da parte geral do Direito Penal americano.

Palavras-chave: Código Penal Modelo – Direito Penal americano – Codificação – Direito comparado.

tool for teaching criminal law and interpreting state and federal law – event those that were not drafted from the basis set by the Model Penal Code. The article concludes emphasizing the importance of studying the Model Penal Code, especially when researching the institutions of the general part of American criminal law.

Keywords: Model Penal Code – American criminal law – Codification – Comparative law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A formação histórica do sistema jurídico-penal dos Estados Unidos da América. 3. O processo de codificação do Direito Penal americano. 4. A proposição de um "Código Penal Modelo". 5. O *Model Penal Code* e seu papel para a compreensão do pensamento jurídico-penal nos Estados Unidos. 6. Considerações finais. 7. Referências.

"The Model Penal Code has become a standard part of the furniture of the criminal law. In large measure it has become the principal text in criminal law teaching, the point of departure for criminal law scholarship, and the greatest single influence on the many new state codes that have followed in its wake."
(Sanford H. Kadish)

1. Introdução

O estudo do direito penal comparado tem ganhado diversos adeptos no Brasil. Isso se deve, em grande parte, à circulação de modelos de tradições jurídicas distintas[1] e a uma crescente incorporação de institutos jurídicos com origem na tradição *common law*[2] ao Direito brasileiro.

1. GRANDE, Elisabetta. *Imitação e Direito*: Hipóteses sobre a circulação dos modelos. Trad. Luís Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 33-36.

2. MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: A study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 2, p. 1, 2003; LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-2, inverno 2004. Sobre a distinção entre as tradições *common law* e *civil law*, ver DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*: A comparative approach to the legal process. New Haven: Yale, 1986.

Esse fenômeno decorre, em parte, do processo de "americanização"[3] pelo qual tem passado o mundo ocidental desde o fim da 2ª Guerra Mundial[4]. O chamado *American way of life* tem se expandido para as mais diversas áreas da vida ocidental, tendo exercido notável influência, igualmente, nos ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles países da tradição *civil law*. O que se iniciou com a "americanização" do direito constitucional rapidamente se expandiu para o direito privado e direito processual, e hoje o direito americano vem exercendo fortes influências também no direito penal — não apenas na adoção de novos tipos penais na legislação extravagante, como influenciando institutos da própria da parte geral[5].

Esta influência dos Estados Unidos no legislador, na doutrina e na jurisprudência brasileira tem levado muitos estudiosos a buscar compreender o sistema jurídico americano, a fim de efetuar um estudo macrocomparado[6] — isto é, o cotejo analítico dos formantes pertencentes a diferentes tradições. Contudo, diante das disparidades estruturais entre o Direito americano e o Direito brasileiro, são muitas as dificuldades de compreensão que surgem, não apenas pelo distanciamento de conceitos, mas também pela coexistência de diversos sistemas distintos dentro dos próprios Estados Unidos.

Nesse sentido, surge como importante ferramenta de introdução e interpretação do direito penal americano o *Model Penal Code* — uma proposta de legislação uniforme da década de 1960, que teve grande influência na codificação das leis penais nos Estados Unidos.

A partir dos dados levantados em pesquisa desenvolvida junto a bibliotecas americanas[7], propõe-se no presente artigo que o estudo do *Model Penal Code* e a compreensão do seu local de inserção no debate acadêmico e profissional é imprescindível para

3. Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á os gentílicos "americano" ou "estadunidense" para se referir àquilo oriundo dos Estados Unidos da América, por tais termos fazerem alusão ao nome do país em questão. Evita-se o uso da expressão "norte-americano", comumente utilizada, por se entender que é morfologicamente equivocada, pois a América do Norte compreende, além dos Estados Unidos da América, também o Canadá e o México.

4. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v. 2, n. 9, p. 301, 2008.

5. Ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 34-36.

6. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 47.

7. Diante da dificuldade de acesso à maioria das obras, em sua maior parte, as citações são acompanhadas de transcrições de longos trechos, que permitem contextualizar o tema em análise. Ademais, tendo em vista a importância da tradução no estudo comparado (LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, inverno 2004), a maior parte das transcrições são acompanhadas de traduções livres, de modo a permitir a compreensão extraída pelo autor da leitura do texto no original.

qualquer pesquisa comparada que pretenda compreender o funcionamento do direito penal nos Estados Unidos da América.

Para tanto, o artigo inicia com o estudo do sistema jurídico-penal dos Estados Unidos da América em uma perspectiva histórica, desde a sua formação, na Seção 2, para compreender a característica multifacetada e a pluralidade de fontes que impedem poder falar em *um* direito penal americano. Na Seção 3, analisa-se o processo de codificação das normas penais nos Estados Unidos, com o objetivo de demonstrar o intuito de uniformização das regras quanto às definições de crimes e à imposição de penas nos diversos estados americanos. Este processo teve sua culminação com a proposição de um Código Penal Modelo, como se demonstra na Seção 4, que serviu de base para a reforma da legislação penal em diversos estados, além de servir de fonte interpretativa secundária, até mesmo para o direito penal federal, como se demonstra a partir do estudo de bibliografia histórica sobre a formação do sistema penal americano e decisões oriundas da Suprema Corte dos Estados Unidos. Na Seção 5, defende-se a proposição originária, no sentido de demonstrar a importância de estudar e conhecer o *Model Penal Code* em qualquer estudo macrocomparado de Direito Penal com os Estados Unidos, encerrando-se, ao desfecho do artigo, com as considerações finais.

2. A formação histórica do sistema jurídico-penal dos Estados Unidos da América

É preciso dizer, antes de mais nada, que não se pode falar, propriamente, em um "direito americano" ou mesmo em um "direito penal americano"[8]. Em realidade, nos Estados Unidos da América, convive uma pluralidade de sistemas sobrepostos, os quais são, por vezes, harmônicos e, por outras, conflitantes.

O sistema federalista adotado nos Estados Unidos permite que os estados federados mantenham um elevado grau de soberania entre si e a União, reservando para si muitas

8. MEADOR, Daniel John. *American Courts*. 2. ed. St. Paul: West, 2000. p. 1: "*Properly speaking, there is no such thing as* the *American judicial system. Instead, there are multiple systems, each independent of the others. There are also multiple sources of American law. The courts of one system are often called upon to apply and interpret the law generated in another. Moreover, there is often duplicative, concurrent jurisdiction over the same case in two or more judicial systems. These circumstances and other combine to give the United States its extraordinarily complicated legal order.*" ("Propriamente dito, não existe *o* sistema judicial americano. Ao contrário, existem múltiplos sistemas, cada qual independente dos demais. Também existem múltiplas fontes do direito americano. Os tribunais de um sistema são frequentemente chamados a aplicar e interpretar o direito gerado em outro. Ademais, existe frequentemente competência dúplice, concorrente sobre o mesmo caso em dois ou mais sistemas judiciais. Essas circunstâncias e outras combinam para dar aos Estados Unidos sua ordem jurídica extraordinariamente complicada.") – tradução livre.

competências legislativas, entre as quais a competência para legislar sobre matéria penal[9]. Desse modo, diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos, a União somente pode legislar em matéria penal naquilo que concerne aos crimes federais e seu respectivo processo.

Não há entre os sistemas jurídicos estaduais qualquer exigência de simetria com o direito federal, exceto naquilo especificamente disposto na Constituição dos Estados Unidos e suas emendas. Do mesmo modo, não há maior preocupação com uniformidade entre os sistemas jurídicos estaduais. No âmbito do direito penal, essa ausência de uniformidade reflete não apenas na definição[10] de crimes – denominada em alguns estados a "parte especial" de suas respectivas legislações penais –, como também no que diz respeito às definições de categorias básicas de imputação. Cada Estado pode criar as suas próprias regras penais; o mesmo pode ser dito com relação à União. Há nos Estados Unidos, portanto, potencialmente 51 sistemas jurídico-penais distintos: um para cada estado e ainda um sistema jurídico-penal federal.

Para além destas questões legislativas, deve-se destacar um outro elemento de adicional complexidade para a compreensão do direito nos Estados Unidos, com importantes repercussões para o direito penal, que se refere ao chamado *common law*[11]. O direito comum ou consuetudinário inglês, isto é, as regras criadas a partir de decisões judiciais na Inglaterra[12], pode ser apontado como uma origem comum para a legislação penal americana. Como explica Francis Wharton, os usos e costumes eram

9. A soberania dos Estados entre si e em relação à União traz ainda uma dificuldade adicional, que é a possibilidade de incidência de múltiplas sanções aos acusados em geral, desde que processados perante estados distintos, ou processados perante a justiça estadual e federal. Ver FISHER, Walter T. Double Jeopardy, Two Sovereignties and the Intruding Constitution. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 28, n. 4, p. 591-613, 1961; HELLMANN, Kevin J. The Fallacy of Dueling Sovereignties: Why the Supreme Court Refuses to Eliminate the Dual Sovereignties Doctrine. *Journal of Law and Policy*, Denver, n. 1, v. 2, p. 149-186, 1994.

10. Não parece adequado falar nos Estados Unidos em "tipificar", visto que a legislação anglo-americana foi desenvolvida sem recurso à noção de tipo penal (*Tatbestand*). Trata-se de tradições jurídicas distintas, cujas particularidades devem ser respeitadas.

11. Deve-se pontuar uma importante distinção terminológica. Tratando-se *common law* de categoria plurívoca, quando se emprega o termo *common law* com o gênero feminino (a *common law*), refere-se à tradição *common law*. Por outro lado, empregando-se o gênero masculino (o *common law*), refere-se ao direito consuetudinário inglês, ora discutido.

12. FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4. ed. New York: Oxford, 2015. p. xix: "*Originally the term 'common law' described that part of the law of England which was understood mainly through cases decided by judges and which was common to the whole land rather than local to one place or another. It may still be used in much the same sense, as in the phrase 'at common law,' to refer to the law, usually of England, during the early part of its development and before widespread legislation.*" ("Originariamente o termo '*common law*' descrevia a parte do direito da Inglaterra que era compreendido principalmente por meio de casos decididos por juízes e que eram comuns a todo o país ao contrário de locais a um lugar ou a outro. Pode ainda ser utilizado no mesmo sentido, como na frase 'na *common law*', referindo-se ao direito, geralmente

adotados antigamente na Inglaterra para estabelecer as condutas merecedoras de punição. Tais padrões foram refinados e moldados pelas cortes de modo a acomodar e dar conta de uma gama de situações fáticas distintas, estabelecendo regras precedentais de maior amplitude. Durante séculos, foram editadas leis no reino que incorporaram e suplementaram o direito criado a partir de decisões judiciais, estabelecendo um sistema de regras desenvolvidas fundamentado em decisões de casos concretos e em um ciclo de leis auxiliares e jurisprudência interpretativa destas leis[13], formando um corpo vasto de direito geralmente aceito, e que veio a ser reconhecido como o *common law* inglês[14]. Esse *common law* foi trazido pelos colonizadores à América, a partir de compilações e obras de juristas ingleses, e veio a formar a espinha dorsal do direito colonial americano, juntamente com leis inglesas que foram promulgadas e aplicadas nas 13 colônias antes da Revolução Americana de 1776. A interpretação das regras do direito inglês antigo constitui um corpo de direito autônomo, que pode ser denominado o *common law* americano[15], e que tem influência na formação de decisões judiciais até os dias atuais[16].

---

da Inglaterra, durante a parte inicial de seu desenvolvimento e antes da difusão da legislação escrita.") – tradução livre.

13. Ver HAZARD, JR., Geoffrey C. Criminal Justice System: Overview. In: KADISH, Sanford H. (Ed.). *Encyclopedia of Crime and Justice*. New York: The Free Press, 1983. v. 2, p. 451: "*From this foundation, the common law of crimes evolved over the course of centuries. Development took place through judicial decisions interpreting and elaborating the concept of violence into such specific categories as homicide, robbery, arson, and assault. In the latter years of the common law's development, particularly from the sixteenth century onward, enactments of Parliament added specific crimes to the array of the common-law offenses.*" ("A partir dessa fundação, o *common law* de crimes evoluiu durante o curso de séculos. O desenvolvimento ocorreu por meio de decisões judiciais interpretando e elaborando o conceito de violência para dentro de categorias específicas tais como homicídio, roubo, incêndio e agressão física. Nos últimos anos do desenvolvimento do *common law*, particularmente do século XVI em diante, as leis emanadas do Parlamento somaram crimes específicos à variedade de crimes definidos no *common law.*") – tradução livre.

14. WHARTON, Francis. *Criminal Law.* 15. ed. Deerfield: Clark Boardman Callaghan, 1993. v. 1, p. 29-31: "*In early England, usage and customs were the generally accepted methods of determining the kinds of conduct which warranted punishment. In the course of implementing such standards, the courts refined and molded them to accommodate varying fact situations. Moreover, statutes were passed from time to time supplementing or modifying this decisional law. After centuries of this kind of case-law development and supportive statutes (leading in turn to additional case law interpreting such statutes), a vast body of generally accepted law came to emerge. This body of law came to be called the English common law.*"

15. WHARTON, Francis. *Criminal Law*. 15. ed. Deerfield: Clark Boardman Callaghan, 1993.v. 1, p. 31-32: "*When the English colonists came to America, they brought with them so much of the common law which was appropriate to their new surroundings and conditions. This included any English statutes, enacted prior to the Revolution, which had been generally accepted by the Colonies. This body of law constituted the beginning of what might be called American common law.*"

16. Esse fenômeno foi observado, no Brasil, por Heleno Cláudio Fragoso, por ocasião de sua estadia como professor visitante na Universidade de Nova York em 1969 (Notas sobre o direito

3. O processo de codificação do Direito Penal americano

Com o tempo, posteriormente à independência dos Estados Unidos, as recém-formadas legislaturas estaduais passaram a editar leis penais, seja para incorporar as regras de *common law* inglês, seja para modificá-las, com sua ampliação, expansão ou restrição. Segundo o *Chief Justice* Theophilus Parsons, da Suprema Corte de Massachusetts, mesmo que as leis inglesas nunca tenham sido promulgadas nos Estados Unidos, elas foram consideradas como incorporadas ao *common law* americano, e têm sido aplicadas pelos tribunais americanos, reconhecendo-se a elas força de lei[17].

A adoção desse *common law* pelos estados americanos, assim, foi um processo histórico de longa duração, permitindo que cada estado desenvolvesse seu próprio

penal anglo-americano. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 90): "O Direito Penal anglo-americano tem como fontes a *common law* e a lei escrita (*statute*). Por *common law* entende-se o direto que não se expressa através de ato legislativo, mas, sim, do costume revelado através de decisões judiciais. Como diz Blackstone, 'a autoridade de princípios e regras da *common law* reside inteiramente na aceitação geral e no uso, e o único método de provar que este ou aquele princípio é regra da *common law* consiste em demonstrar que tem sido costume observá-lo'. Nos Estados Unidos, a *common law* é, em grande parte, a inglesa, que substituiu como direito no país, após a independência, acrescida de novos princípios estabelecidos pela jurisprudência dos tribunais e modificada ou revogada por leis escritas. A *common law* constitui, portanto, lei não escrita, que se determina através dos repositórios de decisões e das obras dos clássicos, como Coke, Hale, Hawkins, Foster, East e outros a que já aludimos."

17. MASSACHUSETTS. Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts. *Commonwealth v. Knowlton. Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts*, v. 2, p. 534. Boston: Harrison Gray, 1807: "*Our ancestors, when they came into this new world, claimed the common law as their birthright, and brought it with them, except such parts as were judged inapplicable to their new state and condition. The common law, thus claimed, was the common law of their native country, as it was amended or altered by English statutes in force at the time of their emigration. Those statutes were never reenacted in this country, but were considered as incorporated into the common law. Some few other English statutes, passed since the emigration, were adopted by our courts, and now have the authority of law derived from long practice.*" ("Nossos antepassados, quando eles vieram para este novo mundo, reivindicaram o *common law* como seu direito de nascimento, e o trouxeram consigo, exceto aquelas partes que julgaram inaplicáveis ao seu novo estado e condição. O *common law*, tal qual reivindicado, era o direito consuetudinário de seu país natal, da forma como emendada e alterada pelas leis inglesas em vigor ao tempo de sua emigração. Aquelas leis jamais foram repromulgadas neste país, mas elas foram consideradas como incorporadas ao *common law*. Algumas outras leis inglesas, aprovadas após a emigração, foram aprovadas pelos nossos tribunais e agora têm força de lei derivada de longa prática.") – tradução livre.

common law[18] a partir da interpretação dos precedentes ingleses, da compilação feita por juristas e das próprias decisões oriundas dos tribunais estaduais[19].

Especificamente no que diz respeito ao direito penal, a formação do sistema jurídico-penal de cada estado comportou não apenas o desenvolvimento de seu corpo próprio de *common law* estadual, a partir de partes do *common law* inglês e de outros estados, como também a edição de leis penais próprias ou copiadas de outros estados[20]. Com o tempo,

18. PENSILVÂNIA. Supreme Court of Pennsylvania, Eastern District. *Guardians of the Poor v. Greene*. In: BINNEY, Horace. *Reports of cases adjudged in the Supreme Court of Pennsylvania*, v. 5, p. 558. Philadelphia: Moses Thomas, 1813: "*Every country has its common law. Ours is composed partly of the common law of England, and partly of our own usages. When our ancestors emigrated from England, they took with them such of the English principles as were convenient for the situation in which they were about to place themselves. It required time and experience to ascertain how much of the English law would be suitable to this country. By degrees, as circumstances demanded, we adopted the English usages, or substituted others better suited to our wants, till at length, before the time of the revolution, we had formed a system of our own, founded in general on the English constitution, but not without considerable variations.*" ("Todo país teu o seu direito consuetudinário. O nosso é composto em parte pelo *common law* da Inglaterra, e em parte dos nossos próprios usos. Quando nossos antepassados emigraram da Inglaterra, eles levaram consigo tanto dos princípios ingleses quanto eram convenientes para a situação em que estavam prestes a se colocar. Foi exigido tempo e experiência para certificar quanto do direito inglês seria adequado para este país. Em graus, conforme demandavam as circunstâncias, adotamos os usos ingleses, ou substituímos outros mais bem adequados para os nossos desejos, até que, ao fim, antes do tempo da revolução, havíamos formado um sistema próprio, fundado em geral na constituição inglesa, mas não sem consideráveis variações.") – tradução livre.

19. WHARTON, Francis. *Criminal Law*. 15. ed. Deerfield: Clark Boardman Callaghan, 1993. v. 1, p. 32: "*Over the ensuing years, American courts built upon, developed, and expanded this law. In time, a body of case law (together with case law interpreting the newly enacted statutes) came to emerge in each of the states* — e.g., *the common law of Massachusetts, or the common law of Ohio.*" ("Ao longo dos anos subsequentes, os tribunais americanos construíram sobre, desenvolveram e expandiram esse direito. Em tempo, um corpo de jurisprudência (juntamente com jurisprudência interpretando as leis recém-promulgadas) veio a emergir em cada estado – por exemplo, o *common law* de Massachusetts ou o *common law* de Ohio.") – tradução livre.

20. FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4. ed. New York: Oxford, 2015. p. 185: "*Although American criminal law was derived from that of England at a time when criminal law was largely case law, its basis is now statutory. Each state has its own penal statutes defining both major crimes (felonies) and minor ones (misdemeanors) as well as innumerable petty offenses. Naturally, criminal homicides, rape, and theft are defined similarly from one state to the next, reflecting a common ancestry in English case law and the tendencies of American legislatures to copy penal law innovations enacted by the leading states.*" ("Embora o direito penal americano tenha derivado daquele da Inglaterra na época em que o direito penal era em sua maior parte jurisprudencial, sua base agora é legislativa. Cada estado tem suas próprias leis penais definindo tanto crimes mais graves (*felonies*) quanto crimes menores (*misdemeanors*), assim como inúmeras infrações menores. Naturalmente, homicídios criminais, estupro e furto são definidos de maneira similar de um estado para o outro, refletindo uma ascendência comum na jurisprudência inglesa e as tendências das legislaturas americanas de copiarem inovações na lei penal promulgadas pelos principais estados.") – tradução livre do autor.

um levante popular democrático iniciou um movimento pela codificação nos Estados Unidos. A codificação era vista como uma forma de retirar o poder de advogados e juízes de instituir regras jurídicas sem participação democrática, permitindo que os legisladores eleitos pelo povo pudessem articular as regras de maneira acessível e compreensível, em vez dos preceitos estabelecidos em precedentes, muitas vezes expressados de forma oracular e misteriosa[21]. Além disso, a nacionalização do direito americano, com base em regras decididas pelo povo, e não impostas a partir de preceitos arcaicos de origem inglesa, igualmente era vista como algo favorável[22].

Uma das principais figuras da codificação americana foi o jurista David Dudley Field[23], responsável por encabeçar uma campanha que levou a Convenção Constituinte de Nova York a determinar a constituição de uma comissão de juristas responsável por "reduzir todo o corpo de leis do Estado a um código escrito e sistematizado"[24]. A comissão nomeada pelo legislativo nova-iorquino foi presidida por Field[25], e resultou na edição de um Código Político, um Código Civil e um Código Penal.

O Código Penal Field não foi uma legislação reformista, mas apenas buscou compreender, em um único tomo, todo o corpo de regras sobre crime e sanções em Nova York. Diante de equívocos metodológicos na redação do Código, a intenção dos redatores, de compilar toda e qualquer regra estabelecendo alguma sanção, levou à incorporação de diversas disposições sem qualquer relação com a matéria criminal ao texto do Código, vindo a englobar questões de natureza administrativa[26]. Além disso, em vez de criar soluções para problemas existentes nas regras compiladas, o Código se limitou a incluir

21. KADISH, Sanford H. The Model Penal Code's Historical Antecedents. *Rutgers Law Journal*, Newark, v. 19, n. 3, p. 534, 1988.

22. KADISH, Sanford H. The Model Penal Code's Historical Antecedents. *Rutgers Law Journal*, Newark, v. 19, n. 3, p. 534, 1988.

23. Para uma visão geral, ver FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4. ed. New York: Oxford, 2015. p. 77-78. Para uma visão histórica aprofundada dos códigos Field e sua adoção nos estados, ver FIELD, Henry M. *The life of David Dudley Field*. New York: Charles Scribner's Sons, 1898. p. 42-96; COE, Mildred V.; MORSE, Lewis W. Chronology of the Development of the David Dudley Field Code. *Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 27, n. 2, p. 238-245, 1941.

24. Constituição do Estado de Nova York de 1846, art. VI, § 24: "*The legislature, at its first session after the adoption of this Constitution, shall provide for the appointment of three commissioners, whose duty it shall be to revise, reform, simplify, and abridge the rules of practice, pleadings, forms and proceedings of the courts of record of this state, and to report thereon to the legislature, subject to their adoption and modification from time to time.*" Disponível em: [https://bit.ly/3dl5JKk]. Acesso em: 20.06.2020.

25. FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005. p. 293.

26. KADISH, Sanford H. The Model Penal Code's Historical Antecedents. *Rutgers Law Journal*, Newark, v. 19, n. 3, p. 535, 1988.

notas, remetendo o leitor aos casos na jurisprudência inglesa ou americana que originaram as controvérsias apontadas, sem maiores explicações[27].

Apesar dessas falhas, o Código Field teve grande influência nos outros Estados, diante do movimento pró-codificação. Depois da promulgação do Código Penal Field pela legislatura em Nova York, o Anteprojeto Field foi adotado em outros estados, principalmente naqueles que estavam sendo criados com a expansão dos Estados Unidos ao oeste. Em meados do século XIX, 16 dos então 36 estados americanos vieram a adotar alguma espécie de Código Penal, em sua maior parte baseando-se no Anteprojeto Field.

4. A proposição de um "Código Penal Modelo"

Por causa das falhas do Anteprojeto Field, as legislações estaduais encontravam-se em situação de desordem interna[28]. Até mesmo com relação à adoção dos próprios conceitos da *common law*, não existia qualquer uniformidade, havendo estados que aboliram em seus códigos todas as definições de crimes estabelecidas pela *common law*, alguns que fizeram menção em suas leis a conceitos da *common law*, sem estabelecer definições, levando os tribunais a recorrer aos conceitos judicialmente estabelecidos e outros que, até o presente, ainda reconhecem a existência de crimes criados e definidos integralmente pela *common law*[29]. A absoluta ausência de coerência torna o estudo do direito penal ame-

27. KADISH, Sanford H. The Model Penal Code's Historical Antecedents. *Rutgers Law Journal*, Newark, v. 19, n. 3, p. 535, 1988.

28. FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4. ed. New York: Oxford, 2015. p. 186: "*Until recently, the criminal codes of the various sates were in shocking disarray, depending heavily on traditional common-law formulas that were often left unstated.*" ("Até recentemente, os códigos penais dos vários estados estavam em desordem chocante, dependendo fortemente de fórmulas tradicionais do *common law* que muitas vezes eram deixadas sem definição.") — tradução livre do autor.

29. GIULIANO, Michael N.; MORRIS, Mary Babb; OAKES, Karl. Criminal Law: Substantive Principles. In: MAESS, Jean E. e outros (Eds.). *Corpus Juris Secundum* – A contemporary statement of American law as derived from reported cases and legislation. St. Paul: Thomson/West, 2016. v. 22, p. 14-15: "*In many jurisdictions, including some in which comprehensive criminal statutes have been enacted, the common law in relation to crimes and criminal procedure has been recognized by the courts as in force, except insofar as it has been abrogated or repealed, expressly or impliedly, by statute. In some states, the common law of crimes has been abolished and all crimes are statutory such that only the legislature and not the courts, may make conduct criminal. In such jurisdictions, criminal procedure is entirely regulated by statute. In contrast, some states have not declared all common-law crimes to be obsolete.*" ("Em muitos locais, inclusive alguns em que foram promulgadas leis penais de grande abrangência, o *common law* com relação a crimes e ao processo penal tem sido reconhecido pelos tribunais como em vigor, exceto naquilo que tiver sido derrogado ou revogado, expressa ou implicitamente, por lei. Em alguns estados, o *common law* sobre crimes foi abolido e todos os crimes são definidos por lei, de tal maneira que apenas o Legislativo, e não os tribunais, por tornar uma conduta criminosa. Em tais locais, o processo penal é inteiramente

ricano tarefa difícil para os próprios juristas estadunidenses. Para os comparatistas, trata-se de um verdadeiro pesadelo[30].

Tendo em vista de alguma forma desemaranhar as definições e regras relativas ao direito penal e ao processo penal americano, o *American Law Institute*[31] constituiu comissões para redigir códigos modelo a serem elaborados com base nos princípios comuns extraídos das respectivas leis estaduais, e que refletiriam o então *estado da arte* para a reforma penal nos estados. O *American Law Institute* foi fundado por notáveis juristas em 1923, com missão de promover o esclarecimento e a simplificação do direito e sua melhor adaptação às necessidades sociais, de assegurar a melhor administração da justiça e de encorajar e desenvolver trabalhos jurídicos acadêmicos e científicos[32]. Quando do estabelecimento da necessidade de reforma da lei penal e processual penal, o Instituto já havia desenvolvido "reformulações" do direito[33], espécies de compilações e consolidações de diversas áreas do direito, notadamente do direito privado, nas áreas de contratos e de responsabilidade civil. Com relação ao direito penal, os membros do Instituto entenderam que não seria possível fazer uma compilação, diante da complexidade e da disparidade das leis de cada estado. Entenderam, assim, ser necessária uma reforma integral, propondo códigos modelo[34].

---

regulado por lei. Em contraste, muitos estados ainda não declararam obsoletos todos os crimes definidos pelo *common law*.") – tradução livre do autor.

30. Acerca das dificuldades criadas pela pluralidade de fontes, ver DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 2-7. A própria interpretação feita das decisões – nem sempre harmônicas – da *common law* pelos tribunais estaduais é díspar, como observa o autor ao analisar como as respectivas leis dos estados de Nova Jersey e da Louisiana situam categorias da *common law* em relação a categorias pós-Código Penal Modelo (idem, p. 58).

31. Em tradução livre, Instituto de Direito Americano.

32. Sobre a criação do Instituto, ver o sítio oficial (Disponível em: [www.ali.org/about-ali/how-institute-works/]. Acesso em: 19.06.2020): "*The Institute's mission is to 'to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work*'."

33. No original, *restatements of the law*.

34. DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 7: "*Although it was drafted between 1952 and 1962, the origins of the Code lie in the 1930s, when the American Law Institute decided to tackle criminal law and criminal procedure. An organization of distinguished jurists,* […] *the ALI took one look at American criminal law and procedure at the time and was so appalled by what it saw that it decided that, unlike other areas such as torts or contracts, more than a mere 'restatement' of the law was called for. What was needed was a fresh start in the form of* model codes." ("Embora tenha sido redigido entre 1952 e 1962, as origens do Código remontam à década de 1930, quando o *American Law Institute* decidiu enfrentar o direito penal e o processo penal. Uma organização de notáveis juristas, [...] o ALI olhou para o direito penal e o processo penal americano da época, e ficou tão horrorizado com o que viu que decidiu que, ao contrário de outras áreas, como responsabilidade civil e contratos, seria necessário mais que uma mera 'consolidação' do direito. Era preciso um recomeço na forma de *códigos modelo*.") – tradução livre.

Foi constituída pelo Instituto uma comissão presidida pelo jurista Herbert Wechsler, que havia escrito, já em 1937, um artigo monumental, publicado em duas partes na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Columbia, delineando diversas premissas para a reforma da legislação penal americana[35]. O processo de elaboração do Código Penal Modelo[36] tomou corpo em um memorando enviado por Wechsler ao *American Law Institute* em 1952, que veio a ser posteriormente publicado na forma de um artigo na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Harvard[37]. A comissão elaborou 13 anteprojetos submetidos ao Instituto entre 1953 e 1960, até que se chegou à versão final do Código Penal Modelo, aprovada e promulgada pelo *American Law Institute* em 1962[38].

Pode-se observar, de um lado, que o Código Penal Modelo não foi adotado na íntegra por qualquer dos 50 estados americanos[39]. Isto se deu na medida em que cada legislatura

35. WECHSLER, Herbert; MICHAEL, Jerome. A rationale of the law of homicide: I. *Columbia Law Review*, New York, v. 37, n. 5, p. 701-761, maio 1937; MICHAEL, Jerome; WECHSLER, Herbert. A rationale of the law of homicide: II. *Columbia Law Review*, New York, v. 37, n. 8, p. 1261-1325, dez. 1937.

36. No original, *Model Penal Code*.

37. WECHSLER, Herbert. The challenge of a Model Penal Code. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 65, n. 7, p. 1097-1133, maio 1952.

38. WECHSLER, Herbert. Foreword. In: WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries* – Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. v. 1, p. xii: "*The original publication of the Model Penal Code consisted only of the thirteen Tentative Drafts, containing different portions of the text and accompanying Comments, that were considered by the Institute from 1953 to 1960; an initial Final Draft, containing revised text on responsibility, sentencing and correction, considered in 1961; and the Proposed Official Draft of the entire Code (without Comments) approved and promulgated in 1962*." ("A publicação originária do Código Penal Modelo consistiu apenas nos 13 Anteprojetos Preliminares, contendo diferentes partes do texto e Comentário correspondentes, que foram analisados pelo Instituto de 1953 a 1960; um Anteprojeto Final, contendo o texto revisado sobre responsabilidade, dosimetria de pena e execução penal, analisado em 1961, e o Projeto Oficial Proposto do Código na íntegra (sem Comentários) aprovado e promulgado em 1962.") – tradução livre do autor. Para um histórico detalhado da elaboração do Código e uma explicação de seus fundamentos filosóficos e epistemológicos, ver DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 7-10. É importante observar que a "promulgação" referida pelo autor foi feita pelo próprio Instituto e não por algum corpo legislativo estadual ou federal.

39. O estado de Idaho chegou a adotar o Código Penal Modelo em sua íntegra brevemente em 1971. No entanto, com a consequente descriminalização promovida pelo Código da conduta de sodomia consensual entre adultos, bem como a inclusão de crimes relativos ao porte ilegal de arma de fogo, a população, liderada pela Igreja dos Santos dos Últimos Dias, exigiu dos legisladores a revogação do então novo código, tendo sido restabelecido o código anterior já em 1972, apenas três meses depois da vigência do Código Modelo em Idaho. O'CONNOR, Jacqueline. *Law and sexuality in Tennessee William's America*. Madison: Fairleigh Dickinson University Press, 2016. p. 98, NR 112: "*During the 1950s, the American Law Institute in Philadelphia created a Model Penal Code whose final draft was adopted in 1962 and that included a recommendation to states for decriminalizing*

estadual tinha o poder de implementar as mudanças que bem entender na sua legislação, podendo reformar a sua legislação penal em maior ou menor medida. Neste ponto, se observa a grande influência exercida na maior parte das legislaturas estaduais. Nos estados de Nova York, Nova Jersey e Pensilvânia, por exemplo, o Código surtiu maiores efeitos, sendo adotado nas suas respectivas reformas, com ajustes pontuais[40]. Outros estados, ao adotarem a estrutura e a principiologia do Código, o fizeram em menor proporção[41].

Ao mesmo tempo, mesmo aqueles estados que não tiveram as suas leis penais alteradas por ocasião do *Model Penal Code*, a sua propositura deu ensejo a debates com intuitos reformadores. Na Califórnia, notadamente, o Poder Legislativo estadual chegou a pôr em deliberação um anteprojeto de código baseado no Código Penal Modelo[42], porém, o rejeitou. A Califórnia segue mantendo em vigência seu Código Penal de 1873, com algumas reformas e modificações pontuais[43]. Outro campo em que o Código Penal Modelo não exerceu maior influência legislativa foi no direito penal federal, que mantém sua legislação penal compilada no Título 18 do Código dos Estados Unidos.

Em verdade, o direito penal federal americano não é regido propriamente por um "código". O chamado *United States Code* nada mais é que uma compilação das leis penais federais americanas[44]. Como aponta Dubber, a revisão e a compilação das leis penais

---

consensual sodomy. Idaho's Legislative Council, through the work of a special subcommittee, turned its attention to criminal code revisions in the years following Stonewall. The committee recommended adopting the Model Penal Code with only minor modifications, and with a few objections and in a short amount of time, both chambers had approved the changes and Governor Cecil Andrus signed them into law in March 1971. Idaho was the third state to decriminalize consensual sodomy; however, a subsequent challenge that occurred soon after the new code went into effect prompted the legislature to repeal the new code and reinstate the old one. Although the challenge had originated with members of the Church of the Latter-Day Saints and their specific objection to the legalization of fornication, adultery and 'homosexuality,' the revised code included provisions regulating firearm possession, bad checks, and the theft of animals. As Eskridge tells it, 'Once gun owners, prosecutors, ranchers, and Mormons came together, there was tremendous pressure on the legislature to revisit the new criminal code'".

40. WECHSLER, Herbert. Foreword. In: WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries* – Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. v. 1, p. xi.

41. WECHSLER, Herbert. Foreword. In: WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries* – Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. v. 1, p. xi.

42. WECHSLER, Herbert. Foreword. In: WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries* – Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. v. 1, p. xi.

43. CALIFÓRNIA. The Penal Code of California. § 2, 1873. Disponível em: [https://bit.ly/2YgOplB]. Acesso em: 20.06.2020.

44. O *United States Code* é uma compilação de todo o direito federal dos Estados Unidos, organizado pelo *Office of the Law Revision Counsel* (OLRC) — em tradução livre, Gabinete do Conselho da Revisão da Lei —, órgão da câmara baixa do Poder Legislativo federal americano, a *United States House of Representatives*. De acordo com o § 285b do Título 2 do Código dos Estados Unidos,

federais determinadas pelo Congresso americano em 1948 se deram pelo agrupamento dos dispositivos em tópicos e disposição em ordem alfabética[45], mantida até o presente, excetuados alguns erros de ordem alfabética na compilação[46]. Não havendo um "código penal" no âmbito federal passível de reforma na década de 1960, quando das discussões sobre o *Model Penal Code*, não haveria como este ser propriamente acolhido pela legislação federal.

Contudo, apesar de o Código Penal Modelo não ter servido de base para a reforma penal no estado da Califórnia, por exemplo, ou na legislação federal americana, não se pode dizer que o Código não exerceu alguma influência sobre a formação e desenvolvimento daqueles sistemas penais. Até o ano de 2004, o Código Penal Modelo já havia sido

compete ao OLRC preparar uma compilação completa das leis permanentes dos Estados Unidos e que esteja de acordo com a polícia, intenção e propósito do Congresso em seus termos originários, com ligeiras alterações para remover ambiguidades, contradições e outras imperfeições. O Código contém 54 títulos ao todo, além de cinco apêndices, referentes a agrupamentos temáticos da legislação federal. A matéria penal e processual penal se encontra compilada no Título 18 do Código. Para detalhes sobre o funcionamento do OLRC e o processo de compilação do direito federal, ver o sítio oficial do *United States Code* (Disponível em: [https://uscode.house.gov/detailed_guide.xhtml]. Acesso em: 20.06.2020).

45. DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 16: "*Before the Code, the preferred method of organization in American criminal codes was the alphabet. In 1948, four years before the Model Code project began in earnest, Congress decided to revise the vast body of federal criminal statutes that had accumulated over a century and a half. That revision, 'for which the spadework was done by hired hand of three commercial law-book publishers, on delegation from a congressional committee desirous of escaping the responsibility of hiring and supervising its own staff,' consisted of placing the existing statutes in alphabetical order. The federal criminal code, Title 18, has retained this ordering to this day, more or less. Efforts to recodify federal criminal law on the basis of the Model Penal Code failed in the early 1980s.*" ("Antes do Código, o método preferencial para a organização nos códigos criminais americanos era o alfabeto. Em 1948, quatro anos antes do início efetivo do projeto de Código Modelo, o Congresso decidiu revisar o amplo corpo de leis federais criminais que haviam acumulado ao longo de um século e meio. Aquela revisão, 'para a qual o trabalho braçal foi feito mediante a contratação de três editoras comerciais de livros jurídicos, por delegação de uma comissão congressional que desejava escapar da responsabilidade de contratar e supervisionar sua própria equipe,' consistiu em colocar as leis existentes em ordem alfabética. O código criminal federal, Título 18, manteve mais ou menos essa ordem até a presente data.") – tradução livre.

46. DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 16, NR-46: "*in its continuous generation of federal crimes, Congress on occasion has found even the alphabet too demanding a structural device. So, for instance, the chapter on 'child support' (18 U.S.C. ch. 11A) precedes that on 'chemical weapons' (ch. 11B), and 'importation of explosive materials' comes after 'explosives' but before 'extortion,' (chs. 39-41).*" ("em sua contínua geração de crimes federais, o Congresso por vezes encontrou até no alfabeto um dispositivo estrutural exigente demais. Assim, por exemplo, o capítulo sobre '*child support*' (alimentos) (cap. 11-A do Título 18 do Código dos Estados Unidos) antecede aquele sobre '*chemical weapons*' (armas químicas) (cap. 11-B), e '*importation of explosive materials*' (importação de materiais explosivos) vem depois de '*explosives*' (explosivos), mas antes de '*extortion*' (extorsão) (caps. 39-41).") – tradução livre.

citado como fonte do direito em mais de 150 casos californianos e em mais de 700 votos em cortes federais, incluindo cerca de 100 votos proferidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos[47].

O que se destaca, portanto, é que mesmo em sistemas penais que não adotaram, nem mesmo parcialmente, em suas legislações penais a estrutura, a principiologia e as disposições do *Model Penal Code*, este segue sendo utilizado ao menos como fonte secundária, servindo de base para a interpretação de regras estaduais e federais.

5. O *Model Penal Code* e seu papel para a compreensão do pensamento jurídico-penal nos Estados Unidos

Como dito, em razão das intercorrências próprias das casas legislativas, não se pode dizer que o Código Penal Modelo esteja propriamente em vigência em algum foro nos Estados Unidos. Todavia, visto que muitos estados o acolheram parcialmente em seus códigos penais estaduais, bem como quanto ao seu uso corrente pelas cortes americanas, até mesmo onde não houve influência do *Model Penal Code* na reforma da legislação penal, verifica-se que sua influência é bastante expressiva. Isto se deve ao fato de o Código ter sido pensado como a expressão de uma síntese do pensamento jurídico-penal americano, e que pudesse, com ligeiros ajustes, ser adotado em todos os estados[48]. Como visto, as suas disposições tendem a ser citadas por decisões de cortes de estados onde sequer houve uma reforma da legislação penal baseada no Código Modelo. Desse modo, muito embora as disposições do Código Penal Modelo não se apliquem a todos os estados, ou mesmo aos casos federais, costuma ser o método preferencial de análise do "sistema americano" como um todo.

Há, ainda, no Código Penal Modelo, uma importante ferramenta pedagógica. Diante da inconveniência e até mesmo da impossibilidade de se ensinar aos estudantes de direito

47. DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 6-7: "*As evidence of its nation-wide impact, the Code has been cited in over 3,000 opinions from every American jurisdiction. Courts in non-MPC jurisdictions frequently draw on the Code's analysis to elucidate unsettled issues, such as the mental state requirements of particular offenses, even if the end up rejecting the particular solution proposed by the Code drafters. As of 2004, the Code had been cited in over 150 California and over 700 federal opinions, including some 100 Supreme Court opinions*." ("Como prova do impacto nacional, o Código foi citado em mais de 3.000 votos de todos os estados americanos e cortes federais. Tribunais em estados que não adotaram o Código Penal Modelo buscam com frequência a análise feita pelo Código para resolver questões incertas, tais como as exigências de estado mental para delitos específicos, mesmo que venham a rejeitar a solução específica proposta pelos autores do Código. Até 2004, o Código havia sido citado em mais de 150 votos na Califórnia em mais de 700 votos federais, inclusive cerca de 100 votos da Suprema Corte.") – tradução livre.

48. PACKER, Herbert L. The Model Penal Code and Beyond. *Columbia Law Review*, New York, v. 63, n. 4, p. 594, abr. 1963.

as especificidades de cada sistema estadual, o Código tende a ser a principal ferramenta utilizada no ensino do direito penal nas universidades americanas[49]. A formação do estudante de direito nos Estados Unidos visa, mais do que apresentar o direito objetivo posto, ensinar os estudantes a "pensarem como advogados", isto é, apresentar o raciocínio jurídico necessário para a resolução de problemas em diversas áreas[50]. Para tanto, em vez de aprender o direito local, praticado no estado em que a faculdade de Direito se encontra[51], o que se ensina em direito penal são os princípios estruturantes do Código Penal Modelo e do *common law* americano.

A despeito dessa importância, é preciso tomar alguns cuidados ao se analisar o conteúdo de alguma regra extraída de um precedente americano. Nem sempre aquela regra deve — ou pode — ser analisada à luz dos conceitos do Código Penal Modelo. É preciso lembrar, sempre, que coexistem nos Estados Unidos 54 conjuntos distintos de regras penais: um para cada um dos 50 estados, um para o sistema jurídico-penal federal, um correspondente ao Código Penal Modelo e, ainda, um consistente nas regras do *common law* inglês ainda aplicados pelas cortes e estudadas pelos acadêmicos de direito[52].

Mesmo tendo estas premissas em mente, em especial, as limitações do Código Penal Modelo como fonte primária do Direito, ainda assim é necessário reconhecer a influência por ele exercida em todo o direito penal americano, sobretudo no que diz respeito aos modos de imputação subjetiva de responsabilidade penal[53] — chamada no Código de *culpability*[54].

---

49. Ver DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 2-4.

50. CALHOUN, Emily. Thinking like a lawyer. *Journal of Legal Education*, Washington, v. 34, n. 3, p. 514, 1984: "*When law professors speak of thinking like a lawyer, they should emphasize that they are speaking not only of that rigorous process of verification which is performed in the language of lawyers and which takes place within the framework of existing legal institutions, but also of the intuitive process which conceives of alternatives to existing institutions.*" ("Quando professores de direito falam em pensar como um advogado, eles devem enfatizar que eles estão falando não apenas do rigoroso processo de verificação que é realizado na linguagem de advogados e que ocorre no interior de instituições jurídicas existentes, mas também do processo intuitivo que concebe alternativas às instituições existentes.") – tradução livre.

51. Para um modelo alternativo, ver FLANDERS, Chad. The One-State Solution to Teaching Criminal Law, or Leaving the Common Law and the MPC Behind. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 8, n. 1, p. 167-186, outono 2010.

52. DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 3.

53. PACKER, Herbert L. The Model Penal Code and Beyond. *Columbia Law Review*, New York, v. 63, n. 4, p. 594, abr. 1963.

54. A expressão *culpability* empregada pelo Código Penal Modelo nos Estados Unidos se refere aos elementos subjetivos dos crimes. Isso se dá, em grande medida, pelo fato de o contato tido entre os autores do Código Modelo com a doutrina alemã ter sido eminentemente por intermédio de autores causalistas, como Hermann Mannheim. O artigo *Mens rea in German and English criminal law* (*Journal of Comparative Legislation and International Law*, Cambridge, 3. série, v. 17, p. 83,

Em virtude das inúmeras confusões geradas pelo uso da expressão *mens rea* na *common law*[55], um dos objetivos na proposição de uma reforma da legislação penal nos Estados Unidos pelo Código Penal Modelo foi o de abandonar de uma vez por todas o uso da expressão[56]. O termo não é utilizado no Código Penal Modelo, e os Comentários ao Código publicados pelo Instituto refutam seu uso, preferindo-se, em seu lugar, o termo *culpability*[57].

A partir da definição dos elementos de *culpability* no Código Penal Modelo, em seu § 2.02 — denominados *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*[58] —, passou a haver uma nova abordagem dos elementos subjetivos do crime que influenciou a maneira de pensar o direito penal nos Estados Unidos. Por isso, ainda que Código Penal Modelo possa ser visto como assistemático e confuso, especialmente para estudiosos estrangeiros, diante de sua necessidade de definir todos os conceitos tratados em seu bojo[59],

1935), em que Mannheim apresenta os elementos dolo e culpa não como elementos subjetivos do tipo, mas como elementos da *Schuldlehre* (teoria da culpabilidade) foi citado por Wechsler nos seus principais textos sobre o desenvolvimento do Código Penal Modelo (WECHSLER, Herbert; MICHAEL, Jerome. A rationale of the law of homicide: I. *Columbia Law Review*, New York, v. 37, n. 5, p. 750-755, maio 1937; MICHAEL, Jerome; WECHSLER, Herbert. A rationale of the law of homicide: II. *Columbia Law Review*, New York, v. 37, n. 8, p. 1283, dez. 1937). Sobre as teorias do delito e sua influência pelo causalismo, ver TAVARES, Juarez. *Teorias do delito* – Variações e tendências. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 25.

55. Para uma explicação mais detalhada sobre *mens rea* e as dificuldades em trabalhar com este conceito, ver WECHSLER, Herbert. On culpability and crime: the treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 339, p. 27, jan. 1962. Para uma síntese em português, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo* – O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 66-69.

56. DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 43-44: "*So great was the Code drafters' exasperation with the traditional mens rea concept (or cluster of concepts) that they nabbed it from the realm of criminal law. Since then it is considered bad taste to speak of mens rea, or its cousin 'intent,' in the context of the Model Penal Code*." ("Tamanha era a exasperação dos autores do Código com o conceito (ou o conjunto de conceitos) tradicional de *mens rea* que eles o expulsaram do plano do direito penal. Desde então, é considerado de mau gosto falar em *mens rea*, ou em seu *primo intent* (intenção), no contexto do Código Penal Modelo.") – tradução livre.

57. WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries*: Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. p. 229-233. v. 1.

58. Para uma compreensão geral dos elementos de *culpability*, ver DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015. p. 45; WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries*: Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. v. 1, p. 229. Para uma síntese em português, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo* – O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 71-74.

59. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. In: *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 89: "A codificação, em conseqüência (sic), revela a

não se pode negar o considerável avanço proporcionado com relação ao que existia no *common law* inglês ou americano, ao fornecer um maior contorno para os elementos subjetivos dos crimes[60].

Tome-se por base as estruturas de *mens rea* na legislação federal. O Código dos Estados Unidos não dispõe sobre qualquer definição do que se possa considerar *mens rea*. Segundo aponta Peter Low, os crimes definidos pelo Título 18 do Código contêm mais de 78 combinações de palavras que podem ser usadas para formar o elemento subjetivo exigido para a configuração do crime[61].

A Suprema Corte dos Estados Unidos em poucas oportunidades se posicionou quanto aos requisitos mentais exigidos pelos crimes federais. Na decisão citada com maior frequência, no caso *United States v. Morissette*[62], considerada a primeira vez em que a Suprema Corte analisou os requisitos de *mens rea* com alguma profundidade[63], não se chegou a nenhuma posição definitiva sobre o elemento *knowledge*. Isso levou a Corte a, em outros dois casos[64], precisar recorrer às definições do Código Penal Modelo, mesmo elas não se aplicando ao direito penal federal.

Como se vê, portanto, o Código Penal Modelo é um parâmetro fundamental de análise do direito penal americano. Não é possível uma compreensão do que ocorre no sistema jurídico-penal dos Estados Unidos sem, de algum modo, recorrer às definições encontradas no Código, principalmente quando se analisam questões relacionadas à *culpability*.

---

precária evolução doutrinária. Do *Model Penal Code* pode dizer-se que é um projeto de Código Penal sem Ciência do Direito Penal. A ausência de clara visão conceitual acerca dos principais institutos conduz à elaboração casuística, com a necessidade de numerosas definições."

60. WHARTON, Francis. *Criminal Law*. 15. ed. Deerfield: Clark Boardman Callaghan, 1993. v. 1, p. 165-166: "*In order to promote clarity and precision in defining offenses, consistency and symmetry in expression and analysis, and efficiency in administrative implementation, many states, stimulated and guided in large measure by the American Law Institute's Model Penal Code, have completely revised their penal codes. Perhaps the most significant contribution of the Model Penal Code to penal law reform has been the idea of using only four culpable mental states and of defining such mental states in the 'general part' thereby permitting their application to the definitions of the relevant offenses in the 'special part'.*" ("Para promover clareza e precisão na definição dos delitos, consistência e simetria na expressão e análise, e eficiência na implementação administrativa, muitos estados, estimulados e guiados em grande medida pelo Código Penal Modelo do *American Law Institute*, reviram completamente seus códigos penais. Talvez a contribuição mais relevante do Código Penal Modelo à reforma da lei penal tem sido a ideia de usar apenas quatro estados mentais culpáveis e definir tais estados na parte geral, assim permitindo a sua aplicação às definições dos delitos relevantes na 'parte especial'.") – tradução livre.

61. LOW, Peter W. *Federal Criminal Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2003. p. 17.

62. *United States v. Morissette*, 342 U.S. 246 (1952).

63. MENS rea in federal criminal law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 8, p. 2403, jun. 1998.

64. *Leary v. United States*, 395 U.S. 46 (1969); *Turner v. United States*, 396 U.S. 416 (1970).

6. Considerações finais

Como visto, o *Model Penal Code* tem uma importância proeminente no sistema penal americano. Nos estados que partiram de suas bases para reformar os seus sistemas legais, isto é bastante evidente. Contudo, mesmo em estados que não sofreram influência direta da codificação promovida por Wechsler e pelo *American Legal Institute*, o Código Penal Modelo segue tendo importância — não apenas na formação de estudantes durante o aprendizado do direito penal, como pelas Cortes, que rotineiramente recorrem ao Código para interpretar regras do *common law* e do direito positivo.

Tratando-se de uma das principais ferramentas utilizadas para aprender direito penal nas faculdades de Direito nos Estados Unidos, o estudo do Código Penal Modelo não pode ser desprezado por quem queira compreender o direito penal americano a ponto de efetuar qualquer comparação com o seu Direito local. O estudo do direito comparado nos dá uma compreensão no mínimo *adequada* dos sistemas jurídicos estrangeiros com que se pretende comparar o seu próprio sistema jurídico.

Com relação ao direito penal americano, não se pode realizar um estudo, seja do ponto de vista dos crimes em espécie, seja, principalmente, da parte geral sem compreender o contexto de desenvolvimento da regra jurídica a ser estudada. Em qualquer caso, este estudo passará, em alguma medida, pelo estudo do Código Penal Modelo.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008.

CALHOUN, Emily. Thinking like a lawyer. *Journal of Legal Education*, Washington, v. 34, n. 3, p. 507-514, 1984.

COE, Mildred V.; MORSE, Lewis W. Chronology of the Development of the David Dudley Field Code. *Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 27, n. 2, p. 238-245, 1941.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority* – A comparative approach to the legal process. New Haven: Yale, 1986.

DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4. ed. New York: Oxford, 2015.

FIELD, Henry Martyn. *The life of David Dudley Field*. New York: Charles Scribner's Sons, 1898.

FISHER, Walter T. Double Jeopardy, Two Sovereignties and the Intruding Constitution. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 28, n. 4, p. 591-613, 1961.

FLANDERS, Chad. The One-State Solution to Teaching Criminal Law, or Leaving the Common Law and the MPC Behind. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 8, n. 1, p. 167-186, outono 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005.

GIULIANO, Michael N.; MORRIS, Mary Babb; OAKES, Karl. Criminal Law: Substantive Principles. In: MAESS, Jean E. e outros (Eds.). *Corpus Juris Secundum* – A contemporary statement of American law as derived from reported cases and legislation. St. Paul: Thomson/West, 2016. v. 22.

GRANDE, Elisabetta. *Imitação e Direito* – Hipóteses sobre a circulação dos modelos. Trad. Luís Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

HAZARD JR., Geoffrey C. Criminal Justice System: Overview. In: KADISH, Sanford H. (Ed.). *Encyclopedia of Crime and Justice*. New York: The Free Press, 1983. v. 2.

HELLMANN, Kevin J. The Fallacy of Dueling Sovereignties: Why the Supreme Court Refuses to Eliminate the Dual Sovereignties Doctrine. *Journal of Law and Policy*, Denver, n. 1, v. 2, p. 149-186, 1994.

KADISH, Sanford H. The Model Penal Code's Historical Antecedents. *Rutgers Law Journal*, Newark, v. 19, n. 3, p. 534, 1988.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, inverno 2004.

LOW, Peter W. *Federal Criminal Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2003.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MASSACHUSETTS. Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts. Commonwealth v. Knowlton. *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts*. Boston: Harrison Gray, 1807. v. 2, p. 534.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: A study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 2, p. 1-61, 2003.

MEADOR, Daniel John. *American Courts*. 2. ed. St. Paul: West, 2000.

MENS rea in federal criminal law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 8, p. 2402-2419, jun. 1998.

MICHAEL, Jerome; WECHSLER, Herbert. A rationale of the law of homicide: II. *Columbia Law Review*, New York, v. 37, n. 8, p. 1261-1325, dez. 1937.

O'CONNOR, Jacqueline. *Law and sexuality in Tennessee William's America*. Madison: Fairleigh Dickinson University Press, 2016.

PACKER, Herbert L. The Model Penal Code and Beyond. *Columbia Law Review*, New York, v. 63, n. 4, p. 594-607, abr. 1963.

PENSILVÂNIA. Supreme Court of Pennsylvania, Eastern District. Guardians of the Poor v. Greene. In: BINNEY, Horace. *Reports of cases adjudged in the Supreme Court of Pennsylvania*. Philadelphia: Moses Thomas, 1813. v. 5, p. 558.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 2001.

WECHSLER, Herbert. Foreword. In: WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries: Official Draft and Revised Comments*. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985. v. 1.

WECHSLER, Herbert. On culpability and crime: the treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 339, p. 27, jan. 1962.

WECHSLER, Herbert. The challenge of a Model Penal Code. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 65, n. 7, p. 1097-1133, maio 1952.

WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries* – Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions (§§ 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute, 1985.

WECHSLER, Herbert; MICHAEL, Jerome. A rationale of the law of homicide: I. *Columbia Law Review*, New York, v. 37, n. 5, p. 701-761, maio 1937.

WHARTON, Francis. *Criminal Law*. 15. ed. Deerfield: Clark Boardman Callaghan, 1993. v. 1.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa, de Luiz Regis Prado e Luís Roberto Gomes – *RT* 1007/227-256 (DTR\2019\35661).

Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?

Is there any space for the limitation of criminal law through the harm to other principle?

Tomás Grings Machado

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Coordenador do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado Criminalista.
ORCID: 0000-0001-6050-1542
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5251402393827870].
tomasmachado@unisinos.br

Recebido em: 26.06.2020
Aprovado em: 19.01.2021
Última versão do autor: 21.01.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo procura analisar e apresentar ao leitor os fundamentos que estruturam o *harm to other principle* como proposta de fundamentar e limitar o Direto Penal presente no *common law*. Trata-se de fundamentação que poderá ser vista como alternativa ao tradicional fundamento direito penal continental, especialmente presente no contexto brasileiro e que é traduzido pela ideia reitora de que a criminalização legítima de um comportamento estaria limitada e condicionada por uma noção de ofensa a um bem jurídico-penal. Apresentam-se os conceitos e fundamentos essenciais para a compreensão da noção de *harm* de modo a permitir uma análise comparativa que busca aproximar o leitor da doutrina e dos fundamentos do Direito Penal do *common law* e assim permitir o desenvolvimento de um debate cada vez mais qualificado e plural quanto aos limites do Direito Penal. Utiliza-se o método de revisão bibliográfica sobre os temas, buscando-se apresentar os fundamentos da teoria do *harm principle* e as

Abstract: This article seeks to analyze and present to the reader the fundamentals that structure the harm to other principle as a proposal to substantiate and limit the criminal law present in the common law. It is a reasoning that can be seen as an alternative to the traditional continental criminal law foundation, especially present in the Brazilian context and which is translated by the guiding idea that the legitimate criminalization of a behavior would be limited and conditioned by a notion of offense to a criminal legal good. Essential concepts and foundations for understanding the notion of harm are presented in order to allow a comparative analysis that seeks to bring the reader closer to the common law doctrine and fundamentals of criminal law and thus allow the development of an increasingly qualified debate and plural as to the limits of criminal law. The bibliographic review method on the themes is used, seeking to present the fundamentals of the harm principle theory and its main structuring categories, thus

Machado, Tomás Grings. Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 171-212. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

suas principais categorias estruturantes, desta forma, procurando demonstrar intrinsecamente a forma de organização desta proposta de delimitação do uso do Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal – Fundamentos do Direito Penal – Limites do Direito Penal – Bem Jurídico-penal – *Harm principle*.

seeking to demonstrate intrinsically the form of organization of this proposal to delimit the use of criminal law.

Keywords: Criminal Law – Foundations of Criminal Law – Limits of Criminal Law – Criminal Legal Good – Harm principle.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pode a proposta do *harm to others* principle servir de alternativa ao modelo de crime como ofensa a um bem jurídico-penal? Uma primeira aproximação. 3. Lineamentos sobre a estruturação do *harm principle* e a centralidade da noção de dano a terceiros. 3.1. Uma compreensão ampliada a respeito do dano: a afetação de um interesse (setback to interests) como forma de dano. 3.2. Dano (*harm*) enquanto categoria distinta da ofensa (*offense*). 3.3. Afinal, qual dano (*harm*) importa ao harm principle? 4. Considerações finais: uma breve síntese das ideias relativas ao harm principle. 5. Referências.

1. Introdução

O texto aqui apresentado parte da necessidade recorrente de se buscar delimitar e minimamente legitimar o uso do Direito Penal. O presente artigo assume como ponto de partida, primeiro, a necessidade, ainda que breve, de evidenciar alguns dos limites e problemas que a teoria do bem jurídico-penal apresenta especialmente quando invocado para orientar o legislador na tarefa de limitar o processo de criminalização de comportamentos e, em um segundo momento, a aproximação quanto aos fundamentos e estrutura do conceito de *harm principle* como proposta diversa, mas igualmente apta a fundamentar e limitar processo de escolha legítima de criminalização de comportamentos feitos pelo legislador. Tal proposta encontra lugar, especialmente diante do contexto brasileiro que, como dito antes, assume como irrenunciável a premissa de um Direito Penal voltado a exclusiva proteção de bens jurídico-penais, enquanto forma de realizar uma concreta limitação material do Direito Penal, especialmente direcionada ao legislador.[1] Todavia, nota-se que esta tarefa passa cada vez mais a enfrentar problemas quando passamos a analisar e debater a legitimidade do Direito Penal em espaços marcados,

1. Nesse sentido, por todos, veja-se PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019; GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 49. jul./ago. 2004; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios:* contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005; TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed., rev. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 227-229.

sobretudo, por bens jurídico-penais supraindividuais e de complexa (e mesmo duvidosa) concretização, e todos os esforços de atualização e adaptação acabam por trazer inúmeros outros problemas.[2]

A compreensão adotada no presente texto decorre, essencialmente, dos seguintes pontos problemáticos que identificamos quanto ao modelo adotado de limitação do Direito Penal a partir da ofensa a bens jurídico-penais. A saber, frente ao constante avanço do Direito Penal, que muito supera os marcos da sua originária concepção, devemos sempre manter presente a indagação acerca dos seus limites[3], o que acaba, por sua vez, por colocar em xeque as funções que o próprio conceito de bem jurídico e de ofensividade deveria desempenhar.[4] De forma breve, é dizer, ou restringimos excessivamente o

2. Sobre este ponto chamamos a atenção para as dificuldades e mesmo indefinições que, por exemplo, o crime de lavagem de dinheiro acaba por suscitar, tendo em vista as diversas definições de bem jurídico que estariam presentes no caso, *v.g.* mesmo bem jurídico protegido pela lei de drogas, mesmo bem jurídico protegido pela infração penal antecedente, administração da justiça, ordem econômica como um todo ou ainda que se trataria de crime complexo (NETO, Tapir Rocha. Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 115. out. 2015, pp.393-411; MACHADO, Tomás Grings. "Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 167. maio 2020, pp. 189-236). Outro ponto que poderia ser objeto de críticas de uma excessiva ampliação do conceito de bem jurídico-penal estaria na identificação da noção de saúde pública como sendo o bem jurídico protegido no crime de porte para consumo de substâncias entorpecentes ou mesmo a ideia de um bem jurídico presente nos crimes de maus tratos aos animais. Sobre os temas, respectivamente veja-se; CARVALHO, Salo de. *A Política de Drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2014; VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da Guerra às Drogas*. 3. ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; TEIXEIRA NETO, João Alves. *Tutela penal de animais:* uma compreensão onto-antropológica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017; e, GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*. São Paulo. n. 3. jan.- abr. 2010, pp.47-59.

3. SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.69.

4. No sentido de defesa da manutenção do conceito de bem jurídico-penal, embora comprometido com a sua função crítica, SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.91. Para uma análise mais aprofundada a respeito da evolução do conceito de bem jurídico ao longo do tempo, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.42-136, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, pp.37-133; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*: Un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004, pp.11-148, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Parte Geral*. Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp.109-43. t. I; FIGUEIREDO DIAS,

conceito de bem jurídico-penal, a ponto de não ser possível reconhecer a legitimidade de seu uso nestes casos; ou, ampliamos excessivamente os limites do conceito de bem jurídico-penal para que, então, seja possível a utilização do Direito Penal em casos mais complexos, e, assim, perdemos sua função de limitação a partir do momento em que se reconhece como bens jurídicos excessivamente abstratos e vagos, tal como ocorre, *v.g.*, com a ordem econômica como um todo, a segurança pública, a saúde pública, a segurança como sendo bens jurídico-penais protegidos; ou mesmo em situações em que reste reconhecida a legitimidade da tutela penal dos denominados bens jurídicos instrumentais ou ainda a tutela de funções que seriam melhor tuteladas apenas pelo Direito Administrativo. Em outras palavras, acabamos por transformar o conceito de bem jurídico-penal em um elemento que apenas passa a validar uma criminalização[5], o que aumenta muito a margem de críticas a esta forma de aferição da legitimidade do Direito Penal.

Note o leitor que antes de propormos um total abandono ao modelo tradicional de um Direito Penal voltado à exclusiva proteção de bens jurídico-penais e sua correspondente ofensa como forma teórico-dogmática de limitação da criminalização de comportamentos passíveis de punição, apenas pretendemos acrescentar mais um nível de análise de aferição da legitimidade de criminalização de comportamentos, reforçando, por esta via, a ideia forte de que o que deve ser incansavelmente promovido é o debate a respeito da justificativa da restrição da liberdade individual e não a afirmação da liberdade

---

Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.61-82; PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal* – Um Debate sobre a Descriminalização, São Paulo: IBCCrim, 2002; TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Número Especial de Lançamento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp.78-84. De outra parte, em sentido contrário à capacidade de rendimento da capacidade de limitação desempenhada pelo conceito de bem jurídico, veja-se HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoria del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid: Marcial Pons, 2007, p.285.

5. Kuhlen destaca que a inclusão da discussão referente ao *harm principle* que apresenta alguma similitude, mas não identidade, com a teoria do bem jurídico, não é conclusiva em relação a limitação do direito penal. Todavia, reconhece o autor que a inclusão da discussão anglo-saxã acaba por propiciar outras possibilidades de fundamentação e limitação do direito penal (KUHLEN, Lothar. Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.152-3). No mesmo sentido, veja-se MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, jul./ago. 2015, pp.280-7; e, COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.o Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp.140-4.

individual, pois esta deve sempre ser pressuposta. Assim, na busca por elementos capazes de promover a análise quanto a limitação da intervenção penal na esfera de liberdade, pretendemos apresentar uma alternativa presente no contexto do Direito Penal de matriz anglo-saxã como opção de resolução do problema da análise a respeito da legitimidade da criminalização.[6] Chamamos a atenção que este é um debate que desejamos ver enriquecido na academia nacional e por este motivo não pretendemos, como dito, lançar uma última palavra a respeito do tema. Antes, e ao contrário, busca-se por meio da aproximação dos fundamentos e da compreensão a respeito do *harm principle* a identificação de alternativas ao processo de validação e legitimidade que toda e qualquer restrição da liberdade individual deve ter.

Com efeito, neste texto buscaremos explorar a fundamentação apresentada pelo modelo de limitação do Direito Penal proposto por Joel Feinberg e sua construção realizada a partir do que ele denomina de *harm to others principle* e da proposta e elucidação quanto aos limites morais para o uso do Direito Penal.[7]

---

6. Husak aponta que os problemas relacionados a teoria de fundamentação do direito penal permanece orientada apenas ao que ele denomina criminalidade nuclear (*core criminality*) e que não se preocupa em analisar os problemas contemporâneos envolvendo o processo de expansão do direito penal. (HUSAK, Douglas. Criminal Law Theory. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006, p.109).

7. No primeiro volume da obra de Feinberg, encontramos quais seriam as justificativas morais necessárias para que possa superar a ideia de liberdade individual e assim determinar a proibição de um determinado comportamento. São identificadas as boas razões e justificativas que sustentam uma lei penal, especialmente se esta lei será capaz de ser eficaz na proposta de impedir, eliminar ou mesmo reduzir o dano causado a terceiros a partir da proibição do comportamento. Nota-se assim que a decisão pela restrição da liberdade por meio de uma lei penal apenas será possível quando o resultado pretendido não puder ser atingido por nenhum outro meio. E, além disso, a opção pela lei penal não poderá representar um custo mais elevado do que o valor que se pretende proteger – em linhas gerais a opção pela lei penal deve ser racional e proporcional. Em suma, neste primeiro volume discute-se o que é possível de ser definido como dano que deve possuir relevo para a opção por uma lei penal e assim servir de guia para o legislador. (FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.22-6); No segundo volume, temos o desenvolvimento do chamado *offense to others principle*, que pode ser compreendido como o sendo a ideia representada pelo prejuízo ou afetação/distúrbio a terceiros. Não se trata mais do dano ou do perigo, mas antes um sentimento de mal estar e incômodo determinado pela ação praticada. Com isso, propõe Feinberg que sempre haverá uma boa razão que sustenta uma proposta de proibição penal quando esta proibição for necessária para impedir uma grave ofensa a pessoas diversas e que esta proibição venha a ser um meio eficaz para este fim (FEINBERG, Joel. *Offense to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1985, pp.1-3; No terceiro volume, temos a estruturação do conceito de paternalismo jurídico a partir do qual sempre estamos frente a uma boa razão para autorizar uma proibição penal quando esta lei é, provavelmente, necessária para impedir um dano físico praticado pelo próprio agente ao próprio agente. Nesse ponto, Feinberg procura delinear as diferenças fundamentais entre o denominado paternalismo forte, que aquele que justifica a intervenção penal direcionado a impedir o dano também a comportamentos

Neste contexto, vale apontar que o modelo de justificação realizado a partir do *harm principle* não é isento de críticas ou mesmo falhas já bastante reconhecidas e apontadas pela doutrina.[8] Em todo o caso, pensamos que as respostas apresentadas por esta forma de justificativa, ainda assim merecem ser consideradas como alternativas válidas para o processo de racionalização do uso do Direito Penal, precisamente por se apresentarem como respostas fundadas de forma analítica, muito mais seguras e taxativas. Vale destacar que tais contribuições permitiriam uma maior segurança jurídica a respeito do exercício jurisdicional, pois levaria em conta, segundo nossa leitura, critérios muito mais claros e seguros do que aquelas apresentadas pela teoria do bem jurídico-penal e da sua correspondente ofensa. Em síntese, de um lado, a proposta teórica do *harm principle* é direcionada ao legislador e não ao intérprete da lei e, de outro, tais categorias propostas encontram ancoragem e maior contato com categorias e conceitos mais próximos do Direito Constitucional, especialmente da noção de liberdade individual que, quando analisada sob a perspectiva de categorias dogmáticas próprias do Direito Penal, acabam por perder relação com a leitura constitucional a respeito das limitações do poder de legislar e mesmo categorias próprias relativas ao controle de constitucionalidade das leis penais. Ou seja, a categoria do bem jurídico-penal enquanto critério heurístico de resolução de problemas de intepretação do juiz pode e ainda detém, no nosso contexto, grande serventia prática, o que não significa dizer que esta mesma categoria é compreendida da mesma forma pelo legislador no momento da tomada de decisão quanto à correção do sacrifício da liberdade individual a partir da ameaça de uma pena decorrente da

que sejam fruto de condutas perfeitamente voluntárias; e, o chamado paternalismo débil, de forte matriz liberal, no sentido de que a intervenção do Estado somente estaria legitimada nos casos em que a conduta não seja perfeitamente voluntária, daí porque, nestes casos, o Estado teria legitimidade para buscar (re)estabilizar a vontade deste sujeito (FEINBERG, Joel. *Harm to Self:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp.3-5); por fim, no quarto volume, Feinberg analisa o chamado moralismo jurídico como princípio limitador da liberdade individual, isso porque, o direito penal impõe um determinado sistema moral que passa a ser adotado como modelo de vida a partir do qual poderá ser moralmente legítimo proibir uma conduta com base no fato de que este comportamento possa vir a ser considerado intrinsecamente imoral, ainda que não venha a causar dano ou moléstia ao agente ou terceiros (FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1990, pp.3-8). Veja-se também SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization:* An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1994, pp.31-2.

8. Em especial, veja-se; MUNRO, Vanessa E.; SCOULAR, Jane. Harm, Vulnerability, and Citizenship: Constitutional Concerns in the Criminalization of Contemporary Sex Work. In: DUFF, R.A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (eds.) *Constitution of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.40-1; HUSAK, Douglas. Criminal Law Theory. In: GOLDING, Matin; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006, pp.114-5; e, HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 90. Issue 3, 1999, pp. 109-94.

criminalização do comportamento.[9] Daí porque entendemos, com base no referencial do *harm to others principle*, que o resultado prático de uma leitura assim empreendida poderá, ainda que subsidiariamente, retirar grande parte do arbítrio e decisionismo decorrente do "poder hermenêutico-criativo"[10] daquele que aplica a lei, precisamente pelo fato de que, por meio de uma lei mais precisamente delimitada e precisa, o julgador, por via reflexa, passará a possuir critérios e elementos mais objetivos e claros para avaliação, no caso concreto, de uma justa imputação.[11]

2. Pode a proposta do *harm to others* principle servir de alternativa ao modelo de crime como ofensa a um bem jurídico-penal? Uma primeira aproximação

Todos sabemos da importância do iluminismo jurídico-penal desempenha junto ao desenvolvimento do Direito Penal no seu aspecto dogmático e para o desenvolvimento da ciência do Direito Penal.[12] Embora possa ser lugar comum, tais afirmações a respeito Iluminismo merecem ser destacadas, precisamente em razão da mudança de perspectiva quando ao fundamento da criminalização. É dizer, graças ao Iluminismo passamos a identificar que o Direito Penal europeu continental e a análise da criminalização de comportamentos passam a ser realizadas a partir de um fundamento distinto do fundamento religioso presente no período anterior ao Iluminismo, e que acaba por identificar as ideias de crime e de pecado.[13] A partir deste deslocamento de fundamentação, passa a

9. HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.). *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.15.

10. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto:* decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

11. WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.341-7.

12. Para tanto, veja-se, em especial, DUBBER, Markus D. Foundations of State Punishment. In: Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.85-7 e BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. (Séculos XVII e XVIII). Lisboa: Edições 70, 2002, p.164. v. I.

13. Vale salientar que esta mudança de perspectiva e de fundamento acaba sendo o resultado da secularização do saber, que se expressa, não enquanto uma total ruptura com o fundamento religioso prévio, mas, pelo contrário, é expresso por uma verdadeira mudança do seu fundamento. (CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares:* Secularização, Laicidade e Religião Civil. Uma perspectiva histórica. Lisboa: Almedina, 2006, pp.16-7, 39-40, 42, 274, 453). No mesmo sentido, veja-se BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa.

ser possível reconhecer o desenvolvimento de um Direito Penal marcadamente secularizado, mínimo e cujos limites passam a radicar do desenvolvimento da ideia de exclusiva proteção de bens jurídico-penais, enquanto expressão da racionalização do uso do Direito Penal que passa a ser orientado pela razão moderna, forjada no Iluminismo.[14] Temos assim um Direito Penal que passa a ser pensado e desenvolvido de forma tipicamente moderna,[15] e que se volta ao enfrentamento de questões, também elas tipicamente modernas e que podem ser sintetizadas no paradigma da sociedade democrática industrial e que se projeta na ideia de um sistema penal prioritariamente voltado à proteção de bens jurídico-penais individuais classicamente reconhecidos frente a ataques, também eles, individuais ou facilmente individualizáveis.[16] Em suma, passamos a estar diante de um Direito

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. Em especial, os ensaios introdutório de FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. In: *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp.5-27; e, MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria: um nosso contemporâneo. In: *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp.29-53; DUBBER, Markus D. Foundations of State Punishment. In: Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.87; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal:* Parte Geral. Coimbra: Coimbra, 2007, p.127. t.I; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001, p.156.

14. Veja-se MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, pp.429-47. vol. I.; FIANDACA, Giovanni. Considerazioni intorno a bioetica diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano. Apr./Set. 2007, pp.546-62; FIANDACA, Giovanni. Considerazioni intorno a bioetica diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano. Apr./Set. 2007 FIANDACA, Giovanni. Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati. In: *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*. vol. Primo. Milano: Giuffrè, 1991, pp.167-94; ROMANO, Mario. Principio di laicità dello Stato, Religioni, norme penali. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano. Apr./Set. 2007, pp.493-51; PULITANÒ, Domenico. Laicità e diritto penale. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano. Apr./Set. 2007, pp.55-94;.

15. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal:* Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2007, p.127; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 14. 2004, p.243.

16. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.) *Direito Penal Secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.14; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal:* Parte Geral. Coimbra: Coimbra, 2007, p.127, t. I.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001, pp.156 e 158; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.) *Direito Penal Secundário:* Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.254-5, 269.

Penal distinto do período anterior ao Iluminismo e que passa a ser marcado por uma racionalidade moderna cujo resultado é concretizado por uma específica evolução político-criminal e dogmática que marca este período.[17]

Todo este processo de secularização resulta em uma nítida racionalização quanto ao uso do Direito Penal e que pode ser traduzido pela ideia de pergunta e de resposta a respeito da seleção e do critério utilizado para definir quais comportamentos poderão ser criminalizados por parte do Estado. E neste ponto, é inegável a importância dada ao conceito de bem jurídico-penal como elemento legitimador das decisões tomadas a respeito da criminalização de comportamentos.[18] Todavia, como indicado na introdução, o fundamento da legitimidade de uma criminalização, quando determinado pelo conceito de bem jurídico-penal, passa, com o decorrer dos anos, gradativamente, a apresentar problemas, sobretudo quando invocado para justificar a criminalização diante de contextos em que identificamos uma franca e constante expansão do Direito Penal que permitem questionar em que medida este conceito de bem jurídico-penal ainda é capaz de promover alguma limitação. É dizer, de forma bastante breve: de um lado temos um conceito de bem jurídico-penal historicamente concebido com uma nítida tarefa restritiva e limitadora do Direito Penal e, de outro, temos um processo de criminalização contemporâneo que se encontra claramente orientado por um processo de expansão do Direito Penal, que passa cada vez mais a demandar o uso do Direito Penal como única forma de resposta aos conflitos sociais e que acabaria por converter meras infrações administrativas regulatórias em crimes.[19] Por tais razões entendemos ser pertinente uma análise exploratória quanto ao processo de criminalização de comportamentos sob a perspectiva do *harm to other principle*, no exato sentido de buscar desenvolver um parâmetro de racionalidade ao legislador criminal enquanto verdadeira premissa capaz de servir de

17. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 14. 2004, p.243.

18. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. *Il reato:* nozione, struttura e sistemática. vol. I. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, 299 e ss; MANES, Vitorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: Giapichelli, 2005; FIANDACA, Giovani; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzzionalmente orientate*. Napoli: Jovene, 2003, pp.107 e ss.; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legitimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Dirito e Procedura Penale*.1994, pp.23 e ss.; BRICOLA, Franco. Teoria Generale del reato in Novissimo Digesto Italiano. v. XIX. Torino: UTET, 1973, pp.14 e ss.; DONINI, Massimo. *Teoria del reato:* Una introduzione. Padova: CEDAN, 1996, pp.117 e ss.; FORTI, Gabrio. Per una discusione sui limite morali del diritto penale, tra vision "liberali" e paternalism giuridici. In: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (orgs). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano: Giuffrè, 2006, pp.283 e ss. v.I.

19. RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972, p. XI; e, HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp.20-1.

parâmetro e diretriz para a construção do Direito Penal enquanto verdadeira expressão de uma *ultima ratio*.[20]

Como podemos perceber, o fenômeno de expansão do Direito Penal, em alguns pontos natural e adequado ao nosso tempo, passa em outros espaços, a ser excessivamente artificial, o que acaba justamente por colocar em tensão a real capacidade do conceito de bem jurídico-penal ser capaz de propor alguma limitação efetiva do Direito Penal e não apenas um elemento justificador de uma criminalização. No aspecto daquilo que orienta nossa preocupação, identificamos que os últimos tempos têm sido marcados por um constante protagonismo e de certa forma, "salvacionismo simbólico" do Direito Penal, justamente no sentido de notarmos uma significativa ampliação do seu originário espaço de intervenção, onde, muito mais do que atenção tradicionalmente dirigida ao conceito de bem jurídico-penal, passamos a ter a constante invocação de uma atuação da ciência jurídico-penal com o objetivo de refutar as pretensões político-criminais incompatíveis com os princípios estruturantes do Direito Penal e do próprio modelo de Estado Democrático de Direito.[21] Com exemplos, percebemos um crescente aumento da atenção do Direito Penal por interesses coletivos, especialmente aqueles relacionados com o desenvolvimento da vida econômica, do meio ambiente ou mesmo de possível reconhecimento de direitos dos animais.[22] Frente a esse quadro de baixo ou de reduzido cumprimento das propostas que o conceito de bem jurídico-penal deveria atender, especialmente no tocante a orientar e limitar o agir do legislador, passa-se a debater a própria imprestabilidade do conceito de bem jurídico-penal como instrumento de efetiva limitação do poder punitivo. Uma posição no

20. STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle, *Criminal Law and Philosophy*, n.4, 2010, p.17; SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. On the General Part in the Criminal Law. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.11; HUSAK, Douglas. Criminal Law Theory. In: GOLDING, Matin; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006, p.114. Para uma aproximação das possibilidades do tema junto ao contexto brasileiro, veja-se: MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 115, p. 255-290, jul./ago. 2015; e, COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp.133-49.

21. SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.71.

22. SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.69.

sentido do total abandono ou crítica ao conceito de bem jurídico pode ser identificada Seher, quando afirma que diante do não atendimento, especialmente, da função crítica atribuída ao conceito de bem jurídico-penal, deve-se renunciar e mesmo abandonar o chamado dogma do bem jurídico-penal, que apenas teria algum sentido para aquilo representado pelo direito penal nuclear.[23] Tal conclusão decorre do fato de que hoje, as propostas de definição do conceito de bem jurídico-penal, acabam por oscilar de um lado, entre aquelas atreladas ao sentido e rigor clássico, que acaba por restringir em demasia o espaço de legitimação do Direito Penal; e, de outro, em um conceito excessivamente amplo que passa a inviabilizar a utilização do conceito de bem jurídico-penal como elemento crítico ou mesmo de limitação segura frente ao legislador. Este quadro acaba por justificar as preocupações de Seher, no sentido de que "*surge con ello la fundada sospecha de que la teoría del bien jurídico no tiene por sí misma capacidad para delimitar de modo preciso sus perfiles conceptuales*."[24]

Devemos também reconhecer que o conceito de bem jurídico-penal não é um conceito estático e talvez aqui resida a causa da sua longevidade. Todos os esforços empreendidos no sentido de adaptar o conceito de bem jurídico a estas novas realidades e espaços de intervenção têm por objetivo manter presente a sua capacidade crítica de justificação da intervenção penal. Em apertada síntese, podemos partir desde uma proposta mais radicada em uma teoria pessoal do bem jurídico-penal, proposta, sobretudo, por Hassemer; concepções mais abertas como as propostas por Schünemann e Wohlers; ou mesmo chegar a um extremo da própria negação da função do bem jurídico-penal como elemento de legitimação de normas penais, como é a proposta de Stratenwerth; ou, por fim, a propostas mais críticas que passam a negar qualquer espaço ou mesmo importância ao conceito de bem jurídico-penal, como aquela de Jakobs em seu funcionalismo radical.[25]

---

23. SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.70.

24. SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.70. Vale salientar que no momento em que reconhecemos que o conceito de bem jurídico-penal perde a centralidade no debate a respeito da delimitação do espaço de legítima intervenção do direito penal, estamos, em verdade, buscando uma complementação externa que poderá ser obtida a partir do que tem sido apresentado como *Mediating Principles*. Por todos, veja-se HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang Einführung: Was sind Mediaten principles? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.13-7.

25. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp.162-4.

Feitas estas considerações, é importante ainda destacar que a concepção de bem jurídico-penal, nos termos e a partir do que foi historicamente desenvolvida na Europa continental, não é uma temática presente no Direito Penal de matriz anglo-saxã[26], ou mesmo um conceito presente no debate quanto ao processo de criminalização de comportamentos.[27] Todavia, apesar desta ausência, deve-se ter presente que também existe uma grande preocupação e uma forte tradição no sentido da identificação de limites ao poder do Estado limitar a liberdade individual por meio do uso do Direito Penal.[28] Em síntese, identificamos como ponto central do debate, o desenvolvimento feito em relação ao *harm to other principle* (*harm principle*) utilizado no contexto do *common law*, como elemento de limitação ao poder de criminalização legítima por parte do Estado.[29]

Sobre este ponto, é interessante notar a afirmação de Ashworth e Zedner, no sentido de reconhecer que muito foi escrito a respeito da identificação de limites do Estado na criminalização de comportamentos e pouco foi feito em relação aos deveres de respeito, por parte do Estado, frente aos cidadãos, de assegurar ao máximo a liberdade individual.[30] Nesta linha, pensamos que o *harm principle* busca identificar estes limites dentro dos quais poderá o Estado exercer de forma legítima o seu poder de restringir a liberdade por meio da cominação de sanções penais a determinados comportamentos que objetiva prevenir a sua ocorrência. Tal potencial de restrição do Direito Penal decorre, precisamente, da premissa de identificação e compreensão dos elementos estruturantes do *harm*

26. FIANDACA, Giovani; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzzionalmente orientate*. Napoli: Jovene, 2003, p.115.

27. Veja-se AMBOS, Kai. The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the Rechtsgut and the Harm Principles. *Criminal Law and Philosophy*, vol.9, n. 2, pp.301-29, jun.2015; PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*: The Harm Principle, its Limits and Continental Conterparts, New York: Springer, 2007, pp.95-125 e.

28. MOLAN, Mike; LANSER, Denis; BLOY, Duncan. *Bloy's and Parry's Principles of Criminal Law.* 4. ed. London: Cavendish, 2000, p.7; SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization:* An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Business Media Dordrecht, 1994, pp.40-62; LIPPMAN, Matthew. *Contemporary Criminal Law*: Concepts, Cases and Controverses. 2. ed. London: Sage, 2010, p.3; EDWARDS, David. Toleration and Mill's liberty of thought and discussion. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. New York: Cambridge University Press, 1988, p.88.

29. HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) Criminal Law Theory: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.32; SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. Introduction: Criminalization and the Role of Theory. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.4.

30. ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.280.

principle e que passam a identificar o espaço em que o Estado estará moralmente legitimado a impor uma limitação à liberdade individual.[31]

Nesse sentido, o *harm principle* e o consequente reconhecimento de princípios morais limitadores do poder do Estado ensejam não apenas uma análise a respeito da legitimação de uma lei penal, mas também, uma análise quanto a justificação (moral) do Estado em fazer esta opção legislativa com maior custo social.[32] Como resultado, busca-se dar efetividade ao modelo de Direito Penal como efetiva e verdadeira *ultima ratio* e desta forma avesso a uma ideia de autoritarismo ou abuso do Estado na restrição da liberdade individual por meio de uma inconsequente, irracional e injustificada expansão do Direito Penal.[33] É importante salientar que esta proposta de limitação moral para a criminalização de comportamentos acaba por ser o resultado, no contexto anglo-saxão[34], de uma não tão clara separação entre o direito e a moral que se faz pre-

31. LACEY, Nicola. What Constitutes Criminal Law. In: DUFF, R. A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (eds.) *Constitution of the Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.13-21; HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.20; CARON, Yves. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. *McGill Law Journal*, vol.15, issue 1, 1969, p.30; DUBBER, Markus D. Foundations of State Punishment *in* Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.104-5; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.3; ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.22-43; SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. Introduction: Criminalization and the Role of Theory. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors) *Harm and Culpability.* Oxford: Oxford University Press, 1996, SIMESTER, A.P., SPENCER, J.R., SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J. *Criminal Law:* Theory and Doctrine, Fifth Ed. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp.1-6; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.4; CARON, Yves. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. *McGill Law Journal*, vol.15, issue 1, 1969, p.29.

32. GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.235; SIMONS, Kenneth W. Understanding the Topography of Moral and Criminal Law Norms. In: DUFF, R.A.

33. RAES, Koen. Legal Moralism or Paternalism? Tolerance or Indifference? Egalitarian Justice and the Ethics of Equal Concern. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law*: A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001, p.39; THORBURN, Malcom. Criminal Law as Public Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.23; FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p-6-7.

34. FULLER, Lon L. *The Morality of the Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, pp.33 e ss; PERRY, Michael J. *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1990, p.7-54; HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1982, pp.1 e ss; ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press,

sente no contexto continental.[35] Note-se que no contexto anglo-saxão a questão não está localizada na (i)moralidade do comportamento, mas antes na (i)moralidade do Estado restringir a liberdade individual criminalizando este comportamento.[36] Dito de outra forma, o problema referente ao dano é prévio a consideração e análise quanto a imoralidade do ato, especialmente se levamos em conta uma sociedade plural e diversa, pautada pelo valor liberdade.[37] A justificativa para a restrição da liberdade deve

2013, pp.35-6; HART, H. L. A. Positivism and the separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol.71, Feb. 1958, n.4, p.594; 602; CARON, Yves. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. *McGill Law Journal,* vol.15, issue 1, 1969, p.27; HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality.* Oxford: Oxford University Press, 1982, pp.17 e ss.; LYONS, David. *Moral aspects of legal theory:* Essays on law, justice and political responsability. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp.64-71.

35. PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *Lezioni di diritto penale comparato*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, pp.178 e ss. Stratenwerth salienta que mesmo no contexto continental esta separação entre direito e moral não pode ser considerada como uma unanimidade, visto que mesmo para autores do período do iluminismo, era recorrente o reconhecimento de que as normas jurídicas guardavam grande correspondência com as normas ético-sociais e que a partir disso elas poderiam serconsideradas legítimas (STRATENWERTH, Günther. Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten". In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, p.158).

36. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 156; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.5; FULLER, Lon L. *The Morality of the Law.* New Haven: Yale University Press, 1969, p.33 e ss.; ALLDRIDGE, Peter. Making Criminal Law Known. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp.106-7; THORBURN, Malcom. Criminal Law as Public Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p24.

37. RAES, Koen. Legal Moralism or Paternalism? Tolerance or Indifference? Egalitarian Justice and the Ethics of Equal Concern. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law:* A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp.31-2.

Sobre o debate a respeito da denominada *enforcement of morality* debatida na década de 60 entre Hart e Devlin, ou dos debates prévios entre James Fitzsjames Stephen e John Stuart Mill veja-se, HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality.* Oxford: Oxford University Press, 1982, p.16; PERRY, Michael J. *Morality, Politics and Law.* Oxford: Oxford University Press, 1990, p.93; RAES, Koen. Legal Moralism or Paternalism? Tolerance or Indifference? Egalitarian Justice and the Ethics of Equal Concern. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law*: A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001, p.31; DWORKIN, Gerald. Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, vol. 40, Issue 3, 1999, p.927; CARON, Yves. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. *McGill Law Journal*, vol.15, issue 1, 1969, pp.9 e ss; GEARY, Roger. *Understanding Criminal Law*. London: Cavendish Publishing, 2002, p.2; DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London: Oxford

ser sempre uma justificativa válida e não apenas o resultado de uma simples arbitrariedade do legislador. Isto porque apenas a restrição moralmente limitada da liberdade é que poderá ser legítima.[38] De forma bastante abreviada, a proposta de limitação moral da lei penal proposta pelo *harm principle*, deve ser restrita aos casos em que a violação aos interesses de um terceiro não possam ser toleradas ou justificadas pelo ordenamento jurídico e por este motivo passam a legitimar ao Estado criminalizar estes comportamentos.[39]

Com efeito, a base fundamental para que se desenvolva o *harm principle* é o reconhecimento incondicional do valor que a liberdade representa, e, por esta via, é dizer, que qualquer restrição desta liberdade somente poderá ocorrer quando ela for devidamente justificada.[40] Dizer deste modo, implica que a importância da liberdade passa a exigir que toda e qualquer restrição da liberdade de agir apenas poderá ocorrer nos casos em que se esteja frente a uma justificativa válida e que traduza a ideia de prevenção de danos a terceiros,

University Press, 1965, p.7; MUNRO, Vanessa E.; SCOULAR, Jane. Harm, Vulnerability, and Citizenship: Constitutional Concerns in the Criminalization of Contemporary Sex Work. In: DUFF, R. A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (eds.) *Constitution of the Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2013, p.38; THORBURN, Malcom. Criminal Law as Public Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.24-9; HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory*: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.20.

38. JONES, Peter. Toleration, harm and moral effect. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.138; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.4. No sentido destacar uma análise prévia ao *harm principle* e que deve ser situada junto ao princípio da autonomia veja-se RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.415.

39. HUSAK, Douglas. Criminal Law Theory. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006, p.114; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.34; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.414; TADROS, Victor. Wrongdoing and Motivation. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.208-10.

40. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.7; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.413; RAES, Koen. Legal Moralism or Paternalism? Tolerance or Indifference? Egalitarian Justice and the Ethics of Equal Concern. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law:* A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001, p.39.

o que denota uma clara tendência liberal,[41] contrária ao arbítrio.[42] Salientamos que, muito embora a liberdade e, em alguma medida, a presunção em seu favor, estejam presentes na análise, não podemos tornar estas ideias valores absolutos e incapazes de cederem espaço quando razões concretas e efetivas vierem a justificar a sua restrição e que estariam condensadas na promoção da prevenção da ocorrência de um dano (*harm*) a terceiros.[43] Note-se que estamos tratando de uma análise específica e direta a respeito da legitimidade da restrição da liberdade enquanto decorrência da decisão legislativa pela criminalização de um determinado comportamento e não propriamente a análise a respeito da existência de um bem jurídico-penal que o comportamento praticado tenha provocado um dano ou perigo de dano, para que então o legislador possa optar pela criminalização.

Neste ponto é inevitável perceber a influência de John Stuart Mill, especificamente em relação aos fundamentos e limites da legítima restrição da liberdade individual pelo legislador.[44] Neste sentido, a restrição da liberdade determinada pelo legislador a partir

41. O sentido de liberal aqui utilizado deve ser aquele compreendido enquanto possibilidade de ser diferente, de efetivamente ter liberdade de dissentir de uma determinada orientação, inclusive por meio de hipóteses de desobediência civil – que também deverão ser assegurados pelo Estado – e o comportamento de atos criminosos, que também são atos contrários ao modelo determinado, mas que justificam ser reprimidos e prevenidos (SMITH, G. W. Dissent, toleration, and civil rights in communism. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration*: conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.199; RAZ, Joseph. Autonomy, toleration and the harm principle. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration*: conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.156). Ainda sobre o aprofundamento da relevância do conceito de tolerância, como forma de delimitação do espaço de liberdade individual e aceitação do exercício desta liberdade, veja-se FRISCH, Wolfgang. Toleranz als Prinzip der Strafrechtbegrenzung? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, p.89.

42. HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.34; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.2, 8; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.9; STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle, *Criminal Law and Philosophy*, n.4, 2010, p.17; ;ALLDRIDGE, Peter. The Public, the Private and the Significance of Payments. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law:* A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001, p.81; ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.282.

43. HORTON, John. Toleration, morality and harm. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.113; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.14; DUFF, R. A. Rule-Violations and Wrongdoings. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.). *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.51.

44. PERRY, Michael J. *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1990, pp.93-5; JONES, Peter. Toleration, harm and moral effect. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of*

da criminalização de comportamentos, sempre deverá ser o resultado de uma ponderação (moral) a respeito do uso legítimo deste poder de restringir a liberdade individual e não um simples e arbitrário exercício do poder estatal.[45]

Nesta linha, mais do que uma análise exclusiva quanto à conveniência a respeito da criminalização do comportamento, devem ser considerados os custos políticos e sociais que a restrição da liberdade acarreta.[46] Por tais razões, segundo *harm principle*, será possível reconhecer que, quando uma criminalização sacrificar indevidamente a liberdade individual, a decisão legislativa ultrapassa os limites morais que justificariam esta criminalização.[47] É dizer, não é legítimo ao legislador sacrificar a liberdade individual sob o pretexto de prevenir danos a terceiros a partir da proibição de comportamentos insignificantes.[48]

É importante notar que a proposta do *harm principle* busca orientar o legislador, por meio de um conjunto de princípios morais que estruturam o princípio, e, não determinar, de forma taxativa e expressa, o que ele deverá criminalizar. É dizer, com base nestas diretrizes o legislador passará a contar com um horizonte mais preciso e claro do que não deve ser criminalizado, ou nos termos propostos, será possível, com uma maior facilidade, identificar elementos negativos para a restrição da liberdade, expressos por limitações morais quanto ao uso do Direito Penal.[49] Nesta linha, o recurso ao Direito Penal apenas poderia ser justificado quando se estivesse diante do claro objetivo de prevenir,

---

Toleration: Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.149; SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization:* An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1994, pp.39-40; e, 89-90.

45. FEINBERG, Joel. *Problems at the Roots of Law:* Essays in Legal and Political Theory. New York, Oxford University Press, 2003, p.55. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.7; STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle, *Criminal Law and Philosophy*, n.4, 2010, p.17.

46. HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.). Criminal Law Theory: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.22; SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization:* An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Business Media Dordrecht, 1994, p.62; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.422.

47. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.4, 8, e, 22; HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory*: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.32.

48. SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. On the General Part in the Criminal Law. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory*: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.12.

49. FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.4; ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law.* 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.28.

por meio da criminalização do comportamento, um dano a terceiros (*harm to others*).[50] Trata-se, portanto, de um claro desdobramento da proposta originária de John Stuart Mill acerca do reconhecimento quanto à prevenção de danos a terceiros como sendo a única e verdadeira razão (moral) apta a legitimar o sacrifício da liberdade individual por parte do Estado.[51]

Seguindo esta linha, para além da premissa geral de que a restrição da liberdade individual apenas poderá ocorrer com o objetivo de prevenir danos a terceiros, Feinberg acrescenta que deverão também ser considerados neste processo os denominados princípios limitadores da liberdade (*liberty-limiting principles* ou *coercion-legitimizing principles*) que são expressos pelas ideias gerais de *harm to others principle*; *offense to others principle*; *legal paternalism*; e, *legal moralism*. [52] Estes princípios, em complementação recíproca, deverão ser levados em conta no momento da decisão legislativa, precisamente pelo fato de que eles, isoladamente considerados, não poderão ser vistos como condições suficientes para a superação da decisão de manutenção da liberdade individual.[53] Neste sentido, deve o legislador estar atento não apenas a esta ideia de prevenção de danos a terceiros em si considerada, mas também deverá estar atento a ideia de que não será legítimo sacrificar a liberdade individual quando este sacrifício não for minimamente razoável para o fim que se pretende legítimo, a saber, a prevenção de danos a terceiros.[54]

---

50. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp.183-4.

51. MILL, John Stuart. *On Liberty*, edited by David Bromwich and George Kateb; with essays by Jean Bethke Elshtain. New Haven: Yale University Press, 2003, p.91; ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.30; FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.11; RAZ, Joseph. Autonomy, toleration and the harm principle. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration*: conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.156; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.412; SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization:* An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1994, p.59; THOMMEN, Marc. Toleranz & Anti Social Behaviour in HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.115-6.

52. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.9; 12; 26-7.

53. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.10.

54. HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory*: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.22; HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors) *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.259; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.11; FEINBERG, Joel. *Problems at the Roots of Law:* Essays in Legal and Political Theory. New York, Oxford University

Com efeito, é importante destacar que não será toda e qualquer espécie de ação que venha a causar dano a um terceiro que poderá vir a ser proibida, pois o recurso ao Direito Penal e a criminalização de comportamentos deve sempre ficar restrita aos casos em que esta ação a ser proibida pelo legislador possa ser evitável e o dano que se pretende evitar represente um dano de caráter suficientemente grave.[55] Ademais, vale ainda salientar que uma das dificuldades enfrentadas pelo *harm principle* encontra-se na determinação a respeito dos critérios que poderão servir de orientação ao legislador em relação a apreciação e reconhecimento da seriedade, gravidade e substancialidade de um dano ou perigo que se pretende prevenir por meio do Direito Penal.[56]

Por fim, vale acrescentar que além das razões expressas pelo *harm principle*, ainda será possível analisar o processo de decisão a respeito da criminalização de um comportamento a partir da perspectiva do *offense principle*, que estaria relacionada a uma prevenção de ofensas a terceiros.[57] Neste ponto, a grande dificuldade enfrentada não guarda relação com a identificação de um dano que se busca evitar, mas antes, da delimitação quanto ao sentido de *offense*, que seria uma espécie de estado pessoal de mal estar, incômodo ou perturbação decorrente destas ações que nada mais seriam do que situações envolvendo "ofensas morais"[58] e que não se confundem com as situações de dano a estes interesses presentes no *harm principle*.[59] A análise conjunta destes dois princípios seriam a expressão de um caráter liberal e respeitadora das liberdades individuais por parte do

Press, 2003, p.82; ; ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.289.

55. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.12 e 26.

56. HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, Criminal Law and Philosophy*, n.8, 2014, pp.246 e ss.; STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle, *Criminal Law and Philosophy*, n.4, 2010, p.18.

57. ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.279 e ss; HIRSCH, Andrew von. Toleranz als Mediating Principle. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.97-8; FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.26.

58. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.13.

59. JONES, Peter. Toleration, harm and moral effect. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.137; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.13.

Estado[60] e, assim, permitiriam afastar da análise da adequação do sacrifício da liberdade outros dois princípios expressos pelo *legal paternalism* e pelo *legal moralism*.[61]

3. LINEAMENTOS SOBRE A ESTRUTURAÇÃO DO *HARM PRINCIPLE* E A CENTRALIDADE DA NOÇÃO DE DANO A TERCEIROS

Como dito antes, o ponto central da proposta do *harm principle* encontra-se na noção de dano a terceiros e formas legítimas de prevenir estes danos.[62] Tal percepção decorre da ideia forte de que apenas haveria restrição legítima da liberdade nos casos em que existisse uma justificativa moral para o Estado impor uma restrição da liberdade individual e que estaria expressa nos casos em que exista um comportamento que cause ou possa causar um dano a terceiros. É dizer: nestes casos teríamos uma justificativa moral para atuação do Estado na esfera de liberdade individual, pois assim restaria racional e inafastavelmente demonstrada a sua necessidade para a restrição da liberdade e assim impedir, ou mesmo prevenir a ocorrência de um dano.[63] Note-se que esta ideia de fundamentar a criminalização de comportamentos é facilmente confirmada quando tomamos por base os ordenamentos jurídicos do mundo civilizado, sobretudo em razão da forte e constante presença da criminalização de comportamentos praticados diretamente contra as pessoas, mas, mais recentemente, também em relação a comportamentos que causem danos ao público em geral e que podem ser expressos pelos crimes de falsificação, contrabando,

60. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.14; MUNRO, Vanessa E.; SCOULAR, Jane. Harm, Vulnerability, and Citizenship: Constitutional Concerns in the Criminalization of Contemporary Sex Work. In: DUFF, R. A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (eds.) *Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.30).

61. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.13 e 27. Sobre a proposta de *legal moralism* é possível identificar uma aproximação mais forte ao pensamento de Stuart Mill em relação à moral. É dizer, muitos atos que não seriam capazes de causar danos a qualquer pessoa deveriam, mesmo assim, serem proibidos apenas em razão da imoralidade que eles expressam MILL, John Stuart. *On Liberty,* edited by David Bromwich and George Kateb; with essays by Jean Bethke Elshtain. New Haven: Yale University Press, 2003, pp.159-60. De forma contrária e em conformidade com o nosso pensamento, SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1990, p.110.

62. SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. Introduction: Criminalization and the Role of Theory. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors). *Harm and Culpability.* Oxford: Oxford University Press, 1996, p.4; e SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1990, p.98.

63. ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability:* A Theory of Criminal Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p.3.

evasão fiscal ou crimes ambientais.[64] Em ambos os grupos é possível identificar justificativas para a imposição da restrição da liberdade individual, não apenas no plano moral, mas também no plano racional, que passa a justificar este sacrifício da liberdade individual tanto em razão da gravidade do dano que se pretende evitar, quanto em razão do objetivo de se impedir ou evitar o dano ou o risco de dano a terceiros.[65]

Com efeito, mais do que a identificação geral de um dano, deveremos também realizar uma análise mais detida de seus elementos estruturantes, como forma de demonstrar a sua capacidade de efetiva contribuição para a orientação da atuação do legislador.[66] É dizer, a identificação e a presença de um dano a um interesse[67] é um elemento imprescindível, mas não suficiente para justificar a restrição da liberdade. Daí porque, para a adequada compreensão do *harm principle*, deve-se partir da análise ampla quanto ao conceito de dano a um interesse[68] e prosseguir para a complementação da sua análise a partir de um dano produzido em contrariedade ao direito (*wrong*) e que traduz a ideia de dano em sentido estrito.[69]

Portanto, o dano que será de interesse do *harm principle* será apenas aquele que possa ser compreendido enquanto dano causado de forma moralmente reprovável.[70] É dizer: a limitação moral do Direito Penal realizada a partir do *harm principle* exige que a análise da legitimidade desta restrição da liberdade apenas possa ser justificada diante das hipóteses que representem também a violação a um direito.[71] Deste modo, por meio deste estreitamento de sentido a respeito do dano, pode-se limitar o dano relevante apenas aos

64. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.188.

65. FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.11.

66. HORTON, John. Toleration, morality and harm. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.118.

67. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 32-3.

68. HORTON, John. Toleration, morality and harm. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.125.

69. TADROS, Victor. Wrongdoing and Motivation. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.208-10; HUSAK, Douglas. Criminal Law Theory. In: GOLDING, Matin; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory.* Oxford: Blackwell, 2006, p.114; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 34; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.414.

70. DAGGER, Richard. Republicanism and the Foundations of Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.50; DWORKIN, Gerald. Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, vol. 40, Issue 3, 1999, p. 930.

71. DWORKIN, Gerald. Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, vol. 40, Issue 3, 1999, p.930.

casos em que seja possível traduzir este dano como sendo a violação (*invasion*) não justificada do interesse de uma pessoa,[72] podendo assim justificar a restrição da liberdade por parte do legislador a partir da criminalização deste comportamento específico. Consideramos esta delimitação proposta pela ideia de dano em sentido estrito relevante, pois será a partir dela que será possível reconhecer que as invasões aos direitos de terceiros podem ser isentas de culpa ou mesmo restar justificadas (diretamente pela vítima ou mesmo pelo próprio ordenamento jurídico), restando, assim, injustificada a ameaça de uma pena pelo legislador.[73] É dizer: o dano relevante para a estruturação do *harm principle* deve vir marcado pela ideia de uma afetação de um interesse (*setback to interest*), não aceita ou consentida pelo titular do interesse, ou não tolerado pelo ordenamento jurídico.

*3.1. Uma compreensão ampliada a respeito do dano: a afetação de um interesse (*setback to interests*) como forma de dano*

A noção de dano que iremos aqui utilizar refere-se ao conceito de dano em sentido estrito, anteriormente referida e que traz presente a ideia de uma afetação a um interesse (*setback to interest*) em contrariedade ao direito.[74] Deste modo, deve-se, primeiro, demonstrar qual modalidade de afetação ao interesse (*setback to interest*) poderá ser passível de expressar uma afetação grave a um interesse protegido e, em segundo lugar, o que poderá ser compreendido como um interesse passível de ser objeto de um dano (*harm*).[75]

Quanto ao primeiro aspecto da afetação ao interesse (*setback to interest*), deve-se ter presente que apenas será relevante para a análise da afetação provocada por um comportamento humano, apto a gerar um dano produzido de forma moralmente injustificável.[76] E, quanto ao segundo ponto, Feinberg acaba por utilizar o termo *stake*, que pode

72. JONES, Peter. Toleration, harm and moral effect. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.140; e, FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 37.

73. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 35.

74. HIRSCH, Andrew von. Toleranz als Mediating Principle. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, p.98. De outra parte, Hirsch e Simester sugerem uma delimitação a partir dos conceitos de interesse e de recurso (SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von., *Crimes, Harms, and Wrongs:* On the Principles of Criminalization, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp.36-7; HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, n.8, 2014, p.249).

75. HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, n.8, 2014, p.249.

76. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 31-4.

ser compreendido enquanto uma expectativa criada sobre um estado de progressivo desenvolvimento de um interesse, que poderá, este crescimento, ser frustrado a partir de comportamento de terceiros, gerando assim um prejuízo a este interesse.[77] Por esta via, o sentido da ideia de interesse passa a ser compreendido enquanto um conjunto de todas estas expectativas (*stakes*) que a ele se vinculam (*in wich one has a stake*) e que podem ser sintetizados enquanto elementos necessários para o pleno desenvolvimento de um interesse geral de bem-estar (*welfare interests*).[78]

Mais do que um conceito fechado e predeterminado a respeito do que seria possível de ser compreendido como sendo este interesse geral de bem-estar, deve-se buscar identificar, a partir desta ideia geral, quais seriam os interesses aptos a serem abarcados por este conceito e em que medida estes interesses podem ser qualificados como imprescindíveis para a realização do interesse geral de bem-estar individual.[79] Esta definição é de suma importância justamente pelo fato de que, uma vez identificado este interesse de bem-estar, todos os interesses a ele relacionados e pressupostos passam a assumir também um papel relevante para o desenvolvimento deste bem bem-estar[80], o que acaba por determinar um relevante aspecto para a análise a respeito da restrição da liberdade e da decisão legislativa pela criminalização de comportamentos.

Note o leitor que, antes de a noção de interesse ser apenas definida enquanto conceito exclusivamente subjetivo ou mesmo pessoal, apenas voltado a uma vontade[81] ou mesmo um desejo de caráter transitório e interno[82], deve-se compreender este interesse enquanto verdadeira expectativa dotada de estabilidade mínima o suficiente a ponto de ser possível e legítimo existir uma expectativa deste interesse se ver realizado (*stake*).[83]

---

77. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal:* em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp.193-4.

78. EDWARDS, David. Toleration and Mill's liberty of thought and discussion. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. New York: Cambridge University Press, 1988, p.95; e, FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 39; RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972, pp.3 e ss.

79. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom.* Oxford: Oxford University Press, 1988, p.143.

80. RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972, p.5; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 67.

81. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 42; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom.* Oxford: Oxford University Press, 1988, pp.290-4.

82. HORTON, John. Toleration, morality and harm. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, p.126; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 43.

83. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 43.

Em suma, o reconhecimento de um interesse apenas ocorrerá, quando for possível identificar que este interesse encontra-se concretizado em uma "vontade direcionada a um objeto ou mesmo enquanto resultado externo da pessoa, sendo, assim, compreendido enquanto interesse fim."[84] Sobre o ponto, merece nossa atenção o fato de que, segundo esta leitura, um interesse passível de proteção por meio do Direito Penal estará presente não apenas em relação a um interesse fim projetado, mas também aos interesses que o antecedem – (*instrumental wants*)[85] – que nada mais são do que verdadeiras condições para a realização do interesse de bem-estar (*welfare interests*).[86]

É dizer, o dano aos interesses de bem-estar acabam por traduzir um dos mais severos prejuízos que podem ser impostos a uma pessoa e, por esta precisa razão, corresponde ao que podemos denominar de núcleo do Direito Penal, um espaço em que pouco ou muito pouco ocorre um debate a respeito da legitimidade da restrição da liberdade por meio do Direito Penal[87], precisamente pela gravidade e intensidade que estes danos revestem, não apenas em relação ao interesse de bem-estar, mas também em relação à rede de interesses (*interest network*)[88] que integram o interesse de bem-estar do seu titular.[89] Além disso, podemos ainda acrescentar que, diferentemente dos chamados interesses de bem-estar, que possuiriam valor intrínseco, prescindindo de qualquer vontade específica, as denominadas aspirações pessoais (*ulterior interests*) apenas poderiam vir a ser identificadas nas hipóteses em que se estiver diante de uma vontade do seu titular[90] e por uma vontade específica (*focal aims*),[91] que evidencie a presença de uma vontade pessoal orientada na busca e realização deste interesse com o objetivo de elevar os interesses de bem-estar a um patamar superior.[92]

---

84. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.195.-1.
85. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.57.
86. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.55 e ss.
87. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.37-8.
88. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.55-61.
89. RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972, p.5.
90. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 42 e 59.
91. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.60.
92. FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.37.

Em síntese, com relação a esta denominada rede de interesses que se forma, podemos afirmar que uma vontade ou estado subjetivo meramente passageiro (*passing want*) – estados emocionais – somente poderá desempenhar o papel de orientar o processo de identificação de uma vontade instrumental (*instrumental want*) que venha a ser apta para a satisfação desta vontade; de outra parte, a vontade instrumental (*instrumental want*) deve sempre se encontrar orientada e vinculada a um interesse de bem-estar existente e que seja capaz de servir de suporte para outras aspirações pessoais (*ulterior interests*) que objetivam elevar os interesses de bem-estar a patamares superiores.[93] Em suma, o que efetivamente pode despertar o interesse legítimo do Direito Penal, segundo o *harm to other principle*, deve ser restrito apenas aos casos em que seja possível, a partir da restrição da liberdade individual, prevenir a ocorrência de danos a terceiros.

*3.2. Dano (*harm*) enquanto categoria distinta da ofensa (*offense*)*

Definidas as premissas e limites para o sentido de interesse passível de tutela por meio do Direito Penal, desde a perspectiva do *harm principle*, buscaremos agora definir com maior precisão os contornos a respeito do dano (*harm*) e da ofensa (*offense*), que podem orientar o legislador a respeito da decisão quanto à legítima restrição da liberdade individual por meio do Direito Penal e da consequente ameaça de pena.

Em linhas gerais, podemos afirmar que a noção de dano, embora ampla e aparentemente vaga, deve ser analisada sob a perspectiva da realização de um comportamento realizado que é apto a afetar e assim prejudicar a condição de uma determinada pessoa em relação aos seus interesses e que seja realizado contra a sua vontade. Neste ponto, nota-se a importância da presunção em favor da liberdade apontada anteriormente, pois apenas o comportamento realizado contra a vontade do titular do interesse poderá ensejar a restrição da liberdade, não podendo ser compreendida a noção de dano com a própria manifestação da liberdade do titular do interesse.[94]

Como apontado, o termo interesse, embora possa ser compreendido como algo excessivamente vago e impreciso, não pode ser compreendido enquanto um sentimento ou sensação negativa de caráter exclusivamente subjetivo. O interesse que pode ser objeto de prevenção de dano a terceiros deve apenas ser aquele capaz de representar um interesse suficientemente estável, que se encontre orientado com o objetivo de assegurar

93. HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, n.8, 2014, p.250; e, FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.60-1.

94. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.53; e, RAZ, Joseph. Autonomy, toleration and the harm principle. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.170.

um mínimo de bem-estar.[95] Nesse sentido, a leitura assim empreendida nos aproxima da ideia de um Direito Penal concreta e efetivamente fundado a partir de parâmetros constitucionais, nos moldes da compreensão tradicional que temos, mas sem a restrição semântica e dogmática que a proposta de bem jurídico acaba por apresentar.

De outra parte, é possível identificar casos em que mesmo sem um dano diretamente identificado será possível que um determinado comportamento seja suficientemente desagradável a ponto de colocar em risco interesses de terceiros.[96] Diante destas situações, antes de se utilizar o *harm principle* como justificativa para a restrição da liberdade individual e assim distorcer seus limites, Feinberg reconhece que seria possível restringir a liberdade a partir do *offense principle*.[97] Ou seja, a distinção proposta permite diferenciar entre comportamentos indesejados, mas que não são necessariamente capazes de gerar um prejuízo (*harmfull*) e aqueles comportamentos capazes de ofender uma pessoa (*offend*) e que, por esta razão, passam a demandar algum tipo de restrição ou controle. Especificamente quanto ao dano, embora ele possa estar associado a um ferimento visível e mesmo ao sentimento de dor física ou mental, não devemos tratar estas características como sinônimos do dano. Isso porque, a dor física, em si considerada, não pode ser considerada um dano propriamente dito, pois não há um interesse em não ser exposto a qualquer dor. Todavia, se o quadro de dor a que alguém venha a ser submetido, quer por força da sua intensidade ou magnitude, vier a ser suficientemente intenso a ponto de ser capaz de prejudicar o sujeito na busca por seus objetivos, tal quadro representaria um dano. É dizer, o que está em discussão aqui não é o estado de dor, mas o seu poder de prejudicar individualmente e de forma significativa, a busca pelo objetivo específico (*focal aim*), expressando assim um estado ou condição prejudicial provocada por este estado e que, será, portanto, a concretização da expressão do dano[98], justificando assim a sua restrição a partir do *harm principle*, e não de outro fundamento para criminalização, como seria o caso do *offense principle*.[99] Notamos aqui um importante ponto de atenção, precisamente pelo fato de que é possível identificar um esforço no sentido de adaptar e corrigir uma distorção dos limites propostos pelo *harm principle*, precisamente pelo fato de que a situação descrita seria a expressão de uma ofensa (*offense*) que, apenas por força da sua

95. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.45.

96. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.46.

97. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.48.

98. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.46

99. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.49.

gravidade e intensidade, seria capaz de ser convertida em verdadeiro dano.[100] Tal conclusão decorre, sobretudo, pelo fato de que, em relação à ofensa, estaremos diante de estados subjetivos desagradáveis gerados a partir de um comportamento realizado e que poderiam ser prevenidos também por meio do Direito Penal.[101] Contudo, não sendo possível identificar um dano propriamente dito, o fundamento adequado deveria ser identificado junto ao *offense principle* e não *harm principle*. Em todo o caso, este deslocamento de fundamentação legítima do uso do Direito Penal acabaria por gerar o risco de que, mesmo dentro de uma concepção mais liberal de Estado ou mesmo de uma leitura que defenda uma maior amplitude da liberdade individual, haveria o sério risco de se chegar a uma restrição da liberdade a partir do fundamento situado apenas e exclusivamente em um moralismo legal (*legal moralism*)[102] e de todos os excessos a ele relacionados.[103]

*3.3. Afinal, qual dano (*harm*) importa ao* harm principle*?*

Superada a análise e estruturação a respeito do *harm principle*, devemos também buscar identificar quando e de que formas será possível identificar uma afetação a um interesse e assim caracterizar a noção de dano e o recurso ao Direito Penal.[104] Pata tanto, deve-se iniciar pela identificação do interesse alvo do ataque e, em um segundo momento, buscar verificar qual a espécie de dano que este comportamento produz sobre o interesse, denotando assim um nítido caráter relacional. É dizer: levamos em conta um interesse em seu estado prévio ao comportamento e após, avaliamos este mesmo interesse, levando em conta os efeitos deste comportamento.[105] É dizer: o dano causado ao interesse resta

100. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal:* em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp.200-1.

101. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.45 e ss; RAZ, Joseph. Autonomy, toleration and the harm principle. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.170.

102. DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London: Oxford University Press, 1965, p.14.

103. MENDUS, Susan. Harm, offense and censorship. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, pp.100-ss; DWORKIN, Gerald. Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, vol. 40, Issue 3, 1999, p.928; HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality.* Oxford: Oxford University Press, 1982, pp.6-7; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.48 e ss.; SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization:* An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1994, pp.95 e ss.

104. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.52-5.

105. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.54.

caracterizado quando restam eliminadas ou mesmo venham a ser prejudicadas as condições necessárias para a satisfação deste interesse.[106]

Merece destaque o fato de que o conceito de interesse que serve de base para o *harm principle* deve ser corretamente compreendido, sob pena de desvirtuar o seu sentido. É dizer, não serão todos os interesses existentes que deverão ser objeto de proteção por meio do direito, e, menos ainda, do Direito Penal. Contudo, a partir desta restrição, também não poderemos afirmar que apenas interesses fim poderão ser protegidos, como vimos antes.[107] Isso porque, restringir a tutela penal apenas aos interesses fim acabaria por delimitar de forma excessiva o espaço de legitimidade do Direito Penal e assim deixaria de fora toda a rede de interesses a ele relacionados e que dariam suporte aos interesses de bem-estar representados pelos meios necessários para que se pudesse chegar até eles.[108] Portanto, a tutela possível de ser realizada quanto aos interesses fim deverá ser sempre uma tutela realizada por via reflexa a ser realizada a partir da tutela de interesses meio ou de interesses instrumentalmente conectados a estes interesses últimos (*ulterior interests*). Tal conclusão decorre do fato de que, caso houvesse uma tutela direta do interesse último, a restrição da liberdade de terceiros seria inaceitável, pois também a liberdade individual de terceiros é um interesse fundamental de bem-estar e que deve ser respeitado e levado em conta neste processo.[109]

Isso significa reconhecer que, nos casos em que tenhamos o eventual dano a interesses finais de terceiros, sem uma correspondente violação de algum interesse de bem-estar, nestas hipóteses, deveremos reconhecer que embora não desejados, tais estados devem ser compreendidos e tolerados[110], precisamente por serem verdadeira expressão do exercício da liberdade individual de terceiros.[111] Vale destacar que nos casos em que os interesses finais venham a representar elevações em relação ao seu mínimo enquanto interesse de bem-estar, nestes casos poderemos ter reconhecido um dano passível de autorizar o recurso ao direito penal como forma de prevenção. Tal situação ocorre especialmente na questão patrimonial e do acúmulo patrimonial. Ou seja, estamos diante do interesse de bem-estar representado pelo direito de propriedade, contudo, frente a uma

106. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.54-5.

107. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.258.

108. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.62.

109. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.62.

110. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, pp.401-2.

111. JONES, Peter. Toleration, harm and moral effect. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985, pp.136-ss; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.62; e, MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.2.

subtração, ainda que parcial e incapaz de representar uma situação de miséria ao titular do patrimônio, estaremos diante de um dano. Isso é possível, pois, nestas situações, o ataque direcionado ao interesse final representado pelo acúmulo patrimonial, poderá ser compreendido enquanto um ataque direcionado a um interesse que poderá ser alvo de um dano, e, por força das características do interesse patrimonial, a sua proteção deve ser ampla e não apenas restrita aos casos em que venhamos a ter uma subtração patrimonial suficientemente severa a ponto de levar a vítima a um extremo de miséria. [112] Em suma, o dano a um interesse fim também permite englobar os efeitos negativos sobre inúmeros interesses a ele relacionados e que podem ser prevenidos por meio da restrição da liberdade individual e do uso do Direito Penal.[113]

Tudo o que foi apresentado acima apenas diz respeito à delimitação feita a partir de interesses individuais e, dada a sua grande estabilidade e unanimidade, acabam por não ensejar maiores empecilhos para justificar a opção pela restrição da liberdade por meio do Direito Penal. Todavia, os problemas passam a existir precisamente quando passamos a identificar interesses que venham a ultrapassar a esfera da individual, passando a permitir reconhecimento dos chamados interesses públicos (*public interests*), que nada mais seriam do que interesses diretamente relacionados ao Estado, mas que por via reflexa também seriam pertencentes a todos os cidadãos, pois, se somariam aos interesses fins e aos interesses a eles conectados.[114]

No processo de identificação e adequada delimitação do interesse público, deve-se, atentar para o fato de que o convívio social, em um determinado modelo de Estado acaba por reconhecer inúmeras condições que são verdadeiros pressupostos para a o pleno desenvolvimento individual.[115] Para uma melhor sistematização e organização das ideias, é possível agrupar estes interesses públicos em grupos como: interesses que possuem um sentido comunitário e coletivo, expressos pelas ideias de paz pública, saúde, segurança contra inimigos externos e economia sólida; e, também, interesses públicos que podem ser agrupados a partir da identificação "*governmental interests*" que são expressos por atividades típicas de cada governo como a função de arrecadar impostos, o registro e

112. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal:* em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp.203.

113. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.63.

114. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.199; LEWIN, Leif. *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p.16; e, WELLENS, Karel. General Observations. In: KOMORI, Teruo; WELLENS, Karel (ed.). *Public Interest Rules of International Law*: towards effective implementation. New York: Ashgate, 2009, pp.15-27.

115. LEWIN, Leif. *Self-Interest and Public Interest in western politics*, Oxford University Press, New York, 1991, p.16.

controle de fluxos de estrangeiros, o alistamento militar, a operação de prisões no processo de execução da pena, a condução de processos e na administração da justiça.[116]

Por esta via identificamos que também passam a serem incorporados na categoria de interesses passíveis de tutela penal, todos aqueles elementos que se revestem de caráter fundamental para que se possa assegurar o interesse de bem-estar de cada indivíduo dentro de um determinado Estado. E tal fato significa reconhecer que interesses nitidamente instrumentais ou que são verdadeiras condições de possibilidade para a satisfação de um interesse final, também eles, poderão ser alvos de danos e assim poderão ser objeto de restrição legítima por meio do Direito Penal.[117] Portanto, ataques que venham a ser direcionados a interesses relacionados ao modelo de Estado e sua forma específica de organização serão também formas de expressão de dano a um interesse público e assim, ainda que por via indireta, um dano para cada indivíduo.[118]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA BREVE SÍNTESE DAS IDEIAS RELATIVAS AO *HARM PRINCIPLE*

Segundo o que apontamos acima, o *harm principle*, quando adequadamente compreendido e delimitado, apresenta-se como um princípio apto a guiar o legislador, no sentido servir de fundamento para a tomada de decisão a respeito da (in)adequada restrição da liberdade individual por meio do recurso ao Direito Penal. Para tanto, deve-se atentar para a correta compreensão da noção de dano, que é extremamente complexa e cuja aplicação não deverá ser realizada de forma isolada. Por tal motivo, a adequada aplicação e compreensão do *harm principle* deverá ser realizada a partir da sua complementação a partir de critérios complementares (*mediating maxims*).[119]

Nesse sentido, a noção de dano (*harm*), relevante para o *harm principle,* deve ser compreendida apenas enquanto dano que é resultado de uma ação que seja capaz de promover algum prejuízo (*setback interest*) ao interesse protegido, e que este dano seja o resultado de uma ação contrária ao direito e passível de reprovação (*wrong*). Desta forma,

116. SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. On the Legitimate Objectives of Criminalisation, *Criminal Law and Philosophy*, n.10, 2016, p.369; RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972, p.147; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.11 e 63.

117. RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972, p.7.

118. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.209; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp.63-4.

119. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.240.

de pronto, restam afastados da noção de dano, todos aqueles efeitos negativos gerados por ações justificadas ou ações que não sejam passíveis de reprovação por força da ausência de responsabilidade penal do agente.[120] Além disso, no processo de identificação de um interesse legítimo passível de ser alvo de um dano, deve-se identificar a existência prévia de uma pretensão (*claim*) válida quanto a esta proteção. Com efeito, deve existir um direito legítimo a esta proteção frente ao ataque realizado por terceiros,[121] ou que exista como manifestação da liberdade individual o respeito ao consentimento exercido sobre a aceitação frente a estes estados.[122] Dito por outras palavras: nos casos em que uma pessoa consentir quanto a realização de atos sádicos e mórbidos, deve ser reconhecida a sua liberdade e autonomia, devendo, nestes casos, existir a garantia de que a ordem irá assegura e impedir que terceiros possam vir a prejudicar a realização desta manifestação de vontade.[123]

A proposta de uma delimitação da noção de dano ocorre justamente com o objetivo de evitarmos uma confusão entre esta noção normativa de dano e qualquer outro sentimento de caráter transitório exclusivamente pessoal. Nesse sentido, o dano, segundo a análise aqui empreendida, deverá ser compreendido apenas enquanto um prejuízo efetivo a um interesse que serve de base a um direito, representando assim uma pretensão (*claim*) válida.[124] Além disso, o dano digno de uma proibição penal, apenas estaria presente nos casos em que fosse identificado um dano relevante e grave. Desse modo, diante de danos diminutos e ordinários não seria legítimo sacrificar a liberdade individual para prevenir, por meio do Direito Penal, estes prejuízos de baixa magnitude, pois, nestes casos, a opção pelo Direito Penal em detrimento de outros ramos menos gravosos seria flagrantemente desproporcional. Em suma, por mais que o objetivo final viesse a ser a prevenção de danos insignificantes por meio do Direito Penal, isso não seria possível ou mesmo legítimo, não sem levar em conta os custos (sociais, políticos e econômicos) que qualquer decisão legislativa no sentido da criminalização carrega.[125] É importante salientar que não se deve identificar como sinônimas as ideias de dano insignificante e

120. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.215.

121. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.215.

122. SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality.* New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1990, p.99.

123. FRISCH, Wolfgang. Toleranz als Prinzip der Strafrechtbegrenzung? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.94-5.

124. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal:* em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.241.

125. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.216.

situação de perigo a um interesse, muito embora possam ter pontos em comum.[126] É dizer: nestes casos de exposição a perigo a um interesse, deve o legislador, em linhas gerais, levar em conta o fato de que para casos envolvendo graves danos, apenas uma baixa probabilidade da sua ocorrência seria capaz de justificar a restrição da liberdade individual; por sua vez, para situações em que o dano tenha uma grande probabilidade de ocorrência, nestes casos será possível determinar a restrição da liberdade diante de comportamentos que não sejam em si mesmo considerados graves; já nos casos em que se esteja diante de uma maior magnitude do risco de dano, teremos um menor nível de aceitação frente ao risco gerado, o que torna mais cabível a interdição da liberdade de realizar o ato; quanto aos casos em que há comportamentos úteis para o convívio social e que representem também perigos para o autor e para terceiros, deve-se avaliar os benefícios advindos deste tipo de comportamento, pois, quanto mais benéfico este comportamento for capaz de se mostrar, mais aceitáveis serão os riscos por ele gerados, sendo assim suficiente a regulamentação e controle destes comportamentos por outros ramos menos graves do ordenamento jurídico, devendo assim ser afastado o uso do Direito Penal.[127]

Neste âmbito de condutas com baixa intensidade de dano, há o grupo dos denominados *aggregative harms* e que merecem especial atenção, especialmente pelo fato de que estamos diante de comportamentos que são geralmente, mas, não necessariamente, causadores de danos a terceiros. É dizer: nestes casos, mesmo que a opção venha a ser no sentido de uma restrição absoluta do comportamento ou da atividade, não será possível evitar o dano. Ademais, o custo que a realização de uma proibição assim representaria acabaria por gerar prejuízos mais sérios do que a opção pelo seu controle e fiscalização poderiam promover. Note-se que neste grupo de comportamentos estão localizadas inúmeras atividades que geram um inegável benefício para o convívio social, daí porque a sua total e absoluta restrição poderia vir a ser mais grave e prejudicial do que os benefícios que, uma efetiva regulamentação e controle poderiam promover para o convívio social. Em síntese, diante destas situações, o mais recomendado seria a opção legislativa no sentido de buscar uma regulamentação da atividade em que a opção da proibição total seria reservada aos casos em que um sistema de regulamentação e de controle pudessem

126. HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory*: doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.37.

127. TYLER, Tom R. Managing Conflicts of Interest within Organizations: Does Activating Social Values Change the Impact of Self-Interest on Behavior? In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. *Conflicts of Interest:* Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p.18; FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.216; HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors). *Harm and Culpability.* Oxford: Oxford University Press, 1996, p.26.1.

ser inexequíveis por parte das agências estatais de controle.[128] Com efeito, nestes casos, deve-se ter claro que isoladamente o ato não será capaz de produzir um dano, mas a sua repetição em larga escala passa a ter esta capacidade. Para um adequado controle, nestes casos, deve o legislador buscar auxílio e informações empíricas relativas ao contexto, à atividade e ao número de pessoas que podem vir a realizar este tipo de comportamento e assim, estabelecer um limite. Desse modo, todo comportamento que ultrapassar este limite poderá ser compreendido como um comportamento que deixa de ser insignificante e passa a ser visto como um comportamento apto a causar um dano que se pretende evitar por meio da proibição.[129]

É importante reforçar que o processo de decisão a respeito da criminalização de um determinado comportamento leva o legislador a um inevitável impasse entre a liberdade individual e os demais interesses envolvidos, no momento da decisão a respeito da proibição do comportamento. Diante disso, segundo o *harm principle*, deverá o legislador optar pela proteção daquele interesse que for mais importante, sempre levando em conta o impacto que a criminalização do comportamento determinará para a liberdade individual. Para tanto, deverá considerar, sobretudo "a) o quão vital é este interesse para a rede de interesses de uma pessoa; b) o grau de reforço de proteção que este interesse recebe de outros interesses, públicos ou privados; e, c) a sua inerente qualidade moral".[130] Nessa mesma linha, deve-se ter claro que a indevida invasão da liberdade individual também deverá ser compreendida enquanto um dano. É dizer, quando a restrição da liberdade ocorrer por meio de uma lei desprovida de legitimidade, estaremos diante de um verdadeiro dano à liberdade individual. Vale destacar que esta análise quanto a legitimidade do sacrifício da liberdade individual deve ser feita pelo legislador no momento em que ele decide pela proibição de um determinado comportamento por meio do Direito Penal, mais precisamente, quando leva em conta o valor da liberdade individual e, em que medida a imposição da restrição da liberdade de alguém seria capaz de causar menos danos do que o dano que se pretende evitar por meio da restrição da liberdade imposta.[131]

Outro ponto de grande atenção encontra-se na aplicação do *harm principle* em situações envolvendo os chamados danos públicos. Nestes casos, como teremos o envolvimento de interesses competitivos, como regra, não devemos ter o recurso ao Direito Penal, pois estas situações de conflito não devem de modo geral, expressar danos que devam ser prevenidos, mas apenas interesses que acabam por competir dentro da dinâmica social.

---

128. FEINBERG, Joel. *Harm to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.217.

129. FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.244.

130. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal:* em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.243.

131. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal:* em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp.243-4.

É dizer: em situações de normalidade, a dinâmica de competição entre interesses pode gerar danos a terceiros, sem que estes danos necessitem de uma prevenção específica por meio do Direito Penal, pois estes danos nada mais são do que consequência da dinâmica social. A alternativa adequada seria buscar assegurar que as condições normais para a competição entre estes interesses reste assegurada, sem favorecer ou mesmo prejudicar qualquer um deles.[132]

Por fim, mas não menos importante, consideramos que as ideias propostas e a aproximação conceitual e estrutural promovida em relação ao *harm principle* acabam por tornar possível o desenvolvimento de problematizações e desdobramentos futuros levando em conta os potenciais e oportunidades que esta proposta de limitação do agir do legislador poderá determinar para a realização de uma análise mais detida da constitucionalidade de leis penais vigentes, pois torna possível a análise quanto a (in)correção da decisão do legislador em optar pelo Direito Penal. Como dito na introdução, não se pretende aqui lançar mão de uma palavra definitiva a respeito do fim da teoria do bem jurídico e da sua correspondente ofensa. Pretendemos apenas evidenciar que os problemas do Direito Penal não devem jamais deixar de lado a preocupação com a liberdade individual e o seu respeito por parte do legislador. Por este motivo, acreditamos que há sim espaço para a análise da limitação do Direito Penal por meio da teoria do *harm principle*.

5. Referências

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability:* A Theory of Criminal Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ALLDRIDGE, Peter. Making Criminal Law Known. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALLDRIDGE, Peter. The Public, the Private and the Significance of Payments. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law*: A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

132. MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.244.

AMBOS, Kai. The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the Rechtsgut and the Harm Principles. *Criminal Law and Philosophy*, vol.9, n. 2, jun. 2015.

ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. (Séculos XVII e XVIII). Lisboa: Edições 70, 2002. v. I.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del reato in Novissimo Digesto Italiano*. v. XIX. Torino: UTET, 1973.

CARON, Yves. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. *McGill Law Journal*, vol.15, issue 1, 1969.

CARVALHO, Salo de. *A Política de Drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares:* Secularização, Laicidade e Religião Civil. Uma perspectiva histórica. Lisboa: Almedina, 2006.

DAGGER, Richard. Republicanism and the Foundations of Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.o Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London: Oxford University Press, 1965.

DONINI, Massimo. *Teoria del reato*: Una introduzione. Padova: CEDAN, 1996.

DUBBER, Markus D. Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

DUFF, R. A. Rule-Violations and Wrongdoings. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DWORKIN, Gerald. Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, vol. 40, Issue 3, 1999.

EDWARDS, David. Toleration and Mill's liberty of thought and discussion. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. New York: Cambridge University Press, 1988.

FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. In: *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Harm to Self:* The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1990.

FEINBERG, Joel. *Offense to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1985.

FEINBERG, Joel. *Problems at the Roots of Law:* Essays in Legal and Political Theory. New York, Oxford University Press, 2003.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*: Un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004.

FIANDACA, Giovani; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzzionalmente orientate*. Napoli: Jovene, 2003.

FIANDACA, Giovanni. Considerazioni intorno a bioetica diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo". *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano. Apr./Set. 2007.

FIANDACA, Giovanni. Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati. In: *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*. vol. Primo. Milano: Giuffrè, 1991.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legitimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Dirito e Procedura Penale*.1994.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal:* Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 14. 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito Penal Secundário:* estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.

FORTI, Gabrio. Per una discusione sui limite morali del diritto penale, tra vision "liberali" e paternalism giuridici. In: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (orgs). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006. v. I.

FRISCH, Wolfgang. Toleranz als Prinzip der Strafrechtbegrenzung? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006.

FULLER, Lon L. *The Morality of the Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

GEARY, Roger. *Understanding Criminal Law.* London: Cavendish Publishing, 2002.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 49. jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. "Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais". *Revista Liberdades*. São Paulo. n. 3. jan.- abr. 2010.

HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 90. Issue 3, 1999.

HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality.* Oxford: Oxford University Press, 1982.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol.71, Feb. 1958, n. 4.

HART, H. L. A. *The Concept of Law.* 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014, pp. 246 e ss.

HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 259.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, Andrew von. Toleranz als Mediating Principle. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006.

HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang Einführung: Was sind Mediaten principles? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006.

HORTON, John. Toleration, morality and harm. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985.

HUSAK, Douglas. Criminal Law Theory. In: GOLDING, Matin; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006.

HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Lain. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo:* noções e críticas – Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

JONES, Peter. Toleration, harm and moral effect. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985.

KUHLEN, Lothar. Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006.

LACEY, Nicola. What Constitutes Criminal Law. In: DUFF, R. A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (eds.) *Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LEWIN, Leif. *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

LIPPMAN, Matthew. *Contemporary Criminal Law:* Concepts, Cases and Controverses. 2. ed. London: Sage, 2010.

LYONS, David. *Moral aspects of legal theory*: Essays on law, justice and political responsability. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

MACHADO, Tomás Grings. "Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 167. maio 2020.

MACHADO, Tomás Grings. *Harm Principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

MANES, Vitorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: Giapichelli, 2005.

MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria: um nosso contemporâneo. In: *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. I.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a

partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, jul./ago. 2015.

MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration:* conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

MENDUS, Susan. Harm, offense and censorship. In: HORTON, John; MENDUS, Susan. *Aspects of Toleration:* Philosophical Studies. New York: Methuen, 1985.

MILL, John Stuart. *On Liberty*, edited by David Bromwich and George Kateb; with essays by Jean Bethke Elshtain. New Haven: Yale University Press, 2003.

MOLAN, Mike; LANSER, Denis; BLOY, Duncan. *Bloy's and Parry's Principles of Criminal Law*. 4. ed. London: Cavendish, 2000.

MUNRO, Vanessa E.; SCOULAR, Jane. Harm, Vulnerability, and Citizenship: Constitutional Concerns in the Criminalization of Contemporary Sex Work. In: DUFF, R.A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (eds.) *Constitution of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

NETO, João Alves Teixeira. *Tutela penal de animais*: uma compreensão onto-antropológica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

NETO, Tapir Rocha. Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 115. out. 2015.

PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *Lezioni di diritto penale comparato*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005.

PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal* – Um Debate sobre a Descriminalização, São Paulo: IBCCrim, 2002.

PERRY, Michael J. *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*: The Harm Principle, its Limits and Continental Conterparts, New York: Springer, 2007.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PULITANÒ, Domenico. Laicità e diritto penale. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano, apr./set. 2007.

RAES, Koen. Legal Moralism or Paternalism? Tolerance or Indifference? Egalitarian Justice and the Ethics of Equal Concern. In: ALLDRIDGE, Peter; BRANTS, Chrisje (eds.). *Personal Autonomy*, the Private Sphere and the Criminal Law: A Comparative Study, Oxford: Hart Publishing, 2001.

RAZ, Joseph. Autonomy, toleration and the harm principle. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration: conceptual and historical perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

RESCHER, Nicholas. *Welfare:* The Social Issues in Philosophical Perspective. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1972.

ROMANO, Mario. Principio di laicità dello Stato, Religioni, norme penali. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano. Apr./Set. 2007.

SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1990.

SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization*: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law. New York: Springer Science Busines Media Dordrecht, 1994.

SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico:* ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. On the General Part in the Criminal Law. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.) *Criminal Law Theory:* doctrines of the general part. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von., *Crimes, Harms, and Wrongs:* On the Principles of Criminalization, Oxford: Hart Publishing, 2014.

SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. On the Legitimate Objectives of Criminalisation, *Criminal Law and Philosophy*, n.10, 2016.

SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. Introduction: Criminalization and the Role of Theory. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (editors). *Harm and Culpability.* Oxford: Oxford University Press, 1996.

SIMESTER, A.P., SPENCER, J.R., SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J. *Criminal Law:* Theory and Doctrine, Fifth Ed. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SIMONS, Kenneth W. Understanding the Topography of Moral and Criminal Law Norms. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

SMITH, G. W. Dissent, toleration, and civil rights in communism. In: MENDUS, Susan (ed). *Justifying Toleration*: conceptual and historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.) *Direito Penal Secundário:* Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle, *Criminal Law and Philosophy*, n. 4, 2010.

STRATENWERTH, Günther. Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten". In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto:* decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TADROS, Victor. Wrongdoing and Motivation. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

THOMMEN, Marc. Toleranz & Anti Social Behaviour. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles:* Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden: Nomos, 2006.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed., rev. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Número Especial de Lançamento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

THORBURN, Malcom. Criminal Law as Public Law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TYLER, Tom R. Managing Conflicts of Interest within Organizations: Does Activating Social Values Change the Impact of Self-Interest on Behavior? In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. *Conflicts of Interest:* Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 3. ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WELLENS, Karel. General Observations. In*:* KOMORI, Teruo; WELLENS, Karel (ed.). *Public Interest Rules of International Law:* towards effective implementation. New York: Ashgate, 2009.

WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico:* ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Direito penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal, de Thiago Baldani Gomes De Filippo – *RBCCrim* 145/571-603 (DTR\2018\17990).

Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro

Concurrence of agents through the perspective of the meaningful action theory: a dialogue between the Spanish system and the Brazilian's Project of New Criminal Code

Anna Carolina Canestraro

Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (2018), com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito, pela Universidad de Castilla-La Mancha (2019). Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Pós-graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2016). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2015). Advogada.
ORCID: 0000-0002-3534-4589
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1604392529884511]
carolina.canestraro@gmail.com

Túlio Felippe Xavier Januário

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (2018), com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito, pela Universidad de Castilla-La Mancha (2019). Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral, pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2017). Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – (UNESP) – *Campus* de Franca (2015).
ORCID: 0000-0003-0400-1273
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1894712298793127].
tuliofxj@gmail.com

Recebido em: 18.06.2020
Aprovado em: 25.11.2020
Última versão dos autores: 14.12.2020

Canestraro, Anna Carolina; Januário, Túlio Felippe Xavier. Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 213-244. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

Área do Direito: Penal

Resumo: Pretende-se, com o presente trabalho, realizar uma interlocução entre o sistema espanhol de concurso de agentes e o proposto pelo Projeto de Novo Código Penal Brasileiro (PLS 236/12). Para tanto, analisaremos o modelo ibérico a partir da perspectiva da teoria da ação significativa, a qual apresenta, conforme demonstraremos, uma abordagem distinta para algumas controvertidas questões enfrentadas pelo sistema brasileiro hodierno. Depois de um inicial e necessário estudo dos pontos de encontro e diferenças entre os modelos atualmente previstos pelos Códigos Penais do Brasil e da Espanha, e traçadas as premissas gerais consubstanciadas na abordagem deste último pela perspectiva supracitada, buscaremos, alicerçados em uma metodologia dedutiva, analisar o sistema proposto pelos artigos 38 e subsequentes do PLS 236/12 e artigos 35 e subsequentes do seu texto substitutivo sob a ótica dos fundamentos da concepção significativa da ação, tecendo, a partir desta investigação, considerações críticas ao modelo de autoria e participação proposto pelo legislador reformista.

Palavras-chave: Concurso de agentes – Autoria – Participação – Teoria da ação significativa – PLS 236/12.

Abstract: The aim of the present essay is to promote an interlocution between the Spanish system of concurrence of agents and the proposed one by the Brazilian's Project of New Criminal Code (PLS 236/12). For that, we will analyze the Iberian model trough the perspective of the theory of the meaningful action, which presents, as we will demonstrate, a distinct approach for some controversial issues faced by the current Brazilian system. After an initial and necessary study of the similarities and differences between the models currently provided by the Criminal Codes of Brazil and Spain, and once established the general premises materialized in the approach of this last one through the abovementioned perspective, we will seek to analyze the system of the articles 38 and subsequent of the PLS 236/12 and 35 and subsequent of the substitutive text from the perspective of the theory of the meaningful action, presenting some critic considerations to the model of authorship and complicity proposed by the reformist legislator.

Keywords: Concurrence of agents – Authorship – Complicity – Theory of the meaningful action – Brazilian's New Criminal Code.

Sumário: 1. Introdução. 2. Autoria e participação nos vigentes ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. 3. Autoria e participação na perspectiva da teoria da ação significativa. 4. Do concurso de pessoas no Projeto de Novo Código Penal – PLS 236/12. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar o modelo proposto pelo artigo 38 do PLS 236/12[1] em matéria de concurso de pessoas e os eventuais aproveitamentos da teoria da ação significativa na sua interpretação. É importante salientar que, até o início do Século XXI, as intensas discussões doutrinárias desenvolvidas sobre esta temática em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, não reverberavam em demasia no Brasil, muito provavelmente em razão da redação bastante simples adotada pelo legislador nacional de 1940[2-3], que equiparava os agentes do crime e considerava como autores todos aqueles que colaborassem para o sucesso típico.

---

1. * O presente trabalho fora apresentado oralmente no "III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem", promovido pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Universidade Federal do Paraná, na data de 03 de setembro de 2019, em Belo Horizonte/MG. Aproveitamos esta oportunidade para deixar expressos os nossos agradecimentos ao Professor Doutor Júlio César Faria Zini que, na posição de Coordenador do "Seminário nº 1 – "Crítica dogmática a partir da filosofia da linguagem", fez considerações fundamentais para o desenvolvimento e engrandecimento deste artigo, que ora é publicado.

   "Concurso de pessoas. Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Concorrem para o crime: I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que: a) executam o fato realizando os elementos do tipo; b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo; c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou d) aqueles que dominam o fato utilizando de aparatos organizados de poder. II – partícipes, assim considerados: a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem. Concorrência dolosamente distinta. § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Concorrência de menor importância. § 3º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. Causas de aumento. § 4º A pena será aumentada de um sexto a dois terços, ressalvada a hipótese do parágrafo único do artigo 34 deste Código, em relação ao agente que: I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage outrem à execução material do crime; III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por alguma causa, não culpável ou não punível em virtude de sua condição ou qualidade pessoal; ou IV – executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa." (SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado 236, de 2012: anteprojeto de Código Penal. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 01.09.2019.)

2. "TÍTULO IV. Da co-autoria. Pena da co-autoria. Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas" (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 10.06.2020).

3. JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Estupro coletivo: possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato? *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, p. 151-170, dez.

Com a reforma de 1984 e o acréscimo dos termos "na medida de sua culpabilidade" no novel artigo 29[4], sinalizou-se uma possível mudança de perspectiva no sentido da diferenciação entre autores e partícipes. Foi, porém, com o julgamento da Ação Penal 470, pelo Supremo Tribunal Federal[5] (Ação Penal do "Mensalão"), e a controversa aplicação da teoria do domínio do fato como fundamento da responsabilização de alguns agentes[6], que se instaurou um amplo debate a respeito do modelo brasileiro de concurso de pessoas e sua eventual compatibilidade para com estas construções doutrinárias.

É justamente neste contexto, e quiçá, até mesmo tendo em vista mostrar-se doutrinariamente atualizado e moderno[7], que o legislador de 2012, ao tratar do concurso de agentes, acabou por incorporar no artigo 38 e seus parágrafos, alguns elementos derivados da construção teórica de Claus Roxin, tais como o domínio da vontade por

2018. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23498]. Acesso em: 11.12.2020.

4. "Título IV – Do concurso de pessoas. Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave." (BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 – Altera dispositivos do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 10.06.2020).

5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal 470/MG, TP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494]. Acesso em: 10.09.2019.

6. Neste sentido, por todos: "É equivocado considerar a teoria do domínio do fato como uma tese que fundamenta a punição de um sujeito que, sem ela, seria absolvido, ou que a teoria diz apenas com a dosimetria ou com o merecimento de pena dos acusados. Diante de nossa regulação legislativa da autoria e da participação, a teoria do domínio do fato pode cumprir apenas uma *função limitadora da responsabilidade,* no sentido de determinar que aquele que seria, nos termos da lei, um "concorrente", possa ser um "partícipe em sentido estrito (cúmplice ou instigador)". [...] "Aqui reside, provavelmente, a primeira pista da *verdadeira razão* do recurso dos ministros do STF à teoria do domínio do fato – em verdade, teoria do domínio da organização. Em vários momentos, nossos ministros fizeram referência à teoria do domínio do fato quando estavam, na verdade, querendo referir-se à teoria do domínio da organização, e assim acreditavam poder *fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque.*" (LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 61 e 64, jan.-fev. 2014).

7. Neste sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador: autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 23-24, mar.-abr. 2014.

aparatos organizados de poder[8]. Esta integração, todavia, conforme demonstraremos no decorrer do trabalho, ocorreu de maneira pouco técnica, já que o *caput* do artigo em comento ainda sinaliza a adoção de um sistema monista, apesar dos critérios diferenciadores contidos nos seus parágrafos. Por esta razão, este dispositivo fora amplamente criticado pela doutrina, tanto pelos defensores do vigente sistema monista do artigo 29 quanto por aqueles que advogam pela aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro[9].

No presente trabalho, almejamos analisar as proposições do artigo 38 do PLS 236/12 sob uma perspectiva alternativa, viabilizada pela reestruturação da teoria do delito proposta por Vives Antón[10]. A escolha deste referencial teórico se justifica pelo fato de que, ainda que haja alguns fins em comum entre o modelo de concurso de agentes previsto pelo Projeto e o sustentado no escopo na concepção significativa da ação[11], eles almejam alcançá-los por caminhos totalmente opostos, quais sejam: uma tentativa – a nosso ver, inidônea – de elaboração de um conceito extremamente amplo de autor, que alcance todas as possíveis hipóteses enquadráveis no caso – tal como empregada pelo Projeto –; e a adoção de um conceito estrito, de base objetivo-formal, mas que remeta a definição e consequente distinção entre a autoria e a participação à análise do caso concreto e do tipo penal em questão – tal como sustentada pela concepção significativa. Em sendo assim, a partir da interpretação feita do modelo espanhol sob a ótica deste paradigma teórico,

8. Claus Roxin desenvolveu sua teoria do domínio da vontade por aparatos organizados de poder para aqueles casos em que o sujeito detrás tem a sua disposição todo um maquinário com o qual pode cometer seus crimes sem ter delegá-los à decisão autônoma de um executor. O fundamento principal do domínio nestes casos, segundo o autor, reside na fungibilidade do executor, que se mostra como uma mera engrenagem na estrutura. Conferir com detalhes em: ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Zehnte Auflage. Berlin: de Gruyter, 2019. DOI: [https://doi.org/10.1515/9783110625950], p. 269 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – parte general: Tomo II: especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1ª ed. Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.) et al. Navarra: Aranzadi, 2014. t. II – Especiales formas de aparición del delito, p. 111 e ss.

9. Neste sentido, por todos: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., passim; SANTOS, Juarez Cirino dos. A reforma penal: crítica da disciplina geral do crime. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal* – A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). São Paulo: Atlas, 2015. p. 37-54, esp. p. 50-52.

10. Exposta resumidamente em: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 484-496.

11. Essa identidade é observada, a nosso ver, ao menos em dois pontos: primeiramente, no ideal comum de redução das lacunas de punibilidade, que nos parece ser algo visado por quaisquer teorias relativas ao concurso de agentes. Ademais, conforme demonstraremos, ainda que o Projeto mantenha uma concepção monista de autoria no *caput* do artigo 38, as hercúleas tentativas de diferenciação entre as modalidades de autoria e a participação empregadas nos subsequentes parágrafos sinalizam um reconhecimento da existência de diferentes formas e intensidades de intervenção em um ilícito, que quiçá deverão ser distintamente valoradas no âmbito da reprimenda penal – algo que é expressamente sustentado pela concepção significativa.

espera-se colaborar com as reflexões doutrinárias a respeito das (des)vantagens político-criminais e dogmáticas da manutenção de um conceito monista de autoria no Brasil, bem como da busca por um "supraconceito" de autor[12].

Para tanto, realizaremos inicialmente um breve estudo de aproximação entre os modelos de concurso de agentes previstos no ordenamento jurídico-penal brasileiro e pelos artigos 27 e ss. do Código Penal espanhol. Ainda que sem pretensão de exaustividade desta metodologia, nos utilizaremos, como método auxiliar neste tópico específico, de alguns aportes da metodologia comparada, vez que identificado o problema comum – concurso de agentes e a eventual diferenciação entre autores e partícipes –, analisaremos dois específicos sistemas jurídicos – brasileiro (vigente e proposto pelo PLS 236/12) e espanhol – a fim de, depois de uma profunda análise da legislação e doutrina na matéria, identificarmos suas confluências, suas incompatibilidades e seus possíveis pontos positivos e negativos[13].

No tópico subsequente, investigaremos qual é a possível interpretação a ser feita do sistema espanhol de autoria e participação com fundamento na teoria significativa da ação. Traçadas as premissas gerais consubstanciadas nestas considerações, buscaremos aferir, no tópico derradeiro, a partir de uma metodologia dedutiva, quais são os eventuais aproveitamentos da concepção significativa da ação para o ordenamento jurídico

12. Em ocasiões pretéritas, já tivemos a oportunidade de discorrer a respeito dos potenciais benefícios da adoção da concepção significativa da ação, especialmente no plano da diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente. Para maiores detalhes, conferir em: JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Da delimitação do dolo eventual nos crimes de receptação: uma análise do art. 231º, n. 2, do Código Penal Português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 194 e ss., out. 2018; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 19, n. 30, p. 347 e ss., ago.-dez. 2015. DOI: [http://dx.doi.org/10.22171/rej.v19i30.2018]. Não podemos deixar de mencionar, porém, que existe respeitável parcela da doutrina que, de maneira muito bem fundamentada, enfrenta de maneira crítica a relação "teoria do delito" e "filosofia da linguagem". Por todos, conferir: MOURA, Bruno de Oliveira. Regras de conduta e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 101-102, out.-dez. 2019.

13. Vale salientar que não há apenas um "método comparativo", mas, sim, diversas escolas conflitantes que podem ser complementares ou até mesmo opostas entre si. Por estas razões, somadas ao fato de que, aquém de uma análise contextual, histórica e até mesmo jurisprudencial desta matéria, nos limitaremos a estudar a legislação e a doutrina brasileira e espanhola sobre concurso de pessoas, para as analisarmos a partir do viés da concepção significativa, evitamos afirmar que uma das metodologias comparativas foram fielmente empregadas no caso. Para um estudo destas escolas e de suas divergências, conferir em: KISCHEL, Uwe. *Comparative Law.* Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 87 e ss.; VAN HOECKE, Mark. Methodology of comparative legal research. *Law and Method,* n. 12, dez. 2015. DOI: 10.5553/REM/0,000010. Passim; DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito* – UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, set.-dez. 2016, p. 196 e ss. DOI: [http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v61i3.46620].

brasileiro em matéria de concurso de agentes, bem como teceremos algumas considerações críticas ao modelo proposto pelo Projeto de Novo Código Penal.

Muito mais, porém, do que propor eventuais interpretações alternativas do modelo previsto pelo Projeto – o qual, inclusive, cada vez levanta mais dúvidas sobre se um dia virá a ser de fato aprovado –, almeja-se, com o presente artigo, colaborar com as reflexões doutrinárias atinentes à matéria do concurso de agentes, demonstrando, a partir da concepção significativa da ação, que, quiçá, a falta de sucesso do legislador reformista no enfrentamento da temática seja fruto da sua busca por um objetivo que é inalcançável, qual seja, o de elaborar um "supraconceito" único de autor.

2. Autoria e participação nos vigentes ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol

Antes de adentrarmos na análise do Projeto de Lei do Senado 236/2012, que é objeto do presente trabalho, e até mesmo de tecermos algumas considerações a respeito da perspectiva da teoria da ação significativa quando aplicada ao escopo do concurso de agentes, cumpre realizarmos alguns esclarecimentos conceituais e classificatórios que nos permitirão a realização de um estudo de aproximação entre os modelos hodiernamente vigentes no Brasil e na Espanha em matéria de autoria e participação.

Há que se destacar, de início, que a realização de um fato subjacente ao preenchimento de um tipo penal pode ser levada a cabo, geralmente, por um único agente ou por uma pluralidade, hipótese na qual o presente trabalho se debruça, e que podemos denominar "concurso de pessoas".

É certo que, em algumas situações, a pluralidade supramencionada é imperiosa para o preenchimento do tipo penal, uma vez que a ação típica somente pode ser cometida mediante a concorrência de vários agentes, casos conhecidos como de "concurso necessário" ou "plurissubjetivos", dos quais pode ser citado como exemplo o crime de "associação criminosa"[14-15]. À parte destas situações, o escopo aqui investigado se insere nos chamados "crimes unissubjetivos", hipóteses nas quais é viável a configuração da violação da norma por uma só pessoa, ainda que possa haver, no caso concreto, a intervenção de outras, ou um "concurso eventual de agentes"[16].

14. "Associação Criminosa. Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente." (BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 11.06.2020).

15. Neste sentido: GALVÃO, Fernando. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 493; BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1 – Parte geral.

16. GALVÃO, Fernando. Op. cit., p. 493.

Há que se fazer aqui, uma distinção entre as pretensas teorias que buscam, no âmbito do concurso de pessoas, (i) aferir a quantidade de delitos de acordo com o número de agentes que intervêm no fato – em outras palavras, determinar se respondem todos os concorrentes por um só crime ou por uma pluralidade[17] – daquelas que buscam (ii) classificar os respectivos ordenamentos entre aqueles que fazem uma diferenciação entre as formas de autoria e de participação – e de suas consequências no âmbito da responsabilidade – e aqueles que entendem igualmente responsáveis todos os que deram causa à realização do tipo penal[18].

Na primeira classificação, a doutrina tradicional costuma fazer a distinção entre as teorias (I) "unitária", quando o crime permanece único e indivisível, ainda que praticado em concurso; (II) "pluralista", quando à multiplicidade de agentes corresponde uma pluralidade de delitos, visto que cada interveniente pratica um crime próprio; e a (III) "dualística", quando há um crime para os autores e outro para os partícipes[19-20].

Já quanto à segunda classificação, certamente mais relevante para o objeto do presente trabalho, tem-se por sistemas "unitários", "monistas" ou "negativos", aqueles que abstraem de uma diferenciação entre as figuras dos autores e partícipes, enquanto, nos sistemas "dualistas", "diferenciadores" ou "positivos", esta distinção é prevista legalmente, com consequências concretas no âmbito da pena[21]. Para evitar confusões com a primeira classificação, nos referiremos a esta última pelos termos "monista" e "diferenciador".

Aliás, é justamente no escopo desta diferenciação entre autores e partícipes, que diversas propostas doutrinárias foram sendo desenvolvidas, podendo elas ser classificadas,

17. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes* – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 36.

18. Essa distinção é explorada por Beatriz Corrêa Camargo, em: CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas* – Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 67-70; 83-89.

19. Neste sentido, por todos: MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 27. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.v. 1 – Parte geral, arts. 1º a 120 do CP, p. 212.

20. A hodierna reprodução doutrinária desta distinção, dissociada da observação de que, em suas origens, ela visava mais analisar os fundamentos da teoria do concurso de pessoas e responder se haveria a possibilidade de punição, e a que título, "não apenas daquele que comete um homicídio, mas também de quem o auxilia com a arma do crime", é criticada por Beatriz Corrêa Camargo, especialmente em razão da ausência de fundamentação teórico-argumentativa e pela transposição de um problema relacionado à responsabilidade penal, para o campo da técnica de produção normativa adotada pelo legislador. Para a autora, trata-se de "pseudoteorias". Com detalhes, conferir em: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Op. cit., p. 83-89.

21. Neste sentido: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Op. cit., p. 66-70. Utilizando-se da nomenclatura "teorias positivas" e "teorias negativas": GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Compêndio de direito penal brasileiro* – Parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 273.

de maneira geral, em: (I) "teorias subjetivas", que identificam o autor como aquele que quer o fato como próprio, possuindo um *animus auctoris*, enquanto o partícipe age com um *animus socii,* querendo o fato como alheio[22-23]; (II) "teorias objetivo-formais", que definem como autor aquele que realiza a conduta típica inscrita na lei, que executa a ação executiva ou principal[24], e como partícipe aquele que executa outras ações contributivas para o alcance do resultado[25]; (III) "teorias objetivo-materiais", que, tendo em vista subministrar um complemento às concepções objetivo-formais[26], estabelecem a distinção de acordo com o valor substancial de cada contribuição[27], ou seja, afastando-se de qualquer dado anímico ou consideração de ordem subjetiva, busca aferir, *na relevância da contribuição*, a indicação que permita considerar o delito como obra de alguém, que seria o seu autor[28]; e (IV) "teoria do domínio do fato" que, em linhas muito gerais, considera autor aquele que domina o acontecer que conduz à realização do delito, enquanto o partícipe é aquele que, apesar de também exercer influência no acontecer, não o configura de maneira decisiva ou determinante[29].

---

22. Este conceito é dado por Luiz Regis Prado, ao explicar o conceito de autoria. O autor defende, porém, o que ele chama de um conceito "misto", que partiria de um critério objetivo-formal, mas seria complementado por um critério material, representado por um suposto "domínio finalista do fato" atribuível ao agente. Com mais detalhes, conferir em: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal* – Jurisprudência: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2015. p. 214.

23. De maneira crítica a estas teorias, sustenta Stratenwerth que a atitude interior daqueles que intervêm em um fato típico não poderia, jamais, ser o fator exclusivo de definição da tipicidade ou não de determinada ação executiva. Ademais, destaca o perigo de que essa questão acabe por ser decidida na prática forense, com base em fundamentos de "merecimento da pena", ou seja, de que seja considerado autor aquele que tiver praticado "a mais reprovável das condutas". Conferir com detalhes em: STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*. Parte general I: el hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Civitas, 2005. p. 313-314.

24. Este conceito é apresentado por Mirabete, que defende esta concepção, acrescentando a ela tão somente a noção da "autoria mediata", consubstanciada, para o autor, nos casos em que alguém realiza a ação típica mediante outrem que não é imputável ou não age com culpabilidade. Conferir com detalhes em: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 217.

25. Explicando este conceito: BUSATO, Paulo César. *Direito penal...*, cit., p. 675.

26. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal* – parte general. 5. ed. renovada y ampliada. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Colmares, 2002. p. 698.

27. GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 273.

28. Este conceito é apresentado por Mariana Ortiz que, desde já, identifica a vagueza e a imprecisão desta proposta. Conferir com detalhes em: ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011. p. 68-69.

29. É assim ao menos nos chamados delitos de domínio, já que, nos delitos de infração de dever e de própria mão, a determinação do "centro da realização típica" é feita a partir do reconhecimento de quem tenha infringido um dever pessoal específico para o tipo – no primeiro caso – e de quem

No que toca ao ordenamento jurídico espanhol, cumpre destacar que o Código Penal, em seu "Título II", denominado "*De las personas criminalmente responsables de los delitos*", prevê que são responsáveis criminalmente pelos crimes os autores e os cúmplices[30]. Segundo o artigo 28, serão considerados autores aqueles que realizem os fatos por si só, conjuntamente ou mediante outrem que lhe sirva como instrumento, bem como os que induzam diretamente outra pessoa a executá-los, ou que cooperem na sua execução com ato sem o qual ele não teria sido efetuado[31].

O conceito de "cúmplice" é trazido pelo artigo 29, sendo assim considerados aqueles que, apesar de não incluídos nas hipóteses do artigo anterior, tenham cooperado na execução dos fatos com atos anteriores ou simultâneos a eles[32].

Da mera exegese dos artigos supracitados, já é possível observar que o Código Penal espanhol adota um sistema diferenciador entre a autoria e a cumplicidade. Segundo Mir Puig, nos termos do artigo 28, para além dos autores estritamente considerados, o legislador expressamente estende esta consideração a algumas formas especialmente importantes de participação, quais sejam, os indutores e cooperadores necessários, ainda que estes não possuam a "natureza" de autores[33]. É ao que se refere Bacigalupo quando menciona que, a lei, ao dizer que "se consideram autores", gramaticalmente, quer dizer que eles não o são, mas somente são considerados para fins de punibilidade[34]. Para Mir Puig, há que se falar que o Código Penal espanhol emprega dois sentidos ao termo "autor", sendo um em sentido estrito, que coincide com a prática de um fato como sendo próprio e um em sentido mais amplo, que inclui o indutor e o cooperador necessário, ainda que estes tenham natureza de partícipes em fato de outrem[35].

---

realizara de própria mão o tipo, no segundo. Para maiores detalhes sobre essa proposta tripartida de Roxin e de seus requisitos, vide: ROXIN, Claus. *Derecho penal*..., cit., p. 68 e ss.

30. "*Artículo 27. Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.*" (ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Código Penal y legislación complementaria*. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/]. Acesso em: 30.08.2019).

31. "*Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*" (ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Código Penal y legislación complementaria*. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/]. Acesso em: 30.08.2019).

32. "*Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.*" (ESPANHA. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Código Penal y legislación complementaria*. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/]. Acesso em: 30.08.2019).

33. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal – Parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006. p. 369.

34. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal* – Parte general. 2. ed. renovada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 486.

35. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 369.

Apesar da distinta natureza entre eles, destaca Mir Puig que a consideração legal dos cooperadores necessários e dos indutores como autores tem reflexos no âmbito da pena, uma vez que nos termos dos artigos 61 e ss. do Código Penal se encontram no mesmo marco penal os que são autores e os que tão somente serão assim considerados, enquanto os cúmplices já partem de uma pena atenuada[36-37]. Ademais, a punição destes agentes também estaria subordinada ao chamado "princípio da acessoriedade"[38], no sentido de que a participação é acessória ao fato do autor[39].

O Brasil, por sua vez, na versão original do Código de 1940, dispunha, em seu artigo 25, que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas"[40]. Conforme explicava Esther de Figueiredo Ferraz, pautando-se na "teoria da equivalência das condições", prevista no artigo 11[41], o legislador teria abolido a então vigente distinção entre autores e cúmplices, ainda que para a autora esta modificação legal não fosse idônea para extinguir as concretas e reais diferenças entre as várias formas de participação[42]. Segundo Nilo Batista, a coluna de sustentação da posição adotada pelo Código era a de que, uma vez assumida a "teoria da equivalência das condições", não haveria outro caminho que não a parificação aqui explicitada[43].

---

36. "*Artículo 61. Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada. Artículo 62. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Artículo 63. A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito. Artículo 64. Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.*" (ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Código Penal y legislación complementaria*. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/]. Acesso em: 30.08.2019.)

37. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 369.

38. Os respectivos níveis de acessoriedade exigidos para a punição do partícipe serão analisados em pormenor no segundo tópico.

39. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 369; 402-403.

40. "Pena da co-autoria. Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas." (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 10.06.2020.).

41. "Relação de causalidade. Art. 11. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido." (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 10.06.2020.).

42. FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinq*üência no direito penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 4.

43. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 15-16.

Com a reforma da parte geral do Código Penal operada em 1984, a temática do concurso de agentes passou a ser tratada pelo artigo 29, no qual houve também um acréscimo ao texto original, que passou a dispor que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade"[44]. Além disso, a participação de menor importância, que anteriormente era considerada uma atenuante, converteu-se em causa de diminuição da pena[45], passando a ser considerada, ainda, na determinação desta última, a intenção do agente em participar em crime menos grave[46-47].

Apesar destas modificações[48], e principalmente, dos esforços doutrinários e jurisprudenciais no sentido de sustentar uma mitigação ou um "temperamento" deste sistema[49], mediante a proposição de critérios para a distinção entre as diversas formas de participação delitiva, parece-nos ser evidente que, ao menos a nível legislativo, o ordenamento jurídico brasileiro ainda adota um sistema monista (unitário), que abstrai de uma diferenciação entre autores e partícipes[50].

Com isso, queremos dizer que, ainda que sejam possíveis e não necessariamente incompatíveis *a priori,* a nível doutrinário e jurisprudencial, proposições no sentido da diferenciação entre autores e partícipes, a determinação de seus reflexos no âmbito da pena

44. "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade." (BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 – Altera dispositivos do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 10.06.2020).

45. "§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço." (BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 – Altera dispositivos do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 10.06.2020.)

46. "§ 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave." (BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 – Altera dispositivos do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 10.06.2020.)

47. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 25.

48. Sustentamos, em outro momento, a relevância da reforma de 1984 para fins de evolução das discussões atinentes ao concurso de agentes. Neste sentido: JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Estupro coletivo..., cit., p. 155.

49. Neste sentido, por todos: PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 213.

50. Neste ponto, em sentido próximo: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Op. cit., p. 77-83.

acaba ficando ao arbítrio do juiz no caso concreto[51], que o fará aferindo a culpabilidade do agente.

Destas observações, podemos concluir que há entre os sistemas hodiernamente vigentes no Brasil e na Espanha, em matéria de concurso de agentes, diferenças bastante profundas, ao menos no que toca à opção legislativa por uma expressa distinção entre as várias formas de intervenção delitiva – tal como realizada no ordenamento jurídico ibérico – ou pela equiparação valorativa de suas contribuições, relegando ao nível doutrinário e jurisprudencial esta diferenciação, ainda que suas concretas reverberações sejam incertas e casuísticas.

Estas provisionais conclusões poderiam nos fazer questionar os possíveis benefícios de uma investigação que tem como ponto de partida a interpretação doutrinária feita de um sistema jurídico que, ao menos nesta matéria, é bastante distinto do sistema brasileiro.

Contudo, uma vez que o objeto principal deste estudo é um Projeto de Lei, e tendo-se em vista mais ainda que, conforme melhor exploraremos no terceiro tópico, este adota uma concepção totalmente híbrida de concurso de agentes que se por um lado tenta, com pouca técnica, inovar na matéria, por outro, repete constatados equívocos do modelo vigente, parece-nos o momento ideal para, ao menos discutir o sistema monista atualmente em vigor no Brasil, contribuindo, a partir do presente trabalho, com uma leitura alternativa feita do sistema espanhol, e buscando analisar as propostas do projeto por esta nova perspectiva.

Para tanto, analisaremos, assim, no próximo tópico, a interpretação que é feita do sistema espanhol de concurso de agentes a partir da teoria da ação significativa.

3. Autoria e participação na perspectiva da teoria da ação significativa

Conforme explica Paulo Busato, a evolução dos modelos de "teoria do delito" mostrou-se como uma sucessão de tentativas de superação de seus antecessores, buscando sempre solucionar as eventuais deficiências das propostas anteriores, mas sem abandonar a pretensão de verdade generalizante e muito menos a estrutura de formato científico. Contudo, a instrumentalização da dogmática nem sempre se deu no sentido de seus valores iniciais, quais sejam, os da liberdade e da igualdade, sendo muitas vezes utilizada de maneira oposta, como fundamento de políticas criminais discriminatórias[52].

---

51. Explicando especificamente este ponto, segundo o qual a doutrina majoritária no Brasil acaba sendo favorável ao sistema unitário de penas para todos os concorrentes, cuja determinação concreta ficaria ao arbítrio do julgador: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Op. cit., p. 319.

52. BUSATO, Paulo César. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal* – Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 15-63, esp. p. 15-16.

No que se refere ao plano da ação e de seu papel na teoria do crime, propôs-se a esta categoria o cumprimento de algumas funções para fins de aferição da retidão ou não de determinada proposta. Trata-se das funções (I) classificatória – ser um gênero comum do qual derivariam todas as espécies delitivas – (II) de coordenação – ser um substantivo ao qual se adicionam os adjetivos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sem antecipar seu conteúdo – a (III) função de definição – proporcionar o substrato material para as desvalorações provenientes da ilicitude e da culpabilidade – e a (IV) função negativa, que permite a delimitação entre as ações e as que assim não podem ser consideradas[53].

Contudo, uma vez que, em algumas ocasiões, a ação descreve processos puramente neutros, que não podem ser desvalorados nem reprovados, resta prejudicada a chamada função de definição, já que nestes casos, a ação não colaboraria minimamente para a fixação do conteúdo da infração[54]. Além disso, caso entendida sob um viés naturalista, muito dificultoso se mostra também o cumprimento da função de classificação, já que um supraconceito deveria, para tanto, englobar ações comissivas e omissivas, dolosas e culposas[55]. Os próprios encargos de definição e de classificação são também, em alguns casos, contraditórios, já que, se por um lado, para este último, dever-se-ia partir de uma espécie de "sistema pré-jurídico", por outro e a partir disso, acabaria antecipando inexoravelmente o conteúdo material da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade[56].

Por estes óbices, segundo Paulo Busato, o que restou das funções atribuídas ao conceito de ação foi sua função negativa. Contudo, as propostas que intentavam liberar o instituto de sua sobrecarga, acabaram por relegá-lo a um plano secundário da aferição da responsabilidade[57-58].

---

53. Id., p. 24.

54. Vives Antón exemplifica com o crime de falsidade documental, no qual o ato de "colocar tinta no papel" não oferece base alguma para a os juízos de antijuridicidade e culpabilidade. Conferir em: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 123-124.

55. Id., p. 124.

56. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal* – Parte geral. 1. ed. São Paulo: ed. RT, 2007.t. I – questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 253-254.

57. Vide, por exemplo, a proposta de Fabio Roberto D'Avila, de renúncia de um conceito pré-típico de ação, passando a realização típica a ser considerada como a categoria elementar-estrutural da teoria do crime: D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 139, jul.-set. 2014. No mesmo sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 259 e ss.

58. BUSATO, Paulo César. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática*

Assim, com uma tese por ele mesmo definida como "alternativa", Vives Antón propõe, a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein[59], uma concepção de ação como interpretação do comportamento humano, a partir dos distintos tipos de regras sociais. Ela deixaria de ser um substrato de conduta apto a receber um sentido e passaria a ser o próprio sentido atribuível a determinados comportamentos humanos, a partir de um sistema de normas. É feito, desta forma, um giro copernicano na teoria da ação, considerando-a não como o substrato de um sentido, mas, sim, o sentido de um substrato[60].

A partir do exposto, o autor faz a diferença entre ações – que têm um sentido; significam; se interpretam por regras gramaticais – e fatos – que simplesmente acontecem, podem ser descritos ou explicados mediante leis físicas, químicas, biológicas etc.[61].

No que se refere aos interesses do presente trabalho, o essencial das ideias até aqui expostas é que a concepção significativa não soluciona o problema da busca por um supraconceito de ação, mas, sim, o dissolve. Em outras palavras, uma vez que não é viável definir conceitualmente todos os sentidos possíveis, já que não há um significado comum a todos os significados, a busca por um conceito geral de ação é, em verdade, um pseudoproblema, que se prova inadequado[62].

A partir do momento em que passa a ser considerada como uma interpretação do comportamento humano, que é feita com base nas regras de uso dos símbolos nos distintos "jogos de linguagem"[63], a delimitação do que é ou não ação dependerá do caso concreto, identificando aquilo que tem aparência de ação e realizando uma posterior e necessária interpretação do ato[64]. Assim, "não existe um conceito geral de ação, mas tantos conceitos quantos modelos de condutas relevantes"[65].

---

penal – Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 15-63, esp. p. 24-25.

59. Para maiores detalhes, conferir: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. passim.

60. VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 221.

61. Id., ibid. No mesmo sentido: BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1 – Parte geral, p. 240.

62. VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 222.

63. Conferir, com detalhes, em: VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 224 e ss.

64. Cfr. Com detalhes: VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 224-229; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La "concepción significativa de la acción" de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 5, p. 1086 e ss., 2001.

65. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1 – Parte geral, p. 257. Em sentido semelhante, explica Górriz Royo: "*Sentados los inconvenientes metodológicos que un concepto de acción con vocación de generalidad comporta, parece evidente que el propósito de unificar en un solo concepto, todos los sentidos que constituyen acciones o bien todos los procesos valorativos que*

Da mesma forma, também não é possível chegar a um conceito geral de autor a partir da concepção significativa. E isto porque, conforme explica Vives Antón, uma vez que autoria é, em um sentido lógico-gramatical[66], a realização da ação e não há, a partir do paradigma aqui adotado, um supraconceito que a determine, tampouco haverá um conceito geral de quem a realiza[67]. A delimitação desta categoria será feita a partir da interpretação dos diversos verbos típicos, para que se possa aferir quem é a pessoa que realiza o sentido da ação, ou seja, que pratica a conduta correspondente ao significado do comportamento descrito no tipo[68].

Observa-se, desde já, que a presente perspectiva tem como ponto de partida uma concepção objetivo-formal de autoria, ou seja, que a delimita a partir do próprio significado do verbo típico. Esta opção seria totalmente compatível com a previsão do artigo 28 do Código Penal espanhol, uma vez que o legislador define como autores aqueles que realizam o fato[69]. Este verbo "realizar", segundo Carlos Martínez-Buján Pérez, deve ser in-

condicionan la atribución del resultado tiene que desembocar necesariamente en la configuración de categorías con contradicciones internas insalvables." (GÓRRIZ ROYO, Elena M. Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal* – Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 97-124, esp. p. 98.)

66. Conforme explica Martínez-Buján Pérez, apesar de haver diversos sentidos nos quais podemos falar de autoria, o mais básico deles é o lógico (não valorativo), que determina quem leva a cabo o fato definido no tipo penal. Neste sentido: "*No hay nada más básico o nuclear que la realización de la acción típica tal y como esta se describe por el legislador, que es lo que constituye el significado social primario de la conducta humana y sobre el cual podrán después añadirse otras determinaciones de sentido. En suma, solo puede ser autor la persona que lleva a cabo, en todo o en parte, el hecho típico*." (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018.v. 1, p. 421-449, esp. p. 422.)

67. VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 796.

68. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* – Parte general. 5. ed. adaptada a la L.O. 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 489-490.

69. "*Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*." (ESPAÑA. *Código penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 31.08.2019).

terpretado no mesmo sentido que o "executar", previsto no artigo 16 do Código Penal espanhol em matéria de tentativa[70-71].

É importante destacar, porém, que, no mesmo sentido que algumas outras teorias recentes[72], a concepção significativa da autoria tem no conceito objetivo-formal tão somente um ponto de partida, fazendo jus a posteriores critérios delimitadores[73]. Estes critérios, entretanto, não podem ser formulados com caráter geral e de viés material, conforme pretende Díaz y Garcia Conlledo[74]. Segundo Martínez-Buján Pérez, muito embora deva ser reconhecido o esforço da teoria da determinação objetiva do fato em conceber

70. "*Artículo 16. 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*" (ESPAÑA. *Código penal y legislación complementaria.* Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 31.08.2019).

71. Segundo o autor, há uma sobreposição parcial entre a autoria e a tentativa, uma vez que se identificam a "realização do fato" e os "atos executivos em sentido estrito". Por isso, o princípio de execução que dá lugar à tentativa tem o mesmo conteúdo que o "aspecto" e o "controle" típicos da autoria, enquanto "atos preparatórios" e "participação" coincidem em não alcançar o nível de realização ou execução do tipo. Conferir com detalhes em: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018. v. 1, p. 421-449, esp. p. 423-427.

72. Neste sentido, por exemplo, a partir da chamada "teoria da determinação objetiva do fato", tem-se um conceito restritivo de autor, como aquele que realiza o tipo da parte especial. Contudo, a partir desta proposta, mostra-se necessário um critério material para a sua concretização, que seria o "domínio" ou a "determinação" do fato. Com mais detalhes, em: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Alcalá, n. 8, p. 54, 1998/1999.

73. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018. v. 1, p. 421-449, esp. p. 423, nota 7.

74. Para Díaz y García Conlledo, a partir de um conceito restritivo de autor, autoria e realização do tipo devem estar estritamente conectados, visto que autor será aquele que realize a conduta que "mais diretamente realize o tipo correspondente da parte especial, que mais diretamente enfrenta a norma proibitiva ou imperativa contida no mesmo e que consequentemente tenha maior peremptoriedade em ser evitada" (tradução livre do autor). Trata-se da chamada "ação típica nuclear", que é concretizada a partir do critério segundo o qual autor é aquele que, com sua conduta, determina – ou domina – objetiva e positivamente o fato. Neste sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano. *Derecho penal y criminología*, v. 25, n. 76, p. 44-45, 2004.

um conceito restritivo de autor, um critério com base material – tal como o domínio do fato – sempre terá uma margem muito ampla de imprecisão, diante da impossibilidade de redução de todas as ações em uma descrição conceitual abstrata, de caráter geral[75]. Assim, conquanto esta teoria possa eventualmente se mostrar como um critério exegético útil na análise da autoria nos diversos tipos da parte especial não pode ser utilizado *ex ante* na busca de um conceito geral de autor, de maneira anteposta à interpretação dos tipos[76].

De maneira definitiva, assim, para Martínez-Buján Pérez, uma vez se tratando de uma concepção formal, que tem na "realização típica" a ideia reitora de delimitação da autoria, a teoria significativa seria incompatível com qualquer proposta de caráter estritamente material e geral, tal como a do domínio do fato[77-78]. Para Vives Antón, ao contrário de sua intenção manifesta, esta teoria acaba desvirtuando a pergunta referente a quem realizou o fato, a transformando em quem é responsável por ele, se situando, pois, em outro plano[79]. O primeiro autor vai além, e sustenta que se trata de um conceito aberto e frágil de autoria, baseado em uma fórmula demasiadamente vaga, a qual pode ser interpretada de maneira muito ampla – a partir da qual em quase toda ação voluntária existe algum nível de domínio – ou de maneira muito estrita – a partir da qual, o homem quase nunca domina por completo o curso dos acontecimentos. Além disso, os fundamentos político-criminais da busca de um conceito material de autor na Alemanha, segundo ele, jamais existiram na Espanha, já que neste país, sempre foi permitida a atribuição de responsabilidade a título de autor, para algumas pessoas que não o eram[80-81].

---

75. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* – Parte general. 5. ed. adaptada a la L.O. 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 492.

76. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018. v. 1, p. 421-449, esp. p. 442.

77. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría mediata: un estudio a la luz de la concepción significativa del delito (y del CP Español). *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, p. 131-244, 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5246]. Acesso em: 01.09.2019.

78. Em sentido contrário, ainda que sob uma perspectiva da concepção significativa, conferir: GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Compêndio de direito penal brasileiro* – Parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 270-286.

79. VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 796.

80. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018. v. 1, p. 421-449, esp. p. 434, nota 35.

81. Importante destacar, porém, que, apesar disso, a teoria do domínio do fato tem relevante repercussão na doutrina e na jurisprudência espanholas, como muito bem aponta Díaz y García Conlledo em: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La influencia de la teoría de la autoría (en

Cumpre destacar, ainda, que, como consequência da restruturação da teoria do delito derivada da concepção significativa da ação, esta última será objetivamente constituída, não pressupondo qualquer aferição quanto à norma pessoal de conduta. Muito embora esteja presente no tipo de ação uma intenção de executar o fato típico – que não se confunde com resolução delitiva[82] – ela é um elemento definitório que pertence à pretensão de relevância, sendo distinto do dolo, que se encontra na pretensão de ilicitude[83]. A consequência disto é que a presente definição de autor é comum aos delitos dolosos e culposos[84].

No que se refere à participação e a sua distinção para com a autoria, essa é uma imperiosidade em um sistema diferenciador, tal como o espanhol. Conforme explicam Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, dogmaticamente, a participação, por si só, não é nada, sempre dependendo da existência de um autor principal em função do qual o fato é tipificado. Em outras palavras, ainda que indutor e induzido possam merecer a mesma pena, a responsabilidade daquele é dependente de atos por este realizados, de maneira que podemos falar que a autoria é principal, enquanto a participação é acessória[85].

A acessoriedade pode ser analisada sob o viés quantitativo – ou externo – quando nos referimos ao estágio do *iter criminis* que o autor deve ter alcançado, para que se possa falar

especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas. *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, v. 7, n. 76, p. 18-22, jan.-jul. 2011.

82. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018. v. 1, p. 421-449, esp. p. 431.

83. "*No obstante, lo que sí pertenece al tipo de acción de la tentativa es la intención de consumar el hecho típico, puesto que este elemento subjetivo no se identifica con el dolo sino que es un genuino elemento definitorio del propio tipo de acción, que pertenece a la pretensión de relevancia. En efecto, una cosa es el dolo de la tentativa, que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar una parte o la totalidad de los actos ejecutivos, y otra cosa diferente es la intención de consumar el hecho típico, distinción que cobra verdaderamente trascendencia desde la perspectiva de la concepción significativa, en la que el especial elemento subjetivo del tipo (integrado aquí por la resolución de consumar el hecho típico) y el dolo cumplen funciones distintas y se incluyen en niveles sistemáticos diferentes de la teoría del delito: el primero, en la pretensión de relevancia y el segundo, en la pretensión de ilicitud.*" (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría mediata: un estudio a la luz de la concepción significativa del delito (y del CP Español). *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, p. 131-244, 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5246]. Acesso em: 01.09.2019.)

84. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos* – En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S. L., 2018. v. 1, p. 421-449, esp. p. 437.

85. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal* – Parte general. 8. ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 433.

em punição do partícipe. O entendimento majoritário na Espanha é o de que deve se ter alcançado a fase executiva, ou seja, já deve ter chegado ao grau da tentativa de delito. Já quando falamos em acessoriedade qualitativa ou interna, nos referimos a quais elementos do crime devem já ter ocorrido no fato do autor, para que a participação seja punível[86]. Neste plano, podemos destacar a (I) acessoriedade máxima – que exige que o autor tenha realizado uma conduta típica, antijurídica e culpável – a (II) acessoriedade mínima – basta que o fato seja típico – e a (III) acessoriedade limitada – exige um fato típico e antijurídico[87].

Muito embora reconheça-se que a doutrina majoritária espanhola acolhe a chamada acessoriedade limitada[88], inclusive, com propostas a partir da teoria significativa da ação[89], entendemos que a mais compatível com a restruturação da teoria do delito desenvolvida no plano da concepção significativa é a da acessoriedade mínima, excluindo-se, porém, a exigência dos elementos subjetivos do dolo ou da imprudência, razão pela qual falamos em uma acessoriedade mínima objetiva[90].

Por todo o exposto, observa-se que o grande diferencial da concepção significativa da ação em matéria de concurso de agentes diz respeito à sua abstração da busca de um supraconceito de autor, visto que, apesar de partir de uma concepção objetivo-formal de autoria, esta será delimitada a partir da interpretação do respectivo verbo típico no caso concreto, a fim de se constatar quem é aquele que realiza o sentido da ação. É uma perspectiva que abstrai de critérios materiais formulados de maneira geral e *ex ante* para aferir quem é o autor, evitando, assim, as abstrações e imprecisões que deles podem decorrer. O

86. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoría y participación. *Revista de Estudios de la Justicia,* n. 10, p. 43, 2008.

87. Id., p. 43-44.

88. Neste sentido, exemplificadamente: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. cit., p. 44; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 439-440; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* – Parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006. p. 439-440.

89. GÓRRIZ ROYO, Elena M. Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal* – Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 97-124, esp. p. 102 e ss.

90. Neste sentido, explica Carlos Martínez-Buján Pérez que a norma que serve de referência para o castigo da participação é a que reflete a antijuridicidade material, ou seja, a realização de um tipo de ação material ou objetivamente antijurídica, mas sem levar em consideração a infração à norma pessoal de conduta, que está no plano da pretensão de ilicitude. Para o autor, uma concepção objetivo-formal não deve aferir a acessoriedade por um viés valorativo, mas, sim, lógico-gramatical. Assim: "*la participación sólo es lógica o gramaticalmente accesoria frente a la realización de la acción típica. En otras palabras, el criterio de accesoriedad que debe acogerse no es de la accesoriedad limitada […] sino el de la accesoriedad vinculada a un tipo de acción, relevante y ofensivo, o sea, la accesoriedad mínima objetiva.*" (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría, autoría mediata y coautoría a la luz de la concepción significativa del delito. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal* – Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 125-178, esp. p. 135-136.)

uso destas propostas pode ser necessário para a interpretação da conduta concretamente analisada, mas não poderá jamais, desde esta perspectiva, ser um "supracritério".

Trata-se de uma concepção que, a nosso ver, observa o papel da "ação" – e de quem a realiza – como a categoria mais básica da teoria do delito, evitando a transposição para o seu âmbito, de questões atinentes à responsabilidade do agente. Mais ainda, respeita o fato que, apesar de óbvio, muitas vezes é obliterado no cerne das propostas de cunho material, qual seja, o de que autor é, em primeiro plano, aquele que realiza a ação típica.

Observaremos que esta última colocação tem uma especial relevância no plano do Projeto de Novo Código Penal brasileiro, uma vez que, conforme se verá no tópico subsequente, há um hercúleo – e do nosso ponto de vista, inócuo – esforço legislativo para tentar englobar em seus respectivos conceitos, todas as possíveis e imagináveis hipóteses de autoria e de cumplicidade, o qual não apenas é desnecessário, mas também se mostra uma opção político-criminalmente questionável.

4. Do concurso de pessoas no Projeto de Novo Código Penal – PLS 236/12

Conforme restou demonstrado no primeiro tópico, ainda que, com a reforma de 1984, tenha havido uma certa mitigação a esta concepção[91], fato é que o ordenamento jurídico brasileiro adota um modelo monista (unitário) em matéria de concurso de agentes, derivado da teoria da equivalência das condições[92].

Segundo Luís Greco e Alaor Leite, muito embora esta concepção possa, em uma primeira análise, mostrar-se vantajosa em alguns aspectos, tal como na eliminação de lacunas de punibilidade neste âmbito, o seu único verdadeiro benefício é a simplicidade que lhe acompanha, uma vez que dispensa todo um esforço analítico e dogmático

91. Exemplificativas, neste sentido, são as lições de Francisco de Assis Toledo que, ao comentar a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, menciona a adoção sem reservas do princípio da culpabilidade e de suas devidas reverberações, entre as quais, a diversificação no tratamento dos partícipes em matéria de concurso de pessoas. Conferir com detalhes em: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal* – De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70-71.

92. Neste sentido, explicava Heleno Fragoso, previamente à reforma de 1984: "A questão do concurso de agentes constitui difícil e complexa matéria, que nosso vigente CP procurou resolver com simplicidade, inspirado no código italiano. Adotou-se um *conceito extensivo de autor*, com base na teoria da equivalência dos antecedentes. Todos quantos concorrem para o crime são *autores*, estando em princípio, submetidos à mesma escala penal." (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II – Arts. 11 a 27, p. 624.)

necessário para a distinção entre a autoria e a participação, relegando suas consequências práticas tão somente para o plano da determinação judicial da pena[93].

Contudo, as vantagens dessa simplificação são suprimidas pela grande quantidade de problemas derivados desta concepção, dos quais destacamos a indiscutível "unificação a fórceps"[94] de situações materialmente distintas, gerando problemas de igualdade e de culpabilidade[95], bem como o desprezo ao princípio da legalidade na aferição dos concretos tipos penais, já que uma infinidade de condutas distintas entre si seriam aptas a dar causa ao resultado concreto, ainda que totalmente dissociadas do verbo típico em questão (*e.g.*, emprestar a arma, como conduta de matar alguém)[96-97].

---

93. Para os autores, todas as demais vantagens são meramente aparentes e acabam sendo infirmadas em uma análise mais detida. É o caso, por exemplo, dos problemas de fragmentariedade penal que o conceito monista (unitário) enseja, ao considerar como autores todos aqueles que derem causa ao resultado típico. Conferir em: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador: autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 18-22, mar.-abr. 2014.

94. Esta expressão é empregada por Alaor Leite e Luís Greco, conforme consta da nota 96.

95. Neste sentido, exemplificativa é a crítica de Esther de Figueiredo Ferraz à equiparação dos agentes do delito promovida pelo Código Penal de 1940: "Tal equiparação dos agentes do delito imposta *ex vi legis* terá, entretanto, eliminado as diferenças *reais* que distinguem as várias formas de participação? Terá feito desaparecerem as características fundamentais que tornam inconfundíveis as figuras do executor, do autor intelectual, do cooperador necessário, do cúmplice material ou moral? Entendemos que não. Tornada embora obrigatória a parificação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, nos delitos praticados em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar sua contribuição material e os que concorrem com atividade meramente psíquica; os que participam de maneira principal e os que fazem de maneira acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delituosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar. Sobram ao legislador poderes para cancelar da terminologia de um código as expressões tradicionalmente usadas para distinguir as diversas formas de participação, reduzindo-as todas, indistintamente, à autoria. Não lhe é dado, entretanto, suprimir da mesma feita e com o mesmo golpe entidades conceituais, seres de razão e, muito menos, realidades concretas e vivas como são aquelas a que acabamos de nos referir." (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinq*üência no direito penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 4-5).

96. "São várias as pechas atribuídas à concepção unitária e cabe aqui apenas enunciá-las: a) a unificação a fórceps de contribuições material e qualitativamente distintas, rechaçada mesmo na linguagem cotidiana, o que é problemático tanto segundo o *princípio da igualdade, como da culpabilidade*; b) proximidade com o direito penal do autor, decorrente sobretudo de uma aposta, cínica ou ingênua na pouco desenvolvida teoria da determinação judicial da pena; c) a sufocadora *impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa* punível, já que todas as contribuições causais (entregar a arma do autor, cf. acima) são consideradas, de maneira equivalente, como "típicas": d) e, principalmente, a redução a pó dos tipos penais, em desprezo ao *princípio da legalidade*, já que emprestar a arma seria ação típica de "matar alguém" (art. 121 CP) tanto quanto efetuar com as próprias mãos disparos mortais." (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 21-22).

Diante destas limitações dos sistemas monistas, o momento de tramitação legislativa de um Projeto de Novo Código Penal seria o ideal para que houvesse um amplo debate acerca da manutenção ou não deste modelo e, em caso de opção por um novo, que a escolha fosse feita levando em conta as circunstâncias supracitadas, que já foram amplamente expostas pela doutrina desde a aprovação do Código Penal de 1940 e da reforma de 1984. Todavia, conforme destacam Luís Greco e Alaor Leite, não apenas todos os problemas supramencionados foram desconsiderados pelo Projeto de Lei do Senado 236/12 em matéria de concurso de pessoas, como ainda fora sacrificada a única possível vantagem de um sistema monista de autoria, que seria a sua pretensa simplicidade[98].

Explicando melhor essa ideia, observa-se, da exegese do artigo 38 do PLS 236/12, a manutenção da regra de que todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas por ele cominadas, na medida de sua culpabilidade[99]. Tem-se assim, ao menos no *caput,* a preservação do conceito unitário (monista) de autor. Simultaneamente a esta regra geral, porém, o legislador faz uma posterior e dificultosa delimitação de quem deve ser entendido como autor e partícipe, classificação esta que, apesar de ser adequada em sistemas diferenciadores, é bastante questionável perante a adoção do conceito monista do *caput*[100].

Para Juarez Cirino dos Santos, em matéria de concurso de pessoas, o Projeto peca não apenas por essa tentativa falha de junção entre o velho e o novo, mas principalmente pelo latente hibridismo teórico, já que adota a teoria unitária no *caput*; a objetivo-formal no artigo 38, § 1º, I, alínea *a*; a subjetiva, na alínea *b*; e ainda a teoria do domínio do fato, nos incisos I e II, do § 1º. Essa mescla, segundo o autor, explicaria a incoerência do Projeto nesta matéria, bem como os problemas dogmáticos e político-criminais dele decorrentes[101].

Não bastassem os já demonstrados problemas das concepções monistas, das quais o modelo do Projeto em análise é um expoente, bem como a dispensabilidade de uma diferenciação entre autores e partícipes em tais sistemas, de acordo com o que sustentamos no segundo tópico do presente trabalho, a própria busca por um supraconceito de autor, que englobe todas as possíveis configurações concretas dos tipos penais, é fadada ao fracasso.

97. Também criticamente aos sistemas monistas/unitários (ainda que em análise específica do ordenamento jurídico alemão), Jakobs explica que, entre outros motivos, esta solução representa uma "ampliação linguisticamente forçada dos conceitos" descritos na parte especial do Código Penal, além de ter como possível consequência uma ampliação da punibilidade de alguns casos de atos preparatórios. Conferir com detalhes em: JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 719-721.

98. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 23.

99. Vide nota 1.

100. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 26.

101. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 50.

A partir do paradigma da concepção significativa aqui sustentado, não é possível um conceito geral de ação que englobe todos os sentidos possíveis de condutas humanas e, consequentemente, tampouco de quem as realize. Em outras palavras, a definição de quem é ou não autor dependerá dos concretos tipos penais, restando prejudicada qualquer tentativa de definição prévia, de caráter geral.

Talvez até mesmo como um reflexo desta impossibilidade – a qual, por certo, não fora identificada pelo legislador – e numa incessante busca pela supressão de eventuais lacunas de punibilidade – como se elas fossem possíveis, diante da previsão do *caput* – é que o legislador adotou um conceito extremamente amplo de autoria, tentando, ainda, enumerar todas as possíveis configurações de conduta que, em seu entender, deveriam ser consideradas como de autores ou coautores.

O artigo 38, § 1º, I, *a*, ao considerar como autores ou coautores aqueles que "executam o fato realizando os elementos do tipo", parece partir de uma concepção restritiva de autoria, muito próxima à do artigo 28 do Código Penal espanhol. A supramencionada abrangência fica evidente, porém, nas alíneas posteriores, na previsão de extensivas possibilidades de coautoria – "mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo" – e de autoria mediata – "dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime" e "dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder".

Para além da adoção de uma amplíssima concepção de autoria, bem como de algumas imprecisões técnicas, tais como apontadas por Luís Greco e Alaor Leite[102], é bastante questionável a adoção legislativa de um instrumento dogmático deveras controvertido, tal como o domínio da vontade mediante aparatos organizados de poder, ainda mais sem a expressa menção dos critérios doutrinariamente definidos para sua aplicação, o que pode acabar por permitir sua utilização em casos para os quais não fora desenvolvido, tais como os de criminalidade empresarial[103].

Importante salientar que, diante do conceito extremamente amplo de autoria previsto pelo Projeto, queda muito pouco para o plano da participação. Conforme sustentam os autores supracitados, diante da previsão do *caput* do artigo 38, faria sentido a definição da participação tão somente se se almejasse a incorporação de contribuições não causais, o que ampliaria ainda mais o espectro de atuações penalmente relevantes. Contudo, o que o legislador faz, segundo os autores, é tão somente reafirmar a previsão do *caput,* tratando de condutas que já naquele momento encontravam-se englobadas na expressão "quem, de qualquer modo concorre para o crime". Além disso, no § 4º do artigo em comento, são previstas causas de aumento de pena para os casos de coautoria,

102. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 27-29.

103. Id., p. 29-30.

sendo estas totalmente dissociadas da prévia distinção entre autores e partícipes, fazendo-se questionar o porquê da diferenciação[104].

Sob o paradigma aqui adotado, da concepção significativa da ação aplicada ao concurso de agentes, parece-nos salutar a diferenciação entre autores e partícipes, opção esta que fora sinalizada pelo reformador de 2012. Contudo, a manutenção no artigo 38 do PLS 236/12, da literalidade do *caput* do vigente artigo 29 do CP, prenuncia a intenção de fazê-la sem abandonar as conveniências político-criminais dos sistemas monistas, o que acaba por tornar contraditória e até mesmo sem sentido a distinção supracitada.

Não bastasse isso, o próprio conceito de "autoria" adotado nos parece muito questionável. Consoante tivemos a oportunidade de expor, há uma incontestável variedade de concretas ações derivadas de cada tipo penal, bem como um ainda mais amplo rol de formas pelas quais elas podem ser realizadas, sendo pouco factível um "supraconceito" de autor que, de maneira satisfatória, englobe todas as hipóteses pretendidas.

Contudo, pretendeu o legislador reformista encarar este árduo desafio, o fazendo, porém, a nosso ver, mediante o uso de um conceito demasiadamente amplo e aberto de autor, tornando-o susceptível, inclusive, a manipulações extensivas nos casos concretos, tais como observado na generalidade das concepções objetivo-materiais. Há que se falar até mesmo, no caso do Projeto, de uma confusão entre os planos da ação e da responsabilidade, uma vez que abandonada a ideia reitora de que a autoria, em seu sentido mais básico e lógico-gramatical, é a realização do fato típico, acaba-se por entrar em alguns momentos no plano da ofensividade.

Essa confusão de planos parece-nos ainda mais evidente no enfrentamento da matéria pelo Substitutivo ao PLS 236/12[105], que insere, no âmbito da autoria, considerações

104. Neste sentido, explicam os autores: "Ao menos nesse momento, um reformador mais ilustrado poderia utilizar as distinções introduzidas e avaliar o conteúdo de injusto de cada forma de intervenção do delito. Ainda que elas fossem todas típicas e abarcadas pelo *caput* do art. 38 do Projeto (atual art. 29, *caput,* do CP), seria possível hierarquizá-las, distinguir formas mais e menos graves, o que reverteria na medida da pena de cada interveniente. Esse fato merece destaque, pois, a partir do momento em que várias formas de intervenção no delito são distinguidas umas das outras, o natural seria prever *causas de diminuição de pena* para determinadas contribuições, como a mera cumplicidade. Nosso reformador considerou, no entanto, mais relevante dar destaque ao aumento de pena de contribuições por ele consideradas mais graves, reservando a diminuição (facultativa) de pena para os casos de "concorrência de menor importância" (§ 3º do art. 38), tal como faz o Código atual." (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 30-32).

105. "Concurso de pessoas. Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Consideram-se: 1 – coautores, aqueles que: a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas; b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico; c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico. II – partícipes aqueles que: a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer modo, para o crime; ou b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem. Concorrência de menor importância. § 2º Se a concorrência for de menor importância, a

referentes à ofensa ao bem jurídico. Ora, ainda que no escopo da "pretensão de relevância", relacionada à concorrência de um "tipo de ação", sejam inseridas não apenas uma "pretensão de inteligibilidade" – no sentido de que os movimentos corporais realizados sejam aqueles efetivamente compreendidos na ação tipificada –, mas também "uma pretensão de ofensividade", no sentido de que somente são relevantes as ações que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico protegido[106], isso não implica na necessidade ou até mesmo na conveniência político-criminal da invocação expressa deste último critério na conceituação da autoria e da participação, uma vez que essa pretensão deverá ser aferida, de uma forma ou de outra, no caso concreto, a partir da interpretação do sentido da conduta em função do tipo[107].

Ademais, conforme já tivemos a oportunidade de discorrer ao longo deste estudo, o emprego de critérios materiais para a distinção entre autores e partícipes pode ensejar, a depender do caso concreto, um elevado nível de imprecisão, não sendo assim conveniente a sua definição com caráter de generalidade, ainda que estes possam vir a ser úteis em eventuais hipóteses.

Desta feita, parece-nos que, nesta matéria, o texto proposto pelo PLS 236/12 faz um uso hiperbólico de construções doutrinárias, numa clara tentativa de ampliar as hipóteses emolduráveis no conceito de autoria, acabando não apenas por incorrer em algumas imprecisões técnicas, como ainda tem como resultado um tipo muito complexo e de baixa reverberação concreta, diante da literalidade do seu *caput*.

Não obstante, o inegável esforço do legislador neste sentido, uma vez que se mostra muito pouco palpável um conceito de autoria amplo o suficiente para enquadrar todas as

---

pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. Causas de aumento. § 3º A pena será aumentada de um sexto a dois terços, sem prejuízo do parágrafo único do art. 31 deste Código, em relação ao agente que: I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage outrem à execução material do crime; III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou IV – executa o crime e nele participa mediante paga ou promessa de recompensa. Circunstâncias incomunicáveis. Art. 36. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo se elementares do crime e forem do conhecimento dos concorrentes. Execução não iniciada. Art. 37. O ajuste, o mandado, o induzimento, a determinação, a instigação ou o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se a execução do crime não é iniciada." (COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL. Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, Relator Pedro Tasques. 17 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516810&ts=1586469323634&disposition=inline]. Acesso em: 11.06.2020).

106. VIVÉS ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 491.

107. Ainda que a partir de paradigma distinto do aqui adotado, mas também criticando a inclusão da "ofensa ao bem jurídico" no plano da autoria, Luís Greco e Alaor Leite explicam que "o substitutivo ignora que autoria é, antes do que a lesão de um bem jurídico, realização do tipo. Aqui persiste a confusão entre *ratio* e pressuposto de incidência..." (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 36).

hipóteses pretendidas, soa-nos como uma alternativa mais adequada a aproximação ao modelo espanhol, o qual, apesar da adoção de um conceito estrito de autor, se interpretado pela perspectiva aqui sustentada, viabiliza a remessa da delimitação entre a autoria e a participação para o tipo penal e a hipótese fática nele subsumível, permitindo, assim, a apreciação das particularidades do caso, sem o emprego de critérios amplos e imprecisos.

5. Considerações finais

Conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, as questões relacionadas ao concurso de pessoas ganharam novos contornos na recente doutrina nacional, especialmente depois do julgamento da Ação Penal 470 pelo STF, a partir da qual foram restauradas as discussões sobre a já vetusta teoria do domínio do fato, seus requisitos e eventuais aproveitamentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Foi neste ambiente temporal de intensos debates doutrinários a respeito desta proposta e de sua compatibilidade para com o sistema brasileiro previsto pelo artigo 29 do CP, que o Projeto de Lei do Senado 236/12 ganhou forma, apresentando, na específica temática da autoria e participação, um texto com profundas modificações em relação ao modelo vigente.

Pudemos constatar, porém, na presente investigação, que se por um lado o legislador reformista intentou não apenas incorporar ao texto legal a mencionada teoria do domínio do fato e, especialmente, a ideia do domínio mediante aparatos organizados de poder, mas também propor um sistema que efetivamente diferenciasse as diversas formas de autoria e participação, ele o fez sem abandonar a literalidade do atualmente vigente *caput* do artigo 29, que equipara os agentes do delito e reduz, consequentemente, a relevância da árdua diferenciação empregada pelo reformista.

Ademais, a tentativa de englobar, em um único conceito de "autor", todas as possíveis configurações de concorrência – mediata ou imediata – para o crime, que assim devam ser consideradas, não apenas parece-nos ser de resultado pouco factível na prática, como ainda dá ensejo a conceitos extremamente amplos e vagos de "autoria" e de "participação", tais como os previstos nos artigos 38 do PLS 236/12 e 35 do Substitutivo.

Desta feita, a primeira conclusão à qual podemos chegar é que, caso o legislador brasileiro opte por um sistema diferenciador, predileção esta que, a nosso juízo, seria mais atenta às diferenças concretas entre as várias formas de contribuição delitiva, ele deve fazê-lo com o abandono da malfadada previsão do *caput* do vigente artigo 29, passando a prever, por sua vez, os diversos marcos penais para cada uma das intervenções delitivas.

Além disso, não se pode perder de vista que a autoria é uma das esferas mais básicas da teoria do delito, que busca, no seu plano lógico-gramatical, definir quem é que realizara a ação típica. Deve, assim, haver especial cuidado para, na definição dos critérios para diferenciação entre autores e partícipes, não serem incorporados elementos subjetivos ou, ainda que objetivos, derivados do plano da ofensividade ou da ilicitude.

Neste aspecto, buscamos demonstrar por uma análise do sistema espanhol, a partir da concepção significativa da ação, a possibilidade de uma leitura restritiva da autoria e que tenha como ponto de partida uma concepção objetivo-formal, mas que não necessariamente implique em demasiadas lacunas de punibilidade e, mais ainda, que não demande a incorporação de critérios genéricos e de caráter material.

Com o aqui sustentado abandono da busca por um "supraconceito" de ação e a consideração de que sua determinação dependerá da interpretação da conduta a ser realizada no caso concreto, a aferição de quem poderá ser considerado "autor" também dependerá da interpretação do verbo típico em questão, a fim de constatar quem efetivamente realizara o sentido da ação, ou seja, quem praticara a conduta que corresponde ao significado do comportamento típico. Tem-se, assim, que, a partir um conceito de autor bastante simples e lógico – que considera como tal aquele que realizara a ação por si só, conjuntamente ou mediante alguém que lhe servira de instrumento –, mostra-se possível a consideração das particularidades de cada caso, sem fazer uso de um conceito extensivo de autor.

Por todo o exposto, ainda que depois do fervor do julgamento do "mensalão", o concurso de agentes tenha saído um pouco "dos holofotes" da doutrina jurídico-penal nacional, acreditamos que as necessárias discussões relativas ao modelo brasileiro tendam a retomar destaque em razão da crescente criminalidade econômico-empresarial e organizada, razão pela qual parecem-nos urgentes e cruciais os questionamentos não apenas do vigente sistema monista brasileiro, mas, principalmente, do proposto pelo Projeto de Novo Código Penal, cuja aprovação poderá representar não apenas a manutenção dos principais óbices do modelo hodierno, mas também a incorporação de novos e desnecessários problemas neste já controverso escopo.

6. Referências

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. renovada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes:* uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (versão original). Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 10.06.2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 11.06.2020.

BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984 – Altera dispositivos do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 10.06.2020.

BUSATO, Paulo César. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal:* actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal* São Paulo: Atlas, 2017. v. 1 – Parte geral.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas*: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL. Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal brasileiro: Relator Pedro Tasques. 17 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516810&ts=1586469323634&disposition=inline]. Acesso em: 11.06.2020.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 135-163, jul.-set. 2014.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoría y participación. *Revista de Estudios de la Justicia,* n. 10, p. 13-61, 2008.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano. *Derecho penal y criminología*, v. 25, n. 76, p. 33-66, 2004.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas. *Revista Nuevo Foro Penal,* Medellín, v. 7, n. 76, p. 15-48, jan.-jul. 2011.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set.-dez. 2016. DOI: [http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v61i3.46620].

ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Código Penal y legislación complementaria*. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/]. Acesso em: 30.08.2019.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinq*üência no direito penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal* – parte geral. 1. ed. São Paulo: ed. RT, 2007. t. I – questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Compêndio de direito penal brasileiro* – parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GÓRRIZ ROYO, Elena M. Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal*: actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador: autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 13-46, mar.-abr. 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II – arts. 11 a 27.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – parte general – fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Da delimitação do dolo eventual nos crimes de receptação: uma análise do art. 231º, n. 2, do Código Penal Português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 177-206, out. 2018.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 19, n. 30, p. 333-363, ago.-dez. 2015. DOI: [http://dx.doi.org/10.22171/rej.v19i30.2018].

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Estupro coletivo: possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato? *Revista da Faculdade de Direito da UERJ,* Rio de Janeiro, n. 34, p. 151-170, dez. 2018. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23498]. Acesso em: 11.12.2020.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal* – parte general. 5. ed. renovada y ampliada. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

KISCHEL, Uwe. *Comparative Law.* Oxford: Oxford University Press, 2019.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 47-90, jan.-fev. 2014.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Alcalá, n. 8, p. 53-88, 1998-1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría, autoría mediata y coautoría a la luz de la concepción significativa del delito. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Coord.). *Lenguaje y dogmática penal:* actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría mediata: un estudio a la luz de la concepción significativa del delito (y del CP Español). *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, p. 131-244, 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5246]. Acesso em: 01.09.2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP Español). In: SUAREZ LÓPEZ, José María et al. (Dir.). *Estudios jurídico penales y criminológicos*: en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. v. 1, p. 421-449.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* – parte general. 5. ed., adaptada a la L.O. 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La "concepción significativa de la acción" de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* n. 5, p. 1075-1104, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 27. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1 – parte geral, arts. 1º a 120 do CP.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* – parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MOURA, Bruno de Oliveira. Regras de conduta e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 81-106, out.-dez. 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal* – parte general. 8. ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal* – Jurisprudência: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – parte general. Traducción de la 1ª ed. Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.) et al. Navarra: Aranzadi, 2014. t. II – Especiales formas de aparición del delito.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Zehnte Auflage. Berlin: de Gruyter, 2019. DOI: [https://doi.org/10.1515/9783110625950].

SANTOS, Juarez Cirino dos. A reforma penal: crítica da disciplina geral do crime. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal* – A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). São Paulo: Atlas, 2015.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado 236, de 2012: anteprojeto de Código Penal. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 01.09.2019.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal* – Parte general I: el hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Civitas, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, TP, j. 17.12.2012. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494]. Acesso em: 10.09.2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal* – De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VAN HOECKE, Mark. Methodology of comparative legal research. *Law and Method*, n. 12, dez. 2015. DOI: [10.5553/REM/0,000010].

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Associação criminosa - Crime organizado (Lei 12.850/2013), de Luiz Regis Prado – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 e *RT* 938/241-297 (DTR\2013\10480);
- A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, de Damásio E. de Jesus – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 e *RBCCrim* 27/103-116 (DTR\1999\286); e
- Direito Penal e filosofia da linguagem: uma aproximação concreta, de Pedro Augusto Simões Da Conceição – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1 e *RBCCrim* 108/91-25 (DTR\2014\9547).

Fluxo Comum

Direito Penal

Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores

About the criminalization of the "ICMS" debt: the rights and wrongs of the Brazilian Superior Courts

Assista agora aos comentários do autor para este artigo



Raul Marques Linhares

Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito Público pela mesma instituição (2017). Especialista em Direito Tributário pela Estácio de Sá (2020). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS (2015). Advogado criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8294267921609931].
ORCID: 0000-0002-1035-6962
raul@ritterlinhares.com.br

Recebido em: 12.02.2020
Aprovado em: 19.01.2021
Última versão do autor: 24.01.2021

Áreas do Direito: Penal; Tributário

Resumo: Entre tantos pontos de divergência doutrinária e judicial a respeito do Direito Penal Tributário, atualmente recebe destaque a problemática envolvendo o âmbito de aplicação do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, tipo penal que criminaliza a conduta de *apropriação indébita tributária*, especificamente em relação à sua (in)aplicabilidade ao caso de inadimplemento de tributo próprio com ônus financeiro repassado a terceiro (geralmente, o que ocorre com o ICMS). Examinada a matéria recentemente pelo STJ (no ano de 2018 – HC 399.109) e pelo STF (no ano de 2019 – RHC 163.334), prevaleceu o entendimento favorável a essa aplicação, não sem a adoção de entendimentos divergentes por alguns dos membros de ambas as cortes. Diante da complexidade do tema e das graves repercussões do entendimento adotado por maioria nas Cortes

Abstract: Among many doctrinal and judicial divergent points about criminal tax law, currently the issue involving the scope of application of article 2, item II, of Law 8,137/90 is highlighted, a legal description that criminalizes the conduct of *tax misappropriation*, specifically in relation to its (in)applicability to the case of default of own tax with financial burden passed on to a third party (generally, as with ICMS). Recently examined by the STJ (in 2018 – HC 399,109) and by the STF (in 2019 – RHC 163,334), a favorable understanding of this application prevailed, not without the adoption of divergent understandings by some of the members of both Brazilian Courts. In view of the complexity of the topic and the serious repercussions of the understanding adopted by the majority members in the Superior Courts, the aim of this paper is to contribute to

Linhares, Raul Marques. Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 249-286. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

Superiores, objetiva-se, com o presente escrito, contribuir para a construção de uma teoria sólida a respeito da temática, que promova uma adequada conjugação dos conhecimentos de Direito Tributário com aqueles de Direito Penal. Para tanto, utiliza-se de pesquisa eminentemente bibliográfica, conjugada, quando pertinente, à pesquisa de julgados e de instrumentos normativos.

Palavras-chave: Direito penal tributário – Criminalização da dívida – Tributos indiretos – ICMS – Inconstitucionalidade.

the construction of a solid theory on the subject, which promotes an appropriate combination of knowledge on Tax Law with those on Criminal Law. Therefore, it uses eminently bibliographic research, combined, when pertinent, with the research for judicial decisions and normative instruments.

Keywords: Criminal tax law – Debt criminalization – Indirect taxes – *ICMS* – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Elementos de direito tributário pressupostos à compreensão da problemática. 2.1. Sujeição passiva e responsabilidade tributária. 2.2. Retenção na fonte. 2.3. A distinção entre tributos diretos e indiretos. 3. Elementos de direito penal tributário. 3.1. Apresentação do "problema típico". 3.2. Breve histórico legislativo do crime de apropriação indébita tributária. 3.3. As decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 4. Tomada de posição: o acerto e o erro das Cortes Superiores. 4.1. Delimitação formal do tipo penal: o sentido do termo "cobrado". 4.2. Sobre a inconstitucionalidade da criminalização da dívida de "tributo indireto". 4.2.1. Violação ao princípio da legalidade. 4.2.2. Ilicitude da prisão por dívida. 4.2.3. Da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

São diversificados os estudos e as divergências existentes a respeito da aplicação do Direito Penal como mecanismo de tutela em relações provenientes do Direito Tributário. Encontra-se desde a defesa de um Direito Penal Tributário com tamanha legitimidade que, inclusive, deve se organizar de forma autônoma em relação à teoria geral do Direito Penal *comum*;[1] até a defesa da não intervenção penal aos ilícitos tributários, em razão da suficiência da tutela do Direito Administrativo.[2]

Apesar de entendimentos divergentes como esses, o Direito Penal Tributário é uma realidade consolidada no Direito brasileiro, promovendo-se uma relação de intimidade

1. ARROYO ZAPATERO, 1998, p. 1-15; TIEDEMANN, 2010.

2. MACHADO, 2015, p. 313-314.

entre o Direito Penal e o Direito Tributário – relação que, em alguns casos, é de verdadeira dependência.[3]

No âmbito dessa relação, atualmente tem recebido holofotes a figura criminal conhecida como *apropriação indébita tributária*, tipificada no artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90).[4] Doutrina e Judiciário se dividem na interpretação desse tipo penal incriminador, especificamente em relação à amplitude de seu âmbito de aplicação. Em razão de sua expressão típica *tributo descontado*, certo consenso parece haver a respeito da aplicação do tipo penal ao caso de tributo a ser recolhido por meio da técnica de retenção na fonte. É a expressão *tributo cobrado* o elemento típico a dividir entendimentos doutrinários e judiciais.

Dois posicionamentos têm se sobressaído a respeito do significado dessa expressão típica: o de que, em relação à expressão *tributo cobrado*, o tipo penal apenas deva se aplicar ao caso de substituição tributária; e o de que tal expressão tornaria o tipo aplicável, também, ao caso de dívida de tributo próprio, quando fosse o ônus financeiro repassado a terceiro, não representando essa aplicação em prisão por dívida. Essa problemática foi recentemente examinada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, em ambas as Cortes prevalecendo o segundo entendimento – na primeira delas, superando-se um passado de decisões em sentidos opostos, a depender da composição do colegiado.

Portanto, a partir das decisões mais recentes das Cortes Superiores, o inadimplemento de tributo próprio e declarado (no caso concreto, de ICMS) pode representar um fato tipicamente adequado ao mencionado dispositivo da Lei 8.137/90 (no Supremo Tribunal Federal, estabeleceram-se requisitos mais delimitados para o juízo de tipicidade – contumácia e dolo de apropriação –, requisitos que não serão objeto de exame no presente artigo).

Apesar da uniformização de entendimentos em ambas as Cortes Superiores, novos debates sobre a matéria continuam a ser formulados e os antigos não podem ser ignorados, especialmente se considerada a fundo a relevância da matéria – não só para o Direito Penal e o Direito Tributário, mas para a integridade do próprio Estado de Direito. Afinal, quando se questiona a integridade da formulação de um tipo penal, geralmente se está a tratar também

3. Exemplificativamente: "Súmula Vinculante 24/STF – Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo."

4. Na Lei 8.137/90: "Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: [...] II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;" (BRASIL, Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

de segurança jurídica e de direitos fundamentais, princípios inerentes ao Estado de Direito no entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho[5] e Ernesto Benda.[6]

Nesse sentido, Enrique Bacigalupo faz referência, como princípio de um Direito Penal do Estado de Direito, à previsibilidade da ação repressiva pelo cidadão, relacionada ao princípio da legalidade, condicionante inafastável da formulação e interpretação dos tipos penais.[7] Ainda sobre essa relação: "El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad."[8]

Justamente em razão da relevância da matéria, da sua atualidade (concomitante à sua antiguidade) e da complexidade dos institutos a ela relacionados (especialmente de Direito Tributário), com a presente pesquisa se propõe a análise dos temas que condicionam uma adequada compreensão do problema posto, abordando-se também os posicionamentos de maior destaque a seu respeito, objetivando-se o alcance de uma via apropriada para a preservação dos valores penais-tributários básicos em um Estado de Direito. Para tanto, utiliza-se de pesquisa eminentemente bibliográfica, aliada, em pontos específicos, ao exame de decisões judiciais e de instrumentos normativos.

Em um primeiro momento, serão analisadas algumas categorias tributárias envolvidas nesse debate, cuja compreensão é necessária para um adequado entendimento do problema típico (especificamente, o sentido da expressão típica *tributo cobrado*), do posicionamento encontrado na doutrina, e das decisões das Cortes Superiores, temáticas abordadas em um segundo momento.

Por fim, após o exame do entendimento das Cortes Superiores (em defesa da criminalização do não recolhimento de tributo próprio declarado, quando classificado como *tributo indireto*) e do posicionamento contrário encontrado na doutrina, será realizada proposta *intermediária* de solução do problema, reconhecendo-se o acerto das Cortes ao concluir que o tipo penal foi formulado para ser aplicado também aos tributos indiretos, mas admitindo-se o seu erro em não reconhecer a inconstitucionalidade dessa aplicação, o que deve feito por meio de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

2. Elementos de direito tributário pressupostos à compreensão da problemática

2.1. Sujeição passiva e responsabilidade tributária

O Direito, enquanto ciência social, estabelece relações geradoras de direitos e deveres entre as partes às quais endereça os seus mandamentos normativos. A partir disso,

5. CANOTILHO, 2003, p. 256-278.

6. BENDA, 1996, p. 493-509.

7. BACIGALUPO, 2005, p. 104.

8. MIR PUIG, 2016, p. 114.

pode-se afirmar que cada pessoa, no convívio em sociedade, assume uma posição social e que cada posição social é acompanhada de direitos e de deveres que são interdependentes em relação à posição social dos demais indivíduos. No exemplo fornecido por Gabriela Ulas:

> "[...] el rol del taxista (cuyo deber es transportar al pasajero al lugar indicado y quien posee el derecho de cobrar por ello), se interrelaciona con el rol del pasajero (cuyo derecho es ser transportado a donde indique y su obligación es pagar la tarifa correspondiente)."[9-10]

Como não poderia deixar de ser, essa mesma racionalidade se faz presente no Direito Tributário. Ao se estabelecer, normativamente, que determinado indivíduo, por cumprir alguns requisitos, passa a deter o *dever* de pagar uma quantia ao Fisco, também se estabelece ao Fisco o *direito* de receber a quantia no limite em que devida.[11] Essa relação jurídica entre *sujeito passivo*[12] (devedor) e *sujeito ativo*[13] (credor) submete uma parte a realizar alguma prestação a outra; ou seja, sujeita uma das partes a uma *obrigação tributária*.

Em termos jurídico-tributários, afirma-se que, materializada a hipótese de incidência, incide à situação concreta a norma tributária instituidora da relação jurídico-tributária composta do sujeito passivo (devedor, ocupante do polo negativo da relação),

9. ULAS, 2014, p. 10. Essa perspectiva constitui o conceito social de ação em Günther Jakobs. A esse respeito, ver: JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003. p. 39-40.

10. Adverte-se que, sob cada perspectiva, o indivíduo pode possuir um rol de direitos e deveres diferente. Nas palavras da mesma autora: "Si el panadero, además de ello, es contribuyente, y si el taxista además es padre, hijo o esposo, quiere decir que dentro del grupo social cada uno ocupa un espacio multidimensional, es portador de varios roles, es decir, se comunica socialmente de múltiples formas. Y es porque en la sociedad existe multiplicidad de roles" (ULAS, 2014, p. 11).

11. Poder-se-ia conduzir esse raciocínio adiante, apontando-se, por exemplo, o *direito* do contribuinte de exigir do Fisco o respeito aos tantos princípios constitucionais tributários (da capacidade contributiva, da vedação ao confisco, da legalidade etc.), bem como o *dever* do Fisco de respeito a esses princípios.

12. No Código Tributário Nacional: "Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto" (BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

13. No Código Tributário Nacional: "Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento" (BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

possuidor de um dever jurídico tributário em face do sujeito ativo (credor, situado no polo positivo da relação).[14]

Conquanto seja lógico atribuir a condição de devedor (sujeito passivo) àquele que dá causa à materialização da hipótese de incidência (ou seja, que pratica o fato gerador do tributo), nem sempre é o que ocorre. O próprio Código Tributário Nacional excepciona essa logicidade, ao possibilitar a atribuição do encargo tributário a terceiro.[15] No Direito Tributário, assim como ocorre no Direito Privado, admite-se a transferência da responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária.[16]

Desse modo, a condição de sujeito passivo obrigado ao adimplemento da obrigação tributária pode ser atribuída àquele que realiza o fato gerador do tributo, hipótese na qual será chamado de *contribuinte*, assim como pode ser atribuída a indivíduo diverso, chamado de *responsável tributário*.[17]

Em um sentido amplo, a expressão *responsabilidade tributária* pode se referir à situação de submissão de qualquer pessoa ao poder do Fisco de exigir o adimplemento de uma obrigação tributária (inclusive o contribuinte). Em sentido estrito, a legislação tributária se utiliza dessa expressão para se referir ao terceiro que é escolhido para ocupar o polo de sujeito passivo da relação tributária, sem que seja ele o contribuinte (realizador do fato gerador) – contudo, com a condição de que tenha alguma relação com o fato gerador.[18]

Nesse sentido, o responsável tributário pode ser qualquer indivíduo que tenha alguma vinculação com o fato gerador (necessidade expressamente prevista no artigo 128 do Código Tributário Nacional), desde que não seja essa uma relação pessoal e direta; neste último caso, tratar-se-ia do próprio contribuinte.[19] Em síntese, o responsável é um terceiro alheio ao binômio Fisco-contribuinte.[20]

Para facilitar a identificação do responsável tributário, pode-se utilizar de um raciocínio excludente: se alguém for considerado devedor da obrigação tributária, mas não puder ser qualificado como contribuinte, será, então, o responsável.[21] Nesses termos é o

14. BECKER, 1972, p. 486; COÊLHO, 2014, p. 600.

15. No Código Tributário Nacional: "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação" (BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

16. DE CARVALHO, 1969, p. 89; FONROUGE, 1973, p. 98.

17. COÊLHO, 2014, p. 600.

18. MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 148.

19. CARVALHO, 2007, p. 351.

20. AMARO, 2017, p. 333.

21. AMARO, 2017, p. 333.

conceito fornecido por Eduardo Sabbag, ao afirmar que o responsável tributário é aquele que, *não sendo o contribuinte*, é sujeito à obrigação de pagamento em razão de disposição legal.[22] Da mesma forma, a conceituação de Carlos Giuliani Fonrouge, de que responsável é a pessoa obrigada ao cumprimento da prestação tributária em razão de imposição legal, *sem que seja devedora* (*devedor* é a expressão da preferência do autor em detrimento de *contribuinte*) da obrigação.[23]

A responsabilidade tributária pode ser classificada em duas espécies. A primeira delas é a responsabilidade por *transferência*, verificada quando o terceiro é conduzido à condição de sujeito passivo por um fato posterior à ocorrência do fato gerador do tributo e ao nascimento da relação tributária (por exemplo, no caso de sucessão).[24] A segunda modalidade é a responsabilidade tributária por *substituição*,[25] situação na qual a relação tributária nasce já com o terceiro a ocupar o polo passivo da relação (seja apenas ele, seja juntamente com o contribuinte).[26]

Essa medida legislativa de transferência da obrigação de apurar e recolher o tributo a pessoa diversa do contribuinte se justifica especialmente pela facilitação que representa no controle, pelo Fisco, do adimplemento da obrigação tributária[27] – como decorrência de tal objetivo (de atender aos interesses da Administração Tributária no controle do adimplemento dos tributos), Luís Cesar Souza de Queiroz entende que o instituto da substituição tributária é instituído por normas de natureza administrativa.[28]

---

22. SABBAG, 2012, p. 704.

23. FONROUGE, 1973, p. 111.

24. MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 149.

25. Adverte-se para a existência de doutrina a distinguir a figura do substituto tributário da figura do responsável *stricto sensu* (ou seja, responsável e substituto seriam categorias distintas). Entretanto, admite-se a dificuldade dessa tarefa distintiva, inclusive pela falta de técnica do legislador, que se utiliza de ambas as expressões indistintamente. Sobre isso, ver: QUEIROZ, 1999, p. 185-194.

26. COÊLHO, 2014, p. 601 e 608; MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 149.

27. Veja-se os seguintes artigos do Código Tributário Nacional que ilustram a matéria:
"Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis. Parágrafo único. *A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam*" (grifo nosso).
"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso *a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa*, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação" (grifo nosso) (BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

28. QUEIROZ, 1999, p. 199.

Desse modo, o substituto tributário é, por lei, obrigado a apurar o montante do tributo devido por terceiro e a adimplir com esse pagamento, cabendo-lhe previamente reter esse valor ou exigi-lo do contribuinte.[29] Passa a ser o substituto, portanto, o sujeito legalmente responsável por satisfazer a obrigação tributária no lugar do contribuinte.[30]

O próprio conceito corrente de *substituto* transparece essa ideia: "Pessoa que substitui outra, exercendo a mesma função."[31-32] O substituto tributário é alheio à realização do fato imponível, ocupando o lugar que, em regra, seria ocupado pelo seu realizador. Ou seja, ele substitui o realizador do fato imponível.[33]

Para ocupar a posição de substituto tributário, pode-se tanto eleger um indivíduo participante de operações anteriores quanto posteriores ao fato gerador,[34] motivo pelo qual se diferenciam duas modalidades de substituição: *para trás* e *para a frente*.[35]

A substituição para a frente, também chamada de *substituição com antecipação do tributo*,[36] ou *substituição tributária progressiva*,[37] é hipótese de substituição prevista expressamente na Constituição Federal.[38]

Nesse caso, o contribuinte, ao realizar o fato gerador do tributo, deve recolher não só o tributo que lhe compete (como sujeito passivo da obrigação tributária), mas, também,

29. PAULSEN, 2018, p. 166 e 214.

30. DE CARVALHO, 1969, p. 91.

31. SUBSTITUTO. *Caldas Aulete*. Brasil: Lexikon. Disponível em: [www.aulete.com.br/substituto]. Acesso em: 25.01.2020.

32. No mesmo sentido comum do termo: "[...] o substituto *ingressa* na relação jurídica tributária e o substituído (contribuinte) *sai* (é excluído da obrigação tributária). Nenhuma responsabilidade resta para o substituído (contribuinte), de quem o fisco nunca poderá exigir o tributo [...]" (DIFINI, 2008, p. 227).

33. VILLEGAS, 2001, p. 260.

34. DIFINI, 2008, p. 226.

35. Nesse sentido, a Lei Complementar 87/1996: "Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário. § 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam *antecedentes*, concomitantes ou *subsequentes*, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto" (grifo nosso) (BRASIL, Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

36. MACHADO, 2011, p. 387.

37. SABBAG, 2012, p. 711.

38. Na Constituição Federal: "Art. 150 [...] § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido" (BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

antecipadamente, o tributo correspondente às operações que, presumidamente, ocorrerão em momento posterior.[39] Ou seja, recolhe como contribuinte e, no mesmo momento, como substituto.

Essa hipótese de substituição tributária apenas se faz possível pelo uso de presunção da ocorrência do fato gerador e da base de cálculo.[40] Há uma verdadeira "invenção" do fato gerador e da base de cálculo – o único elemento não presuntivo é a alíquota.[41]

Veja-se o exemplo fornecido por Hugo de Brito Machado Segundo, a respeito do recolhimento de ICMS em substituição tributária (designado como *ICMS-ST*):

> "Em relação à cerveja, por exemplo, em vez de o imposto ser exigido, de forma 'não cumulativa', pelo fabricante, pelo distribuidor e pelo vendedor varejista, a cobrança é feita de uma vez só, ao fabricante, que paga o imposto calculado sobre o valor 'presumido' pelo qual a cerveja será vendida, ao final da cadeia, ao consumidor."[42]

Por sua vez, na substituição tributária para trás (ou *substituição regressiva*[43]), ocorre a transferência da responsabilidade pelo pagamento do tributo a operação posterior àquela qualificada como fato gerador da obrigação. Ou seja, ocorrido o fato gerador (por meio da circulação da mercadoria, no caso do ICMS), o tributo apenas será pago em momento futuro, quando da ocorrência de outro ato de circulação da mercadoria – nesse caso, o sujeito da última operação será o responsável tributário pelo pagamento do tributo devido pela operação anterior e, concomitantemente, contribuinte em relação à sua própria operação de circulação de mercadoria.[44]

Em tal caso, conquanto ocorra a incidência do imposto no momento da comercialização, por exemplo, o seu recolhimento é postergado para operação futura.[45] Nas palavras de Antônio Machado Guedes Alcoforado: "Na substituição tributária para trás, em uma cadeia econômica plurifásica, o ICMS incide em uma operação, mas o tributo só será cobrado ou exigido pelo Fisco na operação subsequente."[46-47]

---

39. HARADA, 2019, p. 189.
40. MANEIRA, 2003, p. 56.
41. COÊLHO, 2014, p. 319.
42. MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 293.
43. KFOURI JR., 2012, p. 259.
44. HARADA, 2019, p. 44.
45. KFOURI JR., 2012, p. 262.
46. ALCOFORADO, 2018, p. 1116.
47. Essa modalidade de substituição é conceituada com propriedade em voto proferido pelo Ministro Luiz Fux: "O diferimento é uma substituição tributária para trás, consistindo em mera técnica de tributação, não se confundindo com isenção, imunidade ou não-incidência, uma vez que a incidência resta efetivamente configurada, todavia, o pagamento é postergado. Tem por finalidade funcionar como um mecanismo de recolhimento criado para otimizar a arrecadação e, via

Ilustra-se essa possibilidade com o exemplo fornecido por Eduardo Maneira:

> "[...] nas operações com leite *in natura*, o laticínio, ao pagar ao produtor pelo leite, decotará do preço o valor do imposto que ele, laticínio, irá recolher no futuro em prol do produtor, por substituição, respeitando-se a capacidade econômica de contribuir de todos os envolvidos."[48]

Diferentemente do que ocorre na substituição para a frente, na substituição para trás não há presunção da ocorrência de fato gerador, bem como não há presunção da base de cálculo; apenas há o pagamento do tributo em momento posterior, por meio de *decote*, tendo por base o fato gerador e a base de cálculo efetivos.

É pertinente, para a compreensão de ambas as modalidades de substituição, a referência à diferenciação entre elas promovida por Sacha Calmon Navarro Coelho:

> "Quando a substituição é para trás, a *comutação* se faz por decote, como o frigorífico abatendo do preço pago ao produtor o valor do imposto que este deveria pagar, mas que foi pago efetivamente por aquele, na condição de contribuinte substituto *de jure*. Quando a substituição é para a frente, a *comutação* se faz por agregação. A refinaria, *v.g.*, acrescenta ao suposto preço de venda dos revendedores, distribuidores, varejistas o valor do tributo que será devido por estes em razão de suas operações futuras."[49]

2.2. Retenção na fonte

O Código Tributário Nacional, ao disciplinar o imposto sobre a renda, estabelece como possibilidade a imposição de obrigação a terceiro pela retenção e recolhimento do imposto.[50] Trata-se da figura da retenção na fonte do imposto, fenômeno usual no IR, no qual "[...] espera-se que a própria fonte pagadora do rendimento desconte do contribuinte o montante do imposto devido e o recolha aos cofres estatais."[51-52]

---

de consequência, a fiscalização tributária" (STF, RE 781926 MG, Relator(a): Min. Luiz Fux, j. 21.11.2013, publicado em: 06.03.2014).

48. MANEIRA, 2003, p. 56.

49. COÊLHO, 2014, p. 319.

50. No Código Tributário Nacional: "Art. 45, parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam" (BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

51. SCHOUERI, 2019, p. 603.

52. É importante, para a compreensão do tipo penal do crime de apropriação indébita tributária, que se atente para a utilização do termo *desconte* utilizado pelo autor, já que o tipo penal se direciona ao inadimplemento de tributo *descontado*.

Por mais que o agente de retenção pareça ser, também, um substituto tributário, o adequado é considerá-lo um mero agente arrecadador, não o confundindo com o sujeito passivo da relação tributária. Desse modo, no caso de retenção na fonte, o contribuinte segue sendo sujeito passivo, e a fonte pagadora, mero agente de arrecadação. Contudo, caso o retentor não retenha e recolha o tributo, o débito tributário será dele cobrado. Nesse momento é que assume a qualidade de sujeito passivo, o que ocorre em razão do inadimplemento. Essa ocupação posterior do polo passivo ocorre não por substituição, mas por responsabilidade *stricto sensu*.[53]

Por isso, a afirmação de Sacha Calmon Navarro Coelho de que o retentor é pessoa apenas sujeita a uma obrigação de fazer (reter o tributo devido por terceiro), sem que seja partícipe da relação jurídico-tributária. Contudo, por imposição legal, torna-se responsável quando não retiver e recolher o tributo.[54]

A complexidade e as divergências de tratamento envolvendo a matéria da substituição tributária também aqui se verificam. Não é raro encontrar o tratamento do sujeito que realiza a retenção e o pagamento como sendo responsável tributário.[55]

2.3. A distinção entre tributos diretos e indiretos

Outro ponto nuclear da atual problemática envolvendo o crime de apropriação indébita tributária é a diferenciação entre tributos diretos e tributos indiretos. Apesar da atualidade dessa temática, já no Digesto Italiano, em escrito datado do ano de 1902, faz-se referência a essa distinção, com a advertência de serem variados os critérios utilizados pelos teóricos para a definição dessa classificação dos tributos. Conquanto diversos, esses critérios têm um ponto em comum: o significado lógico dos termos *direto* e *indireto*, conforme o tributo atinja de maneira imediata ou mediata o verdadeiro sujeito passivo.[56]

Os autores que assumem como critério distintivo dessa classificação o fenômeno da incidência (leia-se incidência de fato, como repercussão), consideram ser direto o tributo suportado economicamente pelo sujeito obrigado ao pagamento, havendo coincidência entre as figuras do *contribuinte de direito* e do *contribuinte de fato*. Por sua vez, indireto é o tributo suportado por um terceiro, sujeito diverso daquele juridicamente obrigado

53. SCHOUERI, 2019, p. 604.

54. COÊLHO, 2014, p. 623-624.

55. Exemplificativamente, no Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou compreensão de que 'responsável tributário' (entenda aqui responsável tributário como o sujeito passivo da obrigação tributária acessória cujo objeto corresponde ao dever de fazer a retenção do imposto de renda devido pelos contribuintes) não tem legitimidade passiva ad causam para postular repetição de indébito de imposto de renda que foi retido quando do pagamento realizado a contribuintes da exação" (STJ, REsp 1415441/RS, Relator(a): Ministro Og Fernandes, j. 07.12.2017, publicado em: 15.12.2017).

56. SPOTO, 1902, p. 195.

ao pagamento.[57-58] Em outras palavras, o critério distintivo nesse tipo de classificação é a repercussão econômica do tributo (a quem incidirá, de fato, a carga econômica do tributo).[59]

Essa espécie de tributo não tem por objetivo taxar o contribuinte em si (nem considerar a sua capacidade contributiva), mas visa permitir ao contribuinte se ressarcir do ônus financeiro do tributo, repassando-o a um terceiro que não integra a relação tributária com o Fisco.[60] Em outros termos, espera-se que o ônus financeiro seja incorporado ao preço da mercadoria/serviço e, com isso, seja repassado de fato ao consumidor.

Em razão dessa lógica, cria-se a figura do *contribuinte de direito* (aquele selecionado pela norma tributária como o responsável pelo adimplemento do tributo) e a figura do *contribuinte de fato* (indivíduo que não participa da relação jurídico-tributária e, consequentemente, não tem qualquer obrigação perante o Fisco; entretanto, acaba por suportar o ônus financeiro, já que o *contribuinte de direito* transfere esse encargo ao inseri-lo no preço a ser pago pelo *contribuinte de fato*).

Essa transladação do imposto (repasse do encargo do tributo a um terceiro, denominado *contribuinte de fato*, matéria afeita à ciência das finanças) não se confunde com a transferência de um sujeito a outro da responsabilidade pelo pagamento do tributo.[61]

No artigo 166 do Código Tributário Nacional[62] é possível encontrar referência a essa espécie de *tributo indireto*. Nos seus termos:

> "Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

Essa classificação dos tributos serve de fundamento também para decisões judiciais, ao se inadmitir que o contribuinte postule a restituição do indébito do tributo por ele pago, se houver repassado esse encargo a terceiro (por exemplo, com a inclusão do valor

57. No original: "I teorici, che assumono a fondamento della distinzione il fenomeno dell`*incidenza*, chiamano 'dirette' le imposte che vengono effettivamente supportate, per effetto di cause economiche, dalle persone che giuridicamente hanno l'obbligo di pagarle, e cioè quelle per virtù delle quali il contribuente *percosso* (*de jure*) è anche l`*inciso* (*de facto*); e chiamano 'indirette' quelle che vengono effettivamente sopportate da persone diverse da quelle che hanno l'obbligo di pagarle, e cioè quelle per virtù delle quali il contribuente percosso non è l'inciso" (SPOTO, 1902, p. 195).

58. No mesmo sentido: SABBAG, 2012, p. 410; AMARO, 2017, p. 333.

59. BECKER, 1972, p. 488.

60. MACHADO SEGUNDO, 2017.

61. FONROUGE, 1973, p. 98-99.

62. BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 08.02.2020.

do tributo no preço da mercadoria) – exceto se autorizado pelo terceiro a postular a repetição.[63] Nesse sentido aponta a súmula 546 do Supremo Tribunal Federal: "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o *quantum* respectivo."

O ICMS é um exemplo amplamente reconhecido de tributo indireto,[64] já que se espera justamente que o comerciante inclua no preço do produto o valor a ser suportado com o pagamento do imposto, repassando esse ônus ao consumidor final.

3. Elementos de direito penal tributário

3.1. Apresentação do "problema típico"

O estudo da relação jurídico-tributária e das categorias relacionadas a essa matéria (sujeição ativa e passiva, responsabilidade tributária, substituição tributária etc.) tem importância inegável para a compreensão do Direito Penal Tributário. Afinal, os delitos tributários se destinam justamente a repreender o descumprimento das obrigações tributárias, sejam elas principais, sejam elas acessórias.[65]

Dessa destinação, extrai-se o conceito de delito tributário como sendo a violação das obrigações decorrentes da relação jurídica impositiva existente entre Estado e contribuinte, relação que se origina do conjunto de normas definidoras dos casos nos quais se deve pagar um tributo, da quantia a ser paga, dos sujeitos obrigados, das formas de adimplemento, de deveres de fornecimento de documentos etc.[66] De forma sintética, pode-se

63. Exemplificativamente, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sistema de recurso repetitivo: "Em se tratando dos denominados 'tributos indiretos' (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido" (STJ, REsp 903394/AL, Relator(a): Ministro Luiz Fux, j. 24.03.2010, publicado em: 26.04.2010).

No mesmo sentido: "A condição estabelecida no art. 166 do CTN tem por escopo impedir que o contribuinte pleiteie a devolução de indébito de tributo indireto que, na realidade, foi suportado financeiramente por terceiro, vedação que somente é excepcionada se o terceiro expressamente autorizar o contribuinte a receber tais valores" (STJ, AREsp 581679/RS, Relator(a): Ministro Gurgel De Faria, j. 04.12.2018, publicado em: 04.02.2019).

Igualmente: STJ, AgInt no AREsp 974997/SP, Relator(a): Ministro Francisco Falcão, j. 08.02.2018, publicado em: 14.02.2018; STJ, REsp 1830830/CE, Relator(a): Ministro Herman Benjamin, j. 19.09.2019, publicado em: 11.10.2019.

64. HARADA, 2019, p. 35; COÊLHO, 2014, p. 614.

65. HADWA ISSA, 2007, p. 7.

66. SÁINZ DE BUJANDA, 1968, p. 100.

afirmar que o núcleo do delito tributário é a infração de deveres originados da relação tributária.[67]

Por se aplicar ao descumprimento de obrigações tributárias e considerando que essas obrigações se dirigem a pessoas específicas, conclui-se que, em regra, os crimes tributários serão classificados como *próprios*, e não *comuns*, exigindo-se uma qualificação especial para que se possa atribuir ao agente a condição de autor do delito[68] – o que não exclui a possibilidade de concurso de agentes.[69] Portanto, quando a legislação estabelecer a figura do substituto na relação obrigacional tributária, havendo crime, será este o sujeito ativo.[70]

No lado oposto ao do agente do crime na *relação jurídico-criminal*, a coletividade (comunidade) aparece como sujeito passivo do delito em um primeiro plano, como vítima direta da violação jurídica.[71] Nas palavras de Raúl Cervini, "[...] el ilícito tributario configura una violación del deber de solidaridad, que consiste esencialmente en la negativa deliberada al pago de sumas que deberían ser utilizadas en favor de la colectividad."[72]

No caso do crime de apropriação indébita tributária (objeto central deste escrito), a violação a um dever de solidariedade social aparece em intensidade elevada, pois esse delito decorre não só de um inadimplemento qualquer, mas de um *inadimplemento com patrimônio alheio*, do qual se apropria o inadimplente. Afinal, no caso de substituição tributária, por exemplo, entende-se que os valores a serem adimplidos ao Fisco são entregues ao substituto "[...] por título não translativo da propriedade [...]."[73] Por isso, pode-se referir a existência de uma violação de relação de confiança pelo agente, já que a quantia não paga é legalmente confiada à sua posse, para posterior adimplemento da obrigação tributária.[74]

Essa lógica aparece de forma clara no caso de inadimplemento de tributo *descontado*, elemento típico do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, que não carrega consigo divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Nesse sentido, nas palavras de Carlos María Giuliani Fonrouge: "O agente que deixa de efetuar o recolhimento das importâncias retidas,

67. FERRÉ OLIVÉ, 2014, p. 20.

68. HADWA ISSA, 2007, p. 2.

69. Nos termos da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/1990): "Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade" (BRASIL, Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

70. STOCO; OLIVEIRA STOCO, 2016, p. 85.

71. SÁINZ DE BUJANDA, 1968, p. 101.

72. CERVINI, 2007, p. 38.

73. SOUSA, 2006, p. 128.

74. SOUSA, 2006, p. 127.

sempre guarda fundos alheios e não próprios, com a única diferença do modo ou forma, mediante os quais eles chegaram ao seu poder."[75]

Sob esse pressuposto, Sacha Calmon Navarro Coêlho chega a concluir que apenas o retentor (aquele que desconta) do tributo pode ser o sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária. Após afirmar que o retentor não participa da relação jurídico-tributária (se participasse, seria responsável tributário), o autor chega às seguintes conclusões: (a) o dever do retentor é de fazer, enquanto o dos responsáveis é de dar; (b) o retentor não tem legitimidade para requerer a repetição, já que não paga (apenas retém e entrega); e (c) somente ao retentor pode se imputar o delito de apropriação indébita tributária, pois os responsáveis apenas podem ser inadimplentes.[76]

Justamente pela clareza da situação jurídica estabelecida no caso de retenção tributária, não é difícil que se conclua pela legitimidade da intervenção do Direito Penal quando o retentor não repassa ao Fisco o valor descontado do contribuinte. Essa clareza inicial, entretanto, não se faz presente quando se examina o caso do tributo *cobrado* – também elemento típico do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90.

A controvérsia envolvendo a criminalização do inadimplemento de tributo cobrado é, em regra, limitada a se saber se o tipo penal teria ou não, pela adoção desse termo (*cobrado*), abarcado o caso de não pagamento de tributo próprio, cujo ônus financeiro tenha sido repassado a terceiro (*tributo indireto*). Um posicionamento favorável a essa aplicação pode ser encontrado em Rui Stoco e Tatiana de Oliveira Stoco:

> "Ora, se este comerciante embute no preço final de venda que o ressarce do imposto que irá pagar oportunamente, ressuma claro que ocorreu uma retenção de fato e, então, configurado estará o delito previsto no inciso II, do artigo 2.º da Lei 8.137/1990, considerando que houve, induvidosamente, redução do valor devido e, portanto, sonegação fiscal."[77]

Em sentido contrário, Luís Eduardo Schoueri atribui interpretação diversa ao tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, entendendo não ser aplicável à situação de simples inadimplemento tributário, mas ao caso de apropriação indevida de valor que se tenha a posse por meio de sua transferência. Em suas palavras: "A apropriação indébita não trata de prisão por dívida: a conduta não está em deixar de pagar o que é devido; o ilícito surge quando alguém, encarregado de receber algo em nome de terceiro, deixa de repassar o numerário àquele que lhe confiou a tarefa."[78] O delito se justificaria em razão de

75. FONROUGE, 1973, p. 283.

76. COÊLHO, 2014, p. 625.

77. STOCO; OLIVEIRA STOCO, 2016, p. 277.

78. SCHOUERI, 2019, p. 888-889.

o agente cumprir um "[...] papel de coletor de tributos, recebendo, em confiança, valores pagos pelos verdadeiros sujeitos passivos e incumbindo-se de repassá-los ao Fisco."[79]

Esse mesmo entendimento é o adotado por Leandro Paulsen:

> "A apropriação indébita tributária está estritamente relacionada à substituição tributária. Dá-se quando o substituto, ao realizar um pagamento ao contribuinte, procede à retenção do tributo devido por este último, porque a lei assim lhe determina, mas deixa de cumprir a obrigação de repassar tal montante aos cofres públicos. [...] Também ocorrerá quando a regra matriz de substituição tributária determine que o substituto exija do contribuinte o montante do tributo para repassar aos cofres públicos e deixe de ser feito tal repasse."[80]

Ambos parecem considerar como sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária o sujeito incumbido por lei ao adimplemento do ônus tributário em nome de terceiro, situação que não se verifica no caso de mero repasse do ônus financeiro do tributo, motivo pelo qual esta última situação não estaria contemplada pelo tipo penal.

3.2. Breve histórico legislativo do crime de apropriação indébita tributária

Um grande contributo para se precisar o âmbito de aplicação da lei penal é a utilização da interpretação histórica da lei, por meio da análise de documentos legislativos que indiquem o caminho que desejou tomar o Legislador – jamais se esquecendo da necessidade de integração desse método interpretativo com outros, como o sistemático.[81]

No caso do crime de apropriação indébita tributária, tipificado no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, essa retomada pode oferecer um importante auxílio para a resolução da celeuma envolvendo o significado do elemento típico *cobrado*, objeto do recente exame pelas Cortes Superiores do País.

A mencionada legislação de crimes tributários foi resultado da aprovação do Projeto de Lei 4.788/1990 (publicado no Diário do Congresso Nacional, seção I, ano XLV, n. 24, 29 de março de 1990, p. 2224), apresentado pelo Poder Executivo, que originalmente concebia a seguinte redação do à época artigo 2º, incisos IV e V:[82]

> "Art. 2º Constitui, ainda, crime contra a administração tributária: [...]
>
> IV – deixar de recolher aos cofres públicos, nos sessenta dias seguintes ao término do prazo fixado, tributo ou contribuição que tenha retido na fonte;

79. SCHOUERI, 2019, p. 889.

80. PAULSEN, 2018, p. 515.

81. HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 47.

82. BRASIL, Projeto de Lei 4.788 de 1990. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29MAR1990.pdf#page=40]. Acesso em: 11.01.2020.

> V – deixar de recolher aos cofres públicos, nos sessenta dias seguintes ao término do prazo fixado, tributo ou contribuição recebida de terceiros mediante acréscimo ou inclusão no preço de produtos ou serviços e cobrado na fatura, nota fiscal ou documento assemelhado; [...]
>
> Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa."

Durante a tramitação desse Projeto na Câmara dos Deputados, foi apresentado substitutivo pelo relator designado, o então deputado federal Nelson Jobim,[83] com posterior aprovação por essa casa legislativa da seguinte redação do artigo 2º, inciso II:[84]

> "Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: [...]
>
> II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

Com esses termos, o Projeto foi remetido ao Senado Federal, local no qual novo substituto foi apresentado, propondo-se uma redação em sentido semelhante à do projeto original, com a incorporação do crime de apropriação indébita tributária ao artigo 1º, formando o seu § 2º:[85]

> "§ 2º Constitui crime da mesma natureza:
>
> I – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo que seja obrigado a reter na fonte;
>
> II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo recebido de terceiros, incluso no preço de mercadorias ou serviços, constante de fatura, nota fiscal ou documento assemelhado; [...]
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, ou multa;"

De volta à Câmara dos Deputados, o substituto apresentado pelo Senado Federal foi rejeitado e houve a retomada da propositura anteriormente aprovada pela Câmara

83. Publicado no *Diário do Congresso Nacional*, seção I, ano XLV, n. 47, 16.05.1990, p. 5016. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAI1990.pdf#page=60]. Acesso em: 11.01.2020.

84. Publicado no *Diário do Congresso Nacional*, seção I, ano XLV, n. 63, 07.06.1990, p. 6631. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07JUN1990.pdf#page=99]. Acesso em: 11.01.2020.

85. Publicado no *Diário do Congresso Nacional*, seção I, ano XLV, n. 126, 10.10.1990, p. 10220. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10OUT1990.pdf#page=76]. Acesso em: 11.01.2020.

(aquela redação remetida ao Senado), que foi encaminhada à Presidência da República e, então, sancionada.

Percebe-se que a intenção de criminalização do inadimplemento de tributos próprios declarados e repassados a terceiros acompanhou a tramitação do projeto que deu origem à atual Lei dos Crimes Tributários. Tivesse prevalecido a formulação típica aprovada pelo Senado Federal ou mesmo a redação original proposta pelo Executivo, o questionamento recentemente enfrentado pelas Cortes Superiores (se o termo típico *cobrado* abarca a situação do tributo incluído no preço, cujo ônus é repassado ao consumidor final) dificilmente o seria, dada a clareza da inclusão dessa hipótese fática no âmbito de aplicação do tipo penal.

Entretanto, a alteração redacional promovida pela Câmara dos Deputados não parece ter excluído essa hipótese de criminalização do inadimplemento do *tributo indireto*, seja pela utilização de termo (*cobrado*) com amplitude significativa suficiente para abarcar essa hipótese fática, seja porque esse termo foi utilizado na própria redação original do Projeto de Lei,[86] oportunidade na qual foi expressa a sua aplicação à situação de repasse do ônus financeiro do tributo a terceiro – em outras palavras, a Câmara manteve o termo *cobrado* no tipo penal, mesmo ciente de seu âmbito de aplicação no Projeto de Lei.

3.3. As decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

A aplicabilidade do tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990 ao caso de tributo próprio com ônus repassado a terceiro não é novidade no Superior Tribunal de Justiça, Corte na qual esse dispositivo recebia interpretações distintas em relação ao sentido do elemento típico *cobrado*.[87] Por esse motivo, no dia 22 de agosto de 2018, o *habeas*

86. "V – deixar de recolher aos cofres públicos, nos sessenta dias seguintes ao término do prazo fixado, tributo ou contribuição recebida de terceiros mediante acréscimo ou inclusão no preço de produtos ou serviços e *cobrado* na fatura, nota fiscal ou documento assemelhado;" (grifo nosso).

87. Exemplificativamente, em decisão da 6ª Turma: "O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria." (STJ, REsp 1543485/GO, Relator(a): Ministra Maria Thereza De Assis Moura. j. 05.05.2016, publicado em: 15.05.2016).

Em sentido oposto, em decisão da 5ª Turma: "Da leitura do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, depreende-se que pratica o ilícito nele descrito aquele que não paga, no prazo legal, tributo aos cofres públicos que tenha sido descontado ou cobrado de terceiro, exatamente como ocorreu na hipótese em exame, em que o ICMS foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido ao Fisco" (STJ, RHC 44466/SC, Relator(a): Ministro Jorge Mussi. j. 21.10.2014, publicado em: 29.10.2014).

Por sua vez, no primeiro sentido, também em decisão da 5ª Turma: "O tipo penal em estudo, art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, não se confunde com o mero inadimplemento, uma vez que a conduta delitiva depende do fato de o tributo não repassado ter sido descontado ou cobrado do contribuinte. Nesse contexto, tem-se que o crime em tela só pode ser praticado pelo substituto

corpus 399.109, de Santa Catarina, foi julgado pela Terceira Seção da Corte, nos termos do artigo 127 do seu Regimento Interno,[88] objetivando-se uniformizar o entendimento das turmas do Tribunal. Tratava-se de caso de inadimplemento de ICMS declarado, no qual o contribuinte foi absolvido sumariamente em primeiro grau de jurisdição, decisão reformada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

O entendimento prevalecente foi inaugurado pelo relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, que principia seu voto com crítica à redação do tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, o que se justifica pela impropriedade das expressões *descontado* e *cobrado* quando confrontadas com a terminologia própria da teoria do Direito Tributário. No seu entendimento, apenas o sujeito ativo realiza a *cobrança* de tributo (não o sujeito passivo) e, em caso de substituição tributária, não haveria o *desconto* do tributo, mas a *retenção*.

Diante disso, o Ministro confere interpretação penal a ambos os vocábulos, admitindo que o termo *descontado* se referiria ao caso de substituição tributária (o que identificou com os casos de retenção), ao passo que o termo *cobrado* se referiria aos casos de tributos indiretos (casos de transferência do ônus financeiro). Em suas palavras:

> "Assim, o significado da palavra 'desconto' melhor se amolda, sob o prisma penal, aos casos de tributos diretos em que há a responsabilidade por substituição tributária (nas hipóteses em que o responsável pela retenção na fonte não recolhe o tributo). O termo "cobrado", por sua vez, deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos, mesmo aqueles realizados em operações próprias, visto que o contribuinte de direito, ao reter o valor do imposto ou contribuição devidos, repassa o encargo para o adquirente do produto."[89]

Por esse entendimento, o crime de apropriação indébita tributária se configuraria tanto nos casos de não repasse ao Fisco, pelo *substituto tributário*,[90] do tributo direto re-

tributário, que retém o imposto devido nas operações anteriores ou nas seguintes, em nome do contribuinte real" (STJ, HC 161785/SP, Relator(a): Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. j. 06.12.2016, publicado em: 15.12.2016).

88. Nos termos do Regimento Interno do STJ: "Art. 127. Quando convier pronunciamento da Corte Especial ou da Seção, em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas, o relator, ou outro Ministro, no julgamento de qualquer recurso, poderá propor a remessa do feito à apreciação da Seção respectiva, ou da Corte Especial, se a matéria for comum às Seções" (STJ, Regimento Interno. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839]. Acesso em: 08.02.2020).

89. STJ, HC 399109/SC, Relator(a): Ministro Rogerio Schietti Cruz. j. 22.08.2018, publicado em: 31.08.2018.

90. Ressalva-se, como examinado em tópico precedente: a substituição tributária não deve ser restringida ao caso de retenção; aliás, pela doutrina adotada no presente escrito, o caso da retenção na fonte sequer deve ser considerado hipótese de substituição tributária.

tido na fonte, quanto nos casos de não pagamento do tributo por contribuinte, quando diante de tributo indireto (repassado, de fato, a terceiro).[91]

A divergência (entendimento, ao final, minoritário) no julgamento foi aberta pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao defender posicionamento que recebe o aval de parcela da doutrina tributária.[92] Em suas palavras: "Ao se referir ao tributo 'descontado ou cobrado', o tipo penal está a aludir aos casos de responsabilidade tributária – e não aos impostos indiretos, em que o custo é repassado, apenas do ponto de vista econômico, a terceiros."[93]

Nesse sentido, as expressões *descontado* e *cobrado* adotadas no tipo penal refletiriam típica relação de Direito Tributário a justificar a incidência do tipo penal. Diferentemente, a existência ou não de repasse do valor do tributo ao consumidor final (no caso de tributo indireto) em nada interferiria na relação tributária existente entre sujeito passivo e ativo, tratando-se de mera liberalidade do contribuinte, não se podendo afirmar que o consumidor seria *cobrado* pelo valor do tributo.

Portanto, para a Ministra, o caso de mero repasse do ônus financeiro do tributo a terceiro não estaria incluído no âmbito de aplicação do tipo penal; os vocábulos *descontado* e *cobrado* se limitariam aos casos de transferência da responsabilidade tributária.[94]

Nos termos da ementa do acórdão, firmou-se na Corte Superior o seguinte entendimento:

> "A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo 'descontado' é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo 'cobrado' deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito."[95]

Remetida a matéria ao Supremo Tribunal Federal, via Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (163.334), o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça foi

91. Acompanharam esse entendimento os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (que expressamente afirmou ter alterado seu entendimento na ocasião), Felix Fischer, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

92. Exemplificativamente, citados na presente pesquisa: Luís Eduardo Schoueri, Leandro Paulsen e Igor Mauler Santiago.

93. STJ, HC 399109/SC, Relator(a): Ministro Rogerio Schietti Cruz. j. 22.08.2018, publicado em: 31.08.2018.

94. O entendimento minoritário foi acolhido, também, pelos Ministros Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior (o Ministro Nefi Cordero se encontrava ausente da sessão e o Ministro Ribeiro Dantas a presidiu).

95. STJ, HC 399109/SC, Relator(a): Ministro Rogerio Schietti Cruz. j. 22.08.2018, publicado em: 31.08.2018.

confirmado, fixando-se pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte a seguinte tese: "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990".[96]

Veja-se que o relator do recurso, Ministro Luís Roberto Barroso, realizou "Uma interpretação histórica [...]"[97] do tipo penal, no mesmo sentido daquela do tópico 3.2. deste artigo, para fundamentar o entendimento prevalecente[98] na Corte – isso além de evocar outros fundamentos, a exemplo do que denominou *interpretação teleológica e consequencialista*.[99] A retomada do histórico legislativo do tipo penal foi realizada também pelo Ministro Alexandre de Moraes.[100]

4. Tomada de posição: o acerto e o erro das Cortes Superiores

Do que foi exposto anteriormente, é possível identificar dois entendimentos distintos e prevalecentes doutrinária e judicialmente a respeito do tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90: (a) que o tipo penal mencionado abarcaria, em sua atual redação, apenas as situações de transferência de responsabilidade tributária, não contemplando o caso de mera transferência do ônus financeiro do tributo; e (b) que o tipo penal, em razão da

96. STF, RHC 163334, Relator(a): Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. j. 18.12.2019, publicado em: 13.11.2020.

97. STF, RHC 163334, Relator(a): Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. j. 18.12.2019, publicado em: 13.11.2020. p. 22-26.

98. O entendimento minoritário foi defendido pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. O Ministro Gilmar Mendes, aliás, primeiro a divergir do entendimento majoritário, fez referência expressa ao voto proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura no STJ, adotando o mesmo posicionamento: "Como se depreende do ensinamento doutrinário, os termos descontado e cobrado, elementos normativos do tipo sem os quais não há que se falar em crime, não devem ser aplicados a casos em que, por mera repercussão econômica, o comerciante repassa o seu ônus tributário no preço final da mercadoria ao consumidor" (STF, RHC 163334, Relator(a): Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. j. 18.12.2019, publicado em: 13.11.2020. p. 97).

99. Nas suas palavras: "[...] seja para a proteção da ordem tributária, seja para evitar consequências desastrosas para a livre concorrência, deve-se buscar, no texto legal, a interpretação que permita a proteção mais eficaz do bem jurídico e minimize as implicações negativas. Considerando que a redação do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 permite a compreensão de que a conduta de não recolhimento do ICMS é típica, também uma interpretação teleológica voltada à proteção do bem jurídico e uma interpretação atenta às consequências conduzem ao reconhecimento da adequação típica da conduta" (STF, RHC 163334, Relator(a): Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. j. 18.12.2019, publicado em: 13.11.2020. p. 32).

100. STF, RHC 163334, Relator(a): Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. j. 18.12.2019, publicado em: 13.11.2020. p. 40-42.

adoção do vocábulo *cobrado*, seria aplicável também ao inadimplemento dos chamados *tributos indiretos*, com ônus repassado a terceiro, por meio da sua inclusão no preço do produto ou serviço.

Em nosso entender, o histórico legislativo do dispositivo legal mencionado e a sua atual redação parecem legitimar muito mais o segundo entendimento do que o primeiro. Ao mesmo tempo, entendemos ser correto o resultado material do primeiro entendimento (inaplicabilidade do tipo penal aos casos de *tributos indiretos*). Entretanto, deve-se chegar a esse resultado por um caminho distinto da simples negação de adequação formal ao tipo. Como será exposto, esse resultado deve ser alcançado por meio do controle de constitucionalidade.

4.1. Delimitação formal do tipo penal: o sentido do termo "cobrado"

Em crítica ao posicionamento adotado pelo STJ, Igor Mauler Santiago aponta o que considera um dos grandes equívocos da decisão da Corte: concluir que, pela legislação tributária, o tributo apenas seria *cobrado* pelo Fisco, jamais por particular, motivo pelo qual se deveria atribuir ao termo *cobrado* interpretação econômica (desvinculada, portanto, de significado propriamente tributário).[101]

Em artigo escrito juntamente com Pierpaolo Cruz Bottini, os autores defenderam que o tipo penal do crime de apropriação indébita tributária se referiria ao tributo retido pela fonte pagadora (tributo *descontado*) e ao caso de substituição tributária para a frente (tributo *cobrado* de uma empresa por outra).[102]

A esse respeito, afirmam os autores:

> "Ao vender uma mercadoria, o substituto tributário paga o seu ICMS próprio (como todo contribuinte) e também o ICMS/ST correspondente ao fato gerador que será realizado no futuro pelo substituído. O ICMS/ST, ao contrário do ICMS próprio, não está embutido no preço praticado pelo substituto, sendo *cobrado* à parte do adquirente. Se o substituto cobra e recebe este valor de ICMS/ST (tributo juridicamente vinculado ao substituído, repita-se, tanto que é este quem tem direito ao reembolso em caso de inocorrência do fato esperado ou de excesso na base presumida), mas não o entrega ao Fisco, comete apropriação indébita tributária, isto é, apropriação indébita *de tributo*."[103-104]

101. SANTIAGO, 2019.

102. BOTTINI; SANTIAGO, 2018.

103. BOTTINI; SANTIAGO, 2018.

104. Em outro exemplo: "Ocorre que, ao contrário do que pode parecer, sempre existiram situações em que, tecnicamente falando, um particular cobra tributo de outro. Pense-se, de saída, no art. 99 do Decreto-lei 7.404/45, reproduzido no item 2.2.4. Ou na contribuição de iluminação pública, cobrada pela distribuidora de energia para posterior repasse ao Município (CF, art. 149-A, parágrafo único)" (SANTIAGO, 2019).

Nesse caminho, poder-se-ia pensar, de acordo com a teoria do Direito Tributário, em caso de *tributo cobrado* por particular, com fato gerador praticado por terceiro (caso do ICMS-ST), hipótese à qual se referiria o tipo penal. Diferentemente, no caso de fato gerador próprio com transferência do ônus financeiro a terceiro, não se estaria diante de *tributo cobrado*, mas apenas de cobrança do preço, independentemente das importâncias que nesse preço possam ser embutidas.[105]

Apesar da inquestionável propriedade das razões dos autores anteriormente citados, parece-nos que o tipo penal em exame, especificamente em relação ao vocábulo *cobrado*, não foi construído a partir da exigência de identidade significativa em relação ao Direito Tributário.

Veja-se que, no Direito Tributário, ao se regular o instituto da compensação em tributo não cumulativo (ICMS), admite-se o abatimento no quanto devido do valor *cobrado* nas operações anteriores,[106] independentemente de ter havido, nas operações anteriores, efetivo pagamento do valor a se abater. Ou seja, *cobrado*, para o Direito Tributário, não necessariamente pressupõe o efetivo pagamento.

Diferentemente, conquanto o tipo penal em exame apenas se refira à apropriação indébita de *tributo cobrado* (além da hipótese de tributo descontado), não se pode conceber a existência desse crime sem o efetivo pagamento pelo terceiro (se o terceiro não paga, não há do que se apropriar o agente). Em outras palavras, para o artigo 2º, inciso II, da Lei de Crimes Tributários, *tributo cobrado* é aquele *cobrado* e *pago*.

Fosse idêntico o sentido da expressão *cobrado* para o Direito Tributário e para o Direito Penal, nas palavras de Kiyoshi Harada, "[...] o comprador só poderia creditar-se do ICMS se o vendedor tivesse pago o imposto, circunstância que ele não tem como saber. Só o Fisco o sabe."[107] Conclui o autor que o significado da palavra *cobrado* presente na Constituição Federal é o de "[...] imposto incidente na operação de circulação, ou seja,

---

O Decreto-lei 7.404/45 instituiu o Imposto de Consumo (substituído pelo IPI), no seu artigo 99, estabelecendo forma de cobrança de tributo por particular (e não pelo Fisco, como se poderia pensar ser a regra): "Art. 99. O imposto, quando *ad valorem*, figurará obrigatoriamente em parcela separada na 'nota fiscal' e *será cobrado* do primeiro comprador, pelo fabricante, ficando, a partir deste momento, incorporado ao preço do produto."

105. SANTIAGO, 2019.

106. Na Constituição Federal: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante *cobrado* nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;" (grifo nosso) (BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

107. HARADA, 2019, p. 269.

imposto destacado na nota fiscal."[108] Antônio Machado Guedes Alcoforado entende no mesmo sentido: como a efetiva cobrança escapa ao conhecimento de terceiros (exceto do Fisco), interpreta a palavra *cobrado*, para o Direito Tributário, como *montante devido*, e não como *montante efetivamente exigido*.[109]

Entendemos, então, que não existe uma identidade necessária entre o sentido do vocábulo *cobrado* para o Direito Tributário e o seu sentido para o Direito Penal; para este último, parece-nos que se pretendeu, com o artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, a criminalização do inadimplemento de tributo *cobrado de fato* de terceiro.

Considerando-se também o histórico legislativo desse dispositivo legal, acreditamos que se pretendeu a sua aplicação àqueles tributos classificados como *indiretos*, passíveis de transferência de seu ônus financeiro a terceiros (denominados *contribuintes de fato*) – intenção evidentemente presente durante a tramitação do Projeto de Lei correspondente, que desde a sua concepção se utilizou do termo *cobrado* em tal contexto.

Em razão disso, consideramos correta a conclusão majoritária do STJ e do STF de que o tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 abarcaria em sua redação a situação fática de inadimplemento de tributo próprio, com repasse da repercussão tributária a terceiro. Não nos parece que o vocábulo *cobrado* exclua essa situação de seu âmbito de sentido, inclusive por ter sido mantida no tipo penal desde o originário Projeto de Lei, quando era expressa a sua aplicação aos tributos repassados a terceiros.

Assentada essa premissa (que, até aqui, concorda com a posição prevalecente nas Cortes Superiores), em um segundo momento, deve-se concordar com o entendimento de que o mencionado tipo penal não deve ser aplicado ao inadimplemento de tributo próprio; porém, não pelo motivo em regra invocado (de que, formalmente, o tipo penal não abarca tal situação), mas porque, apesar de abarcar tal situação, nesse ponto específico, o dispositivo legal padece de inconstitucionalidade.

4.2. Sobre a inconstitucionalidade da criminalização da dívida de "tributo indireto"

4.2.1. Violação ao princípio da legalidade

A aplicação do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 ao caso da dívida de ICMS próprio fundamenta-se sobremaneira na classificação desse tributo como *indireto*, o que significa que haveria o repasse pelo *contribuinte de direito* do ônus financeiro do tributo ao *contribuinte de fato*, por meio da inclusão de seu valor no preço do produto ou serviço.

Deve-se atentar para o fato de que essa diferenciação entre tributos diretos e indiretos não tem um critério distintivo único ou uniforme. A (im)possibilidade de transladação do ônus financeiro a terceiro pode ser apontada, apenas, como um critério predominante ao longo da história. Nesse sentido, costuma-se defender que "Impuestos directos son

108. HARADA, 2019, p. 40.

109. ALCOFORADO, 2018, p. 1118.

aquellos que no pueden trasladarse, e impuestos indirectos los que pueden trasladarse."[110]

Um critério distintivo diverso é defendido por Héctor Belisario Villegas, ao sustentar que tal classificação se deve fundamentar na forma de exteriorização da capacidade contributiva: essa exteriorização pode ser imediata (caso dos *impostos diretos*), quando existir uma situação objetiva que revele de maneira bastante aproximada o nível de riqueza do sujeito (*v.g.*, tributação sobre o patrimônio, sobre a renda etc.); por ouro lado, a exteriorização da capacidade contributiva pode ocorrer de forma mediata (*impostos indiretos*), com um nível de aproximação significativamente reduzido em relação ao nível de riqueza, utilizando-se com maior intensidade de um juízo presuntivo, fundado em indícios (*v.g.*, tributação sobre a venda, a aquisição de bens, o desempenho de atividade profissional etc.). Conquanto a possibilidade de transladação seja mais intensa nos tributos indiretos, esse critério não deve produzir influência na classificação.[111]

O mesmo entendimento é defendido por Enrico de Mita, ao distinguir tributos diretos e indiretos em razão da riqueza objeto de tributação: diretos seriam os tributos incidentes sobre o patrimônio e a renda; indiretos aqueles incidentes sobre a transferência de riqueza e o consumo. Nesse caso,

> "[...] con la prima forma di tassazione si aggredisce una manifestazione direta e sicura di ricchezza, con la seconda una manifestazione indiretta e mediata di richieza. La preferenza per l'una o l'altra è di tipo politico e tecnico: la maggiore giustizia delle imposte dirette, la migliore applicabilità delle indirette [...]."[112-113]

O debate a respeito do critério classificatório adequado é antigo. Veja-se que, à sua época, Ippolito Santangelo Spoto já denunciava a incerteza ínsita à classificação dos tributos a partir do sujeito a efetivamente suportar o ônus financeiro (se o *contribuinte de direito* ou se o *contribuinte de fato*), já que a trasladação desse ônus pode ou não ocorrer em diversas espécies de tributos. Em razão disso, defendeu a utilização do critério classificatório distinto:

110. VILLEGAS, 2001, p. 75-76.

111. VILLEGAS, 2001, p. 77-78.

112. MITA, 2011, p. 75.

113. Salienta-se que esse autor entende ser o consumidor final o contribuinte (de fato) do IVA (*imposta sul valore aggiunto*, tributo que possui semelhanças com o ICMS brasileiro): "Il contribuente dell'IVA è dunque il consumatore finale, anche se non ha rapporti diretti con l`amministrazione finanziaria" (MITA, 2011, p. 380).

Em mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coelho, ao entender que, nos tributos chamados indiretos, tributa-se o agente econômico, considerando-se, entretanto, a capacidade contributiva dos consumidores (contribuintes de fato) (COÊLHO, 2014, p. 623).

> "Secondo i sostenitori di questa teorica, si chiamerebbero *dirette* le imposte che colpiscono la materia imponibile nelle sue *manifestazioni immediate*, quali sarebbero la persona, la professione, il reddito, la casa, l`industria, il patrimonio, ecc.; si chiamerebbero *indirette* quelle che colpiscono la ricchezza per mezzo delle sue *manifestazioni mediate*, quali il trasferimento o la dichiarazione di un diritto di proprietà, il consumo di determinate merci, o simili elementi, presi come *indizio* della esistenza d`una ricchezza."[114]

A preferência pela diferenciação de tributos diretos e indiretos a partir da exteriorização da capacidade contributiva (se imediata ou mediata) oferece maior segurança à classificação dos tributos. Ao contrário, classificar os tributos a partir da possibilidade ou não de transferência do ônus financeiro a terceiro conduz a uma imprecisão que contraria o próprio intento classificatório – qual seja, o de oferecer uma diferenciação minimamente segura dos objetos a classificar.

A grande fragilidade da distinção entre tributos diretos e indiretos a partir do ônus financeiro decorre do fato de, por tendência, todos os gastos do contribuinte serem embutidos no valor de custo da mercadoria (energia elétrica, salários dos funcionários etc.).[115] Ou seja, mesmo os considerados tributos diretos são sujeitos ao repasse a consumidores.[116]

Justamente por isso, Francis Rafael Beck e Ederson Garin Porto apontam como um dos equívocos da decisão proferida pelo STJ (posteriormente confirmada pelo STF) o de, partindo da classificação dos tributos em diretos e indiretos, concluir que apenas os segundos são transferidos a terceiros. Na verdade, sob uma perspectiva econômica, todos os tributos comportam transladação a terceiro, que será mais ou menos intensa a depender do caso.[117]

De forma direta, ao avaliar a afirmação de que são os tributos indiretos a repercutir em terceiros, Alfredo Augusto Becker afirma:

> "O raciocínio baseado nesta premissa é ingênuo e denuncia superficialíssima noção do fenômeno da repercussão, porque *todos* os tributos repercutem. [...] os fatôres decisivos da repercussão econômica do tributo são estranhos à natureza do tributo e determinados pela conjuntura econômico-social."[118]

---

114. SPOTO, 1902, p. 196.

115. MACHADO, 2011, p. 503.

116. Nas palavras de Kiyoshi Harada: "Na prática, até os tributos diretos que não comportam, em princípio, o fenômeno da repercussão econômica estão sendo repassados a consumidores. É comum, por exemplo, nos consultórios odontológicos haver variação de preço conforme o cliente exija ou não a competente nota fiscal ou recibo equivalente a título de tratamento dentário" (HARADA, 2019, p. 88).

117. BECK; PORTO, 2018, p. 78.

118. BECKER, 1972, p. 492-493.

Ao revés, igualmente não se pode afirmar como óbvio que os tributos amplamente considerados *indiretos* sejam sempre repassados a terceiros.[119] Exemplo prático pode ser encontrado no caso de venda de produto com a concessão, pelo comerciante, de desconto condicionado[120] em montante equivalente ao valor de ICMS apurado e destacado na nota fiscal (ou mesmo superior a esse valor). Por determinação legal,[121] se o desconto no valor do produto é concedido sob condição, o valor de desconto deve continuar a compor a base de cálculo do ICMS. Perfectibilizando-se a condição e, consequentemente, implementando-se o desconto, o consumidor é beneficiado com uma redução do valor a pagar (no exemplo, no exato valor do imposto apurado). Essa redução, entretanto, não repercute no cálculo do ICMS a ser pago pelo contribuinte. Do mesmo modo, é possível mencionar o exemplo do IPI, quando houver inadimplemento por parte do comprador, caso mencionado por Hugo de Brito Machado.[122]

É impossível se afirmar, portanto, a existência de efetivo repasse do ônus financeiro do tributo exclusivamente em razão da caracterização do tributo como *indireto* ou em razão do destaque do valor do tributo na nota fiscal. Da mesma forma, não há como se afirmar a inexistência de repasse do ônus financeiro do tributo em razão da sua classificação como *direto*. Consequentemente, a possibilidade ou não de transferência do ônus financeiro a terceiro perde por completo o seu mérito classificatório para os tributos.

A constatação da insegurança jurídica dessa classificação não é recente. Já no Digesta Italiano, em texto do ano de 1902, foi denunciada essa insegurança resultante da distinção entre tributos diretos e indiretos a partir do fenômeno da incidência (quando baseado em quem, efetivamente, suportaria o encargo financeiro do tributo):

119. Nas palavras de Alfredo Augusto Becker: "Esta aceitação da tradicional classificação de um tributo na categoria direta ou indireta e esta 'obviedade' da repercussão econômica do tributo classificado como indireto, desencadeia reflexos condicionados que contaminam a atitude mental de juízes, advogados, ministros e legisladores" (BECKER, 1972, p. 489).

120. Os descontos condicionais são aqueles dependentes de evento futuro e incerto. A esse respeito, ver: SABBAG, 2012, p. 1079.

121. Na Lei Kandir (Lei Complementar 87/96): "Art. 13. A base de cálculo do imposto é: [...] § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: [...] II – o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como *descontos concedidos sob condição*;" (grifo nosso) (BRASIL, Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

122. "Há, entre o comerciante, industrial ou produtor, e seu cliente, que lhe compra os produtos, uma relação jurídica de direito comercial, que não se confunde com a relação jurídica de tributação. Tanto é assim que se o comprador não paga, nem por isto deixa o contribuinte de ser devedor do tributo. Pode, é certo, estar o valor do IPI incluído no preço dos produtos vendidos. Isto, porém, não faz do industrial mero intermediário, nem do comprador do produto contribuinte do IPI" (MACHADO, 1995, p. 126).

> "La critica, però, toglie qualsiasi valore scientifico a questa classificazione, perchè la dimostra assisa sopra un'ipotesi che non è universalmente applicabile, e quindi desunta o appoggiata ad elementi incerti od oscillanti. Si dice che il fenomeno della traslazione non è necessariamente, o meno, legato alla natura delle imposte che compongono il sistema politributario contemporaneo; data quindi l'incertezza del processo di traslazione, data la possibilità che si verifichi o meno, la *stessa imposta*, per le condizioni del mercato, potrebbe dirsi diretta ed indiretta, per cui né la scienza, né la pratica potrebbero trovar posa in essa. La incertezza o indeterminatezza connaturata al fenomeno trae la mancanza assoluta di quella precisione obiettiva che ogni e qualsiasi classificazione richiede."[123]

Esse é o risco decorrente da importação à ciência jurídica de conceitos imprecisos de outras esferas do conhecimento, como o conceito econômico de *repercussão do tributo*.[124] Cria-se, fruto dessa importação, imprecisões conceituais que enfraquecem a coesão da teoria do Direito. Ilustrativo desse fenômeno, Luís Cesar Souza de Queiroz afirma haver um pleonasmo na expressão *contribuinte de direito* e uma contradição na expressão *contribuinte de fato*.[125] Tem razão o autor, pois, para a compreensão do fenômeno da relação jurídico-tributária, deve-se levar em conta justamente as categorias jurídicas atinentes ao fenômeno. Ou seja, falar em contribuinte pressupõe falar em *contribuinte de direito*; um contribuinte que não seja *de direito* desimporta para esse exame, pois contribuinte não é.[126]

Tais críticas nos conduzem à afirmação de que o Direito Penal Tributário deve, de fato, preocupar-se com a apropriação indébita de valores de terceiros por parte do responsável pelo adimplemento do tributo; entretanto, essa preocupação não pode se materializar a partir de conceitos vagos como o de *repercussão econômica do tributo*, dadas todas as deficiências provocadas pela importação desse conceito ao Direito Penal Tributário. O ponto de partida para a construção fática do crime de apropriação indébita tributária deve ser o conceito de *repercussão jurídica*.

---

123. SPOTO, 1902, p. 195.

124. Parece ser essa a razão da crítica de Alfredo Augusto Becker: "Ora, os conceitos econômicos e terminologia econômica *são válidos exclusivamente no plano econômico* da Ciência das Finanças Públicas e da Política Fiscal. Por outro lado, a terminologia jurídica e conceitos jurídicos são válidos exclusivamente no plano jurídico do Direito Positivo. Êste rigoroso cuidado na terminologia não é uma exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma *exigência fundamental* – como aguda e exaustivamente demonstrou Norberto Bobbio – *para se construir qualquer ciência*" (BECKER, 1972, p. 484-485).

125. Na sua conclusão: "Contribuinte de fato é conceito econômico (é conformado por critérios econômicos, do interesse da Ciência Econômica) e não um conceito jurídico" (QUEIROZ, 1999, p. 181-182).

126. Na conclusão do autor: "[...] o único titular da relação jurídico tributária é o contribuinte; as expressões *contribuinte de fato* e *contribuinte de direito* carecem de rigor científico e devem ser repelidas com veemência do universo da Ciência do Direito" (QUEIROZ, 1999, p. 184).

No conceito de Alfredo Augusto Becker, a repercussão jurídica do tributo ocorreria nos casos de reembolso ou de retenção na fonte; ou seja, quando a lei expressamente conferir ao contribuinte o "[...] *direito* de repercutir o ônus econômico do tributo sobre outra *determinada* pessoa."[127] Partindo-se dessa afirmativa, deve-se concluir que a correta leitura do vocábulo *cobrado* do tipo penal não deve ser realizada a partir da ideia de *repercussão econômica*, mas de *repercussão jurídica* – aquela objeto de regulamentação jurídica.[128]

No mesmo sentido, Alaor Leite e Ademar Borges:

> "[...] não é plausível que o legislador tenha se valido dos termos 'descontado' e 'cobrado' para se referir à mera repercussão econômica da tributação. Afinal, toda a tributação incidente sobre a atividade econômica tende a ser, em alguma medida, transferida para o consumidor."[129]

Encontra-se na afirmação inicial de ambos os autores, entretanto, a nossa discordância: acreditamos não só ser plausível que tal tenha sido a postura do legislador (pelas razões já expostas anteriormente), como ter sido realmente esse o seu objetivo – o de pautar a aplicação do vocábulo *cobrado* também a partir da repercussão econômica do tributo (fato reconhecido, majoritariamente, pelo STJ e pelo STF). Entretanto, concordamos plenamente com os autores em seu argumento final, e nisso reside parte das razões que conduzem à inconstitucionalidade parcial do tipo penal.

A elevada gravidade das consequências jurídicas do Direito Penal torna pressuposto que se tenha um singular respeito ao princípio da legalidade.[130] Esse princípio, geralmente sintetizado à exigência de lei prévia, tem desdobramento representado pelo axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, a proibir tipos penais indeterminados.[131] Surge, a partir desse postulado, um *mandado de determinação*, a exigir que a lei penal discipline de forma suficiente as condutas proibidas.[132]

Ou seja, o princípio da legalidade penal não é capaz de cumprir suficientemente a sua função de garantia (fundamental ao Direito Penal do Estado de Direito) se apenas se estabelecer, por meio de lei, as condutas proibidas; mais do que isso, deve-se assegurar que as prescrições penais sejam formuladas de maneira determinada. Não se trata de obstar ao tipo penal qualquer possibilidade de dúvida interpretativa (tarefa de impossível

127. BECKER, 1972, p. 487.

128. ESTELLITA; PAULA JUNIOR, 2019.

129. LEITE; BORGES, 2019.

130. BAUMANN, 1973, p. 57.

131. ROXIN, 1997, p. 141.

132. MIR PUIG, 2016, p. 117.

cumprimento), mas de se objetivar uma formulação típica que não ultrapasse limites mínimos de determinação.[133-134]

É justamente esse *mandado de determinação* extraído do princípio da legalidade o valor violado pelo legislador e por aqueles que realizam a leitura do tipo penal no sentido como concebido: a criminalização do inadimplemento de tributo próprio *cobrado* (no caso concreto, ICMS) se fundamenta em critérios absolutamente imprecisos, extraídos de uma classificação de tributos (em *diretos* e *indiretos*) que tem nenhuma segurança classificatória.

O Direito Penal não pode conviver com elemento típico que, por natureza, é incerto. Por isso, a situação legalmente constituída no Direito Tributário deve ser o ponto de partida do tipo penal – situação seguramente verificada em casos como a retenção tributária ou a substituição tributária. Tomar como ponto de referência para a leitura do tipo o critério econômico é algo deveras impreciso para satisfazer o princípio da legalidade penal, motivo pelo qual aqui se defende a inconstitucionalidade do tipo nesse específico ponto.

4.2.2. Ilicitude da prisão por dívida

Entendimento já difundido na jurisprudência e na doutrina é o da ilicitude da prisão civil (a exceção da prisão por dívida de alimentos). Caracteriza-se a prisão civil especialmente por seu objetivo, qual seja, o de compelir um devedor ao adimplemento de uma obrigação contraída.[135]

A esse respeito, deve-se referir a existência de vedação constitucional a tal modalidade de prisão,[136] bem como de vedação expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678/92.[137]

---

133. STRATENWERTH, 2005, p. 75.

134. Sobre a imprecisão do critério avaliativo de determinação da lei: "[...] no hay ningún texto legal que excluya toda duda. En todo caso, la ley sólo puede ser exacta en mayor o menor medida, y esta medida, a su vez, no es mensurable. No está claro ni dónde está el límite de una indeterminación admisible, ni cuándo éste se rebasa. Por ello, sólo en casos extremos se podrá afirmar con alguna seguridad que ha sido vulnerada la prohibición de prescripciones penales indeterminadas" (STRATENWERTH, 2005, p. 75).

135. MENDES, 2012, p. 429-430.

136. Na Constituição Federal: "Art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;" (BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 08.02.2020).

137. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "Artigo 7º (7) Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar" (BRASIL, Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 06.02.2020).

Contraposto a essa vedação de prisão civil, a interpretação prevalecente no STJ e no STF (que consideramos de acordo apenas com a redação típica formal) parece instituir a aplicação de tipo penal incriminador à simples situação de inadimplemento tributário.[138] Se inexiste qualquer relação jurídica estabelecida entre consumidor final e Fisco, bem como se a relação entre credor e consumidor é exclusivamente comercial, não há como se afirmar a existência de apropriação indébita (de coisa alheia) tributária em relação a apenas um dos tantos fatores que compõem o preço de produtos/serviços.

É pressuposto do crime de apropriação indébita tributária que o valor apropriado seja de terceiro, por decorrência da violação de regra tributária instituidora de obrigação a responsável tributário distinto da pessoa do contribuinte. Em outras palavras, "[...] o simples fato de o sujeito passivo não recolher tributo é inelegível como tipo delituoso."[139] Deve haver algo mais do que o mero inadimplemento, sob pena de se instituir (como de fato o foi com o artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90) uma espécie de "prisão civil por dívida travestida em prisão penal".[140]

Pertinente ao caso é a lição de Luís Eduardo Schoueri, ao examinar a criminalização da dívida de tributo próprio: "A prisão, neste caso, seria por mera dívida tributária [...] e, enquanto tal, inconstitucional, já que não se admite, senão nos casos de depositário infiel ou alimentos (art. 5º, LXVII)"[141] – adverte-se para o reconhecimento, pelo STF, da ilicitude da prisão civil no caso do depositário infiel.[142] No mesmo sentido, Kiyoshi Harada, ao comentar a decisão do STJ no *Habeas Corpus* 399.109:

> "Afasta-se, de pronto, o não recolhimento tempestivo do ICMS apurado, escriturado e informado pelo contribuinte ao fisco. No caso, há apenas mora no cumprimento da obrigação principal a ensejar consequência na órbita tributária: a inscrição do crédito na dívida ativa, seguida de execução fiscal com a constrição judicial de bens do devedor."[143]

Em um raciocínio lógico-hipotético, a partir do reconhecimento, pelas Cortes Superiores, de que o mero repasse do ônus financeiro ao consumidor (sujeito passivo da repercussão econômica do tributo) enseje a legitimidade da intervenção penal

138. Nesse sentido: "Quanto ao inciso II do art. 2º da Lei 8.137/90, sua inconstitucionalidade é evidente, por consistir em clara hipótese de prisão por dívida" (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 372).

139. AMARO, 2017, p. 492.

140. MORAIS; CASTANHA; CARVALHO, 2009.

141. SCHOUERI, 2019, p. 888.

142. Nesse sentido, a súmula vinculante 25 do STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito." No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes, ao concluir pelo caráter supralegal da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, preponderante, portanto, em relação à legislação regulatória da prisão do depositário infiel. (MENDES, 2012, p. 462).

143. HARADA, 2019, p. 267.

(consequentemente, que não represente violação à proibição de sanção penal por mera dívida), também se deverá admitir a legitimidade da intervenção penal em caso de inadimplemento de salários, conta de energia elétrica, entre tantos passivos embutidos no preço de produtos/serviços, seja por aplicação do artigo 168 do Código Penal,[144] seja em caso de aprovação de lei com tipo penal específico ao caso de inadimplemento de valor cobrado. Ou seja, se o ponto de partida do exame da tipicidade é a *repercussão econômica* (critério que, parece-nos, balizou a atividade do legislador), a condicionante da *vedação da sanção penal por mera dívida* não mais poderá ser utilizada como óbice da atuação penal em tais casos – conclusão com a qual não se pode concordar.[145] Justamente em razão da palpável violação à vedação da prisão por dívida, é de se concordar com Hugo de Brito Machado quando classifica a criminalização do não recolhimento do ICMS próprio declarado como "fraude constitucional".[146]

4.2.3. Da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

O artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, como referido anteriormente, não se direciona apenas à situação de inadimplemento de tributo próprio incluído no preço de produto/serviço (ou seja, com ônus econômico repassado a terceiro). Destina-se, igualmente, a situações diversas em relação às quais não se questiona a legitimidade da intervenção penal, do que são exemplos os casos de retenção na fonte de imposto de renda (pelo elemento típico *tributo descontado*) e de substituição tributária *para a frente* de ICMS (pelo elemento típico *tributo cobrado*).

É exclusivamente a aplicação do tipo ao primeiro caso, no entanto, que enseja o vício de inconstitucionalidade material,[147] seja em razão da violação ao princípio da legalidade (especificamente, a um *mandado de determinação*), seja em razão da violação à proibição da prisão por dívida. Portanto, deve-se preservar a aplicação do tipo penal às hipóteses de intervenção legítima, mas restringi-la em relação ao caso de dívida de tributo próprio com ônus financeiro repassado a terceiro, em razão da inconstitucionalidade apontada,

144. No Código Penal: "Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa." (BRASIL, Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 06.02.2020).

145. Seguindo nesse norte, Hugo de Brito Machado: "Pode, é certo, estar o valor do IPI incluído no preço dos produtos vendidos. Isto, porém, não faz do industrial mero intermediário, nem do comprador do produto contribuinte do IPI. O valor dos salários pagos pelo industrial também pode estar incluído no preço dos produtos, como o valor do aluguel [...]. Nem por isto, se pode afirmar que o comprador dos produtos é o empregador [...]" (MACHADO, 1995, p. 126).

146. MACHADO, 1995, p. 124.

147. Para um conceito pontual de inconstitucionalidade material: "Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição" (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1168).

resultado alcançado por meio da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Não se trata, aqui, de se promover uma interpretação conforme a Constituição, cujo resultado prático é significativamente semelhante ao da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.[148] Na lição de Alexandre de Moraes, conquanto sejam distinguidas pela doutrina a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto,[149] ambas se complementam. Aliás, algumas vezes, a utilização da segunda se faz necessária para o alcance da primeira.[150]

Enquanto na interpretação conforme a Constituição o intérprete reconhece a constitucionalidade de determinado dispositivo quando aplicado em um sentido específico, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto o intérprete reconhece a inconstitucionalidade da aplicação do dispositivo legal em um dado sentido. No segundo caso, ocorre a expressa exclusão de determinado sentido de aplicação da norma, por ser considerado incompatível com a Constituição Federal (*v.g.*, "[...] a lei x é inconstitucional se aplicável a tal hipótese [...]").[151]

Essa técnica de decisão no controle de constitucionalidade, que tem permissivo legal na lei de regência das ações diretas de (in)constitucionalidade,[152] além de ampla utilização pela Suprema Corte,[153] é o instrumento necessário para que se solucione o vício do tipo penal do crime de apropriação indébita tributária: sem que se invalide qualquer de seus elementos típicos (especificamente as expressões *tributo cobrado* e *tributo descontado*, que têm âmbito de aplicação legítima), impede-se a sua aplicação ao inadimplemento de tributo próprio com ônus financeiro repassado a terceiro.

148. CARDOSO, 2009, p. 63.

149. Por exemplo, parte da doutrina compreende apenas a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, constituindo-se a interpretação conforme a Constituição um método de interpretação sistemática (RIBEIRO, 2009. p. 157-160).

150. MORAES, 2014, p. 788.

151. MENDES; BRANCO, 2018, p. 1462.

152. Na Lei 9.868/1999: "Art. 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal" (grifo nosso) (BRASIL, Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm]. Acesso em: 06.02.2020).

153. Exemplificativamente: ADI 5733, j. 20.09.2019; ADI 4650, j. 17.09.2015; e ADI 4426, j. 09.02.2011.

5. CONCLUSÃO

Concluir que o artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, formalmente, institui a criminalização do inadimplemento de tributo direto com ônus financeiro repassado a terceiro não é algo despropositado. Ao contrário, tudo indica ser essa a conclusão acertada na interpretação do tipo penal.

O histórico legislativo desse dispositivo legal demonstra que tanto o Poder Executivo (autor da proposta) quanto o Poder Legislativo estavam atentos a essa aplicação. Desde a formulação original da proposta (Projeto de Lei 4.788/1990), a expressão típica *tributo cobrado* direcionava-se ao *tributo recebido de terceiros mediante acréscimo ou inclusão no preço*.[154] Trata-se de vocábulo (*cobrado*) com significação própria para o Direito Penal, distinta da significação que tem no Direito Tributário – especialmente quando se analisa o instituto da compensação em tributo não cumulativo, situação na qual *tributo cobrado* não significa que tenha sido necessariamente pago.

Diante dessas observações, entende-se que o tipo penal mencionado foi constituído, em parte, a partir dos conceitos de *tributo direto* e *indireto*, de *contribuinte de direito* e *contribuinte de fato*, bem como de *repercussão econômica* do tributo, abarcando situações como o inadimplemento de ICMS próprio.

Tal conclusão, todavia, não significa que, como decidido pelos STJ e STF, deva o tipo penal ter aplicação prática a tais casos. A conclusão a respeito do âmbito de aplicação da expressão *tributo cobrado* importa, em um segundo momento, na conclusão de que o tipo penal carece de conformidade constitucional especificamente para o caso de dívida de tributo próprio, seja em razão da violação ao princípio da legalidade e de seu *mandamento de determinação* da lei penal, seja por resultar na vedada prisão por dívida.

Nesses termos, a fim de que se preserve a aplicação típica a casos de legítima intervenção penal (de retenção na fonte e de substituição tributária), conclui-se pela necessidade de declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, impedindo-se a incidência do Direito Penal ao caso de mera dívida de tributos próprios.

6. REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Antônio Machado Guedes. A não cumulatividade do ICMS nas operações com diferimento (substituição tributária para trás). *Instituto Brasileiro de Estudos Tributários*, São Paulo, p. 1101-1124, 2018. Disponível em:

154. Na redação original: "Art. 2º Constitui, ainda, crime contra a administração tributária: [...] V – deixar de recolher aos cofres públicos, nos sessenta dias seguintes ao término do prazo fixado, *tributo ou contribuição recebida de terceiros mediante acréscimo ou inclusão no preço de produtos ou serviços* e *cobrado* na fatura, nota fiscal ou documento assemelhado;"

[www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Antonio-Alcoforado.pdf]. Acesso em: 05.01.2020.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*, Barcelona, v. 1, p. 1-15, 1998. Disponível em: [www.derechopenalenlared.com/libros/zapatero_derecho_penal_economico_y_constitucion.pdf]. Acesso em: 05.02.2020.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

BECK, Francis Rafael; PORTO, Éderson Garin. Criminalização da inadimplência tributária: uma análise ao *leading* case habeas corpus 399.109 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, v. 2, n. 2, p. 54-81, 2018. Disponível em: [http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/18239]. Acesso em: 12.01.2020.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: BENDA, Ernesto; et al. (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SANTIAGO, Igor Mauler. Prisão por dívida de ICMS viola a Constituição, a lei e a jurisprudência. *Consultor Jurídico*, [S.l], 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-dez-12/consultor-tributario-prisao-divida-icms-viola-constituicao]. Acesso em: 02.02.2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Oscar Valente. A interpretação constitucional como método de controle de constitucionalidade. *Revista Direito Público*, n. 25, p. 53-67, jan.-fev. 2009. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1446/917]. Acesso em: 15.01.2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. *Revista de Derecho*: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, Uruguai, n. 2, p. 35-67, 2007. Disponível em: [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846/849]. Acesso em: 12.01.2020.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DE CARVALHO, A. A. Contreiras. *Doutrina e aplicação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Livraria Feitas Bastos, 1969.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTELLITA, Heloisa; PAULA JUNIOR, Aldo de. O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição da mera inadimplência tributária? *Jota*, São Paulo, 10.12.2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019]. Acesso em: 03.01.2020.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 7-42, 2014. Disponível em: [https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26]. Acesso em: 12.01.2020.

FONROUGE, C. M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973.

HADWA ISSA, Marcelo. El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal. *Política Criminal*: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, n. 3, p. 1-18, 2007. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2346869&orden=130091&info=link]. Acesso em: 12.01.2020.

HARADA, Kiyoshi. *ICMS: Doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

KFOURI JR., Anis. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Alaor; BORGES, Ademar. Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio. *Jota*, São Paulo, 17.12.2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-a-criminalizacao-do-nao-recolhimento-de-icms-proprio-17122019?fbclid=IwAR1I6FO1z3umV43Ww2FSrtE2u-8kixV26d2bUIgltCsow_L7MJtLsebQ3GxM]. Acesso em: 20.12.2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos "indiretos". *GEN Jurídico*, 2017. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2017/01/05/ainda-a-restituicao-dos-tributos-indiretos/#_ftnref10]. Acesso em: 08.01.2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MANEIRA, Eduardo. Da substituição tributária "para a frente" no ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 95, p. 56-64, ago. 2003. Disponível em: [https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/11/Da-Substituicao-Tributaria-para-a-frente-no-ICMS.pdf]. Acesso em: 06.01.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 10. ed. Barcelona: Reppetor, 2016.

MITA, Enrico de. *Principi di diritto tributario*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Paulo José Iasz de; CASTANHA, Alexandre; CARVALHO, Aluisio Monteiro de. Prisão por dívida é meio de pressionar contribuinte. *Consultor Jurídico*, 2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-fev-27/prisao-divida-fazenda-meio-pressionar-contribuinte-pagar]. Acesso em: 18.01.2019.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Sujeição passiva tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme a Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*, n. 184, out.-dez. p. 149-170, 2009. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194954/000881712.pdf?sequence=3]. Acesso em: 15.01.2020.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. En torno al concepto y el contenido del Derecho penal tributario. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Espanha, t. 21, p. 77-116, 1968. Disponível em: [www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1968-10007700116]. Acesso em: 06.01.2020.

SANTIAGO, Igor Mauler. *Petição em Recurso Ordinário em Habeas Corpus*. Brasília: 2019. 19 p. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/memoria-igor-mauler-prisao-divida-fiscal.pdf]; Acesso em: 05.06.2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais*. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
SPOTO, Ippolito Santangelo. Imposta. In: LUCCHINI, Luigi (Org.). *Il Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902. v. 13.
STOCO, Rui; OLIVEIRA STOCO, Tatiana de. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005.
SUBSTITUTO. In: *Caldas Aulete*. Brasil: Lexikon. Disponível em: [www.aulete.com.br/substituto]. Acesso em: 25.01.2020.
TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Parte general y especial. Trad. Manuel Avanto Vásquez et al. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
ULAS, Gabriela. La responsabilidad del profesional en los delitos tributarios y la imputación objetiva. *DIXI*, n. 19, p. 9-18, 2014. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5572773.pdf]. Acesso em: 12.01.2020.
VILLEGAS, Héctor Belisario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Crimes contra a ordem tributária e a representação fiscal para fins penais, de Lais Vieira Cardoso – *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/717-740 e *RTrib* 57/69-75 (DTR\2004\495); e
- Sobre a criminalização da dívida tributária pelo inadimplemento do ICMS próprio: considerações críticas ao entendimento do RHC 163.334, de Gamil Föppel e Josiane Minardi – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 e *RDPec* 4/13-30 (DTR\2020\14523).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2015\1100486 e JRP\2016\1451796.

Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal

Can the one who acts against duty trust the correct conduct of others? A contribution to the application of the principle of trust in criminal law

Rodrigo Amaral

Mestre em Direito – linha de Direito Penal – pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2020). Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição (2018). Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes – UCAM (2015).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0999-8060].
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3052862536926698].
rodrigoamaral2209@gmail.com

Recebido em: 20.06.2020
Aprovado em: 19.01.2021
Última versão do autor: 21.01.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? A jurisprudência brasileira, seguindo a alemã, responde essa questão negativamente quando analisa a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal. O presente artigo tem como escopo avaliar esse posicionamento, oferecendo critérios para a resolução dos casos em que se questiona se aquele que erra pode ter o princípio da confiança aplicado em seu favor. A premissa é de que se pode confiar que os outros agirão de acordo com o dever, exceto na presença de elementos concretos que indiquem o contrário. O método utilizado é de revisão de literatura em um debate de dogmática jurídica e o processo de imputação é feito nos termos da teoria da imputação objetiva.

Abstract: Can the one who acts against duty trust the correct conduct of others? Brazilian case law, following the German one, answers this question negatively when it analyzes the application of the principle of trust in criminal law. This article aims to evaluate this position by offering criteria for deciding whether or not someone who acts against duty can have the principle of trust applied in his favor. The premise is that it can be trusted that others will act according to duty, except in the presence of concrete elements that indicate otherwise. The method used is literature review in a debate of legal dogmatics and the imputation process is done in terms of the theory of objective imputation.

Amaral, Rodrigo. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 287-308. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da confiança – Teoria do delito – Imputação penal – Risco permitido – Dever de cuidado.

KEYWORDS: Principle of trust – Theory of crime – Criminal imputation – Allowed risk –Duty of care.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A possibilidade de confiar como ponto de partida de orientação da conduta do homem prudente. 3. Quem age incorretamente pode confiar? 4. A existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta do terceiro. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Viver[1] significa ter experiências em conjunto, em sociedade, com outras pessoas; a não ser que se opte por viver num local extremamente remoto, sem o contato de outros seres humanos, de modo que o mundo se apresenta como um ambiente em que indivíduos interagem entre si. Nesse contexto de numerosos contatos interpessoais, ocorre, com certa frequência, a concorrência de múltiplos indivíduos em um determinado evento. Muitas vezes esse evento será penalmente relevante, cabendo à jurisprudência determinar o grau de responsabilidade de cada pessoa. É possível que essa participação ocorra das mais variadas formas, por meio de ações ou omissões, com as mais diversas intenções ou níveis de cognição por parte dos agentes, haja vista que o mundo fático é o mundo da contingência,[2] das múltiplas possibilidades. Por regular esse mundo, o direito é chamado a dar uma resposta adequada a todas as formas possíveis de acontecimentos.

O princípio da confiança, conforme o nome já indica, surge no contexto jurídico-penal para estabelecer se o indivíduo poderia ou não atuar confiando que um terceiro agiria de forma correta, podendo esse terceiro ser o próprio lesado pelo evento danoso ou qualquer outra pessoa. Nesse contexto, a jurisprudência alemã, após a criação do *Bundesgerichtshof* (BGH),[3] introduziu, no meio do século XX, limitações ao princípio da con-

1. O presente artigo é um excerto, com modificações, de um capítulo da minha dissertação de mestrado, intitulada "O princípio da confiança no direito penal: um elemento necessário de uma sociedade organizada".

2. "Necessário é o que não pode deixar de ser como é. Temos a impressão de que todos os seres poderiam não ser. Este livro, que temos aqui, *poderia* não existir. Todos os seres têm possibilidades, e a possibilidade é do ser de tudo quanto há. Como qualquer ser não tem apenas uma possibilidade, mas muitas, e apenas algumas se realizam, podemos admitir que, em vez desta, outra poderia ter-se atualizado, o que leva a aceitar a contingência dos acontecimentos, que *sucedem deste modo e poderiam suceder de outro*" (SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. São Paulo: É Realizações, 2018. p. 213. [grifos no original]).

3. Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, correspondente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

fiança, seguindo uma tendência importada da doutrina americana, o instituto da direção defensiva (*defensives Fahren*).[4] Nesse contexto, houve o estabelecimento de uma série de limitações ao princípio da confiança e, dentre elas, a vedação à sua aplicação em favor daquele que age incorretamente. Segundo essa concepção, seria um erro proteger a confiança de uma pessoa que age incorretamente e, com isso, quebra a confiança dos outros.[5]

A jurisprudência brasileira recepcionou esse posicionamento. Um exemplo é o *decisum* da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 1.580.438/PR, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz. Aqui, julgou-se o caso de um motorista de ônibus que, dirigindo acima da velocidade permitida, atropelou um pedestre que atravessara a rua fora da faixa. O Tribunal *a quo* absolvera o réu em sede de apelação por meio do princípio da confiança, sob o fundamento de que a vítima atravessara a rua abruptamente, de modo que o motorista não teve tempo suficiente para evitar o acidente, considerando-se o erro do pedestre como o "fato causador"[6] do acidente. Em sede de recurso especial, todavia, a decisão foi revertida, pois a 6ª Turma do STJ entendeu que o princípio da confiança não pode ser aplicado em favor daquele que age em desacordo com as regras, *in verbis*:

> "Desse modo, pode valer-se de tal princípio o agente cujo comportamento se deu de acordo com o esperado pela sociedade e dentro das regras vigentes. Em tal hipótese, o comportamento imprudente de terceiro que se afastou da expectativa de um agir diligente ilidiria a tipicidade penal da conduta de quem, por quebra dessa confiança pelo terceiro, foi protagonista do evento danoso. No caso concreto, no entanto, o recorrido conduzia o veículo coletivo em velocidade que em muito excedia a permitida para o local, de sorte a não poder invocar, para excluir sua responsabilidade penal, o comportamento também imprudente da vítima, que avançou, de inopino, na faixa de rolamento em que se trafegava aquele."[7]

O presente trabalho tem como objeto a seguinte questão: o indivíduo que age em desacordo com as regras da atividade em questão pode confiar na atitude correta de terceiros? A premissa deste artigo é de que se pode confiar na conduta correta de terceiros, exceto na presença de elementos concretos que indiquem o contrário. Ocorre que, conforme será visto a seguir, nem sempre a possibilidade de confiar será elemento suficiente

4. Cf. SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 55-59.

5. Nesse sentido, KIRSCHBAUM, Klaus. *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1980. p. 122.

6. Não é correto falar aqui de causalidade, pois o princípio da confiança, bem como as demais categorias normativas da imputação, não busca responder se algo é causa de um resultado. Sobre isso, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 23-31.

7. Excerto do voto do Relator, acompanhado por unanimidade pela 6ª Turma, em decisão publicada no *DJe* de 18.04.2016.

para afastar a imputação penal. Para o processo de imputação, a opção é pela teoria da imputação objetiva, estando o princípio da confiança inserido no exame do desvalor da conduta. Sob o aspecto metodológico, o trabalho utiliza-se de uma revisão de literatura em um debate de dogmática jurídica. Por fim, para responder o problema que guia este estudo, primeiramente é necessário definir o que significa o princípio da confiança na teoria do delito (2). Após, procede-se com a análise da constelação de casos em que o agente que confia comete algum tipo de erro (3) ou que deixa de realizar seu dever de controle sobre outrem (4).

2. A possibilidade de confiar como ponto de partida de orientação da conduta do homem prudente

Aqui, o método é fruto de um raciocínio lógico-sistemático. Primeiramente, a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado, que é o conteúdo do desvalor da conduta, deve ser avaliado *ex ante*[8] e por um observador objetivo, por meio de uma figura dimensional (*Maßfigur*) objetiva. Entendo que a figura dimensional objetiva adequada, para o exame do desvalor da conduta, é a do *homem prudente*. Isso porque o método da imputação objetiva de análise do desvalor da ação e do desvalor do resultado chega, ao final, necessariamente a uma responsabilidade, no mínimo, a título de delito culposo. Por essa razão, a figura objetiva que deve guiar as reflexões sobre o desvalor da conduta não pode ser a mera imagem do homem médio, mas, sim, a do homem prudente, ou seja, do homem hipotético que nunca agiria de forma violadora de certo dever de cuidado. E se o delito imprudente constitui uma violação desse dever de cuidado,[9] a figura objetiva

8. Para um exame das razões a favor da perspectiva *ex ante* no desvalor da conduta, cf. AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5 p. 57-85, 2020. Ademais, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 34: "Basta termos em mente que estamos interessados não apenas no desvalor do resultado, mas primariamente em delimitar as fronteiras entre ações proibidas e permitidas, e que há diferenças fundamentais entre este problema, de desvalor da ação, e o problema do desvalor do resultado: não apenas o fato de no primeiro reger a perspectiva *ex ante*, e no segundo a *ex post*, como também o fato de que a inexistência de desvalor da ação isente completamente de pena, enquanto a inexistência de desvalor do resultado permite a punição por tentativa". Similar, SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 80-83. Ademais, com foco nos casos de delitos omissivos, corretamente, OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro*: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 113-114.

9. Há diferentes construções específicas acerca do conteúdo do delito imprudente, mas a maioria parece gravitar em torno de certa violação de um dever de cuidado. Ao que parece, o que irá diferir de forma fundamental é que uma parcela de autores exige, além dessa violação de dever

dimensional do homem prudente aparenta ser, aqui, a opção adequada. A ideia, aqui, gravita em torno da concepção segundo a qual o ordenamento jurídico não pode exigir dos cidadãos mais do que aquilo que é de fato praticado por pessoas prudentes.[10]

Tendo em vista que o desvalor da conduta deve ser avaliado *ex ante*, aplicar o princípio da confiança significa dizer que é razoável confiar que os outros agirão conforme o dever, salvo na presença de elementos concretos que indiciem o contrário. Portanto, deve-se fazer uma avaliação sobre a conduta do agente partindo do pressuposto de que, *a priori*, está permitido confiar.[11] Dessa forma, segundo vejo, o princípio da confiança, em sede de desvalor da conduta, deve operar segundo o seguinte pressuposto: *o homem prudente, na ausência de indícios que indiquem que o terceiro agirá contrariamente ao dever, confiaria na conduta correta dos outros*. Disso decorre a seguinte assertiva: *a possibilidade de confiar deve ser vista como o ponto de partida de orientação da conduta do homem prudente*. Assim, a possibilidade de confiar é uma regra *prima facie*, isto é, algo a ser presumido e aplicado em situações de total falta de dados acerca do que os outros farão, mas afastado nas hipóteses concretas que a desautorizem, que ocorrem quando ao agente é cognoscível a presença de indícios concretos de que o terceiro agirá contrariamente ao dever.

---

de cuidado, alguma certa relação subjetiva do autor com o fato, enquanto para outros autores a violação desse dever de cuidado já pressupõe essa relação subjetiva. Por todos, cf. BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 170 e ss.; FIDALGO, Sónia. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 201-279; FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 232. Para uma breve exposição, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 469; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018. p. 170 e ss.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 293. Crítico, JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 380-385, que prefere o conceito de cognoscibilidade da realização do tipo.

10. Nesse sentido, corretamente, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 69.

11. Em minha dissertação mencionada na nota de rodapé 1, busco desenvolver uma fundamentação para o princípio da confiança. No presente artigo, não tenho espaço para dissertar completamente sobre o tema, mas a ideia geral é a seguinte: em sociedades organizadas, isto é, que estabelecem regras de conduta, é razoável que o cidadão, que tem sua liberdade limitada por tais regras, possa partir da premissa de que os demais agirão de acordo com essas regras, exceto na presença de elementos concretos que indiquem o contrário. De toda forma, parece ser dominante na doutrina que a possibilidade de confiar é a regra e a desconfiança é a exceção, essa última somente ocorrendo diante de circunstâncias especiais. Sobre isso, cf. o panorama de SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 110 e ss.

Ademais, o fato de poder ou não confiar na conduta do terceiro nem sempre exime o agente de responsabilidade. Isso porque o princípio da confiança é um critério positivo para aferição do desvalor da conduta, e não um critério negativo e, portanto, afirmar que o agente pode confiar não leva necessariamente à exclusão da imputação.[12] Isso porque pode o agente ter um *dever especial de agir não cumprido*, ou ter criado ou incrementado um risco juridicamente desaprovado *per se*, isto é, independentemente da conduta errada do terceiro. Essas questões serão elucidadas detalhadamente em itens próprios, de modo que, no momento, basta atentar somente para o fato de que o princípio da confiança é um importante instrumento para aferição do desvalor da conduta, mas não é um critério negativo e, portanto, não afasta sempre a imputação.

3. QUEM AGE INCORRETAMENTE PODE CONFIAR?

Delineados os contornos do que significa o princípio da confiança na teoria do delito, agora é o momento de responder se o princípio da confiança pode afastar a imputação de quem age em desacordo com as regras da atividade em questão. Em uma primeira vista, não é ilógico errar e confiar na atitude correta dos outros, tendo em vista que *confiar* é depositar certa expectativa perante o *outro* e o erro próprio não indicia necessariamente que o terceiro também errará. Em outras palavras, não há uma relação necessária entre erro próprio e erro alheio, de forma que inexiste contradição naquele que erra, mas confia no acerto do outro. A questão da confiança tem natureza epistemológica, haja vista que confiar pressupõe certo *deficit* de conhecimento e se assim não fosse, conforme as belas palavras de Pimentel Albuquerque,[13] "o futuro se tornaria em eterno presente e o nosso conhecimento, direto e intuitivo, como o dos anjos", desaparecendo, assim, a possibilidade e a necessidade de confiança. *Somente quem já sabe não precisa confiar*. Isso só seria diverso se a conduta de quem erra ao menos dificultasse a conduta correta do terceiro, o que só pode ser aferido casuisticamente e, portanto, não tem força vinculante universal.

No plano normativo do princípio da confiança, não se trata do *status* mental humano em si, mas da *possibilidade de confiar*. Assim, a pergunta que se põe é se quem age contrariamente ao dever está autorizado a confiar na conduta alheia. Entendo que negar quaisquer possibilidades de confiar a quem age incorretamente só seria coerente à luz da teoria do prêmio, isto é, se a razão de ser do princípio da confiança fosse fomentar a obediência premiando aquele que obedece. Todavia, o entendimento de que quem erra não pode confiar é uma *petitio principii*, pois saber se o agente atuou de forma correta, isto é,

12. Nesse sentido, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 63-67.

13. ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal*: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111-112.

se realizou ou não um risco juridicamente desaprovado, é justamente o que se pretende aferir com o princípio da confiança. Dessa forma, está equivocado o brocardo, criado pelo BGH e seguido pela jurisprudência brasileira, de que quem age contrariamente ao dever não pode confiar.[14]

O que ocorre, por outro lado, é que *nem sempre a possibilidade de confiar será razão suficiente para afastar o desvalor da conduta do agente*. Isso porque, se a conduta errada do agente já produzir *per se* um risco juridicamente desaprovado de ocorrência do resultado previsto no tipo penal, não será possível arguir a possibilidade de confiar para afastar a imputação. Assim, será preciso, a partir de agora, diferenciar riscos juridicamente desaprovados de duas ordens: os (*i*) *riscos juridicamente desaprovados independentes*, que são aquelas condutas que criam um risco jurídico penalmente desaprovado independentemente da conduta do terceiro; e os (*ii*) *riscos juridicamente desaprovados dependentes*, que são aqueles que têm uma relação de dependência normativa com o risco criado pelo terceiro e, portanto, somente ocorrem quando se afasta o princípio da confiança.

Os conceitos de dependência e independência nada têm a ver com as relações causais, que estão, por uma questão conceitual, sempre conectadas e, nesse sentido, são dependentes. Aqui se trata do requisito para que o risco criado[15] converta-se em juridicamente desaprovado. Portanto, as relações de dependência e independência aqui referidas ocorrem no plano normativo, o que significa dizer que nos primeiros, os de dependência, o risco só estará juridicamente desaprovado em razão da concorrência de um risco criado pelo terceiro e que, caso inexistisse a criação desse último, o risco criado pelo primeiro agente não seria desaprovado. Por exemplo, é o caso do agente que dirige conforme as normas de trânsito e, mesmo diante de indícios de que o terceiro agirá contrariamente ao dever, prossegue dirigindo normalmente, de modo que ambos colidem. Conforme já exposto no item anterior, situações desse tipo contêm indícios concretos de que o terceiro agirá contrariamente ao dever, o que afasta a incidência do princípio da confiança. Por outro lado, se o terceiro tivesse agido de forma correta, o risco criado pelo primeiro agente seria aquele inerente à regular condução de um automóvel, o que está juridicamente permitido. Dessa forma, a conduta do agente no exemplo citado cria um risco juridicamente desaprovado dependente.

14. Um extenso rol de autores critica essa presunção absoluta, dos quais cito: GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 66-67, que reputa essa limitação como desnecessária e capaz de gerar confusão; LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40, que entende que o erro do agente só pode ser imputável quando repercutir na ocorrência do resultado; SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 117 e ss., cuja proposição será a seguir avaliada e que entende que essa limitação não pode ocorrer nos casos em que o erro do agente não gera efeitos para a concretização do resultado.

15. Para simplificar o texto, utilizarei sempre os termos "risco criado" ou "criação do risco" para englobar tanto os casos de criação de risco quanto os casos de incremento de um risco preexistente.

Os riscos juridicamente desaprovados independentes, por outro lado, existem, conforme o termo já indica, *independentemente* da atitude do terceiro. Voltando ao exemplo do condutor no trânsito, é o caso do agente que conduz um veículo acima da velocidade permitida. Dirigir acima da velocidade permitida já está *prima facie* juridicamente desaprovado, de modo que se trata da criação de um risco juridicamente desaprovado independente e, por isso, a incidência do princípio da confiança não é suficiente para afastar a punibilidade do agente. Dessa forma, não é que o agente não poderia confiar na conduta do terceiro, mas, sim, que essa possibilidade de confiar não resultará no afastamento da imputação do resultado.

Antes de prosseguir com as necessárias reflexões, convém apreciar a proposta de Siqueira,[16] que, ao analisar essa constelação de casos, exige algo próximo ao aqui sustentado: que a conduta errada do agente tenha repercussão concreta sobre a ocorrência do resultado. Contudo, defende Siqueira que isso seja avaliado por meio da análise do instituto do *comportamento alternativo conforme ao direito*.[17] Em suma, propõe a autora que se observe se a hipotética conduta correta do agente evitaria o resultado. Em caso positivo, ter-se-ia uma criação de um risco juridicamente desaprovado. Se a resposta fosse negativa, seria um imperativo aplicar o princípio da confiança e, por consequência, afastar a imputação do agente que confiou, pois, segundo a autora, nesses casos em que a conduta alternativa conforme ao direito não evitaria a ocorrência do resultado, não haveria o necessário liame entre erro do agente e resultado ocorrido. Em resumo, o raciocínio é o seguinte: se nem a conduta correta evitaria o resultado, punir o agente que confiou só porque ele errou não teria sentido.

Apesar de a citada proposta partir de um núcleo intuitivo correto (não é porque o agente errou que ele não pode confiar), não é possível o emprego do comportamento alternativo conforme ao direito para a análise do princípio da confiança. Isso porque, conforme exposto *supra*, o princípio da confiança é analisado no desvalor da conduta e, por isso, só pode considerar elementos *ex ante*. Para aferir se o hipotético comportamento correto evitaria ou não o resultado, seria necessário adentrar em dados somente acessíveis *ex post*, de modo que extrapolaria os limites possíveis da análise do desvalor da conduta, invadindo a seara do desvalor do resultado.[18] Dessa forma, não se trata de saber se

16. SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 116-128.

17. Para uma exposição sobre a matéria, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 168, p. 37-67, 2020.

18. Que a solução de Siqueira adentra no desvalor do resultado fica ainda mais evidente observando que a autora aduz que o seu objetivo é "identificar se houve uma criação do risco em relação ao *resultado tal qual ocorreu*, ou seja, se aquele risco criado com a conduta incorreta foi o risco que efetivamente se realizou no resultado" (grifado no original). Ibidem, p. 128. Ao mencionar a necessidade de aferir se o risco criado efetivamente se realizou no resultado, é incontroverso

uma conduta alternativa evitaria ou não o resultado, mas, sim, de avaliar a natureza do risco criado pelo agente, de modo a definir se se trata de um risco dependente ou independente. A diferença fundamental entre as propostas é, portanto, que uma extrapola o limite do desvalor da conduta, enquanto a outra se mantém estrita à análise de dados aferíveis *ex ante*. Caso contrário, romper-se-ia com o paradigma da *prognose póstuma objetiva*,[19] que é o método correto para a avaliação do desvalor da conduta.

Com o necessário apontamento feito, é possível prosseguir com o escrutínio da constelação de casos em que o próprio agente atua de forma incorreta. Veja-se que existem ilícitos independentes e que não constituem um risco de realização de um resultado típico. Dessa forma, tais ilícitos não podem ser confundidos com a criação de um risco juridicamente desaprovado independente. Por exemplo, é o caso do agente que conduz o veículo observando estritamente as regras de trânsito, com a exceção de estar guiando um carro sem placas ou que, numa tarde ensolarada, está com os faróis traseiros queimados (se os faróis fossem necessários para visualização da pista ou para o terceiro visualizar o carro do agente, a situação seria diferente). Assim, se o terceiro, por exemplo, ultrapassa equivocadamente o sinal e ocorre a colisão entre veículos, o erro do agente que confiou não constituiu a criação de um risco para a ocorrência do resultado colisão. Assim, pelo fato de o erro do agente não constituir já *ex ante* um risco para a ocorrência do resultado, não há razões para afastar *prima facie* a possibilidade da incidência do princípio da confiança para afastar a imputação do desvalor da conduta.

É preciso, ainda, observar o especial caso de alguns delitos de perigo abstrato,[20] que é uma constelação heterogênea de delitos que não podem ser considerados nem de lesão, nem de perigo concreto. É o caso, por exemplo, da direção de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, delito tipificado no art. 306 do CTB. A mera condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada não cria *per se* um risco juridicamente desaprovado de acidente, pois pode o agente dirigir nesse estado e não violar nenhuma outra regra de trânsito, em especial se se considerar que o art. 306, § 1º, I, do CTB[21] estabelece

que a proposição de Siqueira desloca o princípio da confiança para o desvalor do resultado, o que carece de boas razões e tampouco foi expressamente sustentado pela autora.

19. Cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 38-43.

20. Sobre os crimes de perigo abstrato, cf. GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 11-34, 2020; Idem. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004; WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011.

21. *In verbis*: "§ 1º As condutas previstas no *caput* serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar".

uma tolerância extremamente reduzida para a direção de veículo automotor após o consumo de álcool ou outra substância de efeitos análogos. Como a *ratio* da proibição de dirigir embriagado é justamente o risco de a atividade levar a erros na direção do veículo que gerem um perigo concreto a bens alheios, esse perigo concreto e juridicamente desaprovado de acidente somente ocorre quando é possível verificar um erro de direção que não seja o mero dirigir com álcool no organismo.

Partindo-se do citado exemplo do acidente de trânsito, suponha-se, assim, que o agente respeitou todas as regras dispostas no CTB, exceto o citado artigo 306. A questão que se põe aqui é se o agente deverá ser imputado ou não pelo delito inerente ao resultado produzido em razão do acidente (via de regra: dano, lesões corporais ou homicídio). Veja-se, portanto, que as reflexões sobre o princípio da confiança nada têm a ver com a punibilidade do delito de perigo abstrato em si, mas do delito posterior, que se produziu com o evento lesivo. Por uma questão de coerência interna, o que foi dito acerca da diferença entre o mero erro e a criação do risco aplica-se também aos delitos de perigo abstrato. Recapitulando: como o delito de perigo abstrato é *per definitionem* a não criação de um risco de ocorrência de um resultado lesivo ou concretamente perigoso previsto em outro tipo penal, o princípio da confiança afastará a imputação pelo resultado posterior nos casos em que o agente não praticou o ato perigoso juridicamente desaprovado posterior ao delito de perigo abstrato. Concretamente, isso significa que o mero dirigir embriagado ainda não é suficiente para afirmar a imputação daquele que confia. Todavia, se a embriaguez faz com que o próprio agente pratique algum ato posterior que possa ser considerado um risco juridicamente desaprovado independente, a possibilidade de confiar não poderá afastar a imputação pelo resultado causado em razão do acidente.

Segundo vejo, a ideia aqui defendida já fora ao menos intuída por Puppe[22] na sua proposição em limitar o exame da causalidade à violação do dever de cuidado. Segundo a autora, não basta a constatação de que houve uma violação do dever de cuidado e que o comportamento do agente possui nexo causal com o resultado, é preciso mais: é exatamente aquele elemento considerado violador do dever de cuidado que deve ser causal em relação ao resultado, no sentido de ser uma parte necessária de uma condição suficiente para o referido resultado. Para ilustrar o sustentado, Puppe lista alguns exemplos e, entre eles, o caso da seta (*der Blinkerfall*), em que o agente conduzia um automóvel com uma seta sem funcionar.[23] Nesse caso, um terceiro atinge a traseira do carro do agente. Aqui, assevera Puppe, está claro que há uma lesão do dever de cuidado (dirigir com uma seta sem funcionar) e há inequívoco nexo causal entre o comportamento do agente e a colisão entre automóveis. No entanto, o que falta é justamente uma relação causal entre o

22. Cf. PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (Coord.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 27 e ss.

23. Ibidem, p. 27.

resultado "acidente" e o fato de o farol do carro do agente estar sem funcionar. Em outras palavras, o farol apagado, naquele caso, não era uma parte necessária de uma condição suficiente para o resultado.

Tenho as minhas reservas quanto ao método de limitar o exame de causalidade à violação do dever de cuidado, em razão de isso provavelmente constituir uma confusão entre as esferas da causalidade, que é ôntica, e da imputação, que é normativa.[24] Entretanto, não posso prosseguir refletindo sobre isso na medida em que o tema extrapola o objeto deste estudo, de modo que essa questão precisará ficar, aqui, em aberto. De todo modo, parece-me mais promissor utilizar o método aqui proposto: se, no citado caso da seta, ter um farol apagado não criou, desde uma perspectiva *ex ante*, um risco para a ocorrência da colisão entre os veículos e não há nenhum outro dado que inviabilize a possibilidade de confiar, o agente não criou um risco juridicamente desaprovado do resultado ocorrido e, portanto, inexiste desvalor da conduta, de modo que a ele não pode ser imputado esse resultado, que será imputável somente ao terceiro que provocou a colisão violando o seu dever de cuidado.

Talvez o leitor ainda possua dúvidas sobre como diferenciar quando se trata de um risco juridicamente desaprovado dependente ou independente e, por isso, passo agora a uma melhor explicação de como fazê-lo. O primeiro passo é, evidentemente, verificar se o ato violador do dever realmente cria o risco para a ocorrência do resultado. Em caso afirmativo, passa-se à análise da valoração jurídica do risco criado. Esse segundo passo deve considerar que existem basicamente três elementos que são, sem dúvida, instrumentos para a aferição do desvalor jurídico do risco criado: a existência de normas de segurança para determinada atividade, o próprio princípio da confiança e a figura dimensional objetiva (*Maßfigur*) que, aqui, deve ser a imagem do homem prudente (cf. *supra*).[25] Portanto, o segundo passo será analisar se há alguma norma de segurança específica da atividade e, caso positivo, verificar se o agente a violou. Dessa forma, haverá um risco juridicamente desaprovado independente quando for possível fazer duas afirmações: (*i*) quando for possível verificar por parte do agente um comportamento contrário às normas de segurança da atividade em questão e (*ii*) que o comportamento contrário ao dever criou efetivamente o risco para a ocorrência do resultado. Dessa forma, a

24. Se realmente há essa confusão, não posso afirmar aqui com segurança. Porém, como a questão do dever de cuidado já é em si normativa, colocá-la no exame do nexo causal ao menos gera sérias dúvidas sobre a inserção de dados normativos na causalidade. Além disso, um dos argumentos de Puppe a favor da teoria da condição INUS em detrimento da fórmula da *conditio* é justamente a necessidade de proteção a bens jurídicos (Ibidem, p. 21), o que é uma razão evidentemente normativa. Segundo vejo, mas não posso aqui melhor elucidar, a fórmula da condição INUS é, de fato, superior à da *conditio sine qua non*, mas isso independe da necessidade de proteção de bens jurídicos. Sobre o assunto, por todos, cf. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 127-169.

25. Nesse sentido, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 59-70.

possibilidade de confiar não afastará a imputação quando o comportamento do agente contrário ao dever tenha *per se* criado um risco juridicamente desaprovado. Quando essa constatação depender da possibilidade de confiar, esta será decisiva para a aferição do desvalor da conduta.

Assim, como panorama geral do que expus no presente item, o princípio da confiança não afastará a imputação nos casos em que o próprio agente atuou contrariamente ao dever *somente quando* a infração ao dever constituir a criação de um risco relevante e juridicamente desaprovado para a realização do resultado independentemente da conduta do terceiro. Destarte, não pode o agente eximir-se da responsabilidade alegando que poderia confiar no terceiro se o próprio agente criou um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta do terceiro. Isso porque, mesmo que ele possa confiar, ele mesmo já produziu um risco juridicamente desaprovado de realização do resultado, de modo que inexistem razões para o afastamento da imputação. O fundamento disso é que, quando se pretende afastar a imputação de alguém por meio do princípio da confiança, o que fica implícito é que a conduta do agente só é punível quando não é possível afirmar a possibilidade de confiar e, portanto, há certa relação de dependência entre as condutas do agente e do terceiro. Quando não há essa dependência, isso significa que o ato do agente é avaliado negativamente pelo Direito independentemente da conduta do terceiro, de modo que a possibilidade de confiar não será o decisivo para a imputação do agente.

Como resultado das reflexões feitas neste tópico, deve-se fazer o seguinte panorama: (*i*) se o agente que confiou também agiu contrariamente ao dever, isto é, violando as regras específicas daquela atividade, é preciso, primeiramente, observar se o seu erro realmente criou o risco de realização do resultado; (*ii*) se a infração da regra da atividade não cria o risco *per se*, trata-se de um risco dependente, sendo juridicamente desaprovado se o agente não pudesse confiar, ou seja, na existência de circunstâncias concretas que afastassem a possibilidade de confiar; (*iii*) caso contrário, haverá um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta do terceiro, não sendo o princípio da confiança suficiente para afastar a imputação do agente.

4. A existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta do terceiro

Outra constelação de casos em que se debate o alcance do princípio da confiança está presente quando o indivíduo possui algum dever de ingerência sobre a conduta de um terceiro. Esse problema ocorre frequentemente em âmbitos como os do direito penal médico e do direito penal empresarial, ramos em que há uma organização hierárquica verticalizada. A questão que se põe, portanto, é se é possível aplicar o princípio da confiança

quando existe algum dever de evitar ou compensar um eventual erro do terceiro.[26] Por uma questão metodológica, convém fazer a seguinte divisão que está presente no debate doutrinário: aqueles casos em que há uma *relação vertical* de trabalho e aqueles em que há uma *relação horizontal*.[27] Nos casos da primeira constelação, há deveres que podem ser subdivididos em dois grupos: (*i*) os deveres de seleção, instrução e coordenação e (*ii*) os deveres de vigilância, controle ou supervisão. Nos casos da segunda constelação, é preciso investigar a questão dos deveres de dupla garantia.

Para a resolução do problema, primeiramente é preciso observar dois pontos já expostos nos itens anteriores: (*i*) o princípio da confiança, como autorização de confiar, opera nos planos normativo e epistemológico; (*ii*) o princípio não pode afastar a imputação quando o agente cria um risco juridicamente desaprovado independente. Tratando-se de delitos omissivos, não haverá uma criação de risco juridicamente desaprovada, mas, sim, uma não diminuição juridicamente desaprovada de um risco.[28] Em outras palavras, são casos em que o agente não agiu para diminuir o risco quando havia o dever de fazê-lo, seja por imposição expressa do tipo penal em questão, seja em razão da posição de garantidor.[29-30]

Enquanto um dever geral de cuidado, que fundamenta a imputação por delito imprudente, proíbe uma determinada ação ou omissão de forma descuidada, o dever de garantidor gera uma ordem de agir de determinada forma, fundamentando a imputação por

26. Isso ocorre porque, normalmente, numa estrutura hierárquica com distribuição e delegação de tarefas, o agente delegante geralmente tem algum dever de controle, supervisão ou vigilância, como será exposto com mais detalhes. Por ora, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de *Compliance* e atribuição da responsabilidade penal individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, p. 117-144, 2015, p. 140-142. Além disso, há também a questão dos deveres de seleção, instrução e coordenação, bem como o debate sobre a dupla garantia, conforme observa SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 147.

27. Cf. a nota anterior. Também FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 21, n. 69, 2000. p. 55 e ss., defende um tratamento diferenciado.

28. Conforme já exposto, adoto a teoria da evitação do risco para a imputação dos delitos omissivos, mas o núcleo essencial dos argumentos no que tange ao princípio da confiança é aplicável independentemente da teoria da imputação adotada, especialmente tendo em vista que tais teorias operam no desvalor do resultado, enquanto que o princípio da confiança deve ser observado no desvalor da ação.

29. No mesmo sentido, ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 49.

30. Para um panorama das fontes legais do dever de garantidor no contexto empresarial do direito brasileiro, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTIN, Adán; DINIZ, Eduardo Saad; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 224-228.

omissão. É verdade que, na omissão imprópria, há certa confusão entre esses deveres, na medida em que a não realização do dever de garantidor quando era possível agir fundamenta a imputação, no mínimo, por delito omissivo imprudente. Todavia, não se pode confundir os dois institutos: o princípio da confiança será constitutivo do dever de cuidado (aqui defendido nos termos do princípio do risco), mas não do dever de garantidor. O dever de garantidor existe independentemente da possibilidade de confiar no terceiro, de modo que são dois elementos que estão vinculados, mas não se confundem. Não é razoável sustentar, por exemplo, que alguém que não detinha um dever de garantidor passe a tê-lo em razão de não poder confiar no terceiro.[31] O princípio da confiança, portanto, é constitutivo do dever de cuidado, mas não do dever de garantidor, de modo que ele não cria uma obrigação de agir que já não existia antes. Ademais, no campo dos delitos omissivos, a violação do dever de agir já constitui, *per se* e *ex ante*, uma infração independente do erro do terceiro. O núcleo do desvalor de uma conduta omissiva é justamente a inação daquilo que era preceituado pelo dever de agir para diminuir determinado risco de ocorrência de um resultado penalmente relevante. A violação do dever de ingerência sobre a atividade do terceiro já é suficiente para a constatação da ocorrência de uma não diminuição juridicamente desaprovada de um risco. Assim, ambos os vetores necessários para o desvalor da omissão já estão presentes: (*i*) a não diminuição de um risco existente e (*ii*) o caráter juridicamente desaprovado dessa violação do dever de agir. Por essas razões, o que foi exposto *supra* (item 3) acerca da criação de um risco juridicamente desaprovado independente aplica-se também à constelação de casos aqui tratada. Portanto, o primeiro passo não é aferir se o agente estava autorizado a confiar na conduta de um terceiro, *mas se ele mesmo infringiu ou não um dever de agir que já existia independentemente da possibilidade de confiar*. Em caso afirmativo, o princípio da confiança já não será suficiente para afastar a imputação do agente por omissão.

Caso o agente tenha realizado o seu dever *prima facie* de agir e, mesmo assim, o resultado tipicamente relevante tenha ocorrido, entra em cena a possibilidade de o princípio da confiança ser o fundamento decisivo para afastar a imputação. Isso será especialmente relevante nas situações em que haja uma divisão de tarefas, pois nestas não há um único personagem responsável pela evitação do resultado doloso, mas uma cadeia de agentes responsáveis para tanto. O central será observar quais eram as atribuições de cada indivíduo naquela divisão de tarefas e verificar se o agente responsável pelo controle do terceiro realizou o seu dever. Esse dever varia de acordo com cada organização do trabalho, podendo consistir num dever de vigilância, compensação, instrução etc. Pode, também, ser uma combinação de diversas atribuições.

Nesse contexto, a *ratio* da divisão de tarefas é que ninguém é capaz de realizar todas as atividades sozinho. Isso significa que a finalidade da atribuição de tarefas para outros

31. Corretamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 85.

agentes é justamente dividir deveres. Disso decorre que o agente responsável pela ingerência sobre a conduta do terceiro nunca terá uma responsabilidade de controle total, pois isso esvaziaria o sentido da divisão de tarefas em si. Por outro lado, isso também não pode desincumbir totalmente os indivíduos posicionados nos níveis mais altos da cadeia hierárquica de uma determinada organização, sob pena de gerar uma verdadeira blindagem sobre aqueles que possuem mais poderes em razão dos cargos que possuem. Isso seria contrário ao princípio de que quanto maior o poder, maior a responsabilidade de um indivíduo. Em outras palavras, uma pessoa não pode aproveitar as vantagens do maior poder de ação inerente ao seu cargo sem ter atribuições que correspondam a essa posição. Ou seja, *não há bônus sem ônus*. Por isso, a delegação de tarefas não pode exonerar completamente o delegante de quaisquer deveres de agir, mas somente transformar o seu dever de garantidor delegante.[32] Essa fundamentação é o argumento central para constituir os deveres de vigilância, controle ou supervisão.

Já os deveres de seleção, instrução ou coordenação possuem um fundamento a mais: só se pode transferir um dever de controle sobre uma fonte de perigo àqueles que estão suficientemente preparados para tanto. O delegante, na posição de responsável pelo controle da fonte de perigo, não está autorizado a transferir a sua competência sem aferir com segurança que se trata de uma pessoa capacitada para a tarefa. Aqui, no caso de violação desse tipo de dever por parte do delegante, que já é *per se* a falta de controle de uma fonte de risco de forma juridicamente desaprovada independentemente da conduta do delegado, ocorre também uma hipótese de afastamento da possibilidade de confiar, na medida em que o delegante, em razão de sua própria violação do dever, já não poderia confiar na competência específica do delegado para o devido controle da fonte de risco em questão.[33] Aqui, portanto, seria o caso em que tanto o delegante viola seu dever de agir quanto não poderia confiar numa conduta correta por parte do delegado.

---

32. Nesse sentido, ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 147-148; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002. p. 116; SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou "impróprios para o consumo". In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 228-229; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 81; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTIN, Adán; DINIZ, Eduardo Saad; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 220.

33. Próxima ao aqui sustentado, SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de

Nos casos de relações horizontais na cadeia hierárquica, *prima facie* inexiste um dever de ingerência de um indivíduo sobre outro.[34] Isso porque, em regra, não há razões para atribuir a alguém a função de controle em relação a um terceiro sobre o qual o indivíduo não possui um dever específico. Nesses casos, há diversos garantidores sobre as fontes de perigo e não há, entre eles, um dever de ingerência, em razão de não haver uma delegação da função, tampouco relação de subordinação. Como o ordenamento brasileiro prescreve que tal dever somente se constitui por meio de obrigação legal, contrato ou ingerência, nos termos do art. 13, § 2º, do CP,[35] não há razões para supor um dever de intervenção entre indivíduos cuja relação na cadeia hierárquica é de horizontalidade. Em razão disso, não há uma posição de garantidor sobre a fonte de perigo sob o controle do terceiro e a possibilidade de confiar será analisada de forma análoga à criação de um risco juridicamente desaprovado dependente, nos termos do exposto *supra* (cf. item 3). Isso porque, apesar de o agente não possuir o dever sobre a fonte de perigo sob a tutela do terceiro, ele possui um dever próprio de controle sobre a fonte de perigo, de modo que, estando diante de indícios de que o terceiro agiu ou agirá contrariamente ao dever, o portador do dever terá que adaptar a sua conduta de modo a controlar os riscos inerentes a ela e que estejam *ex ante* acessíveis.

Além disso, muitas vezes o agente, na divisão de tarefas, acaba concorrendo de forma ativa para a ocorrência do resultado. Veja-se o seguinte exemplo: *A* é um médico-cirurgião e *B* é um anestesista. Entre *A* e *B*, a relação de trabalho é horizontal, de modo que nenhum deles possui o dever de ingerência sobre a atividade do outro. Num procedimento cirúrgico, *B* ministra a dose errada de uma substância anestésica, de modo que, por alguma razão de ordem biológica, o procedimento cirúrgico ocorrido com a dose de anestesia errada gerou dores desnecessárias ao paciente, resultando em lesões corporais

produtos defeituosos ou "impróprios para o consumo". In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 231.

34. Similares, PUPPE, Ingeborg. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *InDret*: Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, 2006. p. 4; SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 235.

35. Segundo a concepção tradicional, o CP teria adotado a teoria das fontes formais da posição de garantidor. Todavia, entendo que essa questão é meramente de nomenclatura. Isso porque, segundo vejo, o disposto no Código não é um óbice para a adoção de determinados critérios materiais, como são aqueles propostos por SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropria*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 261-430, tendo em vista que os critérios propostos acabam sendo subsumíveis em alguma das hipóteses previstas no art. 13, § 2º, do CP. Sobre isso, discorre resumidamente SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTIN, Adán; DINIZ, Eduardo Saad; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 224-225. Como o assunto extrapola os limites deste trabalho, ele terá que ficar, aqui, em aberto.

(art. 129, CP). Nesse caso, *A* concorreu de forma ativa para a ocorrência do resultado, de modo que, aqui, ele seria imputável por um delito na modalidade ativa, na hipótese de haver indícios concretos do erro de *B*.

Veja-se, para esclarecer o que aqui foi exposto, o mesmo caso-exemplo, só que com a inclusão de mais um personagem no evento: *C*, um médico residente que cumpre a função de auxiliar o médico *A*. Entre *A* e *B*, conforme já dito, a relação de trabalho é horizontal. Todavia, *A* e *C* possuem uma relação de trabalho verticalizada, de modo que o primeiro possui deveres de vigilância sobre a atividade do segundo. No caso exposto inicialmente, *B* ministra a dose errada de uma substância anestésica e o procedimento resulta em lesões corporais no paciente (art. 129, CP). Nesse caso-base, por inexistir um dever de *A* com relação à atividade de *B*, o primeiro não pode ser imputado pelo resultado lesivo, salvo na presença de indícios concretos de que *B* agira de forma errada. Se, por outro lado, o erro no procedimento em questão fosse cometido não por *B*, mas por *C*, e *A* não tivesse realizado a supervisão devida, este também seria imputável pelo resultado ocorrido na modalidade omissiva, tendo em vista que a violação ao dever de garantidor aqui é uma não diminuição de um risco juridicamente desaprovado independente (cf. *supra*, 3). No exemplo citado, o cirurgião *A* possui um dever de vigilância sobre o residente *C*, de modo que a não observância do dever por *A* será a ele imputável, independentemente de se ele poderia ou não confiar em *C*. Por outro lado, em razão de *A* não possuir esse tipo de dever em relação a *B*, aqui a possibilidade de confiar será um critério decisivo para a imputação, sendo *A* imputável somente na presença de indícios concretos[36] de que *B* agiria contrariamente ao dever.

Portanto, nos casos de *relações hierárquicas verticais*, há, por parte do superior, um dever sobre a atividade do inferior, e a violação desse dever será equiparável à criação de um risco juridicamente desaprovado independente, de modo que a possibilidade de confiar será irrelevante para a imputação. Na hipótese de realização do dever de agir, será o caso de aferir se o superior hierárquico poderia, de fato, confiar no inferior, o que ocorrerá quando não houver indícios concretos que impossibilitem a confiança. Já nos casos de *relações hierárquicas horizontais*, os indivíduos não possuem dever de controle sobre a fonte de perigo que cabe ao outro controlar, de modo que, aqui, trata-se de situação análoga à criação de um risco juridicamente desaprovado dependente. Dessa forma, a possibilidade de confiar será fundamental para a imputação, só podendo ser afastada, repito, na presença de indícios concretos de que o terceiro já agiu ou agirá contrariamente ao dever.

Por fim, o que proponho possui a vantagem da *clareza conceitual*: aqui, não há uma confusão sobre a possibilidade ou não de confiar, de modo que a solução segue os pressupostos gerais da imputação do desvalor da conduta e está de acordo com os fundamentos da possibilidade de confiar. Ademais, não há o emprego de conceitos confusos,

36. Em razão dos limites de tema e espaço, o que constitui um indício concreto é algo que terá que ficar em aberto no presente trabalho.

como seria o caso de um inexistente princípio da desconfiança,[37] termo mencionado por parte da doutrina para aludir aos deveres de vigilância, controle e supervisão. Além de um princípio da desconfiança não possuir fundamento numa sociedade organizada, não apresenta nenhum ganho dogmático, de modo que não só pode mas deve ser descartado. Assim, o fundamental será verificar, da mesma forma como ocorre nos delitos comissivos, se a omissão em questão já é *ex ante* a não diminuição juridicamente desaprovada do risco, para assim determinar a relevância do princípio da confiança para a imputação.

5. Considerações finais

Como síntese final das reflexões anteriores, pode-se dizer que nos casos em que o próprio agente tiver agido contrariamente ao dever, o princípio da confiança não afastará o desvalor da conduta se o comportamento contrário ao dever tiver criado *per se* um risco relevante para a ocorrência do resultado, ou seja, quando se tratar da *criação de um risco juridicamente desaprovado independente* da conduta do terceiro. Haverá um risco juridicamente desaprovado independente quando dois elementos estiverem presentes: (*i*) a violação de uma norma de segurança da atividade em questão; (*ii*) que essa violação crie, de uma perspectiva *ex ante*, um risco relevante para a ocorrência do resultado independentemente da conduta do terceiro. Caso contrário, haverá somente a *criação de um risco juridicamente desaprovado dependente*, de modo que o princípio da confiança será relevante para a aferição do desvalor da conduta.

Nos casos de omissão imprópria, a violação de um dever de garantidor já é, de uma perspectiva *ex ante*, a não diminuição juridicamente desaprovada de um risco independentemente da conduta do terceiro, de modo que deve ser tratada da mesma forma que o seu correspondente nos delitos comissivos. Quando há a realização do dever de garantidor, deve-se avaliar se o dever foi realizado de forma correta, ou seja, há a não diminuição de um risco que somente será juridicamente desaprovado dependendo da conduta do terceiro, e, portanto, é um caso a ser tratado da mesma forma que a criação de um risco juridicamente desaprovado dependente.

No caso do julgado apresentado na introdução, a condução do ônibus acima do limite de velocidade por parte do motorista é, ao mesmo tempo, violadora da regra de comportamento específica da atividade e criadora de um risco de ocorrência do resultado. Dessa forma, o julgado exarado no REsp 1.580.438/PR acaba sendo acidentalmente correto sob

37. Citam um princípio da desconfiança, exemplificativamente, GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). Compliance *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83-85; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 87-90.

o prisma do princípio da confiança, uma vez que, se, por um lado, ele realmente não poderia ser aplicado no caso para afastar a imputação do motorista, o *decisum*, por outro, ancorou-se na equivocada concepção, originada da literatura alemã, segundo a qual a imputação não poderá ser afastada pelo princípio da confiança sempre que o agente agir contrariamente à regra da atividade em questão.

6. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal*: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5 p. 57-85, 2020.

ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004.

ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 21, n. 69, p. 37-76, 2000.

FIDALGO, Sónia. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. Coimbra: Almedina, 2018.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004.

GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 11-34, 2020.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). Compliance *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

KIRSCHBAUM, Klaus. *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1980.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 168, p. 37-67, 2020.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro*: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PUPPE, Ingeborg. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *InDret*: Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-13, 2006.

PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (Coord.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. São Paulo: É Realizações, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropria*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou "impróprios para o consumo". In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de *Compliance* e atribuição da responsabilidade penal individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, p. 117-144, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTIN, Adán; DINIZ, Eduardo Saad; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As ações neutras na estrutura do delito, de Vinicius de Melo Lima – *RBCCrim 134*/291-320 (DTR\2017\2538);
- A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos, de Gerson Luiz Carlos Branco – *RDPriv* 12/169-225 (DTR\2002\459); e
- O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde – *the principle of trust as a delimiting tool of authorship in negligent crimes carried out by health professionals*, de Fernanda Gonçalves Galhego Martins – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* e *RBCCrim* 97/69-86 (DTR\2012\450325).

Amaral, Rodrigo. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 178. ano 29. p. 287-308. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

Processo Penal

Acordo de Não Persecução Penal: repressão/ prevenção ao crime e confissão do investigado

Criminal non-persecution agreement: repression/prevention of crime and confession of the investigated

Marcondes Pereira de Oliveira

Mestre em Ciências Jurídico-Penais pela Universidade Autônoma de Lisboa – UAL. Membro do Ministério Público do Estado do Piauí.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9484-6124].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3690191090096139].
marcondespo@hotmail.com

Recebido em: 04.09.2020
Aprovado em: 12.01.2021
Última versão do autor: 23.01.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Este artigo científico objetiva a análise do Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, seja em relação ao sistema processual em que se insere, seja relativamente a outros institutos do tipo de acordo de julgamento, ou seja, em relação aos pressupostos, requisitos e condições com potencial de maior polêmica. Partindo da caracterização do nosso sistema processual penal como acusatório básico, e não acusatório extremado, resulta que temos como característica diferencial a indisponibilidade do objeto do processo pelas partes, o que implica que remanesce o princípio da investigação judicial, supletiva e subsidiária, em busca da verdade processual e da tomada de decisão sobre a existência da culpa e de sua medida. Essa problemática acerca da indisponibilidade do objeto do processo é entendida como alheia ao Acordo de Não Persecução Penal, haja vista que ele se

Abstract: This scientific article aims to analyze the Criminal Non-Persecution Agreement, introduced in Criminal Procedure Code by Law 13,964/2019, either in relation to the procedural system in which it is inserted, or in relation to other institutes of the type of judgment agreement or in relation to the assumptions, requirements and conditions with the potential for greater controversy. Starting from the characterization of our criminal procedural system as basic accusatory, and not extreme accusatory, it follows that we have as a differential characteristic, the unavailability of the object of the process by the parties, which implies that the principle of judicial, supplementary and subsidiary investigation remains, in search procedural truth and decision-making on the existence of guilt and its measure. This problem about the unavailability of the object of the process, is understood as alien to the Criminal Non-Persecution

apresenta como uma forma de equalização do problema criminal, com desvio do processo, resultando em "diversão por intervenção" para cumprimento de medidas extrapenais pactuadas, de forma tal que o pressuposto da confissão não se mostra fundamental, embora conste como requisito legal. O elemento "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" é aventado como condição do pacto e não como requisito subjetivado, embora essa outra possibilidade ou ambas possam vir a ser conformadas pela jurisprudência. Em quaisquer das situações, se fará necessário, a fundamentar as argumentações ministeriais ou a colmatar as condições pactuadas, o manejo das teorias dos fins da pena criminal, bem como a análise em prognose da culpabilidade do agente.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal – Sistemas processuais penais – Teorias dos fins das penas.

Agreement, given that it presents itself as a way of equalizing the criminal problem, with "diversion from the process", resulting in fun by intervention to comply with agreed extra penal measures, in such a way that the assumption of confession is not fundamental, although it is a legal requirement. The element "necessary and sufficient for reprobation and prevention of crime" is considered as a condition of the pact and not as a subjectivated requirement, although this other possibility or both may be conformed by the jurisprudence. In any of the situations, it will be necessary, to base the ministerial arguments or to fill the agreed conditions, the management of the theories of the ends of the criminal penalty, as well as the prognostic analysis of the guilt of the agent.

Keywords: Criminal non-persecution agreement – Criminal procedural systems – Theories of the ends of feathers.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentação. 2.1. O processo de tipo acusatório. 2.2. Modelo processual penal brasileiro. 2.3. A indisponibilidade do objeto do processo. 2.4. O acordo de Não Persecução Penal. 2.5. O papel da confissão. 2.6. Necessário e suficiente para a reprovação do crime e prevenção de crime(s). 2.7. A prevenção de crimes: a prevenção geral, positiva ou negativa e a prevenção especial positiva. 2.8. A reprovação do crime: a prevenção geral positiva. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde 23 de janeiro de 2020, vigem as disposições da Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime –, que operou modificações pontuais em diversas[1] leis, com destaque para o Código de Processo Penal, haja vista que além de diversos outros importantes dispositivos, veio a introduzir o art. 28-A/CPP, com a previsão do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP.

A redação do art. 28-A/CPP não diverge muito da redação do art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, contudo, o fato de uma normativa administrativa possibilitar a prática de um ato jurídico é bem diverso de que esse mesmo ato jurídico venha a ser previsto em lei, principalmente em países em que há tradição de que as regras, principalmente da prática judicial, advenham de norma legislativa, como tem sido nos países da *Civil law*.

1. 17 normativas, na contagem de GUARAGNI, 2020, p. 223.

Essa substancial mudança, naturalmente, vem acompanhada do necessário debate, de análises e perquirições e de uma profusão de ideias que resulta em elaborações, as quais se põem a interpretar o instituto e seu conteúdo, bem como o contexto no qual se insere, revolvendo conceitos circundantes e constitutivos do próprio instituto, tais como sistemas processuais e justiça penal negocial, além de elementos processuais e relativos à teoria de pena criminal.

Assim, os conceitos normalmente abordados dizem respeito aos sistemas processuais (inquisitivo, acusatório e misto) e modelos processuais (*adversarial system* e *inquisitorial system*), à tradição de origem das normas (*Common law* e *Civil law*) relacionadas a esses sistemas e modelos, aos tipos de consenso previstos na justiça penal negocial (acordos sobre o processo e acordos sobre o julgamento), aos pressupostos, requisitos e condições dos acordos, bem como aos efeitos e às consequências desses.

Então, procurou-se aportar, nesse debate, não só o desencontro de entendimentos acerca da natureza do sistema e do modelo processual, nos quais se insere o processo penal brasileiro, a ausência de percepção em relação à verdadeira natureza do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, como um meio caminho para outro tipo de consenso, o acordo de julgamento, bem como ideias interpretativas em relação ao requisito da confissão do investigado e aos requisitos/condições "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

A cognição acerca do Acordo de Não Persecução Penal se faz não só com a apreensão dos seus pressupostos, requisitos e condições, mas também com o confronto do instituto com outros institutos da justiça penal negociada, e com elementos processuais e penais relacionados com o acordo, sem esquecer-se de se proceder à correta compreensão do sistema e modelo processual em que ele está inserido.

2. Fundamentação

2.1. O processo de tipo acusatório

Em momento anterior, a estrutura do processo penal teria sido do tipo acusatório puro (acusação pelo particular), havendo mudança, entre os séculos XII e XVIII, quando passou a ser do tipo inquisitivo puro; contudo, houve uma nova mudança para a estrutura do tipo acusatória de hoje (BRANDALISE, 2016, p. 57).

O processo penal de tipo acusatório é definido em torno de dois elementos. Primeiro, em razão de que a função de acusar é atribuída a um ente distinto, orgânico e funcionalmente do ente julgador. Depois, em razão de que há um reconhecimento da participação constitutiva, tanto da acusação como da defesa, na declaração do direito do caso, é o segundo elemento (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 16, nota 7.).

O sistema processual que adota, concomitantemente, ambos os elementos, é denominado de *adversarial system* ou processo de partes, tendo como exemplo concreto o sistema de processo norte-americano. O processo penal nesse modelo de sistema processual

é tido como do tipo acusatório extremado e a nota característica diferencial é que há uma disponibilidade, pelas partes, do objeto do processo penal.

O sistema processual que adota somente o primeiro elemento caracterizador, qual seja, distinção entre o ente acusador e o ente julgador, é denominado de *inquisitorial system*, tendo como exemplo concreto quaisquer dos sistemas de processo adotados nos países da Europa continental (GRINOVER, 2016). O processo penal nesse modelo de sistema processual é tido como básico acusatório.

Dessa forma, o elemento que, em definitivo, determina a distinção entre os dois sistemas processuais – *adversarial system* e *inquisitorial system* – é basicamente a função, a competência e a posição do juiz no processo, que é distinta em ambos os sistemas. No primeiro o juiz se mantém completamente neutro, relativamente ao objeto do processo, fazendo papel de mero árbitro. No segundo, em face da indisponibilidade do objeto do processo, o juiz detém poderes de investigação, mesmo que eles sejam somente subsidiários e supletivos à atuação das partes.

A caracterização do processo acusatório mitigado (básico acusatório ou misto), a partir da evolução do processo inquisitivo da idade média, é retratada por Brandalise:

> "Por último, há o sistema misto, que teve seu marco com o Código de Instrução Criminal francês de 1808. São notas de referido sistema, sem prejuízo de outras, a divisão do processo em suas fases (a primeira, destinada à realização da investigação criminal; a segunda, ao julgamento propriamente dito, sendo que o juiz que investiga não pode julgar); a acusação, de cunho público, atrelada ao cumprimento de requisitos; a investigação criminal realizada por um órgão de polícia judiciária; o direito ao contraditório e a um defensor; o abandono da primazia da prova legal, pelo que vinga o convencimento motivado dos juízes; e o cabimento de apelação das decisões com efeito suspensivo. No que pertine à fase de investigação, está ele aproximado do sistema inquisitivo, com o fito de que seja evitada a não persecução e a não punição de determinados fatos. Já no que se refere a segunda etapa, está aproximado do sistema acusatório, na medida em que necessita de um órgão de acusação distinto do juízo para torná-la existente" (2016, p. 58).

Dito isso, surge a questão se o sistema de processo penal brasileiro segue um modelo acusatório extremado do *adversarial system*, do tipo anglo-americano, ou um modelo acusatório mitigado (básico ou misto), do tipo europeu continental.

2.2. Modelo processual penal brasileiro

O nosso Código de Processo Penal é de 1941,[2] e nele já se indica o Ministério Público[3] como o ente responsável para deduzir em juízo a pretensão acusatória, a partir de uma

2. Decreto-Lei 3.689 de 03.10.1941.

3. Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

investigação a cargo da polícia investigativa;[4] contudo, nega ao titular da ação penal o poder de disposição da ação,[5] nem por interferência do ofendido[6] e, mesmo nas ações penais privadas, nega ao querelante o poder de disposição do objeto da demanda,[7] portanto, já se distancia do processo de partes, em que há uma maior discricionariedade do *prosecutor* e o poder de disponibilidade do objeto do processo penal. Essa indisponibilidade assume um viés mais radical quando autoriza ao juiz condenar, independentemente da posição do acusador.[8]

Já em relação ao papel do juiz, reconhece o princípio investigativo, antes numa estrutura de instrução mais inquisitiva,[9] ultimamente[10] numa estrutura em que a atividade investigativa do juiz é somente supletiva e subsidiária às partes.

Há que se entender que vai ocorrendo modulações em um mesmo código de processo no decorrer do tempo, bem como há modulações que ocorrem territorialmente. Não se pode pretender, por exemplo, que o Código de Processo Penal seja igual para todos os países do continente europeu, nem por isso se nega que estejam dentro de uma mesma sistemática processual.

O modelo de sistema processual não mudou com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), apesar de imprimir modulações, principalmente no sentido de reforçar a imparcialidade do julgador, portanto, não há qualquer mudança de direção com a inclusão do novo art. 3º-A[11] do CPP, pois logo depois de reafirmar o princípio acusatório – não necessariamente de viés extremado –, que já existia, veda ao juiz qualquer iniciativa probatória na fase de investigação extrajudicial, bem como a investigação na fase judicial, em

4. Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

5. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

6. Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

7. Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo.
Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

8. Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

9. Antes da reforma de 2008: Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

10. Depois da reforma de 2008: Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

11. CPP: Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

substituição da parte, devendo restar, contudo, a investigação judicial supletiva, nessa fase, em atendimento à indisponibilidade do objeto do processo.

Entretanto, há de buscarmos, na Constituição da República Federativa do Brasil, os comandos que determinam as estruturas do processo penal.

Em relação ao Ministério Público, há a atribuição, privativamente, do manuseio da ação penal pública,[12] portanto, aqui já se identifica o primeiro elemento do princípio acusatório, haja vista o *Parquet* ser um ente da república distinto, orgânica e funcionalmente, do Poder Judiciário, ente republicano que, por sua vez, possui a atribuição de realizar o julgamento de formação de culpa.[13] Contudo, não se localiza no corpo constitucional algo que remeta à disponibilidade do objeto do processo penal.

Dispositivo de lei complementar (alínea *d*[14] do art. 3º da LC-75/1993) reforça a indisponibilidade do objeto do processo penal, ao se reportar à indisponibilidade da persecução penal.

Não há qualquer identificação ou alinhamento da garantia constitucional do devido processo penal ao modelo de processo acusatório extremado,[15] como também não há identificação do modelo de processo básico acusatório, ora praticado no continente europeu, com o processo inquisitivo do Santo Ofício, praticado pela Santa Inquisição,[16] a partir do século XIII.

Portanto, em análise dos diplomas normativos, constitucional e infraconstitucional, pode-se afirmar que a estrutura do processo penal brasileiro é do tipo básico acusatório ou acusatório misto, haja vista que não imprime nota *adversarial*, no sentido da disponibilidade do objeto do processo, senão resguarda o poder de investigação judicial, em busca da verdade real, para além da verdade formalmente apresentada pelas partes.

---

12. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

13. Art. 5º: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

14. Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: [...] d) a indisponibilidade da persecução penal; [...].

15. Essas referências são encontradas em vários autores, a exemplo de DAVID, 2020, p. 14: "*Sobre o assunto Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que* 'vigente o devido processo legal (Art. 5º, LIV, CF) não há espaço senão para um processo de partes, dentro de um sistema acusatório. Aqui, os dois principais caminhos impostos pela CR/88 e que qualquer reforma processual penal, para ter dignidade e legitimidade constitucional, deverá levar em consideração'". Esse tipo de entendimento termina por observar incongruência inexistente: "*No entanto, embora o modelo constitucional preveja, implicitamente, essa matriz acusatória, a estrutura codificada e a própria pragmática processuais não convergem ao formato acusatório*" (DAVID, 2020, p. 15).

16. "O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora, nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente" (COUTINHO, 2009, p. 105).

Assim, a estrutura do processo penal brasileiro encontra-se alinhada com a estrutura verificada no processo penal da Europa continental e da América do Sul (acusatório/*inquisitorial*), mas estranhada com a estrutura estabelecida para os países da *Common law* (acusatório/*adversarial*).

Sendo a indisponibilidade do objeto do processo a nota marcante e característica do nosso modelo (básico acusatório), temos que nos ater a um tópico específico.

2.3. A indisponibilidade do objeto do processo

Figueiredo Dias (2011) defende que o modelo de sistema processual do tipo acusatório/inquisitorial vigente em Portugal – e no Brasil – seja o mais indicado a adequar os interesses da comunidade aos interesses das pessoas, individualmente consideradas. Em suas letras:

> "Sempre me tenho pronunciado, em tempo de democracia como de ditadura, a favor de um modelo do processo penal alicerçado numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial, como sendo que melhor se adequa à concepção do Estado de Direito. Desejo reiterar à partida esta minha convicção. Foi aquele modelo – filho do paradigma iluminista da função penal no seio de uma sociedade regida pelo princípio do Estado de Direito, herdeiro de uma concepção *mista* ou *reformada* (acusatória/inquisitória) do processo penal – que permitiu a recepção do formidável movimento dos direitos humanos, que estabeleceu um criterioso equilíbrio entre os direitos da comunidade (que quando se querem depreciar se fazem equivaler aos *meros interesses do Estado*) e o direito das pessoas e se apresenta, por tudo isto, como sinal distintivo da civilização e humanidade" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 14).

Sendo assim, teremos que trabalhar com esse modelo estrutural, a desvendar os limites e o sentido da atuação dos atores no processo penal.

Figueiredo Dias parte do problema afeto a todos, seja em Portugal,[17] seja no Brasil: a crise pela qual passa a justiça penal, relativamente a deficiências estruturais que revelam pouca eficiência e baixa eficácia – sobrecarga da justiça penal –, o que implica crise no próprio Estado de Direito.

Nesse contexto, a celeridade processual, a economia processual e a eficácia da justiça penal são princípios que impactam positivamente a realização do Estado Democrático de

17. "[...] o povo português perdeu a confiança no seu sistema de justiça, em particular da justiça criminal, e este tem-se revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correcção e funcionalidade" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 13).

Direito,[18] portanto, não se poderia deixar de fazer uso de instrumentos que revelem ter esse ganho, como as oportunidades e estruturas de consenso no processo penal.

Assim, Figueiredo Dias se propõe a formatar, em bases teóricas, um mecanismo processual de estrutura consensual penal, a exemplo da barganha americana (*plea bargaining*), própria do sistema acusatório/*adversarial*, contudo, compatibilizado com o sistema acusatório/*inquisitorial*, próprio do continente europeu, em que o objeto do processo penal é indisponível.

Há de esclarecer que esse esforço se faz necessário tão somente em relação aos tipos de consenso em matéria penal que envolvam a formação da culpa, o julgamento e a aplicação de pena criminal estrita,[19] a exemplo da *plea bargaining* (americano), do *urteilsabsprachen* (alemão), do *reconnaissance préalable de culpabilité* (francês), do *patteggiamento sulla pena* (italiano), da *conformidad* (espanhol) etc., pelo que denomina, a exemplo do instituto alemão, acordo de sentença ou "acordo sobre sentença", ou seja, um acordo acerca do julgamento, em diferenciação de um acordo acerca do processo.

Então, o autor partiu de uma base já legislada do instituto da confissão (português) e do acordo alemão (*absprachen*), formatando o que virá a ser o acordo português – o "acordo sobre sentença".

A descrição dessa construção teórica da doutrina portuguesa nos é importante, não só para que possamos compreender o nosso sistema de processo penal (acusatório/inquisitorial), mas também conceber o instituto do Acordo de Não Persecução Penal como sendo um meio caminho para a barganha penal.

Já nos adiantemos em afirmar que inexiste qualquer incompatibilidade entre o ANPP[20] e o nosso sistema de processo penal, sendo esse um instituto que trata com a disponibilidade regrada do exercício da ação penal, não importando em condenação e nem em imposição de pena criminal, em sentido estrito.

Em sua construção teórica, Figueiredo Dias circunscreve que um acordo de sentença deverá se realizar depois de formulada a acusação (1) exigindo uma livre e circunstanciada

18. "O Estado de Direito só pode realizar-se quando se torne seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com a pena justa. Por isso um processo penal funcionalmente orientado constitui uma exigência irrenunciável do Estado de Direito" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 38).

19. "[...] o processo penal europeu continental, não sendo um processo de partes em sentido material, é contrário a qualquer ideia de disponibilidade do objecto do processo, qual faz parte tanto a questão da culpabilidade, como a questão da sanção; e não pode por isso aceitar a sua 'negociação' entre os sujeitos do processo, ao estilo do *deal* próprio da *plea bargaining* norte-americana" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 31).

20. Cfr. posição contrária da doutrina brasileira em DAVID, 2020, p. 16: "Certamente, a luta teórica busca impedir que um instrumento inadequado construa um panorama de pós-verdade no sistema processual. Até lá, é necessário tratar dos elementos do instituto (ANPP) para que se chegue à uma destas opções: extirpar o instituto de forma definitiva do sistema processual penal ou implementar verdadeiramente um sistema de modelo acusatório".

confissão, (2) a ponto de se operar renúncia ao direito de produção de provas em contraditório judicial, porém, na dependência de que possa ser verificada pela autoridade judiciária,[21](3) podendo o acordo tratar da limitação ao *quantum* máximo da pena, porém, deixando margem à quantificação judicial da pena,[22] por ocasião da prolação da sentença condenatória (4). Veja-se na leitura de Germano Marques:

> "Prejuízos? Violação de princípios fundamentais do processo? Vão perdoar-me se não enunciei para aclarar os possíveis prejuízos para a realização da justiça porque todos foram profundamente analisados com proficiência característica do Prof. Figueiredo Dias: (i) que o acordo não pode incidir sobre a culpabilidade do arguido, devendo respeitar-se os princípios processuais da investigação e da verdade; (ii) que o princípio da culpa tem de permanecer intocado; (iii) hão-de respeitar-se o princípio da publicidade, a lealdade processual sempre; (iv) manter-se o direito ao recurso que a nossa lei é irrenunciável, etc. etc." (SILVA, 2018, p. 110).

Nesse contexto, a confissão, a renúncia à produção da prova em contraditório judicial, e a construção de uma proposta de novos limites (mínimo e máximo) de pena, dentro da amplitude prevista pelo tipo penal, funcionariam tão somente como forma de "favorecer, simplificar e acelerar o decurso do processo" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 61), sem que ocorra a disponibilidade, pelas partes processuais, do objeto do processo, assegurando, portanto, os princípios da investigação e da verdade material, tampouco retirando do julgador a função constitucional de "determinação da medida da pena".

Nesse diapasão, o Ministério Público exerce o seu papel de formular a acusação estritamente dentro do princípio da legalidade;[23] o acusado, ao confessar, exercer um direito dentro do princípio do favorecimento do processo, adquirindo uma atenuação da pena

21. "Um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre a culpabilidade do arguido a partir meramente da sua confissão e sem que o tribunal livremente se convença da justeza desta" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 45).

22. "O máximo de pena a acordar tem de ser um tal que não exceda a medida da culpa nem as exigências óptimas de prevenção geral positiva; enquanto o mínimo tem de ser bastante para dar guaridas às necessidades de defesa da ordem jurídica e de prevenção especial positiva" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 62).

23. No sistema *adversarial*, o *persecutor*, ante amplos poderes de discricionariedade, trabalha com excesso de acusação (*overcharging*) e blefe (*bluffing*). Cfr. DAVID, 2020, p. 21: "A crítica de Geraldo Prado parte das constatações de John Langbein, Renée Lerner e Bruce Smith, apontando, com base nesses autores, o uso do instrumental de barganha para superar as dificuldades probatórias de um processo condenatório e estruturais de organização do júri. Além disso, com forte referencial teórico demonstra o uso desse armamento de barganha para ampliar a população carcerária estadunidense: refletindo que esse mesmo impacto poderá ocorrer no Brasil".

e preservando o direito de recurso;[24] já se reserva ao magistrado,[25] ante o princípio de indisponibilidade do objeto do processo, o poder/dever de realizar um juízo de instrução, aplicando os princípios da investigação judicial subsidiária, em busca da verdade material, assim, assegurando ao Poder Judiciário a prerrogativa de definir a culpabilidade e sua medida na quantificação das penas, num exercício do princípio de livre apreciação das provas, ora ancorada na confissão[26] e nas provas carreadas pela investigação policial.

Não olvidar que os acordos de julgamentos, os quais importam condenação criminal e com todas as consequências, inclusive privação de liberdade, não equivalem a nosso Acordo de Não Persecução Penal, que fica ao meio do caminho[27] e, portanto, não implica questões relacionadas com a indisponibilidade do objeto do processo, com culpabilidade ou com a imposição de pena criminal.

2.4. O acordo de Não Persecução Penal

O Acordo de Não Persecução Penal é, a exemplo da já nossa conhecida transação penal, um acordo penal sobre o processo, isto é, não envolve julgamento. Enquanto a transação penal está no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo, o ANPP encontra-se no âmbito dos crimes de médio a grande potencial ofensivo. São consensos que envolvem a disponibilidade da ação penal[28] e o cumprimento de medidas alternativas, de natureza extrapenais.

Contudo, em razão de o ANPP encontrar-se inserido do âmbito dos crimes de médio a grande potencial ofensivo, fora-lhe atribuído pressupostos e requisitos próprios.

---

24. Princípio da presunção de inocência, CRFB, art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

25. "A qualquer acordo há-de por conseguinte estar vedada a sua verificação à custa da realização dos princípios da investigação oficial (judicial) e da verdade processualmente válida (dita 'verdade material'). Neste âmbito e medida se materializa, no que respeita a questão da culpabilidade, o reclamado princípio da indisponibilidade do objecto do processo penal" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 44).

26. "Se bem entendo, a tese do Prof. Figueiredo Dias é no sentido de que são admissíveis acordos de sentença em que se estabeleçam os limites da(s) sanções que o tribunal aplicará no caso, dentro dos limites das penalidades de cada crime objeto do processo, tendo como pressuposto a confissão do arguido e a renúncia à produção de prova no contraditório da audiência" (SILVA, 2018, p. 108).

27. Brandalise (2016, p. 24) traz referência dessa forma de resolução de processo penal como *diversão com intervenção*: "Portanto, a diversão (*diversion*) *caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a* retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado".

28. Há a disponibilidade da ação penal, mas não do objeto da ação penal. Parece divergir GUARAGNI, 2020, p. 224: "Este movimento, é sabido, rompe características do modelo de processo tradicional, representadas pelo princípios da obrigatoriedade da ação penal e pelo princípio da indisponibilidade do seu objeto".

Mas a grande faixa caracterizadora do instituto é: não importar em julgamento, não se atribuir culpabilidade e não se aplicar pena criminal,[29] e isso já nos é familiar, com a transação penal.

O Acordo de Não Persecução Penal poderá ser firmado – "desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"(?) – com o investigado/indiciado em crime cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, quando cometidos sem violência e grave ameaça contra a pessoa, desde que o delito esteja fora do âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo e do âmbito da violência doméstica, familiar ou contra a mulher em razão da condição de gênero, sempre exigindo que o investigado/indiciado não seja reincidente, não tenha sido beneficiado, nos últimos 5 (cinco) anos, com transação penal, com suspensão condicional do processo ou com o próprio ANPP, tenha confessado ou faça confissão, formal e circunstancial, e, ainda, que os elementos probatórios não indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes.

As condições são inicialmente cumulativas: reparar o dano, quando possível (1), renunciar aos bens/direitos indicados como instrumentos/produtos/proveitos do crime, quando aplicável (2), contudo, sempre[30] prestar serviço comunitário (3) e pagar prestação pecuniária (4), podendo vir a cumprir outra condição, temporária, indicada pelo Ministério Público (5), como forma de modulação do acordo, desde que proporcional e adequada ao fato, principalmente quando não se puder conjugar o conectivo "e", por exemplo, em reparar o dano ou entregar o instrumento/objeto/produto do crime.

A regra geral de demandar judicialmente é flexibilizada com a aplicação do princípio da oportunidade regrada, ocorrendo, dessa forma, uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em um âmbito de positivação legislativa em que o princípio da estrita legalidade é conformado pelo consenso legislado em matéria penal.

2.5. O papel da confissão

Como já foi afirmado, o ANPP é um instituto muito próximo à transação penal, porém, com âmbito de incidência diverso, e, ainda, com pressupostos, requisitos e condições específicas e próprias.

Um dos requisitos é que o investigado/indiciado tenha "confessado formal e circunstancialmente (circunstanciadamente?)[31] a prática da infração", ou seja, há que ter ha-

29. Cfr. referência à preocupação do "resultado do acordo como sanção criminal" por ser executado em juízo de execução penal, em STEIN, 2020, p. 29.

30. Há quem entenda que a remissão ao art. 46/CP não se refira à forma (incisos), mas ao *quantum* (*caput*): "A condição ajustada não poderia incidir, pois, como acima destacado, nosso legislador fez remissão expressa ao art.46 do Código Penal na redação do inc. III do art.28-A do CPP. Enquanto espécie de pena restritiva, a prestação de serviços só pode ser aplicada às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade" (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 88).

31. "Circunstanciadamente, *expressão superior constante da Resolução 181/2017, alude ao modo de confessar circunstanciado, ou seja, minuciado, detalhado. O fato, com todas as suas minúcias e detalhes,*

vido a formalização do ato no qual o indiciado tenha relatado o fato de forma detalhada e concatenada com a sua participação. Esse requisito não integra as exigências para a transação penal.

Ocorre que já se inicia os questionamentos acerca da natureza e dos sentidos da confissão, realizada durante a investigação ou para o efeito de realização do ANPP, principalmente na hipótese de vir ocorrer a rescisão do acordo e o processo tenha que se ultimar pelas vias ordinárias.[32]

Guaragni (2020, p. 233) se adianta em defender que o termo do dispositivo legal deva ser lido e operado como "circunstanciadamente", em interpretação histórica feita com base no texto da Resolução 181/2017, teleológica com base na finalidade de não só "garantir ao sujeito ativo um caminho para a extinção da punibilidade", mas "também esclarecer o caso penal por via distinta do processo" e, finalmente, sistemática com base na analogia do art. 190/CPP[33] (interrogatório).

Guaragni entende, ainda, que o papel da confissão seja o da resolução material do caso, pela atípica via extrajudicial e a assunção de culpa pelo investigado/indiciado, pelo que a confissão há de ser circunstanciada, completa, e não qualificada ou retratada. Em suas letras:

> "O que o 28-A carrega, portanto, é a mensagem de que o sistema penal tradicional não dá conta nem de crimes que, apesar de sem violência ou grave ameaça, possuem desvalor consistente. Basta pensar nos muitos delitos funcionais e econômicos de relevo, aos quais o ANPP pode ser dirigido. Por isso, não se abdica da solução do caso penal. [...] Nos seus detalhes, positiva – como já tido – o papel que foi desempenhado na dinâmica dos fatos por parte de cada envolvido (codelinquentes, inclusive). Nestes termos, há assunção de culpa por parte do agente" (GUARAGNI, 2020, p. 240).

Não me parece ser esse o motivo da previsão legal do requisito da confissão para a realização do ANPP.

Como já afirmado antes, o ANPP não é um acordo de julgamento, assim, seus similares são, além do instituto brasileiro da transação penal, o americano *nolo contendere*, o francês da *composition pénale* etc. Diverso, porém, é, por exemplo, o instituto português

---

seve ser revelado pelo confessor. Já circunstancialmente *é expressão que liga um objeto a uma dada situação ou circunstância: ou seja, dentro de, ou segundo uma dada situação concreta, firma-se uma consequência ou condição acerca do objeto*" (GUARAGNI, 2020, p. 233).

32. Cfr. em STEIN, 2020. p. 46: "Ademais, quanto à confissão formal produzida como requisito do acordo de não persecução, fica a preocupação desta ser utilizada como carga probatória maior que os demais elementos indiciários, os quais de plano não justificariam a interposição de uma ação penal".

33. Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

da Confissão,[34] em que há uma assunção de culpa, renúncia de produção de prova em juízo, abreviando do julgamento, mesmo sem uma previsão de um adequado decréscimo especial no *quantum* da pena da condenação.

Nos consensos penais do tipo "acordo de julgamento", a confissão assume um papel decisivo e importante. No *plea bargaining*, estando o destino do processo tão somente nas mãos "das partes",[35] o acusado confessa não somente para a assunção da culpa, mas também para ser testemunha dos fatos, restando, ao juiz, não um julgamento, mas tão somente a aferição da legalidade acerca da liberalidade e homologação do conteúdo do acordo que, enfim, importa em pena criminal.[36] Importante que, em caso de recusa de homologação, a confissão não pode ser usada contra o acusado, conforme anota Silva:

> "Caso o juiz conclua que não é do interesse da justiça aplicar a pena recomendada nos termos da *plea bargain* pode recursar-se a aceita-lo. Se isto ocorrer, todavia, o arguido pode retirar a sua *guilty plea* e o processo será agendado para julgamento. Na eventualidade de julgamento, a oferta mal sucedida da *guilty plea* pelo arguido não pode ser utilizada como prova contra ele" (2018, p. 103).

34. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 18: "Mas também – e talvez com mais profundo significado – através da regulação legal (em alguma medida ao estilo da *guilty plea)* do instituto da confissão, que mergulha as suas mais fundas raízes na ideia implícita do consenso processual e de seus efeitos sobre o decurso do processo". Cfr. BRANDALISE, 2016, p. 120. "No contexto lusitano, cabe referir que a confissão, por expressa disposição legal, é conduzida pelo juiz, que deverá se certificar das circunstâncias volitivas nas quais ela será formulada. Na medida em ela é realizada, produz consequências de grande relevância, mas a mais importante delas é a consideração de que os fatos imputados são tidos como provados, pois ela representa a renúncia à produção de provas defensivas em favor daquele que confessa. Para tanto, necessita ela ser integral e sem reservas".

35. "No *plea bargain*, o destino tanto da acusação como da defensa está nas mãos 'das partes', que podem escolher exercer os seus direito processuais ou prescindir deles em troca de um benefício correspondente" (SILVA, 2018, p. 101).

36. "Assegurada a liberdade de determinação do acusado, só então o juiz, aceitará ou não o que foi acordado, e ainda agora não apenas na base da confissão, participando agora o acusado como testemunha dos factos, mas tendo em consideração os elementos do processo que lhe permitam em juízo. Por isso que a decisão do juiz de anunciar que considera: (i) que existe uma base fática para a *guilty plea* do arguido relativamente a cada uma das acusações relevantes; (ii) que o arguido não se encontra no momento sob a influência de drogas ou álcool, nem sofre qualquer tipo de doença mental ou outra limitação; (iii) que o arguido compreende plenamente as acusações relativamente às quais está a assumir a culpa e que a *plea* é feito de forma consciente, voluntária e esclarecida, com pleno conhecimento das consequências de assumir a culpa, e (iiii) que o arguido compreende os direitos a que estar a renunciar e está consciente, voluntária e esclarecidamente a renunciar a esses direitos" (SILVA, 2018, p. 103).

Já no alemão *urteilsabsprachen*,[37] a confissão serve para simplificar e acelerar o processo. Então, a confissão nesse tipo de acordo se faz necessária, a fim de que o juiz possa, julgando-a credível, em cotejo com os dados do processo, proceder ao juízo de culpabilidade do acordante. Nos termos colocados por Figueiredo Dias:

> "Perguntar-se-á o que resta desta forma, em matéria de culpabilidade, para conteúdo e eficácia do acordo sobre a sentença. Responderei que muitíssimo, e essencial. O dá-lo a compreender exigir porém que neste preciso contexto se introduza o pressuposto essencial de qualquer acordo sobre a sentença: a existência de uma válida confissão pelo arguido, total ou parcial, dos factos contidos na acusação ou na pronúncia; só ela – nesta acepção, a *guilty plea* –, com efeito, podendo fomentar, agilizar e simplificar o decurso do processo" (2011, p. 44).

Nesses tipos de acordos penais, em ordenamentos jurídicos nos quais prevalece o sistema processual acusatório mitigado, a forma circunstanciada[38] da confissão se faz necessária e fundamental, em razão de que, ante o princípio da investigação judicial, haverá o julgador de avaliar se ela é credível, a conformar a verdade material.

Contudo, em acordos penais suaves da espécie do tipo do ANPP, em que ocorre a exclusão da ação penal, acarretando medidas extrapenais a serem cumpridas, portanto, um meio caminho (*diversion*) a consensos do tipo "acordo de julgamento", a necessidade de confissão se torna questionável, de forma tal que a sua função está relacionada a outros elementos não processuais; portanto, a forma "circunstancial" já é satisfatória.

Cabral se atém à questão de quais razões a lei exige a confissão para o ANPP, apresentando duas razões, uma para desempenho de uma função de garantia[39] e outra para desempenho de uma função processual.[40]

---

37. Cfr. BRANDALISE, 2016, p. 89. "Diferentemente do sistema americano, portanto, o acordo se relaciona com a confissão que irá encurtar a marcha processual, não com a *quilty plea,* bem com ele depende da efetiva divulgação das provas obtidas pela acusação contra o réu, diversamente do que ocorre no sistema americano, no qual *o prosecutor* não tem obrigação de revelá-las integralmente".

38. "Uma nua declaração do tipo anglo-americano *(guilty or not guilty)* será de todo o ponto insuficiente: a liberdade da confissão só pode ser avaliada à luz da sua concretização ou 'concreção' e não pode por isso bastar-se com uma qualquer declaração sem conteúdo fático à luz da acusação ou pronúncia – como também não com uma qualquer confissão feita unicamente 'à custa de terceiro'–, sejam quais forem as vantagens que em matéria de celeridade e de economia processuais possam ser assacadas a um tal acordo" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 45).

39. "Essa confissão reforça a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo" (CABRAL, 2020, p. 217).

40. "A segunda função importante é que fornece ao Ministério Público – em caso de descumprimento do acordo – um importante elemento de vantagem processual. Desse modo, haverá consequências para o investigado caso ele descumpra injustificadamente o acordo" (CABRAL, 2020, p. 217).

Não me parece que vigore essa tal função processual. Não se apresenta óbvio que se possa usar a confissão feita em procedimento extrajudicial para imprimir, em instrução judicial pós-ANPP (quando houve a sua rescisão), relevância probatória maior da que hoje já se confere à confissão extrajudicial nas instruções ordinárias, a ponto de impedir a retratação do acusado em fase judicial. Primeiro porque poderia conflitar com o direito ao silêncio (*nemo tenetur se ipsum acusare*), na medida em que o acordo terminaria por recair em um ardil para confissões irreversíveis.

Tampouco pareça que tenha sido essa a intenção, quando se fez constar na redação da Resolução CNMP 181/2017, o termo "circunstanciadamente". Contudo, o legislador da Lei 13.964/2019 terminou por alterar o termo para "circunstancialmente", de forma tal que a jurisprudência formatará os contornos consequenciais da confissão relativamente à instrução processual pós-ANPP.

Sem olvidar, contudo, que na hipótese de haver confissão extrajudicial nos autos, mesmo que na forma retratada, em contraste com a situação de inexistir confissão qualquer, há um ganho processual, na medida em que pode ocorrer o uso dela como "elemento corroborador das provas produzidas em contraditório", como "meio para busca de novas fontes de provas e elementos probatórios" e, finalmente, como "elemento de confronto com outras provas ou com o interrogatório judicial do acusado" (CABRAL, 2020, p. 218), como de resto já se opera ordinariamente nas instruções penais, nem mais, nem menos.

Mas permanece a questão do porquê se colocou no texto da lei a confissão extrajudicial como requisito para um acordo do tipo "diversão com intervenção", bem como qual será a sua função e seus sentidos.

Silva faz uma análise a partir da participação dos sujeitos processuais para a resolução do processo, assim, a democracia não é somente uma forma de viver, mas também é método do procedimento, e esse método significa participação constitutiva dos sujeitos processuais, resultando que o consenso possibilita não apenas a equalização do caso, mas também a assunção pelo investigado da sua própria responsabilidade, isso porque a democracia pressupõe que cada indivíduo assuma responder pelos seus atos, frente aos seus iguais. Em arremate: "E se o ideal democrático exige estes pressupostos, o pragmatismo impõe que todo cidadão, enquanto livre, como ser moral, assuma a responsabilidade pelos seus atos" (SILVA, 2018, p. 98).

Fato é que, se possa ter buscado, quando da formatação da Resolução CNMP 181/2017,[41] na origem consuetudinária[42] do acordo alemão, a âncora da confissão, já que aqui, como lá, estava a se laborar à margem da lei.

---

41. "Diante desse contexto, na Alemanha, por exemplo, passou-se a desenvolver um procedimento informal de acordo penal, mesmo sem previsão em lei para tanto". Cfr. CNMP. *Pronunciamento final em procedimento de estudos, autos 01/2017*. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf]. Acesso em: 26.07.2020.

42. Cfr. BRANDALISE, 2020, p. 83: "Até então a confissão não tinha o condão de ensejar o pronto julgamento do fato. Entretanto, os sujeitos processuais criaram uma forma de negociação em casos confessados, chamada de *Absprachen*. Quando desse movimento de criação, o acordo estabelecia

2.6. Necessário e suficiente para a reprovação do crime e prevenção de crime(s)

A redação da Lei 13.964/2019[43] fez constar a expressão "desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime", deixando margem para se entender que o acordo deverá ser manufaturado com intensidade o bastante para tal. As condições haveriam de ser ajustadas, em sua dosimetria, com esse propósito. Sob pena de uma rejeição judiciária.[44]

Já a Resolução CNMP 181/2017[45] era explícita no sentido da necessidade de se proceder a um juízo de prognose, a fim de se aquilatar acerca da suficiência do acordo para a necessária reprovação do crime e prevenção de outros, de forma a impedir a realização do acordo.

A localização sistemática dos dispositivos, a redação e a harmonização com o sistema penal impõem essa dúbia interpretação. A jurisprudência haverá de conformar a interpretação prevalecente, principalmente ao definir conflito acerca de discricionariedade do Ministério Público *versus* direito subjetivo do investigado, inclusive podendo ficar num meio termo: "necessário" no sentido de se dever antever a adequação de acordo para a equalização do crime, e "suficiente" no sentido de que, em havendo adequação à necessária reprovação/prevenção (a análise a indicar que o caso deve ser equalizado com uso do ANPP), então, ele deverá ser robusto (em suas sanções), o bastante para a reprovação/prevenção.

Independentemente de que se entenda o binômio necessário/suficiente como requisito para o acordo, como condição do acordo ou, principalmente, na dupla e simultânea qualidade de requisito e condição, haver-se-á de fazer essa análise prévia acerca dos parâmetros de reprovação e prevenção de crime, seja a fundamentar a recusa de apresentar proposta de acordo, seja para elaborar adequadas cláusulas do acordo.

---

que, com a confissão, haveria uma agilização do processo e uma limitação da pena a ser imposta. Conforme o conteúdo e detalhamento da confissão, não haveria a necessidade de maior ou de qualquer dilação probatória".

43. "CPP: Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]".

44. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

45. Resolução 181/2017. Art. 18, § 1º: Não se admitirá a posposta nos casos em que: [...] V - A celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Pelo que aqui há de se abordar os conceitos de prevenção geral (positiva e negativa) e de prevenção especial (positiva e negativa).

2.7. A prevenção de crimes: a prevenção geral, positiva ou negativa e a prevenção especial positiva

Roxin (2004, p. 16-25) relata que historicamente as finalidades da pena criminal são admitidas tradicionalmente pela teoria da retribuição (1) pela teoria da prevenção especial (2) e pela teoria da prevenção geral, (3) resultando da combinação das três na adoção da chamada teoria unificadora,[46] contudo, refuta quer as teorias monistas (1, 2 e 3), quer a teoria de unificadora por justaposição das demais, pelo que propõe a teoria unificadora preventiva dialética.[47]

A concepção de Roxin é de que as penas devam possuir finalidades puramente preventivas, então, parte da ideia de que o direito penal se dirige aos indivíduos ameaçando penas no momento legislativo, impondo penas no momento do julgamento e executando penas na ponta final, de forma tal que, nessa gradação, a etapa posterior acolhe os princípios da etapa antecedente.

Nessa concepção, a teoria geral dos fins da pena seria de prevenção geral, quando direcionada ao conjunto dos administrados, seja intimidando (aspecto negativo), seja robustecendo a confiança no direito (aspecto positivo); e de prevenção especial, quando direcionada ao delinquente em concreto, seja com atividades tendentes à ressocialização (aspecto positivo), seja com atividades tendentes à neutralização (aspecto negativo).[48]

Por consecução, no momento da edição da norma (Poder Legislativo), põe-se mais forte a ideia de prevenção geral, devendo prevalecer o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos e da garantia dos objetivos das prestações estatais necessárias para a existência. Já no momento da aplicação/graduação da pena (Poder Judiciário), a ideia da prevenção geral se agrega à ideia de prevenção especial, sendo que a culpabilidade funcionaria como um balizamento de limite para a aplicação da pena. Enfim, quando do momento da execução da pena (administração penitenciária), em que também coexistem as

46. Cfr. ROXIN, 2004, p. 26: "Cada uma das teorias da pena dirige a sua visão unilateralmente para determinados aspectos do direito penal – a teoria da prevenção especial para a execução, a teoria da retribuição para a sentença e a concepção da prevenção geral para o fim das cominações penais – e descura as restantes formas de aparecimento do poder penal, embora cada uma delas implique intervenções específicas na liberdade do indivíduo".

47. "Pode denominar-se esta concepção de dialética, enquanto acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista e procura reuni-los numa síntese" (ROXIN, 2004, p. 45).

48. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 78. "A base da solução aqui defendida para o problema dos fins da pena reside em que estes só podem ter natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa – não natureza retributiva".

ideias de prevenção geral e especial, há a necessidade de respeito à autonomia da pessoa humana durante o cumprimento da pena (ROXIN, 2004, p. 27-41).

Fato é que esses efeitos estão em dinâmica, irradiados nos sistemas sociais, com efeitos continuados e dispersos, porém, há momentos decisórios em que há de se fazer uma invocação desses efeitos a fim de fundamentar uma decisão, seja na feitura do tipo penal abstrato, seja no julgamento de um caso concreto, seja em uma tomada de decisão relativamente ao processo ou à execução de uma pena.

A prevenção especial negativa, que significa a neutralização do sujeito, no sentido de que o torne inócuo para a atividade criminosa, deve ser buscada com mais intensidade na fundamentação de decisões processuais que importem, mediata ou imediatamente, na aplicação da pena criminal tendente à privação de liberdade; portanto, sua invocação relacionada ao ANPP só faz sentido no que importar argumentação de negação de proposta de acordo, mesmo preenchidos os pressupostos e requisitos. Acaso se entenda que foi conferida essa margem de discricionariedade ao Ministério Público.

A prevenção geral positiva, que significa o fortalecimento da confiança na ordem jurídica e elevação das expectativas comunitárias na manutenção da vigência da norma, assim como a prevenção geral negativa, que ocorre pela via intimidativa, ambas se realizarão com a resposta necessária ao delito, seja pela aplicação da pena ou cumprimento de outras medidas extrapenais do ANPP, pois sempre que ocorre uma responsabilização, com essa se realizam a confiança na norma e a reprovação ao crime.

De forma similar ocorre com a prevenção especial positiva, que é buscada pela ressocialização, procurando-se a integração social do sujeito.

Assim, qualquer justificação para bem fundamentar que não cabe acordo, em razão de uma necessária prevenção de crimes (prevenção geral) e de uma insuficiente reprovação do delito, há que dialogar com os princípios da subsidiariedade, da culpa e, principalmente, com a exigência de prevenção especial negativa.[49]

Haverá sempre uma necessidade de se compatibilizar exigências de natureza da prevenção especial com as mínimas exigências de prevenção geral.

Em termos menos abstratos, e necessários a uma melhor compreensão, pode se fazer uma analogia, em hipótese, entre o que possa ocorrer em ordenamentos em que há a previsão de acordos de julgamentos e o que possa ocorrer com o nosso sistema, em que já reside o ANPP.

Na tipificação do furto qualificado, momento em que a prevenção da intimidação é mais intensa, o legislador brasileiro anunciou a amplitude de 2 a 8 anos; hipoteticamente, nas negociações em um acordo de julgamento do caso, as partes poderiam, fazendo uma prognose com análise da necessidade de pena e com a ressocialização (prevenção geral e

49. "E o mesmo vigora para o direito penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade" (ROXIN, 2004, p. 44).

especial), indicar uma amplitude, por exemplo, de 2 a 4 anos, quando o juiz, agora, não somente fazendo esse mesmo juízo valorativo, mais também relativamente à culpa, poderá cravar a necessidade de pena em 3 anos.

Analogicamente, o legislador do ANPP, já também tendo feito uma análise a partir do tipo penal (2 a 8 anos), levando em consideração não somente elementos de prevenção geral (pena mínima menor de 4 anos, sem violência e grave ameaça, não habitual e não profissional) e de política criminal (não ser dos âmbitos dos crimes de menor potencial ofensivo ou da violência doméstica e contra a mulher), mas também elementos de culpabilidade (não reincidência), faz a indicação de uma nova amplitude – assim como as partes o fazem no acordo do tipo de julgamento – (diminuição de 1/3 a 2/3 da pena mínima, em pena alternativa), cabendo ao Ministério Público, com análise prognóstica de prevenção[50] e culpabilidade, quantificar, concretamente em posposta de acordo, o tempo da medida extrapenal, modulando-a com outras medidas extrapenais, tal como o valor e a forma equivalentes à pena pecuniária.

2.8. A reprovação do crime: a prevenção geral positiva

Entendida a teoria geral dos fins da pena criminal, como de fundamentos exclusivamente preventivos, o termo "reprovação do crime" somente pode ser compreendido como prevenção, geral e especial, na fase da aplicação (judicial) da pena, haja vista que em toda aplicação de pena ocorre a irradiação de efeitos, positivos e negativos, à comunidade, além dos efeitos que incidem sobre o indivíduo apenado.

Reprovar[51] um crime, em sede de aplicação de pena, está para a prevenção geral positiva assim como a integração social está para a prevenção especial positiva, em sede de execução de pena.

A responsabilização, seja com aplicação da pena em condenação criminal, seja com a imposição de medidas extrapenais, significa uma reprovação daquele delito em concreto, reprovação que induz intimidação ao agente, tendente a dissuadi-lo da prática de novo fato, mas, e principalmente, emite mensagem no sentido de que a norma violada

50. Cfr. HASSEMER, 2012, p. 341: "[...] a ressocialização é, de acordo com o nosso entendimento atual, não apenas mudança interna, arrependimento ou simples lamento; a ressocialização é também o aprendizado de uma profissão ou a preparação profissional e organizada para a sua libertação no mundo, que, para o detento, havia se tornado estranho; a ressocialização tem contornos extremamente pragmáticos. A finalidade terrena da ressocialização é hoje um ponto de gravidade normativo".

51. Cfr. HASSEMER, 2012, p. 344: "De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável também como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa".

continua em vigência, irradiando-se pela comunidade boas expectativas em relação à proteção dos bens jurídicos, em função da norma.

A responsabilização com medidas extrapenais por efeito do ANPP, dentro dos limites[52] estabelecidos pela lei, é feita por prognose relativamente à pena que o Poder Judiciário aplicaria em caso de condenação, assim, a prognose deve ser feita com base nas exigências relativas à culpa[53] (limita o *quantum* relativamente ao patamar máximo) e à prevenção.

Esses efeitos de prevenção geral há de se compatibilizarem com a necessidade de ressocialização e prevenção integradora (prevenção especial positiva).

Entende-se que o legislador da Lei 13.964/2019 já fez, por prognose, a análise acerca da necessidade de pena para efeitos da prevenção geral, relativamente ao que seria a aplicação da pena pelo Poder Judiciário, ao que só restaria a análise concreta em referência à prevenção especial e à culpa, assim, tendo feito a tomada de posição explicitada nos pressupostos e requisitos do ANPP (pena máxima inferior a 4 anos, crimes executados sem violência ou grave ameaça à pessoa, não reincidência, sem habitualidade e sem profissionalidade, âmbitos em que não haja uma política criminal mais repressora), restando ao Ministério Público, por via da concreção das condições, em proposta dosimétrica, bastante para atender os fins de prevenção especial positiva (socialização/integração) e a uma prognose de culpa, sob pena de refutação pelo Poder Judiciário.

3. Conclusão

No Brasil, segue-se o sistema de processo penal que vige na Europa continental, cuja denominação se tem dito acusatório/*inquisitorial*, básico acusatório, acusatório mitigado ou simplesmente misto, o qual tem por características básicas: (1) que a demanda penal seja realizada por órgão distinto, orgânica e funcionalmente, do órgão julgador – elemento acusatório –, todavia, (2) em razão da indisponibilidade do objeto do processo penal, há a presença do princípio investigativo judicial, supletiva e subsidiariamente à atuação das partes – elemento *inquisitorial*.

52. Art. 28-A/CPP, III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); [...].

53. "De resto, 'já pela via da culpa releva para a medida da pena a consideração do ilícito típico' ou, como exprime o art. 71º-2.a) do Código Penal, 'o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente'" (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 53). Referência do CPB: "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]".

Esse sistema é diverso daquele que se desenvolveu nos países da *Common law* – Grã-Bretanha e EUA –, e que possui a denominação de acusatório/*adversarial*, acusatório extremado ou sistema processual de partes, cuja característica distintiva é a disponibilidade do objeto do processo penal.

A importância de se proceder a uma precisa identificação da sistemática processual encontra-se relacionada com a (in)disponibilidade do objeto do processo, daí porque qualquer instituto de consenso penal, quando referido ao julgamento (acordo de julgamento), há de ser legislativamente formatado com adequação à sistemática de processo penal em que se encontra inserido, pois, quando se trata de modelo processual em que o objeto do processo é indisponível, há de salvaguardar o princípio da investigação judicial e da determinação da culpa e de sua medida.[54]

A categorização do ANPP como "diversão com intervenção", ou seja, maneira de resolver o caso criminal de forma diversa da que se utiliza ordinariamente no processo criminal (*diversion*), portanto, sem a imposição de pena criminal (formação de culpa), senão responsabilização por meio do cumprimento de meras medidas alternativas, tem como consequência o desvio da questão da (in)disponibilidade do objeto do processo.

Assim, o ANPP não difere muito do instituto da transação penal, porém, com aplicação em âmbito distinto e com pressupostos, requisitos e condições próprias.

Não sendo o ANPP um instituto consensual do tipo acordo de julgamento, que importe condenação e aplicação de pena criminal estrita, não se faz fundamental, entre os seus pressupostos, a confissão do investigado. Assim, a confissão em sede de ANPP não terá função probatória diversa da atribuída à confissão em sede de inquérito policial, marcadamente, tendo o legislador preferido o termo "circunstancialmente", ao invés de "circunstanciadamente", para adjetivar o ato da confissão.

"Desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime" pode não ter o caráter de requisito subjetivado de cláusula geral indeterminada, capaz de impedir a proposição da pactuação, mas, sim, revestir-se de natureza a que tenha que atender às condições a serem pactuadas, sob pena de serem tidas como "inadequadas", por serem "insuficientes" ou desnecessárias, portanto, "abusivas", ao ponto de terem que ser reformuladas ditas condições para que não se inviabilize o acolhimento judicial do acordo.

Seja como for, para preencher a cláusula geral indeterminada e fundamentar requisito subjetivado, ou para concretar condições adequadas e bastante a preencherem a exigência de imprimir ao pacto a qualificação de "necessário" (adequado) e suficiente à reprovação/prevenção, há que se fazer uso adequado das teorias dos fins da pena e de uma prognose da culpa do agente.

Enfim, há que se trabalhar com teorias da pena que busquem uma fundamentação da necessidade de pena em finalidades exclusivamente preventivas, fazendo uso da culpa do

54. CRFB, art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...].

agente como limitação das medidas extrapenais que se possa propor para o cumprimento do ANPP, em contrapartida da exclusão do processo penal.

4. Referências bibliográficas

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada:* negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (Org.). Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte/São Paulo: D´Plácido, 2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora/Ed. RT, 2007. t. I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal:* o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: OAP/Conselho Distrital do Porto, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul, n. 50, jul.-ago. 1 DVD. ISSN 1983-0297. 2016.

HASSEMER, Winfried. "Punir no Estado de Direito". In: GRECO, Luís; Antônio MARTINS (Org.). *Direito penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SILVA, Germano Marques da. *Plea Bargaining* e acordos sobre a sentença. *AAV-V-Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, p. 95-117, jan.-abr. 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Notas sobre a instituição do *plea bargain* na legislação brasileira, de Orlando Faccini Neto – *RBCCrim* 166/175-201 (DTR\2020\3820);
- A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos nos discursos dos magistrados: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal, de André Codo Jakob, Bruno Amaral Machado e Carolina Souza Cordeiro – *RBCCrim* 142/81-110 (DTR\2018\10711); e
- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276 (DTR\2019\41040).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 28-A do CPP (LGL\1941\8).

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

AMARAL, Rodrigo
- Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, p. 287

C

CANESTRARO, Anna Carolina
- Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

CEOLIN, Guilherme F. (tradutor)
- Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

D

DE LORENZI, Felipe C. (tradutor)
- Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

DUFF, Antony
- Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

E

ESER, Albin
- Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado, p. 19

F

MARTELETO FILHO, Wagner (tradutor)
- Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual", p. 79

G

GIULIANI, Emília Merlini
- Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal, p. 103

H

HÖRNLE, Tatjana
- Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual", p. 79

J

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier
- Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

L

LINHARES, Raul Marques
- Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores, p. 249

LUCCHESI, Guilherme Brenner
- O *Model Penal Code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano, p. 149

M

MACHADO, Tomás Grings
- Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?, p. 171

O

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de
- Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, p. 311

R

ROSSETTO, Luiz Henrique Carvalheiro (tradutor)
- Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado, p. 19

TEMAS

A

Acordo de Não Persecução Penal – Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, p. 311

Aumento de importância – Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal, p. 103

Autoria – Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

B

Bem jurídico-penal – Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?, p. 171

C

Ciência jurídico-penal – Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal, p. 103

Codificação – O *Model Penal Code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano, p. 149

Código Penal modelo – O *model penal code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano, p. 149

Comparação jurídico-penal – Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal, p. 103

Concurso de agentes – Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

Criminalização da dívida – Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores, p. 247

D

Dever de cuidado – Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, p. 287

Direito alemão – Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

Direito comparado – O *model penal code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano, p. 149

Direito Penal

- Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual", p. 79
- Funções, métodos e limites do direito penal comparado, p. 19
- Há algum espaço para a limitação do Direito penal por meio do *harm to other principle*?, p. 171

Direito Penal americano – O *Model Penal Code* como chave de interpretação para o estudo comparado do Direito Penal americano, p. 149

Direito Penal comparado

- Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado, p. 19
- Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal, p. 103

Direito Penal tributário – Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores, p. 249

Dogmática penal – Reflexões sobre o papel do Direito Penal comparado no desenvolvimento do Direito Penal e sua relação com a dogmática penal, p. 103

Dolo eventual – Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual", p. 79

Dolus eventuais – Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

F

Fundamentos do Direito Penal – Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?, p. 171

H

***Harm principle* –** Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?, p. 171

I

ICMS – Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores, p. 249

Imputação penal – Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, p. 287

Inconstitucionalidade – Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores, p. 249

Injusto penal – Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual", p. 79

L

Limites do Direito Penal – Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*?, p. 171

M

Métodos – Funções, métodos e limites do Direito Penal comparado, p. 19

N

***Negligence* –** Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

P

Participação – Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

PLS 236/12 – Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

Princípio da confiança – Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, p. 287

R

***Recklessness* –** Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

Responsabilidade criminal – Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal, p. 47

Risco permitido – Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, p. 287

S

Sistemas processuais penais – Acordo de Não-Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, p. 311

T

Teoria da ação significativa – Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal brasileiro, p. 213

Teoria do delito – Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, p. 287

Teorias dos fins das penas – Acordo de Não-Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, p. 311

Tributos indiretos – Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores, p. 249

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- *Nome*: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- *Responsável*: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- *Formato*: impresso (Editora Thomson Reuters)
- *Ano de criação*: 1992 (sem interrupções)
- *Periodicidade*: mensal
- *Recebimento de manuscritos*: fluxo contínuo e editais especiais
- ***ISSN***: 1415-5400
- ***Qualis:*** A1

2. Linha editorial:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções:**

a. *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b. *Processo Penal;*

c. *Crime e Sociedade.*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção Direito em Ação - Comentário

Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

a. É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b. O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c. Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na internet; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d. Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e. Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f. Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g. Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. Elementos formais obrigatórios

a. Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b. Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c. Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e. Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f. Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g. A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h. Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i. A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j. O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k. A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l. Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m. As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n. Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o. Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

- Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

> A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p. As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q. Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

5. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a. Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir:

a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b. Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c. Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d. Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e. Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f. Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g. Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h. Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf.

- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

5.2. Reponsabilidade editorial

a. O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b. O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c. O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d. Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3. Política de Privacidade

a. Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b. Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c. Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d. A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e. Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

a. Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b. Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c. Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d. As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;

- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.
- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e. A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a. Controle preliminar formal *(desk review):* Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
   1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
   2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
   3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
   4. O trabalho é inédito?
   5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
   6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b. Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c. No curso da avalição por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos

excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d. Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e. Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

8. DIREITOS AUTORAIS

Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. Critérios de espera e preferência para publicação

a. A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b. Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c. Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d. Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e. Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f. Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g. Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h. Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão

do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i. Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

10.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.*

10.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true.

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. Requisitos para ingresso no corpo de avaliadores

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a. possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b. Possui número de registro ORCID;

c. possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d. possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e. atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. Diretrizes para realização da avaliação

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que se atente à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc*,** tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

I. **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

II. **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

III. **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

IV. **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

V. **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.

✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo

✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?

✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**

✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?**

✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?

✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?

✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**

✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?

✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?

✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2021

Dossiê "Novas tecnologias e ciências criminais" – RBCCRIM nº 183 (Set/2021)

Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **183 (Set/2021)**, sobre o tema: "**Novas tecnologias e ciências criminais**"

Editores-Associados:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

(Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e UNOESC-Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/5886777694278516

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila

Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR; Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR; Centro de Ensino Superior de Maringá, CESUMAR/PR.)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/4220998164028087

Dra. Carla Sofia Cardoso

Universidade do Porto, Portugal.

- **Ementa:** Novas tecnologias e ciências criminais; Novas tecnologias, investigação e formação de provas lícitas; Sistemas de predição criminal; Algoritmos, linguagem cibernética e teoria do crime; Inteligência artificial e ciências criminais; Impactos das novas tecnologias no Sistema de Justiça e na advocacia criminal; Controle e gestão democrática de novas tecnologias aplicadas ao Sistema de Justiça Criminal.

- **Prazo submissão:** **até 30 de março de 2021**
- **Período de avaliação:** 01 de abril a 15 de maio de 2021

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Clique para acessar o edital nº 1 de chamada de artigos para dossiês da RBCCRIM em 2021: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

modelo

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

Diagramação eletrônica:
Thomson Reuters
Impressão e encadernação:
Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27